



El valor intangible de la cláusula de estilo en los métodos alternos de solución de conflictos

The intangible value of the style clause in alternative methods of conflict resolution

Francisco Gorjón¹ - Melissa Adame²

¹ Doctor en Derecho de la U. Complutense de Madrid, Especialista en Métodos Alternos de Solución de Controversias. Correo electrónico: francisco.gorjon@uanl.mx

² Abogada por la UANL, Doctoranda del programa en MASC/UANL. Correo electrónico: melissa.adame.rivera@gmail.com

RESUMEN

La implementación de los métodos alternos en específico el arbitraje comercial en la solución de conflictos internacionales derivados de compromisos comerciales, es una realidad. Se ha convertido en una práctica común de las *lex mercatoria* la introducción de cláusulas arbitrales en todo contrato, elevándose estas a ser consideradas una cláusula de estilo de todo contrato internacional, rebasando la práctica comercial e introduciéndose en todo tipo de contrato con reconocimiento y validez legal en todo el orbe, respaldada por la *lex fori* y por el *ius mercatorum*. Entendiéndose esta como un contrato independiente del contrato principal, sustentado su reconocimiento por la Convención de New York del 58. Es por ello que se le considera un valor intangible de los MASC, en específico del arbitraje, permitiendo que las partes puedan resolver sus conflictos en un ámbito privado, como principal ganancia, valor intrínseco y rasgo distintivo de esta cláusula de estilo.

Palabras clave: Aseguramiento, cláusula arbitral, cláusula compromisoria, cláusula de estilo, cláusula modelo, cláusula escalonada, cláusula multinivel, cláusula sobrepuesta, métodos alternos de solución de conflictos, seguridad jurídica y valor intangible.

ABSTRACT

The implementation of alternative in specific commercial arbitration in resolving international disputes arising from commercial, methods is a reality. It has become a common practice of *lex mercatoria* the introduction of arbitration clauses in any contract, rising these to be considered a clause of style any international agreement, outstripping the commercial practice and shoves in all types of contract with legal validity and recognition around the world, backed by the *lex fori* and the *ius mercatorum*.

It is being understood as a separate contract from the main contract, supporting its recognition by the New York Convention '58 is why it is considered an intangible value of the MASC specifically in arbitration, allowing parties to resolve their conflicts in a private sector, as the main gain intrinsic value and distinctive feature of this style clause.

Keywords: Insurance, arbitration clause, superimposed clause, clause style, model clause, staggered clause, multilevel clause, arbitration clause, alternative methods of conflict resolution, legal security and intangible value.

JUSTICIA

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Recibido: 10-06-17

Aceptado: 10-08-17

Publicado: 24-07-18

DOI:

<https://doi.org/10.17081/just.23.34.2894>

Cómo citar este artículo:

Adame, M. & Gorjón, F. (2018). El valor intangible de la cláusula de estilo en los métodos alternos de solución de conflictos. En. *Revista Justicia*, Barranquilla: Editorial Mejoras - Universidad Simón Bolívar, Vol. 24, No. 34, pp. 323-339. DOI: <https://doi.org/10.17081/just.23.34.2894>

Copyright © 2018

INTRODUCCIÓN

El uso del arbitraje comercial se ha convertido en una práctica común, ello debido a las múltiples ventajas que le proporciona a las partes, de ahí que la cláusula arbitral, compromiso arbitral o convenio arbitral se hayan convertido en una cláusula de estilo de todo contrato internacional. Entendiendo esto como una práctica común y que forma parte de *la lex mercatoria*, siendo entonces ya una costumbre su uso, pudiéndose comparar en cuanto a su utilidad práctica a los INCOTERMS, al igual que existe un reconocimiento evidente por la *lex fori*.

La creencia generalizada, que comenta Armienta Hernández (2010), respecto a que solamente se pueden resolver controversias a través de un órgano jurisdiccional del Poder Judicial resulta desapegada a la realidad actual nacional e internacional, puesto que dicho autor asevera que en la historia han existido conflictos importantes que se han resuelto mediante la intervención o participación de terceros, que no pertenecen al Poder Público.

Lo anterior puede confirmarse con lo que manifiesta Vásquez del Mercado Cordero (2009), quien señala que además de procesos jurisdiccionales, el legislador ha dado pauta al ingreso y previsión de los métodos alternos de solución de conflictos en leyes federales y locales en México para que las partes puedan solucionar sus conflictos, con lo cual se demuestra “la decadencia del uso del proceso jurisdiccional para solucionar controversias” (Vásquez del Mercado, 2009, p.303), ante la creciente utilización de métodos alternos de solución de controversias.

Para Vásquez del Mercado Cordero (2009) resulta evidente que en el derecho positivo de diversos países se prevén los métodos alternos de solución de controversias. En el caso de México, en el artículo 17, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece que las leyes preverán métodos alternos de solución de controversias, y las propias leyes federales los contemplan, según menciona Armienta Hernández (2010), tal es el caso de la Ley de Hidrocarburos en sus artículos 19 y 21, la Ley de la Industria Eléctrica en sus artículos 74 y 96, la Ley de Petróleos Mexicanos en su artículo 115, además el Libro V, Título IV del Código de Comercio, entre otros ordenamientos jurídicos.

