

# LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN: CONTROLES Y NULIDADES

---

De la inconstitucional imposición de  
arbitraje en cláusulas generales



Machado, Cremoneze  
Lima e Gotas

---

advogados associados  
*Seguros desde 1970*



## Paulo Henrique Cremoneze

Abogado, Especialista en Derecho de Seguros y en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca (España), Maestro en Derecho Internacional por la Universidade Católica de Santos, miembro académico de la Academia Nacional de Seguros e Previdência, director jurídico del Clube Internacional de Seguros de Transportes, miembro efectivo de la AIDA – Associação Internacional de Direito do Seguro, del IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo y de la IUS CIVILE SALMANTICENSE (Universidad de Salamanca), Presidente del IDT – Instituto de Direito dos Transportes, profesor invitado de la ENS – Escola Nacional de Seguros, asociado (consejero) de la Sociedade Visconde de São Leopoldo (entidad mantenedora de la Universidade Católica de Santos), autor de libros de Derecho de Seguros, Derecho Marítimo y Derecho de Transporte, posgrado en Formación Teológica por la Faculdade de Teologia Nossa Senhora da Assunção (Ipiranga), hoy vinculada a la Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Patrono del Tribunal Eclesiástico da Diócesis de Santos. Galardonado por la OAB-SANTOS por el ejercicio ético y ejemplar de la abogacía. Profesor de cursos modulares de ENS (en asociación con CIST) sobre seguros, logística y transportes (tema: avería gruesa).



## Breve introducción

De adhesión es la mayoría de los contratos de provisión de servicios.

Tipo de contratación que, en realidad, no es nuevo. Formalmente, el concepto surgió en Francia, en los años veinte del siglo pasado. Pero hay quienes digan que el primer contrato de adhesión de la historia se pactó entre Dios y el pueblo elegido. Confiada a Moisés, la tabla con los diez mandamientos se puede ver como el divino contrato a cuyos términos adhirió el pueblo.

Admitido este punto simpático a los jusnaturalistas, como lo admito yo también, el contrato de adhesión parece mismo algo bueno, justo y necesario. Necesario porque un alto número de negocios se realiza en masa actualmente. Y al mismo tiempo en que surge el concepto de contrato de adhesión, también se empiezan los estudios sobre las masas, sus circunstancias y perspectivas, causas y efectos. Esto es lo que dice el famoso filósofo español **José Ortega y Gasset** sobre lo que llamó *fenómeno del lleno*:<sup>1</sup>

*Sencilísima de enunciar, aunque no de analizar, yo la denomino el hecho de la aglomeración, del «lleno». Las ciudades están llenas de gente. Las casas, llenas de inquilinos. Los hoteles, llenos de huéspedes. Los trenes, llenos de viajeros. Los cafés, llenos de consumidores. Los paseos, llenos de transeúntes. Las salas de los médicos famosos, llenas de enfermos. Los espectáculos, como no sean muy extemporáneos, llenos de espectadores. Las playas, llenas de bañistas. Lo que antes no solía ser problema empieza a serlo casi de continuo: encontrar sitio.*

(...)

*Pero el hecho es que antes ninguno de estos establecimientos y vehículos solían estar llenos, y ahora rebosan, queda fuera gente afanosa de usufructuarlos. Aunque el hecho sea lógico, natural, no puede desconocerse que antes no acontecía y ahora sí; por lo tanto, que ha habido un cambio, una innovación, la cual justifica, por lo menos en el primer momento, nuestra sorpresa.*

Es cierto que el tono que el gran escritor presta es más ácido, pero no menos cierto es que existe dicho fenómeno. Y, al existir, se relaciona con lo que se puede considerar la sociedad de masa o sociedad de consumo, conceptos no exactamente iguales, pero que se pueden confundir en muchas medidas. Desde que se escribió la primera línea respecto el fenómeno del lleno, desde que se creó el título contrato de adhesión, la situación se intensificó mucho más,

requiriendo respuestas objetivas del Derecho. El contrato de adhesión no es algo malo en sí mismo. Es, antes, necesario, o, al menos, inevitable. Tiene mucho que ver con la masificación y estandarización de las relaciones jurídicas, lo que exige contratos diseñados bajo condiciones generales.

Aquí, al hablarse de condiciones generales, el sentido es mencionar cláusulas que servirán para muchos contratos, uniformes, no negociadas, sino que estipuladas por la parte proponente.

Cláusulas, en fin, que no siguen la lógica contractual inicial, porque les está ausente de todo el principio de la autonomía de la voluntad. Y, por faltar dicho principio, la primera afirmación que se hace sobre el contrato de adhesión es: no vale para él, de manera ilimitada, la máxima de que el contrato es ley entre las partes.

El contrato de adhesión sí es válido y eficaz, vincula las partes proponente y adherente, pero no es absoluto como lo son, estrictamente, los contratos informados por la autonomía de la voluntad, la libre e individualizada negociación.

Esta es la desventaja fundamental. Todavía hay, sin embargo, ventajas expresivas. De naturaleza económica y práctica.

El modo adhesivo reduce el tiempo y los costos de celebración y regulación de los contratos. Permite el cálculo anticipado de costos de producción de bienes o provisión de servicios empresariales. Facilita la división de tareas dentro de la organización empresarial de la parte proponente, así como la coordinación entre sus miembros. Contribuye, por fin, a la creación de normas complementarias y, al menos en parte, busca más seguridad jurídica.

Por tanto, no son pocas las ventajas que el contrato de adhesión atrae quienes lo utilizan. Esta modalidad de contratación es común en muchos campos de negocios, como de bancos, seguros, transportes y educación.

Todas las ventajas, sin embargo, pierden el aliento frente al desequilibrio entre las partes y la presunta situación de hiposuficiencia del adherente, ya sea un contrato de consumo o no. Esta desventaja pide del Poder Legislativo intervenciones constantes, a través de normas legales de protección, y del Poder Judicial, ya sea por control abstracto o concreto.

1. A rebelião das massas, traducción de Felipe Denardi – Campinas, SP: Vide Editorial, 2016, p. 78-79

En resumen, el gran problema del contrato de adhesión es su propensión al dirigismo, a la naturaleza abusiva de sus cláusulas.

No es raro que las cláusulas de condiciones generales se tornen abusivas y, luego, antijurídicas. De esto resultan los mecanismos jurídicos de control. Cláusulas abusivas en contratos de adhesión son inválidas e ineficaces, y mismo nulas según la ley.

## ¿Qué es el contrato de adhesión?

La introducción inspira esta pregunta: ¿qué es, al fin y al cabo, un contrato de adhesión? Aunque el concepto no sea exactamente complejo, la respuesta requiere cierto esfuerzo.

El contrato de adhesión es el que se forma por cláusulas, términos y condiciones previamente determinados por solamente una de las partes y en el que falta espacio para una negociación individualizada.

**Gleibi Pretty<sup>2</sup>**, reportándose a lo que hay de mejor en la doctrina brasileña dice:

*El contrato de adhesión es un instrumento muy utilizado en las relaciones de consumo. Se elaboran generalmente por una de las partes (proponente) y se utilizan en la rutina de las relaciones de consumo, porque ya hay modelos listos que aseguran la agilidad y ejecución de los negocios. Según Caio Mário (1), el contrato de adhesión debería llamarse contrato por adhesión, entendiéndose por ello "... aquellos que no resultan de libre debate entre las partes, sino que del hecho de que una de ellas acepta tácitamente las cláusulas y condiciones previamente establecidas por la otra".*

*También en este ámbito, Orlando Gomes (2) trata el contrato de adhesión como a continuación: "En el contrato de adhesión, una de las partes tiene que aceptar, en un bloque, las cláusulas establecidas por la otra, adhiriendo a una situación contractual que encuentra definida en todos sus términos". En las palabras de Fran Martins (3), los contratos de adhesión "... pronto se han desarrollado en larga escala y actualmente se utilizan muy ampliamente en los negocios comerciales. Significan una restricción al principio de la autonomía de la voluntad, consagrado por el Código Civil Francés, ya que la voluntad de una de las partes no puede manifestarse libremente en la estructuración del contrato..."*

Es también muy interesante el abordaje de **Stephane Gaggioli<sup>3</sup>**, quien cita la doctrina de este país y expone de manera didáctica:

*El contrato de adhesión trata de negocio jurídico bilateral o plurilateral en que solamente una de las partes – proponente o estipulante –, decide, previamente, cuáles cláusulas serán efectivamente inseridas en el contrato, de manera que la otra parte – adherente –, solamente acepta o no lo que haya sido establecido, quedando esta impedida de cambiar sustancialmente las condiciones del contrato.*

*Maria Helena Diniz define el contrato de adhesión como sigue:*

*[...] es aquello en que la manifestación de la voluntad de una de las partes se reduce a mera anuencia a una propuesta de la otra parte, como nos enseña R. Limongi França. Se opone a la idea de contrato paritario, por no haber la libertad de convención, ya que elimina cualquier posibilidad de debate y transigencia entre las partes, porque uno de los contratantes queda limitado a aceptar las cláusulas y condiciones que se han redactado e imprimido previamente por la otra [...], adhiriendo a una situación contractual ya definida en todos sus términos... [4]*

*César Fiuza resalta que "el contrato de adhesión no es una categoría autónoma ni un tipo contractual, sino que una técnica diferente de formación de contrato, que se puede aplicar a diferentes categorías contractuales" [5].*

*A su vez, Carlos Roberto Gonçalves enseña que hay, en el contrato de adhesión, "una restricción más extensa al tradicional principio de la autonomía de la voluntad. [...] Debido a esta característica, algunos autores llegaron a negar su naturaleza contractual, basados en el fundamental de que falta la voluntad de una de las partes - lo que prueba su carácter institucional".*

*Todavía, el referido autor indica que "prevalece la interpretación que la aceptación de las cláusulas, aunque preestablecidas, le asegura este carácter" [6].*

*Esta restricción a la autonomía de la voluntad que soporta una de las partes es la principal característica*

*que difiere el contrato de adhesión del contrato tradicional, llamado por gran parte de la doctrina de paritario, es decir, las partes establecen las condiciones contractuales conjuntamente, de manera igualitaria. Sin embargo, se debe decir que César Fiuza discuerda que el contrato de adhesión no es un contrato paritario (con partes iguales):*

*"La doctrina ha empleado tradicionalmente el término paritario en el lugar de negociable. Pero no estoy de acuerdo. Paritario es aquello que está compuesto de elementos pares para establecer igualdad. La expresión contrato paritario hace que se entienda, equivocadamente, que los contratos de adhesión son leoninos, por conferir a una de las partes ventaja exagerada, en perjuicio de la otra." (2008, p. 469)*

*Por lo general, los elaboradores de contrato de adhesión son grandes compañías, de derecho público o privado, aunque titulares de un monopolio de derecho o hecho*

2. O contrato de adesão no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/725/O-contrato-de-adesao-no-Codigo-Brasileiro-de-Defesa-doConsumidor>

3. O contrato de adesão: <https://jus.com.br/artigos/33114/o-contrato-de-adesao>

*(provisión de agua, gas, electricidad, telefonía), involucrando una relación de consumo. Estando listos los contratos, permanecen a disposición de un número indeterminado y desconocidos de personas. Luego, comúnmente, el contrato de adhesión está asociado a las relaciones de consumo, aunque haya negocios jurídicos que no presenten dicha característica (Carlos Roberto Gonçalves, p. 100).*

*Se observa que, en la mayoría de los casos, hay disparidad de poder económico entre las partes, porque, de un lado, se encuentra el proponente, que es el polo más fuerte de la relación jurídica contractual, y, de otro lado, el adherente, parte hiposuficiente [7] en razón de su situación económica y su condición técnica inferior para defender sus derechos.*

*De acuerdo con lo expuesto, se nota que las disposiciones contractuales quedan, exclusivamente, a disposición de solo una de las partes, que es aquella del lado más fuerte de la relación, porque el adherente está impedido de discutir y modificar sustancialmente el contenido del contrato o sus cláusulas. De esta manera, es un contrato que, aunque bilateral, se forma de manera unilateral en su esencia, produciéndose su contenido en masa, solamente facultando a la otra parte el simple acto de adherir o no a él.*

Es decir: un contrato formado por condiciones generales impuestas por el proponente al adherente de forma que el negocio jurídico ocurre por la idea popular de “tómelo o déjelo”. Justamente por ello, y por ser inevitable, es que se hace imprescindible el control firme de las cláusulas generales, de manera a que evite el abuso.

La imposibilidad fundamental de negociar individualmente las cláusulas, junto con la búsqueda del equilibrio entre las partes contratantes, permite suavizar la interpretación y la aplicación de los contratos de adhesión.

