

DECONOMI

“Arbitraje pactado en un contrato de adhesión. Propuesta de reforma legislativa del artículo 1651 inciso D del Código Civil y Comercial”

por Santiago Cappagli⁸

Sumario: (i) Introducción. (ii) Objeto del trabajo; (iii) La regulación del arbitraje (de la novedad a la sorpresa); (iv) El contrato de arbitraje; (v) Arbitrabilidad; (vi) La limitación a la arbitrabilidad de disputas derivadas de contratos de adhesión prevista en el art. 1651 del Cód. Civ. y Com.; (vii) Conclusiones; (viii) La reforma legislativa propuesta.

I. Introducción.

Una de las principales innovaciones que en materia contractual implementó el Código Civil y Comercial de la Nación (“Cód. Civ. y Com.”) ha sido la regulación expresa y específica de los distintos tipos de contratos o formas de contratación.

Como se explica en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (“Fundamentos de la Comisión Redactora del Cód. Civ. y Com.”), la regulación del contrato en el ordenamiento jurídico argentino se estructura con base en tres tipos de contrato: el discrecional o paritario, el celebrado por adhesión y el de consumo.

En los primeros, hay plena autonomía privada; en los segundos, hay una tutela basada en la aplicación del régimen de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas; y, en los últimos, se aplica el título III, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último es un elemento no tipificante.

Esta regulación “...no significa que, en esencia, estas tres modalidades difieran en cuanto a los fines que las personas en general buscan

⁸ Secretario del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 3 (ISO IRAM). Abogado (UCA, 2007). Magíster en Derecho Civil (Austral, 2024). Diplomado en Derecho Constitucional (Austral, 2021). Jefe de Trabajos Prácticos (por concurso) de Derecho Societario (UBA) de la cátedra Chomer. Adjunto de Concursos (U. San Isidro) de la cátedra Cosentino.

DECONOMI

cuando deciden celebrar un contrato, esto es, la satisfacción de un interés o una necesidad patrimonialmente apreciable que las mismas tienen”⁹.

Distinguir entre contratos discrecionales, por adhesión y de consumo constituye una de las principales clasificaciones modernas de los contratos¹⁰.

Incluso ya el Proyecto de 1998 definía a los contratos discrecionales, predispuestos y a los realizados por adhesión¹¹.

En lo que respecta a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, existe consenso en la doctrina en que el legislador ha adoptado un régimen específico, teniendo en cuenta aquellas situaciones en las cuales las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas predispone el contenido y la otra simplemente adhiere¹².

Esa limitación sustenta una tutela legal especial, dirigida a proteger a la parte adherente del contrato¹³.

El Cód. Civ. y Com. también consagró una importante innovación legislativa al incluir al contrato de arbitraje en su regulación. A partir de entonces, las disposiciones del Cód. Civ. y Com. rigen el acuerdo de arbitraje a nivel nacional, sin perjuicio de las normas contenidas en los códigos procesales que aún continúan vigentes y de la existencia de una ley especial que rige en materia de arbitraje comercial internacional¹⁴.

⁹ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. (autor) en Alterini, Jorge, H., (director) y Alterini, Ignacio (coordinador), “Código Civil y Comercial Comentado”, Tomo V, ed. La Ley, Bs. As., 2016, p. 169.

¹⁰ DIEZ-PICAZO, Luis, “Fundamento del derecho civil patrimonial”, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993, p. 139 citado en la nota al pie N°137 por Leiva Fernández, p. 169.

¹¹ Artículo 899: “se denomina (...) b) [c]ontrato discrecional a aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas de común acuerdo por todas las partes. c) [c]ontrato predispuesto, a aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes; y cláusula predispuesta, a la cláusula del contrato en iguales circunstancias. d) [c]ondiciones generales, a las cláusulas predispuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidos en el instrumento del contrato, o en otro separado. e) [c]ontrato celebrado por adhesión, al contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación”.

¹² “Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con la legislación vigente. Exégesis de los Fundamentos de la Comisión Redactora y las modificaciones del PEN”, revisado, ordenado y concordado por Zannoni, Mariani de Vidal, Zunino, Shina y Ramos, 3° reimpresión, ed. Astrea, 2015, p. 292. Puede consultarse de manera general y como obra jurídica nacional de reciente publicación, el trabajo de SHINA, Fernando, E., “Los contratos de adhesión”, ed. Hammurabi, Bs. As., 2019.

¹³ Conf. LORENZETTI, Ricardo L., “Tratado de los contratos-Parte general”, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 139.

¹⁴ Ley 27.449, publicada en el BORA el 26.07.2018.

II. Objeto del trabajo

En lo que interesa al presente trabajo, el art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com., establece que se encuentran excluidas del contrato de arbitraje las disputas derivadas de "los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto".

Tanto la regulación especial del contrato de adhesión como la exclusión del arbitraje de las disputas derivadas de él encontraría su fundamento en el desigual poder de negociación que suele existir entre las partes en esta particular clase de contratos, en virtud de la cual se procura limitar la posibilidad de dirimir mediante arbitraje las posibles controversias que se deriven de ellos¹⁵.

Sin embargo, desde la sanción del Cód. Civ. y Com., la doctrina ha criticado la solución adoptada por el legislador respecto a la "no arbitrabilidad" de esta clase de disputas, advirtiendo que el solo hecho de que el contrato se celebre por adhesión a cláusulas generales predispuestas no constituye una circunstancia que implique un ejercicio abusivo del derecho, ni que exista un desigual poder de negociación que justifique impedirles a las partes dirimir sus disputas mediante arbitraje.

Por su parte, la jurisprudencia ha dado diversos alcances a la interpretación de esta cuestión.

El propósito de este trabajo es analizar la validez de la cláusula arbitral incorporada en un contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas¹⁶.

III. La regulación del arbitraje (de la novedad a la sorpresa)

¹⁵ Conf. PARODI, Gustavo, "Contrato de arbitraje", en "Código Civil y Comercial Comentado", en Rivera, Julio C., y Medina, Graciela (directores) y Esper, Mariano (coordinador), Tomo IV, ed. La Ley, 2015, Bs. As., p. 858.

¹⁶ Me he ocupado más ampliamente de este tema en Cappagli, Santiago, "El arbitraje y la exclusión de los asuntos que surjan de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas", ed. La Ley, Bs. As., 2025.

DECONOMI

El Cód. Civ. y Com. regula el contrato de arbitraje en los artículos 1649 a 1665, lo cual es una novedad respecto de los proyectos de reformas anteriores¹⁷.

En los Fundamentos de la Comisión Redactora del Cód. Civ. y Com. se explica el motivo por el cual fue decidido regularlo: “[e]ste instituto se ha desarrollado en muchas materias diferentes: hay arbitrajes en materia laboral, conflictos en relaciones de consumo, comercial y otros (...). El contrato de arbitraje, que es una expresión de la autonomía privada, se aplica, fundamentalmente, en los conflictos comerciales y en aquellos de naturaleza civil de contenido patrimonial. En cambio, no es posible autorizar que, por vía de contrato, se someta a los consumidores a un arbitraje que podría afectar gravemente sus derechos. Por las razones aludidas, se aclara expresamente que no pueden ser sometidas a arbitraje las controversias que recaen sobre el estado civil, las cuestiones no patrimoniales de familia y la capacidad de las personas, ni tampoco es aplicable a las relaciones de consumo y laborales”.

Es decir, los redactores del anteproyecto optaron por regular el contrato de arbitraje teniendo en mira que “...se aplica, fundamentalmente, en los conflictos comerciales y en aquellos de naturaleza civil de contenido patrimonial” y excluyeron algunas materias que involucran, en esencia, cuestiones vinculadas al derecho de familia, derecho laboral y relaciones de consumo.

La exclusión de este último rubro ha sido justificado indicando que el “arbitraje (...) podría afectar gravemente sus derechos”. Aunque no se lo expresa en los Fundamentos de la Comisión Redactora del Cód. Civ. y Com., entiendo que es razonable pensar que esta exclusión obedece a que en los contratos de consumo está marcadamente restringida la autonomía de la voluntad.

En palabras escritas por Lorenzetti -mucho tiempo antes de la sanción del Cód. Civ. y Com.-: “[s]e discute si la autonomía de la voluntad es una regla

¹⁷ Recientemente un precedente judicial hizo notar que “[e]l Código Civil y Comercial de la Nación ha innovado al incorporar al derecho de fondo, un medio alternativo de resolución de conflictos que aparece regulado como un nuevo contrato típico denominado “Contrato de Arbitraje” (v. arts. 1649 a 1665)” [CNCom., Sala E, del 27.08.2019, “Travel Cba SRL c/Samsonite Argentina SA s/Ordinario” (expediente N°25455/18)].

DECONOMI

general de derecho contractual aplicable a todos los contratos, o bien admite diferentes configuraciones conforme al ámbito en el que se aplica. En este sentido, nuestra tesis es que la autonomía de la voluntad: tiene plena vigencia en los contratos entre iguales (...); hay una mayor restricción en los celebrados por adhesión a condiciones generales; y, está severamente restringida en los contratos de consumo”¹⁸.

Sin embargo, y he aquí la sorpresa a la que aludo en el título del apartado, el anteproyecto redactado por la Comisión Redactora fue modificado por la Comisión Bicameral del Congreso Nacional, que agregó -como una materia adicional a las que excluía el anteproyecto del contrato de arbitraje- a “[l]os contratos por adhesión cualquiera sea su objeto” (inciso d, art. 1651 del Cód. Civ. y Com.).

Un experto en arbitraje indica -al abordar concretamente esta temática- que “la exclusión de los contratos por adhesión (...) deja vislumbrar una interpretación restrictiva del acuerdo arbitral, presumiblemente tendiente a proteger al contratante más débil en la negociación, de tal modo que la incorporación del acuerdo arbitral no pase desapercibida en esta modalidad de contratación”¹⁹.

El punto lo trato en detalle en los apartados V y VI; ahora, por cuestiones de metodología en la exposición, abordaré lo atinente a la fuente convencional del arbitraje.

