

Arbitraje y Contratos de Adhesión

Por **HERNÁN ORIOLO**
ABELEDGO GOTTHEIL ABOGADOS



El **artículo 1651 del CCCN** establece las cuestiones que quedan excluidas del arbitraje. El fallo en comentario se ocupa de tratar, acertadamente a nuestro juicio, el cuestionado inciso d) de dicho **artículo 1651 del CCCN** que establece que: “Quedan excluidas del contrato de arbitraje...” “...los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto”. **El decisorio así convalida la posibilidad de someter los contratos de adhesión a arbitraje.**

A modo de introducción cabe señalar que la doctrina ya se había pronunciado en forma crítica respecto de la exclusión, como materia arbitrable, de los conflictos suscitados en el marco de los contratos de adhesión. Al respecto distintos autores habían señalado que:

“Lo grave es la exclusión de todos los contratos de adhesión, cualquiera sea su objeto. Es que hay miles de contratos entre empresas que se celebran por adhesión y en los cuales se prevé el arbitraje como medio de resolución de conflictos. Seguros, reaseguros, cartas de porte, conocimientos de embarque, cartas de crédito, etc. es de estilo que contengan cláusulas arbitrales que el Proyecto priva de efectos en contra de una corriente universal y sin justificación. Obviamente tales cláusulas no tienen efecto respecto de los consumidores pero ello ya estaba previsto en otro de los incisos del mismo precepto [en referencia formulada por el autor citado al inciso c) del mismo artículo]. Por lo demás, importa una violación de la Convención de Nueva York, en tanto ésta sólo exige la forma escrita para el convenio arbitral.”^[1]

Asimismo y en relación con la misma norma se había destacado que:

“La lógica que ha llevado al legislador a excluir rotundamente la posibilidad de arbitrar disputas relacionadas con contratos de adhesión es incomprensible y debe basarse seguramente en una incorrecta apreciación de la realidad de los contratos celebrados por adhesión” ^[2]

“La prohibición prevista en el inc. D es más criticable aún, dado que el presente se trata de un Código de materia tanto civil como comercial. (...) Sin embargo, la mayoría de los casos se dan contratos de adhesión a cláusulas predispuestas. Nuevamente se ha tomado como principio que no acepta prueba en contra que la estipulación unilateral de cláusulas es negativa e implica en sí misma un abuso. Como indica Caivano, para quien la regla, tratándose de contratos entre comerciantes, es reconocer la plena operatividad y exigibilidad de las cláusulas arbitrales, aun contenidas en contratos por adhesión. En el mismo sentido, agrega Sandler Obregon que no es razonable impedir genéricamente los pactos arbitrales contenidos en contratos por adhesión puesto que lo que debe evitarse, en todo caso, es que la parte fuerte del contrato pueda imponer a la más débil el recurso a un fuero que lo deje en estado de indefensión.” ^[3]

Por otra parte, también ha sido señalado que:

“prohíbe una serie de materias que no pueden ser objeto del contrato de arbitraje, por tratarse de cuestiones de orden público, que exceden los derechos de contenido patrimonial, disponibles por las partes. (...) Con relación a la exclusión de los contratos por adhesión, cualquiera sea su objeto, el fundamento de la norma es la inexistencia de la libertad de negociación, y,

consecuentemente, el sometimiento del adherente a las condiciones predispuestas.

(...) “como regla, todas las cuestiones patrimoniales de carácter disponible pueden ser sometidas a arbitraje, si bien cabe advertir que, aunque no se lo señale expresamente, el convenio arbitral presupone una convención o contrato “paritario”. En una palabra, sólo será válido en un acuerdo entre partes iguales pues, en caso de debilidad estructural de alguna de ellas, se excluye esta posibilidad.

