



Universidad Internacional de La Rioja
Máster Universitario en Derecho del Comercio
Internacional

Las cláusulas asimétricas de arbitraje

Trabajo de fin de máster presentado por: Valentina Pereira García

Titulación: Máster Universitario en Derecho del Comercio Internacional

Área jurídica: Arbitraje Internacional

Director: Dr. Rolando Joaquín Ortega Hernández

Ciudad: Medellín, Colombia

Febrero, 2020

Firmado por: Valentina Pereira García

Índice

| | | |
|--------|--|----|
| I. | Apartado de abreviaturas | 5 |
| II. | Resumen | 6 |
| III. | Introducción | 7 |
| IV. | Las cláusulas asimétricas de arbitraje. 9 | |
| 4.1. | Concepto | 9 |
| 4.1.1. | Definición | 9 |
| 4.1.2. | Cómo se invocan | 11 |
| 4.2. | Regulación | 12 |
| 4.3. | Contratos donde es más común encontrar este tipo de cláusulas | 14 |
| 4.4. | Diferencia entre las relaciones contractuales | 15 |
| V. | Sobre la validez de las cláusulas asimétricas..... | 17 |
| 5.1. | Cuestionamiento sobre la validez de este tipo de cláusulas | 17 |
| 5.1.1. | Falta de reciprocidad en las condiciones de la cláusula | 17 |
| 5.1.2. | Nulidad | 18 |
| 5.1.3. | Incontestabilidad | 19 |
| 5.1.4. | Cláusulas abusivas | 20 |
| 5.2. | Los efectos del convenio y las cláusulas arbitrales asimétricas. | 20 |

| | |
|--|--|
| | Las cláusulas asimétricas de arbitraje |
| 5.2.1.Efectos positivos y negativos del acuerdo arbitral | 20 |
| 5.2.2.La adopción de medidas cautelares | 22 |
| 5.3. La cláusula arbitral híbrida asimétrica como cláusula arbitral patológica y el principio favor arbitri | 23 |
| 5.3.1.La cláusula arbitral patológica | 23 |
| 5.3.2.El principio <i>favor arbitri</i> | 25 |
| 5.4. Razones por las cuales pueden ser consideradas abusivas | 26 |
| 5.5. Las cláusulas arbitrales asimétricas analizadas a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos | 27 |
| 5.6. El principio de la buena fe y las cláusulas asimétricas de arbitraje | 29 |
| VI. Las posiciones estatales frente a las cláusulas de arbitraje asimétricas..... | 33 |
| 6.1. Posiciones a favor de las cláusulas arbitrales asimétricas | 33 |
| 6.1.1. NB Three Shipping v Harebell Shipping de 2004 | 33 |
| 6.1.2. Law Debenture Trust Corp PLC v Elektrim Finance BV & ORS | 34 |
| 6.1.3. Mauritius Commercial Bank v Hestia Holdings Limited | 35 |
| 6.1.4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 18 de octubre de 2013: Camimalaga S.A.U. v DAF Vehículos industriales S.A.U. | 36 |
| 6.2. Posiciones en contra de las cláusulas asimétricas de arbitraje | |
| 6.2.1. Cour de Cassation 2012. Mme X v Banque Privée Edmond de Rothschild Europe | 36 |
| 6.2.2. Cour de Cassation 2015. Société Générale SA v M. Nicolas Y, Société Civile ICH y Société NJRH Management Ltd y SELARL AJ Partenaires . | 37 |

| | |
|--|-----------|
| V. Conclusiones..... | 38 |
| VI. Bibliografía..... | 41 |
| VII. Fuentes normativas | 43 |
| VIII. Fuentes jurisprudenciales..... | 45 |

I. Apartado de abreviaturas

ADR: *Alternative Dispute Resolution* o Mecanismo Alternativo de Resolución de Diferencias

Art.: artículo

CE: Consejo de Europa

CEDH: Comisión Europea de Derechos Humanos

CNY 1958: Convención de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras

CG 1961: Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961

Directiva 93/13/CEE: Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

LA 2003: Ley 60/2003 de Arbitraje

LEC: Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

UE: Unión Europea

RBI: Reglamento Bruselas I

II. Resumen

Las cláusulas asimétricas de arbitraje, son aquellos pactos en los cuales las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad pactan un acuerdo de sumisión en el cual una parte solo puede acudir a una jurisdicción y la otra tiene la opción exclusiva de elegir entre varias jurisdicciones. Estos acuerdos pueden ser interpretados de diferentes maneras, de acuerdo al ordenamiento jurídico en el que se vayan a implementar y por lo general, son objeto de discusión, ya que su naturaleza asimétrica da lugar a que puedan ser consideradas como inválidas o abusivas. Este trabajo pretende esclarecer el concepto de cláusulas asimétricas y analizar cada uno de los motivos por el cual se puede cuestionar la validez de este tipo de cláusulas, exponiendo las diferentes posiciones jurisprudenciales que existen y a partir de esto, examinar si vale la pena o no llevar a cabo este tipo de acuerdos.

Palabras claves: cláusulas asimétricas de arbitraje, validez de los pactos arbitrales, eficacia y operabilidad de los acuerdos de arbitraje.

Abstract

The asymmetric arbitration clauses are those agreements in which the parties, by virtue of the principle of autonomy, agree on a submission agreement in which one party can only go to one jurisdiction and the other has the exclusive option of choosing between several jurisdictions. These agreements can be interpreted in different ways, according to the legal system in which they are going to be implemented and are generally subject to discussion, since their asymmetric nature results in them being considered invalid or abusive. This work aims to clarify the concept of asymmetric clauses and analyze each of the reasons why the validity of this type of clause can be questioned, exposing the different jurisprudential positions that exist and from this, examine whether it is worthwhile or not to carry out this kind of agreements.

Key words: assymetric arbitration clauses, validity of arbitration agreements, effectiveness and operability of arbitration agreements.

III. Introducción

El convenio arbitral es una muestra de la manifestación inequívoca de la autonomía de la voluntad de las partes para someter sus controversias a arbitraje, por lo tanto, este puede manifestarse de varias formas, de tal manera que puedan dar una mejor respuesta a las necesidades específicas del caso. Las cláusulas compromisorias integradas a un contrato pueden asumir una multiplicidad de formatos, los cuales pueden resultar más convenientes o perjudiciales para cada parte.

Una manifestación de la libertad contractual en el arbitraje puede ser la implementación de cláusulas híbridas, las cuales pueden ser simétricas o asimétricas: en las primeras, todas las partes contratantes tienen la posibilidad de elegir el medio para solucionar la controversia que pueda surgir, por otra parte, en las segundas, solo una o algunas de las partes pueden elegir cómo se va a resolver la controversia, debiendo la otra (u otras) parte someterse a dicha elección (LÓPEZ DE ARGUMEDO y BALSAMEDA 2014).

Existe una controversia alrededor de las cláusulas asimétricas, ya que, si bien los convenios de solución de diferencias deben estar guiados bajo los criterios de igualdad y buena fe, las partes, dentro de la autonomía de la voluntad pueden suscribir cláusulas de solución de diferencias que no se hayan negociado de manera equitativa y bilateral; por lo tanto, si estos acuerdos no se establecen dentro de un contrato negociado de manera equilibrada, estas pueden ser abusivas, ya que podrían dar un gran beneficio para una parte y generar malestar en la otra. También se debe tener en cuenta que, tanto la jurisprudencia española como internacional ha agrupado dentro de las cláusulas arbitrales patológicas a las cláusulas arbitrales asimétricas, particularmente la patología se centra en la posibilidad que se le da a una parte de elegir entre jurisdicción ordinaria o arbitraje.

El objetivo principal de este trabajo es realizar un análisis a fondo sobre la validez de las cláusulas asimétricas de arbitraje, con el fin de esclarecer la controversia que

Las cláusulas asimétricas de arbitraje

existe alrededor de ellas, por lo tanto, los objetivos específicos son: hacer un estudio sobre su concepto, su regulación y el tipo de contratos donde es más común encontrarlas; señalar los motivos por los cuales son controvertidas, identificando los cuestionamientos sobre su validez y las razones por las cuales pueden llegar a ser abusivas, de igual manera, esclarecer si pueden considerarse o no como cláusulas patológicas y cómo el principio *favor arbitri* puede ayudar a superar este reto y analizar el principio de la buena fe y cómo incide la libertad contractual (“*pacta sunt servanda*”) y el equilibrio de las obligaciones (“*rebus sic stantibus*”) en este tipo de convenios; exponer las consideraciones de la jurisprudencia y su evolución.

Se realizará este análisis en las situaciones donde se pacten estas cláusulas entre empresarios, en las cuales la asimetría se presente por la diferencia entre el poder de negociación que tengan las partes de acuerdo a su capacidad económica o a sus influencias, ya que en los acuerdos arbitrales celebrados entre un empresario y un consumidor, una empresa aseguradora y su asegurado, un empleador y un trabajador la asimetría es evidente y se encuentra regulada por normas especiales que defienden los intereses de la parte considerada jurídicamente débil y, por lo tanto, la invalidez de este tipo de cláusulas es evidente.

Este trabajo será teórico y se utilizará la técnica documental bibliográfica, por lo tanto, se analizarán fuentes normativas, dando prioridad a aquellas localizadas en el ordenamiento jurídico español, teniendo en cuenta las normas internacionales que puedan incidir en el asunto, las fuentes doctrinales y jurisprudenciales de varios países, los cuales reflejen las diferentes posiciones y evoluciones del concepto.

Finalmente, quiero agradecer a Dios por todas las bendiciones que me ha dado; al Doctor Rolando Ortega por su constante guía y acompañamiento en la elaboración de este trabajo; a mi madre, Gloria María García, por ser mi principal fuente de inspiración y serenidad a lo largo de este proyecto; a mi padre, Omar Antonio Pereira, por inculcarme los valores de la disciplina y la perseverancia, los cuales fueron fundamentales en el desarrollo de este trabajo y a mi hermano, Felipe Pereira García, por su incondicional apoyo e infinita paciencia.

