NAJMAN ALEXANDER AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER[1]

Las cláusulas asimétricas del arbitraje

SUMARIO: I. Presentación. II. Las Cláusulas Asimétricas. III. Clases de Cláusulas Asimétricas. A. Selección de Árbitros. B. Gastos y Costas del Arbitraje. C. Arbitraje y Facultad de Acudir a la Jurisdicción Ordinaria. D. Selección de Foro y Facultad para Acudir al Arbitraje. IV. Análisis. A. Mutualidad. B. Nulidad. C. Contratos Usurarios. D. Cláusulas Abusivas. V. Consideraciones Finales. VI. Bibliografía.

I. PRESENTACIÓN

El arbitraje tiene en el campo de los contratos modernos un interés cada vez mayor; resulta lógico que las partes quieran, a priori, eliminar las complicaciones y dilaciones que pueden presentarse si acuden a resolver sus disputas por medio de los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Los beneficios del arbitraje usualmente son reconocidos.[2] Las partes buscan formas de resolver sus controversias, que sean eficaces y que les permitan ahorrar costos y complicaciones que pueden presentarse; además, la naturaleza adversarial del litigio tiende a disminuir la posibilidad de las partes para mantener una relación futura. Por éstos y otros motivos, particulares a cada situación, las partes deciden cambiar la formalidad del procedimiento judicial por la simplicidad e informalidad del arbitraje.

El acuerdo de arbitraje[3] puede definirse como aquel por virtud del cual las partes deciden someter a la decisión de un tercero, todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica, contractual o no contractual,[4]puede celebrarse por medio de una cláusula en un contrato o de forma independiente.

Nuestro país ha suscrito varias convenciones internacionales en relación con el tema, entre ellas, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras suscrita en Nueva York el diez de junio de mil novecientos cincuenta y ocho (en adelante "Convención de Nueva York")[5] y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá en mil novecientos setenta y cinco (en adelante Convención de Panamá).[6]

Sin embargo, no fue hasta la promulgación de la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República, una normativa relativamente reciente, que se ha cambiado en forma definitiva la actitud de los tribunales respecto al arbitraje, siendo ahora un método alterno de resolución de conflictos relativamente conocido y aceptado, por lo que ha dejado de ser un medio para despojar a las cortes de sus facultades jurisdiccionales y se ha convertido en un medio que contribuye al descongestionamiento

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, grado académico de Abogado y Notario, Universidad Francisco Marroquín.

2 Los procesos son más rápidos y eficaces, los árbitros son de reconocido prestigio y con amplios conocimientos en la materia, el procedimiento es informal, flexible y puede ser confidencial.

3 Para efectos de la presente investigación, este término, comprende la cláusula arbitral que queda incluida dentro de un contrato o en un acuerdo independiente.

4 Artículo 4 de la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República.

5 A la cual la República de Guatemala se adhirió por medio del acuerdo gubernativo número 60-84 aprobada por el Decreto 9-84 del Congreso de la República con fecha treinta de enero de mil novecientos ochenta y cuatro.

6 Ratificada por el Ministerio de Relaciones Exteriores el siete de julio de mil novecientos ochenta y seis y aprobada por Decreto número 35-86 del Congreso de la República.

de la pesada carga de los tribunales jurisdiccionales, ayudando además, a que los conflictos susceptibles de resolverse por este medio sean resueltos con celeridad y eficacia.[7]

La normativa del Arbitraje, de naturaleza contractual y cuyo origen es abstraerse de la formalidad de la jurisdicción ordinaria, tiene su nacimiento en la autonomía de la voluntad, entendida como ***"la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido"***,[8] lo cual resulta evidente al analizar que la gran mayoría de legislación al respecto, tanto nacional como extranjera,[9] establece lineamientos generales y descansa en el acuerdo de las partes.

Según la práctica generalizada y de conformidad con las cláusulas modelo de las Instituciones Arbitrales de mayor prestigio a nivel mundial, el acuerdo arbitral resulta un contrato perfectamente sinalagmático, en el cual los derechos y obligaciones de las partes son idénticos, ambas partes se someten al arbitraje en los mismos términos y condiciones, por lo que generalmente las únicas ventajas perceptibles y sujetas a negociación de los contratantes, son la cercanía del lugar en el cual se llevarán a cabo las audiencias del arbitraje y en algunos casos, su idioma.[10]

Como todo otro acuerdo en que las partes crean, modifican o extinguen obligaciones, el Arbitraje es un contrato, y como en todo contrato, las partes tienen la facultad de cambiar sus características a través de la autonomía de la voluntad. La determinación del contenido del negocio jurídico constituye una de las proyecciones más significativas de la autonomía de la voluntad y libertad contractual, siendo los sujetos los llamados a su particularización en consonancia con sus intereses y las finalidades prácticas propuestas con la celebración del negocio jurídico.[11]

En este sentido, resulta lógico, que los redactores de las cláusulas arbitrales inevitablemente serán tentados para proveerse la mayor ventaja posible, de acuerdo con sus propios intereses.[12]

II. LAS CLÁUSULAS ASIMÉTRICAS

La cláusula de arbitraje, al ser un contrato, surge de la negociación de las partes y de conformidad con sus intereses. Teóricamente, este acuerdo deben manifestarlo las partes en pie de igualdad, es decir, situadas en un mismo nivel de condiciones, sin que una de ellas tenga primacía sobre la otra, "por lo menos desde un punto de vista jurídico", ya que no siempre lo están desde un punto de vista económico.[13]

La igualdad jurídica, reconocida por nuestro ordenamiento jurídico y por nuestra norma fundamental,[14] establece que las partes tienen los mismos derechos y obligaciones ante la ley, siendo ambos contratantes igualmente capaces para contratar. Sin embargo, es natural, que esto no significará que todos los acuerdos entre las partes serán perfectamente bilaterales, puesto que los intereses particulares de cada quien serán variables.

En el arbitraje, resulta que en algunos casos, la introducción de una cláusula modelo de alguna institución no es adecuada según la naturaleza especial del negocio a celebrarse, ya que las circunstancias del momento o de las partes pueden requerir la modificación de la cláusula para ajustarse al negocio jurídico en particular.

El arbitraje, si bien es un método alterno bastante eficaz para la resolución de controversias, no es aconsejable en todos los casos. Por tal motivo, en cada caso en particular, los contratantes y sus asesores de-

7 Considerando primero, Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República.
8 Alessandri Rodríguez, Arturo. *De los contratos,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, página 10.
9 Al respecto cabe señalar que la mayoría de disposiciones de la Ley de Arbitraje rigen en forma supletoria cuando no existe acuerdo de las partes.
10 Esto, sin entrar a discutir las ventajas que pueda ofrecer a cada contratante la selección de una institución arbitral administradora, las cualidades que se requieran para ser árbitro, o las ventajas que ofrece a cada contratante el arbitraje sobre la jurisdicción ordinaria.
11 Namén Vargas, William. *Las Cláusulas Abusivas.* Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1999. p. 174
12 Véase. Drahozal, Christopher R. *"Unfair" Arbitration Clauses.* University of Illinois Law Review. Volume 790, 2001. p. 715
13 Prieto Melgarejo, Dhery. *Las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión.* Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1999. p. 123
14 Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

ben analizar las ventajas y desventajas de resolver sus contiendas por esta vía. Una vez que hayan tomado esa decisión, deben además sopesar los términos y condiciones en que celebrarán dicho acuerdo. Tal y como se ha señalado anteriormente, siendo el arbitraje un contrato sujeto a la negociación de las partes, resulta lógico, que al igual que en el resto del contenido del contrato, cada una buscará proveerse la mayor ventaja posible, así como buscarán que el contenido del contrato los favorezca; la cláusula arbitral no escapará de esta negociación.[15]

Los aspectos a negociarse, una vez aceptada la cláusula arbitral, son relativamente accesorios al contenido, puesto que las partes como prestación deciden someterse al arbitraje y reciben como contraprestación el sometimiento de la otra parte, bajo términos idénticos. Sin embargo, en el mundo de los negocios cada vez más sofisticados, han comenzado a aparecer cláusulas arbitrales que no se ajustan al modelo común, en el cual las obligaciones de las partes no son perfectamente sinalagmáticas. Estas cláusulas, para efectos de la presente investigación, serán denominadas "Cláusulas Asimétricas".[16]

A pesar de su utilización cada vez más generalizada, existen pocas publicaciones sobre el uso y naturaleza empírica de las cláusulas arbitrales. Los contratos son generalmente documentos privados y no están al alcance para su estudio, en especial las cláusulas de arbitraje, ya que la confidencialidad es precisamente uno de los motivos que llevan a su elección.