En rigor, la nueva lex mercatoria habilita el arbitraje como una cuestión entre pares, y de allí su nacimiento en el ámbito internacional que permitía que las grandes empresas pudieran dirimir sus contiendas sin necesidad de recurrir a los tribunales nacionales.”[\[4\]](#)

“en la medida en que ambas partes pretendan acudir al arbitraje para resolver una eventual controversia entre ellas, considero que esta prohibición legal no debería limitarles esa posibilidad.”[\[5\]](#)

“de la mano con la tendencia jurisprudencial en el tema, no puede considerarse que el sometimiento a arbitraje deje de ser voluntario por estar la cláusula contenida en un contrato celebrado por adhesión, lo que no impide examinar su contenido o verificar que esta no resulte abusiva ni manifiestamente perjudicial para el adherente. Vale decir, que los acuerdos arbitrales contenidos en contratos comerciales, incluidos por adhesión deberían considerarse válidos y obligatorios, salvo que se verifique una utilización abusiva del recurso técnico contractual. Ello permite afirmar que, en rigor, no estamos en presencia de una materia no arbitrable stricto sensu, sino eventualmente de una estipulación inoponible a la parte que adhiere al contrato.”[\[6\]](#)

En el caso en comentario, la parte actora (Vanger) inició demanda por ante la Justicia Ordinaria contra Minera San Nicolás, a pesar de que el contrato contenía una prórroga de jurisdicción convenida, por medio de la cual las partes dispusieron la intervención del Centro Empresarial de Mediación Arbitraje para la resolución de los conflictos que eventualmente se suscitaran entre ellas. A tales efectos, la actora invocó la nulidad e inexistencia de determinadas cláusulas contractuales sobre la base de la existencia de un abuso de posición dominante por parte de la demandada, quien fuera quien redactó los términos y condiciones del contrato de adhesión, indicando en consecuencia que tales cláusulas -incluyendo la cláusula compromisoria- resultaban inaplicables.

Ante dicho panorama, y a los efectos que el fondo de la cuestión fuera resuelta por el Tribunal Arbitral correspondiente, la demandada interpuso excepción de incompetencia, fundada en la existencia de una cláusula arbitral compromisoria que consideró válida, por la medio da la cual las partes se habían obligado a someter a arbitraje todas las controversias derivadas del contrato que las vinculara.

A más de ello, la demandada destacó que las partes suscribieron el contrato en perfecta paridad, capacidad negociadora, manejo, organización y asistencia jurídica. En definitiva, argumentó la existencia de una paridad de patrimonios y de poder económico.

A su turno, la actora contestó el traslado de la excepción de incompetencia señalando que el Juzgado interviniente resultaba plenamente competente para entender en la causa, por cuanto toda vez que la cláusula compromisoria había sido dispuesta mediante un contrato de adhesión y, la materia debatida se encontraban excluidas del arbitraje en atención a lo estatuido por el inciso d del art. 1651 del CCCN -cuya inconstitucionalidad no fue invocada por su contraria-, la prórroga de jurisdicción propuesta no podía encontrar acogida favorable.

Sustanciada así la cuestión, la Juez de primera instancia admitió la excepción de incompetencia interpuesta por la demandada, explicitando que: "... la no aplicación de lo que así se habría pactado de acuerdo a la prohibición prevista en el art. 1651 inc.d) del CCyC, en principio no resulta viable. Primero, porque en caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje desde que la nulidad pretendida no resulta manifiesta ni inaplicable, pues véase que la versión ensayada por la parte actora deberá ser comprobada mediante la producción de la prueba ofrecida a esos efectos (art. 1656 CCyC, CNCom., Sala D, "Francisco Ctibor SACI y F c/ Wall-Mart Argentina SRL S/ Ordinario", del 20.12.16)."

Y que: "no todo contrato de adhesión (CCCN 984) descarta la posibilidad de que nos hallemos ante convenios paritarios, esto es, celebrados con sujetos que, en igualdad de condiciones, estuvieran en condiciones de advertir lo que firmaban y aceptaran hacerlo en esos términos. Cuando, como en el caso, se trata de un contrato celebrado entre empresarios, atinente a cuestiones patrimoniales disponibles" (CNCom, Sala C, "Servicios Santamaría SA c/ Energía de Argentina SA s/ Ordinario", del 25.05.18).

