

GACETA ARBITRAL

PROPIETARIO-EDITOR: RODRIGO BECERRA TORO, Cali, Colombia

NUMERO: 81

AÑO VII

FECHA: 1 de diciembre de 2019

ASUNTO: Las cláusulas arbitrales asimétricas

CARÁCTER: Los comentarios u opiniones del editor no obligan al lector porque la doctrina no es fuente formal del derecho colombiano.

El arbitraje *voluntario* se caracteriza porque es fruto del acuerdo a que llegan las partes del conflicto sustancial para su definición ante una jurisdicción distinta a la administrada por el ente estatal, en situación de igualdad formal y material ante la ley, particularmente, en el ámbito negocial o contractual, y cuyo objeto específico no es la definición misma de la controversia disponible, presente o futura [en lo que se parecería a la conciliación o la transacción], sino la derogación convencional de la justicia ordinaria para que el derecho subjetivo discutido sea definido por jueces designados por ellas mismas. [Lo que está en consonancia con la Convención de Nueva York, la Ley Modelo (UNCITRAL), y el ordenamiento colombiano (Art. 116 C.N. y Ley 1563/2012)]. Su naturaleza es, por esencia, *convencional*, al punto que las partes pueden darse su propio procedimiento, con excepción del arbitraje administrativo, como sucede en Colombia, [Ver, art. 58 de la citada ley], lo que trae como consecuencia que al momento de celebrar el negocio arbitral las partes que intervienen en ello están situadas jurídicamente en un mismo plano de igualdad, de derechos y obligaciones, de lo que resulta que toda actuación contraria es *antijurídica* [por violar los principios generales de derecho, en especial, la buena fe y el abuso del derecho, y el ordenamiento positivo].

Es posible entonces que en la celebración del pacto arbitral una de las partes contratantes incurra en la inclusión, comúnmente deliberada y pocas veces culposa, de cláusulas o apartados que consagran un privilegio o ventaja para sí, sin fundamento legítimo o legal, y en perjuicio de los derechos de la otra parte. Por ende, la parte sana del contrato queda a merced del estipulante [Ver, Corte Constitucional, Sentencia C-1141 de 30 de agosto de 2000, Exp. D-2830, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Tales estipulaciones adquieren en la doctrina arbitral el nombre de "abusivas" y resultan patológicas [en la medida en que padecen de un defecto jurídico grave y evidente] porque alteran el equilibrio que tipifica a un contrato conmutativo, precisamente porque la ventaja indebida que se abroga una de las partes (por lo común, la parte fuerte o poderosa del contrato-fuente) no halla justificación o legitimidad frente a la declaración jurídicamente sana de la otra parte. [La Corte Suprema de Justicia, en Sentencias de Casación Civil, de 19 de octubre de 1994, Exp. 3972, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, y de 2 de febrero de 2001, Exp. 5670, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, establece que la idea de la cláusula abusiva es aplicable a todo tipo de contratación].

Para nuestro propósito entendemos que tales disposiciones o apartados clausurales resultan abusivos y, por ende, *lesivos de la parte opuesta* porque consagran una ventaja o prerrogativa que causa un desbalance o desequilibrio en las relaciones jurídicas contractuales, dado que desconocen los derechos de la parte contraria, en forma que resulta importante, infundada y ostensible (tanto en el aspecto sustantivo como en el procedimental de la concertación del negocio jurídico), y que el sujeto que se vincula de buena fe al pacto arbitral no tiene por qué padecer dicha inequidad, lo que trae como consecuencia su derecho a alzarse contra ella para que se declare su invalidez, puesto que de otra manera no tendría posibilidad de oponerse o rechazar u obrar en contrario del texto abusivo. [Conforme a la doctrina existen situaciones de hecho que pueden llegar a entenderse como comportamientos abusivos en la celebración de un pacto arbitral, a vía enunciativa, las siguientes: Que la parte afectada no hubiera tenido la oportunidad de discutir la estipulación lesiva; el desequilibrio prestacional injustificado, visto objetivamente; la falta de alternativas u opciones para haber opuesto a la parte abusiva; las circunstancias (de tiempo, modo y lugar) en que se celebró el pacto; el sometimiento a la cláusula abusiva ante la necesidad imperiosa de la otra parte a contratar; la falta de negociación individual de la estipulación lesiva; etc.].