En el caso de Estados Unidos de América, el uso de métodos alternos de solución de controversias o *Alternative Dispute Resolution* es común, puesto que el arbitraje comercial nacional e internacional, la negociación, la conciliación,

liación y demás métodos son frecuentemente utilizados, según Vásquez del Mercado Cordero (2009). Ahora bien, cuando se habla de métodos alternos de solución de controversias se habla de un acuerdo entre las partes para someterse a un procedimiento o herramienta que les permita establecer líneas de comunicación para llegar a un mutuo acuerdo que satisfaga sus necesidades, intereses, posturas y negocios. Dicho acuerdo entre partes es el medio contractual que conllevará a la celebración de un mecanismo alternativo a la justicia tradicional, que proveerá de seguridad jurídica a las partes para resolver de manera legal su controversia.

Precisamente de la propia autonomía de las partes, como principio legal que gobierna la ley, la práctica y la regulación de mecanismos alternativos, de acuerdo con Carbonneau (2002), es la que viene a tener un desempeño primordial en la creación de una obligación entre partes de concurrir a un procedimiento de solución de conflictos, puesto que de dicha obligación contractual deviene el carácter vinculante del acuerdo de sometimiento al método alternativo en específico, tal es el caso del acuerdo arbitral que puede estar redactado, sea como cláusula compromisoria, acuerdo independiente o cláusula de estilo en un contrato.

VALOR INTANGIBLE DE LA CLÁUSULA DE ESTILO

Significa que las cláusulas son consideradas de manera recurrente y constante en diversos tipos de contratos, lo que nos obliga a observarlas y aplicarlas, como es el caso de las cláusulas med/arb, también reconocidas como escalonadas o mixtas que aseguran que la solución del conflicto se resuelva vía MASC (Gorjón & Melissa, 2015). En el caso de solo la mediación, la normativa vigente, por lo menos en México, no le reconoce un carácter vinculante, pero en el caso del arbitraje sí, según lo establece el Código de Comercio en su artículo 1416, fracción I. El acuerdo arbitral, es el acuerdo por el que las partes deciden someterse a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

En el mismo sentido, el artículo 1423 señala que: El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo

sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Técnicamente son consideradas un contrato independiente del contrato principal, ya que fija el sistema de solución de conflictos, el derecho aplicable y las reglas procesales de la solución del conflicto; la nulidad del contrato principal no implica la nulidad de la cláusula de estilo (Merino Merchán & Chillón Medina, 2006). Estas cláusulas son más frecuentes en el arbitraje más que en la mediación, ya que obliga a las partes a someterse al arbitraje una vez que ellas suscribieron una cláusula o convenio arbitral, reconocido por convenciones internacionales y leyes modelo, como la Convención de New York del 58 en su artículo segundo.

Podrían de igual manera considerarse un contrato de adhesión, en el sentido de que obliga a las partes a someterse a un sistema de solución de conflictos, ya que por adhesión las partes se someten al procedimiento MASC. Estos contratos no son privativos únicamente de contratos internacionales, sino también de contratos más coloquiales, como los de prestación de servicios de tintorería, que tienen un rango de validez vinculante, según lo dispone la Ley Federal de Protección al Consumidor en su artículo 85.

RASGOS DISTINTIVOS DE LA CLÁUSULA DE ESTILO

Entendemos por rasgos distintivos aquellas características específicas que distinguen y justifican al intangible y su valor, proporcionándonos e identificándonos su utilidad práctica y de ventaja, ya que, ante su uso, evidencia la ganancia que las partes tienen en su implementación.

- Asegura la participación de las partes en el procedimiento de método alternativo, aun alguna de ellas no quiera, tratándose del arbitraje;
- El compromiso tendrá que ser expreso de forma escrita;
- Se fija la competencia y el lugar donde se celebrará el procedimiento, y, de igual forma, el idioma;
- Permite fijar el derecho procesal o determinación del reglamento;
- Permite determinar el derecho aplicable al fondo del asunto;
- Se excluye al juez de conocer del asunto, teniendo las partes que resolver su conflicto vía mediación o arbitraje obligatoriamente;
- Personaliza la solución y otorga seguridad jurídica.

ACUERDO ARBITRAL

La naturaleza del arbitraje, considerado desde la teoría contractual, hace hincapié en el principio de voluntad de las partes, en donde la validez de dicho procedimiento se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Y precisamente, “Sus orígenes, existencia y regulación dependen de la continuada existencia de la voluntad de las partes” (González de Cossío, 2011, p.19), puesto que el arbitraje, visto como un contrato, requiere que las partes consientan en el sometimiento a un procedimiento que busque resolver su controversia. Y en cuanto a sus consecuencias, el incumplimiento del acuerdo, el laudo resultante será ejecutado como si versara sobre un contrato.

Por las razones anteriores es que el arbitraje es considerado como el medio idóneo para resolver controversias comerciales y así lo reitera la doctrina que afirma que este “es por excelencia el Medio Alternativo de Solución de Controversias Mercantiles Internacionales (MASCOMI), a que con mayor frecuencia se recurre para la solución de controversias y que desde hace décadas está tomando auge el arbitraje comercial a nivel internacional” (Vásquez del Mercado, 2009, p.327).

