

Material Imprimible

Curso Contratos Civiles y Comerciales

Módulo Análisis de modelos contractuales y aspectos
relevantes II

Contenidos:

- Contrato de mandato
- Contrato de fianza
- Contrato de cesión
- Contrato de arbitraje

Contrato de mandato

Dicho contrato es aquel en el que una persona contrata a otra para que gestione sus negocios, para que se haga cargo de ellos, o para que lo represente en determinada tarea, actividad o gestión.

El **contrato de mandato** es un contrato bilateral, donde una parte actúa como mandante, y la otra como mandatario. El primero es la persona o parte que hace el encargo, y el mandatario es quien recibe el encargo, quien se obliga a cumplir con él.

Al respecto, el Código Civil y Comercial, en su artículo 1319, nos brinda una definición de este instrumento diciendo que “hay contrato de mandato cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra. El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. La ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella.”

El mandato es una típica figura de colaboración que posee gran desarrollo y proyección en el tráfico negocial moderno. Se trata de un contrato consensual y es muy importante la confianza de la persona que hace el encargo sobre la que lo debe realizar.

También podemos decir que el mandato puede ser expreso o tácito, que se puede otorgar en escritura pública o en privado, y puede ser tanto un contrato bilateral como unilateral.

Además, como regla general, el mandato es gratuito, pero se puede pactar retribución para el mandatario.

Como principio general, todos los actos jurídicos pueden celebrarse por medio de un mandatario, con excepción de aquellos para los que la ley exige que sean otorgados en forma personal por el interesado. Ejemplo de actos que no pueden ser realizados por el mandatario son los de contraer matrimonio o hacer testamento.

El artículo 1321 nos dice que “si el mandante no otorga poder de representación, el mandatario actúa en nombre propio, pero en interés del mandante, quien no queda obligado directamente respecto del tercero, ni este respecto del mandante. El mandante puede subrogarse en las acciones que tiene el mandatario contra el tercero, e igualmente el tercero en las acciones que pueda ejercer el mandatario contra el mandante”.

Si bien el origen del mandato estaba en la oficiosidad y la amistad, los romanos hablaban de compensación, más no de retribución. De este modo, el carácter esencial del mandato civil era la gratuidad y el mandatario sólo tenía derecho a que se le reembolsaran los gastos en que había incurrido.

La realidad actual es muy diferente, ya que se privilegia la profesionalidad, la experiencia, y en el ámbito de los negocios los encargos se realizan a personas que generalmente hacen de la actividad encomendada su profesión habitual. Así, el afán de lucro no resulta ajeno al mandatario, que hace de esta actividad, su medio de vida.

Así, el artículo 1322 nos dice que “El mandato se presume oneroso. A falta de acuerdo sobre la retribución, la remuneración es la que establecen las disposiciones legales o reglamentarias aplicables, o el uso. A falta de ambos, debe ser determinada por el juez.”

Dentro de las obligaciones del mandante encontramos las siguientes:

- Pagar una retribución, aunque solo en aquellos casos que se pacte
- Anticipar fondos para que el mandatario cumpla con su objetivo o reembolsar los gastos que haya anticipado el propio mandatario
- En caso de daños por el cumplimiento del contrato de mandato, resarcir los daños

Por su parte, los deberes del mandatario recaen en:

- Cumplir con el encargo
- Responder por los daños derivados del incumplimiento de lo encargado
- Dar cuenta de las operaciones al mandante
- Abonar intereses

Al respecto, el artículo 1324, indica como obligaciones del mandatario: “a. cumplir los actos comprendidos en el mandato, conforme a las instrucciones dadas por el mandante y a la naturaleza del negocio que constituye su objeto, con el cuidado que pondría en los asuntos propios o, en su caso, el exigido por las reglas de su profesión, o por los usos del lugar de ejecución; b. dar aviso inmediato al mandante de cualquier circunstancia sobreviniente que razonablemente aconseje apartarse de las instrucciones recibidas, requiriendo nuevas instrucciones o ratificación de las anteriores, y adoptar las medidas indispensables y urgentes; c. informar sin demora al mandante de todo conflicto de intereses y de toda otra circunstancia que pueda motivar la modificación o la revocación del mandato; d. mantener en reserva toda información que adquiriera con motivo del

mandato que, por su naturaleza o circunstancias, no está destinada a ser divulgada; e. dar aviso al mandante de todo valor que haya recibido en razón del mandato, y ponerlo a disposición de aquél; f. rendir cuenta de su gestión en las oportunidades convenidas o a la extinción del mandato; g. entregar al mandante las ganancias derivadas del negocio, con los intereses moratorios, de las sumas de dinero que haya utilizado en provecho propio; h. informar en cualquier momento, a requerimiento del mandante, sobre la ejecución del mandato; i. exhibir al mandante toda la documentación relacionada con la gestión encomendada, y entregarle la que corresponde según las circunstancias. Si el negocio encargado al mandatario fuese de los que, por su oficio o su modo de vivir, acepta él regularmente, aun cuando se excuse del encargo, debe tomar las providencias conservatorias urgentes que requiera el negocio que se le encomienda”.