Es válido y necesario, produce efectos jurídicos, vincula en gran medida a las partes, pero no hace entre ellas una ley sólida, robusta, vigorosa, porque por encima de la famosa máxima de la teoría general de los contratos hay otra, más importante, basada en el concepto de Derecho del antiguo Código del

Emperador Justiniano: *“la eterna y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo.”*

En un contrato en que solamente una de las partes expresa su voluntad, sin negociación individualizada de su contenido, no se puede considerar satisfactoriamente presente esta idea de justicia. De esto resulta el control, la especial protección del adherente en relación con las cláusulas abusivas.

## Sobre las cláusulas abusivas

Hay que reconocerse al adherente el derecho de no estar condicionado a las cláusulas que no se muestran equitativas.

La cláusula general se hace abusiva cuando atenta en contra de la buena fe y causa perjuicio al adherente. Como el adherente no tiene la facultad de exponer previamente su voluntad, la protección se hace por el control de contenido. A través de ello, se declara nula la cláusula abusiva. El contrato persiste, crea efectos, pero la cláusula clasificada como abusiva queda eliminada, sin que incida en el mundo de los hechos.

Dice el Superior Tribunal de Justicia que *“uno de los principios fundamentales del derecho privado es la buena fe objetiva, cuya función es establecer un estándar ético de conducta a las partes en las relaciones de obligaciones. Sin embargo, la buena fe no es agota en este campo del derecho, alcanzando también todo el ordenamiento jurídico.”*

Determina el art. 422 del Código Civil que *“los contratantes están obligados a guardar, tanto en la conclusión del contrato como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe.”*

La ley no define qué es la buena fe, pero la asegura como un valor que deben tener como objetivo los contratantes. Antes mismo del actual Código Civil, la buena fe objetiva ya obraba en el ordenamiento jurídico brasileño, a través de la comprensión jurisprudencial, y en el sistema legal, por efecto de las normas de consumo.

A partir del Código de Defensa del Consumidor, en 1990, la buena fe ha sido consagrada en el sistema de derecho brasileño como uno de los principios fundamentales de las relaciones de consumo y como cláusula general para control de las cláusulas abusivas.<sup>4</sup>

Brasil, por lo tanto, asumió un régimen doble sobre el principio de la buena fe objetiva. Constando en el Código de Defensa del Consumidor y en el Código Civil, se hizo exigible en las relaciones contractuales de consumo y en las civiles y empresariales.

Se trata de un principio vector y que no se puede ignorar de ninguna manera.

El camarista del STJ **Paulo de Tarso Sanseverino** explica que *“la buena fe objetiva ha constituido un*

4. <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-law-areas>

5. STJ – fuente citada – página electrónica

*modelo de conducta social o un estándar ético de comportamiento, que impone, de manera concreta, a todo ciudadano que, en sus relaciones, actúe con honestidad, lealtad y probidad.”<sup>6</sup>*

Cambiamos “ciudadano” por “contratante” y las palabras del Camarista sirven de marco al cuadro contractual.

La cláusula adhesiva que causa desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes no está incluida en el principio de la buena fe objetiva, porque no está en línea con los valores de honestidad, lealtad y probidad.

Es más: además de ofender el principio de buena fe objetiva, atinge otros. Se habla aquí de los principios fundamentales de proporcionalidad, razonabilidad, equidad e isonomía.

Vamos más allá. La cláusula abusiva también ofende otro principio esencial de los contratos: su función social.

Con la nueva redacción de la Ley n.º 13.874, del 2019, dispone el art. 421 del Código Civil lo que sigue:

*Art. 421. La libertad contractual se ejercerá según los límites de la función social del contrato.*

*Párrafo único. En las relaciones contractuales privadas, prevalecerán el principio de la intervención mínima y el carácter excepcional de la revisión contractual.*

La ley asegura la libertad de contratar, pero ofrece base a esta libertad según las exigencias de la función social. La ley ratifica el principio de la intervención mínima, sin dejar de considerar la posibilidad de revisión, aunque lo haga de manera excepcional. Véase también, sin embargo, que trata del contrato por excelente, o sea, del contrato en que la autonomía de la voluntad incide de manera bilateral y las condiciones se negocian individualmente.

Bien, si para este tipo de contrato, que sigue la lógica imperativa de la teoría general, hay los límites de la función social y la posibilidad de revisión, ¿qué se debe pensar del contrato de adhesión?

Simples: la función social<sup>7</sup> asume más fuerza y la revisión deja de ser algo excepcional, pasando a ser ordinaria, presente y necesario. La parte adherente tiene el derecho de oponerse a la cláusula abusiva y el Estado tiene el deber de le casar la validez, considerándola nula.

El art. 421-A, introducido también por la Ley n.º 13.874, del 2019, determina que los “*contratos civiles y empresariales se presumen paritarios y simétricos hasta que haya la presencia de elementos concretos que justifiquen alejarse esta presunción (...).*”

Se debe deber que la ley habla de presunción de paridad y simetría, que solamente podrán alejarse en la presencia de elementos concretos y justificadores.

Se debe comprender que la posibilidad de alejamiento justificable de la presunción de paridad y simetría solamente aplica en los contratos basados en la autonomía de la voluntad, jamás en los de adhesión.

Luego, la cláusula general en contrato de adhesión que no respete la paridad y simetría entre las partes, mostrándose dañosa al adherente, es vacía de buena fe e incompatible con la función social del contrato. Se puede decir que es una cláusula esencialmente abusiva.

Independientemente del raciocinio utilizado, filosófico o normativo, la cláusula abusiva no tiene espacio en el Derecho, especialmente cuando presente en contrato de adhesión y en desnivel con lo que se espera de una cláusula general.

## Las cláusulas abusivas y el Derecho Comparado

Casi todos los ordenamientos jurídicos occidentales rechazan las cláusulas abusivas en contratos de adhesión por noemas de control y protección a los adherentes.

El jurista español **José António Martín Pérez**<sup>8</sup>, profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, enseña que:

*Hoy es comúnmente reconocido que el principal problema que plantean los contratos de adhesión es el de su control, dado que suelen abundar en ellos las que conocemos como cláusulas abusivas. Dado que tales cláusulas son impuestas al adherente, este no tiene opción real de rechazarlas o negociar su contenido si quiere obtener el producto o servicio. Por ello, resulta habitual que el contenido de estos contratos sea claramente favorable para el predisponente, realizando una distribución de derechos y obligaciones claramente desfavorable para el consumidor al desplazar hacia él riesgos y obligaciones. Con frecuencia el consumidor o adherente ni siquiera conoce las cláusulas, por no leerlas o no disponer de ellas. Pero lo cierto es que una vez que el adherente pone su firma, acepta el contrato y queda vinculado por lo “pactado”, viéndose atrapado por situaciones poco racionales o claramente injustas. Ahí es donde interviene la ley, para reconocer que estamos ante contratos muy diferentes a los tradicionales, para los cuales no sirve la lógica contractual clásica ni cabe la aplicación*

6. STJ - Idem Ibidem

7. Dice Pablo Stolze Gagliano: “Para nosotros, la función social del contrato es, antes que nada, un principio jurídico de contenido indeterminado, que se comprende en la medida en que reconocemos su esencial efecto de imponer límites a la libertad de contratar, en beneficio del bien común. (GAGLIANO, 2005, p. 55)” [citado por <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/funcao-social-do-contrato>]

*rígida del principio pacta sunt servanda, siendo necesarios controles y medidas de protección del adherente.*

También en el extranjero, la identificación de una cláusula abusiva en medio a las cláusulas generales del contrato de adhesión ocurre según el criterio de la buena fe objetiva y el equilibrio entre las partes.

El profesor salmantino<sup>9</sup> enseña también:

*“La cláusula debe ser **contraria a la buena fe**. La buena fe debe ser entendida en sentido objetivo como un modelo de conducta contractual leal y honesta, en función del tipo de contrato.”*

*“La cláusula debe causar un perjuicio del consumidor y usuario, un **desequilibrio importante de los derechos y obligaciones** de las partes que se deriven del contrato. La doctrina suele considerar que este desequilibrio es fundamentalmente un desequilibrio jurídico, sin que la abusividad enriquezca el contenido económico del contrato.”*

Las afirmaciones se hacen con base en las Directivas de la Unión Europea y las leyes consumeriles y civiles españolas, que apuntan hacia las notas básicas de la noción de cláusula abusiva y se ocupan

de manera muy especial de las *estipulaciones no negociadas individualmente*. La Unión Europea ofrece directivas a los estados-miembros, que, a su vez, deben incorporarlas a sus sistemas legales.

España, como Brasil, tiene una *doble regulación*, consumeril y civil. Con ello, sobran herramientas legales para que se combatan bien las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, ya sean o no de consumo.

El marco normativo español es muy bueno y su esquema general se repite en muchos sistemas legales latinoamericanos, y los estudiosos españoles mismos destacan los méritos y avances de legislaciones, como en el caso de la ecuatoriana y la argentina. La escuela jurídica colombiana también es bastante elogiada, especialmente por la producción de la *Pontificia Universidad Javeriana*, con que la que la *Universidad de Salamanca* tiene lazos muy cercanos.

Para el control de las cláusulas abusivas, están en vigor en España la *Directiva 93/13* de la Unión Europea, que trata de las *“Cláusulas abusivas en contratos con consumidores”*; la *TR Ley G. Defensa de consumidores*, cuyo *Libro 2, Título 2*, disciplina las *“Condiciones generales y Cláusulas abusivas”*

[arts. 80 a 91] y da especial atención a los términos y condiciones contractuales no negociados individualmente.

Directiva y ley que se dirigen a los contratantes adherentes consumidores, con poderoso sistema de frenos y contrapesos en su defensa legítima. Pero ¿y los contratantes adherentes no consumidores? ¿No gozan protección contra las cláusulas abusivas?

Sí, desde 1998.

La famosa *Ley de condiciones generales de la contratación* contiene normas de control y combate estricto a las cláusulas abusivas en *contratos de adhesión* e incluye a los adherentes en general, mismo compañías.

Esta ley, a su vez, se ha inspirado en la ley alemana sobre las condiciones generales de los contratos. Existe en este país desde mediados de los años 1970.

Antes mismo de la existencia de la Unión europea y de la visión actual *pro consumatorem*, Alemania ya se mostraba avanzada en la protección de los adherentes contractuales. La *Allgemeines Vertragsbedingungengesetz* disciplinó las condiciones generales y trató de las cláusulas abusivas, aunque de manera menos intensa que aquella como se tratan y rechazan actualmente por prácticamente todos los sistemas legales.

Tenían los adherentes algún tipo de protección, aunque mínimas en este entonces, y esta mentalidad protectora, justa, equilibrada ha ganado peso, expandiéndose en el tiempo y espacio, siendo realidad actualmente.

Hay, es verdad, en Alemania y España alguna deficiencia legal respecto la protección del adherente empresario, ya que los legisladores se han ocupado más de la figura del adherente consumidor. Sin embargo, los esfuerzos para suprimirlo de manera breve son amplios y robustos. La jurisprudencia camina rápidamente y sin herir, para corregir la situación, hacia el principio universal *Judges do not make law*.

De una manera o de otra, todo adherente tiene alguna medida de protección contra las cláusulas abusivas en contratos de adhesión, siempre condenables y consideradas nulas.

Este cuidado es muy importante porque, además de primar por la justicia y corregir asimetrías

8. Required reading for the online graduate course in Law at the University of Salamanca: Contratos y Consumo - cuestiones actuales en la protección de los consumidores – Modulo 2 – Cláusulas abusivas y contratación a distancia – Tema 4.

9. Lectura obligatoria del curso de posgrado en línea en Derecho de la Universidad de Salamanca: Contratos y Consumo – cuestiones actuales en la protección de los consumidores – Modulo 2 – Cláusulas abusivas y contratación a distancia – Tema 5

contractuales, es cierto que los abusos soportados por el adherente empresario afectan de alguna manera el colegio de consumidores y perjudican a toda la sociedad.

Italia tiene un muy bueno *sistema di tutela contro clausole abusive nei contratti di adesione*, sin que se limite a proteger a los consumidores e incluyendo a los contratantes adherentes.

Ahí, como en España, la condición abusiva de una cláusula de condición general se constata siempre que la buena fe no se verifica y el desequilibrio está presente en la relación contractual.

**Enrico Bevilacqua y Michele Labriol** comentan: "*Ai sensi dell'art. 33, comma 1, del Codice del consumo, si considerano vessatorie (nel contratto concluso tra professionista e consumatore) le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi del contratto (...).*"<sup>10</sup>

Tratan los estudiosos italianos de tema específico, desde la perspectiva del consumo. La afirmación - que se ajusta a lo que expone el español Martín Pérez -, todavía aplica bien al caso de los adherentes en general.

