

CLAUSULAS MED/ARB
SISTEMA DE ASEGURAMIENTO DE LA CIUDADANIZACIÓN DE LA
JUSTICIA

CLAUSES MED / ARB
ASSURANCE SYSTEM OF JUSTICE CIUDADANIZACIÓN



FRANCISCO GORJON GÓMEZ*
MELISSA ADAME*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. NATURALEZA JURÍDICA; 2. MARCO LEGAL; 3. ELEMENTOS DE EXISTENCIA; 3.1. CONSENTIMIENTO; 3.2. OBJETO; 3.3. SOLEMNIDAD; 4. ELEMENTOS DE VALIDEZ; 4.1. FORMA; 4.2. ESCRITO; 4.3. CAPACIDAD; 5. ALCANCES Y EFECTOS JURÍDICOS. Fecha de Recepción: 07/07/2015-Fecha de Aceptación: 18/08/2015.

* Presidente de la Asociación Internacional de Doctores en Métodos Alternos de Solución de Conflictos; Coordinador del Doctorado en MASC de la UANL y Miembro del Sistema nacional de Investigadores Nivel II. Email: fgorjon@hotmail.com.

* Doctoranda del Doctorado en Métodos Alteros de Solución de Conflictos de Calidad conforme al CONACyT, Abogada litigante. Email: melissa.adame.rivera@gmail.com.

Resumen. Los esquemas y modelos de solución de conflictos requieren modernizarse y homologarse a criterios e indicadores globales, ello implica observar mejores prácticas de diversos sistemas legales, que por lo regular se encuentran plasmadas en convenciones y leyes modelo, como es el caso del arbitraje y la mediación o conciliación. Son tal vez estos dos métodos los mejores para resolver los conflictos entre las personas, con un alto sentido de justicia y equidad, ya que son ellas las que resuelven sus problemas por si mismas en base a sus *potestas*, este esquema se ha denominado ciudadanización de la justicia, ya que al amparo de la ley, las personas resuelven de manera vinculante sus problemas.

Sin embargo, aún que son ambos los mejores sistemas, no hacen de forma conjunta una sinergia, ambos actúan de manera independiente, esto es tal vez causa de la falta de reconocimiento vinculante al principio de autonomía de las partes en la mediación, ya que una cláusula de mediación no es del todo contundente, ya que no produce la excepción de incompetencia del juez, al igual que el acuerdo producido durante el procedimiento requiere de una homologación, y no se le equipara a un título ejecutivo y en consecuencia a una sentencia, a *contrario sensu* de lo que sucede con el arbitraje, que a parte de los tres anteriores presupuestos, está el de la presunción de legalidad *juris tantum*, lo que resulta entonces una falta de respeto el principio *pacta sunt servanda* en la mediación.

Esta falta de asertividad legal es la que ha producido este modelo mixto de las cláusulas MEDARB, para que el sustento de una sea el paragón de la otra, y le dé entonces una funcionalidad total y asegure la participación única de las partes en la solución de sus conflictos, por lo tanto, esta será el fundamento de la ciudadanización de la justicia en sus aspectos más puramente civiles.

Observaremos en el trayecto de este artículo la fundamentación legal y como la practica internacional da la razón a esta combinación de métodos alternos y como es asumida, tal cual sucede con el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción CAIC, que establece en su cláusula de conciliación que:

“Cuando, surgida de una controversia que se derive del presente contrato o se relacione con el mismo, las partes deseen llegar a una transacción amistosa mediante la conciliación, ésta tendrá lugar de conformidad con el Reglamento de Conciliación del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción. En caso de que las partes no lleguen a un arreglo dentro del plazo acordado por escrito por las partes al inicio del procedimiento de conciliación, la controversia será resuelta definitivamente de conformidad con el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción. La sede será [____], y el derecho aplicable a la controversia será [_____].”

Entendiéndola como una cláusula *MEDARB*, bajo el concepto de la ley modelo de conciliación que unificó el significado de mediación y conciliación en este último, por lo que bien podría ser llamada también “*CONARB*”, con la misma validez y sustento legal. Al respecto estudiaremos su naturaleza jurídica, su marco legal, así como sus elementos de existencia, como el consentimiento, objeto y solemnidad; pondremos especial atención a sus elementos de validez y forma, destacando que la cláusula tendrá que ser por escrito como el principal requisito de manifestación de la voluntad de las partes de someterse a un método alternativo, de igual forma analizaremos la capacidad de las partes y su alcances y efectos jurídicos que produce o podrá producir la cláusula *MEDARB*.

Abstract. Schemes and models of conflict resolution need to be approved modernize and global criteria and indicators, this involves observing best practices in various legal systems, which usually are reflected in conventions and model laws, such as arbitration and mediation or conciliation. They are perhaps the two best methods to resolve conflicts between people, with a high sense of justice and equity, since they are the ones who solve their problems by themselves based on their potestas, this scheme has been called *ciudadanización* of justice, since under the law, people solve their problems so binding.

However, even they are both the best systems do together a synergy, both act independently, this is perhaps because of the lack of recognition binding the principle of autonomy of the parties in mediation, since a mediation clause is not entirely convincing, because it produces the plea that the judge, as the agreement occurred during the procedure requires an approval, and will not equate to an enforceable and thus to a judgment, a contrario of what happens with the arbitration, that apart from the three previous budgets, is that of the rebuttable presumption of legality, which then results in a lack of respect the principle pacta sun servanda in mediation.

This lack of legal assertiveness is what has produced this mixed model of MEDARB clauses, so that the livelihood of one is the paragon of the other, and then give you full functionality and secure the only participation of the parties in resolving their conflicts, therefore this will be the foundation of ciudadanización of justice in its most purely civilian aspects.

We observe in the course of this article the legal basis and as international practice gives reason to this combination of alternative methods as is assumed, as is the case with the Arbitration Center of the Construction Industry CAIC, which provides in clause conciliation:

"When, arising from a dispute arising from this contract or in connection therewith, the parties wish to seek an amicable settlement through conciliation, it should take place in accordance with the Conciliation Rules of the Arbitration Center Industry the construction. Should the parties fail to reach an agreement within the time agreed in writing by the parties at the beginning of the conciliation procedure, the dispute shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the Arbitration Center of the Construction Industry. The venue will be [_____] and the law applicable to the dispute shall [_____]".

Understanding it as a MEDARB clause, under the concept of the model law conciliation unify the meaning of mediation and conciliation in the latter, so well could also be called "CONARB" with the same force and legal support.

