

EL ARBITRAJE EN EL SEGURO Y EL REASEGURO INCIDENCIA DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL NUEVO CCCN

Carlos A. Estebenet *

Sumario.

I. Introducción. El arbitraje en general. II. En el seguro. II.1. La situación antes de la vigencia del CCCN. II.2. Las novedades del CCCN. III. En el Reaseguro. IV. Conclusión.

La frase fulminante de la ley de contrato de Seguros que tengo grabada en la memoria desde mis épocas de estudiante, obró como motivación para adentrarme en las turbulentas aguas que significa esta figura en el marco del seguro y reaseguro en la República Argentina.

“*Son nulas las cláusulas compromisorias incluidas en la póliza...*” dice el artículo 57 de la ley 17.418.

El punto será analizar como juega esta y otras normas en un contexto distinto al que motivó su inclusión en épocas pasadas, me refiero al último trienio de la década del sesenta.

I. Introducción. El arbitraje en general.

No es mi intención extenderme en consideraciones generales sobre el Arbitraje, para ello puede consultarse prestigiosos tratadistas que no han dejado tema por analizar.

Me parece apropiado sólo comentar algunas cuestiones que nos ayudaran a entender y resolver la cuestión central de este trabajo: El seguro y el reaseguro.

I.1. El arbitraje es considerado como un sistema *alternativo* de solución de conflictos que posee ciertas características propias ya que es considerado un método *adversarial* de sometimiento voluntario, defiriendo la solución en manos de un tercero que no forma parte del estado y cuya decisión es obligatoria para las partes, aunque deban recurrir al estado para la ejecución.¹

Lo expuesto significa que nos encontramos en un marco referencial en el cual la voluntad de los involucrados, obra como disparador esencial para introducirse dentro de un sistema que en parte es construido por las mismas voluntades y en parte por cierta normativa que lo posibilita pero al mismo tiempo le impone límites.

I.2. Se ha escrito mucho acerca de los beneficios del arbitraje² y en este sentido surge como punto esencial que son las mismas partes las que eligen la forma de resolver el conflicto y en manos de quienes pondrán esa responsabilidad.

* Vicepresidente 1º de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros, Sección Nacional de A.I.D.A.; Miembro del Consejo de Presidencia de A.I.D.A. Internacional; Vicepresidente Grupo de Trabajo de Reaseguros en A.I.D.A. Internacional; Profesor de Derecho del Seguro y Director de Posgrado en U.C.A.

¹ RIVERA, Julio Cesar, *Arbitraje Comercial. Internacional y Domestico*. Ed. Lexis Nexis.

² Ibidem.

Se ha destacado entre las ventajas, la rapidez, celeridad y mayor flexibilidad en el proceso, la elección recae en manos de expertos tanto en el procedimiento como en la cuestión de fondo, se puede pactar la confidencialidad, los costos son más previsibles y puede evitarse la parcialidad fundada en la nacionalidad de las partes.³

“En los casos en que un acuerdo no es posible, cuando el método más eficaz de solucionar el conflicto es el recurso a un tercero para que -mediante un acto de autoridad- zanje la disputa, el arbitraje aparece como un excelente medio. A diferencia de la mediación o la conciliación, el arbitraje es un método adversarial y adjudicativo, en el cual el tercero neutral no auxilia a las partes para que estas acuerden una solución, sino que se las impone mediante el dictado de un laudo, igual en sus efectos a una sentencia judicial”.⁴

También cabe considerar que la elección del árbitro o árbitros tiene estrecha relación con la materia de que se trata por lo que la elección podrá recaer sobre aquellos que se consideren con los mejores conocimientos.

Es claro que cuando el conflicto está circunscripto a un área específica de la economía o a un mercado, el beneficio es enorme ya que la especialidad hará que el laudo considere las particularidades de los mismos.

En cambio si el conflicto trata de un tema general de derecho o procesal, parecería que la justicia sería la más adecuada.

El caso que muchas veces ha sido puesto como ejemplo es el tema de la prescripción o legitimación; es claro que los jueces se encuentran en total capacidad de resolver con mayor solvencia un conflicto en torno a dichas cuestiones.