Razón por lo cual, corresponderá hacer lugar a la excepción de incompetencia desde que la prórroga de la jurisdicción resulta materia disponibles para las partes, la presunta abusividad en principio no es evidente y porque no se halla en riesgo ninguna materias de orden público (art. 1649CCyC).”[\[7\]](#)

Dicho pronunciamiento fue confirmado por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Para así decidir, la Alzada destacó que solo podrían ser excluidos de arbitraje aquellos contratos celebrados mediante contratación en masa, mediando entre las partes una diferencia de aptitud negociadora, de asistencia jurídica, cuantía de patrimonios y de poder económico, todo lo cual, no se verificaba en el caso.

Adicionalmente, la Sala C limitó la pretensión de darle una interpretación literal al criticado inciso d del art. 1656 del CCCN, dejando a salvo la validez de la prórroga de jurisdicción estipulada en contratos de adhesión, en la medida en que los mismos sean contratos paritarios, es decir, “celebrados con sujetos que, en igualdad de condiciones, advirtieron lo que firmaban y aceptaron hacerlo en esos términos”.

Por otra parte, concluyó que cuando: “se trata de un contrato celebrado entre empresarios, atinente a cuestiones patrimoniales disponibles, **cabe admitir la operatividad de la cláusula en cuestión aun cuando se tratara de un contrato de adhesión**, en tanto no se haya demostrado su abusividad y no se hallaren en riesgo materias de orden público que justificaren el apartamiento de la prórroga acordada por las partes.

La fuerza creadora de obligaciones, propia del contrato, debe, cuando eso ocurre, considerarse vigente (art. 959 código civil y comercial) so pena de que los tribunales terminen validando conductas lindantes con la mala fe.”

Cabe señalar que dicho pronunciamiento reconoce como antecedente un fallo de la misma Sala C de la Cámara Comercial en el que el Tribunal había señalado que: “No resulta procedente la pretensión de desconocer la cláusula compromisoria que vincula a las partes. Ello, toda vez que el contrato base de esta acción demuestra la vinculación de dos empresas especializadas por razón de su objeto y dotadas de la envergadura suficiente como para llevarlo a cabo. Cabe destacar que la suma reclamada exhibe la magnitud económica

del contrato continente de la aludida cláusula. En tales condiciones, la pretensión de que lo dispuesto en el CCCN 1651 inc. d -en cuanto excluye del arbitraje a los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto- es aplicable al caso, desatiende la finalidad de esa norma. Esa regla procura asegurar la intervención de los tribunales estatales en los contratos que, por ser de adhesión, deben entenderse elaborados con el presumible fin de agilizar la negociación (en masa) con quienes quisieran contratar mediando una diferencia de aptitud negociadora, de asistencia jurídica, de la cuantía de los patrimonios y del poder económico de las partes que contrataron. No puede considerarse prevista, en cambio, para soslayar un pacto admitido cuando el contratante no pudo considerarse sorprendido por su incorporación dentro del esquema destinado a regirlo. Repárese que fue a partir de la participación en una licitación -llamado a contratación directa que la actora se vinculó con la demandada -empresa pública-, conociendo de antemano las condiciones que debería acatar a fin de brindar los servicios requeridos y que le fueron adjudicados. 2. No todo contrato de adhesión (CCCN 984) descarta la posibilidad de que nos hallemos ante convenios paritarios, esto es, celebrados con sujetos que, en igualdad de condiciones, estuvieran en condiciones de advertir lo que firmaban y aceptaran hacerlo en esos términos. Cuando, como en el caso, se trata de un contrato celebrado entre empresarios, atinente a cuestiones patrimoniales disponibles, cabe admitir la operatividad de la cláusula en cuestión aun cuando se tratare de un contrato de adhesión, en tanto no se haya demostrado su abusividad y no se hallaren en riesgo materias de orden público que justificaren el apartamiento de la prórroga acordada por las partes.”[8]