We study about its legal status, its legal framework and its elements of existence, such as consent, object and solemnity; will focus on its validity and form elements, noting that the clause will have to be written as the main requirement for expression of the will of the parties to submit to an alternate method, similarly analyze the ability of the parties and their scope and legal effects it produces or may produce MEDARB clause.

Palabras Clave: Clausula medarb, Mediación, arbitraje, autonomía de la voluntad de las partes, validez, existencia, naturaleza jurídica; participación ciudadana.

Keywords: Medarb clause, mediation, arbitration, autonomy of the parties, validity, existence, legal status; citizen participation.

INTRODUCCION

El uso de la mediación y del arbitraje de forma independiente o de forma conjunta es viable y los podemos considerar como un esquema de participación directa de la ciudadanía en la solución de sus problemas, dando con ello legitimidad a la solución y por lo tanto a un esquema de concertación planeado según las necesidad de cada persona y no bajo un sistema generalista como lo es la aplicación de la ley conforme a nuestra tradición jurídica, siendo entonces el paradigma de *la solución de nosotros mismos de nuestros conflictos*, lo que valida esta intervención, dando origen al concepto de la ciudadanización de la justicia, como un esquema de aseguramiento de la participación de las personas en resolver por ellos mismos sus problemas de forma permanente.

La mediación como método alternativo de solución de conflictos es un proceso amistoso en el cual las personas que se enfrentan se hacen justicia a ellas mismas con la ayuda de un tercero¹, en el cual destacan las características de que la solución es

¹ NOUGEIN, H.-J., REINHARD, Y., ANCEL, P., RIVIER, M.-C., BOYER, A., & GENIN, P., "Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale. ", Éditions du Juris-Classeur, Paris, 2004, p. 139.

dada y no impuesta, hay reciprocidad de las partes, intervención de una persona externa, neutral e imparcial, así como se respeta también el principio de libertad de las partes contratantes.²

Por otro lado, el arbitraje es un procedimiento heterocompositivo extraprocesal, en el cual las partes someten sus diferencias a la consideración de un particular, un árbitro, quien actuará conforme a las potestas de las partes³, emitiendo un laudo vinculante al finalizar el procedimiento arbitral.

Dentro de las características principales del arbitraje se encuentran la celeridad del procedimiento, la *expertise* de los árbitros que resuelven el conflicto, así como el respeto del principio de autonomía de la voluntad de las partes y la adaptación del procedimiento a las necesidades de los contratantes.⁴

El proceso judicial o arbitral tiene una lógica de una oposición, de un enfrentamiento y, naturalmente, de agresividad entre las partes contratantes⁵, mientras que la mediación trata de buscar una solución amistosa a voluntad de las partes, en dónde ellas mismas buscan resolver el conflicto con asistencia de un tercero, el cual no se impone a las mismas.

Inclusive, autores señalan que tanto en los litigios como en los arbitrajes, los jueces y árbitros resuelven los litigios con soluciones parcelarias, insatisfactorias o inequitativas manifestando también que el derecho “no siempre es justo” y que las resoluciones de los jueces y árbitros descansan sobre los derechos y el pasado, cuando en la resolución de la mediación es concerniente a los intereses y el provenir de las partes.⁶

En consecuencia, para que las partes puedan resolver sus conflictos a través de alguno de los métodos alternativos de solución de conflictos como la mediación o el arbitraje pueden acudir a dichos procedimientos por varias maneras, una de ellas a es través de

² *Ibídem*, p. 139.

³ GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier y STEELE GARZA, José Guadalupe, “*Métodos alternativos de solución de conflictos*”, Oxford University Press, México, Segunda edición, p. 18.

⁴ MEREMINSKAYA, E., “*Transformación y desarrollo del arbitraje y la mediación en Nuevo León.*”. En GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, STEELE GARZA, José Guadalupe y CARDOZA MOYRON, Rubén, “*Mediación y arbitraje. Leyes comentadas y concordadas del Estado de Nuevo León.*”, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 19.

⁵ NOUGEIN, H.-J., REINHARD, Y., ANCEL, P., RIVIER, M.-C., BOYER, A., & GENIN, P., *Op. Cit.*, p. 139.

⁶ *Ibídem*, p. 139.

una cláusula compromisoria inserta dentro del contrato comercial al que se suscriben las partes contratantes.

Dentro del proceso de negociación de los contratos, las partes pueden acordar someter sus eventuales y futuras diferencias a algún método alternativo de solución de conflictos como una forma de previsión de solución de conflictos a futuro. En el caso del arbitraje, las partes deberán formular una cláusula compromisoria que sea luego considerada válida y eficaz por los árbitros o jueces que se tengan que pronunciar al respecto, lo cual también puede suceder cuando las diferencias ya existen, siendo que las partes buscarán ahora un compromiso arbitral⁷.

De la misma manera sucede con la mediación convencional, en donde, al igual que en el arbitraje, el acuerdo de mediación puede ser trasladado al momento del comienzo del litigio o también puede tomar la forma de una cláusula de mediación inserta por adelantado en el contrato⁸.

Cabe mencionar, que al igual que en el arbitraje, se puede concebir que las partes en el acuerdo de mediación o cláusula de mediación organicen el procedimiento o confíen dicha organización a un organismo institucional en relación a su reglamento de mediación, e incluso se puede estipular la combinación de dos procedimientos de resolución de conflictos, en virtud de que actualmente existen numerosos centros de arbitraje que también son centros de mediación al mismo tiempo⁹.

Respecto al acuerdo arbitral, autores lo definen como un acuerdo por el que las partes deciden someter al arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica contractual¹⁰. De la anterior definición, se puede deducir que los autores refieren tanto a conflictos que ya existen como a conflictos inminentes o que están por suceder, dicha diferencia entre los conflictos determinados y determinables la señala la doctrina estableciendo que las partes pueden pactar un acuerdo arbitral tanto en un contrato en previsión de futuras

⁷ DE AGUIRRE, Cecilia Fresnedo, *“El arbitraje internacional: presencia y evolución en el ámbito jurídico uruguayo”*, Revista De Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, 2012. p. 122.

⁸ NOUGEIN, H.-J., REINHARD, Y., ANCEL, P., RIVIER, M.-C., BOYER, A., & GENIN, P., *Op. Cit.*, p. 189.

⁹ *Id.*

¹⁰ GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier y STEELE GARZA, José Guadalupe, *Op. Cit.*, p. 190.

controversias o después que surgió la disputa¹¹. Incluso, si las diferencias objeto de arbitraje no fuesen mencionadas en la cláusula compromisoria, se presumirá que la cláusula se extienda a todas las diferencias que puedan surgir de la relación contractual¹².