No es que considere que el Arbitraje solo pueda utilizarse en el marco de microsistemas legales, pero me interesa resaltar que la materia a tratar tiene influencia decisiva en la vía de resolución del conflicto que se elija.

I.3. En cuanto a la naturaleza jurídica se han esbozado distintas teorías, que van desde la contractualista que se focaliza en el origen convencional del arbitraje hasta la que le atribuye naturaleza jurisdiccional y como es habitual, posiciones mixtas que combinando ambas teorías, diferencia la materia inherente al acuerdo arbitral y la eficacia legal del laudo, que estará ligado a la legislación que la contemple.⁵

Por ello coincido con la posición que establece que “Sería una función jurisdiccional cuya raíz genética es contractual; o dicho de otro modo, tendría una raíz contractual y un desarrollo jurisdiccional”.⁶

En el mismo sentido se ha sostenido sobre el origen contractual del arbitraje, salvo en los arbitrajes forzosos, pero es universalmente reconocido que los árbitros desempeñan una

³ Ibidem.

⁴ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*. Ed. Ad hoc.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

función jurisdiccional pero en cuanto al conocimiento y decisión, dejando a los jueces el imperium, esto es la ejecución de las decisiones.⁷

Esto último relacionado con el principio que establece el monopolio del uso de la fuerza para el Estado.

I.4. La cuestión relativa a la autonomía ha sido tratada en particular por la doctrina y la jurisprudencia.

El planteamiento es que “la cláusula arbitral no es un accesorio del contrato principal, sino que es propiamente un contrato dentro del contrato, por lo que se predica su autonomía”.⁸

Lo expuesto implica que la nulidad o ineficacia del contrato principal no acarrea la del compromiso arbitral y por lo tanto el tribunal arbitral puede juzgar la nulidad como la ineficacia del contrato y su propia competencia.

Así lo define y establece el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN): “El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones.”⁹

Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.¹⁰

I.5. Independencia e imparcialidad de los árbitros. Se trata de dos conceptos que a primera vista actúan entrelazados pero pueden realizarse algunas consideraciones que los distinguen.

La imparcialidad es un dato subjetivo y hace al espíritu y predisposición del árbitro y que se expondrá en un razonamiento, y/o conducta del mismo.

En este punto también se ha discutido si puede existir el árbitro de parte, el cual participa de su postura y actúa conjuntamente con el árbitro de la contraria y un tercero imparcial. Es lo que la doctrina ha dado en llamar el árbitro no neutral.¹¹

La tendencia internacional es no aceptar al árbitro no neutral y ello está en línea con lo previsto en el CCCN.¹²

Distinta es la cuestión respecto de la independencia, ya que en tal caso se trata de una cuestión objetiva que puede ser definida claramente ya que hay una cuestión de relación fácilmente comprobable.

⁷ RIVERA, Julio Cesar, ob. cit.

⁸ Ibidem.

⁹ Art. 1.652 CCCN. Autonomía

¹⁰ Art. 1.654 CCCN. Competencia

¹¹ RIVERA, Julio Cesar, ob. cit.

¹² ARTICULO 1662. Obligaciones de los árbitros. El árbitro que acepta el cargo celebra un contrato con cada una de las partes y se obliga a: revelar cualquier circunstancia previa a la aceptación o que surja con posterioridad que pueda afectar su independencia e imparcialidad;...

Sin embargo la doctrina ha tenido visiones particulares, dice Jorge Angell: "En efecto, partamos de la premisa de que la independencia no garantiza per se la imparcialidad, ya que un árbitro independiente puede no ser imparcial. Sin embargo, se tiende a pensar que la *dependencia* sí determina la parcialidad o, cuando menos, se acerca bastante a la misma y, en todo caso, es un elemento de juicio más objetivo y no tan subjetivo como es el caso de la imparcialidad, pero no creo que esta conclusión pueda ser tan terminante. Considero que la cuestión estará supeditada, total o parcialmente, a la naturaleza y al grado de la *dependencia*. Por ejemplo, no es lo mismo ser un empleado permanente que un asesor ocasional.... La dependencia no se predicará solamente de relaciones jerárquicas, sino que puede tener mayor amplitud y revestir múltiples formas, particularmente entre personas que mantienen relaciones profesionales o comerciales, o que aspiran a mantenerlas."¹³

Lo expuesto nos permite concluir que las partes exprofeso pueden renunciar a cierto grado de independencia, especialmente en ámbitos donde es necesario un saber particular, como puede ser el seguro y el reaseguro.