El artículo 1325 regula el conflicto de intereses indicando que “si media conflicto de intereses entre el mandante y el mandatario, éste debe posponer los suyos en la ejecución del mandato, o renunciar. La obtención, en el desempeño del cargo, de un beneficio no autorizado por el mandante, hace perder al mandatario su derecho a la retribución.”

Por su lado, el artículo 1326 sostiene que “Si el mandato se confiere a varias personas sin estipular expresamente la forma o el orden de su actuación, se entiende que pueden desempeñarse conjunta o separadamente.”

Como podemos observar, si bien el mandato ha perdido la característica de ser un encargo por amistad, sigue teniendo como base la confiabilidad, pero su rasgo determinante en estos tiempos lo da la habilidad, profesionalidad o pericia que pueda tener el mandatario a efectos de cumplir con la gestión encomendada. Esta profesionalización, así como el desarrollo de la contratación en masa, determinan como regla que el mandato sea sustituible, salvo prohibición expresa.

Al respecto, el Código Civil y Comercial nos dice que el mandatario puede sustituir en otra persona la ejecución del mandato y es responsable de la elección del sustituto, excepto cuando lo haga por indicación del mandante.

En caso de sustitución, el mandante tiene la acción directa contra el sustituto prevista en los artículos 736 concordantes, pero no está obligado a pagarle retribución si la sustitución no era necesaria.

El mandatario responde directamente por la actuación del sustituto cuando no fue autorizado a sustituir, o cuando la sustitución era innecesaria para la ejecución del mandato.

Asimismo, la sustitución podrá configurarse como un sub mandato o bien, como una cesión de mandato, según sean las características en las que se otorgue el acto.

En el caso del sub mandato, se aplican las reglas del subcontrato, donde el mandatario originario no queda desobligado y es responsable de la elección del sustituto, salvo que haya actuado por indicación del mandante.

El artículo 1329 reza que “El mandato se extingue: a. por el transcurso del plazo por el que fue otorgado, o por el cumplimiento de la condición resolutoria pactada; b. por la ejecución del negocio para el cual fue dado; c. por la revocación del mandante; d. por la renuncia del mandatario; e. por la muerte o incapacidad del mandante o del mandatario.”

Es de destacar que, conforme lo prevé el artículo 1334, el mandato conlleva una rendición de cuentas acompañada de toda la documentación relativa a su gestión.

Pero... ¿qué es una rendición de cuentas? Es, ni más ni menos, que la descripción de los antecedentes, hechos y resultados pecuniarios de un negocio, aunque consista en un acto singular.

Podemos decir entonces que excepto estipulación en contrario, las cuentas deben rendirse en el domicilio del mandatario y los gastos que generan son a cargo del mandante.

Contrato de fianza

¿Alguna vez escucharon sobre este? El **contrato de fianza** constituye una garantía personal, por el que el fiador se obliga a satisfacer la obligación contraída por el deudor, en el caso de que este no lo hiciera en el tiempo y modo convenidos con el acreedor.

Según la abogada y profesora Mónica Cásares, el mundo de los negocios requiere celeridad y eficacia. Y en oportunidades, esto se traduce en prever la posible existencia de incumplimientos o cumplimientos defectuosos. Si bien las obligaciones generalmente se extinguen por su espontáneo cumplimiento, existen muchas oportunidades en las que esto no es así.

En ese sentido, se ha generado una fuerte costumbre de asegurar las obligaciones comprometidas a través de sucedáneos, avales o garantías, las que pueden ser reales o personales, confiriendo al acreedor un marco de seguridad, teniendo en cuenta que su crédito puede ser satisfecho, subsidiariamente, si no lo ha sido, a través del cumplimiento de una nueva obligación accesoria contraída.

Cásares prosigue enseñándonos que las garantías reales, como por ejemplo, la prenda y la hipoteca, confieren un derecho directo sobre la cosa, “jus ad rem”, con todos los beneficios que ello aporta, “ius persecuendi” y “ius praeferendi”, que garantizan al acreedor el cobro de su crédito.

