

Contratos de Adhesión y Cláusulas sobre Arbitraje

por Carlos Eduardo Acedo Sucre¹

El presente trabajo le debe mucho a los comentarios recibidos de un grupo de abogados muy destacados, en una reunión del Comité de Arbitraje de la Cámara Venezolana Americana, VENAMCHAM, convocada, por iniciativa del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA, para conversar sobre un artículo que escribí hace poco tiempo, relativo a las cláusulas sobre arbitraje de las pólizas de seguros del mercado venezolano, especialmente la utilizada por Mercantil Seguros.² Les doy las gracias al doctor Carlos Lepervanche, presidente de dicho comité; a la doctora Greyza Ojeda, directora de dicho centro de arbitraje; y al doctor Rafael Badell Madrid y a los demás asistentes a dicha reunión, por sus valiosas observaciones. El presente trabajo no versa sobre el mismo tema que el artículo mencionado, aunque hay algunos elementos en común. En efecto, en los párrafos que siguen, me referiré, de manera general, a los acuerdos arbitrales en los contratos de adhesión; y, luego de disertar sobre el tema anterior, trataré, de modo particular, la cláusula sobre arbitraje incluida por la globalidad de las aseguradoras en sus pólizas, que es diferente de la referida cláusula de Mercantil Seguros.

I

Los contratos de adhesión en general y los correspondientes acuerdos arbitrales

Los contratos son convenciones entre dos o más personas naturales o jurídicas, usualmente para constituir y reglar entre ellas un vínculo jurídico, siendo uno de sus elementos esenciales el consentimiento de éstas.

Los artículos 1133 y 1141 del Código Civil, que contemplan lo anterior, rigen también con respecto a los casos, muy frecuentes, en los que una de las partes ofrece a la otra celebrar un contrato previamente redactado, el cual no es objeto de negociación o discusión, sino sólo de aceptación. Esto es común en las situaciones en las que una persona jurídica, que provee al público determinados bienes o servicios, exige, de quienes estén interesados en adquirirlos, que se adapten a un conjunto de normas diseñadas para regir las relaciones entre éstos y aquélla.

Ese conjunto de normas está vertido en un acuerdo, regido por los dos artículos citados, el cual es generalmente denominado contrato de adhesión. Ese conjunto de normas tiene, entonces, carácter convencional, porque la voluntad concordante de ambos contratantes las hace obligatorias.

En este sentido, la mayoría de los contratos de adhesión consiste en un articulado con fuerza contractual impuesto por el proveedor y admitido por el consumidor o usuario, quien

¹ Socio de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía.

² Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Cláusulas sobre Arbitraje en las Pólizas de Seguros, publicado en la página web del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas:
<http://arbitrajeccc.org/clausulas-sobre-arbitraje-en-las-polizas-de-seguros/>

no tiene la posibilidad de modificar su contenido de manera sustancial. La contratación en masa es importante para el correcto funcionamiento de la economía, y, con los contratos de adhesión, se logra uniformar y racionalizar las reglas de juego que rigen las relaciones entre cualquier compañía y sus clientes, lo cual resulta en eficiencia y ahorro.

Sin embargo, como el proponente suele ser quien redacta el contrato y el adherente no tiene más remedio que asentir para poder acceder al bien o servicio, muchas veces el texto contractual así impuesto contiene cláusulas abusivas.

En este orden de ideas, la doctrina venezolana ha calificado a las cláusulas arbitrales en los contratos de adhesión como “Cláusulas sospechosas de ser abusivas”,³ o “cláusulas susceptibles de ser reputadas abusivas”.⁴ Igualmente se ha pronunciado la doctrina de otros países, por ejemplo España,⁵ Chile,⁶ Perú.⁷

Ahora bien, una manera de evitar la imposición abusiva de un acuerdo de arbitraje es que éste y el contrato de adhesión estén en documentos separados, de manera que el adherente pueda celebrar el contrato de adhesión y abstenerse de suscribir el acuerdo de arbitraje. Esto es congruente con lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial:

“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje... En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente.”

Dicho en otras palabras, debe existir un documento adicional al contrato de adhesión que permita al adherente aceptar o no someterse a arbitraje, o algún otro mecanismo para que quien se adhiere al contrato pueda decidir si suscribe o no la correspondiente cláusula arbitral. Si el acuerdo de arbitraje estuviera atado al contrato de adhesión, el mismo sería ilegal, por violación del artículo que acabo de transcribir.

La exigencia legal de que el proponente le dé al adherente la oportunidad de consentir o no a la cláusula arbitral, al celebrar el contrato de adhesión, es compatible con las leyes en materia de protección al consumidor, que estuvieron vigentes a partir del 24 de marzo de 1992.⁸ En efecto, dichas leyes protegían, de manera más o menos adecuada, mediante

³ Melich Orsini, José: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo título bajo la ponencia general de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1996, pp. 180 y 181.

⁴ Melich Orsini, José: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, p. 102.

⁵ Díez-Picazo y Ponce de León, Luis: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo título, antes citado, p. 43.

⁶ López Santa María, Jorge: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo nombre, antes citado, p. 167.

⁷ Cárdenas Quirós, Carlos: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo título, antes citado, p. 120.

⁸ El 24 de marzo de 1992 fue promulgada, por primera vez en nuestro país, una Ley de Protección al Consumidor que regulara los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas, la cual fue reformada según publicación del 17 de mayo de 1995. Ésta fue derogada por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario

disposiciones legales similares, a los consumidores de bienes y usuarios de servicios contra posibles abusos contractuales de los proveedores de los mismos; y esta protección incluía una prohibición de cláusulas arbitrales en contratos de adhesión, mas no en textos separados. Lamentablemente, dichas disposiciones legales, y la consiguiente protección, desaparecieron el 24 de enero de 2014.⁹ Sin embargo, es importante destacar lo siguiente, pues dio lugar a un desarrollo jurisprudencial muy relevante hoy:

Una de las leyes en esta materia, que estuvo vigente entre el 24 de marzo de 1992 y el 24 de enero de 2014, fue la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004, cuyo artículo 87, número 4, establecía:

“Se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que:… Impongan la utilización obligatoria del arbitraje”.