En este caso debería analizarse con mayor rigurosidad la imparcialidad.

I.6. La cuestión relativa al asiento del tribunal, no es un tema menor ya que, a falta de acuerdo entre partes, determina la ley que se aplicará al arbitraje tanto en lo que se refiere al fondo del asunto como a aquellas que aluden al marco normativo del mismo. En este último sentido me refiero tanto a cuestiones procesales como a las materias admitidas para ser tratadas bajo la forma de compromiso arbitral.

La definición de la sede tiene importancia en lo que se refiere a medidas cautelares y todas aquellas que deban tomarse bajo el imperium de la justicia, de igual modo en lo que se refiere a la ejecución del laudo, en la medida que ambas coincidan.

Me remito a lo expresado ut supra respecto de la naturaleza del Arbitraje.

I.7. La estructura normativa del Arbitraje ha tenido grandes modificaciones con la venida del CCCN. Se han dictado normas específicas que en algunos casos se superponen con las del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) y otros casos las derogan, tal como lo explicaré más adelante.

Es considerado como un contrato,¹⁴ y expresamente se determinan las materias excluidas: Cuestiones de orden público, las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas, las cuestiones de familia, las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores, los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto y las derivadas de relaciones laborales. Las normas del Código no son aplicables a las controversias en que sea parte el Estado.¹⁵

¹³ ANGELL, Jorge. *La interpretación del contrato de reaseguro*.

¹⁴ ARTICULO 1649. Definición. Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público.

¹⁵ ARTICULO 1651. Controversias excluidas. Quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias:

Se establece como principio general que si nada se estipula debe entenderse que el arbitraje es de derecho y para terminar se incluye una norma muy controvertida sobre efectos y revisión de los laudos arbitrales.¹⁶

En una norma de carácter procesal se establece que los laudos pueden ser revisados cuando se invoquen causales de nulidad y que no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que *fuera contrario al ordenamiento jurídico*.

El CPCCN establecía que se podía renunciar a los recursos salvo el de nulidad, fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos.

Parecería que esta norma quedó derogada en el orden nacional pero no en lo local, ya que se trataría como expresé de una norma de carácter procesal.

El problema de interpretación que trae aparejado es realmente complejo y una primera mirada parecería que la regla es la revisión judicial sin posibilidad práctica de renuncia a los recursos.

De todos modos coincido con la doctrina que en síntesis sostiene que “¿Está comprendida la afectación del orden público en el último párrafo del art. 1656?”

“Un interrogante que abre la poco feliz expresión *contrario al ordenamiento jurídico* es si además de las causales expresamente previstas en los códigos de rito, el laudo pudiera ser anulado por resultar contrario al orden público.”

“Consideramos que esta es una interpretación posible del art. 1656. Ello tendría sustento en algunos argumentos razonables, tales como: (i) que la jurisprudencia de la Corte efectivamente admitió tal causal como una hipótesis de revisión del laudo; (ii) que "contrario al ordenamiento jurídico" no puede ser entendido como contrario a cualquier disposición legal meramente supletoria de la voluntad de las partes, pero sí podría entenderse como contrario a las leyes en cuya vigencia está interesado el orden público (Arg. art. 12 CCyC); (iii) la excepción de orden público está prevista en la Convención de Nueva York como una hipótesis que autoriza el rechazo -aun de oficio- del exequátur del laudo extranjero; lo que evidencia que la tutela del orden público puede ser una limitación a la eficacia del laudo”.¹⁷

a) las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas; b) las cuestiones de familia; c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto; e) las derivadas de relaciones laborales. Las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local.