El ordenamiento jurídico de Derecho Internacional Privado conocido como La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006 establece que un acuerdo de arbitraje es aquel en el que “las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”, acuerdo de arbitraje que podrá adoptar dos formas: la de cláusula compromisoria inserta en un contrato o como acuerdo independiente¹³.

Resulta sencillo señalar los conceptos, características y previsiones legales de los procedimientos notoriamente conocidos a nivel internacional como son la mediación y el arbitraje, sin embargo, el reto surge al satisfacer necesidades de las partes contratantes que desean fusionar procedimientos para obtener un mejor resultado, soluciones satisfactorias para las partes y sus intereses, así como un procedimiento rápido y que abarque una disminución en costos para obtener soluciones a las discrepancias que tengan lugar.

Un procedimiento fusionado o mixto es el conocido como med-arb, que quiere decir mediación-arbitraje, en el cual se trata de un proceso donde un tercero neutral e imparcial facilita la comunicación entre las partes contratantes y si no se logra el convenio de mediación, el tercero recibe pruebas y testimonios provistos por las partes y dicta una decisión vinculante¹⁴.

¹¹ GRAHAM, James Alexander, “*Generalidades del arbitraje y el acuerdo arbitral*”. GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, STEELE GARZA, José Guadalupe y CARDOZA MOYRON, Rubén, “*Mediación y arbitraje. Leyes comentadas y concordadas del Estado de Nuevo León.*”, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 171.

¹² *Ibidem*, p. 172.

¹³ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006.

¹⁴ FULLERTON, R., “*MED-ARB AND ITS VARIANTS: Ethical Issues for Parties and Neutrals*”, *Dispute Resolution Journal*, Volume 65, Number (2/3), 2010, p. 54.

En el procedimiento híbrido conocido como med-arb, las partes acuerdan y se comprometen a participar en cada proceso hasta que el convenio de mediación sea alcanzado y ejecutado o, si el convenio no se ha logrado en su totalidad, el laudo arbitral sea dictado ¹⁵.

Primeramente, el procedimiento inicia con la mediación, si la mediación resulta con un convenio completo, el procedimiento med-arb está terminado sin necesidad de acudir al arbitraje. Sin embargo, si todavía no se logra el convenio completo, el mediador da por terminada la mediación y comienza la fase del arbitraje¹⁶.

Es loable destacar que autores especifican que en la actualidad las empresas y corporaciones prefieren acudir al arbitraje internacional en combinación con otros *ADR mechanisms*¹⁷, es decir, que hoy en día las empresas se inclinan a la utilización de procedimientos híbridos de *ADR mechanisms*¹⁸, como lo es el arbitraje con la mediación.

En consecuencia, las cláusulas med-arb son consideradas un esquema de aseguramiento de resolución de conflictos en la vía privada, inhabilitando totalmente la participación del Estado en la resolución del conflicto, excluyendo *ex profeso* la participación del órgano jurisdiccional¹⁹, cláusulas que según el mismo autor son conocidas como un método híbrido o mixto.

Al ser las cláusulas med-arb un procedimiento híbrido o mixto, resulta de gran interés establecer si las disposiciones legales, y elementos de existencia y de validez serán los mismos para dicho procedimiento híbrido como para los métodos alternativos de solución de conflictos que lo componen, que son la mediación y el arbitraje. A continuación, se revisará de manera breve la naturaleza y ordenamientos jurídicos que regulan los métodos alternativos de solución de conflictos que regulan un procedimiento híbrido como la mediación-arbitraje.

¹⁵ *Ibidem*, p. 56.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ ANDREWS, Neil, "Mediation". En ANDREWS, Neil, "The Three Paths of Justice. Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England", *IusGentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, Springer Netherlands, Series Volume: 10, 2012, p. 201.

¹⁸ *Alternative Dispute Resolution mechanisms*, lo cual traducido al español hace referencia a los mecanismos de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos.

¹⁹ GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier y STEELE GARZA, José Guadalupe, *Op. Cit.*, p. 36.

1. Naturaleza Jurídica

Las partes pueden acudir a los métodos alternativos de solución de conflictos ya sea a través de una cláusula compromisoria o acuerdo, o incluso acudir al procedimiento en cualquier momento.

Autores señalan y se preguntan si las probabilidades de convenio aumentan significativamente al proveer de negociación o mediación como primera fase obligatoria antes de acudir al arbitraje, de lo cual no hay respuestas estadísticas a esa cuestión²⁰. Entonces, surgen más preguntas respecto si el establecimiento de un procedimiento como la mediación obligatoria, previa al arbitraje, puede garantizar una solución satisfactoria para las partes, sin embargo, al momento de establecer una mediación obligatoria se podría violentar los principios de voluntariedad de las partes en la mediación, lo cual contradice y puede llegar a anular una cláusula compromisoria de método híbrido como lo es med-arb. Por dicha razón, resulta necesario revisar el origen y naturaleza de la mediación y el arbitraje, con objeto de establecer si se violenta algún principio fundamental de los procedimientos de mediación y/o arbitraje.

Para el caso del arbitraje, la doctrina establece que hasta el día de hoy prevalecen tres teorías que sustentan el procedimiento arbitral: la teoría contractualista, que manifiesta que el origen del arbitraje es contractual, de tal manera que su validez y su operatividad dependen en todo momento del cumplimiento del *pacta sunt servanda* entre las partes obligadas; la teoría jurisdiccionalista, que señala que el arbitraje tiene su origen en la jurisdicción estatal, puesto que es el mismo Estado el que permite y regula el arbitraje, siendo que si el mismo Estado no lo permite, entonces no tendría aplicabilidad; y la teoría mixta, que reúne elementos de las dos teorías anteriores, los cuales pueden ser contractuales y procesales o jurisdiccionales²¹.

²⁰ FRIEDLAND, Paul D., *“Arbitration clauses for international contracts”*, Juris Publishing, Inc., Huntington, New York, USA, Second edition, p. 121.

²¹ GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier y STEELE GARZA, José Guadalupe, *Op. Cit.*, pp. 184-185.

Vale la pena hacer un estudio a profundidad de dichas teorías, sin embargo, por cuestiones de extensión del presente trabajo, solamente se tomará en cuenta la perspectiva de la teoría contractualista puesto que es la perspectiva que con mayor frecuencia se toma en la actualidad, refiriéndonos a los contratos comerciales internacionales.