Algunas instituciones publican sus normas y procedimientos en materia de arbitraje, las cuales operan como normas generales que las partes incorporan como referencia a sus cláusulas arbitrales, sin embargo éstas pueden ser cambiadas por las partes, que tal y como se ha señalado anteriormente, remiten a la voluntad de las partes o se aplican "salvo pacto en contrario", por lo que el mero examen de estas normas generales no revela en qué forma las partes las han modificado en sus contratos.

Las cláusulas asimétricas de arbitraje pueden tener varias formas, quedando sujetas únicamente a la imaginación de las partes. Para efectos ilustrativos, a continuación se desarrollan algunos ejemplos.

III. CLASES DE CLÁUSULAS ASIMÉTRICAS

A. Selección de árbitros

Una de las ventajas que ofrece el arbitraje sobre la jurisdicción ordinaria es que las partes pueden determinar libremente quién resolverá la controversia.[17] El árbitro que elijan tendrá que ajustarse a los requisitos que las partes le impongan, según las necesidades del caso en cuestión.

La facultad de escoger al árbitro es de gran beneficio para las partes de un arbitraje. Al respecto, se dice que *"el arbitraje vale lo que valen sus árbitros."*[18] Los contratantes pueden escoger un árbitro con experiencia en el tema y de gran prestigio en su gremio, asegurando así un laudo de mejor calidad. Otro elemento adicional es que debido a que los árbitros son seleccionados, por las partes, a diferencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria, estos, para ser seleccionados deben competir con otros árbitros. Esta competencia es un incentivo para dictar buenos laudos, incrementando así la posibilidad de ser seleccionado nuevamente.[19] *A contrario sensu,* los jueces no deben competir entre sí.

---

15 Bajo el principio de que nadie está obligado a contratar, resulta que nadie celebrará un contrato al menos que éste le beneficie y no estará dispuesto a intercambiar algo por otro de menor valor, según su propia escala de valores.

16 El término asimétrico, para efectos del presente estudio, se utiliza en referencia a que los derechos y obligaciones de las partes no son idénticos para ambos contratantes. Si bien en español no se ha definido aún, en inglés los términos *"sole option", "one-sided", "unilateral"* y *"asymmetrical"* generalmente son utilizados para referirse a este tipo de cláusulas arbitrales.

17 Generalmente, los Centros de Arbitraje no limitan esta libertad de elección. El Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Fundación Cenac sí limita la selección de los árbitros, indicando que deberán ser designados del registro de árbitros de la fundación (Artículo 30. Procedimiento para la designación de Árbitros).

18 Marzorati, Oswaldo J. *Derecho de los Negocios Internacionales.* Editorial Astrea. Buenos Aires, 1993. p. 609.

19 Tullock, Gordon, Trials on Trial 127-33 (1980). Algunos críticos de esta postura argumentan que la competencia entre árbitros constituye un incentivo perverso para fallar a favor de las grandes corporaciones, las cuales a diferencia de las personas individuales, o los pequeños comerciantes, tienen mayor probabilidad de volver a participar en arbitrajes y por lo tanto tendrán necesidad de volver a contratarlos. Al respecto cabe señalar que comúnmente son los abogados de las partes y no éstas, las que deciden quiénes serán los árbitros, por lo que si bien los pequeños comerciantes normalmente no serán actores en varios arbitrajes, regularmente sus abogados, por lo que éstos al estar bien informados servirán para contrarrestar la crítica formulada.

De acuerdo con nuestra legislación *"las partes podrán acordar libremente o someter al reglamento de la entidad encargada de administrar el arbitraje, el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros."*[20]

Al respecto, el Dr. Rafael Bernal señala: "En principio, digamos que las partes están habilitadas por el legislador para determinar libremente el procedimiento para escoger los árbitros o para someterse al reglamento de la entidad que administrará el arbitraje, de esta manera el procedimiento señalado por el legislador quedará para ser utilizado tan sólo supletoriamente a falta de determinación en contrario."[21]

En los procesos arbitrales, son las partes las que usualmente escogen quién resolverá la controversia. Las formas de elegir a los árbitros son variadas, usualmente cada parte elegirá a un árbitro y éstos dos a un tercero, pero debido a que el ordenamiento jurídico otorga completa libertad, la forma de designarlo queda sujeta únicamente a la imaginación de los contratantes.

Una cláusula asimétrica en cuanto a la designación de los árbitros, es aquella que proporciona a uno de los contratantes una facultad o ventaja que no tiene la otra, o que sí la tiene, pero en menor proporción.

Una cláusula asimétrica sobre la designación del árbitro, bien podría redactarse así:

El tribunal arbitral estará integrado por un solo árbitro, seleccionado por [la parte A] del listado que para el efecto mantenga la [institución arbitral designada].[22]

En este ejemplo, únicamente la parte A, está facultada para seleccionar al árbitro, por lo que se le concede una ventaja sobre la parte B. La forma de designar el árbitro es relativamente unilateral. Si bien en este caso se limitó la selección a los incluidos en el listado de la institución arbitral designada, no existe obligación legal de hacer esta limitación.

Cláusulas asimétricas en este sentido podrían además facultar a tan sólo una de las partes a seleccionar al árbitro, pero exigir la aprobación de éste por la otra, facultarla para seleccionar a la mayoría de los árbitros (2 de 3) o imponer requisitos que restrinjan severamente las cualidades de quienes pueden ser seleccionados como tales, algo que podría inclinar la balanza a su favor.

Al respecto, la jurisprudencia norteamericana se ha pronunciado (Hooters of America, Inc. v. Phillips,[23]) en el sentido que una de las partes incumplió con sus obligaciones de buena fe, al adoptar un contrato arbitral que entre otras, requería que todos los árbitros fueran seleccionados de una lista elaborada por ella. La Sala concluyó que debido al control irrestricto de una parte sobre la elección de los árbitros, la selección de un panel arbitral imparcial sería un "resultado sorprendente."[24]

---

20 Artículo 15 de la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República.

21 Bernal Gutiérrez, Rafael. *El Arbitraje en Guatemala. Apoyo a la Justicia.* Editorial Serviprensa. Guatemala, 2000. p. 71.

22 Los modelos indicados en esta investigación se incluyen únicamente con propósitos ilustrativos del tema que en cada sección se explica, por lo que no contienen todos los elementos aconsejables a incluirse en una cláusula arbitral, ni pretenden sustituir la adecuación de la cláusula a un negocio en particular.

23 Hooters of America, Inc v. Phillips, 173 F.3d 933 (4th Circuit. 1999)

24 "The Hooters rules also provide a mechanism for selecting a panel of three arbitrators that is crafted to ensure a biased decision maker. Rule 8. The employee and Hooters each select an arbitrator, and the two arbitrators in turn select a third. Good enough, except that the employee's arbitrator and the third arbitrator must be selected form a list of arbitrators created exclusively by Hooters. This gives Hooters control over the entire panel and places no limits whatsoever on whom Hooters can put on the list. Under the rules, Hooters is free to devise lists of partial arbitrators who have existing relationships, financial or familiar, with Hooters and its management. In fact, the rules do not even prohibit Hooters from placing its managers themselves on the list. Further, nothing in the rules restricts Hooters form punishing arbitrators who rule against the company by removing them from the list. Given the unrestricted control that one party (Hooters) has over the panel, the selection of an impartial decision maker would be a surprising result." (Las reglas de Hooters además proveen un mecanismo para la selección de un panel de tres árbitros que está diseñado para asegurar un árbitro parcializado. Regla 8. El empleado y Hooters seleccionarán cada uno a un árbitro, los dos árbitros a su vez seleccionarán al tercero. Eso está bien, excepto que el árbitro electo por el empleado y el tercero, deben ser seleccionados de una lista de árbitros creada exclusivamente por Hooters. Esto da a Hooters control sobre el panel entero y no limita de ninguna forma a quienes puede poner Hooters en el listado. Bajo las reglas, Hooters tiene libertad de crear listados de árbitros parcializados que tienen relaciones existentes, financieras o familiares con Hooters y sus administradores. Es más, estas reglas ni siquiera prohíben a Hooters nombrar a sus mismos administradores en el listado. Más aún, nada en las reglas restringe a Hooters de castigar a los árbitros que fallen en su contra, removiéndolos del listado. Debido al control irrestricto que tiene una de las partes (Hooters) sobre el panel, la selección de un panel arbitral imparcial sería un resultado sorprendente.)