Como ya es ampliamente conocido, el arbitraje es un “medio o una técnica, la cual va a tratar de resolver las diferencias surgidas entre las partes a través de la voluntaria sumisión de las mismas al fallo o laudo que debe rendir una tercera persona o comisión” (Vásquez del Mercado, 2009, p.338), tercero que no constituye un órgano jurisdiccional perteneciente al Poder Judicial del Poder Público. De acuerdo con Sánchez Medal (2013), el juicio arbitral se sustenta y fundamenta en la existencia de dos contratos, siendo uno de ellos el contrato de las partes y el árbitro, donde se establece la actuación y remuneración del árbitro, y el segundo contrato es el acuerdo de arbitraje, o también llamado compromiso arbitral o cláusula compromisoria, el cual es celebrado por las partes que tienen o pueden llegar a tener una controversia de carácter jurídico, obligándose a solucionar el conflicto con la resolución de un árbitro de conformidad al procedimiento de ley acordado por las partes y a cumplir el laudo dictado.

El acuerdo de arbitraje establece una obligación entre las partes de sometimiento al arbitraje, así como también obliga a los tribunales jurisdiccionales a ordenar y hacer cumplir los laudos, de acuerdo con Abascal Zamora (2014). Y es precisamente en el acuerdo de arbitraje donde se “determinan las disputas

que se deben arbitrar, los poderes de los árbitros y la forma de llevar a cabo el procedimiento” (Abascal Zamora, 2014, p.5). Born (2009) menciona que hay varias definiciones de los términos de acuerdo arbitral, o del también llamado *arbitration agreement* por su traducción en inglés, pero la mayoría son similares en lo que dicen y en lo que dichos acuerdos provén.

Para la Convención de Nueva York, un acuerdo para arbitrar es un acuerdo por escrito en el que las partes se comprometen a someter al arbitraje todas o cualquier diferencia que haya surgido o pueda surgir entre las partes respecto a una relación legal determinada, contractual o no, según manifiesta Born (2009), quien a su vez refiere también a la definición de la Convención Inter-Americana de Arbitraje Comercial Internacional, que asevera que el acuerdo para arbitrar es un acuerdo en el que las partes se comprometen a someter a una decisión arbitral cualquier diferencia que pueda surgir o haya surgido entre ellas con respecto a una transacción comercial. Hace resaltar Born (2009) que la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional establece que un acuerdo arbitral puede significar tanto una cláusula arbitral en un contrato como un convenio arbitral por separado, haciendo mención de que las definiciones de las convenciones antes citadas dan un panorama general del significado del arbitraje, como el hecho de aclarar que el acuerdo arbitral incluye una relación contractual entre las partes, que los conflictos serán sometidos y resueltos por arbitraje, que el acuerdo puede tener forma de cláusula arbitral en un contrato o ser un acuerdo arbitral por separado según el autor.

El acuerdo arbitral se define por la doctrina como “un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, sea o no contractual” (Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p.37), definición que coincide con la Convención de Nueva York y la Convención Inter-Americana de Arbitraje Comercial Internacional. De la misma manera, un acuerdo arbitral se define como un convenio que “crea o transfiere derechos y obligaciones entre los compromitentes. Se trata de un convenio que incluye normas procesales, en lugar de sustantivas, o que designa normas procesales para solucionar el litigio” (Silva Silva, 2001, p.59). Como también refiere González de Cossío (2011), el acuerdo arbitral versa sobre un contrato en donde las partes acuerdan que un conflicto actual o futuro se someterá y resolverá a través del arbitraje.

Como ya se ha mencionado, es en el acuerdo arbitral donde puede pactarse

que los conflictos específicos se resuelvan por arbitraje, siendo que “semejante acuerdo implica que las partes renuncien a su derecho de accionar ante un tribunal jurisdiccional estatal que resuelva” (Silva Silva, 2001, p.59). Dicha renuncia puede ser tácita o expresa a la resolución jurisdiccional estatal y, por su parte, los tribunales estatales se encuentran impedidos de resolver en la esfera jurisdiccional sobre los conflictos surgidos o que puedan surgir y que se contemplen en el acuerdo arbitral, según detalla Silva Silva (2001).

Y las concepciones anteriores contemplan al compromiso arbitral como “una institución mixta o compleja, con naturaleza privada y procesal a la vez” (Sánchez Medal, 2013, pp. 527-528).

Ahora bien, el acuerdo arbitral incluye dos especies, “la cláusula arbitral contenida en un contrato, y el compromiso independiente” (González de Cossío, 2011, pp. 137-138), lo cual es reiterado por Carbonneau (2002), quien señala que un contrato para arbitraje puede tener dos formas, una sumisión o una cláusula arbitral, siendo una sumisión o el sometimiento un acuerdo arbitral en que las partes acuerdan que un conflicto existente se someterá a arbitraje; en tanto que una cláusula arbitral o cláusula compromisoria es un contrato en el que las partes acuerdan someter un conflicto futuro al arbitraje, aclarando dicho autor que ambas formas de sometimiento deben constar por escrito y satisfacer los requerimientos de validez contractual.