La ley alemana de condiciones generales contractuales, inspiradora de las Directivas europeas y las leyes, consumeriles o civilistas de otros países, en contratos de adhesión cuenta con tres claves de tratamiento de las cláusulas abusivas: 1) control de inclusión o incorporación; 2) reglas de interpretación; 3) control de contenido.

Interesa, en este momento, el control del contenido. Es a través de este elemento que se sabe si una cláusula general es o no abusiva y, verificándose el abuso, qué hay que hacer para corregir inmediatamente el sentido contractual e impedir que el adherente sufra un perjuicio injusto.

Hay algo que es un hecho: en Europa hay lo que llaman los españoles *presunción de no negociación*, un principio-regla que afirma: en contrato de adhesión, toda cláusula es no negociada, impuesta por el proponente y, por tanto, solamente capaz de vincular al adherente si no le causa perjuicio, aunque mínimo, si no se pone en duda la primacía de la buena fe, la observación de la función social y el equilibrio entre las partes.

Por el principio de presunción de negociación,

la parte adherente solamente necesitará demostrar el efectivo perjuicio clausular, la grave asimetría y el sistema de protección a que tiene derecho incidirá por ello.

Será responsabilidad del emisor del contrato de adhesión demostrar que la cláusula considerada abusiva ha sido negociada individualmente y que el adherente ha concordado de manera especial, singularizada, con su presencia en el contrato. Una concordancia más allá de la simple adhesión.

Esto hace toda la diferencia.

Utilizando el Derecho Comparado y refiriéndome directamente a un caso concreto, expondré un error de evaluación y valoración de cláusula contractual abusiva. Por delicadeza, no mencionaré cualquier dato informativo sobre el litigio, enfocando solamente el punto que interesa a este estudio.

Era una acción de regreso para resarcimiento que el asegurador subrogado presentó en contra del transportista marítimo responsable de dañar la carga cubierta por póliza, mantenida bajo su guarda y consignada al asegurado.

El transportista alegó en su favor la cláusula de compromiso arbitral presente en el contrato internacional de transporte marítimo de carga. La cláusula incluía procedimiento arbitral en el extranjero.

El asegurador, que defendía yo, expuso que la cláusula era abusiva por ser el contrato de adhesión y ni haber anuencia expresa del propietario de la carga y contratante de servicio de transporte con el arbitraje en el extranjero. La cláusula había sido impuesta de manera unilateral por el transportista, sin que se respetara la propia Ley de Arbitraje brasileña y la garantía fundamental constitucional de acceso a la jurisdicción.

Se defendió que el arbitraje hay que ser siempre voluntario y que, en este caso, ha sido concedida de manera unilateral por el proponente del contrato, el armador; que la cláusula no podría de ninguna manera incidir en contra del asegurador subrogado, porque no formaba parte del contrato; y, finalmente, que la subrogación no transmite a la aseguradora compromisos arbitrales.

A pesar de la clareza y justeza de estos argumentos, casi siempre basado en la Justicia brasileña, la turma

10. En <https://www.notariato.it/sites/default/files/237.pdf>

que juzgó el caso aceptó la cláusula, ignorando su naturaleza manifiestamente abusiva, su ineficacia clara y fulgurante.

En cierto momento de la fundamentación, el juez relator del recurso dijo que no se podía creer que un asegurador del tamaño de la autora, el transportista apelado y un asegurado, usuario del servicio de transporte, de tamaño empresarial, no negociaran las minucias de la cláusula.

Esto, a propósito, es un absurdo, que produjo una injusticia actualmente sometida al Superior Tribunal de Justicia, con la esperanza viva de revisión. La aseguradora estaría forzada a obedecer a una disposición arbitral presente en contrato de que no forma parte, como si el asegurado, antes de la subrogación, pudiera disponer de un derecho (de recobro) que solamente se ejercerá después de ella.

La presunción era otra, totalmente contraria: que la cláusula no fuera negociada. El transportista, proponente del contrato, es quien debería haber probado la negociación individualizada. Y no lo hizo.

Luego, no podría el juez del organismo colegiado haber valorado una suposición personal, absolutamente subjetiva, en detrimento de presunción normativa y objetiva, de espectro internacional.

El caso expuesto en resumen es interesante para que se muestre el peligro que hay en despreciar la fuerza de la *presunción de no negociación* y sus efectos directos en el análisis, interpretación y aplicación de la nulidad de la cláusula abusiva en contrato de adhesión.

El abordaje internacional comparada muestra dos cosas: 1) el rechazo internacional de las cláusulas abusivas; 2) lo avanzado que es el sistema brasileño de enfrentamiento de la abusividad contractual, ya sea en el plano consumeril o civil.

Por fin, y antes de entrar en el escenario brasileño, se debe acordar que, mismo el modelo jurídico-contractual americano, contrario al concepto de función social de los contratos, muy y directamente influenciado por la ideología liberal y más cercano al contractualismo puro, tiene instrumentos rígidos de control de las llamadas *hard power clauses*, protegiendo a adherentes y haciendo significativamente más cortos los espacios de las graves asimetrías y desequilibrios relevantes.



## La visión jurídica brasileña de las cláusulas abusivas

Este es un tema en que se puede considerar que Brasil es un modelo para el mundo.

Mesmo antes de la legislación de consumo en los años 1990, había en este país en control de contenido de las cláusulas abusivas.

No es exagero para nada decir que hace mucho Brasil se opone al dirigismo contractual, al desequilibrio de fuerzas entre las partes contratantes y al abuso clausular en contratos de adhesión.

Tal vez, hago especulaciones abiertamente, las asimetrías sociales orgánicas y endémicas, la sucesión de crisis económicas, la fragilidad del estado y la baja densidad del fomento de negocios en el país hayan hecho que los aplicadores del Derecho se tornaran más creativos y deseosos de soluciones eficaces, justas, a los muchos problemas en todos los campos del Derecho, especialmente el contractual.

La crisis impulsa el desarrollo, dice la sabiduría popular. Esto no es diferente respecto el Derecho.

Mucho antes de que se hable de una legislación de consumo, principio de buena fe objetiva, principio de función social, capitalismo humanista y otros conceptos tan comunes actualmente, antes mismo de la Constitución Federal de 1988 (mucho antes, a propósito), el Supremo Tribunal Federal emitió precedente de que: *En contrato de transporte, es inoperante la cláusula de no indemnizar.*<sup>11</sup>

Se debe poner atención a la forma correcta como el Supremo Tribunal Federal encaró la naturaleza adhesiva del contrato de transporte y las cláusulas abusivas que suelen haber en él.

Los transportistas suelen insertar en los tejidos contractuales cláusulas de no indemnización. Estas, por razones que dispensan más comentarios, han sido consideradas inoperantes, palabra que hoy se puede sustituir adecuadamente por nulas según la ley.

Vamos más allá. Ya que la limitación de responsabilidad prácticamente se confunde con la falta de indemnización, porque indemnizar valor bajo equivale a no pagar nada, es hermenéuticamente posible utilizar el Precedente n.º 161 para decretarse la inoperancia, la nulidad, des esta cláusula

estructuralmente abusiva.

Es lo que la Justicia brasileña ha hecho por décadas, casi sin interrupción. Gracias al Precedente y mucho antes de la legislación de consumo y la actual legislación general civil, las cláusulas de no indemnizar han sumido de la rutina contractual, y las limitaciones de responsabilidad son casi siempre consideradas abusivas, muchas veces sometidas al enunciado comentado.

Quien se aventura en el estudio del desarrollo histórico que, dentro del Derecho brasileño, tuvieron las cláusulas abusivas en contratos de adhesión, encontrará, sin mucho esfuerzo, innumerables decisiones judiciales y comentarios jurisprudenciales, todos muy ricamente fundamentados o argumentados.

Saltando un poco en la historia, en el año de 1990, inspirado directamente por la Constitución Federal, entró en vigor el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Un diploma legal poderoso, aún vanguardista en muchos aspectos, que influencia la exegesis de situaciones jurídicas que ni siquiera están bajo su alcance.

Las cláusulas abusivas en contratos de adhesión - que eran tratadas desde mucho tiempo por la jurisprudencia brasileña - han sido especialmente contempladas por el nuevo sistema legal, enmarcado con los sellos de la especialidad y el constitucionalismo.

El art. 51, dice el STJ, *“define las cláusulas abusivas en contratos como aquellas que liberan a los proveedores de responsabilidad en caso de defecto o vicio en la mercancía o servicio. También prevé que la cláusula es nula en el caso de no respetar las leyes o principios básicos de Derecho.”*<sup>11</sup>

Se puede percibir que la legislación de consumo en Brasil, antes mismo que la europea, consideró la necesidad de respeto a las leyes y principios básicos de Derecho, los valores fundamentales, a lo que después se juntó la jurisprudencia del Código Civil sobre la buena fe objetiva y la función social. En fin, el triunfo de conceptos como proporcionalidad, simetría de los derechos y deberes de las partes contratantes.

En diciembre de 2019, la Segunda Sección del Superior Tribunal de Justicia aprobó nuevo precedente sobre cláusula abusiva en contrato de adhesión, específicamente el bancario. Consta del Precedente 638/STJ: *“es abusiva la cláusula contractual que*

11. Enunciado de Precedente n.º 161

12. STJ – página electrónica - <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1036145/stj-tem-nova-sumula-sobre-abusividadedas-clausulas-nos-contratos-bancarios>

*restringe la responsabilidad de institución financiera por los daños resultantes de robo, hurto o extravío de bien entregado en garantía en el ámbito de contrato de prenda civil”.*

Es interesante notar que el Precedente no solamente trató la cláusula abusiva, sino que también fortaleció la interpretación del ordenamiento jurídico brasileño en contra de las cláusulas de limitación de responsabilidad. Y lo que aplica al contrato con institución financiera aplica también para todo y cualquier contrato de adhesión, como el de transporte.

Luego, más que nunca, respetando la tradición jurídica de largo plazo, es correcto afirmarse que toda cláusula de limitación de responsabilidad es abusiva y, como consecuencia, nula según la ley.

El concepto de cláusula abusiva en contrato de adhesión ha transbordado los campos de los contratos de consumo y alcanzado, como una lluvia intensa y revitalizadora, todo el sistema contractual, de manera que los contratos civiles o empresariales también se benefician de los frenos y controles.

Cualquier adherente, no solo el consumidor, puede y debe ser protegido, aunque en el mundo de los hechos no sea hiposuficiente, sino que alguien dotado de fuerza económica y mismo institucional. Es la condición de adherente que reclama la protección normativa de control, de invalidez, ineficacia, inoperancia y nulidad de las cláusulas abusivas.

Hubiera duda respecto a esto y los anteriormente comentados art. 421 y 422 del Código Civil la resolverían de vez.

Frente a la función social de los contratos y la buena fe objetiva que reina entre los contratantes, dos principios vectores, además de fundamentales, son inaceptables, intolerables, cláusulas que causen desequilibrio de derechos y obligaciones entre las partes contratantes.

Es más: en el caso de cláusula general, no negociable, sin autonomía de voluntad, impuesta por una de las partes, como suele pasar en contratos de adhesión, la asimetría perjudicial al adherente es causa objetiva de nulidad.

Se trata de algo más allá del principio de la interpretación más favorable al adherente en caso de duda u oscuridad del contenido de una cláusula, ya sea de contrato de consumo o no. De hecho, lo

que se ve no es la interpretación mejor, sino que la exoneración completa.

El modo de interpretación de las cláusulas basándose en principios, a propósito, tiene base en el art. 47 del CDC<sup>13</sup>, así como en el art. 423 del CC<sup>14</sup>. Ambos determinan que, en el caso de haya en el contrato de adhesión cláusulas ambiguas o contradictorias, será adoptada la interpretación más favorable al adherente.

En el caso de nulidad, es sin duda un paso bien más largo. La idea es la misma: favorecer con justeza la parte adherente, pero con otra acepción. Ya no se habla solo de la interpretación y aplicación de la cláusula favorablemente, sino que de su extinción absoluta por la abusividad constatada. Se elimina lo que es errado, injusto, dañoso, para que el perjuicio no se materialice y el abuso no tome cuerpo en el ámbito contractual.

En un tiempo que el Derecho camina hacia la responsabilización objetiva de los causadores de daños en general y a la protección del acreedor insatisfecho, ya no se tolera la existencia de cláusulas contractuales abusivas, principalmente en aquellos contratos, como los de adhesión, en que la negociación previa no es posible y en que solo una de las partes impone su voluntad.