IV. El contrato de arbitraje

Schneider apunta que “el arbitraje es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes que han decidido, en virtud de un convenio, sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su

¹⁸ LORENZETTI, p. 127.

¹⁹ PARODI, p. 858.

conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción, salvo -claro está, un laudo incoherente o absurdo..."²⁰.

Como notas caracterizantes del contrato de arbitraje, se han señalado las siguientes: (i) es un método adversarial de resolución de conflictos; (ii) alternativo a los tribunales estatales; (iii) al cual las partes se someten voluntariamente; (iv) defiriendo la solución a un tercero; tercero que las partes eligen libremente y que no forma parte de ningún poder u órgano del estado y cuya decisión es, en principio, final y obligatoria, lo que no excluye cierto control del estado por vía de recursos irrenunciables; (v) y que para su ejecución -como para otras medidas que exijan coerción- requiere la intervención de tribunales estatales²¹.

El sometimiento voluntario es quizás la característica esencial; el arbitraje es de naturaleza esencialmente convencional y está fundado en la libertad de las partes²².

Incluso varias Constituciones de países latinoamericanos han "constitucionalizado" el arbitraje, por lo que en ellos se llega a considerar como

²⁰ SCHNEIDER, Lorena R., "El arbitraje en disputas societarias", La Ley 20.04.2023, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/823/2023.

²¹ RIVERA, Julio C., RIVERA, Julio C. (h) y AMADO ARANDA, Juan I., "Arbitraje comercial, internacional y doméstico", ed. La Ley, 3ª edición, Bs. As., 2022, p. 4.

²² Solo a modo de referencia transcribo una alusión de los autores citados en la nota al pie anterior, respecto de la Constitución española de 1812 "que establecía en su artículo 280 que no se podrá privar a ningún español del derecho a determinar sus diferendos por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes. Y, en el discurso preliminar leído en las Cortes al presentar el proyecto de Constitución, se justificó la solución diciendo: el derecho que tiene todo individuo de una sociedad terminar sus deferencias por medio de jueces árbitros está fundada en el incontrastable principio de la libertad natural".

Es cierto -continúan diciendo, pero ya en relación con el derecho positivo vigente de la Argentina,- que estos preceptos (los de España) desaparecieron, pero si las partes pueden someter la solución de sus deferencias a la suerte como no podrán hacerlo a la decisión de un tercero. Y, he aquí, lo atrapante del punto: cuando aluden a la suerte, citan el artículo 1994 del Cód. Civ. y Com. que establece: "la resolución de la mayoría absoluta de los condóminos, computada según el valor de las partes indivisas, aunque corresponda a uno solo, obliga a todos. En caso de empate, debe decidir la suerte".

Y cierran, conceptualmente hablando, con una cita de un autor extranjero (Nogués, Mariano, "Tratado de práctica forense novísima según la Ley de Enjuiciamiento Civil del 5 de octubre de 1855", Madrid, 1856): "En esa libertad tan grande, tan ilimitada, consiste una de las principales garantías del individuo: elegir el juez que nos ha de juzgar es lo mismo que constituirnos a nosotros mismos como verdaderamente soberanos, pudiendo decir si somos condenados: esa condena es por boca nuestra, nadie sino nosotros la hemos dictado, toda vez que el que la pronuncia ha recibido de nosotros mismos la investidura".

DECONOMI

un derecho esencial el de someter la resolución de conflictos a la decisión de árbitros²³.

En la Argentina, la libertad de someter los conflictos a la decisión de un tercero, emana -como he anticipado al comienzo de este apartado-, del Cód. Civ. y Com. que regula lo que denomina abiertamente contrato de arbitraje (Capítulo 29 del Título IV, del Libro III, a partir del artículo 1649) y que, como tal, queda sometido a los principios generales que rigen la materia contractual, que obviamente está presidida por la autonomía de la voluntad que autoriza las partes a configurar su contrato (artículo 958)²⁴.

Recientemente un prestigioso tribunal ha dicho que “[l]a cláusula compromisoria es un contrato (...); [p]or lo tanto, su contenido se halla exclusivamente librado a la voluntad de las partes, quienes pueden pactar la jurisdicción arbitral respecto de todos los casos litigiosos que se planteen como consecuencia de la relación sustancial que las vincula, o limitarla a los aspectos específicos que se refieran a esa relación, con exclusión de los casos de inarbitrabilidad previstos legalmente (Cód. Civ. y Com. 1651)”²⁵.

Se ha dicho, en referencia a la fuente convencional de la jurisdicción de los árbitros, que los jueces y los árbitros derivan su autoridad de fuentes distintas: los jueces, de la Constitución (art. 116 y arg. arts. 5°, 75 inc. 12, 121 y 122), y de las leyes que organizan el funcionamiento del Poder Judicial; los árbitros, de un acuerdo de voluntad entre partes²⁶.

²³ Por ejemplo la Constitución de Costa Rica dispone: “[t]oda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente (artículo 43) y la de Honduras: “[n]inguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada determinar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento” (artículo 110).

²⁴ Conf. RIVERA, RIVERA (h) y AMADO ARANDA, p. 7.

²⁵ CNCom, Sala D, del 08.02.2022, “Soluciones Integrales SRL c/Ternium Argentina SA s/Ordinario (expediente N°1648/21).

²⁶ CAIVANO, Roque y CEBALLOS RÍOS, Natalia, “Tratado de arbitraje comercial internacional argentino”, ed. La Ley, Bs. As., 2020, p. 9. Los autores indican lo siguiente en la nota al pie N° 37: “[d]idácticamente se ha explicado: el juez obtiene su poder de la ley. Ese poder es institucional. No necesita justificar frente a las partes de donde proviene su imperio. El juez decide el nombre del pueblo o del Rey o de la República, pero en todo caso, a nombre de una soberanía para la cual la justicia es un atributo esencial. Su autoridad es delegada en forma permanente. El árbitro, al contrario, no está investido más que de una competencia atribuida; del carácter mixto de su naturaleza deriva una ambigüedad en cuanto al origen de sus poderes: la ley, de una parte, y la voluntad de las partes, de la otra (Lazareff, Serge, “L’arbitre est-il un juge?”, en Liber Amicorum Claude Raymond, Litec, París, 2004, p. 173).

DECONOMI

Insisto en que uno de los elementos esenciales y definitorios del arbitraje es su fuente convencional; esto es, el arbitraje existe porque las partes lo quieren y pactan someterse a la decisión de un tercero. De este modo el arbitraje es una institución que está anclada en la libertad contractual que en el derecho argentino tiene su expresión en la Constitución nacional y en el artículo 959.

Desde el punto de vista del derecho constitucional, un autor de fuste sostiene que la libertad de contratar no figura entre los derechos enumerados en la Constitución nacional pero su reconocimiento constitucional debe reputarse implícito y que la doctrina y la jurisprudencia lo han derivado de los derechos de trabajar, comerciar y ejercer toda industria lícita y como una expresión natural de la facultad de usar y disponer de la propiedad²⁷.

Otro distinguido constitucionalista refiere que, en rigor de verdad, la libertad de contratación es consecuencia de cada uno de los derechos personales que enuncia la Constitución, de modo explícito o implícito, cuando tratan sobre temas patrimoniales o, en general, transables²⁸.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Corte Suprema") tiene dicho que no pueden invocarse agravios de carácter constitucional cuando ellos derivan de la propia conducta discrecional del recurrente; tal ocurre cuando se invoca violación del derecho de defensa por ser inapelable, ante la justicia, un laudo dictado en la jurisdicción arbitral libremente pactada por el interesado²⁹.

Ello alcanza al recurso extraordinario que, como cualquier otro recurso, es renunciable; y ello no produce mengua alguna de la garantía de defensa en juicio ni de otras garantías constitucionales³⁰.

Con esa orientación, la Corte Suprema tiene establecido que el recurso extraordinario solo procede respecto de sentencias de los tribunales de justicia de la Nación y de las provincias, y por extensión de los organismos administrativos dotados por la ley de facultades judiciales, y revisables por vía

²⁷ Conf. BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Tomo II, ed. Ediar, Bs. As., 1995, p. 444.

²⁸ SAGUES, Néstor, "Elementos de derecho constitucional", Tomo II, 2º edición, ed. Astrea, 1997, p. 522.

²⁹ Fallos 289:158.

³⁰ Conf. RIVERA, RIVERA (h) y AMADO ARANDA, p. 69.

de acción o de recurso. Son insusceptibles de recurso extraordinario las decisiones de la jurisdicción arbitral pactada libremente por los interesados³¹. En efecto, esta es excluyente de la intervención judicial que culmina en la Corte y no admite otros recursos que los consagrados en las respectivas leyes procesales³².

En otro caso, luego de aclararse que la naturaleza jurisdiccional de las funciones arbitrales no se ve empañada por su origen convencional, la Corte Suprema recordó que la justificación del poder de dirimir un conflicto debe encontrarse en una doble convención: entre las partes, por un lado, y entre el árbitro y las partes, por otro³³.

Queda claro, entonces, que estos criterios de la Corte Suprema se justifican en que el sometimiento al arbitraje es el resultado de la libre voluntad de las partes³⁴.

Apuntan los autores citados en último término que “es universal el entendimiento de que la naturaleza del arbitraje es mixta, contractual y jurisdiccional, ya que supone un acuerdo de voluntades entre las partes de una controversia en virtud de la cual le encomiendan a un tercero la misión jurisdiccional de resolverla.

En definitiva el arbitraje tiene una fisonomía peculiar pues, aunque se origina en un contrato, este proyecta efectos jurisdiccionales. El convenio arbitral es de carácter contractual, pero con claros efectos jurisdiccionales, ya que se

³¹ Aclaro que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha hecho distinciones muy relevantes en materia de recursos contra los laudos arbitrales SEGÚN provengan de un arbitraje voluntario o de uno forzoso (por ejemplo, ver lo previsto en los artículos 1157, 1376 y 1806 del Cód. Civ. y Com. y lo que prevé la ley 17.418 de Seguros (art. 5); la ley 20.094 de la Navegación (art. 580) y el decreto 677/2001 (art. 38) [para esta última regulación, se puede consultar ANAYA, Jaime “Arbitraje societario”, diario La Ley 21.05.2007].