La responsabilidad contraída se centra exclusivamente en la cosa prendada o hipotecada, que es materia concreta de esta garantía. En cambio, en las garantías personales, tal el caso de la fianza, el deudor responde personalmente, o sea, con todo su patrimonio, no obstante haber manifestado garantía de solvencia al denunciar algún bien que se encuentra dentro de él.

Es decir, que la gran diferencia entre la garantía personal que ofrece la fianza con las garantías reales, es que, en este caso, el fiador responde con todo su patrimonio, siendo que en las garantías reales solamente queda afectado a la garantía un solo bien registrable.

Muchas son las operaciones principales que implementan este contrato accesorio y subsidiario. Tal sería el caso de garantizar obligaciones derivadas del contrato de locación de cosas inmuebles, cuentas corrientes bancarias o el contrato de franquicia comercial, entre otros.

Asimismo, la accesoriedad del contrato hace que este siga la suerte de su principal. En principio, todo lo que suceda con el contrato principal arrastrará por conexión a este contrato accesorio.

Al respecto, el Código Civil y Comercial nos dice en su artículo 1574 que “Hay contrato de fianza cuando una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento. Si la deuda afianzada es de entregar cosa cierta, de hacer que sólo puede ser cumplida personalmente por el deudor, o de no hacer, el fiador sólo queda obligado a satisfacer los daños que resulten de la inexecución.”

Dentro de sus características más destacadas, encontramos que este contrato es:

- Unilateral, dado que la prestación queda a cargo del fiador en forma accesoria y subsidiaria
- Gratuito, ya que no está prevista la onerosidad del contrato, lo que por acuerdo de partes obviamente podrá asumirse
- Conmutativo, porque las ventajas proporcionadas por el contrato son conocidas por ambas partes desde el momento de su celebración
- Formal, puesto que debe convenirse por escrito. Entendemos la forma a efectos de la prueba, careciendo la norma de solemnidad expresa
- Nominado, ya que está estructuralmente regulado el cuerpo legal
- Accesorio, porque sigue la suerte de su principal y subsidiario dado que adquiere eficacia luego del incumplimiento del obligado principal
- Y conexo, ya que se halla vinculado al principal por una finalidad económica común previamente establecida

Al hablar de las obligaciones del fiador, el artículo 1575 nos dice que “La prestación a cargo del fiador debe ser equivalente a la del deudor principal, o menor que ella, y no puede sujetarse a estipulaciones que la hagan más onerosa. La inobservancia de la regla precedente no invalida la fianza, pero autoriza su reducción a los límites de la obligación principal. El fiador puede constituir garantías en seguridad de su fianza”.

Como podemos observar, este artículo contiene en el primer párrafo tres límites a las obligaciones del fiador: su equivalencia a las del deudor principal, el caso de fianza menor a la obligación del deudor principal y la prohibición de sujetar la fianza a estipulaciones más onerosas. Luego determina la sanción a la inobservancia de la regla precedente, y por último, otorga al fiador la posibilidad de constituir garantías en seguridad de su fianza. En virtud de esa accesoriidad, el fiador solamente se obliga a satisfacer la prestación debida por el deudor o a una menor que ella, pues en el caso de que la obligación del fiador fuese más onerosa que la del deudor principal, estaría desnaturalizada la fianza convirtiéndose en una obligación principal. Es un límite cuantitativo del carácter accesorio del contrato de fianza.

Por su parte, el artículo 1576 sostiene que “El fiador no puede excusar su responsabilidad en la incapacidad del deudor.”

En el caso de que el fiador quisiera oponer al acreedor la incapacidad del deudor al momento de celebrar el contrato principal, la norma en estudio se lo veda explícitamente.

En primer lugar, el fiador no es parte en el contrato celebrado entre el acreedor y el deudor afianzado, por lo que el contrato de fianza es válido pues se celebró entre el acreedor y el fiador, ambos con capacidad para la celebración. Además, la ley le otorga solamente al incapaz la facultad de pedir la nulidad del contrato, el fiador no tiene legitimación para solicitarla.

Observamos, entonces, que el contrato de fianza es un contrato accesorio a otro contrato principal, pero que sigue las vicisitudes de ese contrato principal.

Ahora bien. Para que el contrato de fianza sea declarado nulo, es necesario declarar la nulidad del contrato principal en primer término. Asimismo, la nulidad del contrato principal por causa de incapacidad para la celebración únicamente la puede solicitar la parte incapaz y ninguna otra.

El artículo 1577 nos refiere, en cuanto a las obligaciones que pueden ser afianzadas, que se puede afianzar toda obligación actual o futura, incluso la de otro fiador.