Por su parte, la doctrina resalta la diferencia entre cláusula y el compromiso arbitral en que cuando se trata de un acuerdo arbitral inserto “en un contrato para prever las posibles diferencias futuras entre las partes contratantes, al acuerdo se le conoce como cláusula compromisoria; si se adopta el acuerdo cuando surge la controversia, se le denomina compromiso arbitral o en árbitros” (Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p.37).

Tratando un tema como el de la cláusula arbitral, es indispensable hacer mención de la naturaleza consensual como característica fundamental del arbitraje puesto que nace de la voluntad de las partes que al ser exteriorizada tiene efectividad, siendo que dicha exteriorización puede ser de diversas formas, según Vásquez del Mercado Cordero (2009), para quien “el acuerdo arbitral puede presentarse en las modalidades siguientes: 1. La cláusula arbitral. 2. El compromiso arbitral. 3. El convenio arbitral” (p.124).

El objetivo y efecto principal de un acuerdo arbitral internacional es la obligación de las partes de participar en el arbitraje de buena fe cooperando

en la búsqueda de un convenio, según Born (2009), autor que afirma que dicha obligación es *sui generis*, requiriendo a las partes cuyas relaciones subyacentes, comerciales o no, se han deteriorado hasta tener la necesidad de resolver su conflicto en un procedimiento adjudicatorio.

CLASIFICACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

Como ya se vio en las líneas anteriores, el acuerdo arbitral se puede presentar en dos modalidades o clasificaciones, sea como cláusula arbitral o compromisoria dentro del contrato, o como acuerdo independiente. Como cláusula compromisoria, Vásquez del Mercado (2009) menciona que dicha forma se pacta antes del surgimiento de la controversia. La cláusula compromisoria versa sobre la cláusula contractual “en virtud de la cual las partes convienen en someter las diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo al juicio arbitral o a la amigable composición” (De Pina & De Pina Vara, 2013, p.158).

La doctrina coincide con la definición de De Pina y De Pina Vara (2013), en que es donde las partes se obligan a acudir a instancias especiales no jurisdiccionales para resolver sus conflictos futuros, sin embargo, también especifica que la cláusula compromisoria es el acuerdo donde las partes contratantes “se comprometen a someter al arbitraje los conflictos que puedan surgir entre ellas con motivo de la interpretación o el cumplimiento de un contrato” (Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p.174). Y bien es cierto que las partes no pueden someter la resolución de sus conflictos al arbitraje si ellas no lo quieren y acuerdan de esa manera, por tanto, una cláusula compromisoria es la que señala el acuerdo anticipado entre partes de someter los conflictos futuros a un tribunal arbitral, cláusula o estipulación que se incluye dentro del contrato principal, según Nougéin et al. (2004).

ELEMENTOS DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

Para autores como Vásquez del Mercado Cordero (2009), la cláusula arbitral debe contener elementos determinados para poder resolver de manera satisfactoria un conflicto, para lo cual el autor señala: “Si se trata de un arbitraje institucional o *ad-hoc* (generalmente se establece el arbitraje institucional), la sede del arbitraje, el idioma o idiomas a utilizar, las reglas sustantivas aplicables y adjetivas si se trata del arbitraje *ad-hoc*” (Vásquez del Mercado Cordero, 2009, p.351).

Para Abascal Zamora (2014), los elementos esenciales del acuerdo de arbitraje son: “(i) el consentimiento de las partes de someterse al arbitraje; (ii) que las disputas provengan de una relación determinada; (iii) que la disputa

sea arbitrable” (Abascal Zamora, 2014, p.6). De la misma manera, el referido autor menciona otros elementos que deben tener las cláusulas arbitrales modelo, como “(i) el número de árbitros, (ii) el lugar de arbitraje, (iii) el idioma o idiomas del arbitraje y (iv) la ley aplicable a la sustancia del negocio” (Abascal Zamora, 2014, p.7), haciendo especial mención a que en los arbitrajes *ad-hoc* se sugiere señalar la persona que deberá actuar como autoridad nominadora.

Para Carbonneau (2002), la cláusula arbitral es la forma principal del acuerdo arbitral y generalmente contiene lenguaje simple y estandarizado que prevé un sometimiento de conflictos al arbitraje, señalando las reglas aplicables cuando se trata de un arbitraje institucional. Además de la cláusula arbitral o compromisoria, el acuerdo arbitral puede tomar forma como compromiso arbitral, el cual se pacta entre los contratantes cuando ya ha surgido un conflicto, señalando una controversia específica que será sometida a arbitraje, determinando las partes involucradas, el tipo de arbitraje, sea institucional o *ad-hoc*, “las reglas sustantivas y de procedimiento, la o las persona(s) que integrarán el tribunal arbitral para la atención del asunto o en su caso, la forma de su designación y la facultad que se les otorga” (Vásquez del Mercado Cordero, 2009, p.351).

De la misma manera, y como ya han mencionado otros autores, la doctrina establece que el contenido de una cláusula compromisoria consta de “elementos que permitan determinar la composición y el nombramiento del tribunal arbitral, su sede, las reglas del procedimiento de arbitraje y la identificación de la ley aplicable al fondo del litigio” (Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p.174), la cual también puede hacer referencia a los elementos y procedimientos ya determinados por organismos internacionales de arbitraje.