En cuanto a la teoría contractualista de la mediación, hay autores que estudian respecto a la mediación judicial, lo cual no quiere decir que se restrinja solamente a una mediación previa al litigio, sino que la mediación como método alternativo de solución de conflictos posee los mismos elementos y características, sea como procedimiento previo o como procedimiento único, por lo cual se considera lo establecido por autores franceses, quienes señalan que aunque se trate de una mediación que tenga naturaleza convencional, la mediación puede existir y desarrollarse si las personas concernientes están conscientes libremente²², incluso si la mediación tiene un origen judicial, la mediación permanece consensual por naturaleza, en la medida donde la mediación pueda desarrollarse con el acuerdo de las partes²³.

En lo concerniente a la obligatoriedad de la mediación, es necesario destacar que la diferencia se encuentra entre el deber de considerar la mediación y, el deber de entrar y participar en la mediación ante un tercero neutral, siendo crucial esta línea entre el considerar y participar en el procedimiento²⁴.

Entonces, si el contrato contiene una cláusula de mediación, las partes están obligadas de acudir al mediador antes que al juez—que se trata del juez de Estado o de un tribunal arbitral²⁵, lo cual según el autor implica que cada una de las partes debe cumplir con prestaciones positivas —contribuir a la designación del mediador según las modalidades

²² NOUGEIN, H.-J., REINHARD, Y., ANCEL, P., RIVIER, M.-C., BOYER, A., & GENIN, P., *Op. Cit.*, p. 149.

²³ *Id.*

²⁴ ANDREWS, Neil, “*Mediation*”, *Op. Cit.*, p. 191-192.

²⁵ NOUGEIN, H.-J., REINHARD, Y., ANCEL, P., RIVIER, M.-C., BOYER, A., & GENIN, P., *Op. Cit.*, p. 195.

previstas por el contrato– y también con una obligación de no hacer –no acudir al tribunal antes de salir del procedimiento de mediación²⁶.

Con objeto de señalar un caso en donde la mediación haya sido establecida como obligatoria, me permito mencionar el caso de Cable & Wireless v. IBM United Kingdom Ltd (2002) ventilado en Inglaterra, en el que las partes acordaron que la mediación sería obligatoria previo a los procedimientos en la corte, aunque otras cláusulas de métodos alternativos de solución de conflictos pueden estipular que la mediación sea obligatoria previo a procedimientos de arbitraje siendo posible un análisis similar puesto que en el caso de Cable & Wireless se demuestra que el compromiso contractual de mediar es legalmente exigible, puesto que si una de las partes infringe la cláusula de resolución, no acude a la mediación y comienza el arbitraje o el litigio omitiendo la mediación, la corte puede buscar detener el proceso resolutorio anticipado²⁷.

Sin embargo, tratándose de países con un sistema diferente al consuetudinario, es complejo que la cláusula tenga esos mismos efectos solo que la ley establezca esta posibilidad categóricamente, por lo que el diseño de una cláusula híbrida será la opción para lograr que la controversia se resuelva en el ámbito privado y no en el judicial.

El hecho de que la cláusula compromisoria viene a desempeñar un papel de gran relevancia para el arbitraje puesto que dicha cláusula tiene como principal efecto validar el procedimiento produciendo la incompetencia del juez, quien no podrá observar el fondo del asunto, no se restringe solamente para el arbitraje sino que también se puede aplicar a la mediación, toda vez que la cláusula compromisoria valida la mediación, en la cual el juez tampoco podrá conocer del fondo del asunto²⁸.

Asimismo, es de gran importancia en distinguir la cláusula compromisoria del contrato mismo que la contiene puesto que se presenta una excepción al principio general de derecho en *que lo accesorio sigue la suerte de lo principal*.

En cuanto a la materia de arbitraje, en Inglaterra la cláusula arbitral puede ser válida aunque el contrato pueda no serlo puesto que siguiendo el principio de separabilidad

²⁶ *Id.*

²⁷ ANDREWS, Neil, “*Mediation*”, *Op. Cit.*, pp. 201-202.

²⁸ GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier y STEELE GARZA, José Guadalupe, *Op. Cit.*, p. 190.

contenido en la sección 7 del Arbitration Act 1996 (England and Wales), a invalidez del contrato principal no necesariamente conlleva a la invalidez del acuerdo de arbitraje²⁹.

Mismo efecto sucede en México, al considerar a la cláusula arbitral un contrato independiente del principal, aun que se pretenda en futura controversia la invalidez del contrato principal, será entonces este conflicto último por el que se instrumente el procedimiento arbitral.

Según autores franceses, en una lógica contractual se pensaba que la nulidad eventual del contrato repercutía en la cláusula de arbitraje, ante lo cual si en el tribunal arbitral se establecía que el contrato principal era nulo, el árbitro debía declararse incompetente para resolver, lo que obligaba a las partes a volver a comenzar un proceso ante la jurisdicción del Estado³⁰. Sin embargo, al igual que en el caso de Inglaterra la jurisprudencia ha consagrado la autonomía de la cláusula compromisoria con respecto del contrato que la contiene para asegurar una mayor eficacia de la cláusula³¹.

Centrándose entonces en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, como principio jurídico de mayor relevancia de nuestro derecho, reconocido y materializado por la misma cláusula y enaltecido por nuestro Código de Comercio, que al igual que la CNY58 establece que para su validez plena sea por escrito, cumpliéndose con este requisito *sine qua non* tendrá una validez plena.

Sucede de la misma manera con la cláusula de mediación, puesto que primeramente en materia de arbitraje, la Corte de Casación francesa admitió la autonomía de la cláusula compromisoria con respecto del contrato que la contiene, en primer lugar en materia de arbitraje internacional, después en materia de arbitraje interno³².

2. Marco Legal

²⁹ ANDREWS, Neil, "Arbitration in England". En ANDREWS, Neil, "The Three Paths of Justice. Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England", IusGentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, Springer Netherlands, Series Volume: 10, 2012, pp. 227-228.

³⁰ NOUGEIN, H.-J., REINHARD, Y., ANCEL, P., RIVIER, M.-C., BOYER, A., & GENIN, P., *Op. Cit.*, p. 7.

³¹ *Id.*

³² *Ibidem*, p. 192.

Para el caso de la mediación, autores señalan que no existe disposición legal relativa a las cláusulas de mediación, sino que la disposición legal está dentro del ámbito de la libertad contractual³³.

Por lo que es común encontrar en diversos reglamentos de instituciones administradoras de procedimientos MASC, la referencia a este método híbrido, aunque innominado, empero, prácticamente desarrollado, en donde se les exhorta a las partes a resolver sus conflictos y suscriben una cláusula de mediación o conciliación, que a su vez define que en caso de no llegar a un acuerdo se someterán al arbitraje, estando entonces presentes ante una clausula medarb, que a su vez es una clausula arbitral patológica.