IV. Las cláusulas asimétricas de arbitraje

4.1. Concepto

4.1.1. Definición

En virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes tienen la posibilidad de crear una cláusula de solución de diferencias que mejor se adapte a sus necesidades y a las circunstancias contractuales; como medios de solución de diferencias, las partes pueden elegir acudir ante un órgano judicial, un tribunal arbitral o llevar a cabo otro mecanismo alternativo de solución de diferencias (en adelante, ADR), como la mediación, el peritaje técnico, un comité de resolución de litigios entre otros. Gracias a la autonomía de la voluntad, las partes pueden determinar un único elemento para resolver las controversias o establecer varios. Este tipo de cláusulas de resolución de controversias, en la cual se les da a las partes la opción de elegir, al momento de surgir una controversia, a cuál medio quieren acudir para dar solución a esta, se conocen como cláusulas híbridas o mixtas. Las cláusulas híbridas más comunes son aquellas en las cuales las partes tienen la posibilidad de acudir ante un órgano judicial o al arbitraje (LÓPEZ DE ARGUMEDO y BALSAMEDA 2014).

Las cláusulas híbridas son cada vez más utilizadas en el tráfico internacional, ya que dan a las partes la posibilidad de elegir el método de resolución de controversias para el momento en que esta surja, el cual suele ser el momento en que las partes están mejor preparadas para determinar el medio más adecuado para resolver el conflicto, por lo tanto, este tipo de cláusulas son frecuentes en aquellos casos en que, al celebrar un contrato, no se puede conocer cuál es el método más idóneo para resolver los conflictos que se puedan presentar, como los contratos relacionados con materias técnicas, complejas o novedosas, como, por ejemplo, los contratos de obra o contratos relativos al uso y desarrollo de nuevas tecnologías, de los cuales pueden derivarse varios tipos de controversias (LÓPEZ DE ARGUMEDO y BALSAMEDA 2014). Autores como GÓMEZ JENE (2017), LÓPEZ DE ARGUMEDO Y BALSAMEDA (2014) y MILLER (2016), indican que, de acuerdo con las facultades que se otorgan a cada parte, las cláusulas híbridas, se pueden clasificar en:

Cláusulas simétricas: estas cláusulas otorgan a cada parte del contrato (con independencia de su posición), la capacidad de elegir, dentro de los mecanismos de solución de controversias establecidos, cuál es el medio por el cual quieren solucionar las controversias que hayan surgido. Ejemplo: “*Todas las cuestiones que puedan suscitarse entre los accionistas y la sociedad o entre aquellos directamente por su condición de tales, serán sometidos a arbitraje de equidad, regulado en la ley de arbitraje española de 5 de diciembre de 1988, comprometiéndose las partes a estar y pasar por el laudo que en su caso se dicte, sin perjuicio de su derecho de acudir ante los tribunales de justicia y de lo previsto en las leyes para la impugnación de acuerdos sociales.*”¹

Cláusulas asimétricas: también conocidas como cláusulas unilaterales, contienen diferentes provisiones sobre la jurisdicción, dependiendo de la parte que inicie el proceso, solo facultan a una parte para elegir si quiere acudir al arbitraje o a la jurisdicción ordinaria para solucionar la controversia. La otra parte solo puede acudir ante los órganos judiciales.

Si la parte que no es beneficiaria de la cláusula asimétrica inicia un proceso, la parte beneficiaria puede solicitar al tribunal que se declare incompetente, ya que existe una cláusula arbitral. Sin embargo, el no beneficiario no tiene la oportunidad de rechazar el proceso que pueda iniciar la otra, ya sea un arbitraje o un procedimiento ordinario ante los órganos judiciales. Ejemplo: “(a) *Las Cortes de Inglaterra tienen jurisdicción exclusiva para resolver cualquier controversia que surja de, o en conexión con este contrato (incluyendo conflictos respecto a la existencia, validez o terminación de este contrato).* (b) *Las partes acuerdan que las Cortes de Inglaterra son las más apropiadas y las más convenientes para resolver disputas, y, en consecuencia, ninguna de las partes aceptará lo contrario.* (c) *Esta cláusula 24.1 es solo para el beneficio del prestamista. Como resultado, al prestamista no se le impedirá tomar procedimientos relacionados con una controversia en ningún otro*

¹ STSJ de 1 de febrero de 2016, ECLI:ES:TSJM:2016:701

Las cláusulas asimétricas de arbitraje
tribunal o jurisdicción. En la medida permitida por la ley, el prestamista puede tomar procedimientos concurrentes en cualquier número de jurisdicciones.”²

Por otra parte, AIZENSTATD LEISTENCHNEIDER (2007, p.25) señala que las cláusulas asimétricas de arbitraje son aquellas que proporcionan a una de las partes contratantes una facultad o ventaja que no tiene la otra, o que, si la tiene, pero en menor proporción, lo cual refleja un desequilibrio en los poderes contractuales que tienen las partes; por lo tanto, estas cláusulas pueden asumir varias formas, que no solo se limitan a las facultades que se les da a las partes sobre la elección del medio para solucionar el conflicto o la selección de foros de sometimiento, una cláusula asimétrica también puede ser aquella que establezca una ventaja para una de las partes a la hora de seleccionar los árbitros (solo una parte pueda elegir al árbitro, solo una parte elige al árbitro con la aprobación de la otra, una parte puede elegir la mayoría de los árbitros, una parte elige al árbitro de una lista, o se imponen requisitos especiales sobre las cualidades del árbitro, que favorezcan a una de las partes) o aquella que imponga obligaciones solo a una parte en todo lo relativo a gastos y costas del proceso (se faculta a los árbitros solo a cobrar en costas a una parte u obliga a una sola parte al pago de los costes generados por la contratación de peritos y expertos necesarios para llevar a cabo el proceso).

Por ende, toda cláusula de resolución de controversias que no haya sido redactada en condiciones de igualdad, y que no establezcan derechos y obligaciones sinalagmáticos para cada parte, se considera como una cláusula asimétrica, siendo las más comunes aquellas que permiten a una parte elegir si quiere acudir a arbitraje o a la jurisdicción ordinaria, mientras que solo permiten a la otra parte acudir ante los tribunales judiciales.

4.1.2. ¿Cómo se invocan?

El beneficiario de la cláusula asimétrica de arbitraje puede invocarla de manera directa al iniciar un procedimiento arbitral en conformidad con lo que se acordó en esta. El tribunal de arbitraje, de acuerdo con el principio *kompetenz-*

² England and Wales High Court de 24 de mayo de 2013. EWHC 1328.

Las cláusulas asimétricas de arbitraje *kompetenz*, determinará si la cláusula asimétrica constituye un acuerdo de sumisión válido y, de acuerdo con la conclusión a la que llegue, asumirá o denegará la jurisdicción sobre la controversia, sin embargo, la decisión de este tribunal sobre la validez del pacto arbitral puede ser impugnada en procesos de anulación ante el tribunal competente en la sede del arbitraje. El beneficiario también puede invocar esta cláusula de manera indirecta, si la otra parte acude ante un órgano judicial para dar solución a la controversia, puede solicitar a este tribunal referir el conflicto al arbitraje, de acuerdo con el art. 3 de la Convención de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante CNY 1958), (VAN ZELST, 2018, p. 79).

4.2. Regulación

En principio, las normas internacionales y nacionales han guardado silencio sobre las cláusulas asimétricas de arbitraje, sin embargo, es importante tener en cuenta las regulaciones relativas a la validez del convenio arbitral, ya que estas ayudan a determinar si las cláusulas asimétricas pueden considerarse válidas o no en cierto ordenamiento jurídico.

La CNY 1958 en el art. 5 señala los motivos por los cuales se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral, entre los cuales se encuentra la invalidez del convenio arbitral en virtud de la ley a que las partes lo hayan sometido, o si no se indicó nada al respecto, de acuerdo con la ley del país donde se dicte la sentencia.

Por otra parte, el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (en adelante CG 1961), señala como causal de nulidad de la sentencia arbitral la invalidez del compromiso arbitral de acuerdo con la ley a la cual lo sometieron las partes o la ley del país donde se dictó el laudo.

Esto quiere decir, que, si las normas de un Estado consideran que una cláusula asimétrica de arbitraje no es válida, estas no pueden ser aplicables, y las sentencias arbitrales que puedan surgir no podrán reconocerse y ejecutarse. Esto da lugar a una inseguridad jurídica, lo cual hace imprescindible que las partes seleccionen cuidadosamente la ley aplicable, con el fin que la cláusula pueda aplicarse y no esté en riesgo la ejecutividad de la sentencia arbitral que pueda surgir.

Por ejemplo, en España, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante LA 2003) solo advierte, en el art. 9, que el convenio arbitral “*deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*”. Es importante tener en cuenta que, en aquellos casos que la cláusula asimétrica esté contenida en un contrato de adhesión o consumo, se deben considerar las normas relativas a estos tipos de contratos para poder verificar la validez de estas.

Esto quiere decir, que una cláusula asimétrica puede ser considerada como válida en este ordenamiento jurídico, siempre y cuando las partes, incluso la que no se ve favorecida por el pacto, manifiesten su voluntad de acudir al arbitraje. Sin embargo, esta validez dependerá del análisis que haga el tribunal, lo cual significa que la validez y eficacia de las cláusulas híbridas asimétricas es incierta hasta que haya un análisis jurisprudencial al respecto.

