

VALIDEZ Y CONVENIENCIA DE LAS CLÁUSULAS COMBINADAS EN CHILE

Las cláusulas combinadas, híbridas, o de arbitraje opcional, son un fenómeno contractual que se presenta con poca frecuencia. La razón: su incorporación en un contrato puede implicar una serie de conflictos en cuanto a su validez y otros de orden práctico al momento de su aplicación.

Este tipo de cláusulas contemplan la posibilidad de acudir a arbitraje o a la jurisdicción ordinaria, sin renunciar a ninguno de los dos foros. A propósito del Auto de fecha 18 de octubre de 2013 pronunciado por la Audiencia Provincial de Madrid¹, estas cláusulas fueron definidas como “Aquellos pactos de resolución de disputas en los que una o ambas partes tiene la facultad de decidir cuál de los foros de sumisión pactados es el más adecuado para resolver una disputa, una vez ésta ha surgido. (López de Argumendo & Balmaseda, 2014).

Como se anticipó con la anterior definición, las cláusulas combinadas pueden ser simétricas o asimétricas:

- i) **Simétricas:** cuando la facultad de elegir el foro la tienen ambas partes; y
- ii) **Asimétricas:** cuando es sólo una de las partes quien puede determinar el foro al que se debe concurrir.

¿Invalidez?

Los detractores de estas cláusulas afirman que las cláusulas híbridas tienen un velado halo de indeterminación, cuando se tratan de cláusulas híbridas simétricas, o de desigualdad, cuando son asimétricas.

Tribunales españoles, rusos, ingleses, entre otros; han puesto en tela de juicio su validez y eficacia. Las cláusulas híbridas asimétricas han sido el blanco recurrente de las críticas, pues se afirma que el consentimiento prestado en estas cláusulas, al asignar la facultad de elegir el foro de discusión a una sola de las partes, podría atentar contra el principio de igualdad que debe orientar cualquier proceso judicial.²

Ahora bien, las cláusulas híbridas simétricas no tendrían reparo con relación al principio de igualdad. Sin embargo, su aplicación práctica a lo menos devendría en problemática, lo que más adelante será objeto de un breve análisis sobre conveniencia.

El primer interrogante que debería entonces resolverse sería: ¿son válidas estas cláusulas?, Y la respuesta a esta pregunta varía dependiendo de la ley aplicable a la cláusula de resolución de controversias.

El caso Chileno

¹ Este Auto fue pronunciado dentro del proceso N° 478/2013 adelantado ante el Juzgado de lo Mercantil N°11 de Madrid, en el cual se desestimó un recurso de apelación interpuesto en contra de una resolución del *a quo en la que* se declaraba incompetente para conocer de una controversia por existir cláusula arbitral.

² Casos (Russkaya Telefonnaya Kompaniya (RTK) con Sony Ericsson Moblie Communications Rus, 2012) (Camimalaga S.A.U con DAF Vehículos Industriales S.A.U, 2013) (Anzen Limited and Others v Hermes One Limited, 2016)

Haciendo uso de los principios de separabilidad y autonomía -propios de las cláusulas arbitrales- pero en las cláusulas de resolución de controversias (entendidas éstas de forma más amplia), y teniendo en cuenta que las cláusulas híbridas se podrían transformar en un pacto arbitral; se puede llegar a afirmar que las cláusulas combinadas son un negocio jurídico o contrato distinto y separable del negocio principal que les dio origen. Bajo este supuesto, sería posible un análisis de las mismas a la luz de la validez de sus elementos básicos, como si se tratara de una cláusula arbitral propiamente tal.

La Excm. Corte Suprema de Justicia Chilena, en el caso entre las compañías DINSA con Consorcio- Bice Vida, tuvo la oportunidad de conocer sobre la aplicabilidad y validez de una cláusula híbrida.³

En el citado caso, la cláusula de resolución de controversias establecía, en su primera parte, una típica cláusula arbitral. En la misma se le otorgaba poder a la Cámara de Comercio de Santiago A.G. para que nombrara, a solicitud de alguna de las partes, un árbitro mixto que resolviera cualquier controversia que surgiera entre ellas con ocasión del contrato. En otras palabras, un arbitraje institucional ante el Centro de Arbitraje y Mediación CAM Santiago. Pero en su segunda parte, la cláusula estipulaba lo siguiente:

“Jurisdicción opcional de Consorcio – Bice Vida: Se conviene por las partes que Consorcio – Bice Vida tendrá la facultad de sustraerse de la justicia arbitral que se conviene en esta cláusula y someter la resolución de la contienda de que se trata a los Tribunales Ordinarios de Justicia. De esta forma Consorcio – Bice Vida tendrá siempre la facultad unilateral de ejercer sus acciones y por consiguiente radicar el proceso correspondiente ya sea ante el Árbitro o ya sea ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, conforme a la ley. En caso que Consorcio – Bice Vida fuere demandada por Dinsa ante el Árbitro, estará investida de la facultad referida precedentemente, debiendo ejercerla y comunicarlo a Dinsa en la forma prescrita en la cláusula Diez tan pronto sea notificado de la demanda, en forma previa a la contestación u oposición de excepciones a la misma. Por el contrario, si Consorcio – Bice Vida fuere demandada por Dinsa Ante los Tribunales Ordinarios de Justicia no podrá sustraerse a la competencia de éstos”.