CLÁUSULAS PATOLÓGICAS

Las cláusulas arbitrales no deben ser largas ni complicadas, además se sugiere que sean claras y cortas para mayor efectividad, puesto que, de acuerdo con Vásquez del Mercado Cordero (2009), si son ambiguas se traducirán en pérdidas de dinero y tiempo. González de Cossío (2011) afirma que la cobertura del acuerdo arbitral se determina por el texto mismo del acuerdo, si el texto es restrictivo o limitado la cobertura será angosta, pero si el texto es amplio la cobertura también lo será.

Es por las razones anteriores que se sugiere que la cláusula arbitral sea adecuada al caso específico, siendo clara y elocuente, considerando el tipo

de arbitraje a tratar, “si estamos en presencia de uno institucional, es posible que la cláusula sea corta y completa, pero si es frente a uno *ad-hoc*, generalmente la cláusula debe abarcar demasiados aspectos y, por consiguiente, es imposible que esta sea breve” (Vásquez del Mercado Cordero, 2009, p.353). Es destacable el señalar que cuando la cláusula arbitral no es clara, precisa, es carente de información esencial o tiene defectos que impiden su ejecución, nos encontramos ante una cláusula patológica.

En 1974 Frederick Eisemann, Secretario General Honorario de la Cámara de Comercio Internacional, “acuñó el término ‘cláusulas patológicas’ para referirse a un acuerdo arbitral, que contuviera un defecto que interrumpiera la consecución apropiada de un procedimiento arbitral” (González de Cossío, 2011, pp. 194-195). Las cláusulas patológicas o defectuosas son estipulaciones poco acertadas que generan problemas en su aplicación o ejecución, originando contratiempos y que las expectativas de las partes se frustren por no poder resolver de manera ágil la controversia según Flores Rueda (2014). De acuerdo con la referida autora, las cláusulas patológicas son numerosas puesto que, aunque las instituciones de arbitraje contemplen cláusulas modelo, con frecuencia se suscita que los abogados modifiquen las cláusulas generando consecuencias no previstas.

Algunas cuestiones que convierten una cláusula arbitral en una cláusula patológica según González de Cossío (2011), son: el error al hacer mención de la institución arbitral, que el procedimiento de arbitraje parezca ser opcional, que el procedimiento de designación de árbitros sea defectuoso, que los árbitros designados no hayan cumplimentado los requisitos para fungir como tales o que hayan fallecido, que las fechas límite establecidas en la cláusula sean imposibles de cumplimentar, que se mencione que algunas cuestiones no pueden ser tratadas por el acuerdo de arbitraje como la validez del contrato, o que la cláusula esté en blanco.

Las cláusulas patológicas también pueden presentar diversos defectos como errores en el nombre de la institución arbitral prevista, en las reglas que regirán en arbitraje, el procedimiento de integración del tribunal de arbitraje, o incluso el plazo para que se celebre el arbitraje, errores que pueden subsanarse con leyes locales y reglamentos de arbitraje que prevén dichos errores, sin embargo, hay cuestiones defectuosas que pueden llegar a convertir a la cláusula en ineficaz e imposible de ejecutar obligando a que el conflicto se resuelva en tribunales jurisdiccionales, como menciona Flores Rueda (2014),

quien recomienda utilizar cláusulas modelo propuestas por instituciones arbitrales, cuyo funcionamiento y eficacia se han demostrado, o bien recurrir a abogados expertos en la redacción de cláusulas arbitrales.

Se considera que las cláusulas patológicas son numerosas, señalando que algunos ejemplos claros son las “cláusulas escalonadas (negociación, conciliación y arbitraje), las que estipulan calificaciones a los árbitros (nacionalidad, profesión, experiencia en determinado ramo, etc.), límites de tiempo poco razonables” (Abascal Zamora, 2014, p.6), así como la determinación de reglas de procedimiento.

CLÁUSULAS DE ESTILO

En el arbitraje internacional se pueden encontrar inconvenientes como el idioma, las diversas costumbres de cada país, la forma de intención estatal, así como los principios procesales de cada cultura nacional, como menciona Silva Silva (2001), en atención a “la autonomía de la voluntad como de las prácticas y los usos comerciales internacionales, particularmente de la *lex mercatoria*, diversos centros de arbitraje han sugerido la redacción de una cláusula arbitral” (Silva Silva, 2001, p.93), dichas cláusulas son conocidas como cláusulas de estilo o cláusulas modelo.

Una cláusula de estilo “es aquella que figura en todos los casos jurídicos de idéntica naturaleza” (De Pina & De Pina Vara, 2013, p.159), y que reemplaza las palabras opcionales o facultativas con palabras ya establecidas, facilitando así el acudir al arbitraje, según comenta Silva Silva (2001). Las cláusulas de estilo o también llamadas cláusulas modelo “son formatos de cláusulas compromisorias elaboradas comúnmente por instituciones administradoras de arbitraje, establecen un lenguaje general de acudir al arbitraje en caso de disputa e incluyen en forma automática la remisión a un reglamento de procedimiento arbitral” (Ortega López, 2014, p.89).