¹⁶ ARTICULO 1656. Efectos. Revisión de los laudos arbitrales. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable.

En caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje.

Los laudos arbitrales que se dicten en el marco de las disposiciones de este Capítulo pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del presente Código. En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico.

¹⁷ RIVERA, Julio Cesar; *Orden Público en el arbitraje comercial*, LA LEY 30/11/2015, LEY2015-F, 1095 Cita Online: AR/DOC/3876/2015

Por lo expuesto considero que la confusa frase del código debe interpretarse en el sentido expuesto, es decir que es contrario al ordenamiento jurídico aquel laudo que contiene decisiones que afectan al orden público.

II. En el seguro.

Pasaremos a analizar ahora las implicancias específicas en el marco del seguro.

II.1. La situación antes de la vigencia del CCCN.

Siempre entendí que el artículo 57 ya mencionado al principio de este artículo, obraba como una prohibición ex ante y relacionado directamente con la inclusión de la cláusula en la póliza.

Ello implicaba que una vez suscitado el conflicto y tratándose de derechos disponibles, la partes podían someter voluntariamente sus controversias al arbitraje.

En este sentido regía el Art. 737 del CPCCN que establecía como cuestiones excluidas aquellas "... que no pueden ser objeto de transacción" y lo que en sentido similar establecían y los códigos procesales locales.

Así funcionó pacíficamente y numerosos conflictos cuya complejidad lo requería fueron resueltos mediante esta solución alternativa a los tribunales.

Es más, siempre pensé que la norma inserta en la Ley de contrato de Seguro implicaba una clara protección del asegurado frente al posible abuso del asegurador en su posición de fuerza, atisbo temprano de lo que muchos años después irrumpió en la legislación como normas de defensa del consumidor.

Ahora bien, esta solución de la década del sesenta no se compadeció con el desarrollo del comercio y del seguro en el mundo, ni con la necesaria diferenciación entre contratos de seguros celebrados en el contexto de una relación de consumo, de aquellos que se celebran fuera de ella.

Pero aun sin entrar en ese tema en particular, existían situaciones en las cuales la cláusula arbitral se imponía y la ley lo prohibía.

Pensemos en Seguros de Caución que garantizan contratos en los cuales se había pactado una cláusula arbitral, Seguros de Ingeniería cuya liquidación alcanzaba cierta complejidad y los conflictos que se suscitaban requerían un saber específico que no era simplemente el de un perito o de aquellos que se resuelven en base a interpretaciones que pueden surgir de un arbitraje en materia de reaseguro, específicamente en los riesgos facultativos.

Es por lo expuesto que consideré que las partes (asegurado y asegurador) podían celebrar convenios privados de solución de conflictos fuera del contexto de la póliza y que los mismos quedarían validados con su ratificación ex post.

Me estoy refiriendo a situaciones en las cuales los riesgos tienen cierta complejidad y las partes cuentan con incumbencias apropiadas para celebrar de manera paritaria estos convenios.

La nulidad establecida por la ley aludía a la cláusula inserta en la póliza lo que no ocurría en la práctica.

Por otro lado si se pretendiera extender la nulidad al acuerdo general que separadamente se suscribía, sería abstracta ya que a) Sólo alguna de las partes que lo suscribieron tendría legitimación para accionar y b) Al tratarse claramente de una nulidad relativa, no podía ser de otro modo, la convalidación posterior de las partes sostendría el acuerdo.

En este último aspecto debe tenerse en cuenta la metodología y lenguaje que utiliza la ley cuando se refiere a un acto nulo (en este caso la cláusula compromisoria) y que es comparable con el Artículo 5° al referirse a la reticencia *hace nulo el contrato*, también en este caso nos encontramos en presencia de una nulidad relativa,¹⁸ ya que solo opera a pedido de parte y puede ser subsanada por la voluntad expresa o tácita del asegurador.

Admito que se trató de una solución límite, pero su basamento esencial era que estábamos en el campo de derechos disponibles por las partes.

II.2. Las novedades del CCCN.