En fin, lo relevante sobre el punto es que la limitación a la revisión judicial de los laudos arbitrales solo rige con relación a los casos en que la jurisdicción a favor de los órganos arbitrales ha sido libremente pactada y proviene de la libre determinación de los interesados y no cuando se trata de competencia arbitral obligatoria por haber sido instituida por la ley, oportunidad en que siempre se encuentra abierta la posibilidad de revisión judicial (PALACIO, LINO, E., “El recurso extraordinario federal”, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1992, p. 58, citado en la nota al pie N° 130 por RIVERA, RIVERA (H) Y AMADO ARANDA, p. 70).

³² Fallos 118:247; 237:392; 241:203; 250:408; 255:13; 274:323; 296:230; 306:455, entre otros.

³³ Fallos 320:2379.

³⁴ Conf. RIVERA, RIVERA (h) y AMADO ARANDA, p. 69.

sustraer de la jurisdicción de los órganos judiciales el conocimiento de las controversias que se encuentran afectadas por aquel³⁵.

Con la misma orientación, la Corte Suprema ha resuelto que "...a diferencia de los jueces -órganos del Estado- los árbitros desempeñan una actividad mixta, jurisdiccional por su naturaleza, pero convencional por su origen en la mayoría de los casos, pues la estructura de la institución arbitral se explica sobre la base de la voluntad de los interesados, sin que, en consecuencia, su participación en la administración de justicia tenga su fuente en una dependencia directa del poder estatal"³⁶.

En síntesis, queda claro, con lo expuesto en este apartado, el origen contractual del arbitraje.

V. Arbitrabilidad

V.1. Noción de arbitrabilidad

El término arbitrabilidad refiere "a lo que es arbitrable" y expresa la condición que debe tener una controversia para ser susceptible de resolverse por la vía del arbitraje. Se explica porque la jurisdicción arbitral, en tanto resulta de un acuerdo de voluntades que crea una justicia privada, no es permitida para resolver cualquier clase de controversia. El concepto de arbitrabilidad, en su aspecto material, define cuáles son las cuestiones respecto de las cuales puede pactarse el desplazamiento de la jurisdicción judicial hacia árbitros; y ello obedece a que la ley reserva ciertas cuestiones litigiosas al conocimiento exclusivo de los tribunales judiciales, no siendo lícito que las partes los sometan a decisión de árbitros³⁷.

³⁵ Conf. CAIVANO Y CEBALLOS, p.12.

³⁶ Fallos 320:2379.

³⁷ Conf. SANDLER OBREGÓN, Verónica, "La arbitrabilidad de controversias surgidas de contratos por adhesión entre comerciales", Revista Argentina de Arbitraje, N° 4, noviembre 2019, IJ-DCC CLXIII-662. Doctrina especializada indica que "[n]o cualquier cuestión litigiosa puede ser resuelta por árbitros; hay algunas que son reservadas al conocimiento exclusivo de los tribunales judiciales. Y ello depende, fundamentalmente, del ordenamiento jurídico, e involucra una cuestión de política legislativa. Cada país delimita a través de sus leyes qué materias pueden resolverse por arbitraje y cuáles son de competencia judicial exclusiva. Lo que se advierte del repaso de las normas de derecho comparado es que no existe ningún país en el cual sea arbitrable cualquier controversia. Todos establecen límites a la potestad de las partes de resignar el acceso a los tribunales judiciales y es un entendimiento generalizado que cierto tipo de conflictos deben quedar reservados a los tribunales judiciales y que, respecto de ellos, no es lícito que las partes los sometan a decisión de árbitros" (CAIVANO y CEBALLOS RÍOS, p. 127).

V.2. La arbitrabilidad en el Cód. Proc. Civ. y Com.

El Cód. Proc. Civ. y Com. define el ámbito de las materias arbitrables estableciendo un principio general y sus excepciones.

La regla, conforme el artículo 736, es que “toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el artículo 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después del deducida en juicio y cualquiera fuera el estado de éste”. Las excepciones están determinadas por la naturaleza intransigible de los derechos involucrados en la controversia: el artículo 737 dispone que “no podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción”.

Etcheverry menciona que se trata de “cuestiones patrimoniales, que son generalmente disponibles” y cita un precedente judicial que señala que “[t]odo arbitraje importa una renuncia a la jurisdicción por los particulares y, por ende, al procedimiento de conocimiento judicial; de allí que solo es posible en materia de derecho disponible”³⁸.

En virtud de la remisión del Cód. Proc. Civ. y Com. a las normas sobre transacción, es necesario examinar cuáles son, en la ley civil, las materias

³⁸ CNCom., Sala A, del 07.09.2007 citado por ETCHEVERRY Raúl (autor) en Highton Elena y Areán Beatriz (director), “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación concordado”, Tomo XIII, ed. Hammurabi, Bs. As., 2010, p. 913.

Autores calificados explican lo siguiente: “[e]l Cód. Proc. Civ. y Com. no alude a la disponibilidad de los derechos involucrados en la controversia, sino a su transigibilidad. Sin embargo, el concepto es similar al que se adopta en el derecho comparado, porque la posibilidad de transigir o renunciar un derecho -que lo convierte en arbitrable- es, precisamente, consecuencia de su carácter disponible: la disposición es el género, mientras que la transacción es una de sus especies. Puede decirse, por ello, que conforme el Cód. Proc. Civ. y Com. son arbitrables aquellas cuestiones que involucran derechos disponibles. Y la disponibilidad de un derecho, definida como la posibilidad de decidir libremente sobre él o sobre determinados aspectos del mismo, es una cualidad de un derecho que lo hace susceptible, por ejemplo, de transacción o renuncia.

Más allá de la noción normológica, desde una óptica lógica y axiológica, este razonamiento no admite dudas: si una persona puede disponer de un derecho (inclusive renunciándolo) no es posible limitar su aptitud de otorgar a un tercero, aunque no sea un juez del Estado, la potestad de determinar el contenido o el alcance de ese derecho.

Es claro que transigir y someterse a arbitraje no es la misma cosa, y la legislación procesal no las confunde: simplemente dice que para definir el campo de las materias arbitrables deben utilizarse las reglas que la legislación civil establece para delimitar el campo de las materias transigibles” (CAIVANO Y CEBALLOS, p.129).

susceptibles de transacción que, por aplicación del artículo 737 de aquel, no son arbitrables.

V.3. Las materias no transigibles a partir de la sanción del Cód. Civ. y Com.

El Cód. Civil y Com. contiene, al igual que el Código Civil derogado³⁹, una serie de reglas sobre transacción a las cuales cabría remitirse por aplicación del Cód. Proc. Civ. y Com.

El artículo 1642 del Cód. Civil y Com. dispone que la transacción “es de interpretación restrictiva”. En cuanto a las restricciones, el artículo 1644 prohíbe transigir sobre “derechos en los que está comprometido el orden público”, sobre “derechos irrenunciables” y sobre “las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquellos o de otros derechos sobre los que, expresamente, este Código admite pactar”.

La regla general específica es que puede transigirse sobre todo tipo de derechos patrimoniales en los cuales no aparezca comprometido el orden público⁴⁰.

V.4. La materia arbitrable conforme el criterio general establecido en el Cód. Proc. Civ. y Com. y su remisión a las normas civiles

Caivano y Ceballos Ríos señalan que “[m]ás allá de la mayor restricción que se observa en las normas sobre transacción del Cód. Civ. y Com., con la aplicación de la regla del artículo 736 del Cód. Proc. Civ. y Com., el sistema mantiene lógica y coherencia: la ley procesal utiliza un criterio general para determinar cuándo es lícito renunciar a la jurisdicción estatal (la naturaleza transigible de los derechos involucrados en la controversia), y recurre a la ley civil que determina con mayor casuismo hasta dónde llega la autonomía de la voluntad de las partes y en qué casos no es posible renunciar lícitamente a un derecho.

³⁹ Artículos 832 a 841. Puede consultarse el tema -en relación al Código Civil derogado- en ETCHEVERRY, p. 916.

⁴⁰ Conf. FRUSTAGLI Sandra y ARIAS María P., (autoras) en Lorenzetti Ricardo (director general) y De Lorenzo Miguel F., y Lorenzetti Pablo (coordinadores), “Código Civil y Comercial explicado”, Tomo VIII, ed. Rubinzal Culzoni, 1° edición, Santa Fe, 2015, p. 94.

DECONOMI

Siendo ello así, el principio general consagrado por el artículo 958 del Cód. Civ. y Com., coherente con el artículo 19 de la Constitución nacional, hace disponible todo derecho que no afecte más intereses que los de su titular⁴¹. En un sistema jurídico sustentado primordialmente en la autonomía de la voluntad, la disponibilidad es la condición natural de un derecho, por lo que no corresponde comprobar esa condición, sino, en todo caso, que ella no se verifica. Dicho de otro modo, por tratarse de una condición excepcional de los derechos de naturaleza privada y contenido patrimonial, una cuestión solo podrá calificarse como indisponible cuando esté involucrado en ella el interés público o general (...) ⁴².

Por ello, si la arbitrabilidad se determinara con base en lo dispuesto en el Cód. Proc. Civ. y Com., habría de aplicarse el principio general consagrado en el artículo 736, y verificar si se da alguna de las circunstancias por las cuales, no siendo el derecho involucrado susceptible de transacción conforme la ley civil, la materia devendría no arbitrable por aplicación del artículo 737. Lo que llevaría a que no serían arbitrables las controversias relativas a derechos en los que está comprometido el orden público, a derechos irrenunciables y a los derechos no patrimoniales nacidos de las relaciones de familia o relativos al estado de las personas (arg. art. 1644. Cód. Civil y Com.)⁴³.