Respecto del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial del 7 de abril de 1998, hoy vigente, y el número 4 del artículo 87 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del 4 de mayo de 2004, hoy derogado, ambos antes citados, tuve la ocasión de escribir lo siguiente, en un trabajo publicado en el año 2005:¹⁰

“Opinamos que no existe contradicción entre los dos textos legales que acabamos de transcribir. En efecto, el número 4 del artículo 87 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario expresa que son nulas las cláusulas arbitrales contenidas en los contratos de adhesión; pero no es esto lo planteado, sino la inclusión de este tipo de acuerdo en un documento aparte, para darle la oportunidad al adherente de expresarse separada y específicamente sobre el arbitramento propuesto, conforme a la segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial. En consecuencia, pensamos que... es posible suscribir acuerdos de arbitramento al celebrar contratos de adhesión, siempre que la voluntad del adherente conste en un instrumento independiente”.

El criterio anterior coincide con lo decidido posteriormente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en una sentencia del 28 de febrero de 2008:

“Así la interpretación del artículo 87, ordinal 4º, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario debe realizarse de manera concatenada con la Ley especial en materia de arbitraje, como lo es la Ley de Arbitraje Comercial... Artículo 6... condiciona la procedencia de acuerdos arbitrales en contratos por adhesión al supuesto de que tales acuerdos estén contenidos en cláusulas accesorias o independientes, con la finalidad de que ambas partes expresen, de manera indubitada, su libre voluntad de sometimiento a arbitramento en caso de conflicto... Por tanto, el acuerdo de arbitraje que se estipule en contratos por adhesión deberá

publicada el 4 de mayo de 2004, que a su vez fue sustituida por la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada el 31 de julio de 2008.

⁹ La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios fue derogada por la Ley Orgánica de Precios Justos publicada el 24 de enero de 2014, que no contiene normas similares a dichas disposiciones legales.

¹⁰ Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Cláusulas Abusivas, publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el libro El Código Civil Venezolano en los Inicios del Siglo XXI, Caracas, 2005, p. 321.

constar en un documento diferente del que recoge las demás estipulaciones contractuales, de manera que ambas partes suscriban el acuerdo arbitral con pleno conocimiento de causa y pleno consentimiento... ese documento independiente no es un nuevo contrato, sino que es una cláusula accesoria al contrato por adhesión en cuestión, que el suscriptor podría elegir no aceptar”.

En consecuencia, en las relaciones contractuales por adhesión, no está planteado que los proponentes impongan abusivamente acuerdos de arbitraje, pues éstos no pueden formar parte del documento contentivo del contrato de adhesión, siendo necesario que las cláusulas arbitrales se encuentren en un texto separado, susceptible de ser consentido o no, en cada caso particular, por los adherentes.

Entonces, aunque la normativa sobre protección al consumidor y usuario ya no esté en vigor, sigue vigente la Ley de Arbitraje Comercial, cuyo artículo 6, a la luz de la sentencia precedente, deja claro que los acuerdos arbitrales suscritos al momento de adherirse a un contrato de adhesión no son, de por sí, abusivos; debiendo existir un instrumento aparte para este tipo de acuerdo, a fin de darle la oportunidad al adherente de expresarse específicamente sobre el arbitraje sugerido, independientemente del resto del contrato. De modo que lo relevante es que la cláusula arbitral no sea impuesta por el proponente del contrato de adhesión.

En conclusión, las cláusulas arbitrales separadas, que pueden ser o no aceptadas al consentir un contrato de adhesión, no son, de entrada, abusivas. Sólo habría abuso si dichas cláusulas fueran diseñadas de una forma tal hiciera difícil la obtención de justicia a la contraparte del redactor. A título ilustrativo, sería abusivo obligar, en los contratos bancarios, a los clientes de los bancos, a someterse a arbitraje con un árbitro designado por la Asociación Bancaria; u obligar, en las pólizas, a los tomadores de seguros, a someterse a arbitraje con un árbitro designado por la Cámara de Aseguradores. Otro ejemplo: no se debe establecer, respecto de un contrato de adhesión, un arbitraje en una ciudad distante, cuando el adherente tiene su domicilio en la capital, donde hay dos excelentes centros de arbitraje. Pero no conozco ningún caso como los anteriores.

Dado que los contratos de adhesión pueden contener cláusulas abusivas, suele haber algún control del Estado sobre ciertos contratos de adhesión. Los contratos de adhesión pueden ser objeto de control *a priori*, mediante la exigencia de una autorización emitida por una autoridad del Estado, con respecto al modelo de contrato, antes de que el proveedor ofrezca los correspondientes bienes o servicios a los consumidores o usuarios. En este caso, dicha aprobación previa puede ser concebida de dos maneras: autorización expresa, o autorización tácita. Esta última se produce cuando la normativa relevante dispone que, si el solicitante de la aprobación estatal no obtiene respuesta dentro de un plazo determinado, hay silencio positivo. Esto último es lo más recomendable.

En los casos de contratos de adhesión sujetos a control administrativo previo, bien sea expreso o tácito, debería bastar la aprobación explícita o implícita, según el caso, del regulador con respecto al documento contentivo del articulado del contrato de adhesión. En efecto, no debería ser necesaria tal autorización en relación con el acuerdo de arbitraje separado, pues no se trata de una cláusula arbitral impuesta como parte del articulado al que

hay que consentir para acceder al bien o servicio contratado, sino de un complemento contractual con respecto al cual el adherente puede abstenerse de asentar.