Pero sucede que el CCCN cambia este estado de situación y como lo consigné precedentemente amplía el catálogo de controversias excluidas, ya no solo está prohibida la inclusión de una cláusula compromisoria en la póliza sino que además se reemplaza la exclusión genérica sobre derechos disponibles: los que "no pueden ser objeto de transacción", -en lo que interesa al seguro- por las siguientes: a) cuestiones de orden público; b) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores y c) Los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto.

Parecería que esta redacción inhabilita la tradicional interpretación que esboqué y ya la cuestión no pasa sólo por la inclusión en la póliza, sino que además por la configuración de alguno de los supuestos mencionados, aun ex post.

Resulta necesario analizar separadamente cada uno de los puntos para considerar si puede quedar vigente todo o parte de la estructura planteada en el punto anterior.

Debo resaltar, sin miedo a ser redundante, que los artículos 1649 y 1651 del CCCN vinieron a reemplazar al Artículo 737 del CPCCN y toda otra norma que contengan los códigos procesales provinciales.

Es que la definición sobre las cuestiones que pueden ser o no sometidas a arbitraje es claramente de derecho de fondo y por lo tanto una facultad delegada en el Congreso de la Nación. En síntesis se trata de una materia propia del código de fondo.

¹⁸ *Reticencia: Concepto.* Art. 5. Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aun hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato.

No así las que establecen la posibilidad de revisión judicial ya que se trataría de normas procesales vertidas dentro de un código de forma, sólo se aplicarían a la CABA en jurisdicción nacional, pero en las provincias prevalecerían los códigos procesales locales, conforme ya lo manifesté.

Lo brindo sólo a modo de comentario e interrogante, ya que se trata de un tema que en sí mismo excede el marco de este trabajo en la medida que debe definirse y analizarse si la posibilidad de revisar en la justicia un laudo arbitral es una cuestión de fondo o se trata de una norma del ámbito procesal exclusivamente.

Trataré en particular cada una de las exclusiones.

a) Materia de orden público.

Ya me referí a esta cuestión en puntos precedentes. Parece lógico que no puedan tratarse en el arbitraje cuestiones en las cuales queda comprometido el orden público y en este caso el código lo que hace es plantearlo de manera preventiva para que no exista duda.

No obstante me pregunto qué pasaría si se tratara una materia en la cual está involucrado el orden público pero el laudo que finalmente se dicta no lo contraría.

Vuelvo en este caso a lo dicho ut supra respecto de la interpretación de la norma sobre revisión en cuanto se refiere a que el laudo *fuera contrario al ordenamiento jurídico*.

b) El contrato de seguro celebrado en el contexto de una relación de consumo.

El código considera excluidas las cuestiones referidas a usuarios y consumidores, es una forma de fulminar junto con la Ley de contrato de Seguro la posibilidad de resolver la cuestión por vía del arbitraje ya sea ex ante o ex post.

Aquí se plantea una cuestión a dilucidar, ya que parecería que el consumidor no podría someter la cuestión al sistema de arbitraje, pero podría celebrar transacción o utilizar otros medios alternativos como la mediación.

En este sentido cabe mencionar los variados Tribunales Arbitrales del Consumo¹⁹ que funcionan a nivel nacional, provincial y municipal. Incluso organizaciones no gubernamentales que han organizado foros especiales para el consumo en el que se combinan la mediación con el arbitraje.²⁰

Todos estos sistemas favorecen la rápida resolución de los conflictos, ni hablar en materia de seguros cuando deben tratarse cuestiones técnicas propias del contrato.

¹⁹ El art. 59 de la ley 24.240 dispuso que "La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales, que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias, propongan las asociaciones de consumidores y cámaras empresarias. Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral."

²⁰ Atento ello, mediante el Decreto N° 276/98 y la Resolución N° 212/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, se implementó su funcionamiento. Así, dentro de la órbita estatal, dependiente del Ministerio de Producción de la Nación, se encuentra el Sistema Nacional de Arbitraje del Consumo (SNAC).