V.5. Las específicas normas sobre arbitrabilidad contenidas en el Cód. Civil y Com.

Palacio, al abordar concretamente el proceso arbitral, afirma que "...es preferible [el Cód. Proc. Civ. y Com.] que remite a las normas prohibitivas de la

⁴¹ Sobre el punto, me permito recordar la cita de Sagues que he hecho en el apartado 3.1., que indica que "...en rigor de verdad, la libertad de contratación es consecuencia de cada uno de los derechos personales que enuncia la Constitución, de modo explícito o implícito, cuando tratan sobre temas patrimoniales o, en general, transables" (SAGUES, p. 522).

⁴² La Suprema Corte de Buenos Aires ha dicho que "lo que la ley ha querido sustraer al conocimiento de árbitros ajenos a la jurisdicción judicial del Estado, es el conocimiento y la decisión sobre controversias en las que se debaten derechos sobre los cuales los particulares no tienen facultad de disposición, ni pueden, por ello, transigir..." (SCBA, del 07.09.1965, citado por ETCHEVERRY, p. 919).

⁴³ CAIVANO Y CEBALLOS, p.131.

transacción, ya que él cubre todas las hipótesis de derechos indisponibles así como las cuestiones que interesan al orden público”⁴⁴.

Empero, y en palabras de prestigiosos autores, “[l]a coherencia del sistema consagrado en el Cód. Proc. Civ. y Com. se desquició con la incorporación, en el capítulo relativo al contrato de arbitraje del Cód. Civ. y Com., de una norma que introdujo un mayúsculo grado de confusión en un tema que, más allá de ciertos matices, no había suscitado mayores problemas. El tema ha quedado sumido en un océano de dudas, provocadas por una de las peores normas que se conozcan sobre esta materia”⁴⁵, tal como expongo a continuación.

VI. La limitación a la arbitrariedad de disputas derivadas de contratos de adhesión prevista en el art. 1651 del Cód. Civ. Y Com.

VI.1. Introducción

Claro el punto de partida expuesto en los apartados IV y V, retomo -ahora- la línea de investigación que insinué en el apartado II.

Dije allí, con cita de un experto de la materia, que “la exclusión de los contratos por adhesión (...) deja vislumbrar una interpretación restrictiva del acuerdo arbitral, presumiblemente tendiente a proteger al contratante más débil en la negociación, de tal modo que la incorporación del acuerdo arbitral no pase desapercibida en esta modalidad de contratación”⁴⁶.

Sin embargo, sostengo -en línea con lo que también sostiene la doctrina y la jurisprudencia- que el solo hecho de que el contrato se haya celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas no constituye una circunstancia que justifique limitar la arbitrabilidad de las disputas derivadas de

⁴⁴ PALACIO Lino, E., “Derecho Procesal Civil-Procesos arbitrales y universales”, actualizado por Camps, Carlos E., Tomo IX, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, p. 27. Por su parte, recientemente se ha dicho que “...el artículo 1651 es una norma innecesaria, porque aún sin él existirían criterios suficientes para determinar la materia arbitrable bajo el derecho argentino. Y, más aún, los criterios serían más coherentes, armónicos con los que ofrece el derecho comparado y consistentes con el objetivo del legislador de reservar el juzgamiento de materias sensibles a los tribunales judiciales” (SANDLER OBREGÓN).

⁴⁵ CAIVANO Y CEBALLOS, p.133.

⁴⁶ PARODI, p. 858.

él⁴⁷, ni implica que exista un ejercicio abusivo del derecho ni tampoco un desigual poder de negociación que justifique impedirle a las partes dirimir sus disputas mediante arbitraje; y que la lógica que llevó a excluir la posibilidad de arbitrar disputas relacionadas con contratos de adhesión es incomprensible y debe basarse en una incorrecta apreciación de la realidad de esta clase de contratos⁴⁸.

Es que, como se ha dicho muy recientemente en un precedente judicial de la primera instancia del Fuero Nacional Comercial, restringir el arbitraje en los contratos por adhesión carece de un fundamento jurídico de peso, siendo irrazonable excluirlos cuando son celebrados entre empresas pues adhesión no es sinónimo de abuso y su eventual existencia debe ponderarse en el caso concreto⁴⁹.

Con esa orientación, una autora -al abordar concretamente esta temática- indica que en la práctica, no son muchos los contratos que se celebran luego de un proceso de negociación y discusión entre las partes respecto de cada una de sus estipulaciones. La predisposición del contenido contractual por una de las partes es un fenómeno que podría considerarse inevitable, a partir de la masificación del tráfico comercial, la celeridad que se requiere en la formalización de los negocios, y la necesidad de reducir costos y uniformar ciertas relaciones sustancialmente iguales⁵⁰.

Por su parte, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en una decisión que adoptó antes de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., juzgó válida una cláusula arbitral considerando que “en el caso no se presenta ninguna duda de interpretación: la cláusula en cuestión es clara y precisa y no se advierte -y no se ha explicado concreta y razonadamente- de qué modo se habría afectado el consentimiento de la actora al firmar el contrato

⁴⁷ RIVERA, Julio C., "El arbitraje en el Proyecto de Código sancionado por el Senado. Prejuicios y errores", LL, 2013-F, 1069. En sentido similar, MANÓVIL, Rafael M., "Temas de personas jurídicas y contratos en el nuevo Código", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Anales, Buenos Aires, 2014, N° 52, p. 297.

⁴⁸ ROMERO, Melisa; PEÑA, Santiago L. y CHIARALUCE, V., "La cláusula arbitral en los contratos de adhesión y su interpretación a la luz de la jurisprudencia actual", diario La Ley 15.11.2023.

⁴⁹ Juzgado Nacional en lo Comercial N° 3 a cargo del juez Jorge Sícoli, Secretaría N° 6 a cargo del autor, "Infomedia Consulting c/ Voith Hydro s/ ordinario" del 23.12.2023 (firme) en la que se cita la opinión de DI CHIAZZA Iván (autor) en Lorenzetti Ricardo (director general) y Sagama Fernando (director del tomo), "Código Civil y Comercial explicado", Tomo VI [obligaciones y contratos], ed. Rubinzal Culzoni, 1° edición, Santa Fe, 2021, p.851.

⁵⁰ Conf. SANDLER OBREGÓN.

continente de dicha cláusula: no se ha invocado en el caso la producción de un error de hecho o de derecho, que se haya incurrido en dolo, que se haya producido una lesión subjetiva en los términos del art 954 del Código Civil o que se hubiese logrado consentimiento bajo la presión de violencias físicas o morales”⁵¹.

Incluso la propia Corte Suprema ha juzgado -también antes de la vigencia del Cód. Civ. y Com.- la validez y exigibilidad de las cláusulas de prórroga de jurisdicción judicial: no pueden ser dejadas de lado por la sola razón de estar incluida en un contrato de contenido predispuesto⁵² pero sí pueden ser declaradas inoponibles si de ellas resulta un detrimento a los derechos del contratante que adhirió⁵³.

Se ha dicho desde la doctrina que “las consecuencias de interpretar que la norma en análisis significa una lisa y llana prohibición de incorporar cláusulas arbitrales en contratos por adhesión serían muy graves. Por lo pronto, quedaría vedado el sometimiento a arbitraje en una gran cantidad de relaciones jurídicas típicamente comerciales, limitándolo a contratos absolutamente paritarios resultantes de una negociación igualitaria (...) Y, además, de ello resultaría una nueva categoría de inarbitrabilidad, basada no en la naturaleza de los derechos involucrados en la controversia sino en la forma de expresión del consentimiento. Categoría que, por cierto, no reconoce precedentes en el derecho comparado”⁵⁴.

VI.2. Análisis e interpretación del art. 1651 del Cód. Civ. y Com. en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha adoptado un número significativo de precedentes judiciales que han abordado -en concreto- esta temática, aunque con decisiones diversas, tal como surge del análisis de la jurisprudencia del Fuero Nacional en lo Comercial que hago a continuación:

⁵¹ CNCom. Sala D, 22.02.2002, “Bear Service SA c/ Cervecería Modelo S.A. DCV”, diario El Derecho 01.07.2005

⁵² Fallos 313:717.

⁵³ Fallos 324:3859.

⁵⁴ SANDLER OBREGÓN.

(i) La Sala F de la Cámara Comercial ha resuelto dos asuntos en el que las partes involucradas se encontraban vinculadas por un contrato de agencia para la comercialización de servicios y productos de telefonía⁵⁵.

Ambos contratos habían sido rescindidos por los demandados con anterioridad a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. A partir de la conclusión de la referida relación comercial, los actores demandaron la indemnización por daños y perjuicios emergentes de la rescisión contractual ejercida por las partes demandadas.

Las partes demandadas opusieron la excepción de incompetencia explicando que el contrato que vinculaba a las partes contenía una cláusula compromisoria mediante la cual se había acordado someter al Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires todas aquellas divergencias derivadas de la interpretación y ejecución del contrato.

En la primera instancia se hicieron lugar a las excepciones de incompetencia planteadas por las partes demandadas pero luego la Sala F de la Cámara Comercial revocó las referidas resoluciones, desestimando la competencia del Tribunal Arbitral.

Previamente, la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial a cargo de la doctora Gabriela Boquín ("Fiscalía") había dictaminado que conforme el art. 1656 del Cód. Civ. y Com., en caso de duda, debe estarse a favor de la mayor eficacia del contrato de arbitraje.

El Tribunal no siguió la opinión dada por la Fiscalía y realizó una aplicación literal de las disposiciones del art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com.; consecuentemente, rechazó la excepción de incompetencia.

⁵⁵ El precedente "Yasa SRL c/Telecom Personal SA s/ordinario" (expediente N°21501/2015) y el precedente "Argennet SRL. c/Telefónica de Argentina SA s/ ordinario" (expediente N°4326/2015), ambos del 30.08.2016.