Por otro lado, la Sala del Noveno circuito en el caso Woods v. Saturn Distribution Corp., siendo la segunda una entidad que se dedica a la distribución de vehículos, se rehusó a encontrar evidente parcialidad en un arbitraje con un panel, necesariamente integrado por dos concesionarios de Saturn y dos empleados de Saturn.

Algunos críticos señalan que dichas condiciones asimétricas pueden resultar en árbitros parcializados y por lo tanto la manera de designarlos no debe ser utilizada para proporcionar ventajas a los contratantes. Cabe señalar que no obstante la manera en la cual se designen los árbitros, según nuestro ordenamiento jurídico, éstos quedan sujetos a las condiciones mínimas establecidas en la Ley de Arbitraje, por lo que a menos que sean dispensados expresamente, no podrán tener con las partes o con la controversia que se le somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención, excusa y recusación de un juez.[25]

Independientemente de la forma en que sean nombrados los árbitros, aunque sea de manera unilateral, de acuerdo con nuestra legislación, *"los árbitros no representarán los intereses de ninguna de las partes, ejercerán el cargo con absoluta imparcialidad e independencia."*[26] Quedando sujetos, en caso contrario, a las correspondientes acciones legales.

B. *Gastos y costas del arbitraje*

De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, la justicia es gratuita e igual para todos.[27] Esta disposición sin embargo, se limita a la justicia que se obtenga a través de los órganos de la jurisdicción ordinaria, que son remunerados por el Estado. En el arbitraje, los costos, de acuerdo a la naturaleza de la controversia, pueden ser elevados.

En nuestro sistema son costas judiciales "aquellos gastos necesarios que las partes llevan a cabo en un proceso para que éste llegue a su terminación normal"[28], en el arbitraje son mejor conocidos como gastos y consisten en los honorarios de la institución arbitral designada, de los árbitros y secretario del tribunal, entre otros.

La norma general contenida en nuestro sistema procesal, indica que el juez debe condenar a la parte vencida al pago de las costas,[29] disposición que sigue la corriente del Derecho francés y del Derecho inglés. Al contrario, la norma general en otros sistemas, dispone usualmente, que cada uno será responsable del pago de sus propias costas.

En lo relativo al arbitraje, nuestra ley establece que sujeto a lo que las partes hubieran podido acordar en materia de costas, cada una de las partes deberá satisfacer los gastos efectuados a su instancia y los que sean comunes por partes iguales.[30] Por lo tanto, en primer lugar prevalece la autonomía de la voluntad según hayan acordado las partes, dejándolos libres para decidir y sólo en caso contrario aplicará la disposición legal ordenando que se pagarán en partes iguales.

Algunos afirman que cuando el vencido debe pagar las costas de la contraparte, aumenta el costo del procedimiento, pero a su vez mejora la calidad de las reclamaciones,[31] al tener más que perder, las partes analizarán de manera más cautelosa y detallada la probabilidad de resultar victorioso.

De acuerdo con los reglamentos de las instituciones de arbitraje, lo más común es que cada quien se haga cargo de sus propias costas. No obstante, dado que estos gastos se contrarrestan en gran medida, y debido a que la ley los deja en libertad de decidir, a menudo las partes del litigio encuentran mutuamente provechoso ponerse de acuerdo para no incurrir en un gasto.

Las cláusulas arbitrales modelo de las instituciones administradoras usualmente no definen el pago de las costas, por lo que generalmente se aplica lo dispuesto en la ley o en las reglas de procedimiento designadas; sin embargo, aquellas cláusulas que sí regulan el tema, comúnmente establecen que la parte vencedora tiene derecho a recuperar sus costas o que cada parte pagará sus propias costas.

---

25 Ley de Arbitraje, Artículo 14.
26 Ley de Arbitraje, Artículo 15 numeral 5.
27 Ley del Organismo Judicial, Art. 57.
28 Aguirre, Godoy, Mario. Derecho Procesal Civil de Guatemala. Reimpresión de la edición 1973, volumen II, Guatemala, 2001. p. 830.
29 Artículo 573 del Código Procesal Civil y Mercantil
30 Ley de Arbitraje, Artículo 40 numeral 5.
31 Drahozal, Christopher R. "Unfair" Arbitration Clauses. University of Illinois Law Review. Volume 790, 2001. p. 760.

Una cláusula asimétrica en relación con los gastos y costas, establece una ventaja de una de las partes sobre la otra, ya sea en el momento de su recuperación o en el momento de desembolsar el gasto.

Una cláusula asimétrica en este sentido puede ser redactada de la siguiente manera:

Cada parte será responsable del pago de los gastos y costas en que incurra. Los gastos del arbitraje, así como los honorarios de los árbitros, serán cubiertos por las partes en igual proporción. Sin perjuicio de lo anterior, los árbitros se encuentran facultados para condenar en gastos y costas a [la parte B] en caso de resultar vencedora [la parte A].

En este ejemplo, y como es generalmente el caso, cada parte pagará sus propios gastos y pagará en partes iguales los gastos del arbitraje. Sin embargo, en el modelo asimétrico, el tribunal arbitral se encuentra facultado para condenar en costas al vencido, pero únicamente cuando el vencedor sea la parte A. La asimetría radica en que la parte A, aunque resulte vencida, no podrá ser condenada al pago de las costas de la parte B.

Otros tipos de cláusulas asimétricas sobre las costas del arbitraje pueden establecer que los gastos de peritos y expertos correrán a cargo de tan sólo una de las partes, o que los salones en los cuales se llevarán a acabo las audiencias serán proporcionados por una de las partes, entre otros.[32]

Los gastos y costas procesales, particularmente en el arbitraje, son de alta importancia. La reducción de los costos y especialmente de la incertidumbre que éstas generan, puede resultar en beneficio de las partes y del contenido contractual. Los contratantes podrían verse aventajados a través del uso de una cláusula asimétrica, en la cual una de las partes reduzca o elimine este pasivo futuro e incierto y consecuentemente transfiera esa ganancia a otros elementos del contenido contractual, y la otra se encuentre dispuesta a incurrir en este pasivo futuro e incierto, a cambio de otra ventaja, que podría consistir en una rebaja de un precio cierto y presente.

C. *Arbitraje y Facultad de acudir a la jurisdicción ordinaria*

El arbitraje, si bien es un método eficaz para resolver controversias, no es una panacea.[33] Existen muchas situaciones en las cuales el proceso arbitral puede ser más lento y costoso que la jurisdicción ordinaria. Esto será preferible en aquellos casos en que la materia sea extremadamente complicada o técnica y el conocimiento del árbitro sea indispensable, o que por la naturaleza del proceso deba conocerse en un lento juicio de conocimiento, el arbitraje será más ventajoso que los tribunales ordinarios. Pero hay otros casos en los cuales la cuestión es relativamente sencilla o inclusive se cuenta con un documento susceptible de ser conocido en procesos ejecutivos, en los cuales convendrá acudir a la opción judicial. Debemos señalar que el último caso, el laudo arbitral, si no es cumplido de manera voluntaria, deberá ser ejecutado por medio de los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

El arbitraje internacional, en muchos casos, no puede distinguirse en términos de rapidez y costo, de los litigios en jurisdicciones relativamente eficientes.[34] En estas jurisdicciones los jueces son altamente especializados, los procesos son relativamente eficaces y los fallos predecibles. El arbitraje, si bien es preferible sobre jurisdicciones ineficientes, conlleva altos costos en honorarios de árbitros y de la institución administradora, que son inexistentes en la jurisdicción ordinaria. Es por lo tanto, que en algunos casos será ventajoso para las partes acudir al arbitraje mientras que en otros no.

32 Existen casos en que una de las partes accede a celebrar el arbitraje en el país de otro de los contratantes, cuanto el otro acepta incurrir en los costos del salón de audiencias. Sujeto a la imaginación de los contratantes, hay varias formas de presentar cláusulas asimétricas en forma oculta, como lo podría ser en el caso de estipular que la parte que inicie el arbitraje será responsable de los gastos, cuando en la relación jurídica, realmente sólo una de las partes pudiere tener motivo para reclamar, como sería en el caso que el pago se hiciera por adelantado.