Por nuestra parte, creemos que el fallo de la Sala resulta acertado en tanto, a pesar de lo previsto por el inciso d del art. 1651 del CCCN, no excluye de arbitraje a los conflictos derivados de los contratos de adhesión. En efecto, considera por el contrario que:

- 1)** La no aplicación del arbitraje pactado de acuerdo a la prohibición prevista en el art. 1651 inc. d del CCCN, en principio no resulta viable.
 - 2)** En caso de duda ha de estarse a la eficacia del contrato de arbitraje, desde que la nulidad pretendida no resulta manifiesta ni inaplicable, por lo que debe ser comprobada mediante la producción de la prueba ofrecida a esos efectos.
 - 3)** De conformidad con lo dispuesto por el art. 2 del CCCN, las normas deben ser interpretadas de acuerdo a su finalidad. Desde tal perspectiva, la pretensión
-

de una parte de desconocer la cláusula compromisoria que la vincula a su contraparte, no puede ser convalidada sin afectar tal principio ni elementales principios de buena fe.

4) Los artículos 9 y 10 del CCCN establecen que los derechos deben ser ejercidos de buena fe y que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría la buena fe.

5) Un abierto desconocimiento de un contrato de arbitraje celebrado por un empresario, resultaría contrario a dichas normas y al artículo 961 del mismo CCCN que establece que: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”. En consecuencia, la pretensión de apartarse de las obligaciones asumidas en punto a someter a arbitraje las controversias que se susciten entre las partes, no puede ser atendida por resultar la misma contraria a tal principio.

El contrato de arbitraje contenido en los contratos de adhesión resulta vinculante para las partes cuando se trata de un contrato celebrado entre empresarios, atinente a cuestiones patrimoniales disponibles. Ello, en tanto no se haya demostrado su abusividad y no hubiera mediado una diferencia de aptitud negociadora, de asistencia jurídica, de la cuantía de los patrimonios y del poder económico de las partes que contrataron. Es que no todo contrato de adhesión (CCCN 984) descarta la posibilidad de que nos hallemos ante convenios paritarios. A ello se suma que ninguna de las partes podría acreditar la existencia de un perjuicio concreto derivado de la mera elección de la jurisdicción arbitral per se. Tal perjuicio podría eventualmente verificarse por ejemplo si la jurisdicción arbitral pactada determinara, una verdadera privación del acceso a la justicia derivada de la imposibilidad de erogar los costos propios del arbitraje en contraposición con aquellos contemplados por el poder judicial, y tal imposibilidad fuera efectivamente acreditada, en un beneficio de litigar sin gastos.

En la misma línea de pensamiento de los citados fallos de la sala C de la Cámara Comercial, la Corte de Justicia de San Juan había afirmado, si bien con anterioridad a la vigencia del CCCN, que: “En todo caso, lo que se necesita es establecer reglas particulares, pero de ningún modo prohibir con alcance general la jurisdicción arbitral para estos contratos, lo que podría tener un

impacto muy negativo en las relaciones comerciales habituales. En realidad, lo importante es verificar que el adherente ha consentido el arbitraje y no se le ha impuesto, tal como lo ha resuelto sagazmente la jurisprudencia.”[\[9\]](#).

La postura contraria asumida por la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

El 30 de agosto de 2016 la Sala F de la Cámara Comercial resolvió los casos Yasa y Argennet. Ambas causas habían sido promovidas por dichos agentes comerciales contra Telecom Argentina S.A.

En sendos casos, la demandada interpuso la excepción de incompetencia en el entendimiento que el contrato que la vinculaba con la parte actora contenía una cláusula compromisoria mediante la cual, las partes habían convenido someter a arbitraje las diferencias derivadas del contrato.