Con la misma orientación, este Tribunal resolvió que "[c]orresponde rechazar la excepción de incompetencia deducida por la demandada con fundamento en la cláusula de compromiso arbitral incluida en la "carta propuesta" que vincula a las partes, pues aún cuando no corresponde formular en este estadio un análisis anticipado sobre la naturaleza del contrato de prestación de servicios de telefonía celular que unió a los justiciables, desde un mero abordaje teórico, aparece innegable la presencia de cláusulas predispuestas en este tipo de vinculaciones jurídicas. Consecuentemente, resulta aplicable el Cód. Civ. y Com. 1651-d) que excluyó del arbitraje las controversias sobre contratos de adhesión" (CNCom., Sala F del 13.06.2023, "Word Cellular Company SA c/Telecom Argentina SA s/ordinario" (expediente N°34046/2019).

DECONOMI

Para resolver de ese modo, destacó que la prohibición contenida en el art. 1651 del Cód. Civ. y Com. es de orden público y que, independientemente de la interpretación que se adopte al respecto, si se verifica que la materia en disputa se encuentra incluida en la norma, entonces "se torna indisponible para las partes el sometimiento del diferendo mediante el compromiso arbitral".

En concreto, consideró al contrato de agencia que vinculaba a las partes como uno de adhesión, señalando que "la estandarización del contenido de las políticas empresariales en la telefonía celular son resquicios de la fenomenología de los contratos de cláusulas predispuestas".

De esta manera, al considerar el contrato de agencia como uno de adhesión, el Tribunal concluyó que la controversia emanada de este tipo de relación comercial se encuentra excluida de ser sometida a arbitraje de acuerdo con lo normado por el art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com.⁵⁶.

(ii) En otro asunto pero vinculado a un proceso ejecutivo, la Sala F de la Cámara Comercial, por mayoría, decidió declarar la incompetencia de los tribunales ordinarios para el entendimiento de una demanda ejecutiva en función de la cláusula arbitral incluida en un mutuo celebrado entre las partes, confirmando así, la resolución de la primera instancia⁵⁷.

El Tribunal sostuvo 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 y, además, remitió a lo dictaminado por la Fiscalía.

La Fiscalía había considerado que la referida cláusula arbitral incluía cualquier reclamo en aplicación del mutuo y que, conforme el art. 1656 del Cód.

⁵⁶ Un autor que comenta estos dos precedentes judiciales indica: "[s]obre la referida norma [art. 1651 inciso d)], los jueces se limitaron a realizar una mera interpretación literal. Por dicho motivo, los referidos fallos son extremadamente restrictivos de la aplicación del arbitraje, con el agravante que conforme sus considerandos, la cláusula arbitral contenida en cualquier contrato de adhesión, extinguido este con anterioridad al 1 de agosto de 2015, que deba ser ejecutada con posterioridad a la fecha señalada, sería analizada por las disposiciones del Cód. Civ. y Com." (HINOJOSA, David, "La cláusula arbitral en los contratos de adhesión. Análisis jurisprudencial del Fuero Nacional en lo Comercial", RCód. Civ. y Com. 2019 (junio), 159 y TR LALEY AR/DOC/993/2019).

⁵⁷ CNCom, Sala F del 13.07.2017, "Perez Mendoza Jose Luis c/Hope Entertainment SA s/Ejecutivo (Expediente N°19515/16).

Civ. y Com., en caso de duda debe estarse a favor de la mayor eficacia del contrato de arbitraje.

Además, la Fiscalía reforzó -conceptualmente hablando- la fuerza vinculante de lo pactado por las partes cuando afirmó "...cabe estar a los estipulados por las partes, para resolver sus controversias, configurando un acuerdo contractual privado al que corresponde acatar"⁵⁸.

(iii) Adoptando una línea similar, en el caso "Travel CBA"⁵⁹ la sala E de la Cámara Comercial decidió revocar la decisión de la primera instancia que había admitido la excepción de incompetencia opuesta por la demandada con fundamento en la cláusula arbitral inserta en un contrato de franquicia y rechazar tal excepción, con fundamento en el art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com.

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

⁵⁸ Concretamente, la Fiscalía expresó: "[p]rocede confirmar la resolución mediante la cual el juez a quo hizo lugar a la excepción de incompetencia, en base a la invocada existencia de una cláusula compromisoria mediante la cual las partes pactaron la intervención del tribunal arbitral de la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires. Ello por cuanto, corresponde aplicar la normativa dispuesta en el Cap. 29, del Cód. Civ. y Com., en lo atinente al "Contrato de Arbitraje".

En efecto, a estar a lo dispuesto por el art. 1649, hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido respecto de la relación jurídica que las une. Por lo que cabe estar a los estipulados por las partes, para resolver sus controversias, configurando un acuerdo contractual privado al que corresponde acatar" (Dictamen Fiscal N° 150353).

Por su parte, en el voto en minoría se señaló que el contrato mutuo que habían celebrado las partes era un contrato de adhesión, destacando que se encontraba realizado sobre un papel membretado, que la demandada había tenido antecedentes sobre planteos similares y que el accionante había señalado que se trataba de una "cláusula-formulario" sin haber sido negado por la demandada.

De esta manera, en el voto en disidencia se sostuvo que "si bien todas las cuestiones patrimoniales de carácter disponible pueden ser sometidas a arbitraje, éste solo será válido en un acuerdo entre partes iguales, excluyéndose tal posibilidad en caso de debilidad estructural de alguna de ellas, lo que parece acontecer en el caso".

Además de ello, agregó que "el control de legalidad sobre los contratos de adhesión no se efectúa analizando las modalidades de su formación, sino a través de la estimación de la equidad y del equilibrio del negocio total, de sus cláusulas especiales, y el uso de ciertos estándares comunes aplicables a toda área contractual".

⁵⁹ CNCom., Sala E, del 27.08.2019, "Travel CBA S.R.L. c/Samsonite Argentina SA". El precedente es citado y analizado por ROMERO, PEÑA Y CHIARALUCE y a quienes sigo en adelante.

DECONOMI

El Tribunal consideró que el contrato de franquicia es "normalmente y por su propia naturaleza" un contrato de adhesión, por lo que le correspondía a la demandada acreditar que las cláusulas del contrato habían sido libremente negociadas por las partes y que, por lo tanto, no habían sido predispuestas. A pesar de advertir que existían extremos no controvertidos entre las partes de los que podía inferirse que la cláusula arbitral había sido objeto de negociación⁶⁰, la Cámara Comercial concluyó que la demandada no había logrado probar que el contrato no había sido celebrado por adhesión.

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

(iv) La Sala A de la Cámara Comercial confirmó, en el caso "Abre"⁶¹, la decisión de primera instancia que había admitido la excepción de incompetencia opuesta por la demandada, con fundamento en la cláusula arbitral inserta en un contrato de agencia⁶².

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

Tras ello, el Tribunal indicó que la competencia arbitral es de excepción y, por ello, debe interpretarse con carácter restrictivo, sin perjuicio de

⁶⁰ Según surge del fallo, mientras en el contrato involucrado en el caso la cláusula arbitral preveía como sede del arbitraje la ciudad de Buenos Aires y su administración por el Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje (CEMA); el contrato celebrado por la actora y una sociedad vinculada a la demandada (Samsonite de México) preveía como sede del arbitraje la ciudad de Miami y su administración por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

⁶¹ CNCom., Sala A del 30.08.2019, "Abre S.R.L. c/ Telecom Personal SA". El precedente es citado y analizado por ROMERO, PEÑA Y CHIARALUCE.

⁶² En este sentido, se trató de un caso sustancialmente similar a los casos "Yasa" y "Argennet", en los que se arribó a una solución contraria a la adoptada en el caso "Abre".

DECONOMI

lo cual advirtió que la actora había tomado conocimiento de la cláusula arbitral en dos oportunidades sucesivas, por lo que no podía entenderse que se hubiera visto sorprendida por la inclusión de dicha cláusula ni que esta le fue impuesta por la demandada.

El Tribunal señaló que "para determinar la exigibilidad de una cláusula de elección del tribunal competente, debe analizarse si (...) se da una irrazonable disparidad de poder negociador que permita en el caso invalidar el consentimiento, desvirtuando con ello, la existencia de un eficaz acuerdo de voluntades".

La Sala indicó que la nulidad de la cláusula arbitral "no puede sustentarse a priori en la mera existencia de predisposición unilateral de las condiciones del contrato, si es que ha mediado un componente subjetivo de evidente conocimiento y aceptación, pues un planteo de la índole del que efectúa la actora requiere de la necesaria prueba y contradicción, lo que excede el marco de una excepción previa".

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

Como se puede advertir, la línea de análisis e interpretación desarrollada por la Sala A en el caso "Abre" es opuesta a la sostenida por las Salas E y F en los casos "Yasa", "Argennet" y "Travel CBA".

(v) La Sala C de la Cámara Comercial resolvió el caso "Santa María" que ha tenido bastante difusión. En este asunto, las partes se encontraban vinculadas por un contrato de locación de servicios de limpieza de elementos para la distribución de combustibles gaseosos, el cual -para celebrarlo- se había convocado a un proceso de contratación directa. La parte actora demandó el cobro de sumas de dinero y daños y perjuicios por incumplimiento en el pago de los trabajos encomendados.

DECONOMI

En la cláusula compromisoria, las partes habían pactado que en caso de conflicto sería resuelto conforme el Reglamento de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, bajo las reglas de derecho, con renuncia a todo otro fuero o jurisdicción que le pudiera corresponder.

En la primera instancia, el Juez había rechazado la excepción de incompetencia planteada por la demandada, decisión que fue revocada por la Sala C.

El Tribunal señaló que conforme lo dispuesto por el art. 2 del Cód. Civ. y Com., las normas deben ser interpretadas de acuerdo con su finalidad y que el intérprete no puede apartarse de este criterio básico al momento de determinar los alcances de una disposición legal.