En este orden de ideas, podemos decir que la fianza general es aquella por la que se garantiza una pluralidad de créditos, existentes o futuros, usualmente se la utiliza para el afianzamiento de obligaciones futuras que el deudor pueda contraer, como puede ser el afianzamiento del saldo deudor en una cuenta corriente bancaria.

Así, el artículo 1578 prevé que “Es válida la fianza general que comprenda obligaciones actuales o futuras, incluso indeterminadas; en todos los casos debe precisarse el monto máximo al cual se obliga el fiador. Esta fianza no se extiende a las nuevas obligaciones contraídas por el afianzado después de los cinco años de otorgada. La fianza indeterminada en el tiempo puede ser retractada, caso en el cual no se aplica a las obligaciones contraídas por el afianzado después que la retractación sea notificada al acreedor.”

Es importante destacar que las cartas denominadas de recomendación o patrocinio, o de otra manera, por las que se asegure la solvencia, probidad u otro hecho relativo a quien procura créditos o una contratación, no obligan a su otorgante, excepto que hayan sido

dadas de mala fe o con negligencia, supuesto en que debe indemnizar los daños sufridos por aquel que da crédito o contrata confiando en tales manifestaciones.

Así, estas cartas no constituyen un contrato de fianza, así como quien recomienda o patrocina no asume obligación alguna respecto de los acreedores de su recomendado.

En general, estas cartas manifiestan la probidad, experticia en su arte o profesión o solvencia del recomendado, como así también la probidad y buena fe de quien recomienda o patrocina. Asimismo, quedan fuera del ámbito de las garantías porque no se asegura un resultado.

En el caso de ser emitidas con negligencia o mala fe, el emisor debe responder por los daños causados por esa negligencia o mala fe, es decir por la ilicitud de su conducta. Observamos que cuando el daño no tenga un nexo causal adecuado con la recomendación, el emisor no puede razonablemente ser responsable.

Contrato de cesión

El contrato mencionado consiste en transmitir a otra persona o entidad los derechos y deberes contraídos dentro de un acuerdo cerrado previamente con un tercero. Es decir, mediante la cesión se está transfiriendo una posición jurídica activa y/o pasiva.

La cesión de un derecho consiste en la transmisión de una determinada facultad jurídica de un sujeto a otro. Además, es dable considerar que se trata de una especie de dicha transferencia que se brinda entre vivos y a título particular. O sea, resulta siempre una forma de trasladar un derecho de un sujeto que, se desprende del mismo, hacia otro que lo recibe y adquiere.

Esta figura contractual tiene gran relevancia en la economía actual, lo que guarda relación con el mayor desarrollo del comercio de bienes inmateriales, de bienes intangibles.

Tengamos en cuenta que a medida que cambian las necesidades de las sociedades, que se industrializan y crecen, surgen nuevas modalidades de vincularse jurídicamente, y con ello, se delinearán nuevas figuras contractuales. Es por ello que los contratos son una materia netamente cambiante y abierta a que se incorporen nuevas formas.

Las principales características del contrato de cesión son:

- Puede provenir de un intercambio comercial, como en el caso de una compraventa a crédito, o de un acto no lucrativo como una donación
- La cesión siempre debe ser relativa a la posición jurídica que tiene el cedente frente a un tercero, con quien selló un contrato. Es decir, un sujeto puede ceder

un contrato siempre que haya establecido una relación, por ejemplo, de acreedor y deudor con otra persona o entidad.

- No implica la sustitución de un contrato por otro nuevo, sino que las características del acuerdo original se mantienen, cambiando solo uno de los partícipes. Una vez cedido el contrato, las obligaciones del cedente para con el cedido se extinguen. Sin embargo, esto puede estar sujeto a que el cesionario cumpla con sus obligaciones. Todo dependerá de los detalles del acuerdo de cesión.

Este contrato es:

- Nominado, en tanto está regulado por la letra del Código Civil y Comercial, conforme infra analizaremos
- Formal, dado que debe ser redactado por escrito e incluso, en algunos casos, debe ser redactado en escritura pública
- bilateral en los casos en que se pacte una contraprestación, es decir, cesión venta o cesión permuta, o unilateral en el caso de cesión donación, donde la obligación es solo para el cedente.
- Es un contrato a título oneroso en los casos de cesión compraventa y cesión permuta y a título gratuito en el caso de la cesión donación
- Es de ejecución instantánea
- Y en general, es conmutativo, pero como veremos, la cesión de derechos dudosos o litigiosos es un contrato que puede ser calificado como aleatorio.