Dichas cláusulas modelo son utilizadas cuando las partes acuerdan ir a arbitraje para resolver su disputa, pero no desean escribir o redactar ellos mismos la cláusula, tomando en consideración que las cláusulas modelo han sido utilizadas en diversos casos previos y su redacción fue hecha por expertos, garantizando los elementos esenciales del acuerdo de arbitraje como lo son la intención de los contratantes de someterse a arbitraje y el alcance de las disputas que serán objeto arbitraje, según afirma Ortega López (2014).

CLÁUSULA DE ESTILO DEL PROCEDIMIENTO ESCALONADO

El término cláusula escalonada que se ha mencionado con anterioridad, consta

en una disposición donde “las partes someten una controversia presente o futura a un sistema mixto de solución de controversias, integrado por uno o varios MASC autocompositivos y agotados estos, al arbitraje o a los tribunales del Estado, como método heterocompositivo” (Von Wobeser Hoepfner, 2014, p.87). De acuerdo con Von Wobeser Hoepfner (2014), una cláusula escalonada también puede ser llamada cláusula sobrepuesta o cláusula multinivel y en dichas cláusulas primeramente se deben agotar mecanismos como la negociación, la mediación, un procedimiento conciliatorio, o un panel de solución de disputas, y si en dichos mecanismos no se logra un acuerdo, se procederá a una última etapa donde se celebra un arbitraje o se recurre a los tribunales estatales jurisdiccionales.

Las cláusulas escalonadas son aquellas “que contemplan en etapas distintas más de un mecanismo para resolver una controversia” (González de Cossío, 2011, pp. 302-303), señalando dicho autor el ejemplo de una cláusula escalonada de negociación seguida de conciliación o mediación, en donde primeramente se establece una etapa de negociación por un tiempo limitado al surgir el conflicto, y que de no llegar a acuerdo alguno se especifica que seguirá un procedimiento de conciliación o mediación. Lo mismo que si tampoco logra obtener un acuerdo de las partes, se determina el arbitraje como procedimiento final para la obtención de un acuerdo en el dictado del laudo respectivo.

Otro caso de cláusulas escalonadas es el que contempla el procedimiento med-arb, en el cual se establece que las partes deciden someterse a un procedimiento de mediación-arbitraje, en el que primeramente se inicia con una etapa de mediación, la cual de no obtener un acuerdo entre partes, el tercero neutral de la mediación pasa a convertirse en árbitro, quien llevará a cabo el arbitraje para emitir un laudo vinculante a las partes, según menciona Fullerton (2010).

Una diversa acepción del procedimiento med-arb lo define como un “MASC en el cual las partes optan por someterse a una mediación y, en caso de no alcanzar un acuerdo, facultan al mediador para que actúe como árbitro y resuelva la controversia de manera definitiva dictando un laudo” (Azar Manzur, 2014, p.194). El mencionado autor quien señala que este procedimiento puede estipularse antes y después de surgida la controversia, sea mediante cláusula dentro del contrato o mediante un compromiso independiente respectivamente.

Hay autores que se oponen al uso de cláusulas escalonadas, sobrepuestas o multinivel, sin embargo, existen diversos autores que demuestran estar a favor de la implementación de dichas cláusulas, tal es el caso de González de Cossío (2011), quien manifiesta que su opinión negativa respecto de estas cláusulas cambió a ser positiva puesto que hay reglamentos de organismos como la Cámara de Comercio Internacional que han desarrollado el área de métodos alternos de solución de controversias debido a que la voluntariedad de la mediación o conciliación se ha visto influenciada por un elemento de obligatoriedad, además de que la obligación de las partes de comparecer a una junta con un tercero neutral desestima la disyuntiva de que las partes tomaban ventaja para no llegar al arbitraje, entre otras razones. Profundizando más en el tema, González de Cossío (2011) señala que, de acuerdo al Reglamento ADR de la Cámara de Comercio Internacional, cuando las partes se someten a un procedimiento de mecanismos alternativos de solución de controversias, se compromete cada una de dichas partes a acudir a la primer reunión con el tercero neutral, y su disposición proviene de que “si la cláusula ADR tiene un lenguaje obligatorio, las partes tengan la obligación de agotar la primera junta con el Tercero antes de proceder al arbitraje o litigio” (González de Cossío, 2011, p.304); con lo cual se buscaba propiciar la comunicación relativa a la disputa y generar una posibilidad mayor de resolverla según el citado autor.

Los anteriores avances para los MASC que han sido propiciados por los reglamentos de organismos que imparten los mecanismos alternativos son razones y elementos que benefician la implementación de cláusulas escalonadas, como lo es la cláusula med-arb, pues dichas cláusulas “son consideradas un esquema de aseguramiento de resolución de conflictos en la vía privada, inhabilitando totalmente la participación del órgano jurisdiccional, cláusulas que según el mismo autor son conocidas como un método híbrido o mixto” (Gorjón Gómez & Adame, 2015, p.9).

Dentro de las recomendaciones de redacción y contenido de las cláusulas escalonadas está que dicha cláusula se adecúe a las necesidades del caso, evitando que un mecanismo sea un impedimento para el subsecuente, de acuerdo con González de Cossío (2011). Por su parte, Von Wobeser Hoephner (2014) menciona que las partes especifiquen cómo inicia y termina cada etapa o mecanismo, señalando un plazo para que resuelvan la disputa y que de no resolverse se especifique que cualquiera de ellas puede comenzar el procedimiento arbitral inmediatamente, aunado a las disposiciones que debe contener la cláusula arbitral sobre el tipo de arbitraje, la designación de árbitros, el lugar e idioma del arbitraje y el derecho aplicable.