Desde esta perspectiva, sostuvo que el art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com. procura asegurar la intervención de los tribunales estatales en los contratos que, por ser de adhesión, deben entenderse elaborados con el presumible fin de agilizar la negociación en masa con quienes quisieran contratar mediando una diferencia de aptitud negociadora, de asistencia jurídica, de la cuantía de los patrimonios y del poder económico de las partes que contrataron.

El Tribunal afirmó que esta norma no puede considerarse prevista para soslayar un pacto cuando el contratante no pudo considerarse sorprendido por su incorporación dentro del esquema destinado a regirlo.

Particularmente, respecto del contrato de adhesión, el Tribunal sostuvo que no todos ellos descartan la posibilidad de un convenio paritario, esto es, celebrados con sujetos que en igualdad de condiciones estuvieran en condiciones de advertir lo que firmaban y aceptaran hacerlo en esos términos.

A partir de estas consideraciones, analizó que el contrato exhibía la vinculación de empresas especializadas por razón de su objeto y dotadas de la envergadura suficiente para llevarlo a cabo. Además, destacó la cuantía económica de la suma reclamada y señaló que se trata de un contrato celebrado entre empresarios, atinente a cuestiones patrimoniales disponibles, en el que no se ha demostrado una posición abusiva⁶³.

⁶³ Textualmente el Tribunal dijo: “[n]o resulta procedente la pretensión de desconocer la cláusula compromisoria que vincula a las partes. Ello, toda vez que el contrato base de esta acción

(vi) El mismo Tribunal también resolvió otro asunto ("Vanger")⁶⁴ que tiene algunas diferencias con el referido en los párrafos que antecede, que vale la pena señalar⁶⁵.

En "Santa María", la Cámara Comercial advirtió que el contrato entre las partes había sido celebrado a partir de una licitación (llamado a contratación directa) y que la actora se había vinculado con la demandada (ENARSA) conociendo de antemano las condiciones que debía acatar para brindar los servicios requeridos que le fueron adjudicados.

Esa circunstancia no medió en el caso "Vanger", en el que, en cambio, el Tribunal añadió una consideración jurídica que no había desarrollado en "Santamaría", al señalar que el art. 1656 del Cód. Civ. y Com. establece que el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales, a menos que el convenio sea manifiestamente nulo o inaplicable, y que nada de ello se verificaba en el caso.

demuestra la vinculación de dos empresas especializadas por razón de su objeto y dotadas de la envergadura suficiente como para llevarlo a cabo. Cabe destacar que la suma reclamada exhibe la magnitud económica del contrato continente de la aludida cláusula. En tales condiciones, la pretensión de que lo dispuesto en el Cód. Civ. y Com. 1651 inc. d -en cuanto excluye del arbitraje a los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto- es aplicable al caso, desatiende la finalidad de esa norma.

Esa regla procura asegurar la intervención de los tribunales estatales en los contratos que, por ser de adhesión, deben entenderse elaborados con el presumible fin de agilizar la negociación (en masa) con quienes quisieran contratar mediando una diferencia de aptitud negociadora, de asistencia jurídica, de la cuantía de los patrimonios y del poder económico de las partes que contrataron.

No puede considerarse prevista, en cambio, para soslayar un pacto admitido cuando el contratante no pudo considerarse sorprendido por su incorporación dentro del esquema destinado a regirlo.

Repárese que fue a partir de la participación en una licitación -llamado a contratación directa- que la actora se vinculó con la demandada -empresa pública-, conociendo de antemano las condiciones que debería acatar a fin de brindar los servicios requeridos y que le fueron adjudicados.

No todo contrato de adhesión (Cód. Civ. y Com. 984) descarta la posibilidad de que nos hallemos ante convenios paritarios, esto es, celebrados con sujetos que, en igualdad de condiciones, estuvieran en condiciones de advertir lo que firmaban y aceptaran hacerlo en esos términos.

Cuando, como en el caso, se trata de un contrato celebrado entre empresarios, atinente a cuestiones patrimoniales disponibles, cabe admitir la operatividad de la cláusula en cuestión aun cuando se tratare de un contrato de adhesión, en tanto no se haya demostrado su abusividad y no se hallaren en riesgo materias de orden público que justificaren el apartamiento de la prórroga acordada por las partes".

⁶⁴ CNCom., Sala C, "Vanger S.R.L. c/ Minera Don Nicolás S.A.", 06/06/2019, TR LALEY AR/JUR/25548/2019, que es citado por Romero, Peña y Chiaraluce, La Ley 15.11.2023.

⁶⁵ Tal como apuntan ROMERO, PEÑA Y CHIARALUCE y a quienes vengo siguiendo.

DECONOMI

(vii) La Sala D, en el caso “Soluciones Integrales”⁶⁶, confirmó la decisión de la primera instancia que había admitido la excepción de incompetencia opuesta por la demandada con fundamento en la cláusula arbitral inserta en un contrato de adhesión.

El Tribunal consideró que la cláusula compromisoria debería interpretarse de manera restrictiva por implicar una renuncia al principio general del sometimiento de conflictos a los jueces estatales, no obstante lo cual advirtió que las partes habían acordado con claridad someter a decisión de árbitros disputas como la planteada por la actora.

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

El Tribunal sostuvo que “[n]o forma óbice a la competencia arbitral la circunstancia de que la cláusula compromisoria integre un contrato de adhesión en tanto se trate de un contrato celebrado entre empresarios, atinente a cuestiones patrimoniales disponibles, razón por la cual la pretensión de aplicar lo dispuesto en el Cód. Civ. y Com. 1651-d), desatiende su finalidad pues esa norma procura asegurar la intervención de los tribunales estatales en los contratos que, por ser de adhesión, deben entenderse elaborados con el presumible fin de agilizar la negociación (en masa) con quienes quisieran contratar mediando una diferencia de aptitud negociadora, de asistencia jurídica, de la cuantía de los patrimonios y de su respectivo poder económico; pero no puede considerarse prevista, en cambio, para soslayar un pacto admitido

⁶⁶ CNCom, Sala D del 08.02.2022, “Soluciones Integrales SRL c/Ternium Argentina SA s/Ordinario (expediente N°1648/21).

cuando el contratante no pudo considerarse sorprendido por su incorporación dentro del esquema destinado a regirlo, como ocurre con las empresas”⁶⁷.

Destacó que cualquier otro planteo sobre la existencia, validez o eficacia de la cláusula compromisoria debía ser examinado por el tribunal arbitral en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*⁶⁸ consagrado en el art. 1654 del Cód. Civ. y Com., y por no ser el convenio manifiestamente nulo o inaplicable (cfr. art. 1656, primer párrafo, del Cód. Civ. y Com.).

(viii) La Sala B siguió una línea similar a la descrita en el numeral anterior al confirmar la decisión de primera instancia que había admitido la

⁶⁷ CNCom, Sala D, del 08.02.2022, “Soluciones Integrales SRL c/Ternium Argentina SA s/Ordinario (expediente N°1648/21). El Tribunal completa el concepto que transcribí en el cuerpo del escrito del siguiente modo: “[p]or ello, cabe admitir la operatividad de la cláusula compromisoria aun cuando se tratare de un contrato de adhesión, en tanto -como ocurre en la especie- no se haya demostrado su abusividad y no se hallaren en riesgo materias de orden público que justificaren el apartamiento de la prórroga acordada por las partes. La fuerza creadora de obligaciones, propia del contrato, debe, cuando eso ocurre, considerarse vigente (Cód. Civ. y Com. 959; CNCom, Sala C, in re “Vanger SRL c/ Minera Don Nicolás SA s/ordinario”, del 06/06/19...”.

⁶⁸ Por mi parte, agrego que autores de reconocido prestigio apuntan que el principio competencia/competencia importa atribuir al tribunal arbitral la posibilidad de resolver sobre su propia competencia, sujeto ello a revisión posterior (UZAL María Elsa, “Derecho Internacional Privado”, ed. La Ley, Bs. As., 2016, p. 424). De este modo, se afirma que el mencionado principio no atribuye al tribunal arbitral la exclusividad sino la prioridad para decidir sobre la competencia.

En concreto, para que el principio competencia/competencia tenga real eficacia debe reconocerse la prioridad del tribunal arbitral lo que se exterioriza en que los tribunales judiciales deben abstenerse de atender cuestiones de competencia antes de que exista un pronunciamiento del tribunal arbitral, salvo que la inexistencia o invalidez de la cláusula arbitral, o su inaplicabilidad al caso, fueran evidentes.

Esto es lo que se define como el efecto negativo del principio competencia/competencia, y su reconocimiento y alcance dependen de las leyes estatales locales o de su práctica judicial, no existiendo un consenso sobre el punto (conf. FOUCARD Philippe, GAILLARD Emmanuel y GOLDMAN B., en Gaillard Emmanuel - Savage John (eds.), “On International commercial arbitration, Kluwer, Netherlands, 1999, nros. 659 y 660, p. 400).

En definitiva, el principio competencia/competencia significa que los árbitros pueden juzgar sobre la eficacia de la cláusula arbitral y de su aplicabilidad al caso, estando ello sujeto a revisión judicial por vía de un recurso posterior (efecto positivo), y que el tribunal judicial -al ser instado por una de las partes, como lo es en este caso- deben limitarse a un examen prima facie y remitir la cuestión a la decisión de los árbitros, salvo nulidad o inaplicabilidad manifiestas de la convención arbitral (efecto negativo).

En línea con ello, Cód. Civ. y Com. prevé que el contrato de arbitraje atribuye competencia a los árbitros para resolver sobre su propia competencia (efecto positivo) y excluye la competencia judicial estatal, a no ser que el tribunal arbitral aún no esté entendiendo en la cuestión “y el convenio parezca manifiestamente nulo o inaplicable” (efecto negativo) [art. 1656 del Cód. Civ. y Com.].

Lo transcripto forma parte de la resolución judicial adoptada por el juez Jorge Sícoli, titular del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 3 Secretaría N° 6 a cargo del autor, en el marco del expediente “Consulting c/ Voith Hydro s/ ordinario” (firme) y que ya he citado párrafos arriba.

excepción de incompetencia opuesta por la demandada en base a la cláusula arbitral inserta en un alegado contrato de adhesión⁶⁹.