La adhesión no significa la asunción de contenido clausular abusivo, sino que al contrario. La adhesión es un hecho inevitable del mundo de los negocios y que, en ningún momento, caracteriza el pleno ejercicio de autonomía de la voluntad.

Justamente por ello y por todos los principios fundamentales ya expuestos es que el control de contenido se hace siempre necesario, a la intensidad con que la centinela aguarda la aurora, en la vigilancia constante para que el equilibrio contractual jamás se perjudique.

## **De la inconstitucional imposición de arbitraje**

El Derecho brasileño reconoce el arbitraje como medio de solución de litigios, según el caso. La ley 9.307, del 23 de septiembre del 2016, reglamentó el uso de arbitraje, dando entonces<sup>15</sup> los contornos de su incidencia.

Tardó casi una década para que el Supremo Tribunal Federal declarara la constitucionalidad de la

13. Art. 47, CDC: Se interpretarán las cláusulas contractuales de la manera más favorable al consumidor.

14. Art. 423, CC: Cuando haya, en el contrato de adhesión, cláusulas ambiguas o contradictorias, se deberá adoptar la interpretación más favorable al adherente.

15. Véase decisión del juicio de recurso en proceso de homologación de Sentencia Extranjera (SE 5.206) en el 2001.

ley, liberándola para pleno uso.<sup>15</sup>

La noticia publicada en el prestigioso portal jurídico electrónico de ConJur (Consultor Jurídico)<sup>16</sup> apunta los fundamentos y muestra que la Ley de Arbitraje no trata de un deber, sino que de un derecho, de facultad, no de imposición. Es más, la noticia destaca también que el Supremo Tribunal Federal dejó bien claro que la voluntariedad es condición esencial de su ejercicio:

*“Por site votos a cuatro, los camaristas del Supremo Tribunal Federal decidieron el miércoles (12/12) que los mecanismos de la Ley de Arbitraje (9.307/96) son constitucionales. La decisión representa el epílogo de una discusión que movilizó el STF a lo largo de los últimos cuatro años.*

*La interpretación ha sido presentada en el juicio de recurso en proceso de homologación de Sentencia Extranjera (SE 5.206).*

*La ley permite que las partes puedan elegir un árbitro para solucionar litigios sobre derechos patrimoniales y el reporte arbitral resultante del acuerdo no necesita aprobación de autoridad judicial.*

*El recurso es el primer caso (leading case) sobre la materia. Se trata de una demanda presentada a partir de 1995. La compañía, de origen extranjera, pretendía homologar un reporte de sentencia arbitral emitida en España, para que tuviera efectos en Brasil. A principio, el pedido fue rechazado. Sin embargo, en 1996, se ha promulgado la Ley 9.307, que dispensaría la aprobación de este reporte en la justicia del país de origen. Durante el juicio del recurso, el camarista Moreira Alves presentó la cuestión de la constitucionalidad de la nueva ley.*

*En que pese que todos los camaristas hayan votado por deferir el recurso, con el sentido de aprobar el reporte arbitral español en Brasil, hubo discordancia respecto el incidente de inconstitucionalidad.*

*Sepúlveda Pertence, quien reportó el recurso, así como Sydney Sanches, Néri da Silveira y Moreira Alves entendieron que la ley de arbitraje, en algunos de sus dispositivos, dificulta el acceso al Poder Judicial, derecho fundamental previsto por el artículo quinto, inciso XXV, de la Constitución Federal.*

*La corriente vencedora, de otro lado, considera un gra avance la ley y no ve ninguna ofensa a la Constitución. El camarista Carlos Velloso, en su voto, destacó que se trata de derechos patrimoniales y, por tanto, disponibles. Según él, las partes tienen la facultad de renunciar a su derecho de recurrir a la Justicia. “El inciso XXXV representa un derecho a la acción y no un deber.”*

*El presidente del tribunal, camarista Marco Aurélio, tras terminar el juicio, comentó la decisión diciendo*

*esperar que se dé confianza al instituto de arbitraje y, a ejemplo de lo que pasó en otros países, que esta práctica “se acepte también en Brasil”. Según él, se presume una actuación de buena fe por parte de los árbitros, que deben estar registrados para ello.*

*La Ley de Arbitraje está en vigencia desde la fecha de su publicación.*

*Noticia republicada por equivocación en la redacción anterior*

*Revista Consultor Jurídico, 14 de diciembre del 2001, 19h04”*

El Código de Procedimiento Civil del 2015, fuertemente influenciado por la visión económica del Derecho, según la lectura de la famosa Escuela de Chicago, facilitó - a propósito, incentivó - el uso del arbitraje. Respecto a ello, **Sergio Oliveira de Souza**<sup>17</sup> comenta:

*“El nuevo Código de Procedimiento Civil en su art. 3º, instituyó el Arbitraje como Jurisdicción, permitiendo que se realice según la ley. En el artículo 42º establece que ‘Las causas civiles serán procesadas y decididas por el organismo jurisdiccional dentro de los límites de su competencia, destacándose a las partes el derecho de instituir juicio arbitral, según la ley’. De esta manera el nuevo CPC confirma el Arbitraje como un Instituto Jurisdiccional reconocido, asegurando el derecho de las partes a elegir la Jurisdicción Arbitral. En este momento se incluye en el principio de la imposibilidad de abandono de jurisdicción. De esta manera, se pone un fin a la teoría de Sentencia Arbitral ser Inconstitucional y a la falta de reconocimiento como jurisdicción, ya que antes hubo mucha discusión respecto la legitimidad, validez, legalidad y aplicación de la sentencia Arbitral en caso concreto. Sin dudas, estos cambios brindarán muchos beneficios a las partes que elijan la Convención de Arbitraje.”*

No hay más dudas sobre la posibilidad de utilizar el arbitraje y su conveniencia, incentivada por el Estado, aunque sea algo en que las partes bajo la jurisdicción no confíen plenamente. Tampoco hay dudas sobre la constitucionalidad de la ley, siempre que se observen los requisitos formales y sustanciales de su admisibilidad.

Además de la materia (solamente derechos patrimoniales disponibles pueden ser objeto de procedimientos arbitrales), es esencial la *voluntariedad* Para que se pueda hablar de arbitraje, es imprescindible que se verifique la libre voluntad de las partes, sin cuya autonomía no hay elección, sino que imposición.

El arbitraje no puede, de ninguna manera, perjudicar el derecho de acceso a la jurisdicción, que

16. [https://www.conjur.com.br/2001-dez-14/stf\\_declara\\_lei\\_arbitragem\\_constitucional](https://www.conjur.com.br/2001-dez-14/stf_declara_lei_arbitragem_constitucional)

17. <https://sergiooliveiradesouza.jusbrasil.com.br/artigos/116475616/confira-como-ficara-a-arbitragem-no-novo-cpc>

18. Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinciones de ninguna naturaleza, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: XXXV - la ley no podrá impedir que sean sometidas a examen por parte del Poder Judicial las lesiones o amenazas a los derechos;

se garantiza en la constitución como fundamental 5º, XXXV).<sup>18</sup>, mismo porque no hay renuncia tácita al pleno ejercicio de un derecho de este porte.

Como indicado por el ConJur, “el camarista Carlos Velloso, en su voto, destacó que se trata de derechos patrimoniales y, por tanto, disponibles. Según él, las partes tienen la facultad de renunciar a su derecho de recurrir a la Justicia. “El inciso XXXV representa un derecho a la acción y no un deber.”

Cuando se trata de facultad, no de deber, la voluntariedad es presupuesto de validez. Si falta un deseo claro de participar en el arbitraje, la parte interesada podrá perfectamente oponerse a su realización, invocando, al mismo tiempo, la ilegalidad y la inconstitucionalidad, para no decir la inmoralidad, de eventual imposición. Frente a esto, se pregunta: ¿puede haber en contrato de adhesión cláusula de arbitraje?

Sí, siempre que negociada individualmente. El compromiso arbitral no puede ser una cláusula general como las otras, **sino que tiene que negociarse según el caso**. No se trata solo de interpretación sistémica del tema, aunque absolutamente correcta, sino de lo que dispone la propia Ley de Arbitraje de Brasil. Muy oportuna y didáctica es la exposición de **Vinicius Uberty Pellizzaro**<sup>19</sup>:

*Véase lo que prevé el artículo 4º, § 2º, de la Ley de Arbitraje (9.307/96) - LArb, sobre su aplicación en los contratos de adhesión:*

*“§ 2º En los contratos de adhesión, la cláusula compromisoria solamente será eficaz si el adherente tomar la iniciativa de instituir el arbitraje o concordar, expresamente, con su institución, siempre que lo haga por escrito en documento anexo o en negrilla, con firma o visto bueno especialmente para esta cláusula.”*

*Solamente para registro se debe destacar que la cláusula compromisoria es especie, donde también es especie el compromiso arbitral, del género “Convención de Arbitraje”. La distinción se da en cuanto al momento en que la convención de arbitraje es estipulada: si prevista en contrato, antes de un litigio judicial o extrajudicial (antes de que surja la contienda), es cláusula compromisoria; si es posterior a ello, cuando las partes ya se encuentran en litigio iniciado, tanto judicial como extrajudicial, es compromiso arbitral. En la legislación, la distinción encuentra base en los artículos 4º y 9º de la norma especial.*

*Según los términos observados del citado § 2º, del artículo 4º, de la LArb, que recientemente sufrió gran alteración con la asunción de la Ley*

*n.º 13.129, del 2015, el contrato de adhesión cuenta con previsión específica, considerándose la presunción de desigualdad existente entre el predisponente (ofertante) y el cliente (adherente), especialmente debido a la vulnerabilidad de este.*

*La disposición legal actual exige, para que una cláusula compromisoria sea válida, en un contrato de adhesión, será imprescindible que se cumpla con los presupuestos previstos en la norma - que se firme un documento anexo al contrato (específico) o, si obra en el cuerpo del documento, la firma (o rubrica) específica en la cláusula, que deberá estar en negrilla. Nada impide que mismo sin atender los requisitos referidos, el adherente elija instituir arbitraje tras el surgimiento de contienda entre los contratantes, lo que validaría, por ello mismo, la cláusula que se discute.*

*La clareza y la transparencia de las cláusulas que mitiguen (o alteren sustancialmente) el derecho del adherente es materia ya hace mucho debatida en nuestros tribunales, siendo, la mayoría de las veces, relacionado con el derecho del consumo, donde es rutina que se firmen contratos de adhesión, por lo que queda la vulnerabilidad presumida por el Código de Derechos del Consumidor (ley n.º 8.078 de 1990).*

En resumen: en los contratos civiles y empresariales de adhesión, la cláusula de arbitraje o de compromiso arbitral puede existir, siempre que se negocie individualmente con el adherente, de alguna manera apartada del conjunto general de cláusulas.

En otras palabras, hay posibilidad de que exista este tipo de cláusula, pero es esencial el consentimiento previo, formal, sustancial, expreso del adherente. El consentimiento no es el genérico que se da al adherirse al paquete contractual, sino que verdaderamente diferenciado.

Sin ello, se torna la cláusula nula de pleno derecho, manifiestamente abusiva, según la ley. En el caso de un contrato de adhesión de consumo, el rigor, por razones obvias, es más alto. Otra vez tomo como mías las palabras de **Pellizzaro**<sup>20</sup>:

*En el ámbito del CDC, se encuentra la previsión expresa que cohibe la convención de arbitraje como regla obligatoria estipulada por una de las partes. Véase lo que dispone el artículo 51, VII:*

*“Art. 51. Son nulas de pleno derecho, entre otras, las cláusulas contractuales relacionadas con la provisión de productos y servicios que:*

*[...]*

19. <https://pellizzarovinicius.jusbrasil.com.br/artigos/339342795/a-clausula-compromissoria-convencao-de-arbitragem-no-contrato-de-adesao-de-consumo-e-o-paradigmatico-julgamento-do-superior-tribunal-de-justica>

20. Idem, ibidem.

VII - determinen el uso obligatorio de arbitraje;”

*En realidad, la disposición anterior, si se lee independientemente de la perspectiva hermenéutica, parece no ser necesaria, ya que la cláusula compromisoria para los contratos de adhesión presume que ambas partes contratantes estén de acuerdo, sin que lo permita la norma vigente que se estipule el arbitraje de forma unilateral - artículo 4º, § 2º, de la LArb.*

*Sin embargo, es común en los contratos de seguro. El artículo 51 presenta protección más amplia al consumidor que firma un contrato de adhesión sin leerlo, comprenderlo, sabe de qué trata, pero aun así lo firma frente a la identificación de su vulnerabilidad.*

*En este sentido, el carácter ‘obligatorio’ se presume por la desigualdad existente entre los contrayentes, sin que sea suficiente que el Adherente firme el instrumento para que reconozca que lo leyó, comprendió y sabía que trataba dicha previsión.*

*El problema de la doctrina y jurisprudencia resulta al cuestionarse si las premisas dispuestas en el artículo 4º, § 2º, de la LArb, serían suficientes para retirar la obligatoriedad del uso de arbitraje, o si mismo cumpliéndose con aquellos requisitos el consumidor estaría en situación de desigualdad y vulnerabilidad.*

Tanto en los contratos de consumo como en los civiles y empresariales, la forma adhesiva de contratación exige destaque de las cláusulas arbitrales y expreso consentimiento, concordancia en grado mayor, expreso, transparente, de lo que se utiliza en la mera adhesión.