33 Al respecto se ha opinado: "Otros autores si bien no lo descalifican, le encuentran reparos. En este sentido expide Cremades, sosteniendo que el arbitraje no es ninguna panacea. Es simplemente una técnica que se utiliza para resolver conflictos y que adolece de muchos defectos. Al respecto, Cremades señala: "hace algunos años, cuando me refería a arbitraje, acostumbraba a defender incondicionalmente las ventajas de utilizar el arbitraje en las relaciones económicas internacionales. Quizá la inexperiencia no me hacía ver los posibles defectos que el arbitraje en sí podía tener." Marzorati, Osvaldo J. *Derecho de los Negocios Internacionales.* Editorial Astrea. Buenos Aires, 1993. p. 592.

34 Véase: Friedman, Paul D. *Arbitration Clauses for International Contracts.* Juris Publishing, New York, 2000. Página 2. Al respecto cabe señalar que las ventajas del arbitraje en jurisdicciones ineficientes, son obvias.

Las partes pueden, por lo tanto, basadas en la autonomía de la voluntad, modificar la materia arbitraje, "[ésta] puede ser restringida o bien por la ley o por el acuerdo arbitral o, por el contrario, admitir todas y cada una de las controversias como objeto del arbitraje.

Sin embargo en muchos casos será difícil para las partes, determinar a priori , qué será más conveniente en tiempo y costos, si acudir al arbitraje o a la jurisdicción ordinaria, por lo que como estrategia procesal, podría ser conveniente tener la facultad de elegir, en el momento de darse la controversia, cuál será la vía más adecuada, si el arbitraje o la jurisdicción ordinaria.

Esta facultad, sin embargo, no puede otorgarse a ambos contratantes, puesto que si se les faculta para decidir en el momento de darse una controversia, si prefieren el arbitraje o la jurisdicción ordinaria, no podríamos hablar de la existencia de un contrato de arbitraje, puesto que nadie estaría obligado a plantear sus controversias por esta vía. Las presentes cláusulas, además, no consisten en contratos de promesa unilateral, puesto que una vez establecidas, no requieren mayor acuerdo de las partes.

Como se reconoce que el arbitraje puede, en ciertos casos, ser más costoso y menos efectivo que el litigio ante los tribunales ordinarios, alguna de las partes, usualmente la que tiene mayor poder de negociación, se ha reservado en algunos casos la facultad de litigar ciertos asuntos, mientras que establecen como medio de resolución exclusivo accesible a la otra, el arbitraje.

Este tipo de cláusulas arbitrales asimétricas designan el arbitraje como medio de resolución de la controversia y permiten tan sólo a una de las partes a su entera discreción, acudir a los tribunales de justicia para resolver todas o ciertas controversias.

Una cláusula asimétrica en este sentido puede redactarse de la siguiente manera:

Cualquier controversia que surja de o en conexión con el presente contrato, será resuelta finalmente por arbitraje de acuerdo a las normas y procedimientos de [Institución Arbitral designada]. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, [la parte A] a su entera discreción queda facultada para acudir, ya sea al arbitraje o a los [tribunales del fuero designado] cualquier reclamación (o cualquier reclamación relacionada con temas X,Y,Z).[35]

---

35 Para otros ejemplos, véase, el caso Anthony L. Muñoz and Patricia A. Muñoz v. Greentree Financial Corp. South Carolina Supp. Court. Opinion No. 25238, heard April 6, 2000, filed January 22, 2001"*All disputes, claims, or controversies arising from or relating to this contract or the relationships which result from this contract, or the validity of this arbitration clause or the entire contract, shall be resolved by binding arbitration by one arbitrator selected by us with the consent of you...The parties agree and understand that all disputes arising under case law, statutory law, and all other law including but not limited to, all contract, tort, and property disputes, will be subject to binding arbitration in accord with this contract...Notwithstanding anything hereunto the contrary, we retain an option to use judicial or non judicial relief to enforce a mortgage, deed of trust, or other security...*" (Toda disputa, reclamo o controversia que surja de o en relación con este contrato o las relaciones que resulten del mismo, o la validez de esta cláusula arbitral o el contrato completo, serán resueltas por arbitraje vinculante por un árbitro seleccionado por nosotros con el consentimiento de ustedes... Las partes acuerdan y entienden que todas las disputas que surjan bajo la jurisprudencia, las normas legales, y cualquier otra ley incluyendo pero no limitadas a contratos, daños y perjuicios y disputas de propiedad, serán sujetas a arbitraje vinculante de conformidad con este contrato... Sin perjuicio de cualquier disposición en contrario, nosotros retenemos la opción de usar medios judiciales o no judiciales para ejecutar la hipoteca, títulos de crédito o cualquier otra garantía.) y Friedman, Paul D. p. 205, "*Any controversy or claim arising out of or in connection with this contract, or the breach thereof, shall be settled by arbitration administered by [the designated arbitral institution] under its [designated set of] Rules, and judgment on the award(s) rendered by the arbitrator(s) may be entered in any court having jurisdiction thereof. The place of arbitration shall be [city/state]. Notwithstanding the foregoing, nothing in this contract shall preclude [party A], at its sole option, from bringing proceedings before the courts of any competent jurisdiction, and each party hereby irrevocable (i) submits to the non-exclusive jurisdiction of the courts of [designated forum], (ii) waives any claim that such proceedings have been brought in an inconvenient forum, and (iii) further waives the right to object with respect to such proceedings that any such court does not have jurisdiction over such party.*" (Cualquier controversia o reclamo que surja de o en conexión con el presente contrato, o su violación, será resuelto por arbitraje administrado por [Institución designada] bajo sus reglas [determinadas] y el laudo(s) emitido por el/los arbitro(s) podrá ser ejecutado en cualquier corte con jurisdicción. El lugar del arbitraje será [ciudad/estado]. Sin perjuicio de lo anterior, nada en este contrato precluirá a [la parte A], a su entera discreción, de iniciar procedimientos ante las cortes de cualquier jurisdicción competente, y cada parte por este medio irrevocablemente (i) se somete a la jurisdicción no exclusiva de las cortes de [foro designado], (ii) renuncia a reclamar que dichos procedimientos hubieren sido iniciados en un foro inconveniente, y (iii) además renuncia al derecho a objetar en dichos procedimientos que dicha corte no tiene jurisdicción sobre la parte.

Este tipo de cláusulas puede establecerse además en forma encubierta, por ejemplo en el caso de un contrato de servicios profesionales prestados por un médico, en el cual se establece que todo reclamo que surja de la relación será resuelto por arbitraje, excepto por la reclamación de cantidades debidas por los servicios prestados, en cuyo caso las partes podrán decidir si acuden al arbitraje o a los tribunales ordinarios. La asimetría radica en que únicamente el médico podría tener derecho a reclamar sumas debidas por los servicios prestados, dicha cláusula, aunque en forma encubierta, es asimétrica.

En un estudio sobre este tipo de cláusulas dentro de contratos internacionales de franquicia y distribución, se encontró que la excepción a la obligatoriedad del arbitraje más común contenida en este tipo de cláusulas se refería a Derechos de Propiedad Intelectual.[36]

Para ciertas controversias el arbitraje puede ser más efectivo y menos costoso, para otro tipo de controversias la jurisdicción ordinaria puede ser menos costosa y más efectiva. Algunas controversias estratégicamente convendrá dilucidarlas en los tribunales, ya sea porque el costo de un error en el arbitraje es muy alto, ya que no existe proceso de apelación per se y por lo tanto es preferible acudir a la jurisdicción ordinaria incluyendo todos sus remedios y recursos procesales, o porque se pueden obtener más fácilmente providencias de urgencia.[37]

En todo caso, podría representar una ventaja, procesalmente hablando, tener la facultad para decidir, *a posteriori*, si la reclamación se llevará por medio del arbitraje o a través de los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

D. *Selección de Foro y facultad de acudir al Arbitraje*

Los contratantes pueden intentar reducir los costos de posibles controversias al incluir en las disposiciones del contrato una selección del foro,[38] esto es que deciden, *a priori*, la competencia de los tribunales que podrán conocer de sus controversias por razón territorial. Estas disposiciones sirven para prevenir futuros conflictos respecto a cuál es el foro adecuado y permite a los contratantes consolidar las acciones legales en un mismo foro.

Una forma alternativa de la cláusula expuesta en la sección inmediata anterior, designaría los tribunales ordinarios (incluyendo designación específica del foro) como medio de resolución de conflictos, y establecería en favor de una de las partes, la facultad de acudir al arbitraje, ya sea para todas o ciertas controversias designadas.