Un control, alternativo o adicional a dicho control previo, es el control posterior de los contratos de adhesión. En efecto, los contratos de adhesión pueden ser objeto de un control *a posteriori*, mediante el otorgamiento, a alguna autoridad del Estado, de la facultad de estudiar contratos de adhesión ya celebrados, pudiendo ordenar modificaciones o privar de efectos todas o algunas de sus cláusulas.

La autoridad del Estado que ejerce control sobre contratos de adhesión puede ser un ente del Poder Ejecutivo, en cuyo caso es un control administrativo, o un tribunal, en cuyo caso es un control judicial.

II

La cláusula sobre arbitraje de las pólizas de la generalidad de las aseguradoras

Para entender la cláusula sobre arbitraje incorporada por la globalidad de las empresas de seguros a sus contratos con los tomadores de seguro es importante darle contexto a dicha cláusula, y este contexto no es otro que las nociones generales relativas a los contratos de adhesión y los correspondientes acuerdos arbitrales, incluyendo temas como los posibles abusos de los proponentes contra los adherentes y el control del Estado sobre la contratación en masa, todo lo cual fue tratado en la primera parte del presente trabajo. También es importante hacer algunas consideraciones igualmente generales en cuanto a los límites a los que están sujetas las aseguradoras, así como sus pólizas de seguro, y al papel que desempeña el regulador correspondiente:

Las pólizas de seguro son contratos de adhesión, pues están contenidas en documentos redactados por una de las partes –la aseguradora–, que la otra parte –el tomador del seguro– debe aceptar en su totalidad o casi totalidad, o rechazar. En el seguro, las pólizas, como contratos de adhesión, son fundamentales, puesto que las aseguradoras deben asegurar la mayor cantidad posible de aquellos riesgos respecto de los cuales ofrecen cobertura, para que los siniestros sufridos por un grupo de asegurados sean soportados con cargo a las primas cobradas a la totalidad de los tomadores de seguros, pudiendo anticiparse, en gran medida, los resultados, mediante la aplicación de estadísticas. El Estado ejerce, principalmente, un control administrativo previo y expreso, puesto que se requiere una autorización escrita del regulador con respecto a los modelos de contrato de seguro. Este requisito ha existido desde hace muchísimas décadas¹¹ (salvo en el período comprendido

¹¹ El requisito de aprobación previa de las pólizas estaba previsto en el artículo 66 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros publicada el 22 de mayo de 1975 y reimpresa el 8 de agosto de 1975, que fue objeto de una reforma legal según publicación del 23 de diciembre de 1994 y reimpresión del 8 de marzo de 1995; así como en el artículo 67 de la misma ley. Esta ley fue derogada por la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros publicada el 12 de noviembre de 2001 y reimpresa el 28 del mismo mes. El número 6 del artículo 10 de dicha ley establecía que la Superintendencia de Seguros, hoy Superintendencia de la Actividad Aseguradora, debía aprobar previamente las pólizas y otros documentos empleados por las aseguradoras, lo cual fue repetido en la primera parte del artículo 79 del mismo decreto-ley. Hubo varios recursos de nulidad contra este decreto-ley, y, con motivo de uno de ellos, la Sala Constitucional acordó la suspensión de sus efectos, mediante decisión de fecha 13 de agosto de 2002, con aclaratoria del día 2 de octubre de 2002. De

entre el 4 de julio y el 13 de agosto de 2002¹²). Actualmente, este requisito está establecido en la Ley de la Actividad Aseguradora publicada el 30 de diciembre de 2015. En efecto, el número 9 de su artículo 8, su artículo 42, y el número 5 de su artículo 154, establecen:

“Son atribuciones del o la Superintendente de la Actividad Aseguradora:... Autorizar previamente... los modelos de pólizas, contratos, condiciones generales y particulares, cuadros póliza o cuadros recibo, solicitudes, finiquitos o documentos de indemnización, notificaciones..., anexos y cualquier otro documento utilizado con ocasión de la actividad aseguradora...”

“Los modelos de pólizas, cuadros recibos o cuadros pólizas, solicitudes de seguro, finiquitos o recibos de indemnización, notificaciones de siniestros, anexos y demás documentos utilizados con ocasión de los contratos de seguros..., deben ser aprobados previamente por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, quien decidirá en un lapso no mayor de cuarenta y cinco días hábiles...”.

“Serán sancionados con multa los sujetos regulados con personalidad jurídica, según corresponda, que incurran en los siguientes supuestos:... De tres mil Unidades Tributarias (3.000 U.T.) a treinta y seis mil Unidades Tributarias (36.000 U.T.), cuando utilicen pólizas, documentos, tarifas... sin la aprobación previa de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora”.

Exigir una aprobación administrativa expresa previa respecto de las pólizas carece de sentido, pues se trata de un formalismo exagerado, que limita sin necesidad la libertad de las compañías de seguros y pone trabas indebidas al normal desenvolvimiento de la actividad aseguradora. Y exigir una aprobación administrativa expresa previa respecto de documentos distintos de las pólizas, utilizados por las aseguradoras en su relación con sus clientes, es todavía más irracional, pues se trata de instrumentos que en muchos casos son incompatibles con dicha aprobación. Existe el agravante de que la Superintendencia es muy lenta otorgando autorizaciones y suele no respetar los plazos en los que supone otorgarlas.

modo que comenzó a aplicarse otra vez la vieja ley de 1975, reformada en 1994. Tanto la vieja ley de 1994, como el decreto-ley de 2001, fueron derogados por la Ley de la Actividad Aseguradora publicada el 29 de julio de 2010 y reimpressa el 5 de agosto de 2010. En ésta también se exigía la autorización *a priori* de la Superintendencia, en relación con las pólizas y los documentos relacionados, en el número 9 de su artículo 7, en su artículo 41 y en el número 5 de su artículo 152.