La alta Corporación llega al convencimiento que: “si la cláusula compromisoria puede ser renunciada por las partes, no se visualiza obstáculo alguno para que los contratantes puedan restringir la posibilidad de alegarla a una de las partes, como ocurre en la especie respecto de Consorcio – Bice Vida en caso que sean demandadas por Dinsa”. Lo anterior soportado igualmente en el principio de la autonomía de la voluntad; el artículo 1545 del Código Civil - por el cual un contrato puede ser invalidado por el mutuo consentimiento de las partes -; que no se está frente a un caso de arbitraje forzoso; y que los litigantes no han designado a un árbitro conforme a lo convenido en la cláusula compromisoria.

³ En este caso se decidió sobre un recurso de casación en el fondo, interpuesto contra la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, resolución que habría confirmado una providencia de primer grado del Juzgado 23° Civil de Santiago, por la cual se acogió la excepción de incompetencia del tribunal por existir cláusula arbitral. Excm. Corte Suprema Rol N° 31.071-2014.

En conclusión, afirma la Corte que: *“no cabe duda de que la excepción de incompetencia fue erróneamente acogida por los jueces del fondo, infringiendo el artículo 1545 del Código Civil- en cuanto desatendieron la ley del contrato, error de derecho que influyo sustancialmente en lo dispositivo del fallo, desde que llevó a los sentenciadores a acoger la aludida excepción de incompetencia en circunstancia que ésta debía ser rechazada”*.⁴

Este pronunciamiento recalca la idea que las cláusulas híbridas, tanto simétricas como asimétricas, e incluso las combinaciones de éstas, son válidas en Chile. Sin embargo, siguiendo el lineamiento de Felipe Ossa y Josefina Campos, en el cual se aborda la crítica a este tipo de cláusulas a la luz del artículo 4 del Acuerdo Sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (Ossa & Campos, 2011), valdría la pena preguntarse si dentro del razonamiento de la Corte - expuesto precedentemente - se tuvo en cuenta esta disposición normativa, o si dentro del mismo se puede dar cabida incluso a las cláusulas combinadas dentro de contratos de adhesión, lo que en mi opinión, abriría la puerta a razonamientos o prácticas que pasearían por la cornisa de lo que algunos podrían considerar injusto.

Conveniencia

Sin bien estas cláusulas pueden ser virtualmente válidas, incluso en escenarios en los que la igualdad y el consentimiento de las partes se lleven a extremos peligrosos, puede esto no resultar un fundamento suficiente para recomendar su uso.

Desde la corta experiencia que he podido adquirir en el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago en mi calidad de Pasante, y en discusiones con los Abogados CAM, quienes son los que se enfrentan día a día con la tramitación de los arbitrajes, podría afirmar que si la cláusula híbrida contempla arbitraje institucional se pueden presentar varios problemas desde el primerísimo análisis de la solicitud arbitral.

La situación más dicente, en caso de simetría, sería las demandas paralelas coetáneas en uno y otro foro, que evidentemente pondría en predicamentos tanto a árbitros como a jueces ordinarios.

En caso de tratarse de una cláusula híbrida asimétrica, se pueden presentar diferentes situaciones, las cuales se mencionarán sólo a manera ilustrativa:

Escenario 1: Quien demanda es quien tiene la facultad de elegir el foro (parte fuerte). Este escenario no presenta mayor dificultad, a la parte débil solo le resta someterse a la decisión de su contraria y concurrir al foro que elija aquella.

Escenario 2: Demanda la parte débil. Desde el momento en que quien demanda es la parte que no tiene la facultad de elegir el foro la situación se torna compleja, pues al tribunal, bien sea ordinario o arbitral, le resultaría a lo menos confuso el declararse competente para conocer de la controversia. ¿Cómo debería obrar? ¿Debería llamar a la contraparte para que ratificara la competencia del tribunal?, ¿Qué sucedería en caso de rebeldía de la parte que tiene la facultad?

⁴ *Ibidem*.

Todas las anteriores consideraciones, en últimas, se reducen a una bien conocida cuestión por los Abogados, la importancia del cuidado en la redacción. Retomando las palabras de Jesús de Alfonso, Presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona, si se llegan a usar este tipo de cláusulas es necesario que las mismas se redacten “y delimiten con bisturi” (Alfonso, 2014).

Autor: Diego Pérez Castillo, alumno de la Universidad Nacional de Colombia, pasante CAM Santiago período marzo – junio 2017.

Bibliografía

- Alfonso, J. d. (2014, febrero 25). La cláusula híbrida es un peligro para el arbitraje. (Expansión, Interviewer)
- Anzen Limited and Others v Hermes One Limited, N° 0041 (Privy Council Appeal enero 18, 2016).
- Calzados La Florida con Calzados Crillón Limitada (Corte de Apelaciones de Santiago mayo 28, 1980).
- Camimalaga S.A.U con DAF Vehículos Industriales S.A.U, 478/2010 (Audiencia Provincial de Madrid octubre 18, 2013).
- Dinsa con Consorcio- Bice Vida, Rol N° 31.071 (Corte Suprema de Justicia octubre 8, 2015).
- López de Argumendo , Á., & Balmaseda, C. (2014). *Uría Méndez*. Retrieved from <http://www.uria.com/es/publicaciones/articulos-juridicos/es>
- Ossa, F., & Campos, J. (2011). El Acuerdo de Arbitraje: La experiencia chilena. In C. A. Coaguila, *Tratado de Derecho Arbitral* (pp. 299-312). Bogotá: Ibañez.
- Russkaya Telefonnaya Kompaniya (RTK) con Sony Ericsson Moblie Communications Rus, VAS-1831/12 (Corte Arbitral Suprema de la Federación Rusa junio 19, 2012).