Mediante las sentencias de grado, los Jueces allí intervinientes admitieron las excepciones de incompetencia.

A su turno, la Fiscalía ante la Cámara Comercial dictaminó que, conforme lo dispuesto por el art. 1656 del CCCN, en caso de duda, debía estarse a favor de la mayor eficacia del contrato de arbitraje.

Sin embargo, la Sala F de la Cámara revocó las referidas resoluciones, rechazando la procedencia de la competencia del Tribunal Arbitral en base a una aplicación literal del inciso d del art. 1651 del CCCN (dicho Fallo contó con el voto unánime de los Dres. Barreiro, Tevez y Ojea Quintana).

Para así resolver, la Sala F consideró al contrato de agencia que vinculaba a las partes como un contrato de adhesión, señalando que la estandarización del contenido de las políticas empresariales en la telefonía celular son resquicios de la fenomenología de los contratos de cláusulas predispuestas. Al considerar el contrato de agencia como uno de adhesión, concluyó que la disputa se encontraba excluida de ser sometida a arbitraje de acuerdo con la norma ya referida.

No obstante, un año más tarde en el caso “Pérez Mendoza Juan c/Hope Entertainment S.A. S/Ejecutivo”, aunque con una distinta composición, la Sala F (con el voto favorable del Dr. Barreiro y del Dr. Hernán Moncla quiénes

adhirieron a los fundamentos de la Fiscalía de Cámara) confirmó una resolución de grado por medio de la cual el Juez de Primera Instancia había admitido la excepción de incompetencia, señalando que, en caso de duda, debía estarse a favor de la mayor eficacia del contrato de arbitraje.

Sin perjuicio de ello, el fallo contó con la disidencia de la Dra. Tevez que fue emitido en sintonía con lo decidido en los casos Yasa y Argennet. Consecuentemente, habrá que aguardar si en lo sucesivo, frente a eventuales planteos similares, la Sala F mantiene el criterio del Fallo Perez Mendoza en función de la integración de dicha Sala con el Dr. Lucchelli.

[1] Rivera, Julio César, "El arbitraje en el Proyecto de Código sancionado por el Senado. Prejuicios y errores, 17/12/2013, La Ley, AR/DOC/4643/2013"

[2] Fernández Arroyo, Diego P.; Vetulli, Ezequiel H., "El nuevo contrato de arbitraje del Código Civil y Comercial ¿Un tren en dirección desconocida?, RCCyC (octubre), 161, AR/DOC/2992/2015

[3] CCyCN Comentado por Alterini, Jorge Horacio, Tomo VII, Pág. 969.-

[4] CCyCN Comentado por Lorenzetti, Ricardo Luis. Tomo VIII. Pág 128

[5] Contratos y negocios patrimoniales. El régimen de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas y su aplicación a los contratos de colaboración empresaria. Peña, Santiago L. Publicación: Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios – N° 20 - Junio 2018. Fecha:21-06-2018.

[6] Principales incidencias procesales de la regulación del contrato de arbitraje en el Código Civil y Comercial Navarro, Gastón A. Publicación: Revista Latinoamericana de Derecho Procesal – N° 10 - Diciembre 2017. Fecha:22-12-2017Cita:IJ-XD-864.

[7] Ver sentencia del 23.11.18

[8] SERVICIOS SANTAMARIA SA C/ ENERGIA DE ARGENTINA SA S/ ORDINARIO. Machin - Villanueva. Cámara Comercial: C. Fecha: 20180524 Ficha Nro.: 000074862

[9] Corte de Justicia de San Juan, Sala I, "MC Servicio de Consultora S.R.L. c/ MC Minera Argentina Gold S.A. – MAGSA – s/ordinario – inconstitucionalidad", 12/6/2014, 2015-A-104, con nota de Verónica Sandler Obregón