Es claro, por consiguiente, que el resultado de la negociación del pacto arbitral debe garantizar a las partes el acceso al arbitraje en términos de conmutabilidad y equivalencia, esto es, que lo que se predique en favor de una de ellas sea igualmente predicado de la otra, sin gravamen o cortapisa para ninguna, lo que se conoce como "simetría" en el contenido y efectos del negocio arbitral.

Es, por eso, que cuando dicha simetría se altera o pierde, se produce un desequilibrio o desigualdad en los derechos, facultades y poderes jurídicamente legítimos de la parte sanamente vinculada al pacto. [En igual sentido, ver W. Namen Vargas, Las cláusulas abusivas, Revista de Derecho Comparado, págs. 171-227, 2000]. La Corte Constitucional, por su parte, ha sido categórica en dejar sentado que "*... es por ello que para la jurisprudencia constitucional es indispensable que el pacto arbitral resulte de la voluntad libre y espontánea de las partes de someter sus diferencias a la decisión de particulares, y no de la imposición de la parte más fuerte en la relación negocial*" [Ver, Sentencia T-511 de 30 de junio/2011, Exp. T-2.958.222, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio]. Puede decirse, en consonancia con lo anterior, que tal desequilibrio o asimetría, por demás, *ilícita* se presenta mayormente cuando sin justificación legal se pierde la igualdad de las partes en el proceso de negociación del pacto arbitral, o cuando una de ellas se atribuye indebidamente facultades o atribuciones en perjuicio de la otra parte y que suponen su ejercicio exclusivo, o cuando una impone a la otra trabas o condicionamientos insuperables o injustificados para acceder al arbitraje o para ejercer sus derechos en el desarrollo del proceso correspondiente, o cuando se pretende obtener una ventaja indebida en perjuicio del pactante sano. [Como por efecto del pacto arbitral los árbitros están legalmente facultados para decidir sobre la validez o invalidez del negocio arbitral, son ellos los que deben resolver lo referente a la existencia de la estipulación abusiva insertada en el pacto, dándole relevancia a todas las condiciones particulares que rodean la negociación del pacto arbitral].

Lo que está en discusión, según se puede deducir, es que el consentimiento así obtenido para llegar al pacto arbitral se expresa desconociendo el derecho de uno

de los contratantes a poner en juego sanamente su autonomía para acceder al contrato, lo cual limita o vulnera su capacidad negocial. [Es posible que un contrato no tenga prestaciones estrictamente iguales, según su naturaleza, pero lo que no puede admitirse es que las diferencias sean ilícitas, inequitativas o injustificadas, lo que lleva a concluir que la simetría contractual debe presumirse]. De hecho, es imposible que en la práctica no se produzcan actuaciones abusivas o asimétricas en la negociación del pacto arbitral, pero ello no puede ser excusa para dejar de sancionar jurídicamente al infractor del interés jurídico tutelado, reconstruir la relación contractual, y proteger legalmente a la parte más débil del contrato, pues, como lo afirma la profesora AURA JESSICA MEDINA FANDIÑO, al manifestar que si bien no se puede evitar el desequilibrio contractual, sí se puede evitar el abuso de la posición materialmente más fuerte en procura de restablecer el equilibrio contractual y de proteger a la parte materialmente más débil [Ver, Introducción al concepto de cláusulas arbitrales abusivas, pág. 15, Universidad Católica de Colombia, Bogotá].

Si se mira el aspecto intrínseco del negocio arbitral se deduce que en sí mismo se trata de un acto voluntario, que de un lado supone la existencia de prestaciones, facultades y deberes correlativos, por demás, igualitarios, y principalmente el ejercicio autónomo de la voluntad sin gravámenes, imposiciones o sobrecargas asimétricas, de manera que, a vía de generalidad, cuando la voluntad de una de las partes queda constreñida, o es objeto de abuso, o de ventajas desproporcionadas (que, por ende, carecen de causa lícita), o desconocen o eliminan el ejercicio de acciones, actuaciones o recursos en el trámite arbitral, o se impone el arbitraje a quien no puede costearlo, o hacen gravosa a una parte la fijación de cierta sede del arbitraje, el pacto resulta patológico. [Estas conductas, adicionalmente violan no sólo el principio de la buena, la igualdad, y la equidad, sino también el de acceso a la administración de justicia].

En presencia de tales situaciones son los árbitros los que tienen la competencia para definir si el pacto adolece de alguna patología que lo haga asimétrico, como requisito para poder decidir de fondo la controversia [En tal sentido puede consultarse la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de febrero de 2012, Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01, M.P. William Namen Vargas]. [No debe perderse de vista que el árbitro es competente no sólo para definir lo sustantivo del conflicto, sino también lo que atañe a la validez del pacto arbitral, y que además la aplicación de la normatividad arbitral prima porque este mecanismo alternativo se funda en el principio de "favorabilidad" al arbitraje].