¹² El Decreto-Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros publicado el 12 de noviembre de 2001 y reimpresso el 28 del mismo mes, en el número 6 de su artículo 10 y en su artículo 79, preveía que la Superintendencia autorizara expresa y previamente las pólizas. No obstante, su artículo 81 preveía la posibilidad de exoneración de dicha autorización. De hecho, la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, antes Superintendencia de Seguros, emitió la Resolución N° 000778 del 4 de julio de 2002, estableciendo una exoneración general. Por razones distintas de lo anterior, el 8 de mayo de 2002 el autor de este trabajo y otros abogados de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía., en nombre de las principales aseguradoras y de la Cámara de Aseguradores, introdujimos un recurso de nulidad contra dicho decreto-ley ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, solicitando la suspensión de sus efectos. Hubo otros recursos de nulidad contra el mismo decreto-ley, que finalmente se acumularon en el mismo expediente. Con motivo de uno de ellos, intentado el 16 de mayo de 2002 por C.A. Seguros Guayana, la referida Sala acordó la suspensión de efectos de dicho decreto-ley, mediante decisión de fecha 13 de agosto de 2002, que fue objeto de una aclaratoria el día 2 de octubre de 2002. De modo que comenzó a aplicarse otra vez la vieja ley de 1975, reformada en 1994, por lo que devino de nuevo necesaria la referida autorización, habiendo quedado sin base legal la mencionada exoneración general.

Para colmo, la Superintendencia puede imponer a las aseguradoras el texto de los contratos de seguro, eliminando totalmente la competencia. En efecto, la nueva Ley de la Actividad Aseguradora, igual que sus predecesoras inmediatas, establece, en el número 9 de su artículo 8, lo siguiente:

“Son atribuciones del o la Superintendente de la Actividad Aseguradora:... Autorizar previamente... los modelos de pólizas... y... establecer mediante acto administrativo general los modelos... que deben mantener carácter general y uniforme, cuando el interés general o el interés social así lo requiera, dentro del marco del procedimiento administrativo correspondiente.”

A todo esto se añade que la Superintendencia también tiene que aprobar, entre otras cosas, los balances, los cambios estatutarios, las tarifas, la publicidad y los nombramientos de directores, con lo que se crea un cuello de botella espantoso y se genera una situación muy propicia para la corrupción.

Con un sistema como éste, (i) las aseguradoras suelen evitar presentarle a la Superintendencia nuevos contratos de seguro, y, cuando se los presentan, tienden a utilizar siempre textos iguales o parecidos, que guarden la mayor similitud posible con pólizas previamente aprobadas, para evitar rechazos o retrasos todavía peores; y (ii) los modelos impuestos por la Superintendencia en ciertos ramos de seguros usualmente incluyen el mismo tipo de cláusulas, que se repite constantemente. De manera que el articulado de los contratos de seguro se encuentra, hasta cierto punto, congelado, a pesar de sus deficiencias. Eso es lo que ha ocurrido con la siguiente cláusula:

“Las partes podrán someter a un procedimiento de arbitraje las divergencias que se susciten en la interpretación, aplicación y ejecución de la póliza. La tramitación del arbitraje se ajustará a lo dispuesto en la ley que regule la materia de arbitraje y supletoriamente al Código de Procedimiento Civil. El Superintendente de Seguros actuará directamente o a través de los funcionarios que designe como árbitro arbitrador en aquellos casos en que sea designado de mutuo acuerdo entre ambas partes, con motivo de divergencias que se susciten en la interpretación, aplicación y ejecución de la póliza. Las partes fijarán el procedimiento a seguir; en caso contrario se aplicará el procedimiento previsto en la ley que rige la materia de arbitraje. En este caso, la decisión deberá ser adoptada en un plazo que no exceda de treinta (30) días hábiles una vez finalizado el lapso probatorio. El laudo arbitral será de obligatorio cumplimiento”.

La cláusula anterior es incorporada a los contratos de seguro de dos maneras, conforme a la Ley de la Actividad Aseguradora (artículo 8, número 9):

Primero, la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, antes Superintendencia de Seguros, establece que ciertos ramos de seguro deben regirse por pólizas uniformes, que les impone a las aseguradoras. Estas pólizas uniformes contienen una cláusula sobre arbitraje, que establece que el Superintendente o su delegado actuará como árbitro arbitrador, o sea, no se aplicará el contrato ni la ley, sino la equidad.

Segundo, las aseguradoras le someten a la Superintendencia las pólizas y ésta las aprueba. La Superintendencia se tarda mucho autorizando las pólizas y a veces formula objeciones. Desde hace muchos años la generalidad de las aseguradoras incluyen en sus pólizas la misma cláusula sobre arbitraje, quizás porque temen que, sin ella, la Superintendencia se tarde todavía más tiempo o formule todavía más objeciones.

Usualmente, la cláusula anterior forma parte de las condiciones generales de los contratos de seguro (por oposición a sus condiciones particulares, sus anexos o al cuadro de la póliza). Entonces, la cláusula anterior suele estar presente en las condiciones generales cuya aprobación fue solicitada hace años por las aseguradoras a la Superintendencia, y en las condiciones generales impuestos por la Superintendencia, con carácter uniforme, para ciertos ramos de seguro, incluso en fecha reciente.

Recapitulando, tenemos que dicha cláusula establece que el Superintendente o su delegado actuará como árbitro arbitrador, o sea, no aplicará el contrato ni la ley, sino la equidad; y que fue ubicada en las condiciones generales de las pólizas, mediante uno de estos dos mecanismos: (i) las aseguradoras le someten a la Superintendencia las pólizas y ésta las aprueba,¹³ y la generalidad de las aseguradoras incluyen en sus pólizas la misma cláusula sobre arbitraje; y (ii) la Superintendencia establece que ciertos ramos de seguro deben regirse por pólizas uniformes,¹⁴ que les impone a las aseguradoras con dicha cláusula. En ambos casos, su ubicación en las condiciones generales de la póliza impide al tomador de seguro celebrar con la aseguradora el contrato de seguro rechazando dicha cláusula.