Esto se debe a que, nunca es demasiado repetirlo, no existe renuncia tácita de jurisdicción, no se tolera el vaciamiento de derecho y garantía constitucional fundamental. Es cierto que el Código de Procedimiento Civil del 2015 facilitó el uso de arbitraje y aprobó la cláusula contractual de elección exclusiva de foro extranjero en los contratos internacionales<sup>21</sup>, pero no es menos cierto que tanto una como la otra tienen que ser voluntariamente decididas por todas las partes contratantes.

Sin la negociación previa y expresa, no hay validez y eficacia, sino que nulidad, en las cláusulas que determinan arbitraje o foro exclusivo extranjero.

La legislación no utilizó la palabra elección por nada. Se elige mutua y libremente el arbitraje, se elige conjuntamente el foro extranjero, pero jamás se imponen un y/u otro. La imposición ofende el orden jurídico brasileño, no respeta derechos y garantías fundamentales, causa perjuicios intolerables y compromete la salud moral de las relaciones

contractuales.

En contratos de adhesión, todo esto es todavía más verdadero y perceptible y por eso se exige control más estricto, el peso de la nulidad al clausulado que impone al adherente procedimientos y foros de solución de litigios que no sean expresamente deseados, ya sea por persona física, consumidor, o jurídica, aunque compañía de grande porte, usuaria de producto o servicio.

## Del caso particular del contrato internacional de transporte de carga

Hay una situación bastante interesante y que involucra el Derecho de Transportes, el Derecho Marítimo, el Derecho de Seguros, el Derecho Contractual y el Derecho Procesal Civil.

Se habla de los litigios que involucran propietarios de cargas o sus aseguradores subrogados y los transportistas marítimos de cargas. Se habla también del contrato internacional de transporte marítimo de carga.

En verdad, no debería haber polémica, considerándose la innegable abusividad de la cláusula de imposición de arbitraje y/o foro extranjero, pero a partir de la interpretación equivocada del nuevo sistema procesal en vigor, la confusión ha protagonizado algunos litigios judiciales.

Vale la pena tratar de esta confusión, que es aparente, de manera especialmente atenta.

Utilizo en gran medida los argumentos que ya he utilizado en ensayos y artículos anteriores, para enfatizar que es nula de pleno derecho la cláusula de imposición de foro extranjero y/o arbitraje en el contrato de adhesión de transporte de carga sin que haya negociación individualizada por la parte adherente.

El nuevo Código Civil introdujo cambios significativos en el sistema procesal brasileño, exigiendo una nueva mirada por parte de los protagonistas del Derecho.

Algunos de estos cambios impactan directamente el Derecho Marítimo.

21. Art. 25. No corresponde a la autoridad judicial brasileña la tramitación y juzgamiento de la acción cuando haya cláusula de elección de foro exclusivo extranjero en contrato internacional, alegada por el demandado en la contestación. (Véase que la ley parte del presupuesto de la elección, de la voluntariedad)

Se puede decir que los impactos son, a principio, positivos.

Todavía, exigen atención especial para que esta visión optimista no sea manchada por errores interpretativos.

Si se consustancia y no abandona el ejercicio cotidiano del Derecho la buena hermenéutica, los cambios solamente crearán cosas buenas. Sin embargo, eventuales descuidos serán potencialmente dañinos y perjudiciales no solo a los actores del Derecho Marítimo, sino que a propia economía del país y al concepto de Justicia.

Uno de los temas que más reclamará la buena hermenéutica y la búsqueda constante de la tradición jurídica ya consolidado por la jurisprudencia es lo que trata la cláusula de elección de foro exclusivo extranjero en el contrato internacional.

Una novedad normativa, es verdad, pero que se relacionada íntimamente con la tradición ya consolidada del Derecho brasileño respecto el rechazo a las cláusulas contractuales abusivas presentes en los contratos de adhesión.

De hecho, aunque la nueva regla reconozca la validez y eficacia de la cláusula de elección de foro exclusivo extranjero en el contrato internacional, no abre mano de la regularidad estricta de dicha cláusula, tanto formal como sustancialmente, de manera que la regla procesal no será hábil si la cláusula contractual no reflejar negocio jurídico perfecto.

La cláusula de elección de foro exclusivo extranjero en el contrato internacional solo se será efectivamente reconocida y aplicada si su contenido corresponde perfectamente a los presupuestos de validez del negocio jurídico, así como si tiene voluntariedad inequívoca.

Cualquier ofensa o mitigación del principio de autonomía de la voluntad hará la cláusula inaplicable frente al nuevo orden jurídico-procesal.

En este ámbito, por tanto, se concluye, por ejemplo, que ninguna cláusula de elección de foro exclusivo extranjero en el contrato internacional impuesta de manera unilateral en contrato de adhesión será objeto de la nueva regla procesal.

Considerando que todo contrato internacional

de transporte marítimo de carga es un contrato de adhesión, redactado exclusivamente por el transportista, sin cualquier tipo de acuerdo del consignatario de la carga, y mucho menos de su asegurador, no se puede hablar de reconocimiento de la cláusula de foro exclusivo extranjero ahí presente, y hace mucho la jurisprudencia clasificó este tipo de disposición contractual como manifiestamente abusiva e ilegal.

Otra cosa que no se puede ignorar es la primacía de la Justicia siempre que se reclame su participación, según garantía fundamental constitucional expresa.

Luego, mismo una cláusula eventualmente válida, plenamente voluntaria, se podrá ignorar cuando haya concreta lesión o amenaza de lesión con el alejamiento del acceso a la jurisdicción.

Se ve que el tema es, como un paradojo, sencillo y complejo, palco para dudas prácticas y concretas, que reclaman estudios más detenidos.

El artículo 25, encabezado, del nuevo Código de Procedimiento Civil, en vigor desde el 18 de marzo de 2016, al tratar de los límites de la jurisdicción nacional, dispone: *“No corresponde a la autoridad judicial brasileña la tramitación y juzgamiento de la acción cuando haya cláusula de elección de foro exclusivo extranjero en contrato internacional, alegada por el demandado en la contestación.”*

Antes de que se inicie el estudio de la cláusula de elección de foro y el eventualmente alejamiento o no de la jurisdicción nacional en favor de la extranjera, se necesita comprender el objeto de su incidencia, o sea, el contrato internacional.

El contrato internacional es aquél que, de alguna manera, promueve la circulación de riquezas entre las naciones, mismo que a través de actores puramente privados, involucrando el flujo regular, continuo o no, de bienes, capitales o servicios, todo según el artículo 2º del Decreto-Ley n.º 857/1969.

Si el contrato es internacional, perfectamente lícita, a priori, es la elección de foro exclusivo extranjero, siempre que se respete la soberanía de la jurisdicción nacional (casos con reserva legal) y el propio ordenamiento jurídico brasileño como un todo. El artículo no tiene correspondencia en el Código de Procedimiento Civil de 1973 y constituye innovación del orden jurídico procesal brasileño.

A principio, es digno de elogios.

Sin embargo, se debe tener mucho cuidado en la aplicación del referido artículo, porque no aplica a todo y cualquier contrato.

En los contratos de adhesión y, especialmente, en los de transporte marítimo de carga, no hay cómo hablar de validez y eficacia de la cláusula de elección de foro extranjero exclusivo, menos aún de la cláusula compromisoria de arbitraje, si no se cumplen, como no lo son, los requisitos formales u sustanciales de admisibilidad, básicamente resumidos en la negociación individualizada.

La autonomía de la voluntad es imprescindible al perfeccionamiento del negocio jurídico y, nunca es demasiado repetirlo, condición esencial a la validez y eficacia de la cláusula en estudio, so pena de abusividad y grave perjuicio.

La razón de esto es que la validez y eficacia de la norma legal no son pasibles de discusión, pero lo es la cláusula que forma su hipótesis de incidencia.

Para que la regla del artículo 25, encabezado, pueda aplicar a cierto negocio jurídico, se debe constatar la absoluta legalidad de él. Desde un punto de vista estricto es esto lo que se dice, y mismo con más razón, de la cláusula de arbitraje (o compromiso arbitral), según, además de la ley procesal, la Ley de Arbitraje brasileña, como expuesto anteriormente.

Luego, la cláusula de elección de foro exclusivo extranjero solamente será objeto de pleno alcance de la regla del artículo 25 en el caso de que su forma y contenido se ajusten perfectamente al ordenamiento jurídico brasileño, sin que haya cualquier vicio o abuso.

El contrato internacional de transporte marítimo de carga es típico de contrato de adhesión, en que una de las partes impone su voluntad, a través de cláusulas impresas, en cuanto que la otra está obligada a aceptar dichas imposiciones, so pena de no realizar el transporte deseado.

Luego, no se ajusta al nuevo contexto legal procesal.

Y no se ajusta a él porque es un contrato: 1) de adhesión; 2) con vicio de la plena autonomía de la voluntad de una de las partes de la relación jurídica; 3) basado en normas y convenciones internacionales no reconocidas por el ordenamiento jurídico brasileño; 4) con cláusulas manifiestamente abusivas; y 5) sin



simetría entre las partes.

En el conocimiento marítimo de transporte, el instrumento del contrato internacional de transporte marítimo de carga, la cláusula de elección de foro no es aquella que merece la aprobación del encabezado del artículo 25 del Nuevo Código de Procedimiento Civil, sino la que abraza el concepto de cláusula hardship.

Exactamente por eso, la jurisprudencia nunca tuvo el sentido de aceptar las alegaciones hechas en litigios forenses por los transportistas marítimos respecto el reconocimiento y aplicación de dichas cláusulas a casos concretos. Al contrario: los tribunales brasileños siempre han visto, en estas cláusulas, formas abusivas e incompatibles con el Derecho brasileño, más que nada respecto la soberanía de la jurisdicción nacional. De hecho, siempre se posicionan por la invalidez e ineficacia de este tipo de cláusula.

Se trata, a propósito, de verdadera tradición de la jurisprudencia brasileña y de muchos años que, en los contratos de adhesión, la cláusula de elección de foro (o arbitraje) tiene declarada nulidad debido a su grave condición abusiva.

A continuación, se destaca importante enunciado de Precedente del extinto Primero Tribunal Civil de Competencia Limitada del Estado de São Paulo:

Precedente n.º 14 del antiguo 1º TACivSP, actualmente TJSP: *“Contrato de transporte. Aseguradora subrogada – La cláusula de elección del foro que obre en contrato de transporte o conocimiento de embarque es ineficaz respecto la aseguradora subrogada.”*

Asimismo, los juzgados emblemáticos, presentes en la RT 623/90 y RT 623/90, respectivamente:

*“La cláusula de elección del foro que obre en contrato de transporte o conocimiento de embarque es ineficaz respecto la aseguradora subrogada en el crédito del remitente, porque la aseguradora no se encuentra en la posición contractual de la remitente asegurada, contando solamente con el crédito de la misma” (UJ 356.311 – TP – j.*

7.5.87 – rel. Juez Araújo Cintra)

*“Los foros especiales y del domicilio del demandado son concurrentes, por consecuencia, concurrentes este último y el de elección. Y se dice que la competencia es concurrente cuando simultáneamente varios foros son competentes, con posibilidad de que haya elección de un demandante, en detrimento de los otros (...)”*

*“Presentada la demanda, se tiene por elegido el foro, poco importando que el demandado cambie su domicilio o haya alteración de hecho, porque este es el momento de perpetuatio jurisdictionis, que, en nuestro*

*Derecho, no es simultáneo al de prevención, razón porqué se fija la competencia del juicio, cristalizándola (art. 86 y 219 del CPC).”*

*“El foro del domicilio general y concurrente con los otros, por no traer a la demanda en él presentada perjuicio al demandado, que mejor podrá defenderse, debiéndose destacar que hay normas expresas - que se consideran de carácter general - respecto el foro de elección (art. 95, Segunda parte, del CPC, y 846, párrafo único, y 950, párrafo único, del CC).”*

Como se dijo antes, los juzgamientos anteriores han sido proferidos a la luz del antiguo Código de Procedimiento Civil, pero caben como guante a la mano del presente Código, porque, en verdad, nada cambió con el nuevo orden procesal, ya que el encabezado del artículo 25 solamente tendrá efectos jurídicos según pretendido por los legisladores si la cláusula de elección de foro exclusivo extranjero en el contrato internacional respeta todos los elementos legales ya expuestos, principalmente la voluntariedad.