CLÁUSULAS DE ESTILO PREVISTAS

Diversos autores como Flores Rueda (2014), González de Cossío (2011), Abascal Zamora (2014), Vásquez del Mercado Cordero (2009) y Silva Silva (2001) refieren o recomiendan utilizar cláusulas modelo o cláusulas de estilo previstas por organismos de impartición de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la Cámara de Comercio Internacional y la Asociación Americana de Arbitraje, entre otros organismos que establecen cláusulas de estilo escalonadas de mediación-arbitraje (Véase Figura No. 1).

Cámara de Comercio Internacional	In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties shall first refer the dispute to proceedings under the ICC Mediation Rules. If the dispute has not been settled pursuant to the said Rules within [45] days following the filing of a Request for Mediation or within such other period as the parties may agree in writing, such dispute shall thereafter be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules of Arbitration (International Chamber of Commerce, s.f.).
Asociación Americana de Arbitraje	<p>If a dispute arises from or relates to this contract or the breach thereof, and if the dispute cannot be settled through direct discussions, the parties agree to endeavor first to settle the dispute by mediation administered by the American Arbitration Association under its Commercial Mediation Procedures before resorting to arbitration. Any unresolved controversy or claim arising from or relating to this contract or breach thereof shall be settled by arbitration administered by the American Arbitration Association in accordance with its Commercial Arbitration Rules, and judgment on the award rendered by the arbitrator may be entered in any court having jurisdiction thereof. If all parties to the dispute agree, a mediator involved in the parties' mediation may be asked to serve as the arbitrator (American Arbitration Association, 2013, pp. 33-34).</p> <p>In the event of any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or a breach thereof, the parties hereto agree first to try and settle the dispute by mediation, administered by the International Centre for Dispute Resolution under its Mediation Rules. If settlement is not reached within 60 days after service of a written demand for mediation, any unresolved controversy or claim arising out of or relating to this contract shall be settled by arbitration in accordance with the International Arbitration Rules of the International Centre for Dispute Resolution (International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association, 2011, p.4).</p> <p>En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento, las partes acuerdan primero tratar de solucionar dicha controversia mediante mediación administrada por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Mediación Internacional. Si las partes no logran llegar a un acuerdo dentro de los 60 días siguientes a la notificación de una solicitud de mediación por escrito, cualquier controversia o reclamación que no haya sido resuelta será sometida a arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional (Centro Internacional de Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje, 2012, p.4).</p>
Cláusula establecida por la doctrina	<p>If any dispute or difference of any nature between the parties shall arise pursuant to this Agreement, then such dispute or difference shall:</p> <p>At first be referred to a single mediator to be appointed in accordance with the mediation procedures of Media Dispute Resolution: [_____] or such other organization which provides mediation services. The mediator shall be agreed upon by the parties but failing such agreement within [twenty-eight days] of one party requesting the appointment of a mediator the mediator shall be appointed by the [President of the Law Society] of [country] at that time.</p> <p>If not resolved by the procedure in 1.1 such dispute or difference shall be referred to a single arbitrator under the [Rules of the Chartered Institute of Arbitrators/other] in [country] for resolution.</p> <p>If not resolved by procedures in 1.1 or 1.2 then either party shall be at liberty to pursue such action and remedies as it shall, at its sole discretion, decide in the circumstances subject to the terms of this Agreement (Fosbrook & Laing, 2010, p.670).</p>

Figura No. 1

Cláusulas de estilo previstas

Si bien, las cláusulas de estilo sencillas o escalonadas son previstas y determinadas por organismos o instituciones de impartición de mecanismos alternativos de solución de controversias, dichas cláusulas de estilo no son eficaces hasta que las partes no las acuerdan y las establecen por escrito dentro de un contrato o convenio puesto que es precisamente al momento de suscribirlas que adquieren validez y carácter vinculante, y más aún si el lenguaje de la cláusula es obligatorio debido a que las propias instituciones han determinado que un lenguaje obligatorio compromete a las partes a acudir a los procedimientos sin importar si su naturaleza es voluntaria o no.

La suscripción de cláusulas de estilo nos conlleva a proveer de seguridad jurídica a las partes, sus relaciones contractuales, sus negocios y la resolución propia de disputas futuras, es decir, dichas cláusulas revisten de protección jurídica al negocio y cada uno de los elementos contemplados en el contrato, con lo cual se habla de que la propia cláusula consiste en un intangible de protección y aseguramiento de resolución de conflictos.