Es posible que la estipulación abusiva contenida en el acuerdo arbitral quede fácilmente establecida por los árbitros, en cuyo caso su conclusión no demandará mayores consideraciones acerca de las circunstancias que la rodean, pero en otras habrá que examinarla con suficiente juicio y detenimiento para poder identificarla, mediante el análisis de lo que fue el proceso de la negociación del acuerdo arbitral. Puede ser que cuando el árbitro estudie el caso particular y concreto encuentre que está configurada la asimetría por abuso de la posición dominante o del derecho de una de las partes, o que en estricto rigor ese abuso no se configure y que, tenga justificación legal, lo que lleva a concluir que no necesariamente toda

estipulación del pacto, aparentemente asimétrica, puede significar un abuso del derecho.

Referentes al caso veamos dos situaciones distintas de cláusulas compromisorias que se pueden presentar para resolver la controversia presente o futura: *Ejemplo 1*: "Queda pactado el arbitraje". *Ejemplo 2*: "El empresario queda autorizado para acudir a la justicia ordinaria o a la arbitral, y el contratista deberá promover únicamente el arbitraje".

Se trata, desde luego, de dos estadios distintos con efectos propios (que no se cruzan ni contaminan), y se examinan así:

a). Con relación al ejemplo 1: Pese a que se trata de una oración gramatical ciertamente breve no hay duda que las partes del contrato fuente (o relación sustantiva conflictiva) han acordado someterse al arbitraje, en la medida que de manera literal celebraron el pacto correspondiente, sin que pueda decirse que existe duda al respecto, pues, expresaron su consentimiento real y libre de vicios, el cual es unívoco y convergente, y su consecuencia es la derogación de la jurisdicción estatal para resolver la controversia. En estricto sentido no se necesita mencionar nada más, aunque, por supuesto, hubiera sido más conveniente llenar el vacío de algunos aspectos que no quedaron expresamente definidos, pero tal cosa es suplida por la ley. Constando el pacto en el texto del contrato-fuente o en anexo que identifique plenamente a éste, la materia objetivamente arbitrable es la dada por el negocio sustancial celebrado. Que no se mencionó el tipo o clase de proceso, ni el número de árbitros ni su forma de designación, ni el carácter en que deben obrar los árbitros al momento de decidir el conflicto, y que no se dijo a qué centro corresponde el trámite de la causa, no implica haber celebrado una estipulación abusiva ni que la misma sea asimétrica ni perjudicial para una de las partes, ya que tales cuestiones tienen solución expresa en la ley arbitral. Así las cosas, ninguna de las partes abusa de su posición, ni va más allá de su derecho, ni causa perjuicio injustificado a la otra.

b). En lo que toca al ejemplo # 2 la situación es diferente: Lo primero que debe examinarse es si las partes emitieron válidamente su consentimiento para contratar. Si bien existe de hecho en el contrato-fuente una estipulación que lleva al arbitraje, hay que concluir jurídicamente que el consentimiento de las partes no se identifica ni es convergente, pues mientras el empresario puede dirimir sus controversias por la jurisdicción estatal o la arbitral, a su discreción, el contratista sólo puede acudir al arbitraje, lo que desvirtúa la presencia del elemento esencial del consentimiento uniforme en el negocio arbitral. Así, si no existe el consentimiento inequívoco, concordante y uniforme de ambas partes, el pacto arbitral no existe (Ver, art. 1502 C.C.). La segunda cuestión que debe ser considerada es si el objeto perseguido por la citada estipulación, consistente en

derogar la jurisdicción del ente estatal para ventilar los conflictos se cumplió. No abrigamos duda que tampoco se satisface este requisito esencial porque el empresario no renuncia a la jurisdicción estatal, antes bien, puede acudir a ella, y mientras tal cosa acontezca no puede predicarse el arbitraje voluntario, ni podría ir a la jurisdicción arbitral por la persistencia de la invocación a la justicia estatal. Es evidente, asimismo, que el empresario abusa de su posición dominante o del contenido de su derecho, poniendo al contratista en condiciones de desigualdad jurídica, al generar una clara desventaja en la posición contractual, lo que lesiona el derecho del contratista, hace perder la igualdad real de las partes para acudir a la justicia, y abre las puertas al ejercicio de la acción de reparación del daño sufrido.

© D.A.R.