A propósito, se destaca que los juzgamientos destacados son representativos de la orientación jurisprudencial, prácticamente, pacífica, respecto no reconocerse la cláusula contractual de elección de foro exclusivo extranjero en contrato internacional de adhesión (como es el caso del contrato internacional de transporte marítimo de carga).

El Derecho procesal civil ha cambiado, pero el contrato internacional de transporte marítimo de carga, no lo hizo. Luego, todo lo que aplicaba antes sigue aplicando actualmente y continuará aplicando en adelante, sin que haya cambio significativo.

En resumen, se puede afirmar que una cláusula de elección de foro exclusivo extranjero solamente será válida y eficaz si: 1) respeta el principio de la autonomía de la voluntad; 2) no está inserida en un contrato de adhesión; 3) respeta todos los presupuestos esenciales del negocio jurídico perfecto; 4) no tiene ninguna ilicitud, aunque solo según el orden moral; 4) no presenta es abusiva.

Frente a los ítems indicados y destacados, es cierto que el contrato internacional de transporte marítimo de carga - porque es típico de contrato

de adhesión - no puede tener cláusula de elección de foro exclusivo extranjero que sea válida y eficaz, porque ésta tiene el vicio de voluntariedad y se clasifica - según amplia interpretación jurisprudencial - como cláusula abusiva, nula de pleno derecho.

Se debe insistir que el tema siempre ha recibido tratamiento especial del Poder Judicial brasileño, antes mismo de la incidencia del artículo 25 del nuevo Código de Procedimiento Civil, frente a la insistencia del mercado de transportistas marítimos en algar la validez de una cláusula impuesta de manera unilateral, abusiva, en contrato de adhesión, con la respuesta jurisprudencial por su invalidez e ineficacia, además del reconocimiento de nulidad.

Se destaca, por tanto, la posición del Superior Tribunal de Justicia, en juzgamiento de Recurso Interlocutorio presentado al Recurso de Instrumento n.º 459.668-RJ (2002/0076056-3), juzgado el 16 de diciembre de 2002, que se ha reportado por el **Camarista Carlos Alberto Menezes Direito**:

*“SUMILLA: Recurso Interlocutorio. Recurso especial no admitido. Contrato. Transporte marítimo. Competencia. Cláusula de elección de foro extranjero.*

*1. La decisión apelada, de manera expresa, afirmó que no enfrentaría el mérito de la cuestión de subrogación. Luego, la ausencia de cuestiones previas al tema incluso en el artículo 88 del Código Civil, en su mérito, se muestra evidente, lo que impide que se siga con el especial respecto este punto.*

*2. Indicó la Decisión apelada que “una cláusula de renuncia de derechos con consecuencias tan graves como la cláusula de elección de foro extranjero no puede considerarse aceptada tácitamente, sin que haya cualquier evidencia, por lo mínima que sea, de que el consentimiento de la parte ha sido específico y resultado de una negociación consciente (pág. 43). Este fundamento de la Decisión, suficiente a su mantenimiento, no ha sufrido impugnación, en su alínea a) o c) de la permisión constitucional. Los paradigmas se acercan solamente a la validez de la cláusula de elección de foro en contrato de adhesión, sin que, no obstante, trate de la situación específica verificada en la hipótesis en estos autos, cláusula de elección de foro extranjero, ofensa al orden público y a la jurisdicción brasileña. No hay, por tanto, la necesaria identidad de hechos entre los juzgamientos.*

*3. Recurso Interlocutorio rechazado.*

*Rec. Inter. al RECURSO DE INSTRUMENTO N.º 459.668 - RJ (2002/0076056-3)”*

La situación se hace todavía más compleja cuando se lleva en cuenta la realidad práctica del Derecho Marítimo en el ámbito judicial.

La mayoría de las demandas que involucran contratos internacionales de transporte marítimo de cargas se presenta por aseguradoras, y no por los consignatarios de cargas, asegurados.

La dinámica es más o menos esta: el consignatario de carga (a veces el embarcador y exportador) contrata seguro de la rama de transporte internacional para cubrir los riesgos de un viaje marítimo. Frente a un siniestro, falta o avería, parcial o total, de la carga, el asegurador indemniza al asegurado, propietario de la carga siniestrada, y se subroga en la pretensión original de este en contra del transportista marítimo, quien no ha cumplido fielmente la obligación contractual de resultado. Debido a la subrogación y el derecho de recobro, el asegurador viste el manto de la legitimidad activa *ad causam* y, a través de provocación al Estado-juez, inicia la disputa judicial, sin que pueda este asegurador estar responsable de un valor resultante de una relación contractual de que no forma parte.

La cláusula de elección de foro exclusivo extranjero en el cuerpo del conocimiento marítimo se considera abusiva, por tanto, nula respecto el asegurado, embarcador y/o consignatario de la carga. Luego, también lo es respecto el asegurador. Si lo es para más, igual lo es para menos.

En otras palabras, no puede el asegurador legalmente subrogado en la pretensión del asegurado estar obligado a obedecer a la disposición de un negocio jurídico de que no forma parte, en sentido estricto, y con el cual nunca ha concordado.

La ilegalidad, la naturaleza claramente abusiva, al adherente del contrato se revela todavía más pernicioso e indebida al asegurador.

Tampoco se puede decir que la subrogación es una vía doble. La subrogación transmite legal y legítimamente derechos en su aspecto material, pero no todos los deberes, principalmente aquellos con señales de vicios, de defecto jurídico e ilicitud.

Bien, si se trata, en cierto litigio forense, de la aseguradora legalmente subrogada en la pretensión del asegurado (embarcador o consignatario de la carga), la eventual aplicación de la cláusula es todavía más incorrecta, resultando en la precisa y

justa respuesta de la jurisprudencia, uniforme y muy consistente.

Ya sea a la parte efectivamente adherente del conocimiento marítimo (contrato internacional de transporte de carga) o, con más razón, al asegurador subrogado en la pretensión del mismo adherente, asegurado de seguro de transporte internacional de carga, no se puede hablar de subsunción a la cláusula de elección de foro exclusivo extranjero, porque hay claro desnivel respecto el orden jurídico vigente, ya que se insiere de manera unilateral en contrato de adhesión y se marca por la abusividad, es decir, la ilegalidad. Luego, es imposible que se someta dicha cláusula a lo que comanda el encabezado del art. 25 del Código de Procedimiento Civil, así como aquellos de las normas específicas que tratan de arbitraje, cuyo vicio es todavía mayor.<sup>22</sup>

Es importante decir que el derecho de recobro del asegurador no resulta del contrato de transporte, sino que de la subrogación, razón por la cual tiene menos sentido aun imponer a esta parte el perjuicio contractual, independientemente del reconocimiento o no de su abusividad.

Es curioso que, además de todo lo que se ha dicho en este trabajo, se ve que el propio art. 25 contiene mecanismos de calibración contra posibles injusticias, negando vigencia a abusos.

Se habla, por tanto, de la regla del § 2º, cuya redacción es esta: *“Aplica a la hipótesis del encabezado el art. 63, §§ 1º a 4º.”*

El § 3º dice expresamente: *“Antes de la citación, la cláusula de elección de foro, si abusiva, puede considerarse ineficaz de oficio por el juez, quien determinará la remesa de los autos al juicio de foro de domicilio del demandado”*.

Bien, la misma norma que autoriza el reconocimiento de la cláusula de elección de foro exclusivo extranjero en contrato internacional se refiere a otra norma, que presenta antídoto contra la cláusula que sí se muestra abusiva, incompatible con el orden jurídico.

Reconocida la naturaleza abusiva, el juez podrá, mismo sin que se pida, declara su nulidad y enviar los autos de la Demanda al juicio de foro de domicilio del demandado, recordándose que, respecto el domicilio del transportista marítimo de carga, extranjero, se considera como domicilio el lugar en

que se represente por agente marítimo, mandatario comercial, en Brasil.

La importancia de esta regla es inmensa, ya que enfatiza, con el peso de la legalidad, la imposibilidad de que esta cláusula sobreviva de manera abusiva, ilegal, sin elementos vitales como la plena voluntariedad.

Pero, en el caso específico del Derecho Marítimo, o mejor, del contrato internacional de transporte marítimo de carga, es el demandante la parte inmediatamente interesada en el reconocimiento de la abusividad clausular, porque se dispone de manera adhesiva por el transportista, el demandado de todo y cualquier litigio fundado en el incumplimiento de la obligación de resultado presente en el mismo contrato. No obstante, la observación, con la inversión de polos, aplica muy bien y merece que se destaque, considerándose el peso de la afirmación a continuación: *“Constatada esta abusividad, la ineficiencia de la cláusula podrá ser declarada de oficio por el juez (...)”*.

Con la regla destacada, existe la certitud, también según la ley, que la abusividad, muy común en contrato de adhesión y todavía más común en el cuerpo de todo y cualquier contrato internacional de transporte marítimo de carga, no aplica al sistema legal brasileño y no permite la incidencia del artículo 25 del nuevo Código de Procedimiento Civil.

Para terminar, se puede afirmar, de forma muy sana y positiva, a pesar de cierta ambigüedad de la afirmación literaria, que, independientemente del aspecto de cambio, absolutamente nada ha cambiado, invocándose a la memoria la famosa novela de **Tomasi di Lampedusa**, *“Il Gattopardo”* y la antológica frase de Trancredi: *“(…) si queremos que todo siga como está, necesitamos que todo cambie (...)”*.

El artículo 25 innovó, cambió, brindó el Derecho brasileño como un total de cosas buenas, pero nada alteró, tampoco lo hará, en los litigios que involucran el Derecho Marítimo, esencialmente basados en las relaciones contractuales internacionales, porque la jurisprudencia, con excelencia singular, ha llenado vacíos legales y siempre ha promovido la Justicia, el mejor Derecho y el bien común y general.

Mantener las cosas como están: este es el verdadero significado de la seguridad jurídica y la consagración de la Justicia.

22. NOTA: dada la importancia del asunto, habrá, en adelante, tópico apartado para su enfrentamiento

Por ello, las cláusulas que imponen el arbitraje o foro extranjero en los contratos internacionales de transporte marítimo de carga son, de manera estricta, nulas de pleno derecho, abusivas, si antes no hay negociación individualizada de su contenido. Nulas porque abusivas, nulas porque inconstitucionales, nulas porque ofensivas al orden moral.

Llevándose en cuenta también la situación particular del asegurador subrogado como protagonista de la mayoría de los litigios, es bueno que lo tratemos de manera diferenciada.

## El asegurador subrogado no se somete a los términos del Bill of Lading

Que se afirme prontamente: el asegurador subrogado no se somete al arbitraje impuesto a través del bill of lading (conocimiento de embarque).

Y ¿por qué?

Debido al ejercicio de derecho propio resultante de la ley o del contrato de seguro, que no se confunde con el contrato de transporte, de que ni forma parte.

Hace mucho defiendo que, en el *Bill of Lading (B/L)*, la cláusula que impone el arbitraje, normalmente en el extranjero, es abusiva, por tanto, ilegal. Todos sabemos que la voluntariedad es *presupuesto de validez* del compromiso arbitral. Más que un presupuesto de validez, la voluntariedad es, como ya se dijo muchas veces, imprescindible a la existencia del arbitraje. Al contrario de la jurisdicción, que se impone, el arbitraje tiene que ser un deseo de las partes.

Por ello, afirmo que la cláusula ahí presente, que originalmente es un título de crédito y sirve como evidencia del contrato de transporte internacional marítimo de carga, no se incluye en la hipótesis del art. 485, VII, del Código de Procedimiento Civil (que trata de la convención de arbitraje como causa de extinción del proceso).

A pesar de la condición de propietario de la carga (si persona natural o jurídica, y, si jurídica, de pequeño, grande o medio porte), el armador siempre domina la relación jurídica. El transporte es algo necesario; el modo de contratación es adhesivo y al propietario

de la carga no corresponde cualquier alternativa sino adherir a lo que le imponen los armadores, mismo porque todos ellos presentan básicamente las mismas cláusulas, con diferencias mínimas.