Según el artículo 1614, “Hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiere a la otra un derecho. Se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según que se haya realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien, o sin contraprestación, respectivamente, en tanto no estén modificadas por las de este Capítulo.”

Es decir que, según la naturaleza de la contraprestación pactada en el negocio jurídico, este artículo remite a la aplicación de las reglas de la compraventa cuando la cesión del derecho es por un precio en dinero; de la permuta cuando la transferencia del derecho es a cambio de otra cosa u otro derecho; o a las de la donación cuando la transmisión es hecha gratuitamente.

Y, ante la ausencia de una disposición expresa del código en este capítulo, es importante decir que la cesión tiene subtipos:

- La cesión venta es aquella cesión de un derecho que se hace a cambio de un precio en dinero. Se aplican subsidiariamente las reglas del contrato de compraventa.
- La cesión permuta es aquella que se hace a cambio de una cosa, o puede hacerse a cambio de otro derecho. Se aplican subsidiariamente las reglas del contrato de permuta.
- Por último, la cesión donación se hace a cambio de nada. Se aplican subsidiariamente las normas del contrato de donación.

De acuerdo al artículo 1615, “Si la cesión es en garantía, las normas de la prenda de créditos se aplican a las relaciones entre cedente y cesionario”.

En este artículo se regula el régimen legal aplicable a los casos en los que el contrato de cesión es empleado como un negocio jurídico indirecto, de garantía para el respaldo de otras operaciones.

En este negocio jurídico, el acreedor tiene dos deudores: el deudor cedente y el tercero, deudor del crédito cedido, y puede cobrar cualquiera de ellos. Si el deudor cedente cumple, se debe devolver el crédito, pero si no lo hace, puede cobrarse al tercero. Si el acreedor acciona, tiene derecho a cobrar del tercero hasta el monto de su acreencia, debiendo restituir el saldo al cedente.

El elemento esencial de la cesión es la transferencia de un derecho, pero... ¿Qué derechos pueden ser objeto de la cesión? Todos los derechos, ya que toda acción que esté en el comercio puede ser objeto de cesión, salvo que haya sido prohibida por las partes, o en virtud de disposición de la ley, o de la naturaleza misma del derecho.

Al respecto, el Código Civil y Comercial nos dice en su artículo 1616 que “Todo derecho puede ser cedido, excepto que lo contrario resulte de la ley, de la convención que lo origina, o de la naturaleza del derecho.”

Por su lado, el artículo 1617 sostiene que “No pueden cederse los derechos inherentes a la persona humana.”

En estas normas se regula lo relativo al objeto del contrato de cesión de derechos, con base en un principio amplio que otorga al contrato de cesión suma utilidad, especialmente en lo relativo a las operaciones que tienen por objeto bienes de los denominados intangibles, en el ámbito del mercado.

El artículo 1618 sostiene que “La cesión debe hacerse por escrito, sin perjuicio de los casos en que se admite la transmisión del título por endoso o por entrega manual. Deben otorgarse por escritura pública: a. la cesión de derechos hereditarios; b. la cesión de derechos litigiosos. Si no involucran derechos reales sobre inmuebles, también puede hacerse por acta judicial, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento; c. la cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública.”

El primer párrafo de este artículo sería el caso en donde se admite la transmisión del título por endoso o entrega manual, serían casos en donde la forma se disminuye y no se requiere forma alguna, y en la mayoría de estos casos de endoso o transferencia manual que se vincula con los títulos al portador o de crédito no son propiamente cesiones de derecho, son cuestiones reguladas en la parte de títulos valores y normas específicas que establecen sistemas de transferencia por el endoso o por la entrega sin ser cesiones de derecho. Sería una temperación del requisito.

Por su parte, el artículo 1619 manifiesta que “El cedente debe entregar al cesionario los documentos probatorios del derecho cedido que se encuentren en su poder. Si la cesión es parcial, el cedente debe entregar al cesionario una copia certificada de dichos documentos.”

El artículo mencionado regula las obligaciones del cedente, imponiéndole entregar los documentos que el cesionario pueda necesitar para acreditar la titularidad del derecho que se le transmite, según la cesión sea parcial o total.

El artículo 1620 sostiene que “La cesión tiene efectos respecto de terceros desde su notificación al cedido por instrumento público o privado de fecha cierta, sin perjuicio de las reglas especiales relativas a los bienes registrables.”

¿Y qué dice el artículo 1621? Que “los pagos hechos por el cedido al cedente antes de serle notificada la cesión, así como las demás causas de extinción de la obligación, tienen efecto liberatorio para él.”