En contraste, diversos autores establecen que diferentes reglas legales pueden aplicarse a una mediación internacional, aunque como se observa con anterioridad y a diferencia del arbitraje y el litigio, esas reglas de mediación tienen un alcance y significado limitado³⁴, lo mismo sucede en casos domésticos, como es el de México, que aun que cuenta con una marco legal regulatorio del arbitraje unificador que la da un tratamiento igual al nacional que al internacional, no prevé la mediación en el mismo rango.

En lo que concierne a las fuentes de derecho del arbitraje, entre las diferentes convenciones internacionales que han intervenido en materia de arbitraje internacional, la más importante es indiscutiblemente la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958, a la fecha de elaboración del presente artículo, constan en 155 Estados parte, de los cuales México es parte desde 1971 de conformidad con los datos presentados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su sitio oficial.

Otro instrumento legal internacional es la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional o mejor conocida como la Convención de Panamá de 1975,

³³ *Ibidem*, p. 190.

³⁴ CARDUCCI, G., "The importance of legal context and other considerations in assessing the suitability of negotiation, mediation, arbitration and litigation in resolving effectively domestic and international disputes *employment disputes and beyond", *St. John's Law Review*, Volume 86, Number (2/3), 2010, p. 523.

documento encargado de regular el acuerdo arbitral y su eficacia, misma que reafirma los postulados de la propia Convención de Nueva York en la región interamericana³⁵.

El propósito de la mayoría de las leyes de arbitraje requiere a las cortes ejecutar el acuerdo de arbitraje de las partes, una vez que el consentimiento es reconocido para ser la clave de la redacción y la ejecución de las cláusulas de arbitraje, la lógica de lo que sigue se hace aparente³⁶. Que al igual que la ley modelo de arbitraje establece a *contrario sensu* de lo que sucede con la ley modelo de conciliación que no lo estableció, lo cual hubiera sido un gran avance y solo quedo como un esquema convencional limitado a países un una tradición jurídica diversa a la nuestra, que bien podríamos extender a todo el sistema latinoamericano.

En el sistema jurídico mexicano, el convenio arbitral está plenamente reconocido, sin embargo, en el ámbito mundial, se le denomina de manera indistinta, ya sea cláusula arbitral o compromiso arbitral, con sus características propias³⁷. La materia de arbitraje se encuentra estipulada y reglamentada en el sistema jurídico mexicano en los artículos 1416 al 1463 del Código de Comercio Mexicano.

Sin embargo volvemos a encontramos en la disyuntiva que el marco regulatorio de la cláusula arbitral es vasto, empero, el de la cláusula de mediación es todo lo contrario, por lo que su sustento se basa únicamente en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, por lo que en país en el que la fuente de su derecho su pirámide este invertida, la costumbre será su última opción, y por lo tanto su reconocimiento vago, por lo que la presencia de la cláusula arbitra en un modelo mixto es fundamental, si no quedara a la suerte única de la decisión de las partes y cuando una de ellas no vea la conveniencia de entrar no lo hará, sin embargo esto final tiene más un tinte cultural que legal, que sobrepasa este estudio.

³⁵ GARCÍA MURILLO, J., & GÓMEZ BIVIAN, L., "*Panorama general del arbitraje en México*". En VARGAS VIANCOS, Juan Enrique & GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, "*Arbitraje y mediación en las Américas*", Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago de Chile, 2005, p. 312.

³⁶ FRIEDLAND, Paul D., *Op. Cit.*, p. 59.

³⁷ GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier y STEELE GARZA, José Guadalupe, *Op. Cit.*, p. 191.

En cuestión de procedimientos híbridos como med-arb, no existe código de ética que lo gobierne por sí mismo y como procedimiento med-arb, no existen procedimientos aceptados universalmente³⁸.

3. Elementos de existencia

Al respecto mencionares lo que tradicionalmente consideramos como elementos de existencia, que es el consentimiento que como ya analizamos anteriormente es el punto medular de todo procedimiento MASC, al igual que el objeto, que será en el que recaiga el procedimiento MASC y por último el de solemnidad, como eje estructurador del procedimiento.

3.1. Consentimiento

Primeramente, entiéndase por consentimiento al acuerdo entre dos o más voluntades acerca de la producción o transformación de derechos y obligaciones³⁹ o bien, como el acuerdo de voluntades respecto de un objeto común que consta de producir consecuencias de derecho, sea la creación, transmisión, modificación o incluso la extinción de las obligaciones⁴⁰. Entonces, siendo que el consentimiento es el acuerdo entre dos o más voluntades concerniente a un mismo objeto, también se le considera al consentimiento como un elemento de naturaleza psicológica, en donde dos voluntades se complementan a sí mismas para alcanzar un objetivo común⁴¹.

Como uno de los principales elementos de existencia del acto jurídico, el consentimiento es de gran relevancia para la existencia del acuerdo arbitral, en este caso, en su modalidad de cláusula arbitral. Inclusive autores mencionan que no puede

³⁸ FULLERTON, R., "MED-ARB AND ITS VARIANTS: Ethical Issues for Parties and Neutrals", *Dispute Resolution Journal*, Volume 65, Number (2/3), 2010, p. 56.

³⁹ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa, México, 2013, p. 183.

⁴⁰ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, "Teoría de las obligaciones", decimoprimer edición, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 25.

⁴¹ *Id.*

existir el arbitraje sin consentimiento entre las partes⁴². Asimismo, el referido autor señala que el propósito de la elaboración del contrato es dejar claro el consentimiento de las partes al arbitraje, así como definir el alcance y los límites del consentimiento⁴³.

El acuerdo arbitral, como acto jurídico que produce efectos jurídicos, presupone la existencia del consentimiento válido por parte de cada uno de los contratantes, consentimiento el cual constituye además de una condición de existencia del acuerdo arbitral mismo además de una condición de validez⁴⁴.

Es fundamental destacar que se puede invocar la incompetencia del tribunal arbitral por falta de consentimiento en el acuerdo de arbitraje, lo cual no es más que un problema general de interpretación de la expresión del consentimiento en el acuerdo arbitral y, ante una cláusula patológica no tiene que vérsese desde la perspectiva de “ejecución imposible” como lo refiere el autor en relación al artículo 1424 del Código de Comercio de México sino que deberán ser interpretadas para demostrar la existencia del acuerdo arbitral desde cuatro ópticas: el principio de interpretación de bona fide, el efecto útil, los usos y costumbres y el principio de la interpretación *contra proferentem*⁴⁵.