Por otra parte, en Colombia es claro que estas cláusulas no son válidas, sin embargo, esta invalidez no se presenta por su asimetría, sino por su carácter híbrido: de acuerdo con el art. 3 de la ley 1563/2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, “*el pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces*”. Esto quiere decir, que en este ordenamiento jurídico no se pueden establecer cláusulas híbridas de ningún tipo. Sin embargo, la ley colombiana también guarda silencio sobre la asimetría, por lo tanto, la validez de una cláusula asimétrica que no otorgue a alguna de las partes la elección de acudir ante un tribunal arbitral o ante un órgano judicial, sino que establezca

Las cláusulas asimétricas de arbitraje ventajas para una parte en otros aspectos, como la selección de árbitros o los costes, es incierta.

En la normativa nacional e internacional existe un silencio sobre las cláusulas asimétricas de arbitraje, lo cual significa que hay un alto grado de inseguridad jurídica, que se traduce un gran riesgo a la hora de implementarlas, ya que los tribunales de cada Estado determinarán si son válidas o no.

4.3. Contratos donde es más común encontrar este tipo de cláusulas

Las cláusulas asimétricas son incluidas dentro de un contrato como consideración a un mayor riesgo que debe asumir la parte que tiene la oportunidad de elegir, aunque no es necesario que la cláusula sea balanceada por otra provisión prevista en el contrato. Por ejemplo, en los préstamos u otras transacciones similares, se emplea esta cláusula con el fin de maximizar las opciones del prestamista para recuperar las sumas que no hayan sido pagadas. También son ampliamente utilizadas en el sector bancario y financiero, en los contratos de arrendamiento o de construcción, que tienen una parte más fuerte (MILLER, 2016).

KEYES y MARSHALL (2015) indican que, en el sector financiero y bancario, el objetivo de esta cláusula es asegurar al acreedor su capacidad de litigar en el Estado de residencia del deudor, o donde se encuentren sus activos. Esto quiere decir, que minimizan el riesgo de que las obligaciones del deudor no puedan exigirse y, por ende, ayudan a la preparación de los bancos para proporcionar financiación y reducir el costo de esta a los deudores. De igual manera, pretenden asegurar que el acreedor solo sea demandado en la jurisdicción de su preferencia.

Sin embargo, la mayoría de los contratos en los cuales se pueden encontrar cláusulas asimétricas, como el contrato de arrendamiento, construcción o los relativos al sector financiero, se caracterizan por tener una parte con poder de

Las cláusulas asimétricas de arbitraje negociación más fuerte, por ende, tienen más capacidades de imponer estipulaciones que les sean más favorables.

Estas cláusulas también son empleadas cuando una de las partes se encuentra domiciliada en un Estado donde es difícil ejecutar sentencias extranjeras, debido a la falta de tratados de reconocimiento o ejecución, u otros factores externos, por lo que podría ser preferible acudir a la vía arbitral, ya que el CNY 1958 ha sido ratificado por más de 140 países (LÓPEZ DE ARGUMEDO y BALMASEDA, 2014).

4.3. Diferencia entre las relaciones contractuales

Es importante diferenciar las relaciones que se presentan en el ámbito contractual, ya que en el marco del comercio internacional existen ciertos sujetos procesales que se encuentran en desventaja para poder hacer exigibles sus derechos. Estos sujetos se consideran como partes débiles, y su situación se puede derivar de su incapacidad para conocer los contratos que suscribe o su imposibilidad para acceder al conocimiento completo de estos u otras negociaciones que realiza; la debilidad también puede surgir de su poco poder de negociación o su poca capacidad económica. La identificación de una parte débil depende del derecho aplicable al contrato, el cual puede incluir normas que le otorguen protección (PABÓN GIRALDO y MAZUERA ZULUAGA, 2017).

En el ámbito europeo, los contratos de consumo tienen una regulación específica que dan una protección adicional a los consumidores, ya que estos son considerados como la parte más débil. En primer lugar, el art. 196 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) señala que la Unión Europea (en adelante, UE) debe contribuir a la defensa de los derechos, intereses y seguridad del consumidor. En segundo lugar, la Directiva 93/13/CEE, desarrolla el artículo 196 del TFUE y aproxima las legislaciones nacionales de los Estados miembros con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores ante las cláusulas abusivas que no han sido negociadas individualmente.

La Directiva 93/13/CEE se aplica a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores y cubre cláusulas contractuales tipo, cláusulas normalizadas o cláusulas de adhesión, las cuales no hayan sido negociadas de manera individual, es decir, que se redactó previamente por el profesional y el consumidor no pudo intervenir sobre las estipulaciones establecidas en esta³. Esta norma señala que una cláusula se considerará abusiva si es contraria a la buena fe y causa en detrimento del consumidor “un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”⁴. De igual manera, esta Directiva exige que los profesionales que empleen cláusulas no negociadas individualmente actúen con transparencia, es decir que, las cláusulas del contrato deben redactarse en un lenguaje claro y comprensible⁵ y además los consumidores deben tener una verdadera oportunidad de conocer las cláusulas del contrato antes de su conclusión⁶, la falta de transparencia puede dar lugar a que se consideren abusivas las cláusulas del contrato. Si una cláusula es abusiva, el art. 6 señala que esta no puede ser vinculante al consumidor, sin embargo, el contrato puede seguir siendo obligatorio para las partes si puede subsistir sin la cláusula abusiva.

Es decir, que en casos donde la asimetría se presenta porque en el contrato interviene una parte considerada jurídicamente débil, como en el contrato de consumo o de adhesión, una cláusula asimétrica de arbitraje que no haya sido negociada de manera conjunta por ambas partes se considerará nula en tanto entra en la categoría de cláusulas abusivas, de acuerdo con las diferentes normas existentes que protegen a los sujetos débiles. Por otra parte, en los contratos donde ambas partes se encuentran en igualdad de condiciones, la validez o invalidez de un acuerdo asimétrico de arbitraje no es tan clara, ya que no existen normas que se refieran a estos de manera particular.

³ Art. 3.2. Directiva 93/13/CEE

⁴ Art. 3.1. Directiva 93/13/CEE

⁵ Art. 4.2 y art. 5 Directiva 93/13/CEE

⁶ Considerando 20 Directiva 93/13/CEE

V. Sobre la validez de las cláusulas asimétricas

5.1. Cuestionamiento sobre la validez de este tipo de cláusulas

Las cláusulas asimétricas pueden reflejar la desigualdad en el poder de negociación de las partes, por lo general, quien discute la validez de este tipo de cláusulas es la parte que no se ha visto favorecida por esta. Estas cláusulas se cuestionan por el temor a la vulneración del principio de igualdad procesal, falta de comutatividad de la cláusula, la ausencia de un consentimiento bilateral a la sumisión o que la sumisión contiene una condición cuyo cumplimiento queda al arbitrio de una de las partes.

AIZENSTATD LEISTENCHNEIDER (2007), señala las siguientes razones por las cuales se puede cuestionar la validez de una cláusula asimétrica de arbitraje:

5.1.1. Falta de reciprocidad en las condiciones de la cláusula

Las partes contratantes deben estar en igualdad de condiciones dentro del contrato; esto implica que se deben establecer prestaciones y contraprestaciones de igual magnitud, además ambas partes deben tener los mismos recursos para resolver sus controversias. Por lo tanto, el pacto de arbitraje, al ser una figura contractual, debe tener estas características, las cuales deben ser aceptadas por ambas partes. Se puede considerar que las cláusulas asimétricas van abiertamente en contra de este principio, ya que estas otorgan un derecho a una parte e imponen una obligación a la otra, la cual no se corresponde.

En el ordenamiento jurídico estadounidense, se han cuestionado este tipo de acuerdos, ya en 1956, en el caso de *Deutsch v Long Island Carpet Cleaning Co.*⁷, se cuestionó la validez de una cláusula unilateral incluida de manera unilateral, por una parte: la compañía de limpieza de tapetes, en el reverso de un recibo, en la cual se indicaba que, mientras las reclamaciones del cliente podían resolverse mediante

⁷ *Deutsch v Long Island Carpet Cleaning Co.* 5. Misc.2d.684, 158 N.Y.S 2d 876

Las cláusulas asimétricas de arbitraje arbitraje, los reclamos de la compañía solo podían resolverse en los tribunales; la Corte de Nueva York consideró este acuerdo como inválido, ya que no representaba un acuerdo consciente para limitar el arbitraje solo a las reclamaciones del cliente, y, por lo tanto, no se podía ejecutar por falta de reciprocidad.

En 1971, la Corte de California, en la sentencia *Frame v Merrill Lynch, Fenner and Smith Inc.*⁸, analizó la validez de una cláusula de arbitraje que se incluyó de manera unilateral en un formulario de solicitud de bolsa, este formulario era un requisito para poder iniciar una relación laboral entre las partes de la controversia. En este caso, la Corte consideró válido el pacto arbitral, ya que, como las partes entablaron una relación laboral continua, no se podía alegar que había falta de mutualidad.

En la sentencia del caso *Willis Flooring v Howard S. Lease Const.*⁹ , se cuestionó la validez de una cláusula arbitral, ya que, otorgaba de manera exclusiva a una de las partes el derecho de arreglar las controversias a través del arbitraje. En este caso, la Corte Suprema de Alaska, señaló que esta era válida, ya que consideraba que no era injusta o hubo coerción en la inclusión de esta, de igual manera, indicó que el arbitraje no es menos justo que un litigio ante los órganos judiciales, en el cual se le otorga a una de las partes el derecho de selección de foro. Por lo tanto, esta cláusula es válida.

5.1.2. Nulidad

Otro motivo por el cual se puede atacar la validez de una cláusula asimétrica es declarando su nulidad. Al respecto, HERNANDEZ GALILEA (1995, p.66) define la nulidad como “*técnica procesal dirigida a la privación de efectos producidos – o cuya producción se pretende – por actos en cuya realización se hayan cometido infracciones que el ordenamiento considere dignas de tal protección*”.