Lo expuesto me lleva a pensar sobre lo inadecuado de la exclusión lisa y llana que en definitiva deja al consumidor sin los beneficios que estos sistemas le brindan.

La posición asumida se condice con el Artículo 2654 in fine, normas sobre derecho internacional privado, en el cual se establece que en el contrato de consumo "...no se admite el acuerdo de elección del foro...".²¹

Parece claro que el código pretende proteger a los usuarios y consumidores de la inclusión de cláusulas de arbitraje abusivas, lo que no se daría en el seguro en tanto se encuentra prohibida la utilización de cláusulas compromisorias en la misma póliza.

Por ello estimo que el sistema que rigió hasta el momento en el seguro puede dar una pauta de cómo regular el arbitraje para usuarios y consumidores.

En primer lugar prohibiendo la inclusión de la cláusula en el contrato de consumo ex ante.

En segundo lugar permitir la utilización del arbitraje voluntario una vez producido el conflicto.

En tercer lugar que el consumidor tenga siempre el derecho de revisión judicial no limitado a los casos de nulidad.

En mi visión, dado que nos encontramos frente a derechos disponibles en función de los cuales el usuario o consumidor puede celebrar transacción, la exclusión debería entenderse en el contexto del contrato del arbitraje tal como lo establece el CCCN.

Esto significa que en materia de consumo podrían utilizarse estos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que incluyo al arbitraje, pero siempre y cuando se den las limitaciones mencionadas y muy especialmente el mantenimiento del derecho por parte usuario o consumidor a una amplia revisión judicial.

Hasta que se promueva una reforma, considero razonable esta interpretación que permita favorecer la rápida solución de los conflictos en materia de consumo.

c) Los contratos de adhesión cualquiera sea su objeto.

Este punto tiene algunas coincidencias con el anterior aunque de solución más compleja.

La cuestión es dilucidar si el contrato de seguro es de *adhesión a condiciones predispuestas* en todos los supuestos o no.

Una primera instancia me inclina a pensar que dada la mecánica regulatoria del seguro en todos los casos estamos en presencia de este tipo de contratos.

²¹ Art. 2654. Jurisdicción. Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor. En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro.

En realidad uso la terminología precedente a fin de facilitar la comprensión, pero sería más preciso considerar la cuestión como una forma de dar el consentimiento y no como un tipo de contrato.

Volviendo al tema central, el hecho de que en materia de seguros sea necesaria la aprobación previa de las condiciones por el organismo de supervisión, implica que la redacción de las condiciones ya está dada y por imposición de la ley resulta inmodificable.

El paso siguiente hace concluir que quien celebra un contrato de seguro con un asegurador parece que está adhiriendo a las condiciones predispuestas.

Es muy fácil entenderlo cuando nos encontramos en el contexto de una relación de consumo, ya que no hay que agudizar la interpretación: no importa si hay adhesión, hay relación de consumo.

En cambio existen una serie de contratos de seguro celebrados fuera de ese ámbito que son los que disparan estas consideraciones.

Es en este punto el que considero que no es posible realizar generalizaciones ya que definir que el contrato se celebra por adhesión a cláusulas predispuestas es una cuestión que deberá acreditarse en cada caso de conformidad con la definición prevista en el Artículo 984 CCCN.²²

“Ahora bien, es importante reiterar que esta normativa sobre contratos por adhesión rige tanto para contratos entre empresarios, entre un empresario y un consumidor como para contratados entre empresarios o profesionales. El asunto es delicado, obviamente, desde el punto de vista de la seguridad del tráfico”.²³

Es en este punto donde entra a jugar la interpretación que en concreto pueda hacerse de la posición de las partes al contratar.

El hecho de que exista una condición aprobada no implica que el asegurado en todos los casos no haya intervenido para nada en la confección del contrato; seguramente asesorado por un profesional ha elegido las cláusulas más convenientes y las ha combinado a su gusto. También pudo haber escogido los importes a asegurar y los riesgos.

Si además esto ocurre entre empresas de cierta envergadura que cuentan con apoyo interno o externos en materia de riesgos, parecería exagerado aplicarles un sistema protector que nada tiene que ver con los contratantes ni la relación jurídica que consolidan.