El principio de interpretación bona fide previsto en el artículo 1748 del Código Civil Federal prevé como consecuencia que “se haga prevalecer la voluntad real sobre la voluntad declarada y así buscar cuál fue la voluntad común de las partes”, en vez de considerar la literalidad de los términos; el efecto útil estipulado en el artículo 1750 y sucesivos del citado Código Civil consagra un principio universal cuyo objeto es la interpretación que conserva a los términos de un sentido lógico y no así, en un sentido inútil o absurdo; los usos y costumbres previstos en el artículo 1753 del Código Civil Federal permite al árbitro que considere los usos y costumbres del derecho mexicano para interpretar cuestiones ambiguas de la cláusula arbitral, y; el principio de interpretación *contra proferentem* no está previsto por el referido Código Civil Federal Mexicano pero refiere al principio utilizado por sistemas legales domésticos e

⁴² FRIEDLAND, Paul D., *Op. Cit.*, p. 58.

⁴³ *Ibidem*, pp. 58-59.

⁴⁴ DE AGUIRRE, Cecilia Fresnedo, *Op. Cit.*, pp. 125.

⁴⁵ PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GRAHAM, James Alexander, “*Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano*”, Editorial Limusa, México, Segunda edición, 2013, pp. 118-119.

internacionales, en los cuales la cláusula oscura tiene que ser interpretada en contra de la parte que la redactó⁴⁶.

Uno de los papeles clave del acuerdo arbitral es el registro del consentimiento de los contratantes de someterse al arbitraje, consentimiento es indispensable para cualquier método alternativo de solución de controversias fuera de los tribunales nacionales, cuestión que confirma lo mencionado con anterioridad respecto a que no llevarse a cabo el arbitraje sin acuerdo de las partes de sometimiento a ese procedimiento de solución de conflictos⁴⁷.

Lo anterior evidencia la ausencia de formalidad de la cláusula de mediación, sin embargo, si quisiéramos justificar la existencia viable del compromiso derivado de este, nos podemos remitir a la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal que observa como etapa previa la mediación, que de forma facultativa también se considera durante el procedimiento oral, ya sea penal, familiar, civil y comercial., al grado que el proceso oral fracasaría sin la mediación.

3.2. Objeto

El objeto de este modelo mixto como lo son las cláusulas med/arb tiene dos vertientes, sobre su diseño y sobre su alcance en cuanto a la materia en la que se puede aplicar, en cuanto al primero debemos decir que su intención es la de resolver en todo momento conflictos entre particulares fuera de la esfera judicial lo cual ha quedado claro en los apartados anteriores cuando analizamos su definición y naturaleza y no solo entre particulares, ya que el estado puede verse involucrado en un proceso en el que se prevea una cláusula med/arb.

En relación al segundo, este se encuentra limitado por el orden público del país en donde se desarrolle el procedimiento alternativo, lo que significa, que dependerá estrictamente de la *lex fori*, para determinar su validez y su aplicabilidad, ya que necesariamente deberá observar si la materia que motiva el procedimiento está limitada

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ DE AGUIRRE, Cecilia Fresnedo, *Op. Cit.*, pp. 125-126.

a la tutela estricta judicial del estado de referencia, ya que de forma taxativa se señala que materia no es arbitrable o mediable, en consecuencia lo que no se puede transar tampoco se podrá mediar o arbitrar, siendo aún más incierto cuando de orden público hablamos, ya que, quedara al arbitrio del juez su definición.

3.3. Solemnidad

Por su parte, autores señalan y afirman que la solemnidad es una manera de garantizar que la parte contratante ha otorgado libremente su consentimiento, el cual no fue producto de una decisión impulsiva y sin reflexión⁴⁸. De acuerdo con los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, los elementos de del acuerdo de arbitraje, entre los que destacan el consentimiento por escrito de las partes de obligarse a someter al arbitraje las diferencias determinadas, las diferencias entre las partes relacionadas jurídicamente y la controversia que sea arbitrable, lo cual se puede observar de la siguiente tesis que a la letra dice:

“... elementos del acuerdo de arbitraje: a. Consentimiento por escrito de las partes de obligarse a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias. b. Las diferencias entre las partes provienen de una relación jurídica, contractual o extracontractual; y, c. La controversia sea arbitrable....”;

“...es el acuerdo expreso el que contiene los límites del arbitraje que deba desplegarse en el presente o futuro de una relación jurídica, cualquiera que sea su origen, de modo que sólo podrán ser resueltas las diferencias comprendidas en ese acuerdo....”;

“... las facultades del árbitro y la materia de su conocimiento derivarán de la voluntad de las partes expresadas de conformidad con la ley....”⁴⁹.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 130.

⁴⁹ *Arbitraje. Concepto y elementos (interpretación del artículo ii. 1 de la convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras)*. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. V. Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010.

4. Elementos de validez

Es necesario afirmar que la validez de una cláusula med/arb depende de la validez de los elementos del compromiso arbitral, por lo que estos son los que le da cohesión al modelo mixto por lo menos en México, la primera dependerá de lo segundo, aun que deberán verse como una misma, ya que si las partes se niegan a someterse a la mediación, no podrán negarse a someterse al arbitraje, siendo ocioso, ya que algunos reglamentos como es el caso de la CCI, es obligación de los árbitros exhortara las partes a que lleguen a un acuerdo, llámesele mediación o conciliación, es una etapa previa que deberá observarse, bajo el esquema del principio del debido proceso.

Ante la ausencia de reglamentación análoga de la cláusula compromisoria de mediación, la validez de dichas cláusulas debe *a priori* ser admitida con el fundamento del principio de libertad contractual⁵⁰, es decir, que ante la falta de legislación aplicable a las cláusulas compromisorias de mediación, éstas encontrarán su validez a la luz del principio de libertad contractual o voluntad de las partes, sin embargo, hay que destacar que no solamente con la libertad de contratar se demostrará la validez de la cláusula sino que deberán cumplimentarse los demás elementos de validez para proveer de la misma a la cláusula referida.

En materia de arbitraje, los acuerdos de arbitraje se regulan por principio de las reglas de derecho común de los contratos, como resultado de las disposiciones del Código Civil, entre los que destacan el consentimiento al arbitraje exento de vicios, la capacidad de las partes y el objeto y causa lícita del acuerdo de arbitraje⁵¹, elementos de validez sin los cuales no habría arbitraje siendo fundamental retomar la validez y eficacia del acuerdo arbitral en diversos niveles y momentos⁵².

Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

⁵⁰ NOUGEIN, H.-J., REINHARD, Y., ANCEL, P., RIVIER, M.-C., BOYER, A., & GENIN, P., *Op. Cit.*, p. 191.