⁸ *Frame v Merrill Lynch, Fenner and Smith Inc.*, 97 Cal. Rptr.811

⁹ *Willis Flooring v Howard S. Lease Const.*, 656 P.2d 1184

De esta definición, se entiende que la nulidad se deriva de la omisión de ciertos requisitos que son esenciales para el acto jurídico, dichos requerimientos son exigidos por el ordenamiento jurídico en el cual se pretenda llevar a cabo el negocio jurídico. El convenio arbitral, al ser un negocio jurídico, también tiene establecidas sus condiciones de validez en varias normas a nivel internacional y nacional.

A nivel internacional, el CNY 1958, señala en sus artículos 2 y 5, que un convenio arbitral es válido si es un acuerdo por escrito, en el cual se exprese el acuerdo de las partes de someter la controversia a arbitraje y dicho acuerdo sea aceptado por estas con su firma; además debe existir una relación jurídica determinada de la cual surgió o vayan a surgir los litigios y debe cumplir con las condiciones de validez de la ley aplicable a este. Por otra parte, el CG 1961, señala que un convenio arbitral es válido si se ajusta a los requisitos de la ley de los países de residencia habitual, domicilio o sede social de cada una de las partes.

En el ordenamiento jurídico español, la Ley de Arbitraje de 2003, en el art. 9, señala que un acuerdo arbitral es válido si expresa la voluntad de las partes de someterse al procedimiento de arbitraje, se encuentra por escrito y cumple con las normas elegidas para regir el convenio.

La nulidad de la cláusula unilateral dependerá del órgano que está llevando a cabo este análisis, el cual debe seguir ciertas normas sobre la validez del pacto arbitral (las cuales pueden cambiar entre los ordenamientos jurídicos) y, de igual manera, puede tener sus propias ideas sobre cómo debe ser éste.

5.1.3. Incontestabilidad

El acuerdo arbitral asimétrico puede impedir que ciertos órganos jurisdiccionales no puedan conocer de ciertos casos en los cuales, una parte del contrato, aprovechándose de su posición y de ciertas facultades que la otra parte no posee, imponga obligaciones que vayan en contra de la parte débil.

5.1.4. Cláusulas abusivas

Las cláusulas asimétricas pueden ser abusivas en tanto suponen una ruptura en el equilibrio contractual, ya que no hay igualdad en los derechos, prestaciones deberes y facultades que tienen las partes.

5.2. Los efectos del convenio y las cláusulas arbitrales asimétricas.

5.2.1. Efectos positivos y negativos del acuerdo arbitral

El principal motivo por el cual las partes deciden implementar un convenio arbitral dentro de sus negocios jurídicos, es con el fin de establecer el arbitraje como mecanismo de resolución de diferencias de una manera vinculante, impidiendo que otras jurisdicciones puedan conocer del asunto objeto del litigio, esto significa que el convenio arbitral despliega una serie de efectos, los cuales tienen una especial relevancia a la hora de interpretar una cláusula de arbitraje, más si esta es una cláusula asimétrica.

En virtud del convenio arbitral, las partes están obligadas a emplear el arbitraje como mecanismo para resolver la controversia, esto quiere decir, que, si una controversia se encuentra cubierta por este procedimiento, las partes no pueden rechazarlo; esto se conoce como el efecto positivo del convenio arbitral. Por otra parte, este convenio implica que, solamente los árbitros tienen la competencia para conocer de el conflicto objeto de este, por lo tanto, los jueces se deben abstener de conocer aquellas cuestiones que se encuentran cubiertas por el convenio, esto quiere decir que, si una parte acude ante un órgano judicial con el fin de dar solución a una controversia, la otra parte puede alegar la existencia de un convenio arbitral para evitar que el juez conozca del asunto, lo cual consiste en el efecto negativo del convenio arbitral.

Estos efectos del convenio arbitral se encuentran establecidos en varias normas: en primer lugar, el CNY 1958, en el art. 2.3, se refiere al efecto negativo, al señalar que el tribunal al cual se le presente un litigio en el cual las partes hayan pactado un acuerdo de arbitraje debe remitirlas a este procedimiento, a menos que se compruebe la nulidad, ineffectuacía o inaplicabilidad de dicho acuerdo.

En segundo lugar, el CG 1961, en el art. 6.3, también hace referencia al efecto negativo, al indicar que, si una de las partes ya había iniciado un procedimiento arbitral, el órgano judicial ante el cual la otra parte se dirigió con el fin de resolver el mismo conflicto, está obligado a deferir toda la resolución sobre la competencia al tribunal arbitral hasta el momento que éste dicte sentencia sobre el fondo del asunto. En tercer lugar, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 de igual manera hace referencia al efecto negativo del convenio arbitral en el art. 8, al ordenar que, el tribunal que conozca de un conflicto sobre un asunto que es objeto de arbitraje, debe remitir a las partes a este procedimiento si cualquiera de ellas lo solicita, salvo que compruebe que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineffectuacío o imposible de ejecutar.

Por otra parte, el art. 11 de la LA 2003 hace referencia a los efectos positivos y negativos del acuerdo, al establecer que las partes se encuentran obligadas a cumplir con lo que han estipulado en el convenio arbitral e impedir que los órganos judiciales conozcan de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que sea invocado este procedimiento. CREMADES, (2011, p. 270-271), señala que también hay otros ordenamientos jurídicos que regulan los efectos del convenio arbitral, como el francés, el cual, en el art. 1458 de su Código de Proceso Civil, señala que, en caso que una controversia de la cual tenga conocimiento un tribunal de arbitraje sea sometida a un órgano judicial estatal, este último debe declararse independiente, salvo que el convenio arbitral sea manifiestamente nulo; en el derecho inglés, la Ley de Arbitraje, en el párrafo 4 de la sección 9 indica que el juez debe tener en cuenta todas las solicitudes de suspensión del proceso por la existencia de un acuerdo arbitral; finalmente, en Suiza, el art. 7.b) del Código de Derecho Internacional privado permite al juez nacional decidir sobre la jurisdicción de los árbitros antes de decidir

Las cláusulas asimétricas de arbitraje sobre su propia competencia, cuando, existiendo un convenio arbitral, una de las partes cuestione la validez de este.

Estas diversas normas dan la posibilidad que las partes puedan oponerse a la jurisdicción estatal, interponiendo una excepción procesal y soliciten que el juez se declare incompetente y remita a las partes al arbitraje que habían pactado previamente, siempre que el acuerdo arbitral sea considerado como válido, eficaz y aplicable.

Sin embargo, en las cláusulas arbitrales asimétricas, así como los otros tipos de cláusulas híbridas en general, estos efectos no son evidentes, ya que estas establecen la posibilidad de resolver las controversias que surjan a partir de cierto negocio jurídico ante varias jurisdicciones. Por ende, ¿por qué pactar un acuerdo de sometimiento si este no surte efectos? Un tribunal, ya sea arbitral (en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*) o un órgano judicial estatal podría considerar este tipo de cláusulas como inválidas, ya que estas no conducen a los fines establecidos por la ley.

Las normas anteriormente mencionadas, también señalan que los tribunales ante los cuales se presenten el litigio que está cubierto por el convenio arbitral, deberán decidir si este es válido, eficaz o aplicable; la falta de objetivo que en principio reflejan las cláusulas asimétricas de arbitraje, implican que hay un alto grado de inseguridad jurídica, ya que quien analice este tipo de acuerdos, puede considerar que estos no son aplicables al no desplegar efectos.

5.2.2. La adopción de medidas cautelares

Es importante tener en cuenta que, si bien en virtud de los efectos positivos del convenio arbitral, las partes están obligadas a emplear el arbitraje como mecanismo para resolver la disputa, estas aún pueden tener la posibilidad de acudir ante un órgano judicial para solicitar la adopción de medidas cautelares.

En España, de acuerdo con lo establecido por el art. 11.3 de la LA 2003 y el artículo 730 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), las partes pueden acudir ante el juez para solicitar las medidas que consideren oportunas con el fin de asegurar la ejecución de un futuro laudo arbitral o garantizar los medios de prueba necesarios. CREMADES (2011, p.674) afirma que este es otro efecto derivado de la eficacia del convenio arbitral, ya que esta faculta tanto a las partes para solicitar ante el juez las medidas cautelares que consideren necesarias, como al órgano judicial para adoptar decisiones que estime pertinentes.

5.3. La cláusula arbitral híbrida asimétrica como cláusula arbitral patológica y el principio *favor arbitri*

5.3.1. La cláusula arbitral patológica

Teniendo en cuenta las características de una cláusula asimétrica de arbitraje, esta podría llegar a ser considerada como una cláusula patológica: en primer lugar, su carácter híbrido puede resultar ambiguo y, en segundo lugar, la forma en que es redactada, de tal manera que otorga facultades solamente a alguna de las partes, va en contra de la naturaleza misma del pacto arbitral. Por lo tanto, es importante analizar el concepto de cláusulas patológicas, con el fin de establecer si una cláusula unilateral puede considerarse como cláusula patológica.

FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN (1999, p.262) señalan que la expresión “cláusula patológica” fue empleada por primera vez en 1974 por Frédéric Eisemann, para señalar aquellos acuerdos que contienen defectos susceptibles de interrumpir el progreso fluido del proceso arbitral. Los acuerdos arbitrales y las cláusulas de arbitraje pueden ser patológicos por varias razones, entre ellas, la sumisión opcional al arbitraje, como es el caso de las cláusulas asimétricas. Estos defectos en el mejor de los casos, darán lugar a la existencia de litigios paralelos al arbitraje, ya que la parte que intenta evitar este procedimiento tendrá más fundamentos para hacerlo, alegando que la cláusula es ineficaz, dando lugar a que el procedimiento para resolver

Las cláusulas asimétricas de arbitraje

la controversia sea más lento y costoso; en el peor de los casos, será imposible inferir del pacto arbitral una intención que sea lo suficientemente coherente y efectiva como para permitir que funcione el arbitraje.