De ahí viene la necesidad de que el Poder Judicial pese correctamente los aspectos metajurídicos que influyen los jurídicos en situaciones de crisis.

La situación es más grave, me gusta mucho decirlo, cuando en disputa surgen los derechos e intereses legítimos del asegurador subrogado.

Normalmente, el propietario de la carga cuenta con seguro de transporte. En el caso de siniestro, comprobación y cuantificación de daño, el asegurador le indemniza y se subroga en sus derechos y acciones, según el art. 786 del Código Civil. Cuando se subroga, el asegurador tiene el derecho de buscar, frente al causador del daño, el debido reembolso.

Más que un derecho, por cierto, la búsqueda del resarcimiento por recobro es un deber, acto de lealtad del asegurador respecto al colegio de asegurados, tomando gran interés social.

Se habla de interés social, porque el éxito del resarcimiento tiene impacto positivo en los precios de seguros, al tiempo que obliga al causador del daño a que responda por su conducta.

Si no fuera por la subrogación y el resarcimiento, el causador del daño se vería justamente libre para no responder por el daño, debido a la previsión del asegurado, quien pagó por la protección, la cobertura.

Por ello, el resarcimiento por recobro a través de subrogación tiene protección legal especial.

Dicha protección me autoriza a afirmar que, mismo que fuera eficaz respecto al propietario de la carga (asegurado) la cláusula arbitral presente en el *bill of lading*, en dicha nota promisorio marítima, jamás lo sería respecto al asegurador subrogado, según el propio art. 786, §2º del Código Civil, que determina la ineficacia de cualquier acto, aunque válido, que perjudique el resarcimiento.

Vale la pena conferir la decisión del Superior Tribunal de Justicia, reportado por el ilustre **Camarista Massami Uyeda**, que sigue, en todos los tribunales del país, el juicio más citado de la Corte a propósito de este mismo asunto:

*“RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO - ACCIÓN DE RECOBRO - SUBROGACIÓN - CLÁUSULA DE ELECCIÓN DEL FORO MATERIA PROCESAL - INOPONIBILIDAD AL SUBROGADO - AUSENCIA DE INSURGENCIA RESPECTO TODOS LOS FUNDAMENTOS DE LA V. DECISIÓN APELADA COLEGIADA - INCIDENCIA, POR ANALOGÍA, DEL ENUNCIADO N. 283 DEL PRECEDENTE/STF - RECURSO NO CONOCIDO. I - El instituto de la subrogación transfiere el crédito solamente con sus características de derecho material. La cláusula de elección del foro establecida en el contrato entre asegurado y transportista no tiene efectos respecto el agente asegurador subrogado. II - Decisión colegiada basada en más de un fundamento, sin que todos sean objeto de impugnación.*

*Aplicación, por analogía, del Precedente n.º 283/STF. III - Recurso especial no conocido”. (RESp 1038607/SP - Relator Camarista MASSAMI UYEDA - TERCERA TURMA, j. 20/05/2008, DJe 05/08/2008).*

La protección al resarcimiento nacido de la subrogación — justamente debido a su histórica dimensión social — es anterior al actual Código Civil, tanto el Supremo Tribunal Federal la ha puesto en precedente.

Hace décadas que vigora, en el ordenamiento jurídico brasileño, el Precedente 188/STF, que dice: *El asegurador tiene acción de regreso en contra del causador del daño, por lo que efectivamente se haya pagado, hasta el límite previsto en el contrato de seguro”.*

Luego, viola la tradición jurídica brasileña, por ser antijurídico, cualquier argumento que tenga como objetivo vaciar la dignidad de la acción de regreso del asegurador subrogado en contra del causador del daño.

Con embargo posible a opiniones en contra, me parece claro que la imposición de procedimiento arbitral en el extranjero disminuye los derechos previstos en el art. 786 y retomados en el Precedente 188 del STF, con perjuicios innegables al asegurador brasileño.

Si parte del contenido clausular del *Bill of Lading* es abusivo, ilegal e inconstitucional al adherente, propietario de la carga y asegurado, aún más lo será al asegurador subrogado, que ni forma parte del negocio jurídico de transporte.

Se repite, por ser necesario hacerlo: el asegurador no forma parte del negocio de transporte, no tiene relación jurídica previa con el transportista y, por lo tanto, válidos o inválidos, abusivos o no, los términos

de la contratación hecha por ellos no son oponibles al primero.

No es para nada razonable, para no decir más, exigir de quien no forma de un negocio jurídico, que se someta a sus dispositivos. Este tipo de sumisión, si aplicada, violará no solo la ley, sino que también principios importantes del Derecho: razonabilidad, proporcionalidad, equidad, isonomía, además del sentido común, tanto que hay, para alejar dichas disposiciones, diferentes juzgamientos importantes del Tribunal de Justicia de São Paulo, como este, reportado por la noble **Jueza de Apelación Lígia Bisogni**:

*“COMPETENCIA Cláusula de elección de foro extranjero no oponible en demanda fundada en subrogación de aseguradora Competencia concurrente entre el domicilio de la sede de la demandada persona jurídica (CPC, art. 53, inc. III, “a”) o del lugar del hecho (CPC, art. 53, inc. IV, “a”) Posibilidad de elección de la demandante Precedentes Preliminar rechazada.” (TJ-SP, Apel. 1033752-13.2018.8.26.0002, 14ª Cámara de Derecho Privado, j. 26.06.19)*

En el ejercicio del resarcimiento por recobro en contra de un armador, el derecho del asegurador subrogado no se basa en el incumplimiento del contrato de transporte, sino que en la reparación civil del causador del daño. En otras palabras: no hay nada de Derecho Marítimo en el litigio, sino que de Derecho Civil y de Seguros.

El Derecho de Seguros, nacido del Derecho Civil, es mucho más importante y amplio que el Derecho Marítimo y, por lo tanto, el protagonista de los litigios que involucren daños de transportes.

Luego, la muy reciente decisión de la 23ª Cámara de Derecho Privado del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, reportada por el Ilustre **Juez de Apelación J. B. Franco de Godoi**: *“(…) el apelante viene a juicio pedir derecho propio que resulta del contrato de seguro (páginas 48/63) y no de contrato de transporte marítimo que tiene cláusula de compromiso arbitral”.*

Declaró también esta decisión: *“La subrogación de la aseguradora no es del mismo derecho material que viene del contrato de transporte marítimo, sino que del contrato de seguro”.*

La decisión colegiada destacada es bastante clara y magnífica al exponer la diferencia entre un derecho nacido de la ley y del negocio de seguro, y no del transporte.

Considero especialmente importante la decisión, porque no se limitó a declarar la abusividad de la cláusula de arbitraje impuesta por el transportista, sino que afirmó que el asegurador nada tiene que ver con el negocio de transporte. Sus derechos son de otro orden, otra grandeza y cualificación jurídicas.

Una clasificación correcta, que se basa en la pregunta: si el derecho del asegurador subrogado nace del contrato de seguro - y principalmente de la ley 0, y no resulta del contrato de transporte, ¿por cuál razón se pretende su obediencia a los términos de este documento?

La pregunta contiene en sí misma la respuesta y muestra cuán incorrecto es imponer al asegurador el arbitraje previsto en un instrumento de que no forma parte.

Reconocer la cláusula de compromiso arbitral (impuesta de manera unilateral en un título de crédito que muestra la contratación adhesiva) es vaciar la dignidad de la subrogación, perjudicar el mutuo, imponer un perjuicio pesado a quien no ha pactado su existencia y herir la garantía constitucional fundamental de acceso a la jurisdicción que toda víctima de daño (aunque refleja) tiene.

También sobre el excelente voto del **Juez de Apelación J.B. Franco de Godoi**, integralmente acepto por sus pares, es conveniente destacar la parte a continuación, que remete a otras decisiones, también con bases excelentes:

*“¡De esta interpretación resulta el derecho del apelante de buscar el resarcimiento de las pérdidas sufridas!*

*En este sentido:*

*“El Código de Procedimiento Civil reconoce la posibilidad y la validez del arbitraje, siempre que expresamente observada la forma legal, según disposición del párrafo 1º del artículo 3º: “Se permite el arbitraje según la ley”. En este caso, la aseguradora no ha adherido a la cláusula, así que no se siguió estrictamente la legislación brasileña respecto la aceptación de que debe la parte sujetarse al juicio arbitral. En este caso, la indicación de arbitraje se hizo en el contrato de transporte y aunque la aseguradora esté presentando litigio, con base en el derecho de recobro, subrogada en los derechos y acciones de la aseguradora, esta cláusula contractual no le alcanza.” (Apel. n.º 1002847-62.2016.8.26.0562 Rel. Juez de Apel. MIGUEL PETRONI NETO 16ª Cámara de Derecho Privado j. 21/08/2 018)*

*“RESPONSABILIDAD CIVIL. Indemnizatoria. Acción de*

*regreso resultante de contrato de seguro. Cláusula arbitral instituida con la asegurada y no con las aseguradoras. Hipótesis en que la resolución de conflictos por arbitraje solamente obliga a las partes contratantes y no a terceros. Aplicación de la legislación extranjera, por este mismo motivo, que solamente podría reconocerse en demanda propia entre quienes obran en el contrato primitivo de provisión de servicios. Extinción del proceso inadmisibles. Imposibilidad de negarse la incidencia de la ley nacional. Subrogación de la aseguradora que se limita al derecho a la acción procesal que tendría la asegurada, pero no del derecho material. Recurso no denegado.” (Rec.*

*Inter. n.º 0091567 16.2003.8.26.0000 4ª Cámara. Extinto 1º TAC - Juez de Apel. Rel. PAULO ROBERTO DE SANTANA j. 23.06.2 004)*

*Así que la demanda suele no ser extinta, pues cumple los términos para que se juzgue, según establece el art. 1.013, § 3º, I, del Código de Procedimiento Civil.*

El resumen de la Decisión Colegiada, además, ya es una especie de pequeña lección de Derecho de Seguros y merece aquí reproducción sin otros comentarios:

*“RESPONSABILIDAD CIVIL Indemnización - Acción de regreso resultante de contrato de seguro - Cláusula arbitral instituida con la asegurada y no con la aseguradora - Hipótesis en que la resolución de conflictos por arbitraje solamente obliga a las partes contratantes y no a terceros - Extinción de la demanda inadmisibles - Subrogación de la aseguradora que se limita al derecho procesal que tendría la asegurada, pero no al derecho material - Preliminar rechazada Recurso aceptado. CONTRATO Transporte marítimo Demanda presentada por la aseguradora-apelante en contra de la transportista-apelada Averías resultantes del transporte Pago del valor del siniestro por la aseguradora-apelante - Inexistencia de presentación, por parte del transportista, de prueba de cualquier exclusión de responsabilidad Deber del transportista de pagar el valor subrogado, apuntado a la conclusión de la inspección - Demanda procedente Recurso aceptado.”*

Espero que la decisión tenga influencia y que sus fundamentos puedan contribuir en los juzgamientos de otros casos.

La interpretación del ilustre juez es antigua, tanto que se ha repetido por otros magistrados. El eminente Juez de Apelación y doctrinador de Derecho Empresarial **Carlos Henrique Abrão** lo cita en una de sus grandes decisiones:

*“Inaplicable, se debe decir, la convención arbitral y previsiones tomadas de legislación extranjera, porque se está demandando la empresa extranjera a través*

*de representante y asociado en Brasil para reembolso de indemnización pagada a la asegurada, siendo la cláusula de arbitraje instituida con esta, obligando solamente a las partes contratantes, a propósito de la interpretación concretada en la Apelación Civil n.º 0030807-20.2010.8.26.0562, que ha sido reportada por el Juez de Apelación J. B. Franco de Godoi.”*

Hay mucha confusión todavía respecto cierta decisión del organismo colegiado del Superior Tribunal de Justicia, que nada tiene que ver con el transporte de cargas y la subrogación en general.

La verdad que llama la atención es que el asegurador subrogado no está obligado al procedimiento arbitral previsto (impuesto) en el B/L, que a veces se intenta incorporar a él por la charter-party (póliza de fletamiento), que dice respeto al afletamiento anterior al transporte.