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

VI.3. Síntesis de los criterios de la Cámara Comercial

La reseña de jurisprudencia que expuse muestra que todas las Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial han adoptado decisiones sobre la arbitrabilidad de disputas derivadas de contratos de adhesión y el alcance de la disposición contenida en el art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com. Sin embargo, lo hicieron con interpretaciones y resultados disímiles.

Por un lado, las Salas A, B, C y D adoptaron una interpretación sistemática y finalista del art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com., a partir de la cual concluyeron que no corresponde declarar la invalidez de la cláusula arbitral inserta en un contrato de adhesión, si se comprueba que este fue celebrado por empresarios y no se demuestra su abusividad ni se encuentran comprometidas materias de orden público.

El fundamento de esa solución radica en que, en esas circunstancias, no correspondería presumir la existencia de una desigualdad de poder de negociación entre las partes ni que una de ellas se haya visto sorprendida por la inclusión de la cláusula arbitral ni, en suma, que se cumpla la finalidad

⁶⁹ CNCom., Sala B del 19.04.2023, "Rosario Maquinas Agrícolas SRL c/Cnh Industrial Argentina SA s/Ordinario (expediente N°2727/2022).

perseguida por el legislador al limitar la arbitrabilidad de disputas derivadas de contratos de adhesión⁷⁰.

Por el otro lado, las Salas E y F adoptaron una interpretación literal de la norma, en función de la cual rechazaron la validez de la cláusula arbitral inserta en un contrato de adhesión, independientemente de la finalidad perseguida por la ley y de las circunstancias de hecho involucradas en la disputa, llegando a considerarse en el caso "Travel CBA" que esa solución no variaría ni siquiera si se demostrara la negociación del acuerdo arbitral, pues ello solo probaría la existencia de una cláusula particular que no alteraría la condición del contrato de adhesión si no se prueba, además, la negociación de las cláusulas centrales del contrato⁷¹.

VII. Conclusiones

VII.1. Interpretación del art. 1651 inc. d

En cuanto a la interpretación y alcance que corresponde asignarle a lo previsto en el art. 1651, inc. d) del Cód. Civ. y Com., creo que, sin perjuicio de la preeminencia que debe darse -como regla- a la interpretación literal de las normas, en esta temática es preferible adoptar una interpretación flexible, armónica y sistemática de las disposiciones que rigen el arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico que, a su vez, tenga en cuenta la finalidad perseguida por el legislador al limitar la arbitrabilidad de los conflictos vinculados a contratos de adhesión⁷².

Antonin Scalia, prestigioso autor y ex juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, alude -al sintetizar el pensamiento de otro autor- que “[u]n enfoque moderno y franco en función del poder de los tribunales de revisar las leyes (...) radica en aceptar que es apropiado el hecho de que el juez que aplica una ley considere no solo lo que la ley quiere decir de forma abstracta o aun incluso sobre la base de la historia legislativa, sino también lo que debería querer

⁷⁰ Conf. ROMERO, PEÑA, Y CHIARALUCE y a quienes he seguido en buena parte de este apartado.

⁷¹ Conf. ROMERO, PEÑA Y CHIARALUCE.

⁷² Conf. ROMERO, PEÑA Y CHIARALUCE.

DECONOMI

decir en términos de las necesidades y los objetivos de nuestra sociedad actual. La ley quiere decir lo que debería decir”⁷³.

Con la misma orientación, en la exposición de los Fundamentos de la Comisión Redactora del Cód. Civ. y Com. se expresa lo siguiente: “[d]e conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También se incluyen sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación.

Se hace referencia al ordenamiento jurídico, lo cual permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto”.

Alegría refiere que “la interpretación gramatical no es puramente filológica, de lo cual se desprende que el sentido de los términos debe juzgarse en sus contextos y en el ambiente en el que el término vive”⁷⁴.

La jurisprudencia de las Salas C y D de la Cámara Comercial indica -concretamente- que una interpretación literal de la norma, apegada estrictamente a sus términos, puede conducir a concluir que toda disputa derivada de un contrato de adhesión no es arbitrable, lo que -entendiendo- no resulta razonable en todos los casos.

En efecto, doctrina autorizada apunta que no es lo mismo un contrato de adhesión celebrado entre un proveedor y un consumidor que uno suscripto

⁷³ SCALIA, Antonin, “Una cuestión de interpretación. Los tribunales federal y el derecho”, Palestra Editores, Lima, 2015, p. 85. Aclaro que Scalia no comparte el punto del profesor Eskridge; solo sintetiza su pensamiento.

⁷⁴ ALEGRÍA, Héctor, “La interpretación de los contratos en el derecho argentino”, La Ley, 2005-E, 952.

entre comerciantes. Entre otras razones, porque el consumidor no persigue un propósito de lucro ni realiza una operación especulativa que conlleva riesgos inherentes al negocio (como sí lo hacen los comerciantes) y porque la condición de parte débil del vínculo contractual, que normalmente resulta palmaria en el consumidor, no es tan fácil de advertir cuando ambas partes son comerciantes⁷⁵.

Se agrega, además, que “hay miles de contratos celebrados entre empresas por adhesión a condiciones generales que incluyen una cláusula compromisoria. Tales las cartas de porte y conocimiento de embarque, sin que nunca se haya cuestionado la arbitrabilidad de las cuestiones emanadas de los contratos de transporte terrestre o marítimo celebrados entre empresas”⁷⁶; empero, esto no implica un ejercicio abusivo del derecho que perjudique a la parte adherente del contrato⁷⁷.

Pareciera, entonces, que la cláusula arbitral incluida en un contrato por adhesión celebrado entre profesionales (o “no consumidores”), solo podría ser invalidada si se demostrara que medió un abuso de posición dominante de quien impuso la cláusula arbitral y se afecta con ello el derecho de defensa de la parte adherente.

En línea con ello, la Sala A de la Cámara Comercial -en el precedente “Abre” citado en el apartado VI.2. iv)- alude en concreto a la obligatoriedad de analizar “...si (...) se da una irrazonable disparidad de poder negociador que

⁷⁵ CAIVANO, ROQUE Y CEBALLOS RÍOS, NATALIA, p. 139. Los referidos autores dicen lo siguiente: “la posición jurídica, económica y contractual de un consumidor al contratar un bien o un servicio ha justificado, casi universalmente, que se le brinde un grado especial de protección y se implementen diversos mecanismos tendientes a resguardar sus derechos. Pero la situación de los comerciantes, aún cuando se vinculen a través de contratos predispuestos por una de las partes, no es equiparable a aquella. Por un lado, porque al contratar, el consumidor no persigue un propósito de lucro ni realiza una operación especulativa, sino que busca satisfacer una necesidad; a diferencia de un comerciante que contrata con la finalidad de obtener de ese acuerdo una ganancia en su emprendimiento. La búsqueda de una utilidad económica trae aparejada la necesidad de asumir ciertos riesgos, propios de la actividad mercantil, que no necesariamente debe soportar un consumidor. Por el otro, porque la condición de parte débil de la relación contractual, ostensible en el consumidor, no es tan sencilla de determinar cuando ambas partes son comerciantes. El tamaño o el patrimonio de una empresa no necesariamente aparejan una posición contractual dominante que le permita imponer a su cocontratante las condiciones de un negocio”.

⁷⁶ RIVERA, RIVERA (H) Y AMADO ARANDA, p. 223.

⁷⁷ RIVERA, JULIO C., “El arbitraje en el Proyecto de Código sancionado por el Senado. Prejuicios y errores”, La Ley, 2013-F, 1069.

permita en el caso invalidar el consentimiento, desvirtuando con ello, la existencia de un eficaz acuerdo de voluntades”⁷⁸.

VII.2. Pautas para ponderar contratos celebrados por adhesión que contengan cláusula arbitral

Al explicitar las razones que condujeron al establecimiento de un régimen especial para los contratos de adhesión, los redactores del anteproyecto indicaron que esta clase de contratos no necesariamente son de consumo y que, de hecho, el principal campo de aplicación de las disposiciones previstas para los contratos de adhesión no son los contratos de consumo, sino las situaciones de adhesión que suelen presentarse entre pequeñas y medianas empresas y grandes operadores del mercado.

En esas condiciones, tratándose regularmente de vínculos entre comerciantes, la regla debería ser reconocer la plena operatividad y exigibilidad de la cláusula arbitral, no su invalidez.

Sobre el punto, si bien es cierto que la libertad de contratación está limitada para una de las partes⁷⁹, pareciera que la solución no consiste en privar de validez a los pactos celebrados en esas condiciones sino en intentar atenuar algunos de sus aspectos más problemáticos: por un lado, imponiendo requisitos de forma tendientes a asegurar que el contratante que adhiere a la fórmula predispuesta por su cocontratante tenga efectivo conocimiento de las estipulaciones a las que se está sometiendo; y por el otro, permitiendo revisar aquellas cláusulas cuyo contenido resulte ostensiblemente abusivo y perjudicial para el adherente, tal como propone la doctrina especializada⁸⁰.

De este razonamiento inicial -apuntan otros autores- se concluye que no puede considerarse que el sometimiento arbitraje deje de ser voluntario por estar la cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado por adhesión, si bien

⁷⁸ CNCom., Sala A del 30.08.2019, "Abre S.R.L. c/ Telecom Personal SA".

⁷⁹ Conf. . SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, "Contratos-Parte general", en Sánchez Herrero, Andrés (director) y Sánchez Herrero, Pedro (coord), en "Tratado de Derecho Civil y Comercial", Tomo IV, Ed. La Ley, 2° edición, Bs. As., 2018, p. 232.

⁸⁰ Conf. SANDLER OBREGÓN.

podrá examinarse que la misma no resulte abusiva ni manifiestamente perjudicial para el adherente⁸¹.