LEE (2013), indica que Eisemann expuso cuatro funciones básicas de la cláusula arbitral: produce efectos de carácter obligatorio para las partes contratantes; impide que la justicia ordinaria intervenga antes de la emisión del laudo arbitral; da a los árbitros competencia para resolver la controversia y brinda las condiciones necesarias para el desarrollo de un proceso que concluya en un laudo. Si un acuerdo arbitral no cumple con alguna de estas funciones, entonces se considerará como patológica, la desviación de cualquiera de esos elementos determinará cuán defectuosa es la cláusula.

Por otra parte, RIVERA (2011, p.352) define las cláusulas patológicas como “*...los convenios arbitrales que, por su contenido, resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables. También se utiliza esta expresión para hacer referencia a convenios arbitrales que resultan en un arbitraje no idóneo para la correcta o eficiente resolución de la controversia entre las partes...*” . Este autor afirma que estas cláusulas tienen un alto grado de inseguridad jurídica, ya que la inaplicabilidad del convenio hará que la parte que quiere acudir al arbitraje dude si puede acudir a este procedimiento o a los tribunales estatales; por otra parte, si se lleva a cabo un procedimiento arbitral, el laudo podría ser cuestionado por la otra parte, a partir de la misma discusión sobre la aplicabilidad o eficacia del convenio. Esta situación acaba dificultando o impidiendo la implementación del arbitraje como medio para resolver la controversia.

En este orden de ideas, se podría considerar la cláusula asimétrica como una cláusula patólica, ya que la opción que otorga a una de las partes, de elegir el medio para solucionar el conflicto puede considerarse ambigua. De igual manera, esta cláusula solo produce efectos obligatorios para una de las partes, lo cual podría dar lugar a que el conflicto que surja no se pueda resolver de la manera más adecuada.

Sin embargo, este análisis debe hacerse para cada caso concreto, teniendo en cuenta las condiciones establecidas en la cláusula y la normatividad aplicable al respecto.

5.3.2. El principio *favor arbitri*

Por otra parte, también es necesario tener en cuenta el principio *favor arbitri*, ya que este permite que se pueda llevar a cabo el proceso de arbitraje, pese a las dificultades que se puedan presentar en la cláusula de arbitraje.

JARA VÁSQUEZ (2013, p.5) señala que el principio *favor arbitri* se entiende como “*...una directriz que orienta la formulación y la aplicación de normas que en última instancia precautelan el derecho a tutela efectiva de los ciudadanos mediante la conservación de la vigencia del convenio arbitral frente a las intervenciones de la justicia estatal...*”. Este principio protege la voluntad de las partes de resolver sus controversias por vía arbitral, ya que impide que los órganos judiciales intervengan en este proceso.

Este principio no significa que los órganos judiciales no puedan intervenir en los procesos de arbitraje, ni estudiar la validez de las cláusulas de sometimiento; de acuerdo con este principio, los tribunales deben tener una intervención mínima, la cual se debe limitar a llevar a cabo aquellas acciones necesarias para proteger los derechos de los ciudadanos (JARA VÁSQUEZ, 2013).

En virtud de este principio, los ordenamientos jurídicos deben respetar los acuerdos de sometimiento a arbitraje que estipulen los particulares, y, por lo tanto, siempre y cuando no exista una causa de invalidez, estos prevalecen. Es decir, que, si la cláusula de arbitraje no presenta vicios insuperables, no se puede restringir la voluntad de las partes de resolver sus controversias por este medio.

Analizando las cláusulas asimétricas a la luz de este principio, si estas no van en contra del orden público, vulneran el derecho de una de las partes o incurren en alguna causal de nulidad en el ordenamiento jurídico donde se pretenden

Las cláusulas asimétricas de arbitraje implementar; un tribunal no podría impedir que se lleve a cabo el proceso de arbitraje, ya que ambas partes manifestaron de manera expresa someterse este, aún cuando solo una parte es quien tiene la capacidad de iniciar este proceso.

5.4. Razones por las cuales pueden ser consideradas abusivas

Como ya se ha mencionado en un apartado anterior, las cláusulas asimétricas o unilaterales pueden considerarse como abusivas, ya que pueden ser el resultado de una negociación injusta, en la cual una parte más fuerte impone condiciones en detrimento de la otra parte. Por lo tanto, es importante analizar sobre el concepto de cláusulas abusivas y, si las cláusulas objeto de análisis pueden encajar dentro de esta definición.

De acuerdo con ARANGO GRAJALES (2015, p.244), las cláusulas abusivas son aquellos acuerdos que violan el equilibrio justo que debe existir dentro de las relaciones privadas, las cuales dan lugar a la ineeficacia de determinadas prescripciones previstas dentro de un ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que una cláusula abusiva otorga una ventaja a favor de una de las partes en detrimento de los derechos de la otra, lo cual implica que va en contra de los intereses de los contratantes.

Estas cláusulas suponen un abuso del derecho, ya que hay una extralimitación de la voluntad de una de las partes, la cual va en contra de las disposiciones normativas. Las cláusulas abusivas también pueden implicar que haya otros vicios del consentimiento, como el dolo (imponer determinada cláusula con una mala intención) y la violencia (abuso de la posición de poder), lo cual puede dar lugar a que se declare nula y, en ciertos casos se pueda reclamar responsabilidad (ARANGO GRIJALES, 2015)

Una cláusula abusiva es aquella que otorga una ventaja a favor de una de las partes, imponiendo un desequilibrio en cuanto a los derechos y obligaciones de las

Las cláusulas asimétricas de arbitraje partes, por lo tanto, en aquellos casos en que la cláusula asimétrica fue redactada en un contrato donde hay claramente una parte más débil, los términos de esta cláusula pueden estar determinados por un abuso de posición dominante si dicha cláusula obliga a la parte más débil a someterse a un arbitraje inadecuado para el tipo de conflicto o a seguir condiciones exageradas o desproporcionadas en el proceso, lo cual le impide manifestar su voluntad de manera libre y expresa. Este tipo de cláusulas pueden encontrarse en los contratos de consumo o de adhesión (MEDINA FANDIÑO 2016, p.17).

Sin embargo, el hecho que solo una de las partes pueda elegir el medio para resolver la diferencia no siempre significa que haya un abuso, ya que la seguridad jurídica y la previsibilidad son constatables y no puede afirmarse que hubo una quiebra en el principio de igualdad de armas. La desigualdad no implica una verdadera ventaja a favor de una de las partes o el detrimento de los derechos de sus contrapartes. Por lo tanto, las cláusulas asimétricas son desiguales, pero no significa que siempre sean abusivas.

5.5. Las cláusulas arbitrales asimétricas analizadas a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos

A nivel europeo, está en vigor el Convenio para la Protección Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, también conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), el cual fue suscrito en 1950 por los Estados miembros del Consejo de Europa (en adelante, CE) con el fin de garantizar la protección de los derechos humanos en el continente.

El CEDH, en su art. 6, regula el derecho a un proceso equitativo, en este establece el derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la ley. De igual manera dispone la presunción de inocencia y los derechos del acusado, entre

Las cláusulas asimétricas de arbitraje los cuales están, la información del proceso, preparación de su defensa y la asistencia jurídica, entre otros.

El CEDH hace parte del ordenamiento jurídico de los Estados miembros del CE, por lo tanto, al realizar un análisis sobre la validez, aplicabilidad y operabilidad del pacto arbitral, el juez europeo deberá examinar si este cumple con los requisitos establecidos en el CEDH y está de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).

Una cláusula asimétrica de arbitraje, supone la renuncia de una parte del derecho de llevar a cabo un procedimiento equitativo en relación con su contraparte, ya que tiene menos opciones para poder encontrar una solución a la controversia cubierta por el pacto.

VAN ZELST (2018, p.83) señala que el acuerdo arbitral en general, va en contra de los requisitos establecidos por el artículo 6 del CEDH, ya que este supone una renuncia a los derechos establecidos en la norma: los procedimientos arbitrales son privados, el tribunal arbitral puede constituirse por métodos paralelos a la ley y las sentencias rara vez se publican. Además, se ha cuestionado el procedimiento de elección del tribunal en ciertas instituciones, ya que este podría ir en contra de los principios de independencia e imparcialidad.

La Comisión Europea de Derechos Humanos, en sentencia del 5 de marzo de 1962¹⁰ del TEDH concluyó que “*la inclusión de una cláusula de arbitraje en un acuerdo entre particulares si es una renuncia parcial al artículo 6 de la CEDH, pero nada en ese texto ni en otro artículo de la Convención prohíbe de manera explícita dicha renuncia, además, la Comisión no puede presumir que los Estados contratantes, al asumir las obligaciones establecidas en esta norma, estén obligados a prevenir que las personas de su jurisdicción decidan acudir a los árbitros para la resolución de ciertos asuntos*”.

¹⁰ ECLI: CE: ECHR: 1962: 0350DEC000119761

Esto quiere decir que las personas físicas y jurídicas de los Estados contratantes pueden renunciar a los derechos otorgados por el art. 6 de la CEDH. En 1980, el TEDH, en la sentencia del caso Deweer v. Bélgica¹¹ corroboró esta idea al indicar que “*en el sistema jurídico interno de los Estados contratantes semejante renuncia se encuentra frecuente en el plano civil, concretamente bajo la forma de cláusulas contractuales de arbitraje*”.