Esta es, por ejemplo, la interpretación del reconocido jurista **Ives Gandra da Silva Martins**, según opinión jurídica recientemente emitida, bastante de acuerdo con lo que siempre he defendido:

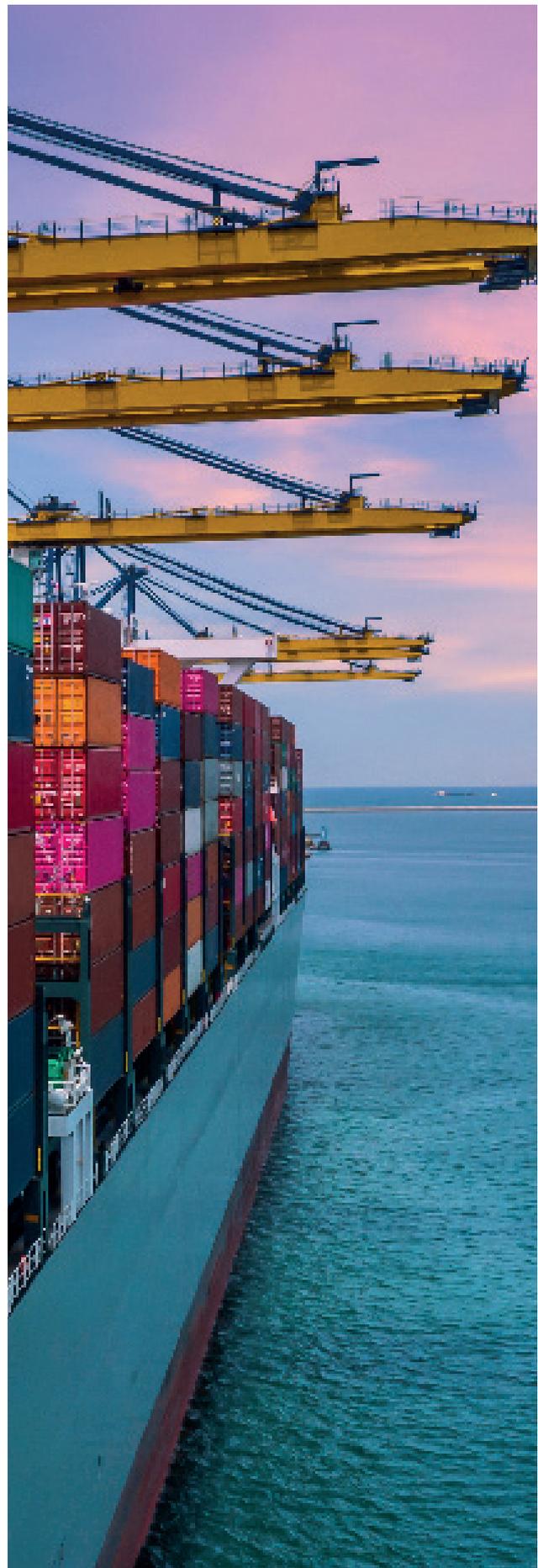
1) *“El asegurador subrogado no forma parte del contrato de transporte, no conoce la cláusula de elección de foro, que solamente se le comunicará si y cuando haya siniestro a repararse por él, creando, a partir de entonces, su derecho de recobro. No se le puede imponer cláusula de elección de foro que no haya contado con su consentimiento, bajo pena de ofensa de derecho individual fundamental de acceso a la jurisdicción” (pág. 27)*

2) *“La cláusula de elección de foro es inválida también respecto el asegurado (tomador de servicio de transporte marítimo internacional de carga) por los fundamentos indicados anteriormente; El asegurador se subroga en el crédito del asegurado, pero no en su posición jurídica en el contrato firmado con el proveedor de servicio internacional de transporte marítimo, especialmente en cuanto a restricciones procesales.”*

*(pág. 27)*

3) *“Sí, la cláusula de elección de foro, en los contratos internacionales de transporte marítimo de carga, es abusiva, porque se impone por la parte que tiene posición comercial privilegiada respecto al tomador de servicio, que es el más débil en esta relación. Son pocos los armadores en el mundo y ellos actúan en un mercado en que no se puede hablar de libertad de elección por el propietario de la carga. Además, imponer a él un foro extranjero es crear costos desproporcionados al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, perjudicando la provisión jurídica.” (fl.51)*

4) *“Todas las consideraciones del presente*



trabajo respecto la cláusula de elección de foro son todavía más agudas cuando la hipótesis aborda el compromiso arbitral. Destaca la doctrina "que la filosofía del arbitraje se relaciona exclusivamente con la cuestión de autonomía de la voluntad, siendo correcto decirse que la Ley de Arbitraje tuvo solo el propósito de regular una forma de manifestación de la voluntad...". Pretender imponer procedimiento de arbitraje sin formal, previa y expresa aceptación es violar el derecho fundamental de acceso al Poder Judicial y la soberanía nacional." (pág. 52)

Y la **conclusión** del famoso juriconsulto es muy clara:

*"Clara está, por lo tanto, la invalidez de la cláusula de elección de foro en los contratos internacionales de transporte marítimo de cargas frente a las aseguradoras subrogadas, ya que:*

1. *Se trata de contrato de adhesión, sin libertad de pactar de la cláusula;*
2. *El foro elegido en los conocimientos internacionales de transporte implica, además del inconveniente a quienes necesitan demandar judicialmente al armador, también un verdadero obstáculo a la jurisdicción, afectando este derecho fundamental, así como la soberanía nacional;*
3. *El asegurador no forma parte del contrato de transporte y no ha consentido con la cláusula de elección del foro;*
4. *La subrogación de la aseguradora está limitada a los aspectos materiales del crédito y no incluye los aspectos procedimentales del contrato firmado entre el transportista y el tomador del servicio."* (pág. 36)

El famoso constitucionalista no está solo en esta poderosa interpretación. La comparte la más grande banca de procesalistas de Brasil, la prestigiada Arruda Alvim, que así se ha posicionado en dos magníficas opiniones, que, por delicadeza y respeto, no reproduzco en este ensayo, porque se han emitido en casos específicos, contratados por los autores de las demandas, posición de que doy testimonio fiel.

La mejor doctrina y la jurisprudencia dominante apuntan hacia la imposibilidad de que se obligue al asegurador subrogado al procedimiento arbitral impuesto a través del *Bill of Lading*.

Además de los fuertes argumentos sobre la naturaleza abusiva de las cláusulas - que no observa la propia ley brasileña de arbitraje -, hay algo incontestable: el asegurador subrogado no

busca el resarcimiento por el cumplimiento con la obligación de transporte, sino que del daño que creó la indemnización de seguro. No quiere el reembolso del transportista marítimo propiamente, sino que del autor del acto ilícito, independientemente de cuál sea. Punto.

Para el asegurador subrogado, no hay diferencia entre la persona natural quien causa un accidente de automóvil, creando perjuicio al asegurado, y el armador que avería o extravía la carga. Ambos son causadores de daños y perjuicios. La dinámica de la búsqueda de resarcimiento de uno es la misma que la del otro.

Circunstancias y perspectivas absolutamente similares, que se diferencian solamente en las crónicas de los hechos y pocos elementos de responsabilidad civil.

Lo importante es respetarse la métrica que hace mucho fue establecida por el Derecho Romano de dar a uno exactamente lo que es suyo y de no ofender la preferencia incontestable de la jurisdicción nacional.

No hay manera de no acordarse del famoso autor inglés, **G.K. Chesterton**: *"Llegará el día que tendremos que probar al mundo que el pasto es verde"*. Hoy, frente a reiteradas ataques

cuyo objetivo es inducir al Poder Judicial a cometer errores, pienso que este ha llegado.

Y porque ha llegado, termino recordándonos una de las primeras lecciones que he aprendido cuando, muchos años atrás, estudié Derecho de las Obligaciones: el contrato hace ley entre las partes y, estrictamente, no produce efectos *erga omnis*.

Parece increíble, pero hoy se debe destacar que quien no forma parte de un contrato no puede estar obligado a respetar sus disposiciones, en especial cuando estas son claramente abusivas e ilegales y cuyo objetivo es vaciar uno de los más importantes institutos del Derecho de Seguros: la subrogación - que no las incorpora jamás.

## Conclusión

Aunque el texto y los argumentos hayan sido extensos, la conclusión es breve y sumaria. Y lo es, porque, expuestos los fundamentos legales y jurídicos de la argumentación, no hay cómo concluirse de

manera diferente de lo que, además, ya se obra en los párrafos anteriores y en momentos distintos.

Al contrato de adhesión se oponen todas las formas de control necesarias a la eliminación, entre sus cláusulas generales, de aquellas de naturaleza abusiva. Cláusula abusiva es aquella que viola la lógica jurídica, está en contra de la buena fe objetiva, ignora que el contrato tiene función social y que el desequilibrio entre las partes es insoportable.

Todo contrato, adhesivo o no, de consumo o no, debe tener como objetivo la asimetría entre las partes, el equilibrio entre sus derechos y obligaciones. Todo contrato tiene que hacerlo; lo de adhesión, aún más.

En el contrato de adhesión, los mecanismos de calibración - porque parten del presupuesto de la no negociación individualizada (*principio de la presunción de no negociación*) - tiene que proteger a la parte adherente, que es hiposuficiente por determinación legal, independientemente de su condición frente a los hechos.

Consumidor o no, personal físico o jurídica, el adherente tiene que ser especialmente tutelado, a fin de que no sufra lesión por imposición indebida de cláusula abusiva. Las cláusulas generales se admiten por el Derecho y son mismo necesarias, importantes a la realización de negocios jurídicos en sociedades de masa y riesgos, pero jamás se convierten en abusivas.

La distancia entre la cláusula general y la abusiva, como muestran bien la experiencia cotidiana y la literatura jurídica, es menor que aquella entre la sanidad y la locura. Por esta razón, cuando haya la menor evidencia de abusividad, la cláusula tiene que ser declarada nula de pleno derecho.

Esta es la visión general sobre el asunto.

En el plano particular, es interesante lo que ocurre en los contratos de transporte, especialmente los internacionales marítimos de cargas. En estos, hay cláusulas de imposición de arbitraje y foro exclusivo extranjero.

Estas cláusulas siempre han sido consideradas inválidas, ineficaces, inoperantes y nulas. Ellas y otras más, como la que pretende limitar la responsabilidad del transportista causador de daños, autor de actos ilícitos civiles-contractuales.

Por interpretación equivocada de algunas normas del nuevo Código de Procedimiento Civil, han surgido en el escenario jurídico brasileño pocas, aunque ya preocupantes, decisiones que reconocen indebidamente su validez y eficacia.

Son indebidas, porque la ley procesal ha cambiado, pero el contrato de transporte no. Sigue siendo de adhesión y las cláusulas de que disponen sobre arbitraje y/o foro extranjero son impuestas, no elegidas. Mismo sin remeterse al sistema de protección de consumo, la abusividad es clara e implica ofensa constitucional, frente a la garantía de acceso a la jurisdicción.

El hecho de que el adherente sea normalmente persona jurídica - en el contrato internacional de transporte marítimo de carga - nada cambia en la condición abusiva de estas cláusulas. El arbitraje y/o foro extranjero no son elegidos, no son pactados, no son libremente aceptos y queridos por los adherentes, sino que se imponen de manera unilateral por los armadores (transportistas).

La ausencia de negociación individualizada es el gran vicio que se debe declarar. Situación que solamente empeora cuando la parte litigante no es más el adherente propiamente dicho, sino que, por fuerza del contrato de seguro de transporte y de la subrogación, el asegurador.

El derecho de recobro del asegurador no deriva del incumplimiento del contrato de transporte, pero de la ley y del contrato de seguro, de la determinación expresa del art. 786 del Código Civil y, en caso de siniestro, del pago de la indemnización a la víctima del daño. El asegurador demanda en contra todo causador de daño, no exactamente en contra del deudor de obligación de transporte.

Y si el asegurador nada tiene que ver con el contrato de transporte, es cierto que se diga que no se somete a cualquier de sus cláusulas, principalmente una abusiva, ilegal, inconstitucional, que pretende impedirle de acceder a la propia jurisdicción, garantía fundamental constitucional.

El desequilibrio es tan claro que prestar validez a este tipo de cláusula es desprestigiar el Derecho de manera general. Se desprestigian las normas específicas que controlan la abusividad de cláusulas en contratos de adhesión y aún más la teoría general del Derecho, los principios fundamentales y todos los valores reconocidos en los últimos casi dos milenios

de civilización occidental, con poderosos impactos en la cultura oriental.

Si fuera posible resumir todo el presente estudio en una única frase, sería esta: oponerse a cláusulas abusivas en contratos de adhesión no es más que **cuestión de justicia y defensa del orden moral.**



Machado, Cremoneze  
Lima e Gotas

---

advogados associados  
*Seguros desde 1970*

[mclg@mclg.adv.br](mailto:mclg@mclg.adv.br)  
[www.mclg.adv.br](http://www.mclg.adv.br)