Dicha cláusula no puede servir de base para que un tomador de seguros obligue a una aseguradora a someterse a un arbitraje de equidad con el Superintendente o su delegado como árbitro, por lo siguiente:

1) El uso, en la cláusula sobre arbitraje utilizada por la generalidad de las aseguradoras, antes citada, de las expresiones “Las partes podrán”, “de mutuo acuerdo entre ambas partes” y “Las partes fijarán”, denota que esa cláusula no es un acuerdo de arbitraje, pues no coincide con la definición del artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial:

“El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual... En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.”

Esa cláusula simplemente expresa que, en caso de que las partes acuerden someterse a arbitraje, será con el Superintendente o su delegado como árbitro arbitrador. Esa cláusula es entonces una mera invitación a que las partes convengan en someter sus pleitos a un procedimiento arbitral de equidad ante la Superintendencia.

¹³ Artículo 8, número 9, de la Ley de la Actividad Aseguradora.

¹⁴ Artículo 8, número 9, de la Ley de la Actividad Aseguradora.

2) La cláusula sobre arbitraje de las pólizas es muy frecuente y muy vieja, hay muchas aseguradoras y tomadores de seguros, y existen numerosos pleitos relativos a contratos de seguros. Sin embargo, las demandas correspondientes usualmente, por no decir siempre, son ante los tribunales judiciales; y raramente, por no decir nunca, el demandado señala que el conocimiento no corresponde a éstos. La razón por la cual dicha cláusula no es invocada en esos juicios es que la intención de las partes no es establecer una obligación de someter sus controversias bajo las pólizas a arbitraje con el Superintendente o su delegado como árbitro. Esto confirma que esta cláusula no es un acuerdo arbitral, sino una invitación a que las partes acudan de mutuo acuerdo a la Superintendencia.

3) La Superintendencia emitió la Providencia mediante la cual se Dicta las Normas para Regular los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos en la Actividad Aseguradora, que fue publicada el 22 de diciembre de 2011. El artículo 16 de dichas normas requiere lo siguiente:

“...La tramitación del arbitraje se efectuará previo acuerdo de las partes...”.

Y el artículo 17 de dichas normas, intitulado “De la concurrencia de voluntades”, exige lo copiado a continuación:

“Realizada la solicitud de arbitraje, el Superintendente o la Superintendente de la Actividad Aseguradora notificará a la otra parte en los diez (10) días hábiles siguientes a la solicitud, con el objeto de verificar la concurrencia de voluntades. La respuesta deberá ser enviada en un lapso que no exceda de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la recepción de la notificación por la parte emplazada. En todo caso, la falta de respuesta se entenderá como una negativa tácita de la intención de someterse al proceso arbitral.”

De manera que el regulador del sector seguros, que aprobó en unos casos, y que impuso en otros, la cláusula sobre arbitraje de las pólizas ofrecidas por la globalidad de las aseguradoras, parte de la premisa de que, para iniciar el procedimiento arbitral, se necesita que exista un “previo acuerdo de las partes”, o, lo que es lo mismo, que haya una “concurrencia de voluntades”. Pareciera, pues, que no bastara dicha cláusula, lo que se explica porque la misma no es un acuerdo arbitral, sino una invitación a que las partes acudan a la Superintendencia.

4) La Superintendencia suele autorizar la cláusula sobre arbitraje como una de las condiciones generales de las pólizas. Asimismo, cuando la Superintendencia impone dicha cláusula al exigir un articulado uniforme para ciertos ramos de seguro, acostumbra incluirla entre las condiciones generales del contrato correspondiente. De modo que esa cláusula no se encuentra en un texto separado, que el adherente puede aceptar o no cuando celebra el contrato de adhesión con el proponente. Entonces, esa cláusula no es más que una invitación, pues, si fuera un acuerdo arbitral, sería contrario (i) al artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, antes citado, que exige que la manifestación de voluntad de someter el contrato de adhesión a arbitraje sea hecha en forma expresa e independiente, y (ii) a la sentencia Sala Constitucional del 28 de febrero de 2008, previamente mencionada, que

requiere que el acuerdo de arbitraje relativo a un contrato de adhesión conste en un documento diferente de éste.

5) El artículo 8, número 40, de la Ley de la Actividad Aseguradora, establece lo que sigue:

“Son atribuciones del o la Superintendente de la Actividad Aseguradora:... Resolver con el carácter de árbitro arbitrador, en los casos contemplados en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, las controversias que se susciten entre los sujetos regulados y entre éstos y los tomadores, asegurados, usuarios, afiliados, beneficiarios de seguros, contratantes de medicina prepagada, de administradoras de riesgos, asociados y las financiadoras de prima o cuotas, cuando las partes lo hayan establecido de mutuo acuerdo.”

No debe entenderse que la cláusula sobre arbitraje de las pólizas califica como el “mutuo acuerdo” exigido por el artículo anterior, pues dicha cláusula está en las condiciones generales, no es objeto de una oferta y aceptación separada, no califica como acuerdo arbitral y es una mera invitación a la Superintendencia.

6) Las funciones de la Superintendencia son incompatibles con su desempeño como árbitro, en el sentido tradicional de la palabra. En efecto, actuar como árbitro implica sustanciar y decidir, como juzgador imparcial e independiente, las controversias entre las partes, con base sobre los alegatos y pruebas presentados por ellas, lo cual constituye una atribución típica de los entes del Poder Judicial, que no es compatible con la función de controlar y fiscalizar la actividad aseguradora, que corresponde a la Superintendencia, como órgano del Poder Ejecutivo, cuyas atribuciones incluyen proteger a los tomadores, asegurados o beneficiarios de seguros, que son la contraparte de las aseguradoras. Además, el Superintendente o su delegado pueden, como árbitros arbitradores, verse tentados a favorecer a los tomadores de seguros, y más si son empresas del Estado.