VAN ZELST (2018, p.84), advierte que es posible renunciar a los derechos establecidos en el artículo 6 de la CEDH, pero la Comisión Europea de Derechos Humanos y el TEDH tienen una serie de requisitos para que dicha renuncia sea válida. En primer lugar, exigen que la renuncia se acuerde libremente¹² y de manera inequívoca¹³ y requiera garantías mínimas proporcionales a su importancia¹⁴.

Respecto a las cláusulas asimétricas de arbitraje, estas también pueden ser válidas a la luz del CEDH si cumple con los requisitos previamente establecidos. Es decir, que la parte menos favorecida por la cláusula debe realizar la renuncia de manera inequívoca y libre, además, la cláusula debe establecer garantías mínimas proporcionales. VAN ZELST (2018, p.86) afirma que una cláusula de arbitraje asimétrica libremente celebrada y correctamente redactada cumple con estos requisitos, además, no hay nada en la jurisprudencia del TEDH que sugiera que esto sea diferente en este tipo de cláusulas, ya que, en estos pactos, se acuerda someter la controversia a arbitraje, dependiendo de la elección que realice el beneficiario de la cláusula fundamentado por el derecho otorgado de manera exclusiva a este.

5.6. El principio de la buena fe y las cláusulas asimétricas de arbitraje

¹¹ ECLI: CE: ECHR: 1980: 0227JUD00690375.

¹² Ibidem

¹³ ECLI: CE: ECHR: 1974: 0507JUD000193663 parágrafo 36; ECLI: CE: ECHR: 1981: 0623JUD000687875 parágrafo 59

¹⁴ ECLI: CE: ECHR: 1992: 0225JUD00180284 parágrafo 37

Las cláusulas asimétricas de arbitraje son un claro ejemplo de la manifestación del poder de negociación que tienen las partes, pero este claro desequilibrio en las facultades que otorga puede dar lugar a que se cuestione si estas son contrarias o no al principio de la buena fe.

SOLARTE RODRÍGUEZ (2004, p.285), señala que, al hablar del principio de la buena fe, se puede hacer referencia a: la convicción que una persona tiene sobre su comportamiento, el cual es apropiado y está permitido por la ley; la confianza que existe sobre la apariencia jurídica del negocio, el sujeto actúa creyendo que la otra parte es el titular de un derecho que aspira a incorporar en su patrimonio, pero dicha apariencia no tiene correspondencia con un derecho subjetivo radicado en el patrimonio de aquel; la buena fe también puede referirse a la rectitud y honradez en el trato, por lo tanto, es un criterio al cual las partes deben sujetarse al llevar a cabo sus relaciones jurídicas.

La buena fe puede ser subjetiva y objetiva, la primera hace referencia a la creencia del sujeto sobre su conducta, la segunda se refiere al deber general de las personas de actuar de manera honrada y acorde a la ley al celebrar negocios jurídicos (SOLARTE RODRÍGUEZ 2004, p.287). En el ordenamiento jurídico español, este deber de conducta se encuentra establecido en el artículo 7.1 del Código Civil, el cual indica que "*los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*". El principio de la buena fe también se ha desarrollado en varias normas a nivel internacional, como el artículo 1.7 de los Principios Unidroit para los contratos comerciales, el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos internacionales de mercaderías y el artículo 1:201 de los Principios del Derecho Contractual Europeo preparados por la comisión presidida por el profesor Ole Lando. En el ámbito contractual la buena fe se refiere a las conductas que deben asumir las partes, las cuales amplían el rango de obligaciones asumidas por las partes en el contrato, con el fin de poder llevar a cabo su interés contractual. La buena fe se desarrolla como un límite a los derechos subjetivos de las partes, lo cual impide el abuso o desviación de dichos derechos, impulsando a las partes a ser coherentes en su comportamiento, de manera que no puedan contradecir sus propios actos.

Las cláusulas asimétricas de arbitraje
(SOLARTE RODRÍGUEZ 2004, p.290). La buena fe es un principio rector de todo contrato, por lo tanto, si se estipulan cláusulas que van en contra de este principio, estas carecen de legitimidad y por lo tanto no pueden prevalecer (NEME VILLARREAL 2014, p. 18).

Del principio de la buena fe, emana la regla “*pacta sunt servanda*” y la regla “*rebus sic stantibus*”, que se coordinan y complementan dentro de este principio y, de acuerdo con NEME VILLARREAL (2014, p.18), desarrolla valores complementarios: la firmeza de los acuerdos que impide que las partes lo desconozcan de manera unilateral y, por otra parte, el contrato debe guardar ciertos valores de equilibrio económico, que hacen que este sea acorde con exigencias de prohibición del abuso, la legitimidad, solidaridad y equidad.

Las cláusulas asimétricas de arbitraje, en razón de la autonomía de la voluntad son válidas, ya que estas son una manifestación de los intereses de las partes de acuerdo con su poder de negociación, principalmente sustentado en el poder económico, sin embargo, en razón de la regla “*rebus sic stantibus*”, se podría alegar que este tipo de cláusulas van en contra del principio de la buena fe, ya que no hay un equilibrio en las condiciones contractuales, sin embargo, de acuerdo a la regla “*pacta sunt servanda*” estas deben implementarse.

CASTIÑEIRA JEREZ (2014, p.8) afirma que el principio “*pacta sunt servanda*” tiene dos vertientes, una positiva y una negativa. La vertiente positiva significa que las partes están obligadas a lo pactado y deben asumir las consecuencias que se derivan de la interpretación e integración del contrato, la vertiente negativa da lugar a que otros elementos y circunstancias que no se hayan contemplado en el contrato o no se puedan deducir de este sean irrelevantes. En el caso de la cláusula arbitral, esto es evidente en los efectos que esta despliega, por lo tanto, las partes, están obligadas a llevar a cabo lo que acordaron en este pacto, aún cuando este otorgue beneficios especiales a una sola parte.

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español, la buena fe tiene límites, establecidos en el artículo 1255 del Código Civil, el cual indica que “*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”. Esto significa que, en España se podría discutir si una cláusula arbitral asimétrica es contraria al orden público, ya que hay falta de balance en las negociaciones.

En el CNY 1958 está establecida una excepción al orden público, sin embargo, VAN ZELST (2018, p.81) advierte que esta solo hace referencia a una violación de la política pública internacional, lo cual se interpreta como un concepto limitado y, por ende, la falta de equilibrio en las negociaciones que conducen al acuerdo de arbitraje asimétrico no debería considerarse como una violación a este. Sin embargo, la violación al orden público dependerá del ordenamiento jurídico en el cual se está analizando la validez de la cláusula, ya que estos pueden tener normas que regulen el equilibrio contractual en situaciones en que no se estén hablando de partes legalmente reconocidas como débiles.

El desequilibrio en las negociaciones de la cláusula arbitral, se podría analizar a partir de la regla “*rebus sic stantibus*”, la cual establece el equilibrio de las obligaciones. Esta regla ha servido para denominar la teoría jurídica que busca la equidad y justicia en los negocios jurídicos, sin embargo, tal como lo señala el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de mayo de 2002¹⁵ esta cláusula pretende solucionar los problemas que puedan surgir a partir de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando dicha alteración sea tan manifiesta que aumente la onerosidad de las prestaciones de una de las partes o frustrado el fin del contrato. En el caso de las cláusulas arbitrales asimétricas, el desequilibrio está presente desde la negociación, lo cual da lugar a la diferencia entre las facultades otorgadas en el contrato, además, las partes realizaron y aceptaron el pacto con el equilibrio presente, por lo tanto, no es pertinente aplicar la regla “*rebus sic stantibus*” para atacar la validez de la cláusula

¹⁵ ECLI: ES: TS:2002:3799

Las cláusulas asimétricas de arbitraje arbitral asimétrica. Por ende, no es posible decir que, en principio, las cláusulas arbitrales asimétricas sean contrarias al principio de la buena fe.

VI. Las posiciones estatales frente a las cláusulas de arbitraje asimétricas

Como se ha indicado a lo largo de este trabajo, la validez de las cláusulas asimétricas de arbitraje no se valora de manera uniforme en los Estados, cada ordenamiento jurídico, tiene un desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal distinto que da lugar a una evaluación variada con relación a estos acuerdos. En esta sección se analizará lo que ha dicho la jurisprudencia de algunos países en relación a la validez de las cláusulas asimétricas.

6.1. Posiciones a favor de las cláusulas arbitrales asimétricas

Los tribunales ingleses tienen una posición favorable de las cláusulas asimétricas, por lo tanto, en varias ocasiones han declarado que son válidas y han permitido su aplicación, argumentan que la decisión de otorgar mayor flexibilidad a una parte a la hora de elegir el mecanismo de resolución de conflictos es una elección privada y los tribunales no pueden intervenir para anular dicha decisión.

6.1.1. *NB Three Shipping v Harebell Shipping* de 2004¹⁶

En este caso, el demandante, la compañía fletadora, demandó al dueño de los buques por los incrementos en los intereses del arrendamiento de los navieros; el demandado respondió alegando que este no era el proceso indicado, ya que se había pactado una cláusula de arbitraje que le daba la facultad de elegir entre los tribunales arbitrales y los tribunales estatales, y él quería hacer uso de esa elección y, por lo

¹⁶ [2004] EWHC 2001 (Comm)

Las cláusulas asimétricas de arbitraje tanto, el demandante estaba yendo en contra de dicha convención. El demandado, alega que no estaba violando lo pactado, sino que estaba empleando la única opción que tenía en virtud de dicha cláusula de arbitraje, y solo tenía como foro de elección los tribunales estatales ingleses.

El tribunal consideró que la cláusula de arbitraje estaba diseñada con el fin de dar mejores derechos a los dueños de los buques que a los fletadores, y, por lo tanto, aun cuando estos últimos solo tuvieran la posibilidad de acudir ante los tribunales estatales, los dueños tienen derecho a iniciar procedimientos en cualquier tribunal que tenga competencia en virtud del acuerdo, este órgano judicial también estima que esta cláusula le da al dueño del buque la posibilidad de detener cualquier reclamación judicial dirigida hacia él. Por lo tanto, el tribunal suspendió el proceso y remitió a las partes a un procedimiento arbitral.