También podemos decir que en este contrato, al igual que en el de compraventa, también existe el orden de preferencia. Este está regulado en el artículo 1622, que reza que “en la concurrencia entre cesionarios sucesivos, la preferencia corresponde al primero que ha notificado la transferencia al deudor, aunque ésta sea posterior en fecha”.

La aplicación del criterio establecido en la norma podrá ser necesaria tanto cuando se trate de superposición de cesiones totales como cuando la coincidencia se produzca respecto de cesiones parciales y no se trate de derechos que puedan ser distribuidos entre todos.

En cuanto al régimen de oponibilidad de la cesión de derechos al concurso o quiebra del cedente, el artículo 1623 establece que “en caso de concurso o quiebra del cedente, la cesión no tiene efectos respecto de los acreedores si es notificada después de la presentación en concurso o de la sentencia declarativa de la quiebra”.

En lo relativo a la realización de actos conservatorios en el período que transcurre entre la celebración del contrato de cesión y la notificación al deudor cedido, que es cuando la cesión puede alcanzar eficacia frente al propio deudor y frente a terceros, el artículo 1624 sostiene que “antes de la notificación de la cesión, tanto el cedente como el cesionario pueden realizar actos conservatorios del derecho”.

Mientras la cesión no fuera notificada al deudor cedido, ambas partes, cedente y cesionario, conservan interés en la conservación del crédito, por lo que cualquiera de ellos se encontrará legitimado para realizar actos conservatorios del derecho del que se trate. Cuando el acto conservatorio deba ser ejecutado frente al deudor cedido, y sea el cesionario quien lo concrete, deberá ir razonablemente acompañado de la notificación de la transmisión para dar cuenta de la legitimación de quien lo realiza.

Por su parte, el artículo 1625 manifiesta que “la cesión de un crédito garantizado con una prenda no autoriza al cedente o a quien tenga la cosa prendada en su poder a entregarla al cesionario”.

En caso de cesiones realizadas el mismo día, el artículo 1626 sostiene que “si se notifican varias cesiones en un mismo día y sin indicación de la hora, los cesionarios quedan en igual rango”.

De tal modo, todos los cesionarios que notifiquen el mismo día compartirán el rango de preferencia, pero si puede establecerse el horario de la notificación, se debe admitir la preferencia de quien notificara antes.

Por su lado, el artículo 1627 establece que “El cesionario parcial de un crédito no goza de ninguna preferencia sobre el cedente, a no ser que éste se la haya otorgado expresamente.”

Se prevé la posibilidad de que la transferencia del derecho sea parcial, es decir, que se transmita solo una cuota parte del crédito conservando el cedente la calidad de acreedor del cedido, pero ello no le da preferencia respecto del nuevo coacreedor salvo que se haya pactado expresamente.

En caso que el derecho no exista al tiempo de la cesión, el cedente debe restituir al cesionario el precio recibido, con sus intereses. Si es de mala fe, debe, además, la diferencia entre el valor real del derecho cedido y el precio de la cesión. Así lo establece el artículo 1629, refiriéndose al supuesto en el que se hayan cedido derechos como existentes al tiempo de la cesión y no al caso de cesión de derechos eventuales o futuros, con aclaración de su carácter de tales.

Pero, cuando el cedente transmite un derecho inexistente al tiempo de la celebración del negocio jurídico, pueden darse dos hipótesis:

- que haya realizado esa cesión ignorando la inexistencia del derecho, supuesto en el que el acto será inválido, por lo que el cedente deberá restituir al cesionario el precio recibido más los intereses devengados desde la fecha de la percepción de la suma siempre que la cesión haya sido onerosa
- que supiera que el crédito no existía y ocultara tal circunstancia al cesionario, desplegando con ello una conducta dolosa, idónea también para configurar un supuesto de defraudación en materia penal.

En este último supuesto, el cedente deberá pagar al cesionario la diferencia entre el precio de la cesión y el valor asignado al derecho cedido, teniendo en cuenta que este tipo de operaciones suele realizarse por un valor menor al del bien en el mercado, ello teniendo en consideración el riesgo de cobro o satisfacción del derecho que toda cesión entraña.

Ahora nos preguntamos... ¿qué sucede cuando lo que se ceden son deudas? El artículo 1632 sostiene que “Hay cesión de deuda si el acreedor, el deudor y un tercero, acuerdan que éste debe pagar la deuda, sin que haya novación. Si el acreedor no presta conformidad para la liberación del deudor, el tercero queda como codeudor subsidiario.”