⁵¹ *Ibidem*, p. 8.

⁵² DE AGUIRRE, Cecilia Fresnedo, *Op. Cit.*, pp. 122.

4.1. Forma

De acuerdo con el Código de Comercio de México, la ley aplicable a la forma siempre es la *lex loci actum regit* o la ley del lugar que rige el acto, la cual es a opinión de los autores la regla general aplicable a las relaciones jurídicas comerciales, sin embargo, lo anteriormente descrito no corresponde a lo que los autores denominan espíritu del derecho mexicano del arbitraje, cuyas disposiciones en el Código del Comercio resultan un cuerpo normativo autónomo y constituyen reglas materiales que regulan el problema de la forma del acuerdo arbitral de manera directa⁵³.

Relativo al derecho sustantivo, cuando se trata de derecho convencional la ley aplicable se determinan por los instrumentos internacionales que regulan el acuerdo arbitral, que son la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá por el principio de autonomía de la voluntad de las partes o en su ausencia, por la ley del lugar en donde se dictó el laudo⁵⁴. En tanto que, para el supuesto del artículo II inciso 3 de la Convención de Nueva York, la ley aplicable tiene que ser la prevista en el artículo V.1 a) de la Convención de Nueva York, que es la elegida por las partes o la ley del lugar sede del arbitraje⁵⁵.

4.2. Escrito

Respecto al derecho sustancial o material, en derecho común se establece que la cláusula compromisoria requiere *a priori* que el acuerdo arbitral conste por escrito y que sea firmado por las partes⁵⁶. Al respecto, tanto la Convención de Nueva York en su artículo II, 1) como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y sus enmiendas en 2006, en su artículo 7.2, exigen que el convenio arbitral conste por

⁵³ PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GRAHAM, James Alexander, *Op. Cit.*, p. 109.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 116-117.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 117.

⁵⁶ *Id.*

escrito⁵⁷. Inclusive el ordenamiento legal conocido como *The English Arbitration Act 1996* requiere que el acuerdo arbitral sea por escrito⁵⁸.

La Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras o mejor conocida como la Convención de Nueva York de 1958 establece en su artículo II que “1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocer á el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual ...”⁵⁹. Siendo esto de la mayor relevancia ya que se da el caso de acuerdos verbales, que aun que son totalmente válidos, la cláusula arbitral necesariamente tendrá que ser por escrito.

Es loable señalar que también la Ley Modelo de Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006 en su artículo 7 establece como requisito para el acuerdo arbitral que éste se encuentre por escrito⁶⁰. La autora establece que el requisito de que el acuerdo arbitral se encuentre por escrito es una exigencia mínima imposible de reducir a menores formalidades, de lo cual un tribunal no puede exigir más pero tampoco podría aceptar menos a las disposiciones del artículo II.2 de la Convención de Nueva York para la forma del acuerdo arbitral, concluyendo que se trata de un requisito *ad solemnitatem*⁶¹, lo cual quiere decir que dicho requisito es una formalidad impuesta por la ley para la validez del acuerdo arbitral, conforme un principio universal más aún si suscribimos la CNY58 en un esquema *erga omnes*.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en su artículo 7 inciso 4 de la versión 2006 acepta de manera expresa medios tecnológicos modernos para suplir con la exigencia de que el acuerdo sea por “escrito”, siendo que se cumple con el requisito de comunicación electrónica si la comunicación consignada es

⁵⁷ DE AGUIRRE, Cecilia Fresnedo, *Op. Cit.*, p. 123.

⁵⁸ ANDREWS, Neil, “*Arbitration in England*”, *Op. Cit.*, p. 227.

⁵⁹ Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York), de 1958.

⁶⁰ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006.

⁶¹ DE AGUIRRE, Cecilia Fresnedo, *Op. Cit.*, p. 123.

accesible para su ulterior consulta, lo anterior con el sólo objeto de acreditar el consentimiento de las partes al acuerdo arbitral⁶².

El artículo 1423 del Código de Comercio de México exige que el acuerdo arbitral debe “constar por escrito y consignarse en documento firmado”⁶³. Según el autor, la *ratio legis* o razón de la ley es que el acuerdo debe dejar constancia de él previendo que la consignación pueda hacerse por “intercambio de cartas, télex, telegrama, facsímil u otros medio de comunicaciones”, por tanto el requisito del escrito presenta su problemática en la prueba pues deberá hacerse según los términos del artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, cuyo propósito es reconocer como pruebas la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos⁶⁴.

Por su parte, en relación a la firma del acuerdo arbitral prevista en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional se señala que en ausencia de una firma, la existencia de la cláusula compromisoria puede ser comprobada por cualquier otro medio como los testimonios. La firma en el acuerdo arbitral escrito tiene por objetivo garantizar el consentimiento de las partes respecto del acuerdo arbitral, siendo que la exigencia de un documento firmado por ambas partes en la Convención de Nueva York de 1958 constituye una forma *ad-solemnitatem*⁶⁵.

Cabe establecer que como señala la doctrina, la exigencia de “acuerdo por escrito” implica sin duda alguna la concurrencia de dos o más voluntades que indiquen claramente su obligación de someter a arbitraje sus conflictos, en tanto que la firma de las partes es la forma de aceptación y expresión del consentimiento de las partes contratantes en relación al respectivo documento por escrito⁶⁶

4.3. Capacidad

⁶² DE AGUIRRE, Cecilia Fresnedo, *Op. Cit.*, pp. 124-125.

⁶³ PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GRAHAM, James Alexander, *Op Cit.*, p. 109.

⁶⁴ PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GRAHAM, James Alexander, *Op Cit.*, pp. 110-111.

⁶⁵ DE AGUIRRE, Cecilia Fresnedo, *Op. Cit.*, p. 127

⁶⁶ *Id.*

La ley aplicable en derecho común para verificar que las partes tienen capacidad legal para celebrar el acuerdo arbitral como personas físicas es el artículo 81 del Código de Comercio de México, el cual reenvía al Código Civil Federal, que a su vez refiere a la aplicación de la *lex domicilii*⁶⁷, lo cual tiene su fundamento legal en que como mencionan los autores, el arbitraje comercial y la materia comercial son de aplicación federal, entonces se remite al Código Civil Federal por ser el ordenamiento legal que se aplica de manera supletoria al Código de Comercio⁶⁸.

Para el caso de las personas morales, su capacidad está regida por el artículo 2736 del Código Civil Federal de conformidad con la *lex constitutionis*, que es la ley del Estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de las personas morales, siendo el Código Civil Federal el que se aplica de manera exclusiva si nos referimos a las facultades de la escritura constitutiva de la sociedad haya establecido en su constitución o posterior a ella, a través de modificación de los estatutos sociales de acuerdo a la Ley General de Sociedades Mercantiles⁶⁹.