7) El profesor, autor y académico Rafael Badell Madrid nos enseña lo siguiente, en cuanto al desempeño de entes y funcionarios gubernamentales como árbitros:¹⁵

“La actividad arbitral de la administración, también conocida como los procedimientos administrativos arbitrales; en dichos procedimientos la Administración es el árbitro que está llamado a resolver, por mandato de Ley, la disputa existente entre los particulares. Estos procedimientos no presuponen acuerdo alguno entre las partes, sino que los mismos se encuentran preestablecidos en la ley y tienen que ser transitados por los administrados para resolver sus controversias, pudiendo en ocasiones constituirse como un requisito de admisibilidad para tener acceso a la vía judicial...”

¹⁵ Aquí transcribo parcialmente un material que me fue suministrado muy generosamente por el Dr. Badell, quien lo utilizó para una presentación en Venamcham. Se trata de un documento en “word”, denominado El arbitraje en el derecho administrativo, por Rafael Badell Madrid; y de una presentación en “power point”, denominada Tribunales arbitrales y entes reguladores: Competencia para dirimir conflictos contractuales, por Rafael Badell Madrid.

En Venezuela podemos encontrar manifestaciones de la actividad arbitral de la Administración Pública en distintas leyes que conforman nuestro ordenamiento jurídico.

1. Ley de Actividad Aseguradora: en el artículo 133 prevé que el Superintendente de la Actividad Aseguradora podrá actuar como árbitro arbitrador en aquellos conflictos que surjan entre los sujetos regulados por esa ley, y los tomadores, asegurados o beneficiarios de las pólizas de seguro. Inclusive, existe un reglamento de esta Ley que prevé el procedimiento de arbitraje en la actividad aseguradora (*“Normas para regular los mecanismos de solución de conflictos en la actividad aseguradora”*).

2. Ley de Telecomunicaciones...

3. Ley del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil...

4. Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial...

5. Ley de Protección al Consumidor y Usuario...

A pesar de que estas leyes se refieren al arbitraje, los límites del procedimiento administrativo arbitral son los mismos que los aplicables a los procedimientos administrativos denominados cuasi-jurisdiccionales, por tanto:

1) El arbitraje administrativo no es ejercicio de la función jurisdiccional, la cual es exclusiva del Poder Judicial ni es justicia arbitral, porque ella es parte del sistema de justicia.

2) El resultado del procedimiento administrativo arbitral siempre será un acto administrativo (no una sentencia ni un laudo), sometido al control judicial de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 259 de la CRBV).

En conclusión, la nueva tendencia del uso del término Arbitraje como “procedimiento administrativo arbitral” en estas normas administrativas es una simple mutación -Villar Palassí- del término actividad administrativa cuasi –jurisdiccional al término arbitraje. Pero los entes reguladores no pueden convertirse en verdaderos tribunales arbitrales para dirimir conflictos contractuales, porque son órganos administrativos y por ende supeditados a los límites de la legalidad, competencia, separación de los poderes y control judicial de la legalidad de sus actos”.¹⁶

Al respecto, el doctor Rafael Badell Madrid también nos enseña lo siguiente:

¹⁶ El arbitraje en el derecho administrativo, por Rafael Badell Madrid; documento en “word” suministrado muy generosamente por éste, quien lo utilizó para una presentación en Venamcham.

“• La Administración NO puede ser tribunal arbitral porque el arbitraje forma parte del sistema de justicia (artículo 253 C.N) y sería violatorio del principio de separación de los poderes (art. 136 CN).

- El procedimiento administrativo arbitral se asimila al procedimiento administrativo cuasi-jurisdiccional.
- El carácter opcional del arbitraje administrativo no es suficiente para admitir la intervención de la Administración como verdadero árbitro en la solución de conflictos entre particulares.
- El resultado de este procedimiento administrativo arbitral es un Acto Administrativo, NO UN FALLO ARBITRAL”.¹⁷

De manera que el procedimiento llamado de arbitraje ante la Superintendencia de la Actividad Aseguradora no es realmente un arbitraje, que desemboque en un laudo, en el que el árbitro actúa como un juez; y la cláusula sobre arbitraje de las pólizas no puede dar lugar, por sí sola, a dicho procedimiento. Además, tal como señalé antes, para la Superintendencia iniciar ese procedimiento, se necesita que exista un “previo acuerdo de las partes”, o, lo que es lo mismo, que haya una “concurrencia de voluntades”.¹⁸ Los llamados arbitrajes ante la Superintendencia se aparentan más a la conciliación que al arbitraje propiamente dicho. Se trata de una *conciliación con dientes*, pues el regulador puede imponer sanciones en caso de violación de ley.

8) Si la cláusula sobre arbitraje de las pólizas fuera un verdadero acuerdo arbitral y si el consiguiente procedimiento ante la Superintendencia fuera un verdadero arbitraje, se sustraerían los contratos de seguro del imperio de la ley, pues esa cláusula prevé un arbitraje de equidad. No es razonable ni constitucional que una persona distinta del juez natural decida todas las controversias relativas a los contratos con esas cláusulas, sin tomar en consideración su articulado, ni las disposiciones legales aplicables, sino solo su criterio de qué es equitativo y qué no lo es.

Como la cláusula sobre arbitraje usualmente presente en las pólizas venezolanas no establece ninguna obligación para las partes, sucede que, no solamente dicha cláusula no puede servir de base para que una de sus partes fuerce a la otra a someterse a un arbitraje en la Superintendencia de la Actividad Aseguradora a fin de que el Superintendente o su delegado dicten un laudo arbitral poniendo fin a la controversia, sino que además, dicha cláusula sobra, por lo que puede eliminarse de las condiciones generales de los contratos de seguro.