Este tipo de cláusulas pueden ser redactadas de la siguiente manera:

Las partes se someten a la jurisdicción de las cortes de [foro designado]. Sin perjuicio de lo anterior, a la entera discreción de [la parte A], cualquier controversia o reclamo que resulte de o en conexión con este contrato, o la violación del mismo [o las controversias X], podrá ser resuelta finalmente por arbitraje administrado por [institución arbitral designada].[39]

IV. ANÁLISIS

Normalmente se consideraría que no habría mucha dificultad en determinar los derechos y obligaciones de las partes en relación con una cláusula arbitral,

36 Drahozal, Christopher R. *"Unfair" Arbitration Clauses.* University of Illinois Law Review. Volume 790, 2001. p. 739.

37 A pesar de que dentro del arbitraje también se pueden decretar medidas provisionales, los árbitros no están completamente facultados para dictarlas y ejecutarlas ellos mismos, ya que únicamente pueden hacerlo hasta que se encuentre plenamente integrado el tribunal arbitral y aún así debe hacerse a través de tribunales ordinarios.

38 También conocida como Pacto de Sumisión, aclarando que se refiere al órgano que resolverá la controversia y no al derecho que rige el negocio jurídico, Art. 34 literal c de la Ley del Organismo Judicial.

39 Para otro ejemplo, véase. *"Each party hereby irrevocably submits to the non exclusive jurisdiction of the courts of [designated forum]. Notwithstanding the foregoing, at the sole option of [party A], any controversy or claim arising out of or in connection with this contract, or the breach thereof, shall be settled by arbitration administered by [the designated arbitral institution] under its [designated set of] Rules, and judgment on the award(s) rendered by the arbitrator(s) may be entered in any court having jurisdiction thereof..."* (Cada parte por este medio irrevocablemente se somete a la jurisdicción no exclusiva de las cortes del [foro designado]. Sin perjuicio de lo anterior, a la opción de [la parte A], cualquier controversia o reclamo que resulte de o en conexión con este contrato, o la violación del mismo, será resuelta por arbitraje administrado por [la institución arbitral designada] bajo sus Reglas [designadas],y el laudo emitido por los árbitros podrá ser ejecutado por cualquier corte con jurisdicción...) Friedman, Paul D. *Arbitration Clauses for International Contracts.* Juris Publishing, New York. 2000. p. 206.

inclusive una asimétrica, pues, esto debería quedar evidenciado en el contenido de la cláusula misma. Sin embargo determinar la validez de una cláusula arbitral no siempre se presenta sin dificultad.

De acuerdo con nuestra legislación, que recoge el principio *"kompetenz-kompetenz"*,[40] son los propios árbitros los que tienen amplias facultades para decidir acerca de su propia competencia, siendo pues, que la competencia les es otorgada a través de la cláusula arbitral, son ellos también, quienes están facultados para decidir sobre la validez y alcance de la cláusula arbitral.

En otros sistemas jurídicos, esta cuestión no se ha resuelto en forma definitiva. Por ejemplo, la jurisprudencia de Estados Unidos de América no ha sido uniforme en cuanto a determinar si son los jueces de la jurisdicción ordinaria, o los propios árbitros, quienes deben conocer sobre la validez de una cláusula arbitral. Sobre el punto se han pronunciado en ambos sentidos, pero la tendencia más reciente indica que este asunto debe ser determinado por los árbitros mismos.[41]

Al respecto, cabe resaltar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 21 de la Ley de Arbitraje señala claramente que el tribunal arbitral se encuentra facultado para decidir acerca de su propia competencia y sobre lo relativo a la existencia y validez del acuerdo de arbitraje.

Esta decisión no necesariamente implica la validez o invalidez del resto del contrato, puesto que por el principio de separabilidad,[42] la cláusula arbitral que forma parte de un contrato se considera un acuerdo separado de las demás estipulaciones del contrato. En tal sentido la nulidad del contrato o de la cláusula arbitral no entraña la nulidad del otro, respectivamente. De tal forma que aunque la cláusula arbitral fuese nula, el contrato tendría plena validez y eficacia y podría ejecutarse a través de los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Asimismo, la jurisprudencia norteamericana en alusión al principio de separabilidad ha señalado que los vicios del contrato no afectan la validez de la cláusula arbitral puesto que éste "tiene un objeto diferente al del contrato en sí mismo: el sometimiento a arbitraje de las diferencias que surjan entre las partes. Así las cosas, es un contrato diferente de aquél al cual se incorpora y, por ende, no necesariamente tiene porqué verse afectado por los mismos vicios."[43]

En conclusión, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, son los mismos árbitros los que se encuentran ampliamente facultados para decidir sobre la validez y alcance de una cláusula arbitral, lo cual abarca cualquier reclamación en cuanto a la naturaleza asimétrica de la misma. Cabe indicar que a pesar del uso cada vez más generalizado de los arbitrajes, y en menor grado, de las cláusulas asimétricas, existen pocas publicaciones sobre su utilización práctica, pues los arbitrajes y procesos en los cuales se han discutido generalmente no están al alcance para su estudio, ya que la confidencialidad es precisamente uno de los motivos que llevan a la elección del arbitraje. Al fundamentarnos en el derecho comparado y en la doctrina, podemos indicar que en algunos casos, las cláusulas asimétricas arbitrales han sido atacadas con base en los argumentos que se exponen a continuación.

A. Mutualidad[44]

La mutualidad es un concepto que surge del derecho anglosajón. Básicamente se refiere a que los contratantes deben estar colocados en iguales condiciones por medio del contenido del contrato. La doctrina ha distinguido el concepto en mutualidad de obligaciones y mutualidad de remedios; la primera se refiere a que en el contrato debe otorgarse una prestación y una contraprestación idéntica, mientras que el segundo se refiere a que las partes deben tener los mismos recursos y remedios procesales para resolver sus controversias. Sin embargo, cabe aclarar que el requerimiento de mutualidad ha sido interpretado en forma distinta por casi todas las cortes.[45]

---

40 También denominado principio de "*Competence de la Competence*" o "Competencia sobre la Competencia"

41 Texas Court of Appeals 987 S.W. 2d 571, n.3, (Tex.1999): In re Conseco Finance Servicing Corp. F/k/a Green Tree Financial Servicing Coorporation, 19 S.W. 3d 562 (Tex. App. 6-7-2000)

42 Contenido en el Artículo 21 de la Ley de Arbitraje

43 Bernal Gutiérrez, Rafael. *El Arbitraje en Guatemala. Apoyo a la Justicia.* Editorial Serviprensa. Guatemala, 2000. p. 105

44 Puede además utilizarse el término reciprocidad o sinalagmátitud con derechos y obligaciones idénticos.

45 Stewart, Hope T. *The Equitable Estoppel Argument for and Against Commercial Arbitration: From Hughes Masonry Co., Inc. v. Clark County School Building Corp. To Northern Ltd. V. R.E. James.* Commercial Law Journal. Volume 103 number 4, 1998. p. 348.

El argumento de la mutualidad ha sido utilizado para argumentar la invalidez y para impedir la ejecución de arbitrajes relacionados con cláusulas asimétricas. Se ha intentado establecer en relación a la mutualidad, que la contraprestación por la prestación de someterse al arbitraje, debe ser la obligación a su vez de someterse al arbitraje, y que de acuerdo con el principio de separabilidad, no debe hacerse relación al resto del contenido contractual.[46]

En consideración con el derecho comparado, los tribunales han señalado que la mutualidad de la cláusula arbitral requiere que como contraprestación a la obligación de acudir al arbitraje, la otra parte debe también obligarse a acudir al arbitraje, por lo menos para alguna clase de controversias,[47] en cuyo caso las cláusulas arbitrales que facultan para acudir al arbitraje a resolver toda controversia, no son ejecutables.

La Corte de Apelaciones del Estado de California ha señalado que las cláusulas arbitrales que obligan a la parte "débil" en la negociación a ir al arbitraje, mientras que permiten a la parte fuerte acudir a los tribunales, no son ejecutables.[48] Otro órgano juzgador señaló que una cláusula arbitral no era válida, puesto que otorgaba a uno de los contratantes un derecho unilateral de acudir a la jurisdicción ordinaria. [49]

La Corte Suprema del Estado de Montana, Estados Unidos de América, en el caso Iwen v. U.S. West Direct,[50] se rehusó a ejecutar una cláusula arbitral que obligaba a un anunciante de las "páginas amarillas" a acudir al arbitraje, pero permitía al publicante acudir a los tribunales para obtener cantidades debidas; la Corte argumentó que dicha cláusula no tenía mutualidad y por lo tanto no era ejecutable.

En otro caso que cambió el precedente anterior, se decidió que la mutualidad de la cláusula arbitral se debe regir por el contenido íntegro del contrato.[51] La corte resolvió que sí es permisible que los contratantes excluyan cierto tipo de controversias del arbitraje[52] y otorgar a una de las partes la facultad unilateral de seleccionar el foro para resolver dicha controversia. Señaló además, que se ha abandonado la idea que un acuerdo debe crear idénticos derechos y obligaciones en las partes, para ser vinculante.[53]

La tendencia actual, en relación con el requisito de mutualidad en la jurisprudencia de Singapur, señala que la mutualidad no es requisito esencial de la cláusula arbitral. Al respecto Juez Esyr Lewis Q.C: en RGE (Group Services) Ltd v. Cleveland Offshore Ltd[54] sostuvo que una disposición en un contrato que meramente confiere en uno de los contratantes el derecho de referir las disputas al arbitraje, es una disposición perfectamente válida y además en el caso Pittalis & Ors v. Sherefettin se resolvió que una cláusula otorgándole a una sola de las partes la facultad de acudir al arbitraje, era una cláusula de arbitraje válida.[55]

A pesar de que anteriormente el argumento de la mutualidad era común para disputar la validez de cláusulas asimétricas de arbitraje, las cortes en general tienden a alejarse de los mismos e incluso han señalado recientemente que estos puntos son *"dead issues in contract law"* (asuntos muertos bajo la ley de contratos).[56]

B. Nulidad

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, "cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a

46 A este respecto se ha señalado que la contraprestación de una cláusula arbitral asimétrica puede ser una condición más favorable en el contenido del resto del contrato.

47 Stewart, Hope T. *The Equitable Estoppel Argument for and Against Commercial Arbitration: From Hughes Masonry Co., Inc. v. Clark County School Building Corp. To Northern Ltd. V. R.E. James.* Commercial Law Journal. Volume 103 number 4, 1998. p. 349.

48 Ramírez v. Circuit City Stores Inc., 90 Cal.Rptr.2ed 916 (1999).

49 Hull v. Norcom 750 F.2d 1547 (11th Cir. 1985).

50 977 P.2ed 989 (Montana. 1999).

51 Sablonsky v. S. Gordon Co. 535 N.E. 2ed 643 (N.Y: 1989).

52 Estas exclusiones son conocidas en inglés como "*carve outs*" (tallado afuera).

53 Stewart, Hope T. *The Equitable Estoppel Argument for and Against Commercial Arbitration: From Hughes Masonry Co., Inc. v. Clark County School Building Corp. To Northern Ltd. V. R.E. James.* Commercial Law Journal. Volume 103 number 4, 1998. p. 350.

54 (1986) 11 Con LR 77.

55 Chon Gek Sian, David. *Agreements to Refer Disputes to Arbitration.* Singapore Journal of Legal Studies, Volume 261, 1993. p. 264.

56 Doctor´s Associates, Inc. v. Distajo, 66 F.3d at 450.

leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia."[57]

Se ha argumentado, en otras latitudes, que la sinalagmatitud es un requisito esencial para la existencia de la cláusula arbitral, un argumento similar a la mutualidad del derecho anglosajón, y siguiendo la línea de que la cláusula arbitral debe otorgar idénticos derechos y obligaciones a las partes. Sin embargo, en el concepto propio del arbitraje, este requisito no resulta del todo claro.

Otros aducen que la obligación de ambas partes de acudir al arbitraje es un requisito esencial del acuerdo, puesto que el acuerdo arbitral es uno, en el que ambas partes se comprometen a dilucidar sus controversias por este medio, de tal forma que facultar a sólo una de las partes para acudir a la jurisdicción ordinaria iría contra la misma naturaleza del arbitraje y por lo tanto no concurriría un requisito esencial para su existencia.

La viabilidad de la nulidad para atacar la validez de las cláusulas asimétricas dependerá de la visión que se adopte acerca de lo que significa un acuerdo arbitral, puesto que si bien la definición legal señala que el acuerdo debe ser adoptado por ambas partes, puede referirse al acuerdo en sí, lo que no necesariamente excluye la disposición de asimetrías o modificaciones en atención a la autonomía de la voluntad.

Otro motivo por el cual se podría argumentar la nulidad de una cláusula asimétrica, radica en fundamentarse en que consisten en violación al orden público.[58]

Anteriormente se argumentaba que el arbitraje per se, era una disposición que iba en contra del orden público, puesto que todos tenemos el derecho de acudir a los tribunales y dependencias del Estado para obtener justicia, y que al acceder al arbitraje se estaría renunciando a derechos constitucionales. Sin embargo, ha quedado claro con la Ley de Arbitraje y las múltiples convenciones al respecto, que al acceder al arbitraje las partes no están renunciando a los derechos que la Constitución y las leyes les otorgan, sino que únicamente se someten a su determinación por un tribunal arbitral y no uno judicial.

Sin embargo, en el caso específico de las cláusulas asimétricas, podrían verse atacadas en el sentido de que las mismas violan el orden público, puesto que se contradicen principios procesales fundamentales, como el de la igualdad de las partes, que además inspira las actuaciones arbitrales. Esto pues, particularmente en el caso de las cláusulas que facultan a una de las partes para elegir en el momento de la controversia, si se actuará por la vía judicial o arbitral.

La violación del orden público puede argumentarse tanto para prevenir el arbitraje como para impedir su ejecución. En este aspecto, de acuerdo con nuestra Ley de Arbitraje, la violación al orden público impide el reconocimiento y ejecución del laudo.[59] Esto se repite asimismo en la Convención de Nueva York[60] y a su vez en la de Panamá;[61] la excepción o defensa del orden público está incluida en casi todas las convenciones sobre arbitraje comercial internacional.

En este sentido, el concepto de orden público siempre ha sido impreciso e intangible. Los tratadistas indican que la naturaleza del concepto del orden

---

57 Artículo 1301 del Código Civil.

58 "En su acepción más clásica, se entiende por "orden público" no solo una conceptualización puramente jurídica, sino también, o más bien, un orden material y exterior efectivo, que será contrario al desorden" Escola, Jorge Héctor. *Compendio de Derecho Administrativo.* Reimpresión de la primera edición, Editorial Desalma, Volumen, II, Buenos Aires, 1990, p. 885-886

59 Artículo 47 literal ii) B de la Ley de Arbitraje "Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, en los siguientes casos:...b) Cuando en Tribunal compruebe: ii) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público del Estado de Guatemala."

60 Artículo 5, 2. b) "También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución comprueba: b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público de ese país."

61 Artículo 5, 2. b) "También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: b. Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público del mismo Estado."

público no puede determinarse claramente, ya que "no se puede negar que el nuevo concepto de orden público depende, en cada momento y lugar, de las ideas dominantes que se tengan respecto de los fines del Estado."[62]

En nuestra opinión, la cláusula asimétrica *per se,* no implica su nulidad absoluta. Debe estudiarse cada cláusula en particular, puesto que no puede arribarse a una conclusión generalizada. Sin embargo, la naturaleza asimétrica por sí misma, no conlleva la nulidad de la cláusula arbitral en nuestro ordenamiento jurídico.

C. Contratos Usurarios

Nuestro sistema legal permite que aquellos contratos considerados usurarios sean declarados nulos. Al respecto la norma en particular indica: "La persona que aprovechándose de la posición que ocupe, o de la necesidad, inexperiencia o ignorancia de otra, la induzca a conceder ventajas usurarias o a contraer obligaciones notoriamente perjudiciales a sus intereses, está obligada a devolver lo que hubiere recibido, con los daños y perjuicios, una vez declarada judicialmente la nulidad del convenio."[63] El alcance y contenido de esta disposición es virtualmente ilimitado.

Al respecto se ha señalado que esta disposición "se asemeja notablemente a la análoga *unconscionability* del Derecho Anglosajón."[64]

El primer problema con el cual nos encontraríamos al aplicar la norma al caso en particular, es si el acuerdo arbitral impide a los órganos de la jurisdicción ordinaria de conocer el caso, pues en esencia, la intención de las partes era precisamente alejarse de éstos.

No existe una base específica para determinar en qué punto un convenio se vuelve usurario, por lo que la aplicación de esta norma no obedece a una regla de carácter objetivo, quedando al arbitrio de los juzgadores.

Sin embargo cabe comentar que "en efecto, la presencia de una parte 'fuerte' dotada de poderes libérrimos y otra parte 'débil' carente de estos no es ahora, en la tendencia actual, convincente, si bien puede presentarse una situación de supremacía informativa, económica y aún política, sujeta a las directrices de su reconocimiento y a la naturaleza de los intereses pertinentes";[65] más aún, en el tipo de contratos sujetos a cláusulas arbitrales inclusive del tipo asimétricas, usualmente participan comerciantes sofisticados con asesoría legal.

En tal sentido, la aplicación de esta norma, tanto en el caso de las cláusulas asimétricas, como en cualquier otro contrato, se sujeta a la valoración y consideración del juzgador al momento particular, en cuyo caso solo queda subrayar que "la equivalencia en las prestaciones debiera quedar al arbitrio de las partes, quienes mejor que nadie pueden estimar sus intereses."[66] En este sentido podemos concluir que una cláusula no es abusiva, únicamente por ser asimétrica.

D. Cláusulas Abusivas

Otra forma de atacar la validez de las cláusulas arbitrales asimétricas es argumentar que las mismas son abusivas[67]. Las cláusulas abusivas se han definido de la siguiente manera: "son expresiones utilizadas para denotar la ruptura de la simetría, equilibrio, desigualdad o equivalencia de las partes del negocio jurídico o del contrato, la ausencia de paridad en los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los sujetos, la preeminencia de uno, el conferimiento o

62 Escola, Jorge Héctor. *Compendio de Derecho Administrativo.* Reimpresión de la primera edición, Editorial Desalma, Volumen, II, Buenos Aires, 1990. p. 886.

63 Artículo 1542 del Código Civil.

64 Moreno Rodríguez, José Antonio. *Cláusulas Contractuales Abusivas en el Derecho Paraguayo.* Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1999. p 145.

65 Namén Vargas, William. *Las Cláusulas Abusivas.* Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1999. p. 178.

66 Moreno Rodríguez, José Antonio. *Cláusulas Contractuales Abusivas en el Derecho Peruano.* Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1999. p. 145.

67 La cláusula abusiva es conocida también como vejatoria, leonina, gravosa, desleal, engañosa, exorbitante, sorpresiva o sumamente onerosa. Debemos aclarar que cuando se emplea el término cláusulas abusivas no nos estamos refiriendo a la figura del abuso del derecho.

atribución de facultades mayúsculas, la exclusión o restricción de las estatuidas por el ordenamiento, el escollo para su ejercicio, la ausencia de negociación, el abuso de poder en la formación, celebración, ejecución y terminación del acto dispositivo y, en general, el detrimento de su regulación normativa, con una generalización y confusión lamentable e inconveniente."[68] A pesar de que existen varias definiciones, generalmente coinciden en sus elementos básicos.[69] Al respecto, los autores nos ofrecen varios ejemplos,[70] pero el tema específico de cláusulas asimétricas del arbitraje no ha sido discutido.

La naturaleza abusiva de una cláusula generalmente se determina del contenido del contrato, pero además se puede establecer de la falta de negociación de la cláusula misma. Se ha señalado que "se estiman abusivas las cláusulas ausentes de negociación individual, las determinantes de un desequilibrio sustancial en las prestaciones de las partes,... las indicativas de una posición jurídica o económica inequivalente, las implicantes de 'abuso' de la posición dominante de una de las partes y, en general, las que, cotejado el conjunto del contenido negocial, evidencian una dicotomía normativa en los poderes y deberes de las partes, una situación de asimetría prestacional".[71]

Usualmente, la determinación de las cláusulas abusivas se relaciona con contratos de adhesión o a condiciones generales de contratación; sin embargo no hay un criterio uniforme que limite su aplicación a este tipo de contratos. El *Code de Consommation* de Francia postula la posibilidad de las cláusulas abusivas, tanto de las predispuestas cuanto de las que son objeto de negociación individual, refiriéndolas al equilibrio contractual y no a la presencia o ausencia de negociación individual (art. 132).[72]

De tal forma, que una cláusula abusiva puede originarse en negocios jurídicos cuyo contenido ha sido objeto de negociación entre las partes.[73] La negociación individual de la cláusula, o colectiva e integral del contrato, no excluye la presencia de cláusulas abusivas.

Para atacar la validez de las cláusulas objeto del presente estudio, se ha fundamentado su naturaleza abusiva en el desequilibrio que implica una cláusula asimétrica, pero dicha asimetría no es un elemento suficiente para que dicha cláusula se convierta en una abusiva; inclusive se ha señalado que: "cualquier desequilibrio no determina la vejatoriedad de la cláusula debiendo ser, según las distintas corrientes, importante, significativo, manifiesto, excesivo, exagerado, sustancial, injustificado, y perjudicial al consumidor o a la parte contraria, comparado al contenido prestacional del negocio jurídico específicamente celebrado y los derechos y obligaciones de las partes."[74]

---

68 Namén Vargas, William. *Las Cláusulas Abusivas.* Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1999. p. 175.

69 Otra definición del término indica: "Las cláusulas abusivas son aquellas que, dada su naturaleza, establecen desmedidos beneficios a favor de quien ha redactado un contrato por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación del que formen parte; ello en desmedro del otro contratante. Para efectos jurídicos se consideran abusivas aquellas cláusulas que tengan similar naturaleza pero que integren un contrato paritario o de negociación previa" Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. *Las Cláusulas Abusivas en el Ordenamiento Civil Peruano.* Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1999. p. 91 (el término paritario en este sentido se refiere a que las partes actúen como pares, en igualdad de condiciones para discutir las cláusulas del contrato. En contraste con los contratos de adhesión o por formulario).

70 1.-Las cláusulas que desnaturalizan obligaciones, 2.- Las limitativas de la responsabilidad por daños, 3.- Las que importan renuncia o restricción en los derechos y las que amplían los derechos del proveedor, 4.- La inversión de la carga de la prueba. Moreno Rodríguez 1.- Cláusulas exoneratorias, 2.- Cláusula penal excesiva, 3.- Cláusulas que permiten la modificación unilateral del contrato, 4.- Precio Cierto (que el precio queda al arbitrio de una de las partes), 5.- Resolución unilateral del contrato, 6.- Limitaciones a la facultad de resolver, 7.- Hechos imposibles o contrarios a la moral.

71 Namén Vargas, William. *Las Cláusulas Abusivas.* Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1999. p 178.

72 Namén Vargas, William. *Las Cláusulas Abusivas.* Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1999. p. 182.

73 "El desequilibrio *inter partes* no presupone, *stricto sensu,* la debilidad jurídica de una de las partes, por cuanto la cláusula abusiva puede darse entre sujetos contractuales de igual, idéntica o similar posición o situación jurídica. No es, por consiguiente, el factor relevante de la cláusula abusiva y, por el contrario, su resultado final, sea acordada entre personas con igual o desigual situación y poder jurídico, se traduce en una situación jurídica en la que uno de los sujetos ostenta poderes negociales sin contrapartida a los de la otra parte." Namén Vargas, William. *Las Cláusulas Abusivas.* Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1999., p 186.

74 Namén Vargas, William. *Las Cláusulas Abusivas.* Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1999. p. 183.

Sobre el tema, nuestra legislación apenas comienza a analizar los temas relativos a las cláusulas abusivas o condiciones generales de la contratación en la normativa sobre protección al consumidor, y aunque el tema es bastante desarrollado en otras latitudes, por el momento las cláusulas asimétricas del arbitraje no se han discutido en este sentido. Sin embargo, considero que para determinar la naturaleza de este tipo de cláusulas debe analizarse íntegro el contenido del acuerdo y no sólo la cláusula arbitral asimétrica ya que: "lo que a un precio puede ser abusivo, perfectamente puede ser ecuánime a otro."

V. CONSIDERACIONES FINALES

Usualmente, las cláusulas arbitrales no tienen el mismo nivel de negociación que el resto del contenido del contrato, ya sea porque en el momento de contratar, en muchos casos las partes no tienen expectativas de tener controversias futuras o porque podría ser mal visto y generar desconfianza el hecho que uno de los contratantes se encuentre tan interesado en la forma en que se resolverá el incumplimiento. En todo caso, el análisis detallado y profundo de estas cláusulas es parte fundamental de una asesoría integral.

Acudir a los tribunales ordinarios es la forma usual de resolver las controversias. Si las partes no incluyen una cláusula arbitral, las disputas se resolverán por los tribunales, por lo que, en tanto no medie un acuerdo arbitral, el conocimiento de las controversias corresponde al juez ordinario. De tal forma que las partes decidirán acudir al arbitraje cuando los beneficios del arbitraje sean mayores que los costos.

En fin, los contratantes decidirán establecer una cláusula arbitral cuando esto reduzca sus costos. Si la reducción es asimétrica, la parte menos favorecida deberá ser compensada a través del resto de contrato, ya que nadie celebra un contrato en el cual perderá; si la parte menos favorecida por la cláusula arbitral acepta el contrato, es porque se verá compensada.

La implementación de una cláusula asimétrica no necesariamente significa que uno de los contratantes se ha beneficiado a costa del otro. Inclusive las cláusulas asimétricas pueden proveer beneficios netos a ambos contratantes en aquellas circunstancias en que los beneficios del arbitraje se distribuyen a través de reducciones en los precios, o se compensan por otras disposiciones del contrato. La decisión sobre estos asuntos podría facilitarse si dicha situación se estipulara expresamente en el contrato. Los contratantes estarán dispuestos a darle la opción a la otra parte de acudir a los tribunales a pesar de la cláusula arbitral, a cambio de reducciones del precio u otras ventajas en la negociación. A pesar de algunas críticas,[75] las cláusulas arbitrales no deben necesariamente ser sinalagmáticas, con derechos y obligaciones idénticos para las partes.

Los críticos de las cláusulas asimétricas generalmente olvidan considerar los beneficios obtenidos por el contratante en el resto del contenido del contrato. Incluso las cláusulas asimétricas pueden proporcionar beneficios netos a los contratantes.

Por ejemplo, el contratante en supuesta desventaja, generalmente preferirá que una cláusula arbitral sea perfectamente bilateral; pero si es más efectivo para una sola de ellas reservarse la facultad de decidir con el momento de la controversia, si prefiere acudir a los tribunales, la otra parte puede beneficiarse de esta cláusula asimétrica a cambio de otra disposición más favorable en otra parte del contenido del contrato.

Algunos no confiarán en la habilidad de las partes y del mercado para establecer las cláusulas arbitrales que convengan a las partes y argumentarán que las cláusulas arbitrales asimétricas rompen la sinalagmatitud y la equivalencia o justicia en los contratos."[76] Por lo que la postura que se tome dependerá de quienes tengan mayor fe en la jurisdicción ordinaria, en cuyo caso favorecerán la regulación de las cláusulas arbitrales, o en el mercado, en cuyo caso buscarán menor regulación.[77]

75 José Mosset Iturraspe señala: "la búsqueda de la 'justicia contractual', del necesario equilibrio entre las prestaciones en cambio, de la armonización de la utilidad con la equidad, es fundamental el principio de la buena fe objetiva, verdadero faro que alumbra, con luz potente, el Derecho de los contratos" *Las Cláusulas Abusivas en la Contratación*. Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1999. p. 42.

76 Moreno Rodríguez, José Antonio. *Cláusulas Contractuales Abusivas en el Derecho Paraguayo.* Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1999. p. 132.

77 "El Estado no obstante el reconocimiento liminar de la autonomía privada, interviene para regularizar o procurar la sanidad y normalidad de las relaciones y suprimir o atenuar las evidentes desigualdades entre los sujetos, particularmente en las esferas de mayor incidencia, siendo cada vez mayor el ámbito de injerencia estatal". Namén Vargas, William. *Las Cláusulas Abusivas.* Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1999. p. 175.

En el momento de verse afectadas, las partes pueden esgrimir los más creativos argumentos para evitar el cumplimiento de una cláusula de un contrato, algunos de los cuales fueron anteriormente expuestos y, cada uno tendrá, en cada caso, sus respectivos fundamentos.

Es en el interés de la eficiencia del procedimiento arbitral, que la impugnación de los laudos arbitrales se limite en su alcance y que su nulidad o la denegación para reconocerlos solo sea posible en circunstancias excepcionales. Evitar las excesivas impugnaciones y acudir a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, era precisamente lo que las partes buscaban.

Conocer este tipo de cláusulas asimétricas, en virtud de su utilización y el uso cada vez más frecuente del arbitraje, es importante para poder proporcionar una asesoría integral. En virtud de que el arbitraje, como todo contrato, se basa en el principio de la autonomía de la voluntad, su contenido puede ser modificado por las partes, pudiendo establecer derechos y obligaciones que no sean sinalagmáticos. Sin embargo, en virtud de que esta autonomía se encuentra limitada por la ley, considero que es necesario establecer cierto límite, preferiblemente un parámetro objetivo, a fin de evitar la trasgresión de principios fundamentales del derecho. No por esto debemos olvidar que nadie es mejor que uno mismo para atender sus propios asuntos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Aguirre Godoy, Mario
2001 *Derecho Procesal Civil de Guatemala.* Reimpresión de la Edición 1973. Volumen II, Centro Editorial Vile. Guatemala.

Bernal Gutiérrez, Rafael
2000 *El Arbitraje en Guatemala. Apoyo a la Justicia.* Editorial Serviprensa. Guatemala.

Chabas, Francois
1999 *El Régimen de Cláusulas Abusivas en Derecho Francés.* Revista de Derecho Comparado. Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina.

Chong Gek Sian, David.
1993 *Agreements to Refer Disputes to Arbitration.* Singapore Journal of Legal Studies. Volume 261.

Drahozal, Christopher R.
2001 *"Unfair" Arbitration Clauses.* University of Illinois Law Review. Volume 790.

Escola, Jorge Héctor
1990 *Compendio de Derecho Administrativo.* Reimpresión de la Primera Edición, Editorial Depalma, Volumen II, Buenos Aires.

Friedland, Paul D.
2000 *Arbitration Clauses for International Contracts.* Juris Publishing. New York.

Korobkin, Russell
2003 *Bounded Rationality: Standard form Contracts and Unconscionability.* University of Chicago Law Review. Volume 70.

Marzorati, Osvaldo J.
1993 *Derecho de los Negocios Internacionales.* Editorial Astrea. Buenos Aires.

Meyerson, Micheal
1993 *The Reunification of Contract Law: The Objective Theory of Consumer Form Contract.* University of Miami Law Review. Volume 47.

Mistelis, Dr. Loukas
2003 *Lecture Series on Introduction to Comparative International Commercial Arbitration.* Universidad Francisco Marroquín. Guatemala.

Moreno Rodríguez, José Antonio
1999 *Cláusulas Contractuales Abusivas en el Derecho Paraguayo.* Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina.

Mosset Uturraspe, Jorge
1999 *Las Cláusulas Abusivas en la Contratación.* Revista de Derecho Comparado. Cláusulas Abusivas-I. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina.

Namén Vargas, William
1999 *Las Cláusulas Abusivas.* Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina.

Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario
1999 *Las Cláusulas Abusivas en el Ordenamiento Civil Peruano.* Revista de Derecho Comparado. Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina.

Posner, Richard A.
1998 *El Análisis Económico del Derecho.* Fondo de Cultura Económica. México.

Prieto Melgarejo, Dhery
1999 *Las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión.* Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas-II. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina.

Stewart, Hope T.
1998 *The Equitable Estoppel Argument for and Against Commercial Arbitration: From Hughes Masonry Co., Inc. v. Clark County School Building Corp. To Northern Ltd. V. R.E. James.* Commercial Law Journal volume 103 number 4.

Streeter-Schaefer, Holly
2002 *One Sided Arbitration Provisions: Are They Valid?* Shughart Thomson & Kilroy.

Treitel, G.H.
1995 *The Law of Contract.* Ninth Edition. Sweet & Maxwell. London.
Viteri, Echeverría

2002 *Los Contratos en el Derecho Civil Guatemalteco.* Segunda Edición. Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Guatemala.

Constitución Política de la República de Guatemala.

Ley de Arbitraje

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Suscrita en Nueva York. A la cual la República de Guatemala se adhirió por medio de acuerdo gubernativo número 60-84 aprobada por el decreto 9-84 del Congreso de la República con fecha treinta de enero de mil novecientos ochenta y cuatro.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Suscrita en Panamá. Ratificada por el Ministerio de Relaciones Exteriores el siete de julio de mil novecientos ochenta y seis y aprobada por decreto número 35-86 del Congreso de la República.

Estatutos de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala.

Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Fundación Cenac.

"If you have ten thousand regulations
you destroy all respect for the law"
Wiston Churchill