La Convención de Nueva York de 1958 en su artículo v.1 a), así como la Convención de Panamá prevén el supuesto de rechazar el reconocimiento y la ejecución del laudo si las partes “estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable”, lo cual designa la ley personal sin especificar si trata de la *lex domicilii* o la ley nacional⁷⁰.

Al respecto podemos concluir que la personalidad se regirá por su *lex personae* o por su *lex societatis*, dependiendo el caso, principio aplicable en toda su extensión a la mediación y al arbitraje, considerando de igual que este principio es una norma de conflicto en la delimitación de la personalidad con la que se acude a un procedimiento de mediación o de arbitraje y le da validez.

5. Alcance y efectos jurídicos

⁶⁷ PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GRAHAM, James Alexander, *Op Cit.*, p. 95.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.*

En lo relacionado con los alcances y efectos jurídicos de las cláusulas compromisorias, hay que comentar sobre la eficacia de dichas cláusulas, como en materia de arbitraje, en el cual una cláusula arbitral eficaz es aquella que provee claramente el arbitraje como método de solución de conflictos exclusivo, en tanto que una cláusula arbitral ineficaz es la que provee sin intención alguna la opción de arbitraje o litigio⁷¹.

De la misma manera, es esencial que la cláusula arbitral cubra precisamente las cuestiones que las partes pretenden someter al arbitraje, sean los conflictos que surjan o estén relacionados con el contrato objeto de arbitraje puesto que si la cláusula arbitral que está provista de manera ambigua en cuanto a los conflictos a resolver, no conllevará más que al litigio respecto al alcance de la jurisdicción de los árbitros⁷², en el mismo sentido se tiene que valorar una cláusula de mediación independiente o en su caso una clausula med/arb, si no será patológica.

La doctrina determina que las partes deberán redactar cuidadosamente las cláusulas compromisorias de métodos de solución de conflictos con propósito de evitar cualquier ambigüedad, lo cual causaría incertidumbre, retrasos y hasta podría entorpecer el procedimiento de solución de conflictos pactado⁷³.

Sin embargo, es necesario insistir en que si no se lograra, se le dará el tratamiento de una cláusula enferma, que será igualmente válida, empero tendremos que hacer una intervención legal, a través de una acta de misión según fuera el caso de un procedimiento CCI.

Una recomendación esencial para evitar ambigüedad en la redacción de cláusulas compromisorias es respecto a la naturaleza de los terceros neutrales que intervienen en la mediación y el arbitraje, en la cual toda incertidumbre respecto a la designación de un mediador o de un árbitro para solucionar los conflictos de las partes no puede engendrar más que un contencioso irritante relativo al nivel de validez o de los efectos

⁷¹ FRIEDLAND, Paul D., *Op. Cit.*, p. 63.

⁷² *Ibidem*, pp. 61-62.

⁷³ MCCADDEN M., Carlos J. y FLORES RUEDA, Cecilia, "Cláusulas modelo y cláusulas propuestas". En "Documentos básicos sobre arbitraje y solución de controversias (El marco normativo en español)", Editorial Themis, México, 2010, pp. 5-6.

de la cláusula considerada, lo cual no prohíbe combinar la mediación y el arbitraje pero deberá distinguirse bien los tiempos de cada fase⁷⁴.

En el caso de las cláusulas híbridas, cuando se provee sin intención alguna que los conflictos se resolverán ya sea en negociación o mediación obligatoria seguida de arbitraje opcional regulado por una institución designada, dejando abierta la posibilidad si habrá una segunda fase, se causa ambigüedad en la redacción de la cláusula si el arbitraje es el mecanismo exclusivo para la segunda fase del procedimiento híbrido y, por consiguiente, gastos y retrasos evitables con el correcto uso de las palabras en la cláusula compromisoria⁷⁵. Es por esto que el correcto uso de palabras tiene una gran influencia en el desarrollo del procedimiento de solución de conflictos puesto que la exactitud, delimitación y precisión previenen y evitan la creación de litigios futuros.

Es importante recomendar el uso de cláusulas estandarizadas ya que de ser este el caso estarán blindado el procedimiento, ya que son cláusulas probadas como es el caso de la cláusula CCI, por lo que la lógica de la construcción de una cláusula med/arb deberá seguir la lógica de sencillez y aplicabilidad de esta.

Cabe resaltar que diversas organizaciones internacionales ofrecen procedimientos de mediación y cada una sugiere una cláusula que provea mediación seguida del arbitraje bajo sus reglas, entre esas organizaciones se encuentran la CCI; la LCIA o el ICDR⁷⁶.

La doctrina ofrece una cláusula para un procedimiento híbrido, misma que es adaptada a partir de una sugerida por la Cámara de Comercio Internacional y que a la letra dice:

“In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties agree to submit the matter to settlement proceedings under the [ICC’S ADR] 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 be finally settled under the [designated set of arbitration Rules] of the

⁷⁴ NOUGEIN, H.-J., REINHARD, Y., ANCEL, P., RIVIER, M.-C., BOYER, A., & GENIN, P., *Op. Cit.*, p. 192.

⁷⁵ FRIEDLAND, Paul D., *Op. Cit.*, p. 123.

⁷⁶ “International Chamber of Commerce”, “London Court of International Arbitration” e “International Centre for Dispute Resolution”.

[designated arbitral institution] by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules of Arbitration.”

Con relación a los efectos de la cláusula arbitral válida, éstos se extienden a las partes que lo firmaron o asumieron de alguna forma, lo cual se enfoca a determinar la persona, la forma y la extensión en que fue parte del convenio arbitral⁷⁷, lo cual permite determinar quiénes y hasta qué grado están involucrados en el arbitraje.

La doctrina expresa que en materia de arbitraje resulta incuestionable que la existencia y validez de las partes involucradas en el arbitraje “debe quedar demostrada de forma clara, cierta e indubitable”⁷⁸, cuestión que queda plasmado a través del acuerdo arbitral, sea por cláusula compromisoria o convenio, lo cual también puede aplicarse a la mediación, pues como el arbitraje encuentra su fundamento y razón en el principio de voluntad de las partes, lo cual se demuestra en su caso también a través de una manifestación de voluntades, como lo es la cláusula compromisoria de mediación.

⁷⁷ DE AGUIRRE, Cecilia Fresnedo, *Op. Cit.*, p. 132

⁷⁸ *Id.*