En la cesión de deuda se transmite el carácter de deudor a un sujeto distinto de las partes, quien toma a su cargo el deber de realizar el pago de la prestación de la que se trate, quedando intacta la estructura de la obligación. Aparece aquí, como elemento necesario, la intervención del acreedor cedido.

El principio general establece que la renuncia a los derechos no se presume, y su aplicación a esta cuestión determina que la liberación del deudor original solo se produce en caso de así declararlo expresamente el acreedor.

Finalmente diremos que el artículo 1635 regula la promesa de liberación, indicando que la misma existirá “si el tercero se obliga frente al deudor a cumplir la deuda en su lugar. Esta promesa sólo vincula al tercero con el deudor, excepto que haya sido pactada como estipulación a favor de tercero”.

Contrato de arbitraje

En aras de promover la seguridad jurídica de las transacciones comerciales como consecuencia de la dinámica comercial actual, y brindar herramientas útiles y soluciones contemporáneas a los operadores del mercado, la legislación argentina incluye el contrato de arbitraje en su codificación, permitiendo presentar esta modalidad contractual como una alternativa válida para resolver conflictos derivados de relaciones jurídicas que requieran la aplicación de ventajas propias del sistema.

Así, el Artículo 1649 nos define que “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”.

Anteriormente, el arbitraje en Argentina se encontraba en la legislación procesal, careciendo hasta ese momento de una ley nacional.

Es decir que, al ser una materia procesal, cada Código Procesal provincial contenía una regulación propia, toda vez que en la Argentina la legislación procesal no ha sido delegada en el Gobierno Federal, y por ello queda reservada a las provincias.

En esta inteligencia, el arbitraje era interpretado como un “procedimiento especial”, con las consecuencias que ello implicaba en cuanto a la desuniformidad de tratamiento.

Debido a la reforma del Código de Fondo en el año 2014, fue incluido en su articulación intentando promover la seguridad jurídica de las transacciones comerciales como consecuencia de la dinámica comercial actual, y para brindar herramientas útiles y soluciones contemporáneas a los operadores del mercado.

Al tratarse de un acto jurídico mediante el que dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas, no cabe duda que el acuerdo arbitral constituye un verdadero contrato.

Con todo, este contrato tiene un propósito específico, consistente en sustraer ciertos litigios de la jurisdicción ordinaria, sometiéndose a una justicia privada.

Entonces, podemos decir que el acuerdo arbitral implica la obligación de las partes de resolver sus conflictos por vía arbitral, obligándose, al mismo tiempo, a no deducir respecto de las mismas acciones judiciales.

Según el abogado Roque Caivano, el acuerdo arbitral produce dos efectos principales:

- los jueces estatales devienen incompetentes para intervenir en la resolución de aquellos conflictos que hayan sido sometidos a arbitraje
- los árbitros resultan investidos de atribuciones jurisdiccionales para resolver las controversias que se someten, comprendiendo la facultad de decidir sobre su propia competencia ante un cuestionamiento sobre la incompetencia del árbitro o tribunal

Por todo lo expuesto, se puede evidenciar la naturaleza mixta del arbitraje, contractual por su origen, jurisdiccional por las atribuciones que de él derivan a los árbitros, circunstancia recogida no solo por la doctrina y jurisprudencia internacional, sino también por nuestros tribunales nacionales y ahora, por la legislación nacional.

La mayoría de los instrumentos internacionales han abandonado el requisito del compromiso arbitral, reconociendo la autosuficiencia del acuerdo arbitral, así este consista en una cláusula contenida en un contrato que contemple el arbitraje para resolver controversias futuras.

De esta manera, en conclusión, un único acuerdo es válido y eficaz para producir la totalidad de sus efectos, aunque no sea complementado o precisado por otro con posterioridad al surgimiento de la controversia. La figura del “compromiso arbitral”, en suma, desaparece como categoría propia.

Asimismo, se deja de lado la diferenciación en cuanto al esquema de conflictos presentes o futuros, determinando que el sometimiento de arbitraje puede darse para “todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir” de una relación jurídica determinada.

Podemos concluir, entonces, que el “contrato de arbitraje” comprende en su concepto a las dos modalidades clásicas a través de las que se pactaba el arbitraje, sorteando, de esta manera, los inconvenientes que generaba la exigencia legal de celebrar el segundo: ya no es necesario que las partes vuelvan a acordar una vez surgido el conflicto, ni tampoco recurrir al Poder Judicial para lograr su instrumentación en caso de falta de acuerdo.

Ahora bien. A los fines de poder determinar si una controversia es susceptible de ser resuelta por medio del arbitraje, debemos analizar lo que se conoce como arbitrabilidad de la controversia.