De hecho, esta ha sido la tendencia que sugiere la doctrina y los tribunales, en tanto han considerado válidos y obligatorios los acuerdos arbitrales contenidos en contratos comerciales celebrados por adhesión, salvo cuando se verifique una situación de hecho que demuestre una utilización abusiva del recurso técnico contractual (“irrazonable disparidad”, en palabras de la Sala A⁸²).

Sobre el punto, doctrina muy calificada -cuando aborda la temática vinculada a la prórroga de jurisdicción territorial por medio de contratos por adhesión a condiciones generales- indica que “...la cláusula que consagra la prórroga de competencia territorial bajo ciertas circunstancias puede constituirse en abusiva, especialmente si el perjuicio del débil traduce en desequilibrio procesal, en tanto suprime u obstaculiza el ejercicio de la pretensión judicial del adherente, lo que importa una ventaja excesiva a favor del predisponente y desemboca en un efectivo estado de indefensión”⁸³.

Los citados autores insisten en la idea de indefensión al aludir a que el pacto de foro prorrogando requiere, para su calificación de abusiva, “de una apreciación judicial de circunstancias de hecho que, genéricamente, podríamos enunciar como vinculadas al impedimento o a la grave dificultad para el ejercicio de la defensa en juicio”.

Y cierran el concepto indicando: “[a] esos fines (...) el pacto de desplazamiento de la competencia importará abuso si, en el marco de la contratación predispuesta, coloca al adherente en situación de desventaja exagerada”.

En lo atinente a la visión de la jurisprudencia sobre el punto, refiero nuevamente a las citas que invoqué en el apartado VI.1. de un precedente de la Cámara Comercial y de la Corte Suprema.

⁸¹ CAIVANO, ROQUE Y CEBALLOS, p. 139.

⁸² CNCom., Sala A del 30.08.2019, “Abre S.R.L. c/ Telecom Personal SA”.

⁸³ MORELLO, Augusto, M., y STIGLITZ, Rubén, S., “Las cláusulas de sumisión expresa en los contratos por adhesión a condiciones generales o cláusulas predispuestas”, La Ley, 2001-C, 1031.

DECONOMI

En el primero, se juzgó válida una cláusula arbitral considerando que “en el caso no se presenta ninguna duda de interpretación: la cláusula en cuestión es clara y precisa y no se advierte -y no se ha explicado concreta y razonadamente- de qué modo se habría afectado el consentimiento de la actora al firmar el contrato continente de dicha cláusula: no se ha invocado en el caso la producción de un error de hecho o de derecho, que se haya incurrido en dolo, que se haya producido una lesión subjetiva en los términos del art 954 del Código Civil o que se hubiese logrado consentimiento bajo la presión de violencias físicas o morales”⁸⁴.

En el segundo, la Corte Suprema ha juzgado que la validez y exigibilidad de las cláusulas de prórroga de jurisdicción judicial, no pueden ser dejadas de lado por la sola razón de estar incluida en un contrato de contenido predispuesto⁸⁵ pero sí pueden ser declaradas inoponibles si de ellas resulta un detrimento a los derechos del contratante que adhirió⁸⁶.

En cambio, en otro asunto, la jurisprudencia declaró nulo el acuerdo arbitral al juzgarse que era abusivo porque la jurisdicción quedaba sujeta a la exclusiva elección del predisponente sin dar razón alguna de los motivos por los cuales se reservaba tal elección⁸⁷.

Y muy recientemente, la Sala C de la Cámara Comercial, juzgó que “[l]a prórroga de jurisdicción contenida en una cláusula de un contrato por adhesión resulta abusiva (Cód. Civ. y Com. 1651-b)”.

Para ello, el Tribunal analizó la relación comercial que vinculó a las partes en litigio, relación que “...consistió en una prestación de servicios -de la demandante para con la demandada- que, por su naturaleza, revela un mecanismo de “colaboración” para con un negocio principal del que es dueña la emplazada. Además el negocio se anudó a través de una “carta oferta” idónea para canalizar esa predisposición de cláusulas contractuales. En ese marco, del contrato resulta que los servicios debían ser prestados desde las instalaciones del proveedor ubicada en esta jurisdicción, y que el pago debía efectuarse

⁸⁴ CNCom., Sala D, 22.02.2002, “Bear Service SA c/Cervecería Modelo S.A. DCV”, diario El Derecho 01.07.2005

⁸⁵ Fallos 313:717.

⁸⁶ Fallos 324:3859.

⁸⁷ CCiv. y Com. Tucumán, Sala 1° del 02.10.1997, “Rodríguez Rafael Rolando c/Citibank NA”.

mediante transferencia de fondos a la cuenta de titularidad de aquel, abierta en el banco que se encontraba también en esta jurisdicción”.

Dentro de ese esquema fáctico, el Tribunal resolvió que “...la competencia debe ser decidida con apego a las pautas que sienta el CPR 5-30”⁸⁸.

En cambio, en un precedente emitido por la Corte de Justicia de San Juan, luego de detallar todas las condiciones que implicaba el sometimiento a arbitraje, concluyó que ninguna de ellas importaba una solución arbitraria ni vulneraba el derecho de defensa ni la garantía de igualdad ni el debido proceso, por lo que la cláusula arbitral no podía considerarse abusiva⁸⁹.

VIII. La reforma legislativa propuesta

El dilema que presentan los contratos de contenido general predispuesto, viene desvelando a los juristas desde hace tiempo.

El fenómeno de la simple adhesión de una parte a condiciones preconcebidas por la otra, no quita al acto el carácter de voluntario porque, no obstante que en esa situación el papel de la voluntad común se limita al máximo, “lo cierto es que ese mínimo de consentimiento, reducido a una opción entre

⁸⁸ CNCom., Sala C, del 28.06.2023, “GRM Calling SA c/Tarjeta Naranja SA s/ordinario” (expediente N°9555/2022).

⁸⁹ Corte de Justicia de San Juan, Sala I, del 12.06.2014, “MC Servicio de Consultora SRL c/Minera Argentina Gold SA”. Recordó la Corte provincial que, tratándose de un arbitraje de derecho, las partes podían plantear las mismas cuestiones, defensas y pruebas que habrían podido invocar ante un tribunal judicial; que el arbitraje había sido encomendado al Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, un tribunal institucional ampliamente reconocido, cuya idoneidad, independencia e imparcialidad no Pueden ponerse en discusión; que las normas procesales aplicables, contenidas en el reglamento del tribunal, respetan los principios esenciales de audiencia, contradicción, bilateralidad e igualdad; que los costos de litigar ante ese tribunal son, inclusive, inferiores a los que tendría un proceso judicial porque los honorarios de los letrados de las partes se regulan considerando la naturaleza extrajudicial de las actuaciones y porque el arancel que debe efectivizarse ante el tribunal arbitral es menor a la alícuota que se aplica en la jurisdicción estatal; y que la renuncia a los recursos no provoca en sí mismo una desigualdad o desequilibrio procesal, en tanto afecta a ambas partes por igual, al mismo tiempo que se reduce el tiempo y costos en la relación con la solución del conflicto.

Como la misma sentencia aclara, otra habría sido la solución si se hubiese comprobado que el pacto arbitral traducía una situación de arbitraria desigualdad o de imposición abusiva, como lo sería si el arbitraje hubiese sido obligatorio para el adherente y no para el predisponente, o este se hubiese reservado la facultad de designar unilateralmente a la totalidad de los árbitros, o hubiese impuesto al adherente la carga de afrontar todos los costos del arbitraje, o solo el adherente hubiese renunciado a los recursos contra el laudo.

DECONOMI

adherirse o no a las condiciones contractuales preordenadas por una de las partes, resulta suficiente para que se puede hablar de contrato”⁹⁰.

Y lo cierto es que los ordenamientos jurídicos no han privado completamente de efectos vinculantes a las relaciones jurídicas así establecidas, tal como apunta doctrina especializada que indica que, partiendo de la base de que el fenómeno de la contratación en masa es inevitable, y no necesariamente negativo, en general se ha optado por considerar inválidas o inoponibles solo a las estipulaciones que frustran el fin del contrato o lo desnaturalizan, y por admitir la posibilidad de control judicial sobre su contenido, con miras a preservar la razonable equidad del contrato y a evitar la abusiva imposición de condiciones o obligacionales inadmisibles.

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 restar validez a las cláusulas arbitrales contenidas en esa clase de contratos, porque esa superioridad no se traduce, siempre y necesariamente, en la imposición de cláusulas leoninas. Prohibir genéricamente los pactos arbitrales contenidos en contratos por adhesión por el solo hecho de estar en ellos, como hace el artículo 10651 inciso d), no es una solución apropiada y merece reproche, en la medida que presupone el carácter abusivo de un acuerdo arbitral solo por el modo en que se forma el consentimiento⁹¹.

Coherentemente con lo recién señalado, opino -tal como sostiene la jurisprudencia mayoritaria y la doctrina especializada- que no corresponde declarar la invalidez de la cláusula arbitral inserta en un contrato de adhesión si se comprueba que este fue celebrado por empresarios y no se demuestra su abusividad ni se encuentran comprometidas materias de orden público. Esa es la visión que mejor se ajusta a la realidad de los contratos de adhesión en general y a la finalidad perseguida por el legislador al limitar la arbitrabilidad de las disputas vinculadas a esta clase de contratos.

⁹⁰ SPOTA, Alberto, “Instituciones de derecho civil-Contratos”, Tomo I, ed. De Palma, Bs. As., 1978, p. 224.

⁹¹ CAIVANO, ROQUE Y CEBALLOS, p. 142.

DECONOMI

“El inciso d) del art. 1651 es una de las normas peor concebidas del Código”⁹² dice un referente en la materia; empero, al interpretarla, la mayoría de los tribunales han optado por seguir el camino atinado.

Por ende, propongo que en una futura reforma legislativa, se modifique el artículo 1651 suprimiendo el inciso D del Cód. Civ. y Com.

⁹² CAIVANO, ROQUE Y CEBALLOS, p. 143.