Se ha dicho: “Pero también lo son los contratos tipo elaborados objetivamente por diversa clase de mercados para ser utilizados por todos quienes operan en ellos, o las reglas a que se someten quienes participan de cierto tipo de comercio (commodities como petróleo, metales, granos, oleaginosas, etc.) o de negocios financieros (derivados, futuros de monedas, etc. etc.).

²² Art. 984. Definición. El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.

²³ BOGGIANO, Antonio; *Contratos por adhesión a condiciones generales*. LA LEY 09/08/2017, 09/08/2017, 1 Cita Online: AR/DOC/2005/2017.

En ninguno de estos supuestos se da el caso de un predisponente con mayor poder frente a un adherente sometido, todas las partes aceptan voluntariamente la vigencia de las reglas preestablecidas, y no tiene sentido recurrir a normas de tutela, ni construirlas a partir de principios generales del ordenamiento jurídico “²⁴

Reforzando lo precedentemente planteado quiero significar que existen casos paradigmáticos en los cuales las condiciones las impone en propio asegurado.

En efecto, se trata de grandes riesgos los cuales son de imposible cobertura sin el apropiado cuadro de reaseguros que en general elige el asegurado y cierra las condiciones contractuales que luego son incluidas en la póliza por el asegurador luego de obtener las autorizaciones del caso o cumplir con el procedimiento de Grandes Riesgos previstos en la Resolución 38.708 de la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN).

Estas consideraciones me dan pie para sostener que no todos los contratos de seguros son celebrados por adhesión a cláusulas predisuestas y por consiguiente pueden ser motivo de acuerdo arbitral y aplicarse la interpretación realizada en este trabajo en base a la normativa anterior a la reforma de los Códigos Civil y Comercial.

Como conclusión adicional a los temas que estamos tratando, parece claro que no resulta feliz la solución propuesta por el artículo 1651 del CCCN, que vino a remplazar una fórmula que era mucho más simple y comprensiva, la del Artículo 736 del CPCCN en cuanto aludía a que no podían comprometerse en árbitros las cuestiones que no podían ser objeto de transacción.

III. En el Reaseguro.

Cambia diametralmente la cuestión en el reaseguro ya que por principio impera la libertad contractual, aunque me parece apropiado efectuar algunas consideraciones que pueden ser de interés.

III. 1. Tal como establece nuestra ley el contrato se rige por las disposiciones del Título II de la misma y las convenidas por las partes. Esto significa, como lo dije previamente, que la voluntad de las partes impera soberanamente.

En mi visión, la ley de seguros no se aplica ni siquiera subsidiariamente, de lo contrario así lo hubiera establecido la propia ley y por lo tanto bajo concepto alguno puede sostenerse que resulte aplicable el ya calificado de fulminante Artículo 57 de la ley 17.418.

Tampoco es sostenible que nos encontremos frente a un contrato celebrado en el contexto de una relación de consumo ni que se trate de adhesión a condiciones predisuestas.

Se trata de contratos entre profesionales: Asegurador/ Reasegurador y Reasegurador/ Reasegurador, estos últimos llamados también contratos de retrocesión.

²⁴ GOLDMAN, Berthold, *Prólogo al libro de Georges Berlioz* cit. nota 17, p. XVI. Cita de MANÓVIL, Rafael M, *Contratos por adhesión en el Código Civil y Comercial: algunos comentarios*. Publicado en: Acad. Nac. de Derecho 2015 (diciembre), 5, LA LEY 16/08/2016, 16/08/2016, 1 - LA LEY2016-D, 1124 Cita Online: R/DOC/1054/2016

Ello aun cuando en muchísimos casos se utilice condiciones de mercado ya confeccionadas o formularios.

En base a lo expuesto y sin necesidad de entrar en complejos circuitos de pensamiento, la conclusión es que no hay prohibición ni exclusión.

III.2. Por otro lado si cabe analizar algunos aspectos que tienen relación con el arbitraje y que en mi visión pueden entregarnos interrogantes para considerar.