6.1.2. *Law Debenture Trust Corp PLC v Elektrim Finance BV & ORS*¹⁷

En esta sentencia, el demandante, Law Debenture Trust Corp, busca hacer cumplir el pago de unas sumas adeudadas en virtud de los bonos emitidos por el primer demandado (el emisor) y garantizados por el segundo demandado (el garante), de los cuales el demandante es depositario. La escritura de fideicomiso contiene disposiciones que prevén el arbitraje en ciertos eventos, sin embargo, las partes se preguntan sobre hasta qué punto el órgano judicial, en lugar del tribunal arbitral, debe determinar qué debe ser solucionado por arbitraje.

En este caso, las partes suscribieron una cláusula de arbitraje, en la cual acordaron que las disputas que surgieran del contrato se resolverían por un tribunal arbitral, sin embargo, el demandante tenía el derecho exclusivo de acudir ante los tribunales ingleses para resolver la controversia, los cuales no tienen jurisdicción exclusiva.

¹⁷ [2005] EWHC 1412 (Ch)

El tribunal decidió que Law Debenture tenía el derecho de llevar a cabo el procedimiento judicial y que la disputa está fuera de la jurisdicción del tribunal de arbitraje, evitando que los demandados opongan una excepción para evitar dicho procedimiento y acudir a los árbitros. Esta decisión se llevó a cabo de acuerdo con los mismos planteamientos que la sentencia *NB Three Shipping v Harebell Shipping*, señalando que el fin de la cláusula era otorgar mayores derechos a una parte, la cual podía decidir si quería seguir con el proceso iniciado por la contraparte o detenerlo a favor de otro procedimiento del cual tiene el derecho exclusivo a acudir.

6.1.3. *Mauritius Commercial Bank v Hestia Holdings Limited*¹⁸

En este caso, ninguna de las partes se encontraba domiciliada en Inglaterra, sin embargo, el contrato contenía una cláusula de sumisión que otorgaba competencia a los tribunales ingleses, pero también daba al prestamista la opción exclusiva de presentar acción ante otras jurisdicciones.

El demandante, el MCB (*Mauritius Commercial Bank*) presentó demanda ante los tribunales ingleses por el impago de las cuotas prestadas al demandante. El demandado respondió alegando que la cláusula de sumisión era inválida tanto bajo la ley inglesa, como la ley de Mauricio y, por lo tanto, como había una ausencia de acuerdo válido de jurisdicción, el tribunal inglés no era competente. La razón por la cual afirmaba que el acuerdo era inválido era porque el acuerdo de jurisdicción contenido en dicha cláusula estaba sujeto a la ley de Mauricio y esta era unilateral, lo cual era incompatible con los derechos de ambos Estados.

El Tribunal Superior rechazó la ley de Mauricio como ley aplicable a la cláusula y no vio ningún problema para la validez de esta bajo la ley inglesa, ya que el fin de este acuerdo era otorgar una mayor ventaja a una parte.

¹⁸ [2013] EWHC 1328 (Comm)

6.1.4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 18 de octubre de 2013: Camimalaga S.A.U. v DAF Vehículos industriales S.A.U.¹⁹

España también ha fallado a favor de la validez de las cláusulas asimétricas de arbitraje: en sentencia del 18 de octubre de 2013, la Audiencia Provincial de Madrid, indicó que, en la práctica comercial internacional es usual redactar cláusulas arbitrales combinadas, con el fin de encontrar la solución más satisfactoria para las partes, este tipo de convenios, dentro del ordenamiento jurídico español, no presentan deficiencias tan graves que den lugar a la nulidad de estas.

6.2. Posiciones en contra de las cláusulas asimétricas de arbitraje

Hay otros Estados en los cuales hay un escepticismo alrededor de las cláusulas asimétricas, BERARD, DINGLEY y BROWN (2017, p.4) señalan que, en Brasil, Arabia Saudita, India, Indonesia, China y Corea del Sur, los tribunales se han negado a validar este tipo de cláusulas. También destaca el caso de Francia, que no tiene una decisión firme respecto a la validez de estas, ya que ha emitido sentencias a favor y en contra de estas.

6.2.1. Cour de Cassation 2012. Mme X v Banque Privée Edmond de Rothschild Europe²⁰

La Corte de Casación Francesa determinó que una cláusula asimétrica, la cual refirió todas las controversias a los tribunales de Luxemburgo, pero otorgó a una parte la facultad exclusiva de remitir las disputas a cualquier otro tribunal no era válida en virtud del artículo 23 del Reglamento Bruselas I (en adelante RBI), sino que este consistía en una imposición de los términos contractuales por una de las partes. La Corte de Casación además declaró que la imposición era contraria al concepto del derecho francés de “condiciones potestativas”, el cual da lugar a que las disposiciones

¹⁹ ECLI: ES: APM: 2013: 1988A

²⁰ ECLI: FR: CASS: 2012:11-26022

Las cláusulas asimétricas de arbitraje contractuales unilaterales sean ineficaces, lo cual también afecta a las cláusulas asimétricas de arbitraje.

BROWN *et al.* (2017, p.3) afirman que esta decisión sigue la misma línea de pensamiento que las cortes de la República Checa, Hungría, Polonia y Rusia.

6.2.2. Cour de Cassation 2015. Société Générale SA v M. Nicolas Y, Société Civile ICH y Société NJRH Management Ltd y SELARL AJ Partenaires
²¹.

En este caso, la *Société Civile ICH* realizó un reclamo ante los tribunales de Angers, pero este tribunal, junto con el tribunal de apelación de Angers se declararon incompetentes ya que solamente la contraparte podía ejercer la opción establecida en la cláusula asimétrica de arbitraje. Además, como no se habían elegido los tribunales franceses, se debía presentar esta demanda ante los tribunales que tenían foro, que en este caso eran los de Zurich. Esta decisión fue apelada ante la Corte de Casación, la cual devolvió el caso al Tribunal de Apelaciones de Rennes, afirmando que el Tribunal de Apelaciones de Angers no había tenido en cuenta la naturaleza unilateral de la cláusula al tomar su decisión (BERARD *et al.* 2017, p.4).

La decisión de la Corte de Apelaciones de Angers fue apelada ante la *Cour de Cassation* francesa. La *Cour de Cassation* devolvió el caso al Tribunal de Apelaciones de Rennes sobre la base de que el Tribunal de Apelaciones de Angers no había tenido en cuenta la naturaleza "unilateral" o desigual de la cláusula de resolución de disputas al tomar su decisión. Este tribunal determinó que, de acuerdo con el artículo 6 del Convenio de Lugano de 2000 (en adelante CL) el caso debía ser escuchado en París, que era el lugar donde se encontraba domiciliada la *Société Générale* (BERARD *et al.* 2017, p.4).

²¹ ECLI: FR: CASS: 2015: 13-27264

6.2.3. *Sony Ericsson v Russkaya Telefonnaia Kompaniya, 19 de junio de 2012*²²

La Corte afirmó que una cláusula de arbitraje asimétrica es inválida ya que viola los derechos procesales de una parte y va en contra de los principios de confrontación e igualdad de las partes. Esta decisión es vinculante para todos los tribunales inferiores rusos cuando deban decidir sobre casos similares. Esto significa que las cláusulas asimétricas serán consideradas inválidas en este país (KHODYKIN, 2012).

V. Conclusiones

Las cláusulas asimétricas de arbitraje constituyen una creación contractual en la cual las partes, en virtud de la gran flexibilidad que ofrece el procedimiento arbitral que da una gran importancia al principio de autonomía de voluntad de las partes, establecen acuerdos que se adapten de una manera más idónea y eficiente a las necesidades del negocio.

La regulación existente sobre los acuerdos de arbitraje es muy general y se limita a establecer unos estándares de validez para los pactos arbitrales, lo cual implica la existencia de lagunas jurídicas respecto a ciertas materias, como la posibilidad de elegir entre diferentes ADR; estos vacíos pueden dar lugar a que las partes establezcan cláusulas que se encuentren fuera de las materias reguladas por estas leyes, como es el caso de las cláusulas asimétricas de arbitraje.

Esto significa que las cláusulas asimétricas de arbitraje no se encuentran prohibidas per se, sino que son una construcción jurídica que surgió a partir de la dinámica de las operaciones de comercio internacional y de los procedimientos arbitrales que surgían a partir de estas. Sin embargo, es importante tener en cuenta

²² Resolución N° 1831/13 de la Corte Suprema de Arbitraje de la Federación Rusa

que, las normas que regulan el arbitraje prevén que este procedimiento, al igual que el convenio arbitral tienen un carácter bilateral implícito, por lo tanto, si se hace un acuerdo de arbitraje que otorgue más facultades a una parte sobre otra, como es el caso de este tipo de cláusulas, se puede incurrir en mala fe contractual o abuso del derecho.

Las cláusulas asimétricas de arbitraje se encuentran en una zona gris del derecho: en principio se puede decir que son válidas, ya que cumplen con los requisitos mínimos de validez, sin embargo, contienen características que dan lugar a que surjan cuestionamientos sobre dicha validez, como la manera en que están redactadas, la cual puede implicar la presencia de una patología; también la falta de reciprocidad en ciertos ordenamientos jurídicos puede implicar una causal de nulidad.

En principio se puede decir que este tipo de cláusulas no significa que exista un abuso del derecho, sino que son un reflejo del poder de negociación que tienen las partes en casos que una de estas no se encuentre protegida por una norma especial ya que no se considera como un sujeto débil de acuerdo con el ordenamiento jurídico que esté analizando la validez de la cláusula.