CONCLUSIÓN

- La cláusula de estilo de los MASC en específico del arbitraje tiene una utilidad práctica;
- La cláusula de estilo cuenta con un reconocimiento internacional y con un respaldo de la *lex fori*;
- Su uso es común en los contratos de carácter comercial y su inclusión en otro tipo de contratos se está convirtiendo en una práctica cotidiana;
- La cláusula de estilo es un intangible de los MASC;
- El valor que tiene la cláusula de estilo para quien la integra es evidente, ya que le permite resolver sus conflictos fuera de la esfera de la vía judicial;
- Le permite nombrar los árbitros o el mediador, quien será el responsable de resolver el conflicto;
- Los árbitros serán expertos en el tema por lo que la solución será más ajustada a la práctica comercial y con respeto absoluto al marco legal del lugar de ejecución;
- El costo del procedimiento es más cierto y controlado por las partes;
- La cláusula de estilo es detonadora de otros intangibles, como el prestigio, la reputación corporativa, el liderazgo, la productividad, la economía de las partes, entre otros.

REFERENCIAS

- Abascal Zamora, J. (2014). En C. Flores Rueda (Ed.), *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial*. México, D.F.: Editorial Themis.
- American Arbitration Association (2013). *Drafting Dispute Resolution Clases. A Practical Guide*. Obtenido de https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_002540
- Armienta Hernández, G. (2010). *El juicio oral y la justicia alternativa en México* (Segunda ed.). México: Porrúa.
- Azar Manzur, C. (2014). En C. Flores Rueda (Ed.), *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial*. México, D.F.: Editorial Themis.
- Born, G. B. (2009). *International commercial arbitration* (Vol. I). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (11 de agosto de 2014). *Ley de Petróleos Mexicanos*. Recuperado el 20 de agosto de 2016, de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LPM_110814.pdf
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (11 de agosto de 2014). *Ley de Hidrocarburos*. Recuperado el 20 de agosto de 2016, de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LHidro_110814.pdf
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (11 de agosto de 2014). *Ley de la Industria Eléctrica*. Recuperado el 20 de agosto de 2016, de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIElec_110814.pdf
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (7 de abril de 2016). *Código de Comercio*. Recuperado el 20 de agosto de 2016, de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3_070416.pdf
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (15 de agosto de 2016). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Recuperado el 20 de agosto de 2016, de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150816.pdf
- Carbonneau, T. E. (2002). *Case and materials. The law and practice of arbitration* (Third ed.). Juris Publishing.
- Centro Internacional de Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje (26 de marzo de 2012). *Guía para la Redacción de Cláusulas Internacionales de Solución de Disputas*. Recuperado el 20 de agosto de 2016, de https://www.icdr.org/icdr/ShowPDF?doc=ADRSTG_014213
- De Pina, R., & De Pina Vara, R. (2013). *Diccionario de Derecho* (Trigésima séptima ed.). México, D.F.: Porrúa.
- Flores Rueda, C. (2014). En C. Flores Rueda (Ed.), *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial*. México, D.F.: Editorial Themis.
- Fosbrook, D., & Laing, A. C. (2010). *The A-Z of contract clauses* (Fifth ed.). London: Sweet & Maxwell.
- Fullerton, R. (2010). Med-arb and its variants: Ethical Issues for Parties and Neutrals. *Dispute Resolution Journal*, 65(2/3).
- González de Cossío, F. (2011). *Arbitraje* (Tercera ed.). México, D.F.: Porrúa.
- Gorjón Gómez, F., & Adame, M. (septiembre-marzo de 2015). Cláusulas Med-arb. Sistema de aseguramiento de la ciudadanía de la justicia

- (Universidad de Guadalajara, Ed.). *Letras Jurídicas. Revista de Derecho del Centro Universitario de la Ciénega*, (21), 1-27.
- Gorjón, F., & Melissa, A. (2015). Cláusulas Med/Arb. Sistema de aseguramiento de la ciudadanización de la justicia. *Letras Jurídicas*, 1-27.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas (2004). *Enciclopedia Jurídica Mexicana* (Segunda ed., Vol. II). México: Porrúa, UNAM.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas (2004). *Enciclopedia Jurídica Mexicana* (Vol. VII). México: Porrúa; UNAM.
- International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association (11 de noviembre de 2011). *Guide to Drafting International Dispute Resolution Clauses*. Recuperado el 20 de agosto de 2016, de https://www.icdr.org/icdr/ShowPDF?doc=ADRSTG_002539
- International Chamber of Commerce (s.f.). *Suggested Clauses for ICC Mediation*. Recuperado el 20 de agosto de 2016, de <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/suggested-clauses/>
- Merino Merchán, J. F., & Chillón Medina, J. M. (2006). *Tratado de Arbitraje*. Madrid: Thomson Civitas.
- Nougein, H. J., Reinhard, Y., Ancel, P., Rivier, M. C., Boyer, A. & Genin, P. (2004). *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*. Paris: Édition Du Juris-Classeur.
- Ortega López, E. (2014). En C. Flores Rueda (Ed.), *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial*. México, D.F.: Editorial Themis.
- Sánchez Medal, R. (2013). *De los contratos civiles* (Vigésimoquinta edición ed.). México, D.F.: Porrúa.
- Silva Silva, J. A. (2001). *Arbitraje comercial internacional en México* (Segunda ed.). México, D.F.: Oxford University Press.
- Vásquez del Mercado Cordero, Ó. (2009). *Contratos mercantiles internacionales*. México, D.F.: Porrúa.
- Von Wobeser Hoepfner, C. (2014). En C. Flores Rueda (Ed.), *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial*. México, D.F.: Editorial Themis.