Si se fuera a establecer un acuerdo de arbitraje conforme a la Ley de Arbitraje Comercial, no se podría incluir dicho acuerdo en las condiciones generales de las pólizas, sino que

¹⁷ Tribunales arbitrales y entes reguladores: Competencia para dirimir conflictos contractuales, por Rafael Badell Madrid; presentación en “power point” suministrada muy generosamente por éste, quien la utilizó para una presentación en Venamcham.

¹⁸ Artículos 16 y 17 de las Normas para Regular los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos en la Actividad Aseguradora, emitidas por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y publicadas el 22 de diciembre de 2011.

habría que colocarlo en un documento separado, que podría ser un anexo del contrato de seguro. En este caso, si la aseguradora le propone al tomador dicho anexo, éste puede celebrar el contrato de seguro, aceptando la póliza, sin su anexo, salvo que quiera someterse a arbitraje.

III

Conclusiones

Celebrar acuerdos arbitrales al pactar contratos de adhesión es válido, siempre que, en ese momento, el adherente pueda aceptar o rechazar someterse a arbitraje, como lo exige la Ley de Arbitraje Comercial. Para ello, el acuerdo arbitral no debe estar en el mismo documento que el resto del contrato de adhesión, conforme a la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

Al separar el acuerdo de arbitraje del contrato de adhesión, para que el consentimiento se produzca de manera independiente, se evita la imposición indebida de una cláusula arbitral, por el proveedor de un bien o servicio, aprovechando que el consumidor o usuario quiere o tiene que acceder a dicho bien o servicio.

Celebrar acuerdos de arbitraje al pactar contratos de adhesión sólo sería abusivo si se tratara de una cláusula arbitral que dificultase el acceso a la justicia. Pero esto es muy raro.

En los casos de contratos de adhesión sujetos a control administrativo previo, bastará la aprobación del regulador con respecto al documento contentivo del articulado del contrato de adhesión, no siendo requerida tal autorización en relación con el acuerdo separado de arbitraje. En efecto, en este caso, no estamos en presencia de una cláusula arbitral pretendida por el proponente como parte integrante y necesaria del contrato de adhesión.

En consecuencia, es válido, por ejemplo, que una aseguradora incluya, en un anexo de su póliza, un acuerdo de arbitraje, respecto del cual el tomador del seguro pueda dar o negar su consentimiento, al momento de celebrar el contrato. Pero dicho anexo tendría que ser aprobado por el regulador del sector seguros, pues las pólizas no sólo son contratos de adhesión sujetos a un absurdo control administrativo previo y expreso, sino que, además, este control, por mandato de la Ley de la Actividad Aseguradora, se extiende, de manera totalmente irracional, a todos los documentos relacionados con el contrato de seguro.

La situación de la cláusula sobre arbitraje incluida en la generalidad de los contratos de seguro venezolanos es diferente, pues no se trata de un convenio que quepa dentro de la definición de acuerdo de arbitraje contemplada en la Ley de Arbitraje Comercial. En efecto, las aseguradoras, cuando incorporaron hace mucho tiempo esta cláusula a sus pólizas, no quisieron obligarse ni obligar a los tomadores de seguros a someter sus controversias a arbitraje, sino, posiblemente, complacer a su regulador, e incluyeron las siguientes expresiones: “Las partes podrán”, “de mutuo acuerdo entre ambas partes” y “Las partes fijarán”; así que la intención de los contratantes no es someterse al Superintendente de la Actividad Aseguradora o a su delegado como árbitro arbitrador, excluyendo el conocimiento de los tribunales ordinarios, sino prever la posibilidad de pactar, caso por caso, el sometimiento de un pleito a arbitraje en la Superintendencia. Esta cláusula todavía

existe, por lo siguiente: las aseguradoras consideran –con razón– que no las obliga a someterse a arbitraje; las normas sobre arbitraje emitidas por el regulador parten de la misma premisa, de que se trata de una mera invitación; modificar pólizas es muy problemático en Venezuela; y el regulador impone dicha cláusula a las aseguradoras en los textos uniformes de contratos que les exige para ciertos ramos de seguro.

La cláusula sobre arbitraje utilizada por la generalidad de las aseguradoras con el beneplácito o a requerimiento de su regulador, está en las condiciones generales de sus pólizas, y no en un anexo. Es necesario conciliar esto con que la Ley de Arbitraje Comercial y la jurisprudencia de la Sala Constitucional son claras en que, para que los acuerdos arbitrales relativos a contratos de adhesión sean válidos, es menester que a los adherentes se les permita acoger o desechar aquellos acuerdos, al celebrar estos contratos. Adicionalmente, esa cláusula contempla que el árbitro sea el regulador; y es necesario conciliar esto con la circunstancia de que las funciones de éste, como órgano del Ejecutivo Nacional, incluyen proteger a una de las partes, es decir, al tomador, asegurado o beneficiario del seguro, y controlar, fiscalizar y sancionar a la otra parte, o sea, a la aseguradora; lo que contrasta con la imparcialidad que se espera de cualquier juez o árbitro, que debe administrar justicia como una *dama ciega*. Finalmente, esa cláusula está referida a un arbitraje de equidad; y es necesario conciliar esto con la exigencia constitucional, legal y lógica de que las relaciones entre las aseguradoras y los tomadores, asegurados y beneficiarios de seguros no sean sustraídas del imperio de la ley, para ser resueltas en base a lo que un árbitro arbitrador, que no es su juez natural, considere equitativo. La única manera de conciliar todo lo anterior y de preservar esa cláusula es que se le interprete como que no constituye un acuerdo arbitral vinculado a un contrato de adhesión, sino una invitación a ambas partes para que sometan sus controversias a la Superintendencia, a fin de que las ayude a buscar una solución. Esto es compatible con que la Ley de la Actividad Aseguradora utiliza la expresión de “mutuo acuerdo”, al referirse al sometimiento por las partes de sus controversias a la Superintendencia.