Si bien las cláusulas asimétricas de arbitraje se establecen para satisfacer las necesidades particulares de una de las partes o compensarla por algún riesgo adicional que deba asumir, el alto grado de inseguridad jurídica que estas llevan, ya que no son aceptadas de manera unánime por los diferentes ordenamientos jurídicos estatales, da lugar a cuestionarse si vale la pena o no establecerlas dentro de un contrato o si bien, mejor emplear otros medios jurídicos para salvaguardar los intereses de la parte que se ve beneficiada por esta, sin la necesidad de que se presente una asimetría como la adopción de garantías si lo que se quiere es asegurar el pago del deudor, el establecimiento del domicilio de la parte no beneficiada o el lugar donde esta tenga sus activos como foro de competencia si lo que se quiere es permitir que el acreedor pueda perseguirlos más fácilmente para satisfacer sus deudas o simplemente hacer un acuerdo de arbitraje que no sea asimétrico, con el

Las cláusulas asimétricas de arbitraje

fin de eliminar el riesgo que no se puedan ejecutar sentencias extranjeras en cualquiera de los Estados donde residan las partes.

Por otra parte, las cláusulas asimétricas de arbitraje no reflejan los efectos del acuerdo arbitral, ya que no otorgan una competencia exclusiva a los tribunales arbitrales, por lo tanto, ¿cuál es la razón de establecer este tipo de cláusulas si no aplica los efectos señalados por la ley?, ¿se podrían clasificar como acuerdos de arbitraje si no despliegan estos efectos?

Se debería evitar la implementación de las cláusulas asimétricas de arbitraje, ya que si bien traen algunas ventajas para una de las partes, también trae una serie de inconvenientes que dificultan la resolución del conflicto que cubren, ya son susceptibles de considerarse contrarias a los principios contractuales; no aplican los efectos del acuerdo arbitral; o pueden llegar a ser abusivas o patológicas, por lo tanto, de acuerdo al ordenamiento jurídico que las esté analizando se podría anular y, por ende, las partes deben buscar otro medio para resolver el conflicto, lo cual puede implicar más gastos y que este perdure en el tiempo.

Sin embargo, si luego de ponderar las desventajas de este tipo de acuerdos las partes insisten en implementar una cláusula asimétrica, estas deben prestar atención en la redacción de estas para evitar una patología, además, la parte que no se vea beneficiada por esta, debe aceptarla de una manera libre e inequívoca, salvaguardando garantías procesales, con el fin de no entrar en el abuso y, por lo tanto, asegurando su validez.

Cuando se vaya a pactar una cláusula como esta, es de vital importancia tener en cuenta el país donde se vaya a reconocer y ejecutar el laudo arbitral, así como el lugar donde se vaya a llevar a cabo el proceso arbitral, ya que cada ordenamiento jurídico tiene consideraciones diferentes respecto a este tipo de acuerdos y, por lo tanto, en algunos Estados, como Rusia, no se podrán aplicar.

VII. Bibliografía

ARANGO GRAJALES, M. "La Causa Jurídica de las Cláusulas Abusivas". *Estudios Socio Jurídicos*. 2016, vol 18 n°1, 243-266.

BERARD, M., DINGLEY, J y BROWN M. "Unilateral Option Clauses-2017 Survey". CLIFFORD CHANCE, 2017.

CASTAÑEDA RIVAS, M.L. "La Imprevisión en los contratos: la cláusula rebus sic stantibus como excepción al principio pacta sunt servanda". *Revista de la Facultad de Derecho de México*. 2012, vol 62 n°258, 203-228.

CASTIÑEIRA JEREZ, J. "Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014". *InDret*. 2014, vol 4.

CREMADES, B.M. "Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral", 659-676. En: SOTO COAGUILA C.A. (Dir.). *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral. Tomo I*. 1º ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

GAILLARD E. y SAVAGE, J. (ed.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. 1º edición. La Haya: Kluwer Law International.

GÓMEZ JENE, M. "El Convenio Arbitral, Status Quo". *Cuadernos de Derecho Trasnacional*. 2017, vol 9, n°2, 7-38.

HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., *La nueva regulación de la NULIDAD PROCESAL. El sistema de ineeficacia de la LOPJ*. 1º edición. Barcelona: Editorial Fórum, S.A., 1995

Las cláusulas asimétricas de arbitraje

JARA VÁSQUEZ M.E. Decisiones de la Justicia Estatal Ecuatoriana sobre Arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del Principio Favor Arbitralis. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito. 2013.

KEYES M. y MARSHALL A. "Jurisdiction agreements: exclusive, optional and asymmetrical". *Journal of Private International Law*. 2015, vol 11, nº 3, 345-378.

LEE, S. "Pathological Arbitration Clauses". *Singapore International Arbitration Blog*. 8 de marzo de 2013. Disponible en:
<https://singaporeinternationalarbitration.com/2013/03/08/pathological-arbitration-clauses/>

LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y BALMASEDA, C. "La Controvertida Validez de las Cláusulas Híbridas y Asimétricas en Europa. A propósito del auto de 18 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid". *La Ley*. 2014 nº 8258, 1-15.

MEDINA FANDIÑO A.J. "Introducción al concepto de cláusulas arbitrales abusivas". *Repositorio Institucional Universidad Católica de Colombia*. 2016. Disponible en:
https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/4363/4/INTRODUCCI%C3%93N%20AL%20CONCEPTO%20DE%20CL%C3%81USULAS%20ARBITRALES%20ABUSIVA_S.pdf

MERRET, L. "The Future Enforcement of Asymmetric Jurisdiction Agreements". *International and Comparative Law Quarterly*. 2018, vol 67, 37-61.

MILLER D. L. "Is the Unilateral Option Clause No Longer an Option? Examining Court's Justifications for Upholding or Invalidating Asymmetrical or Unilateral Jurisdiction Clauses". *Texas International Law Journal*. 2016, vol 51:3, 321-336.

NEME VILLAREAL, M.L. "Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus: tensiones entre los principios de Buena fe y autonomía contractual". En: SORIANO CIENFUEGOS,

Las cláusulas asimétricas de arbitraje
(coord.). *Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus. Desarrollos actuales y perspectivas históricas*. México: Editorial Novum, 2014.

PABÓN GIRALDO, L.D. y MAZUERA ZULUAGA, A.D. "Protección de las partes estructuralmente débiles en el arbitraje internacional", 323-329. En: LÓPEZ ESCOBAR, L.D. (Ed.) *Derecho Procesal Contemporáneo: Perspectivas y Desafíos*. 1° edición. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2017.

RIVERA, C. "Cláusulas (arbitrales) patológicas", 352-358. En: COLLANTES GONZÁLEZ, J.L. (Dir.) *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones)*. 1° edición. Lima: Palestra Editores, 2011.

SOLARTE RODRÍGUEZ, A. "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta". 2004, *Vniversitas*. N° 108, 282-315.

VAN ZELST B. "Unilateral Option Arbitration Clauses: An unequivocal choice for arbitration under the ECHR?". *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2018, vol 25 (I), 77-86.

VIII. Fuentes normativas

Leyes internacionales

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada en Nueva York en 1958. Disponible en:
<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985. Disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

Leyes europeas

Convenio Europeo Sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptado en Ginebra en 1961. Disponible en:

http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/app_iberoamerica/convenios-int/ginebra-1961.html

Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado en Roma en 1950. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Diario Oficial de la Unión Europea de 21 de abril de 1993. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31993L0013&from=ES>

Leyes nacionales

Colombia

Ley 1563/2012, de 12 de julio, Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 48.489*, 12 de julio de 2012. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html

España

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. *Boletín Oficial del Estado*, 26 de diciembre de 2003, núm. 309, p. 46097-46109. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-23646>

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de enero de 2000, núm. 7. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

IX. Fuentes jurisprudenciales

Comisión Europea de Derechos Humanos

Sentencia del 5 de marzo de 1962,

ECLI:CE:ECHR:1962:0305DEC000119761

Sentencia de 27 de enero de 1980, ECLI:CE:ECHR:1980:0227JUD000690375, parágrafo 49

Sentencia de 7 de mayo de 1974, ECLI:CE:ECHR:1974: 0507JUD000193663 parágrafo 36

Sentencia de 23 de junio de 1981, ECLI:CE:ECHR:1981 0623JUD000687875 parágrafo 59

Sentencia de 25 de febrero de 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:0225JUD00180284 parágrafo 37

España

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de enero de 2016, ECLI: ES:TSJM:2016:701

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002, ECLI: ES: TS:2002:3799

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de octubre de 2013, ECLI: ES: APM: 2013: 1988

Estados Unidos

Sentencia de la Corte Suprema de 15 de noviembre de 1956, *Deutsch v Long Island Carpet Cleaning Co.* 5. Misc.2d.684, 158 N.Y.S 2d 876

Sentencia de la Corte de Apelación de California, de 19 de octubre de 1971, Frame v Merrill Lynch, Fenner and Smith Inc., 97 Cal. Rptr.811

Sentencia de la Corte Suprema de Alaska, de 7 de enero de 1983, Willis Flooring v Howard S. Lease Const., 656 P.2d 1184

Francia

Sentencia de la Corte de Casación, de 26 de septiembre de 2012, ECLI: FR: CASS: 2012:11-26022

Sentencia de la Corte de Casación, de 25 de marzo de 2015, ECLI: FR: CASS: 2015: 13-27264

Reino Unido

Sentencia de la Corte Suprema de Inglaterra y Gales de 24 de mayo de 2013. EWCH 1328

Sentencia de la Corte Suprema de Inglaterra y Gales de 13 de octubre de 2003. [2004] EWCH 2001 (Comm)

Sentencia de la Corte Suprema de Inglaterra y Gales de 1 de julio de 2005. [2005] EWCH 1412 (Ch)