En este escenario, el artículo 1650 reza que “El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”

Conforme a ello, queda reafirmado que una cláusula arbitral contenida en un contrato constituye, por sí sola, sin necesidad de ulterior ratificación o complementación, un contrato de arbitraje.

Además, siguiendo la tendencia prevaleciente a nivel internacional, la norma solo exige que el acuerdo arbitral conste por escrito, sin requisitos adicionales de forma, y prevé la

posibilidad de que el acuerdo arbitral sea incorporado a un contrato por la referencia que en él se haga a otro documento que lo contemple.

El artículo 1651 establece “que quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias: a. las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas; b. las cuestiones de familia; c. las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; d. los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto; e. las derivadas de relaciones laborales. 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”.

La norma no excluye la posibilidad de que el Estado se someta a arbitraje, sino que dispone que, en su caso, no serán de aplicación las normas contenidas en este Capítulo, sino las regulaciones específicas en el marco del derecho internacional privado de fuente convencional. Es decir, que la arbitrabilidad marca el punto donde finaliza la autonomía de la voluntad y comienza la competencia judicial exclusiva.

Dicho en otras palabras, las partes podrán someter a arbitraje todas aquellas cuestiones en las que el Estado no tenga una jurisdicción irrenunciable e imperativa. Justamente, este artículo determina qué materias el legislador ha reservado al conocimiento exclusivo de los tribunales judiciales.

En este escenario, el artículo 1652, nos refiere que “pueden someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que pueden ser objeto del juicio de árbitros. Si nada se estipula en el convenio arbitral acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables componedores, o si no se autoriza expresamente a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se debe entender que es de derecho”.

Hay dos clases de arbitraje: el arbitraje de derecho y el arbitraje de equidad.

En el arbitraje de derecho, los árbitros actúan con sujeción a formas legales y decidirán sobre el fondo del asunto según el derecho positivo. Además, poseen un carácter jurídico que los obliga a sustentar el laudo en el derecho de fondo. Aquí, los laudos son recurribles mediante los mismos recursos que caben contra sentencia de los jueces y ante un tribunal judicial.

Por su parte, en el arbitraje de equidad, los amigables componedores o arbitradores pueden prescindir de las normas jurídicas, tanto en la tramitación del proceso como en la fundamentación del laudo.

Los árbitros deben resolver en equidad, según su leal saber y entender, y están dispensados por voluntad de las partes a sujetarse a reglas de procedimiento o aplicar las soluciones previstas en las normas de fondo para la resolución del caso. En este supuesto, los laudos son irrecurribles en función del criterio de valoración puntual de cada árbitro.

El artículo 1653 establece que “estos contratos son independientes del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de este 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”.

Cualquier controversia con relación a la inexistencia, ineficacia, resolución o invalidez u otro vicio del contrato que tiene incorporado el convenio arbitral deberá, en principio, ser sometida al conocimiento del tribunal arbitral.

El artículo 1654, por su lado, regula la competencia, estableciendo que “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”.

En cuanto al dictado de medidas previas, el artículo 1655 establece que “Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante. La ejecución de las medidas cautelares y en su caso de las diligencias preliminares se debe hacer por el tribunal judicial. Las partes también pueden solicitar la adopción de estas medidas al juez, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; tampoco excluye los poderes de los árbitros. Las medidas previas adoptadas por los árbitros según lo

establecido en el presente artículo pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables”.

En materia de revisión de los laudos arbitrales, el artículo 1656 nos indica que “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”.

Es decir, que la propia norma determina claramente los efectos del contrato de arbitraje respecto de la jurisdicción estatal y establece una regla de interpretación favorable a la eficacia del acuerdo arbitral.

En cuanto al arbitraje institucional, el artículo 1657 indica que “las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean. Los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras rigen todo el proceso arbitral e integran el contrato de arbitraje”.

Del mismo modo, el artículo 1658 establece una serie de cláusulas que las partes pueden incorporar al contrato de arbitraje. Ello forma parte del esquema general de libertad contractual y de la autonomía de la voluntad de las partes en la regulación del arbitraje al que se someten.

Así, el citado artículo nos dice que “Se puede convenir: a. la sede del arbitraje; b. el idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento; c. el procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral puede dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado; d. el plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo. Si no se ha pactado el plazo, rige el que establezca el reglamento de la entidad administradora del arbitraje, y en su defecto el que establezca el derecho de la

sede; e. la confidencialidad del arbitraje; f. el modo en que se deben distribuir o soportar los costos del arbitraje.”