Mi artículo anterior, relativo a las cláusulas sobre arbitraje en las pólizas de seguro,¹⁹ está referido especialmente a la cláusula empleada por Mercantil Seguros,²⁰ así como a los cinco laudos arbitrales dictados con base en dicha cláusula,²¹ con cuyas conclusiones discrepo.²²

¹⁹ Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Cláusulas sobre Arbitraje en las Pólizas de Seguros, publicado en la página web del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas:

<http://arbitrajeccc.org/clausulas-sobre-arbitraje-en-las-polizas-de-seguros/>

²⁰ “Las partes podrán someter a un procedimiento de arbitraje las divergencias que se susciten en la interpretación, aplicación y ejecución de la póliza. La tramitación del arbitraje se ajustará a lo dispuesto en la ley que regule la materia de arbitraje y supletoriamente al Código de Procedimiento Civil. **El arbitraje podrá ser institucional ante cualquier centro de Arbitraje**, u (sic) ante el Superintendente de Seguros, quien actuará directamente o a través de los funcionarios que designe como árbitro arbitrador en aquellos casos en que sea designado de mutuo acuerdo entre ambas partes, con motivo de divergencias que se susciten en la interpretación, aplicación y ejecución de la póliza. Las partes fijarán el procedimiento a seguir; en caso contrario se aplicará el procedimiento previsto en la ley que rige la materia de arbitraje. En este caso, la decisión deberá ser adoptada en un plazo que no exceda de treinta (30) días hábiles una vez finalizado el lapso probatorio. El laudo arbitral será de obligatorio cumplimiento” (las negritas son mías).

²¹ Laudo dictado por el Dr. Pedro Saghy, como árbitro único, el 21 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Valdis Grinsteins Elferts; laudo dictado por el Dr. Luis Alberto García Montoya, como árbitro único, el 28 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Carlos Antonio Hernández Sánchez; laudo dictado por el Dr. Marcos Rubén Carrillo Perera, como árbitro único, el 7 de agosto de 2015

Ahora bien, la cláusula sobre arbitraje incluida por la globalidad de las aseguradoras en sus pólizas es diferente de la cláusula sobre arbitraje de Mercantil Seguros. En efecto, esta última cláusula, que traté en dicho artículo, prevé la posibilidad de arbitraje ante el regulador **o ante un centro de arbitraje**, mientras que la cláusula sobre arbitraje de las pólizas de las demás compañías de seguros, aquí comentada, **solamente** contempla un arbitraje en el que el Superintendente o su delegado es el árbitro. Existe un argumento contra dichos laudos que no planteé en mi referido artículo, a saber: Mercantil Seguros tenía varios casos iguales, e inició procedimientos arbitrales respecto de algunos de ellos solamente, los cuales dieron lugar a dichos cinco laudos; mientras que, respecto de otros de esos casos, inició procedimientos judiciales. Esto evidencia que Mercantil Seguros considera –con razón– que la cláusula sobre arbitraje de sus pólizas no constituye un acuerdo arbitral bajo el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, que lo obligue a someter los litigios a arbitraje. Desde mi punto de vista, esos cinco laudos se explican, entre otras cosas, porque los árbitros que los dictaron no disponían de esta información, que no fue llevada a los autos.

Para terminar, me parece importante puntualizar que, tanto con respecto a la cláusula de Seguros Mercantil, como con respecto a la cláusula de las demás aseguradoras, ocurre lo siguiente:

Como todas esas cláusulas incluyen las palabras “Las partes podrán”, “de mutuo acuerdo entre ambas partes” y “Las partes fijarán”, las mismas no establecen ninguna obligación. De hecho, es muy raro que un pleito relativo a una póliza sea sometido a arbitraje, ya que casi todos los litigios están en los tribunales judiciales. Entonces, dichas cláusulas no son un acuerdo de arbitraje, bajo la definición de la Ley de Arbitraje Comercial, la cual contempla que, mediante este acuerdo, “las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”, y que este acuerdo “es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria” (artículo 5). Por tanto, el procedimiento arbitral sólo puede tener lugar si la aseguradora y el tomador, asegurado o beneficiario del seguro están conformes. Esto coincide con que, a propósito del arbitraje en la Superintendencia, la Ley de la Actividad Aseguradora utiliza la expresión “de mutuo acuerdo” (artículo 8, número 40) y las normas sobre arbitraje de la Superintendencia utilizan las expresiones “previo acuerdo de las partes” y “conurrencia de voluntades” (artículos 16 y 17). Finalmente, si dichas cláusulas establecieran una obligación, no podrían estar ubicadas en las condiciones generales de las pólizas, puesto que su ubicación impide que el tomador de seguro celebre el contrato de seguro sin aceptar dichas cláusulas, lo que viola la Ley de Arbitraje Comercial, que establece: “En los contratos de adhesión... la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente” (artículo 6).

de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Maria Da Conceicao Fernández Coelho de Freitas; laudo dictado por el Dr. Valerio González Avelado, como árbitro único, el 31 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Livio Revel Chion; y laudo dictado por el Dr. Hernando Díaz-Candia, como árbitro único, el 13 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Yolanda Margarita Burgos y Henri José Caraballo.

²² Por las razones explicadas en el artículo citado, pienso que (i) el laudo dictado por el Dr. Pedro Saghy no debió reponer el procedimiento, y (ii) los laudos dictados por los doctores Luis Alberto García Montoya, Marcos Rubén Carrillo Perera, Valerio González Avelado y Hernando Díaz-Candia debieron declarar que la cláusula de Seguros Mercantil no califica como acuerdo de arbitraje.