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el punto 9.5 del Anexo del punto 2.1.1. de la resolución 38.708 de la SSN. Marco Regulatorio del Reaseguro, en los contratos de reaseguro debe "... establecerse la aplicación de la legislación argentina y someterse cualquier conflicto a los tribunales nacionales, quedando prohibida la prórroga de jurisdicción a tribunales extranjeros. Solo se admite el sometimiento a Tribunales Arbitrales con sede en la Argentina y en todos los casos, debe aplicarse la legislación local".

La consecuencia del incumplimiento en modo alguno invalida la cláusula, sino que hace inoponible el contrato al supervisor y por lo tanto no hábil para acreditar extremos legales, técnicos y financieros.

III.3. Sucede que el CCCN ha incluido en el Título IV Normas de derecho internacional privado, en función de las cuales se sientan ciertos principios que pueden encontrarse en colisión con lo establecido a nivel reglamentario por el organismo de contralor.

En materia de contratos se establece la expresa libertad de elección de la ley y del foro, ver Artículos 2650 y 2651 del CCCN.²⁵

²⁵ ARTICULO 2650. Jurisdicción. No existiendo acuerdo válido de elección de foro, son competentes para conocer en las acciones resultantes de un contrato, a opción de actor: a) los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existen varios demandados, los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos; b) los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales; c) los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que ésta haya participado en la negociación o celebración del contrato.

ARTICULO 2651. Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato.

El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas: a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros; b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario; c) las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido; d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato; e) los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso; f) los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno; g) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país. Este artículo no se aplica a los contratos de consumo.

Al mismo tiempo establece los supuestos de jurisdicción exclusiva, Artículo 2609,²⁶ específicamente interesa destacar el enunciado del artículo “Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales...”

Por lo tanto, salvo que la ley lo prohíba rige el principio de libertad ya mencionado.

III.4. El punto a dilucidar es ver cómo funciona esta prohibición establecida por vía reglamentaria y qué efectos tiene.

La lógica a aplicar no difiere de lo que vengo planteando desde el principio del trabajo y como se podrá adivinar, el hecho que nos encontremos frente a derechos disponibles resuelve infinidad de cuestiones.

Parecería razonable que tanto asegurador como reasegurador den observancia a las normas reglamentarias establecidas para el funcionamiento del reaseguro y por lo tanto si incluyen la cláusula de arbitraje debe preverse que sea de aplicación la ley argentina y que el asiento del tribunal también sea en la Argentina.

Esto significa que el contrato podrá ser considerado para las relaciones técnicas del asegurador y ninguno de los contratantes violará la reglamentación.

Ahora bien, tal como lo planteamos en otros supuestos, una vez planteado el conflicto: ¿Tienen las partes plena libertad para resolver sus diferencias de la manera que mejor consideren?

Esta pregunta incluye el interrogante si pueden cambiar el lugar del asiento del tribunal y la ley aplicable dentro de su esfera de libertad y por supuesto de manera voluntaria.

Me inclino por una respuesta afirmativa, ya que imponerles estas normas en el ámbito de los derechos disponibles que pueden ceder, renunciar etc....es inconducente e inútil.

En definitiva, la observancia de la prohibición tiene su justificación en el poder de control del supervisor y el objetivo de evitar sanciones, más luego las partes en el contrato de reaseguro tienen plena libertad para resolver de la manera que elijan los conflictos que se susciten.

IV. Conclusión.

A pesar de contar con un marco complejo y no favorable al Arbitraje, el mismo se ha desarrollado y difundido en todas los estratos contractuales.

Esta realidad nos permite efectuar interpretaciones que haciendo jugar las distintas normas de modo coherente lo hacen posible.

El hecho de encontrarnos frente a derechos disponibles facilita la cuestión.

Sería conveniente una reforma de las normas que de modo inconveniente se erigen en obstáculo a su difusión como herramienta hábil para la resolución de conflictos.

²⁶ ARTICULO 2609. Jurisdicción exclusiva. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas: a) en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República; b) en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino; c) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina.