

CONSIDERACIONES SOBRE LAS CLÁUSULAS ARBITRALES ESCALONADAS.*

PROF. ENRIQUE URDANETA FONTIVEROS.**

SUMARIO

I. Concepto y principios generales. II. Algunos interrogantes. III. Cláusulas arbitrales escalonadas facultativas y obligatorias. A. Clases de cláusulas escalonadas obligatorias IV. ¿Es ejecutable el pacto de negociar con anterioridad al inicio del arbitraje? V. Contenido de la obligación genérica de negociar como paso previo al arbitraje. VI. Efectos del incumplimiento de la etapa previa. A. Criterios doctrinarios y jurisprudenciales. 1. Obligación sustantiva sin trascendencia procesal. 2. Requisito de admisibilidad de la demanda. 3. Requisito de procedibilidad. 4. Nuestra posición. B. *¿Quid iuris* cuando se sujeta la obligación de arbitrar a la condición suspensiva del cumplimiento de los escalones previos? C. El incumplimiento de los escalones previos no afecta la jurisdicción o competencia del Tribunal Arbitral. D. La inejecución de los escalones previos debe ser invocada por el interesado. VII. Cláusulas arbitrales escalonadas y medidas preventivas. VIII. Imposibilidad de cumplimiento de la etapa previa. IX. Algunas recomendaciones.

* Versión escrita de la exposición del profesor Enrique Urdaneta Fontiveros el 18 de noviembre de 2020 en la Jornada Internacional de la Cámara de Comercio de Caracas sobre Arbitraje.

** Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

I. CONCEPTO Y PRINCIPIOS GENERALES

Con frecuencia las partes incluyen en sus contratos una cláusula de solución de disputas en la que se establece una negociación, una mediación o algún otro mecanismo de resolución de conflictos como paso previo al arbitraje. Tales cláusulas se conocen como cláusulas arbitrales “escalonadas”, cláusulas de resolución de conflictos de varios niveles o cláusulas en cascada.¹ El carácter escalonado hace referencia a la circunstancia de que las partes convienen en escalar la resolución de la disputa a la siguiente etapa una vez que se ha intentado o se ha agotado sin éxito el mecanismo establecido en el escalón anterior.²

Las cláusulas arbitrales escalonadas son pues estipulaciones mediante las cuales las partes acuerdan acudir a un mecanismo alternativo de resolución de conflictos como paso previo al inicio de un procedimiento arbitral. Ese paso o escalón previo suele ser una negociación directa entre las partes, una mediación o una combinación de estos mecanismos. Aunque usualmente las partes contemplan una sola fase prearbitral, nada impide que contemplen un número mayor o una combinación de varias fases o etapas.

¹ En inglés estas cláusulas son denominadas *multi-step dispute resolution clauses* aunque reciben también otros nombres como *multi-tiered dispute resolution clauses*, *dispute escalation clauses*, *multi-step alternative dispute resolution clauses*, *cascade clauses*, *ADR first clauses* o *integrated dispute resolution clauses*. Al respecto, véase: Carolina Macho Gómez, “Los ADR ‘alternative dispute resolution’ en el comercio internacional”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre, 2013. Vol. 5, Nº 2, p. 427. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1828>, consultado en fecha 20 de noviembre de 2020.

² Ana Fernández Pérez, “Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo, 2017, Vol. 9, Nº 1, p. 106. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3615>, consultado en fecha 21 de noviembre de 2020.

La *negociación* es un mecanismo no adversarial que consiste en un procedimiento voluntario, usualmente informal, al que los contratantes recurren para lograr un acuerdo mutuamente aceptable sin la intervención de un tercero neutral. Las ventajas de la negociación son ampliamente conocidas: carácter voluntario, económico, usualmente informal con muy poco riesgo para el contratante que no esté conforme de cómo se lleva a cabo.

La *mediación*, en sentido amplio, es un sistema de negociación asistida en la cual un tercero neutral facilita las negociaciones entre las partes. Su función consiste en ayudar a las partes en su intento por lograr un acuerdo.

Aunque con frecuencia se establecen diferencias entre mediación y conciliación, en esta exposición utilizaré indistintamente estos términos para referirme a un procedimiento en el cual una tercera persona sin tener facultades ni atribuciones decisorias de ninguna especie colabora en la negociación que las partes llevan a cabo ayudándolas a resolver el conflicto. En tal sentido, seguimos la orientación de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) de 2018 sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación,³ cuyo artículo 1.3 entiende por mediación “todo procedimiento, ya sea que se designe con el término mediación, conciliación u otro de sentido equivalente, en que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el mediador”) que les presten asistencia en su intento de llegar a un arreglo amistoso de una controversia derivada de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o vinculada a ellas”.⁴

³ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación de 2018. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex_ii_-_s.pdf, consultado en fecha 10 de noviembre de 2020.

⁴ *Ídem*. Esta Ley Modelo modificó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002 que utilizaba el término conciliación en el entendimiento de que los términos “conciliación” y “mediación” eran intercambiables. Al modificar la Ley Modelo, la Comisión decidió utilizar en cambio el término “mediación”, procurando adaptarse al uso que se hace de él en la práctica, y en la expectativa de que ese cambio facilitara la promoción de la Ley Modelo y aumentara su relevancia. Este cambio en la terminología no tiene consecuencias de fondo ni conceptuales.

Asimismo, el artículo 1(3) del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)⁵ utiliza los términos conciliación y mediación como intercambiables.

Aunque en el comercio internacional la negociación directa o asistida es el mecanismo alternativo comúnmente empleado por las partes como paso o escalón previo al arbitraje (o al litigio), ello no significa que no se utilicen otros métodos alternativos de resolución de controversias que gozan de características propias que los hacen más adecuados para resolver determinadas disputas. Entre ellos cabe mencionar la evaluación neutral (*neutral evaluation*), la determinación de los hechos (*fact finding*), la adjudicación (*adjudication*), el peritaje (*expert determination*), los juntas de revisión de controversias (*dispute review boards*) y el mini-proceso (*mini-trial*).⁶

En cualquier caso, en los métodos antes mencionados son las propias partes las que establecen la solución para la controversia, ya sea de manera particular o utilizando un medio alternativo de solución de conflictos. Son, por tanto, *métodos* denominados *autocompositivos* mediante los cuales las partes de manera voluntaria solucionan el conflicto. Cuando interviene un tercero, su actuación se limita a facilitar el diálogo entre las partes sin adoptar decisiones vinculantes para ellas.

En cambio, el arbitraje es un *método heterocompositivo* de solución de controversias porque (al igual que en el litigio) es un tercero (árbitro o juez) el que va a resolver el conflicto planteado entre las partes por medio de una resolución con efecto de cosa juzgada (*laudo*). La solución es, por tanto, impuesta a las partes por un tercero mediante una decisión obligatoria y vinculante.

Ahora bien, en la práctica, los contratantes combinan, generalmente mediante cláusulas escalonadas de resolución de conflictos, ambos métodos procurando primero resolver sus diferencias de manera voluntaria y amistosa; y luego, para el caso de que no se logre de esta forma

⁵ Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje del 2020. Disponible en: <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/RCED-CA-2020.-Versión-14-01-2020-Con-Código-de-ética-Nuevo.pdf>, consultado en fecha 13 de noviembre de 2020.

⁶ Para un examen detallado estos métodos alternativos de solución de disputas, véase: Carolina Macho Gómez, ob. cit., *passim*.

poner fin a la controversia, contemplan su resolución mediante otros procedimientos que no dependen de la voluntad de las partes. Cuando las partes pactan una cláusula arbitral escalonada, el arbitraje se concibe generalmente como una herramienta subsidiaria, utilizable cuando no se logra solucionar el conflicto mediante los escalones anteriores. Se deja pues el arbitraje como procedimiento de último recurso para resolver los problemas futuros, previendo que no siempre será posible poner fin a la controversia mediante una negociación directa o asistida.

El objetivo de las cláusulas escalonadas de arbitraje es siempre el mismo: resolver de la manera más amistosa posible, en forma breve y menos costosa, la controversia entre las partes preservando la relación comercial entre ellas, lo que es particularmente útil sobre todo cuando se trata de contratos de ejecución sucesiva o contratos complejos de larga duración como, por ejemplo, los contratos de construcción.

En la contratación comercial internacional es cada vez más frecuente le utilización de estos esquemas escalonados de resolución de controversias. Algunos casos famosos donde se discutió la aplicación de cláusulas arbitrales judiciales escalonadas incluyen la construcción del Eurotúnel y la construcción del aeropuerto de Hong Kong. El proyecto del Eurotúnel contempló un procedimiento de dos niveles en caso de controversia: en el primer nivel intervendría un panel de tres expertos independientes que adoptaría una decisión por escrito dentro de los 90 días y, si alguna de las partes no estaba de acuerdo con la decisión de los expertos, se podía comenzar un procedimiento de arbitraje. En el proyecto del aeropuerto de Hong Kong se fijó un procedimiento de solución alternativo de cuatro niveles: la decisión de un ingeniero independiente, la mediación, la adjudicación por medio de un procedimiento formal de prueba con una decisión por escrito dentro de los 42 días y, por último, el arbitraje. También se incluyeron cláusulas escalonadas de arbitraje para resolver conflictos futuros en los proyectos para la construcción del canal de Panamá y la construcción de la carretera central de Boston.⁷

⁷ Ernesto Talamás, “Las cláusulas escalonadas en el arbitraje”, en *El Mundo del Abogado*, Centro de Estudios Avanzados de las Américas, México, 2015. Disponible en: https://issuu.com/elmundodelabogado_/docs/193_2015_mayo/5, consultado en fecha 05 de diciembre de 2020.

Como la mayoría de los ordenamientos carecen de una legislación especial que regule la materia, se admite que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden, al menos en principio, establecer las cláusulas escalonadas que deseen y optar por el método de solución de disputas que estimen más conveniente, siempre y cuando con ello no infrinjan disposiciones en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres.⁸ Por supuesto, el acuerdo de recurrir a un método alternativo de solución de controversias no será permisible cuando contemple un obstáculo insuperable a las partes para iniciar el procedimiento arbitral.

Numerosos centros internacionales de arbitraje como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) contemplan en sus reglamentos mecanismos alternos de resolución de controversias previos al arbitraje y establecen reglas para facilitar el arreglo rápido y amistoso de la controversia. Así, los Reglamentos de Arbitraje y de Mediación de la Cámara de Comercio Internacional prevén que las partes pueden someter sus controversias a arbitraje o mediación, o a ambos, para lo cual dichos Reglamentos establecen cláusulas escalonadas modelo.⁹ Del mismo modo la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) y el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD) han establecido cláusulas escalonadas modelo para la solución de disputas.¹⁰ El Reglamento del

⁸ Cabe hacer notar, sin embargo, que en algunos países como, por ejemplo, en Colombia las cláusulas escalonadas que establecen la necesidad de cumplir con pasos previos para dar inicio a un procedimiento judicial o arbitral carecen de validez y eficacia por considerarse que impiden el acceso a la justicia, lo que ha sido severamente criticado por la doctrina. Al respecto, véase: Luis María Brito Nieto, "El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia", en *Revista de Derecho*, Vol. XXXII, N° 2, Valdivia, 2019. Disponible en: <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/1149>, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020.

⁹ Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional vigente a partir del 1 de marzo de 2017. Disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf>, consultado en fecha 9 de noviembre de 2020; Reglamento de Mediación de la Cámara de Comercio Internacional vigente a partir del 1 de enero de 2014. Disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf>, consultado en fecha 9 de noviembre de 2020.

¹⁰ Las cláusulas modelos de la AAA y de la CIRD se encuentran disponibles en: <https://www.adr.org/Clauses>; <https://www.icdr.org/clauses>, consultados en fecha 14 de diciembre de 2020.

Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA) también trae una cláusula mediación-arbitraje modelo.¹¹ En Venezuela, el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) también ofrece una cláusula med-arb modelo.¹²

II. ALGUNOS INTERROGANTES

Cuando existe una cláusula escalonada de arbitraje se plantean, entre otros, los siguientes interrogantes: ¿Es obligatorio o no agotar los escalones previos antes de iniciar el procedimiento arbitral? ¿Qué efectos produce el incumplimiento de la fase de negociación o mediación? ¿Si se da comienzo al arbitraje sin cumplir con la fase previa, tienen jurisdicción los árbitros para conocer de la controversia? ¿Tiene el Tribunal Arbitral que declararse incompetente *ratione temporis*, o debe rechazar la demanda por inadmisibile, o suspender el procedimiento arbitral para permitir a las partes subsanar o remediar el incumplimiento de las etapas o fases previas? ¿Es subsanable ese incumplimiento? ¿Es ejecutable forzosamente el pacto de negociar con anterioridad al inicio del arbitraje? ¿Se puede condenar a la parte incumplidora a pagar daños y perjuicios? ¿Cómo se determinan en tal caso los daños y perjuicios? ¿Puede admitirse la nulidad del laudo arbitral por no haberse cumplido con los escalones previos?

Estas son cuestiones que, en definitiva, van a depender de la ley de la sede del arbitraje o de *lex loci arbitri*. De ahí que sea importante conocer dicha ley y cómo los tribunales locales han enfocado estos temas sobre todo cuando los mismos no se encuentran claramente resueltos en la respectiva legislación o en el reglamento sobre arbitraje aplicable.

En el transcurso de esta exposición me referiré, en forma sumaria, a estas cuestiones.

¹¹ La cláusula modelo del CAMCA se encuentra disponible en: <https://www.intracen.org/Clausulas-Centro-de-Arbitraje-Comercial-y-de-Mediacion-para-las-Américas-CAMCA/>, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020.

¹² La cláusula modelo del CEDCA se encuentra disponible en: <https://cedca.org.ve/clausula-arbitral-modelo/>, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020.

III. CLÁUSULAS ARBITRALES ESCALONADAS FACULTATIVAS Y OBLIGATORIAS

Las partes pueden convenir que la fase autocompositiva de carácter previo sea meramente facultativa o hacerla obligatoria. La primera posibilidad, es decir, tratar los escalones previos como simplemente facultativos, aparte de que puede convertir la cláusula arbitral en una cláusula patológica, en realidad, carece muchas veces de sentido y eficacia ya que no es necesario que las partes convengan anticipadamente en que podrán tratar de lograr una solución negociada del conflicto antes de dar inicio al procedimiento arbitral. Aunque no se haya convenido de antemano, es obvio que siempre va a ser posible que ellas no den comienzo o que suspendan el arbitraje mientras consideran y discuten las posibilidades de llegar a un arreglo el cual, por supuesto, si se logra detiene el arbitraje. De manera que las partes pueden negociar o someter a mediación sus controversias en cualquier momento, aun en el caso de que no exista una cláusula que contemple las negociaciones o la mediación como medio de solución de disputas. De hecho, es común que las partes en conflicto encuentren que la negociación o mediación es particularmente efectiva cuando es previa a una audiencia arbitral.

A Clases de cláusulas escalonadas obligatorias

Las cláusulas arbitrales escalonadas pactadas como obligatorias pueden ser muy variadas. Desde aquellas tan sencillas mediante las cuales las partes se obligan a utilizar sus mejores esfuerzos para tratar de resolver amigablemente la controversia antes de recurrir al arbitraje, hasta las que contemplan procedimientos detallados con plazos precisos, pasos previos al procedimiento arbitral, el señalamiento de los ejecutivos o funcionarios de cada una de las partes que deberán conducir las negociaciones, un sistema de notificaciones de los intercambios entre las partes, etc.

De acuerdo con los principios generales, las obligaciones deben cumplirse de acuerdo con sus propios términos (*pacta sunt servanda*). Entonces se plantea el problema de si las partes están obligadas a respetar el convenio de emplear sus mejores esfuerzos en las negociaciones

para llegar a un acuerdo. Más aun ¿están obligadas a concurrir a una instancia de negociación cuando ninguna de ellas tiene particular interés en llegar a un acuerdo?

Ciertamente una de las cuestiones más álgidas que plantean las cláusulas escalonadas es cómo definir con precisión las obligaciones de las partes, lo cual permitirá determinar la fuerza obligatoria y la ejecutabilidad de los escalones previos al arbitraje, así como las consecuencias de su incumplimiento.

La doctrina moderna identifica cuatro clases de cláusulas arbitrales escalonadas en función de las obligaciones que vinculan a las partes: 1) cláusulas que no crean obligaciones; 2) cláusulas que crean obligaciones limitadas; 3) cláusulas que crean obligaciones por un periodo de tiempo; y 4) cláusulas que crean verdaderas obligaciones.¹³

Las cláusulas que no crean obligaciones son aquellas mediante las cuales las partes se comprometen a considerar la posibilidad de recurrir en cualquier momento a un método de resolución de disputas distinto al arbitraje o al litigio como, por ejemplo, cuando se indica que “las partes podrán en todo momento, sin perjuicio de cualquier otro proceso, intentar resolver cualquier diferencia que derive de este contrato mediante negociaciones o a través de una mediación”. Se trata de una simple declaración de buenas intenciones que no impone, en realidad, ninguna conducta exigible más allá de considerar la posibilidad de un mecanismo alterno. No existen aquí supuestos de incumplimiento que determinen sanción alguna.

Las cláusulas que crean obligaciones limitadas son aquellas que contemplan como única obligación la propuesta y discusión de algún mecanismo alterno de solución de controversias previo al arbitraje pero sin que exista obligación de agotarlo como, por ejemplo, cuando se establece que en caso de surgir alguna diferencia, las partes se compro-

¹³ Charles Jarrosson, “Legal issues raised by ADR”, en *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures I*, eds. Jean-Claude Goldsmith/Arnold Ingen-Housz, Kluwer International Law, 2006, pp. 157 y siguientes; René Irra de la Cruz y Leticia Ibarra Chávez, “Cláusulas escalonadas: ¿qué tan obligatorio es el pacto de mediación previa?”, en *ICC México Pauta. Métodos Alternativos de Solución de Controversias*, No. 75, agosto 2015. Disponible en: <https://www.iccmex.mx/uploads/galerias/40823d7c38df29b509bcd6a43f0d17bf22a308d.pdf>, consultado en fecha 12 de noviembre de 2020.

meten a discutir y considerar, en primer lugar, antes de iniciar el arbitraje, el recurso a los mecanismos alternos de solución de controversias contemplados en el reglamento de un determinado Centro de Arbitraje. Esta cláusula solo impone a las partes la obligación de proponer a su contraparte la utilización de un mecanismo previo al arbitraje y considerar si ello es conveniente o no para solucionar la disputa. Pero más nada. Este requisito puede cumplirse con una simple notificación a la otra parte. En caso de que no se obtenga respuesta, quedaría cumplida la obligación previa y facultadas las partes para recurrir al arbitraje. Se considera que esta obligación es tan limitada que ni siquiera impide el inicio del procedimiento arbitral.

Las cláusulas que crean obligaciones por un período de tiempo son aquellas que obligan a las partes a no iniciar un procedimiento arbitral antes de que transcurra un cierto período de tiempo previamente convenido como, por ejemplo, cuando las partes se comprometen a someter sus diferencias al procedimiento de mediación conforme al Reglamento de un determinado Centro de Arbitraje; y, a falta de solución según dicho reglamento dentro de los 60 días siguientes a la presentación de la solicitud de mediación, o al vencimiento de cualquier otro plazo convenido, las partes quedan liberadas de la obligación de mediación y legitimadas para iniciar el procedimiento arbitral. En razón de estas cláusulas las partes únicamente quedan obligadas a no dar inicio al arbitraje antes de que transcurra el plazo convenido para que se dé por cumplida la etapa previa, en este caso la mediación.

Las cláusulas que crean verdaderas obligaciones son aquellas que imponen el deber de agotar el mecanismo previo de solución de controversias, el cual no se cumple por el simple transcurso del tiempo o la inactividad de la otra parte.¹⁴ En estos casos hay la necesidad de cumplir el procedimiento o la etapa previa antes de iniciar el arbitraje sin que sea suficiente esperar que transcurra el plazo establecido para considerar agotado el paso previo. Son comunes en algunos

¹⁴ Cabe hacer notar que cuando se indica que estas cláusulas imponen verdaderas obligaciones a las partes, ello no significa que de los otros tipos de cláusula no surjan obligaciones verdaderas o exigibles, sino que nos referimos a que la obligación de agotar el mecanismo previo, en este caso, no se cumple por el simple transcurso del tiempo o la inactividad de la otra parte, tal y como se indica en el texto.

contratos de infraestructura y construcción que por su propia naturaleza requieren de mecanismos de solución de controversias con anterioridad al inicio de un juicio o arbitraje.

En estas cláusulas se prevé generalmente todo un sistema de solución de disputas como condición precedente a la iniciación del arbitraje. En estos casos, la condición para que una parte acceda a cada uno de los pasos del mecanismo escalonado es que haya cumplido siempre con el previo escalón previsto en el contrato según lo convenido. Las partes están pues impedidas de interponer la demanda arbitral antes de agotar las instancias previas de resolución de conflictos, siguiendo el procedimiento acordado. Por ejemplo, cuando las partes contemplan que en caso de surgir la controversia, deben reunirse los directores del proyecto durante por lo menos 15 días; si no logran una solución en ese periodo, se deben reunir altos ejecutivos de cada parte dentro de un plazo de 15 días y tienen 30 días para lograr una decisión una vez que se hubieren reunido. Si no logran resolver el conflicto en ese plazo, deberá recurrirse a la mediación conforme a las reglas de un determinado centro de arbitraje; y si todos los escalones previos fracasan, deberá someterse la controversia a arbitraje. O también cuando en un contrato de infraestructura se prevé que en caso de producirse un determinado evento, el interesado debe someter su solicitud a un ingeniero quien, de no lograr un acuerdo entre las partes, emitirá una determinación negando o aceptando la solicitud. Si alguna de las partes no estuviera de acuerdo con esta determinación, podrá someter su reclamo a un comité técnico que emitirá una decisión la cual, en caso de desacuerdo, podrá someterse a arbitraje. En estos casos para que se acceda a cada uno de los pasos subsiguientes del mecanismo escalonado se requiere haber cumplido siempre con el paso previo establecido en el contrato.

IV. ¿ES EJECUTABLE EL PACTO DE NEGOCIAR CON ANTERIORIDAD AL INICIO DEL ARBITRAJE?

El problema que plantea el carácter obligatorio de una cláusula escalonada es que nadie puede ser obligado a acordar. No existe posibilidad alguna de forzar un acuerdo. Las negociaciones son, por definición, voluntarias. Requieren la cooperación y el consentimiento de las partes.

Carecen de sentido cuando los contratantes no tienen la intención de llegar a un arreglo.¹⁵

En el *Derecho inglés*, esta fue la posición tradicionalmente mantenida por los tribunales que declararon que los *agreements to agree* y los *agreements to negotiate* no eran obligatorios ni ejecutables. En el caso *Halifax Financial Services Ltd v Intuitive Systems Ltd* decidido en 1998 la Alta Corte de Justicia (*Queen's Bench Division*) declaró que un procedimiento de negociaciones previo al juicio no es ejecutable, porque se trata de un simple acuerdo para negociar que los tribunales no pueden controlar ni hacer cumplir debido a que las negociaciones no son legalmente vinculantes.¹⁶ Por consiguiente, si las partes se han limitado a contemplar en el primer escalón la necesidad de entablar negociaciones iniciales de buena fe para intentar solucionar la controversia, se considera que esta noción es lo suficientemente amplia como para dotar a los contratantes de un apreciable grado de flexibilidad para estructurar sus negociaciones, en el desarrollo de las cuales cualquiera de las partes tiene derecho a retirarse en cualquier momento y por cualquier motivo.¹⁷

¹⁵ Roque J. Caivano, “Las cláusulas ‘escalonadas’ de resolución de conflictos (negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje)”, en *Tratado de Derecho Arbitral*, Tomo I (El Convenio Arbitral), dirigido por Carlos Alberto Soto Coaguila, Pontificia Universidad Javeriana/Instituto Peruano de Arbitraje/Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2011, p. 73.

¹⁶ *Halifax Financial Services Ltd v Intuitive Systems Ltd*, High Court (Queen's Bench Division), 1 All ER (Comm) 303 (1998). Disponible en: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/AdrLawRep/HALIFAX.pdf>, consultado en fecha 10 de diciembre de 2020. Ver, igualmente, *Paul Smith Ltd. v. H & S International Holding Inc.*, (Queen's Bench Division -Commercial Court-), 2 Lloyd's Rep 127 (1991). Disponible en: https://www.trans-lex.org/303000/_/paul-smith-ltd-v-h-s-lrep-127/, consultado en fecha 3 de diciembre de 2020; *Courtney and Fairbairn Ltd. v. Tolani Brothers (Hotels) Ltd.*, Court of Appeal of England and Wales, 1 WLR 297 (1975). Disponible en: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/MediationLawReports/COURTNEYvTOLAINI1975.pdf>, consultado en fecha 16 de diciembre de 2020.

¹⁷ Como lo puso de relieve la *House of Lords*, mediante sentencia del 23 de enero de 1992, “cuando se está en presencia de un mero acuerdo para negociar la solución de la controversia, durante el curso de las negociaciones cualquiera de las partes puede retirarse de dichas negociaciones en cualquier momento y por cualquier causa. Por consiguiente, un acuerdo de negociar puro y simple no tiene contenido obligatorio”. *Walford v. Miles*, House of Lords, 2 AC 128 (1992). Disponible en: <https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:0ad63435-bcb7-490f-ab7b-154d9acc497f/Walford%20v.%20Miles.pdf>, consultado en fecha 4 de diciembre de 2020.

Sin embargo, a partir del año 2002 la jurisprudencia británica cambió de dirección y consideró que las cláusulas arbitrales escalonadas que establecen un procedimiento que permita distinguir entre los distintos escalones, fijando la duración de cada uno de los pasos previos y los trámites a seguirse en cada uno de ellos, sí son cláusulas perfectamente válidas y vinculantes. No se trata en estos casos, decidieron los tribunales británicos, de una simple promesa de negociar o de un acuerdo para acordar sino de una cláusula que define un método específico susceptible de ser ejecutado y que puede hacerse cumplir mediante la suspensión del procedimiento arbitral o judicial iniciado en contravención a la cláusula escalonada.¹⁸ Tal como lo declaró la Corte Suprema de Nueva Gales del Sur, en el caso *Hooper Bailie Associated Ltd. v. Natcon Group Pty Ltd*, este tipo de acuerdos es ejecutable y obligatorio cuando las obligaciones de las partes han quedado definidas, de manera previa y con suficiente claridad y precisión.¹⁹

Sin embargo, en el Derecho inglés, si los términos de un contrato son indeterminados o incompletos, estos no serán vinculantes. Por lo cual, si se conviene en algo tan poco preciso o indeterminado como, por ejemplo, “la obligación de negociar de buena fe” sin más, el acuerdo seguirá siendo inejecutable de acuerdo con el Derecho inglés. Tal estipulación es demasiado incierta para tener efectos obligatorios. Para evitar inconvenientes, la cláusula escalonada debe pues suministrar un elevado grado de certeza de modo que las partes no puedan escapar a su aplicación alegando falta de claridad. Tal y como lo dejó establecido la sentencia de la *High Court* del 3 de julio del 2002:

el criterio que debe aplicarse es determinar si las obligaciones impuestas son lo suficientemente claras y están dotadas de tal grado de certeza al punto que pueda dársele efecto legal. El test es si la cláusula prescribe sin necesidad de un acuerdo posterior: a) un

¹⁸ *Cable & Wireless Plc. v. IBM United Kingdom Ltd*, High Court (Queen’s Bench Division -Commercial Court-), EWHC 2059 (2002). Disponible en: <https://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2002/2059.html>, consultado en fecha 14 de diciembre de 2020.

¹⁹ *Hooper Bailie Associated Ltd. v. Natcon Group Pty Ltd.*, Supreme Court of New South Wales, 28 NSWLR 194 (1992). Disponible en: <http://expertdeterminationelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Hooper-Bailie-Associated-Ltd-v-Natcon-Group-Pty-Ltd-1992-28-NSWLR-194.pdf>, consultado en fecha 10 de diciembre de 2020.

compromiso suficientemente serio e inequívoco de iniciar un procedimiento; b) del cual puedan discernirse los pasos que cada parte debe seguir para poner el procedimiento en ejecución y que esté c) definido en forma suficientemente clara como para permitir al tribunal determinar objetivamente (i) cuál es el mínimo de participación requerido de las partes de la controversia en dicho procedimiento y (ii) cuándo o cómo el procedimiento se habrá cumplido o podrá darse por terminado, sin contravención.²⁰

En el *Derecho norteamericano*, los tribunales han optado por un examen casuístico al momento de pronunciarse acerca de la validez de las cláusulas escalonadas, dándole gran relevancia a los términos empleados por las partes en la redacción de la cláusula. Así el uso de la palabra “deberán” (*shall*) en lugar de la palabra “podrán” (*may*) influye claramente en el carácter obligatorio del procedimiento.²¹ Asimismo, cuando el pacto de negociar ha sido caracterizado por las partes como una condición suspensiva (*condition precedent*) de las posteriores fases para la resolución del conflicto, los tribunales tienden a sostener la ejecución forzosa del pacto.²² Por consiguiente, cuando la mediación se ha convenido como una condición previa para iniciar un procedimiento de arbitraje, los árbitros no tienen autoridad para sustanciar el procedimiento hasta que la mediación se lleve a cabo.

Además, los tribunales norteamericanos se han inclinado por reconocer plenos efectos legales a las cláusulas de negociación y mediación cuando la obligación de negociación venga acompañada de una serie de parámetros objetivos que permitan determinar si los pasos o escalones previos al arbitraje se han cumplido o no, en cuyo caso será

²⁰ *Wah (Aka Alan Tang) & Anor v. Grant Thornton International Ltd & ORS*, High Court (Chancery Division), EWHC, 3198 (Ch) (2012), 60. Disponible en: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff76960d03e7f57eac3f3>, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020.

²¹ *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc.*, United States Court of Appeals, First Circuit, 317 F.3d 41 (1st Cir) (2003). Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1361817.html>, consultado en fecha 10 de diciembre de 2020.

²² *White v. Kampner*, Supreme Court of Connecticut, 641, A.2nd, 1385 (Conn) (1994). Disponible en: <https://casetext.com/case/white-v-kampner-1>, consultado en fecha 14 de diciembre de 2020; *Weekley Homes Inc. v. Jennings*, Court of Appeals of Texas, San Antonio, 936 SW 2nd 16 (Tex. App.) (1996). Disponible en: <https://www.casemine.com/judgement/us/59148271add7b04934495fb2>, consultado en fecha 7 de diciembre de 2020.

posible ordenar su ejecución forzosa.²³ Así, la jurisprudencia admite que las cláusulas escalonadas dotadas de un grado de certeza suficiente (*definiteness*) sobre el procedimiento a seguir en los escalones previos al arbitraje son perfectamente válidas y ejecutables. Por ejemplo, los tribunales han reconocido y ejecutado cláusulas arbitrales donde la negociación o la mediación ha estado bien definida y sujeta a determinados estándares objetivos como, por ejemplo, la duración limitada de la negociación o mediación, un número específico de sesiones de negociación, el señalamiento de los cargos de los participantes que intervendrán en la negociación o mediación, la circunstancia de que la mediación se conducirá de acuerdo con las reglas específicas de una determinada institución o centro de arbitraje, etc.²⁴

En cambio, los acuerdos con términos abiertos o imprecisos no son ni pueden ser ejecutados por su carácter vago e indeterminado. Tal y como lo declaró la Corte del Distrito Sur de Nueva York en el caso *Candid Productions, Inc. v. International Skating Union and Beat Hasler*:

un acuerdo para negociar de buena fe es inejecutable ya que es aún más vago que un acuerdo para acordar; un acuerdo para negociar de buena fe es amorfo y nebuloso, puesto que implica tantos factores que, por ser ellos mismos indeterminados e inciertos, solo puede descifrarse mediante conjeturas y suposiciones.²⁵

²³ *Mocca Lounge, Inc. v. Misak*, Appellate Division of the Supreme Court of New York, Second Department, 94 A.D.2d 761, (N.Y. App. Div.) (1983). Disponible en: <https://casetext.com/case/mocca-lounge-inc-v-misak>, consultado en fecha 15 de diciembre de 2020.

²⁴ *Fluor Enterprises, Inc. v. Solutia Inc.*, U.S. District Court for the Southern District of Texas, 147 F. Supp. 2d 648 (S.D. Tex) (2001). Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/147/648/2409242/>, consultado en fecha 10 de noviembre de 2020; *White v. Kampner*, Supreme Court of Connecticut, 641, A.2nd, 1385 (Conn) (1994). Disponible en: <https://casetext.com/case/white-v-kampner-1>, consultado en fecha 14 de noviembre de 2020; *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc.*, United States Court of Appeals, First Circuit, 317 F.3d 41 (1st Cir) (2003). Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1361817.html>, consultado en fecha 15 de diciembre de 2020; *AMF Inc. v. Brunswick Corp.*, U.S. District Court for the Eastern District of New York, 621 F Supp 456 (E.D.N.Y.) (1985). Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/621/456/1368447/>, consultado en fecha 13 de noviembre de 2020.

²⁵ *Candid Productions, Inc. v. International Skating Union and Beat Hasler*, U.S. District Court for the Southern District of New York, 530 F. Supp. 1330 (S.D.N.Y.) (1982). Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/530/1330/1369594/>, consultado en fecha 16 de noviembre de 2020.

Del mismo modo, cuando se dice que las partes emplearán sus *mejores esfuerzos* en las negociaciones para lograr un acuerdo que resuelva la disputa, a los fines de la ejecución de lo convenido, se requiere precisar una serie de lineamientos claros en función de los cuales pueda medirse el mejor esfuerzo efectivamente desarrollado por cada una de las partes para llegar a un entendimiento.²⁶

Un desarrollo importante de la jurisprudencia norteamericana, en relación con las cláusulas escalonadas, tiene que ver con la prohibición de las *tácticas dilatorias*. Los tribunales norteamericanos se han negado a declarar la obligatoriedad de los pasos previos cuando es evidente o cuando puede razonablemente inferirse que el cumplimiento de esos escalones previos busca única y exclusivamente demorar injustificadamente el arbitraje o el litigio.²⁷ Desde luego el problema que se plantea en estos casos es determinar cuándo puede razonablemente concluirse que una de las partes (generalmente el demandado) invoca el incumplimiento de los pasos previos para dilatar el procedimiento arbitral o impedir su prosecución. La jurisprudencia norteamericana ha sido oscilante al momento de evaluar cuándo se está en presencia de una táctica dilatoria por parte de quien pretende el cumplimiento de las etapas previas del arbitraje. En el caso *Southland Corp. v. Keating*, la Corte Suprema estimó que la pretensión tardía del demandado de ejecutar el pacto de negociar cuando éste se había negado antes injustificadamente a negociar a pesar de las solicitudes del demandante, solo respondía al interés espurio de aquél de retrasar la resolución del conflicto.²⁸ En otros casos, los tribunales han declarado que el hecho de que una de las partes alegue que el procedimiento contenido en los primeros escalones es fútil, porque resulta evidente que la negociación será infructuosa,

²⁶ *Mocca Lounge, Inc. v. Misak*, Appellate Division of the Supreme Court of New York, Second Department, 94 A.D.2d 761, (N.Y. App. Div.) (1983). Disponible en: <https://casetext.com/case/mocca-lounge-inc-v-misak>, consultado en fecha 16 de noviembre de 2020.

²⁷ *Cumberland York Distributors v. Coors Brewing Company*, U.S. District Court for the District of Maine, Docket No. 01-244-P-H (D. Me.) (2002). Disponible en: <https://casetext.com/case/cumberland-york-distributors-v-coors-brewing-company>, consultado en fecha 1 de diciembre de 2020.

²⁸ *Southland Corp. v. Keating*, United States Supreme Court, 465 U.S. 1 (1984). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/1/>, consultado en fecha 1 de diciembre de 2020.

no hace que los mismos no sean de obligatorio cumplimiento, puesto que siempre es posible llegar a un acuerdo que sea satisfactorio para las partes. Por lo cual, no le es dado al juzgador determinar tal futilidad *a priori*.²⁹

En cambio, los tribunales ingleses han sido más precisos al momento de valorar la futilidad de someter a las partes a la obligación de cumplir con los escalones previos. Así, en el caso *Halsey v. Milton Keynes General N.H.S* decidido en 2004, se establecieron algunos lineamientos que deben guiar el criterio del juez para determinar si en el caso concreto vale la pena o no obligar a las partes a someterse a los escalones previos al arbitraje o al litigio. Tales lineamientos son: la naturaleza de la disputa, los méritos del caso, la medida en que otros métodos de resolución se han intentado, el hecho de que los costos de los métodos alternos de solución de controversias serían desproporcionadamente altos, el hecho de que cualquier demora en llevar a cabo esos métodos alternos hubiera sido perjudicial y el hecho de que dichos métodos no tengan una posibilidad razonable de éxito.³⁰

En *Canadá*, la jurisprudencia se inclina por hacer cumplir la fase previa de negociación y mediación de una cláusula escalonada para procurar una solución amistosa de la controversia. Así, en el caso *Canada Minister of Transport v. Marineserve MG. Inc.*,³¹ las partes habían convenido en una cláusula arbitral escalonada que contemplaba tres pasos previos: (i) negociaciones de buena fe entre ejecutivos de alto nivel de cada parte con atribuciones para la toma de decisiones; (ii) la mediación, si dentro de diez días de la reunión de las partes no habían podido solucionar el conflicto; y (iii) por último, el arbitraje, si el procedimiento de mediación había fracasado. Una de las partes inició un procedimiento judicial y el demandado consideró que no se había

²⁹ *U.S. v. Bankers Ins. Co.*, United States Court of Appeals, Fourth Circuit, 245 F. 3d 315 (2001). Disponible en: <https://www.casemine.com/judgement/us/59147d0eadd7b04934438fc2>, consultado en fecha 7 de diciembre de 2020.

³⁰ *Halsey v. Milton Keynes General N.H.S. Trust*, England and Wales Court of Appeal (Civil Division), 4 All ER 920 (2004). Disponible en: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff71c60d03e7f57ea7a4f>, consultado en fecha 14 de diciembre de 2020.

³¹ *Canada (Minister of Transport) v. Marineserve.MG. Inc.*, Nova Scotia Supreme Court, N.S.J. No. 256, (2002), 30.

agotado el primero de los escalones. El tribunal estimó que las partes debían seguir el camino que ellas habían elegido (“*follow the path of their own choosing*”) y que, por consiguiente, la cláusula escalonada debía cumplirse en su totalidad, incluyendo la fase de negociación.

En *Australia*, la jurisprudencia en un primer momento se inclinó por una interpretación favorable al cumplimiento de los escalones previos aun cuando la redacción de la cláusula no era suficientemente clara. Así, en el caso *Hooper Bailie Associated Ltd. v. Natcon Group Pty Ltd.* se decidió que el acuerdo para mediar debía imponerse y que el procedimiento de arbitraje debía suspenderse mientras la fase previa de mediación no concluyera.³² Sin embargo en el caso *Aiton Australia Pty Ltd. v. Transfield Pty Ltd.* decidido en 1999, el tribunal afirmó que se requerían dos elementos para considerar obligatorio el cumplimiento de la cláusula de mediación previa: (i) debe contener la mención expresa de que la mediación es una condición previa al litigio o arbitraje y ii) debe ser lo suficientemente clara. En el caso concreto, el tribunal consideró que la falta de certeza de la cláusula de mediación impedía su cumplimiento forzoso.³³

En *Francia*, es posible ordenar el cumplimiento de los escalones previos al arbitraje o al litigio solo cuando las partes hayan contemplado la intervención de terceros o las condiciones bajo las cuales habrán de cumplirse o implementarse las negociaciones. La Cámara Comercial de la Corte de Casación francesa ha sostenido que cuando la cláusula escalonada no establece las condiciones bajo las cuales será implementada, no puede dejar de admitirse la demanda de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil francés.³⁴

³² *Hooper Bailie Associated Ltd. v. Natcon Group Pty Ltd.*, Supreme Court of New South Wales, 28 NSWLR 194 (1992). Disponible en: <http://expertdeterminationelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Hooper-Bailie-Associated-Ltd-v-Natcon-Group-Pty-Ltd-1992-28-NSWLR-194.pdf>, consultado en fecha 10 de diciembre de 2020

³³ *Aiton Australia Pty Ltd. v. Transfield Pty Ltd.*, New South Wales Supreme Court, NSWSC 996 (1999). Disponible en: <http://expertdeterminationelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Aiton-Australia-Pty-Ltd-v-Transfield-Pty-Ltd-1999-153-FLR-236.pdf>, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020.

³⁴ Cour de Cassation, Chambre Commerciale, Pourvoi No. 12-27-004, Arrêt 19-04-2014, Bulletin 2014, IV, n° 76. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000028894893/>, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020.

Adicionalmente, se ha considerado que en los casos en los cuales se pruebe que una de las partes ha realizado todos los esfuerzos posibles para intentar resolver la controversia por medio de lo dispuesto en la fase prearbitral, aun cuando fracase en ello, podrá iniciarse válidamente el arbitraje.³⁵ En tales casos hay que concluir que la mediación contemplada en la cláusula escalonada no se ha llevado a cabo por razones que no resultan imputables al demandante.

En *España*, el Real Decreto-ley 5/2012 de Mediación Civil y Mercantil consagra en su artículo 6.2 la validez y eficacia del pacto escrito que exprese el compromiso de someter a mediación la controversia antes de acudir a la vía judicial o arbitral. Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.3 *ejusdem*, iniciada la mediación las partes no están obligadas a seguir el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.³⁶ De manera que si las partes convinieron en tratar de solucionar sus diferencias mediante una mediación de manera previa al inicio del arbitraje, la instancia de mediación debe cumplirse, pero una vez iniciado el procedimiento de mediación ninguna de las partes estará obligada a permanecer o a mantenerse en este procedimiento.

V. CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN GENÉRICA DE NEGOCIAR COMO PASO PREVIO AL ARBITRAJE

Las negociaciones, como se dijo, son un procedimiento generalmente informal, no estructurado al que las partes acuden para lograr un acuerdo mutuamente aceptable, sin intervención de terceros. Impli-

³⁵ Extracto del Laudo final de fecha 27 de enero de 1997 en el caso CCI N° 8462, citado en “Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, No. 1, (2003), pp. 82-83. Disponible en https://library.iccwbo.org/content/dr/AWARDS/AW_0447.htm?l1=Bulletins&l2=ICC+International+Court+of+Arbitration+Bulletin+Vol.14%2fNo.1+-+Eng&AUTH=0608779e-ab54-49dd-bf9f-98082ff6f41a&Timeframe=VzCWygDOcxdbJ6lbE3XE4NCIM/7kPWADs0eFVxxAiiByatI9dug==&txtSearchText=null&rdSb=null&dtFrom=null&dtTo=null, consultado en fecha 6 de diciembre de 2020; Extracto del Laudo final de fecha 22 de junio de 1999 en el caso CCI N° 9977, citado en “Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, *Ibid.* pp. 84-85.

³⁶ El Real Decreto-ley 5/2012, del 6 de julio, de mediación civil y mercantil se encuentra disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9112>, consultado en fecha 1 de diciembre de 2020.

can un esfuerzo mutuo de las partes para de resolver amistosamente la disputa. Las partes deben buscar seria y eficazmente un arreglo y las negociaciones tienen que realizarse de buena fe. Tal y como lo decidió el Tribunal Comercial de la Alta Corte de Inglaterra y de Gales:

La obligación de resolver una disputa a través de un debate amistoso comprende un estándar identificable de discusiones justas, honestas y genuinas que apunten a resolver la disputa.³⁷

La cláusula de negociación, como también indicamos con anterioridad, puede adoptar formas variadas. Desde cláusulas que se limitan a señalar que las partes se comprometen a negociar de buena fe o a desarrollar sus mejores esfuerzos para lograr un arreglo, cuya obligatoriedad es muy endeble, hasta otras mucho más complejas que contemplan extremos tales como el plazo máximo para las negociaciones transcurrido el cual podrá acudir al arbitraje, el nombre de las personas que participarán en la negociación, el número de reuniones que habrán de celebrarse y el procedimiento mediante el cual se conducirán tales negociaciones (*supra*, N° III.A.)

La aplicación del principio de buena fe al proceso de negociación para la solución amigable de una disputa implica, al menos en principio, una serie de conductas particulares que deben ser observadas por ambas partes durante este período lo que, según las circunstancias, puede incluir la formulación de propuestas serias, razonables y coherentes con la información necesaria para un claro entendimiento por la parte contraria. El deber de cooperación derivado de las exigencias de la buena fe presupone que las partes deben llevar a cabo las negociaciones conducentes a solucionar la disputa con flexibilidad y tomando en consideración no solo sus intereses sino los de su contraparte, evitando por tanto las dilaciones injustificadas.

La circunstancia de que una las partes no tenga interés en lograr un arreglo no es motivo suficiente para dar por cumplida la fase

³⁷ *Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Private Ltd.*, High Court (Queen's Bench Division -Commercial Court-), EWHC 2104 (Comm) (2014). Disponible en: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff75360d03e7f57eab53e>, consultado en fecha 4 de diciembre de 2020.

prearbitral de la cláusula escalonada. Si las partes han convenido en una cláusula escalonada que contemple una fase previa de negociaciones obligatorias, la eficacia vinculante de esta cláusula tiene que ser reconocida. Negarle fuerza obligatoria al pacto de negociar sería desconocer el principio de que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes y es de obligatorio cumplimiento para ellas. Como lo han puesto de relieve los tribunales ingleses, el respeto a la palabra empeñada y el deber de ejecutar de buena fe lo pactado lleva a concluir que si las partes acordaron que debían tratar de llegar a un acuerdo para solucionar la controversia a través de negociaciones directas o asistidas, una de ellas no puede luego evadir ese primer escalón.³⁸ Estos mismos principios son aplicables en nuestro ordenamiento (arg.: *ex* artículos 1159 y 1160 del Código Civil).

En materia arbitral se afirma que el principio de realizar las negociaciones de buena fe supone “el mantenimiento de las negociaciones por un periodo adecuado a las circunstancias, la consideración de los intereses de la contraparte y la búsqueda persistente de un acuerdo razonable”.³⁹ Por supuesto, ello no obliga a las partes a dejar de lado su interés para lograr un acuerdo.

Cabe hacer notar, sin embargo, que para alcanzar un acuerdo que solucione la disputa, cuando una de las partes ha alegado que su contraparte no ha negociado de buena fe, los tribunales arbitrales se han mostrado renuentes a valorar si se cumplió o no con el requisito de la

³⁸ *Channel Group v. Balfour Beatty Ltd.*, House of Lords, Adj.L.R. 01/21 (1993). Disponible en: <http://expertdeterminationelectronicleawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Channel-Tunnel-Group-Ltd-Anor-v-Balfour-Beatty-Construction-Ltd-v-Ors-1993-AC-334.pdf>, consultado en fecha 3 de diciembre de 2020.

³⁹ *Kuwait v. The American Independent Oil Company (Aminoil)*, Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, Laudo de fecha 24 de mayo de 1982. Disponible en: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-the-american-independent-oil-company-v-the-government-of-the-state-of-kuwait-final-award-wednesday-24th-march-1982>, consultado en fecha 3 de diciembre de 2020. El Tribunal Arbitral citó en su fallo la decisión de la Corte Internacional de Justicia en los casos *North Sea Continental Shelf*: “... (las partes) están sujetas a la obligación de *comportarse* de manera que las negociaciones sean serias, lo que no ocurre cuando cualquiera de ellas insiste en su propio planteamiento sin contemplar modificación alguna en él”. *North Sea Continental Shelf Cases*, Corte Internacional de Justicia, 8 I.C.J. Reports (1969), pp. 47-48. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>, consultado en fecha 3 de diciembre de 2020.

buena fe, pues lo único que verifican es si formalmente las negociaciones han tenido lugar.⁴⁰

Desde luego, la obligación de negociar no implica que las partes estén obligadas a llegar a un arreglo sino que estén dispuestas a intentarlo. Las partes no se encuentran obligadas a acordarse, pero sí a intentar un acuerdo amigable a cuyo efecto tienen que participar en el procedimiento de negociaciones convenido dentro del cual podrá o no lograrse el acuerdo para solucionar la disputa y evitar un pleito. Tal y como lo decidió la Corte Suprema de Nueva Gales del Sur en su decisión en el caso *Hooper Bailie Associated Ltd v. Natcon Group Pty Ltd*, lo que se ordena ejecutar no es una obligación de cooperar y acordar, sino “la participación en un proceso convenido de antemano por las partes dentro del cual la cooperación y el acuerdo pueden surgir”.⁴¹

En fin, la obligación de negociar es una *obligación de medios* y no de resultado, por lo que nadie está obligado a llegar a un acuerdo pero sí a intentarlo y, antes de concluir si las negociaciones serán exitosas o no, lo primero que deben hacer las partes es iniciarlas.⁴²

En lo concerniente a la determinación de si hubo negociaciones y al establecimiento de los hechos y circunstancias que acrediten el cumplimiento de esta etapa, la doctrina arbitral considera que se debe adoptar una posición flexible en el sentido de que la existencia de correspondencia entre las partes, el cruce de correos o el hecho de que ellas hayan tenido reuniones, son elementos indicativos de que hubo negociaciones y hay que suponer que dichas negociaciones tuvieron por objeto procurar un arreglo que pudiera evitar el pleito.⁴³

⁴⁰ En tal sentido, véase: Extracto del Laudo interlocutorio de fecha 28 de junio de 1996 en el caso CCI No. 7422, citado en “Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, No. 1, (2003)... *cit.*, pp. 78-79.

⁴¹ *Hooper Bailie Associated Ltd. v. Natcon Group Pty Ltd.*, Supreme Court of New South Wales, 28 NSWLR 194 (1992). Disponible en: <http://expertdeterminationelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Hooper-Bailie-Associated-Ltd-v-Natcon-Group-Pty-Ltd-1992-28-NSWLR-194.pdf>, consultado en fecha 10 de diciembre de 2020.

⁴² *Murphy Exploration and Production Company International v. República del Ecuador*, caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción de fecha 5 de diciembre de 2010, 135. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0547.pdf>, consultado en fecha 14 de diciembre de 2020.

⁴³ Roque J. Caivano, *ob. cit.*, p. 81.

En todo caso, conviene que la solicitud de negociación se envíe por escrito o por correo electrónico mediante el cual se comunique la existencia del objeto de la disputa, así como la reclamación que en su caso se formula, solicitando una reunión para dar inicio a la negociación. La solicitud deberá presentarse en un plazo razonable desde que haya surgido la diferencia o la disputa, conforme a las exigencias de la buena fe.

Desde luego, si las partes han convenido en una mediación, su cumplimiento es más fácil de demostrar puesto que existirá un tercero neutral que podrá certificar las gestiones de mediación y la circunstancia de que no se logró un acuerdo.

Si las partes no han contemplado una previsión que defina el plazo de las negociaciones o cuándo se considerará que el intento para lograr un arreglo fracasó, la determinación de si la negociación ha concluido o ha fracasado y del momento a partir del cual puede, por ende, ponerse en marcha el procedimiento arbitral puede en ocasiones ser problemática y dependerá, en definitiva, de las circunstancias particulares del caso sometido a la consideración y decisión del Tribunal Arbitral. De ahí que convenga evitar dudas sobre la duración de la fase negocial y fijar un límite temporal que permita dar por concluida la negociación, o una definición objetiva de su eventual fracaso, para evitar actitudes obstruccionistas de la parte que realmente no desea negociar.⁴⁴

VI. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA ETAPA PREVIA

En el Derecho comparado no existe una posición uniforme sobre las consecuencias que se producen cuando una de las partes pone en marcha el procedimiento arbitral sin haber participado en la negociación o en la mediación, o sin que éstas hayan concluido. Las

⁴⁴ Para evitar este tipo de abusos, es recomendable que el pacto de negociar contemple un mecanismo de “expiración automática” que permita a las partes liberarse de cualquier compromiso derivado de la obligación de negociación como paso previo al arbitraje. En este sentido, véase: Aníbal Sabater, “Tendencias recientes en la imposición del cumplimiento forzoso de las cláusulas de mediación y arbitraje”, en *Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, N° 9, Universidad Monteávila, Caracas, p. 67.

legislaciones no suelen establecer soluciones claras en caso de incumplimiento de la etapa previa y son variadas las opiniones de la doctrina y la jurisprudencia sobre este tema.

A. Criterios doctrinarios y jurisprudenciales

Las más importantes posiciones de la doctrina y la jurisprudencia respecto de los efectos de la inobservancia de los escalones previos al arbitraje son las siguientes: (1) el cumplimiento de la etapa previa es una cuestión de naturaleza sustantiva sin trascendencia procesal; (2) es un requisito de admisibilidad de la demanda; y (3) es un requisito de procedibilidad.

Pasamos a referirnos a cada una de ellas.

1. Obligación sustantiva sin trascendencia procesal

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia considera que la obligación de negociar es una obligación sustantiva cuyo incumplimiento carece de trascendencia procesal. Así lo sostuvo el Tribunal de Casación de Zúrich mediante sentencia del 15 de marzo de 1999.⁴⁵ En el mismo sentido, en los Estados Unidos de América, el Tribunal Federal de Apelaciones del Octavo Circuito en el caso *International Association of Bridge Structural Ornamental and Reinforcing Ironworkers Shopman Local 493 v. EFCO Corporation and Construction Products Inc.*, decidió que “el incumplimiento de los requerimientos y los prerrequisitos procedimentales establecidos en un acuerdo de arbitraje no impide el comienzo del arbitraje, sino que es una cuestión sustantiva a ser examinada por los árbitros”.⁴⁶ Según esta posición, el incumplimiento de la fase negociada no impide la iniciación del procedimiento arbitral o judicial. Solo da lugar a los daños y perjuicios como cualquier otro

⁴⁵ Tribunal de Casación de Zúrich (*Kassationengerichte*), Sentencia de fecha 15 de marzo de 1999, citada en *ASA Bulletin*, Vol. 20, No. 2, Association Suisse de L'Arbitrage, 2002, pp. 373-376. Disponible en: <https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn24586?title=ASA%20Bulletin>, consultado en fecha 13 de diciembre de 2020.

⁴⁶ *International Association of Bridge Structural Ornamental and Reinforcing Ironworkers Shopman Local 493 v. EFCO Corporation and Construction Products Inc.*, United States Court of Appeals, Eight Circuit, 359 F. 3d 954, (8th Cir) (2004). Disponible en: <https://case-law.findlaw.com/us-8th-circuit/1241837.html>, consultado en fecha 13 de diciembre de 2020.

incumplimiento contractual, pero no afecta para nada la admisibilidad de la demanda.⁴⁷

A esta posición se le hacen dos críticas fundamentales: en primer lugar, se afirma que el pacto de negociar forma parte del esquema de resolución de conflictos convenido por las partes y, por consiguiente, alguna trascendencia procesal tiene que tener. En segundo lugar, se le critica a esta posición que los daños y perjuicios no son en estos casos una solución adecuada puesto que el daño sufrido consistirá en la pérdida de la posibilidad de evitar un arbitraje que es, en realidad, un daño muy difícil de apreciar porque nadie sabe ni puede saber a ciencia cierta si las negociaciones habrían sido exitosas y, en caso de serlo, cuál habría sido el resultado de las mismas.⁴⁸

2. Requisito de admisibilidad de la demanda

Según otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia, el incumplimiento de la obligación de negociar es una cuestión de naturaleza procesal que conduce a la inadmisibilidad de la demanda. El Tribunal no le da entrada a la demanda de arbitraje o declara terminado el procedimiento y ordena el archivo del expediente, es decir, rechaza la acción por haberse intentado prematuramente, al no haberse cumplido la fase previa de negociación o de mediación convenida por las partes. Esta es la posición adoptada por la Corte de Casación francesa mediante

⁴⁷ Se afirma, en tal sentido, que los requisitos de admisibilidad de la acción son una cuestión de Derecho público destinada a garantizar el buen desarrollo de los litigios; por el contrario, los acuerdos de negociación previa o mediación son acuerdos privados que tienen que ser tratados como cualquier otro contrato privado. De ahí que su incumplimiento debe regirse por las reglas generales que regulan el incumplimiento de cualquier otra obligación sustantiva. Es la posición que sostiene F. Walther, citado por Ana Fernández Pérez, ob. cit. p. 199. Es la posición que mantienen igualmente algunos autores como W. Fridoline y H. Eiholzer, citados por Rafael Bernal Gutiérrez y otros, en “Las Cláusulas Escalonadas o Multinivel: Su Aproximación en Colombia”, en *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN), Vol. 5, N° 1, IproLex, 2012, pp. 169-203. Disponible en: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1207005-n?q=Las%20cl%C3%A1usulas%20escalonadas%20o%20multinivel>, consultado en fecha 11 de noviembre de 2020.

⁴⁸ Al respecto, véase: Álvaro López de Argumedo Piñeiro, “El pacto de negociar con anterioridad a la iniciación del arbitraje (*multi-step dispute resolution clause*)”, en *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010*, coordinadas por Mario Castillo Freyre, Palestra Editores, Lima, 2012, pp. 116-117.

sentencia del 12 de diciembre 2014 en la cual el Alto Tribunal decidió que el incumplimiento de una cláusula de mediación previa obligatoria conlleva la inadmisibilidad de la demanda.⁴⁹ Por lo cual, el demandante tendrá que intentar una nueva demanda después de haber cumplido el requisito de mediación previa lo que, se afirma, “tiene el mérito de conferir una plena eficacia a las cláusulas de mediación previa respetando tanto su letra como su espíritu es decir, obligar a las partes a cumplir con la obligatoriedad que ellas mismas han pactado”.⁵⁰

Es igualmente la posición sostenida por el Tribunal Supremo Federal alemán mediante sentencia del 18 de noviembre de 1988 en la cual el Alto Tribunal consideró que una cláusula en virtud de la cual las partes acordaron resolver las controversias que surgieran de un contrato, por medio de negociaciones previas antes de iniciar un procedimiento judicial, era válida en el Derecho alemán. Por lo cual, el tribunal decidió que cualquier reclamación de una de las partes contra la otra ante los tribunales sería inadmisibile hasta tanto no se agotase la fase de las negociaciones previas.⁵¹ Esta tesis se fundamenta en la validez del *pactum de non petendo* en el Derecho alemán y en la suspensión de la prescripción de la acción mientras existan negociaciones en curso entre el acreedor y el deudor sobre la pretensión o sus fundamentos, conforme a lo dispuesto en la § 203 del Código Civil alemán (B.G.B).⁵²

En la misma dirección, la jurisprudencia arbitral internacional en algunas ocasiones ha decidido que la demanda arbitral es inadmisibile si las partes han pactado una etapa previa de negociaciones que no han cumplido. Así, en un caso planteado ante un Tribunal Arbitral las partes

⁴⁹ Cour de Cassation, Chambre Mixte, Pourvoi No. 13-19-684, Arrêt 12-12-2014, Bulletin 2014, n° 3. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000029905382/>, consultado en fecha 9 de diciembre de 2020.

⁵⁰ Anne-Carole Cremades, “¿Qué sanción en caso de incumplimiento de una cláusula escalonada de resolución de controversias?”, en *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español de Arbitraje*, No. 26, Walters Kluwer, España 2016. p. 59. Disponible en: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-sar-26-105-n?q=Anne-Carole%20Cremades>, consultado en fecha 5 de noviembre de 2020.

⁵¹ Tribunal Supremo Federal alemán, sentencia del 18 de noviembre de 1998, citada por Alexander Jolles “Consequences of multi-tiered Arbitration Clauses; Issues of Enforcement”, en *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 72, No. 4, CI Arb/Wolters Kluwer, 2006, pp. 331-332.

⁵² Alexander Jolles, Ídem.

habían contemplado un procedimiento de resolución de disputas que comprendía tres etapas: primero una negociación amistosa, después el sometimiento de la cuestión a la decisión de un ingeniero y, por último, el arbitraje. Cuando surgió la disputa, las partes iniciaron negociaciones. Concluidas estas sin éxito, acudieron directamente al arbitraje, sin someter previamente la controversia al ingeniero. La demandada opuso como defensa el incumplimiento de la cláusula de solución de controversias, lo que fue acogido por el Tribunal Arbitral que ordenó el archivo del expediente en los siguientes términos:

el Tribunal ha llegado a la conclusión de que el demandante no dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 65 de las condiciones generales de los contratos; por consiguiente, la solicitud de arbitraje referente al contrato celebrado en 1981 que no se encuentra ciertamente impedida para el futuro, es actualmente prematura. Debe por tanto, el demandante formalmente solicitar del demandado la designación de un ingeniero al cual someter la presente controversia antes de acudir ante este Tribunal.⁵³

En otro caso, el Tribunal Arbitral consideró igualmente que la demanda arbitral sería inadmisibles por prematura si las partes han incumplido una instancia previa al arbitraje que habían convenido seguir en el contrato que ellas celebraron.⁵⁴

De acuerdo con esta posición, en caso de que las partes inicien un procedimiento arbitral sin agotar la fase previa de negociaciones contractualmente prevista, habría que cumplir con la obligación de negociar y si las negociaciones fracasan iniciar *un nuevo arbitraje*.

3. Requisito de procedibilidad

Un sector más moderno de la doctrina y de la jurisprudencia arbitral internacional, por su parte, caracteriza el pacto de negociar como

⁵³ Extracto del Laudo parcial de fecha 29 de enero de 1990 en el caso CCI No. 6276, citado en “Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, No. 1, (2003)... *cit.*, pp. 76-78.

⁵⁴ Extracto del Laudo preliminar de fecha 7 de junio de 1999 en el caso CCI No. 9984, citado en “Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, No. 1, (2003)... *cit.*, pp. 85-87.

un requisito de procedibilidad que condiciona el derecho a obtener una decisión sobre el fondo de la controversia.⁵⁵ De ahí que cuando una de las partes recurre al arbitraje sin haber iniciado o agotado la fase previa de negociación o mediación, el Tribunal Arbitral debe suspender, hasta que se cumpla con la etapa previa, el procedimiento arbitral, es decir, el Tribunal Arbitral remite a las partes a las negociaciones y, si el intento de lograr un acuerdo fracasa, se reinicia el procedimiento arbitral el cual no había terminado sino que solo se encontraba suspendido.

Algunos tribunales arbitrales internacionales han seguido esta orientación.⁵⁶ Es además la posición recientemente adoptada por el Tribunal Federal suizo en una reciente sentencia del 16 de marzo de 2016 relativa a una controversia entre dos empresas que habían pactado una cláusula arbitral que contemplaba dos fases para la resolución de la controversia: una conciliación según el Reglamento ADR de la CCI; y fracasada ésta, un arbitraje de acuerdo con el Reglamento UNCITRAL. Al surgir la controversia, una de las partes solicitó la conciliación ante la CCI y después de algunas conferencias telefónicas, la otra parte consideró que la misma había fracasado e introdujo una solicitud de arbitraje. El Tribunal Arbitral admitió la demanda rechazando la defensa de incompetencia por falta de jurisdicción por cuanto consideró que el

⁵⁵ Al respecto, véase: Álvaro López de Argumedo Piñeiro, ob. cit., pp. 115-116.

⁵⁶ Al respecto, véase: Extracto del Laudo parcial de fecha 29 de enero de 1990 en el caso CCI No. 6276, citado en “Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, No. 1, (2003)... cit., pp. 76-78; Extracto de las Órdenes Procesales No. 4 y 6 en el caso CCI No. 12570, citadas en *ICC Special Supplement 2010: Decisions on ICC Arbitration Procedure: A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under the ICC Rules of Arbitration (2003-2004)*, 2010, p. 66. Disponible en: https://library.iccwbo.org/Content/dr/PROCEDURAL_DECISIONS/PO_0019.htm?AUTH=0608779e-ab54-49dd-bf9f-98082ff6f41a&Timeframe=VzCWygDOcxdbJ6lbE3XE4NCIM/7kPWADs0eFVxxAj2hwdbjfAVUw==&txtSearchText=12570&rdSb=FullText&chkPub1=true&chkPub2=true&chkPub3=true&chkPub4=true&chkPub5=true&chkSubsec3=true&dtFrom=&dtTo=, consultado en fecha 6 de diciembre de 2020; Extracto de Orden Procesal en el caso CCI No. 14079, en *ICC Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration*, 2014, p. 37. Disponible en: https://library.iccwbo.org/Content/dr/SUPPLEMENTS/SUPP_0031_CH5_ENG.htm?AUTH=0608779e-ab54-49dd-bf9f-98082ff6f41a&Timeframe=VzCWygDOcxdbJ6lbE3XE4NCIM/7kPWADs0eFVxxAj2hwdbjfAVUw==&txtSearchText=14079&rdSb=FullText&chkPub1=true&chkPub2=true&chkPub3=true&chkPub4=true&chkPub5=true&chkSubsec3=true&dtFrom=&dtTo=, consultado en fecha 6 de diciembre de 2020.

intento de conciliación había tenido lugar. Esta decisión fue recurrida ante el Tribunal Federal suizo que ordenó la suspensión del proceso arbitral para permitir la conciliación acordada contractualmente con antelación al arbitraje. El Tribunal Federal consideró que la cláusula contractual supeditaba la validez del arbitraje UNCITRAL a la obligación de hacer un intento previo de conciliación según el Reglamento ADR de la CCI y que la parte demandante no había cumplido con dicha etapa previa de conciliación obligatoria. El Tribunal Federal, por consiguiente, resolvió que la sanción más adecuada por el incumplimiento del escalón previo al arbitraje era la suspensión del procedimiento arbitral y la fijación de un plazo para remediar dicho incumplimiento, ordenando al Tribunal Arbitral establecer una fecha límite para que las partes procedieran a la conciliación.⁵⁷

4. Nuestra posición

Por nuestra parte consideramos que esta última posición recientemente adoptada por el Tribunal Federal suizo es la más justa y adecuada respecto de las consecuencias del incumplimiento de los escalones previos. Como se dijo, los daños y perjuicios no constituyen una sanción apropiada por la dificultad de justificar la cuantía del daño experimentado. Además, esta sanción llegaría demasiado tarde, dejando sin sentido la decisión de recurrir a la mediación antes de acudir al arbitraje. La única sanción eficaz, por tanto, tiene que ser de naturaleza procesal.

Por otra parte, no admitir la demanda y declarar terminado el procedimiento da lugar a algunos inconvenientes. En primer lugar, cuando sea necesario recurrir de nuevo al arbitraje porque fracasaron las negociaciones, el Tribunal Arbitral tendrá que reconstituirse, lo que implica conformar un nuevo Tribunal Arbitral. Además del aumento de los costos y de la prolongación del proceso que esto conlleva se plantea el problema de si los mismos árbitros podrán serlo nuevamente. En

⁵⁷ Tribunal Fédéral Suisse, Arrêt No. 4A_628/2015, 16-03-2016. Disponible en: <https://jurica.org/arret/SUISSE-TRIBUNALFEDERAL/SUISSE-20160316-4A6282015>, consultado en fecha 08 de noviembre 2020. En su decisión el Tribunal Federal suizo resolvió, además, que los tribunales no pueden pronunciarse de oficio sobre esta cuestión, sino solo sobre la base de la excepción o defensa planteada *in limine* por una de las partes. Esta sentencia ha recibido comentarios muy favorables por parte de la doctrina arbitral *internacional*. Al respecto, véase: Anne-Carole Cremades, ob. cit., pp. 60 y ss.

segundo lugar, en caso de inadmisibilidad de la demanda por no haberse agotado la fase de negociaciones o de mediación habrá que replantear la demanda. Al momento de hacerlo, pudiera haber transcurrido ya el lapso de prescripción para intentar la acción, sobre todo en caso de prescripciones breves, puesto que, como la demanda anterior fue rechazada por inadmisibile, no produjo la interrupción de la prescripción. En tercer lugar, rechazar la demanda de arbitraje y no darle entrada al procedimiento se presta para que se invoque la defensa de incumplimiento de los escalones previos con fines dilatorios para impedir el inicio o la prosecución del procedimiento arbitral.⁵⁸ Por último, se afirma que la suspensión del arbitraje es la única sanción que permite al juez de la anulación hacer respetar la voluntad de las partes e instaurar un mecanismo prearbitral obligatorio sin echar a perder todo lo ya efectuado en el procedimiento arbitral.⁵⁹

En resumidas cuentas, la sanción más adecuada cuando se recurre al arbitraje sin que se haya cumplido con la etapa previa es suspender el procedimiento arbitral remitiendo a las partes a la negociación (o, en su caso, a la mediación) y continuar la tramitación del procedimiento una vez que haya finalizado la fase previa. Esta suspensión exigirá la fijación por parte del Tribunal Arbitral de directrices precisas sobre el plazo máximo con el que cuentan las partes para concluir dichas negociaciones y sobre las condiciones bajo las cuales habrán de implementarse las mismas, si estas no hubieren sido preñjadas por las partes en el pacto de negociar.⁶⁰ Del mismo modo, si el demandante ha recurrido al procedimiento arbitral sin respetar el escalón previo de mediación, el Tribunal Arbitral, al suspender el procedimiento, deberá fijar un plazo para permitir a las partes proceder a dicha mediación, tras la cual podrá reactivarse el arbitraje, (si el demandante ha recurrido al procedimiento arbitral sin respetar ese escalón previo), o para continuar y finalizar la mediación que hubiesen iniciado y terminado prematuramente las partes. La suspensión del procedimiento, por supuesto, deberá ser opuesta como defensa *in limine* por el demandado (*infra*, N° VI.D.).

⁵⁸ Cfr. Roque J. Caivano, ob. cit., p. 78.

⁵⁹ Anne-Carole Cremades, ob. cit., p. 67.

⁶⁰ A. Jolles, ob. cit., p. 337; Álvaro López de Argumedo Piñeiro, ob. cit., pp. 129-130.

B. *¿Quid iuris* cuando se sujeta la obligación de arbitrar a la condición suspensiva del cumplimiento de los escalones previos?

Puede ocurrir que se considere que el incumplimiento de la fase previa de negociaciones impide incluso invocar los efectos de la cláusula arbitral. En tal sentido, los tribunales norteamericanos, en algunas ocasiones, han decidido que la inobservancia de los escalones previos constituye el incumplimiento de una condición suspensiva que impide el nacimiento de la obligación de arbitrar, lo que produce como consecuencia que ninguna de las partes puede verse obligada a someterse al arbitraje hasta tanto no se cumpla con lo pactado. Así lo decidió la Corte Federal de Apelaciones del Undécimo Circuito el 8 de mayo de 2002 en el caso *Kemiron Atlantic Inc. v. Aguakem International, Inc.*, al considerar que el incumplimiento de la instancia negocial impide que se active la cláusula arbitral, es decir, que la misma entre en funcionamiento para la resolución de la controversia.⁶¹

A nuestro modo de ver, esta interpretación de los tribunales norteamericanos únicamente podría justificarse en aquellos supuestos en los cuales las partes hayan establecido claramente que el incumplimiento de la etapa previa constituye una condición suspensiva (*condition precedent*) que impide la posibilidad de iniciar las restantes fases de resolución del conflicto.⁶² Pero cuando no se establece expresamente

⁶¹ *Kemiron Atlantic Inc. v. Aguakem International, Inc.*, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, 290 F. 3d 1287,1291 (11th Cir) (2002). Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1356060.html>, consultado en fecha 13 de diciembre de 2020.

⁶² En esa dirección, en el caso *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc.*, la Corte Federal de Apelaciones del Primer Circuito, ante una cláusula explícita que incluía un impedimento temporal del derecho a iniciar un procedimiento arbitral hasta que la mediación se hubiese llevado a cabo, decidió que “aquí no existe duda alguna de que fue la intención de las partes que el deber de someterse al arbitraje no se activaría sino después que la condición suspensiva de la mediación hubiese sido satisfecha.” *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc.*, United States Court of Appeals, First Circuit, 317 F.3d 41 (1st Cir) (2003). Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1361817.html>, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020. En el mismo sentido, apuntando a la existencia de un pacto de *non petendo*, véase la sentencia de la *Court of Appeals de Texas* del 20 de octubre de 1996, en el caso *Weekley Homes Inc. v. Jennings*, Court of Appeals of Texas, San Antonio, 936 SW 2nd 16 (Tex. App.) (1996). Disponible en: <https://www.casemine.com/judgement/us/59148271add7b04934495fb2>, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020. //////////////

que la inejecución de la obligación de negociar impide la posibilidad de iniciar el arbitraje, no puede producirse esta consecuencia sino que será solo dentro del procedimiento arbitral (y no ante los tribunales de justicia) donde deberán examinarse los efectos del incumplimiento de los escalones del primer nivel. En efecto, mediante una cláusula arbitral, aunque sea escalonada, lo que las partes persiguen es precisamente evitar que cualquiera de ellas recurra directamente a los tribunales para la resolución del conflicto planteado entre los contratantes. Bastaría, además, con que cualquiera de las partes se negara a negociar ante una solicitud que le dirija en tal sentido su contraparte para así eludir la vía arbitral y acudir directamente a los tribunales. Esto, aparte de desnaturalizar y hacer nugatoria toda la estructura de resolución de conflictos prevista por las partes para apartarse de la jurisdicción ordinaria, sería evidentemente contrario a la intención de las partes de resolver sus controversias de manera extrajudicial.⁶³

Para evitar inconvenientes, si las partes realmente desean que la vía del arbitraje no esté disponible sin haberse cumplido con los escalones iniciales, deben incluir un *pactum de non petendo* que de manera explícita obligue a las partes de abstenerse a presentar demandas jurisdiccionales o arbitrales durante la etapa previa.⁶⁴ Para ello conviene que en la cláusula se indique claramente que el incumplimiento de las obligaciones del primer escalón es condición necesaria del arbitraje, comprometiéndose las partes a no iniciar otros procedimientos mientras no se hayan agotado los mecanismos previstos en los escalones previos. En cambio, si la intención de las partes es favorecer que se mantenga la instancia del arbitraje, conviene que ellas pacten que el Tribunal Arbitral deberá únicamente suspender el procedimiento arbitral hasta tanto se acredite el cumplimiento de los compromisos del primer nivel.

En conclusión, cuando las partes han acordado expresamente supe-
editar la plena eficacia del convenio arbitral y el inicio del procedimiento al cumplimiento de la condición suspensiva del cumplimiento de los escalones previos, esa convención tiene plena eficacia obligatoria y su cumplimiento constituye un requisito de admisibilidad de la demanda.

⁶³ Álvaro López de Argumedo Piñeiro, ob. cit., p. 113.

⁶⁴ Ana Fernández Pérez, ob. cit., p. 119.

C. El incumplimiento de los escalones previos no afecta la jurisdicción o competencia del Tribunal Arbitral

La inobservancia de los primeros escalones de la cláusula arbitral no excluye la jurisdicción del Tribunal Arbitral, sino que produce como consecuencia que el tribunal debe suspender el procedimiento hasta el cumplimiento de los compromisos de primer nivel. La omisión de cumplir con la etapa previa de negociaciones o de mediación no afecta ni menoscaba la jurisdicción o competencia del Tribunal Arbitral, de acuerdo con lo que establezca la cláusula escalonada de arbitraje.⁶⁵

Así lo decidió la *House of Lords* en 1993 en el caso *Channel Group v. Balfour Beatty Ltd.*, al declarar que el incumplimiento de los escalones previos al arbitraje no significa que las partes pueden incumplir el acuerdo de arbitraje acudiendo a la jurisdicción ordinaria. Por el contrario, los contratantes tienen primero que someter sus diferencias a los procedimientos establecidos en la etapa o escalones previos y si estos fracasan someterlas luego al arbitraje. Dicho en otros términos, en caso de que se plantee una cuestión relativa al incumplimiento de los escalones previos, ello no afecta la validez y eficacia de la cláusula arbitral ni la jurisdicción del Tribunal Arbitral. En palabras de la *House of Lords*:

lo anterior se debe a que el incumplimiento de los escalones iniciales... no afecta la decisión del Tribunal Arbitral... El acuerdo arbitral contenido en la cláusula escalonada no pierde sus efectos ni validez y, por tanto, los tribunales locales no tienen ninguna jurisdicción sobre la controversia.

Habiendo [las partes] prometido llevar sus disputas a los expertos y, de ser necesario, a los árbitros, es allí donde las partes deben ir.⁶⁶

⁶⁵ Charles Jarrosson, “La sanction du non-respect d’une clause instituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation: Note - Cour de Cassation (2e Ch. civ.) 6 juillet 2000; Cour de cassation (1re Ch. civ.) 23 janvier et 6 février 2001”, en *Revue de l’Arbitrage*, N° 4, Comité Français de l’Arbitrage, 2001, p. 752 y ss. Disponible en: <https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn24141?title=Revue%20de%20l%27Arbitrage>, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020.

⁶⁶ *Channel Group v. Balfour Beatty Ltd.*, House of Lords, Adj.L.R. 01/21 (1993). Disponible en: <http://expertdeterminationelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Channel-Tunnel-Group-Ltd-Anor-v-Balfour-Beatty-Construction-Ltd-v-Ors-1993-AC-334.pdf>, consultado en fecha 3 de diciembre de 2020. En el mismo sentido, en la jurisprudencia norteamericana, se pronunció la *U.S. Supreme Court* en sentencia del 30 de marzo de 1964

Cuando el escalón de cierre es el arbitraje, la decisión sobre la validez, eficacia y alcance de la cláusula arbitral corresponde a los árbitros en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz* que rige en la mayoría de las legislaciones sobre arbitraje.⁶⁷ Serán, por consiguiente, los árbitros quienes tendrán que determinar si se cumplió o no con la etapa previa de mediación o negociación; en caso de incumplimiento, serán ellos los competentes para ordenar el cumplimiento de esa fase previa y también lo serán para determinar las consecuencias del incumplimiento de la cláusula escalonada.⁶⁸

en el caso *John Wiley & Sons Inc. v. Livingston*, United States Supreme Court, 376 U.S. 543 (1964). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/543/>, consultado en fecha 7 de diciembre de 2020. En contra, en la jurisprudencia norteamericana, en algunas ocasiones, los tribunales han decidido que poner en marcha el procedimiento arbitral sin haber cumplido los escalones previos afecta la validez del laudo por falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral. Así en el caso *White v. Kampner*, el tribunal declaró que por cuanto el pacto de negociar convenido por las partes como escalón previo era una *condición precedente* del arbitraje, la instauración del procedimiento arbitral estaba supeditada al cumplimiento de dicha etapa previa de negociaciones; por lo cual, el Tribunal Arbitral había dictado el laudo careciendo de jurisdicción o competencia para hacerlo. *White v. Kampner*, Supreme Court of Connecticut, 641, A.2nd, 1385 (Conn) (1994). Disponible en: <https://casetext.com/case/white-v-kampner-1>, consultado en fecha 4 de diciembre de 2020.

En materia de arbitraje de inversiones, la jurisprudencia del CIADI ha sido oscilante. En el caso *Murphy Exploration and Production Company International v. República del Ecuador*, el Tribunal Arbitral CIADI en el laudo sobre jurisdicción declaró su falta de jurisdicción para conocer del caso por existir en el respectivo TBI entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América una cláusula escalonada que no se cumplió. *Murphy Exploration and Production Company International v. República del Ecuador*, caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción de fecha 5 de diciembre de 2010, ¶ 135. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0547.pdf>, consultado en fecha 4 de diciembre de 2020. En cambio, en el caso *Ronald S. Lauder v. República Checa* el Tribunal Arbitral determinó que el incumplimiento del período de espera de seis meses establecido en el Artículo VI (3)(a) del TBI entre los Estados Unidos y la República Checa no constituía fundamento para objetar la jurisdicción del tribunal. *Ronald S. Lauder v. República Checa*, UNCITRAL, Laudo de fecha 3 de septiembre de 2001. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020. Para un examen de los efectos del incumplimiento de los escalones previos en el arbitraje de inversiones, véase: Ignacio Torrealba, “Cláusulas escalonadas en el arbitraje de inversión”, en *Tratado de Derecho Arbitral*, Tomo I (El Convenio Arbitral), dirigido por Carlos Alberto Soto Coaguila, Pontificia Universidad Javeriana/Instituto Peruano de Arbitraje/Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2011, pp. 287-295.

⁶⁷ Alexander Jolles, ob. cit., pp. 329 y ss.

⁶⁸ *John Wiley & Sons Inc. v. Livingston*, United States Supreme Court, 376 U.S. 543 (1964). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/543/>, consultado en fecha 7 de diciembre de 2020.

El Tribunal Arbitral deberá pues examinar cuidadosamente las circunstancias previstas en la cláusula escalonada y la conducta de las partes en orden a su cumplimiento. De manera pues que es a los árbitros a quienes corresponde esta determinación y, por supuesto, tendrán que ponderar cuidadosamente su decisión puesto que, si por un lado, no deberían estimar una alegación que aparezca como manifiestamente dilatoria o tendiente a obstaculizar el arbitraje, tampoco pueden desconocer que continuar con el procedimiento arbitral y dictar el laudo sin que se compruebe el cumplimiento de los pasos previos puede afectar la validez del laudo y eventualmente determinar su nulidad, o comprometer su reconocimiento y ejecución.⁶⁹

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 34(2)(a)(iv) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional,⁷⁰ reproducido en las leyes de arbitraje de numerosos países, es causal de nulidad del laudo el hecho de que el procedimiento arbitral no se ajuste al acuerdo de las partes. Asimismo, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958⁷¹ contempla esta situación como causal para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero en el Artículo V(1)(d).

La jurisprudencia arbitral en algunos países, en tal sentido, en ocasiones ha negado la ejecución del laudo para hacer prevalecer lo pactado en los escalones previos. Así ocurrió en el célebre caso *Pepsi Cola* resuelto mediante dos laudos arbitrales dictados en 2008 por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo en favor de Pepsi Cola y dos empresas conjuntas chinas. Cuando se entabló el respectivo procedimiento de *exequatur* en China, al amparo de la Convención de Nueva York, el Tribunal Popular Intermedio de Sichuan denegó el reconocimiento y ejecución de los laudos con base en la causal prevista en

⁶⁹ Cfr: Roque J. Caivano, ob. cit., p. 79.

⁷⁰ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, artículo 34(2)(a)(iv). Disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf, consultado en fecha 10 de noviembre de 2020.

⁷¹ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, Nueva York, artículo artículo V(1)(d). Disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>, consultado en fecha 10 de noviembre de 2020.

el Artículo V(1)(a) de dicha Convención, al considerar que la cláusula escalonada de arbitraje convenida por las partes establecía una negociación previa por un periodo de 90 días que no se había llevado a cabo. Por lo cual, el tribunal declaró que ante el incumplimiento de esta fase previa de negociación, el Tribunal Arbitral no debía haber admitido las solicitudes de arbitraje.⁷²

La Ley de Arbitraje Comercial venezolana, por su parte, establece que “la nulidad del laudo se podrá declarar cuando la parte contra la cual se invoque el laudo... no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos”. En la doctrina nacional, el autor Saghy afirma que “es argumentable que el incumplimiento de algún escalón o formalidad prevista por las partes previo al inicio del procedimiento arbitral sea considerado una situación en la que una de las partes no haya podido hacer valer sus derechos”.⁷³

D. La inejecución de los escalones previos debe ser invocada por el interesado

Se plantea el problema de si el Tribunal Arbitral puede declarar de oficio el hecho de que no se haya cumplido con los escalones previos o si, por el contrario, la inobservancia de la etapa arbitral tiene que ser alegada por el interesado en hacerla valer.

Como indicamos con anterioridad, como principio de carácter general, puede afirmarse que el cumplimiento de las obligaciones del primer escalón es un requisito de procedibilidad y, por tanto, su inobservancia obliga a suspender el procedimiento arbitral hasta el acatamiento de los compromisos asumidos. Sin embargo, los tribunales arbitrales no

⁷² *PepsiCo. Inc. v. Sichuan Pepsi-Cola Beverage Co., Ltd*, Cheng Min Chu Zi, Provincia Sichuan, Sentencia No 912 de fecha 30 de abril de 2008, citado en Nadia Darwazeh y Friven Yeoh, “Recognition and Enforcement of Awards under the New York Convention”, en *Journal of International Arbitration*, Vol. 25, No. 6, Kluwer Law International, 2008, pp. 840 – 846. Disponible en: [⁷³ Pedro J. Saghy Cadenas, *El Arbitraje Institucional en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 41.](https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn30699?q=Nadia%20Darwazeh, consultado en fecha 10 de noviembre de 2020; PepsiCo, Investment (China) Ltd. v. Sichuan Province Yun Lu Industrial Co., Ltd.,” Cheng Min Chu Zi, Provincia Sichuan, Sentencia No. 36 de fecha 30 de abril de 2008, citado en Nadia Darwazeh y Friven Yeoh, <i>Ibid.</i></p>
</div>
<div data-bbox=)

pueden decidir sobre esta cuestión de oficio, sino sobre la base de la objeción formulada por una de las partes. Por consiguiente, en el supuesto de haber acordado las partes un cláusula escalonada que contemple una fase previa de negociaciones o de mediación antes de acudir al arbitraje, el interesado, normalmente el demandado, tendrá que invocar como defensa el incumplimiento de la fase previa para que se suspenda el procedimiento de arbitraje. Esto es así por cuanto el procedimiento arbitral se rige básicamente por la voluntad de las partes y son ellas las que han contemplado una fase previa al arbitraje. Por tanto, si el demandante solicita el arbitraje sin que se haya cumplido con los escalones previos y el demandado no opone la respectiva defensa o excepción, hay que concluir que ambas partes están aceptando esta situación, es decir, habría un consentimiento tácito pero inequívoco (*facta concludentia*) de las partes a modificar la cláusula de solución de diferencias o, si se quiere, una renuncia a los escalones previos antes de iniciar el arbitraje.⁷⁴ El Tribunal Arbitral, por consiguiente, no podría apreciar de oficio esta situación para suspender el procedimiento si las dos partes han convenido en seguir el procedimiento arbitral sin haber dado cumplimiento a las fases previas. La doctrina y la jurisprudencia arbitral internacional son contestes al respecto.

En cambio, la situación es diferente cuando existe un requisito legal de cumplir con un proceso previo de mediación para la resolución de determinadas controversias antes de iniciar un juicio o un procedimiento arbitral. Por ejemplo, en Italia, donde la legislación sobre mediación en materia civil y mercantil obliga a las partes en ciertos casos a seguir un procedimiento previo de mediación antes de iniciar un arbitraje o un juicio, el juez podría constatar de oficio el incumplimiento del procedimiento legal de mediación o suspender el proceso arbitral (o el juicio), aunque el interesado no haya opuesto esta defensa.⁷⁵

⁷⁴ Luis María Brito Nieto, *loc. cit.*; Antonio Entrena et al., “Las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos: reflexiones sobre su aplicación práctica”, en *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos inestables*, coordinado por Xavier Lluch, Barcelona, 2014, pp. 761-775. Disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/cla-usulas-escalonadas-conflictos-pra-526582990>, consultado en fecha 14 de noviembre de 2020.

⁷⁵ Al respecto, véase: Luciano Lupini Bianchi, “Recientes desarrollos de la mediación y otros mecanismos de solución alternativa de controversias en Europa”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No. 13, Caracas, 2020, p. 626.

VII. CLÁUSULAS ARBITRALES ESCALONADAS Y MEDIDAS PREVENTIVAS

Debemos referirnos a la cuestión de si puede una de las partes, en caso de peligro de daño, solicitar y obtener una medida preventiva, a pesar de no haberse cumplido o agotado el periodo previo de negociaciones o el procedimiento de mediación previsto en la cláusula arbitral.

Como indicamos con anterioridad, cuando existe una cláusula escalonada de arbitraje, no puede iniciarse un procedimiento adversarial (judicial o arbitral) sin haberse dado cumplimiento a los escalones previos de negociación o mediación. Sin embargo, parece haber consenso en que sí puede iniciarse un procedimiento de este tipo, sin necesidad de agotar previamente la fase prearbitral, en caso de urgencia o cuando ello fuese necesario para salvaguardar los derechos de una de las partes. La jurisprudencia arbitral internacional admite esta posibilidad. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de París declaró que la cláusula de mediación previa no limitaba el derecho de las partes de acudir a los tribunales en caso de urgencia.⁷⁶

Asimismo, la Ley Modelo de la CNUDMI de 2018 sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación prevé que si bien cuando se encuentre en curso una mediación no se puede iniciar un procedimiento arbitral, sin embargo, ello puede hacerse cuando haya peligro de que se afecten los derechos de alguna de las partes. En tal sentido, el artículo 14 de dicha Ley Modelo dice textualmente:

Quando las partes hayan acordado recurrir a la mediación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, por un período determinado o mientras no se produzca algún hecho en particular, ningún proceso arbitral o judicial con respecto a una controversia existente o futura, el Tribunal Arbitral u órgano judicial dará efecto a ese compromiso hasta que se cumplan las condiciones estipuladas en él, excepto en la medida en que una de las partes estime necesario

⁷⁶ *SCM Port Royal v. Pebay et Samper*, Cour d'Appel de Paris, 14^o Chambre A, Sentencia de fecha 23 de mayo de 2001. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006938747>, consultado en fecha 14 de noviembre de 2020.

entablar ese proceso para proteger sus derechos. No se considerará que el inicio de tal proceso constituye, en sí mismo, una renuncia al acuerdo por el que se convenga en someter una controversia a mediación ni que pone fin por sí solo al procedimiento de mediación.⁷⁷

En términos sustancialmente idénticos, el artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI de 2002 sobre Conciliación Comercial Internacional consagraba esta posibilidad para la conciliación. En las Notas Explicativas de esta Ley Modelo se aclara que uno de los supuestos en los cuales puede acudir a un procedimiento de este tipo antes de haberse agotado la fase de negociaciones es precisamente cuando haya necesidad de pedir medidas preventivas, siempre y cuando se encuentren satisfechos los extremos para que proceda el decreto de tales medidas preventivas, esto es, la presunción de buen derecho y el peligro de mora.⁷⁸

En la mayoría de los reglamentos de las instituciones arbitrales se establece que puede solicitarse una medida preventiva antes de dar inicio al procedimiento arbitral. Esta posibilidad está contemplada, por ejemplo, en el artículo 24 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, a cuyo efecto se procede al nombramiento de un árbitro de emergencia para que dicte la medida preventiva solicitada.⁷⁹

El problema que esta situación plantea es que en la mayoría de los reglamentos de los centros de arbitraje se establece que dicha medida preventiva decae de pleno derecho si el solicitante no inicia el proce-

⁷⁷ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación de 2018. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex_ii_-_s.pdf, consultado en fecha 10 de noviembre de 2020.

⁷⁸ El párrafo 85 de las Notas Explicativas de la Ley Modelo al referirse a las razones que pueden justificar el inicio de un procedimiento adversarial para salvaguardar los derechos de una de las partes aunque no haya transcurrido el plazo convenido para hacerlo es precisamente “*la necesidad de solicitar medidas cautelares o de evitar que expire un plazo de prescripción*” (cursivas nuestras). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización de 2002. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/03-90956_ebook.pdf, consultado en fecha 10 de noviembre de 2020.

⁷⁹ Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Disponible en: <https://arbitrajecc.org/wp-content/uploads/2019/10/RGCACC-Modificaci%C3%B3n-Anexo-I-Aprobado-JD-9-11-2016.pdf>, consultado en fecha 13 de noviembre de 2020.

dimiento arbitral dentro de un plazo determinado que, en el caso del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, es de 30 días después de decretada la medida (art. 33). Entonces, por un lado, hay una cláusula de arbitraje escalonada que impide interponer una demanda arbitral mientras no se cumpla con la fase de negociaciones o de mediación; y, por el otro, existe una medida cautelar decretada cuyo plazo de caducidad está corriendo si quien obtuvo la medida no insta el arbitraje dentro de 30 días. En estos casos, para evitar la caducidad de la medida y continuar con la fase previa de negociaciones o de mediación, lo aconsejable es iniciar el procedimiento arbitral antes de que opere la caducidad y, de inmediato, solicitar la suspensión del procedimiento hasta tanto se agote el procedimiento de negociación o mediación que estaba en curso.

VIII. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LA ETAPA PREVIA

Ya nos hemos referido a algunos casos en los cuales es jurídicamente inexigible la obligación de agotar los escalones previos al arbitraje antes de iniciar un procedimiento adversarial (judicial o arbitral). Es lo que ocurre cuando sea necesario ocurrir a la vía judicial o arbitral para salvaguardar los derechos de una de las partes como, por ejemplo, cuando el agotamiento de la fase previa acarreará la expiración de un plazo de prescripción o de caducidad, o cuando sea necesario dictar medidas preventivas sin dilación (*supra*, N°VII).

Igualmente hay que excluir toda sanción cuando el incumplimiento de la fase prearbitral sea invocado de manera abusiva por el demandado, lo que corresponde apreciar al Tribunal Arbitral tomando en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto sometido a su consideración y decisión. A tales efectos, el Tribunal podrá tomar en consideración, entre otros, los siguientes elementos: 1) la inacción del demandado; 2) el hecho de que el interesado se haya negado injustificadamente a negociar no obstante la solicitud de la otra parte;⁸⁰

⁸⁰ *Antoine Biloune and Marine Drive Company Ltd., v. Ghana Investment Centre and Government of Ghana*, Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, Laudo sobre la Jurisdicción y los Méritos de fecha 27 de octubre de 1989, 55-56. Disponible en: <https://jsumundi.com/en/>

3) la circunstancia de que a pesar de los esfuerzos razonables efectuados por el demandante haya sido imposible celebrar una mediación o que su intento haya sido infructuoso;⁸¹ 4) el hecho de que la mediación no haya tenido lugar porque el demandado no se encontraba dispuesto o disponible para intervenir en ella o cuando las partes hayan renunciado expresa o tácitamente pero de manera inequívoca a celebrar la mediación;⁸² 5) la circunstancia de que resulte claro que las posiciones de las partes sean tan enconadas que sea imposible llegar a un acuerdo, no obstante la solicitud de la otra parte.⁸³

Tal y como lo declaró el Tribunal Federal suizo mediante sentencia del 6 de junio de 2007:

actúa de manera abusiva una parte que invoque el incumplimiento de un escalón obligatorio que parece manifiestamente condenado al fracaso y/o cuando no lo haya implementado ella misma. Si la intención del demandado es realmente resolver amistosamente la controversia, le corresponde plasmarla en los hechos, de conformidad con el principio de buena fe. No basta con invocar pasivamente la incompetencia del Tribunal Arbitral. Tiene que iniciar él mismo la mediación pactada y solicitar la suspensión del arbitraje.⁸⁴

En todos estos casos, la regla debería ser que los árbitros sigan tramitando el procedimiento arbitral. Lo contrario conllevaría a privilegiar a la parte remisa que con su actitud lo que hace es obstaculizar el arbitraje o impedir su prosecución.

document/decision/en-biloune-and-marine-drive-complex-ltd-v-ghana-investments-centre-and-the-government-of-ghana-award-on-jurisdiction-and-liability-friday-27th-october-1989#decision_5397, consultado en fecha 13 de noviembre de 2020.

⁸¹ Extracto del Laudo final de fecha 27 de enero de 1997 en el caso CCI N° 8462, citado en “Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, No. 1, (2003)... *cit.*, pp. 82-83.

⁸² Aníbal Sabater, *ob. cit.*, p. 69.

⁸³ Laudo final emitido en 1996 en el caso CCI N° 8445, citado en: *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. XXVI, ICCA & Kluwer Law International, 2001 pp. 167 – 180. Disponible en: <https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn22930>, consultado en fecha 12 de noviembre de 2020.

⁸⁴ Tribunal Fédéral Suisse, Arrêt No. 4A_18/2007, 6-6-2007, 4.3.3.2. Disponible en: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F06-06-2007-4A_18-2007&lang=fr&type=show_document&zoom=NO&, consultado en fecha 17 de noviembre de 2020.

En fin, será factible entablar un procedimiento arbitral o que los árbitros continúen con su tramitación cuando una de las partes se mantuviera pasiva u obstaculizara la puesta en práctica del mecanismo contemplado en el escalón anterior, o cuando el ambiente resulta ser tan hostil o el conflicto se encuentra tan escalado, que el hecho de llevar adelante las etapas previas pactadas, resultaría infructuoso y solo retrasaría más la resolución de la disputa, o cuando cualquier intento de agotamiento de dichas etapas previas habría sido inútil.⁸⁵

IX. ALGUNAS RECOMENDACIONES

Como puede fácilmente apreciarse de la exposición anterior, numerosas dificultades que plantean las cláusulas arbitrales escalonadas surgen de una defectuosa redacción de las mismas. Para evitar situaciones patológicas, hay que poner especial cuidado al momento de confeccionar la cláusula puesto que cualquier ambigüedad o redacción deficiente puede generar incertidumbre o incluso tornar ineficaz o inaplicable la cláusula arbitral.

Sin ánimo de exhaustividad, para reducir los problemas derivados de una deficiente u oscura redacción de las cláusulas arbitrales escalonadas, consideramos útil formular las siguientes recomendaciones:

- 1) Conviene que dichas cláusulas plasmen la verdadera intención de las partes. Si lo que ellas desean es que el incumplimiento de la etapa previa impida el acceso al arbitraje, deben expresar clara e inequívocamente que la estricta observancia de los escalones previos será condición necesaria para el inicio del procedimiento arbitral.⁸⁶ Si, por el contrario, lo que las partes desean es que las negociaciones solo tengan carácter facultativo debe

⁸⁵ *Ethyl Corporation v. El Gobierno de Canadá*, NAFTA/UNCITRAL, Laudo sobre la Jurisdicción de fecha 24 de junio de 1998, ¶ 84. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0300_0.pdf, consultado en fecha 20 de noviembre de 2020.

⁸⁶ Extracto del Laudo preliminar de fecha 26 de junio de 1985 en el caso CCI No. 4229, citado en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, No. 1, (2003)... *cit.*, pp. 74-75; Extracto del Laudo final de fecha 27 de noviembre de 1995 en el caso CCI No. 8073, citado en "Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses," *Ibid.* pp. 80-81.

igualmente expresar de manera clara esa intención en la cláusula para evitar que una de las partes invoque el incumplimiento de la etapa previa para obstaculizar el arbitraje o impedir su prosecución.

- 2) La cláusula debe establecer de manera clara cuáles serán las consecuencias del incumplimiento de la fase prearbitral para evitar cualquier discusión al respecto. Es decir, deben indicarse los efectos que se producirán si una de las partes hace caso omiso de los escalones previos e inicia un proceso arbitral sin haber participado en las negociaciones o en la mediación, o sin que estas hayan concluido.
- 3) Conviene también establecer de manera clara y precisa el contenido de cada una de las etapas previas y referir la fase negocial a distintas circunstancias o parámetros objetivos de tiempo y lugar de las negociaciones, funcionamiento del proceso de negociación, indicación del número de sesiones y de las personas autorizadas a conducir las negociaciones, etc. De manera que con estos criterios objetivos pueda apreciarse sin mayor dificultad si, en realidad, se cumplió o no con los requerimientos de la fase previa. No deben incluirse condiciones vagas o imprecisas que puedan prestarse después a interpretaciones o discusiones respecto de si fueron cumplidas o no como, por ejemplo, cuando la cláusula se limita a indicar que las partes convienen en “negociar de buena fe” o “en desarrollar sus mejores esfuerzos durante las negociaciones para lograr una solución amigable de la disputa”. Estos son términos que invitan a la discusión y eventualmente estas discusiones pueden ser muy prolongadas. Por tanto, hay que evitar su utilización.
- 4) Para evitar problemas futuros es conveniente incluir la obligación de notificar formalmente a la otra parte del comienzo y del final de cada una de las etapas previas y sobre todo los requisitos para que se produzca el tránsito de una etapa a otra para la solución de la controversia. Debe indicarse claramente la duración de cada uno de los pasos previos al arbitraje. Las partes deben establecer un plazo para las negociaciones que no debe ser muy largo porque mientras ese plazo no transcurra, no podrán ellas

recurrir al arbitraje. Además, si el plazo es muy largo, bien puede ocurrir que cuando se acuda al arbitraje, haya transcurrido ya el plazo de prescripción o de caducidad para intentar la acción, sobre todo cuando se trata de plazos breves de prescripción o de caducidad. Hay que señalar claramente cuándo comienza cada etapa, incluyendo la fase de negociaciones, y cuándo termina, es decir, definir estos momentos de manera precisa e indicar cuándo se considera que las negociaciones o el intento de lograr un acuerdo fracasó. Esto es importante definirlo claramente porque, en caso contrario, pueden suscitarse dudas acerca de si ya están abiertas las puertas del arbitraje.

- 5) Resulta aconsejable prever objetivamente el modo de comprobar el cumplimiento de los escalones previos, es decir, definir la conducta o la constancia documental requerida para dar por demostrado el cumplimiento de la etapa prearbitral.
- 6) Por último, cuando las partes acuerden una cláusula med-arb, conviene indicar que la mediación se llevará a cabo de acuerdo con las reglas de un determinado centro de arbitraje y conciliación que son generalmente bastante claras.

Tal y como lo ha señalado la *International Bar Association* en sus “Directrices para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional de 2010”⁸⁷, al momento de confeccionar una cláusula de arbitraje escalonada es conveniente atenerse a las siguientes reglas: 1) La cláusula debe señalar un periodo de tiempo para la negociación o mediación, desencadenado por un hecho definible e indiscutible como, por ejemplo, una invitación escrita después de la cual cualquier parte puede acudir a arbitraje; 2) La cláusula debe evitar la trampa de presentar el arbitraje como facultativo y no como obligatorio. De esta manera se impide que la cláusula devenga en patológica por ser ambigua la intención de someter a arbitraje las controversias que no puedan resolverse por los escalones anteriores y; 3) La cláusula debe definir las controversias que

⁸⁷ Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional de 2010. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_directrices_IBA.pdf, consultado en fecha 7 de noviembre de 2020.

deben someterse a negociación o mediación y a arbitraje en términos idénticos. De lo contrario, habrá supuestos en los que ciertas controversias podrán someterse directamente a arbitraje.

En fin, cuanto más detallada, precisa y meticulosa sea la redacción de la cláusula escalonada, mayor será la probabilidad de que se cumpla su contenido y menor la probabilidad de que se planteen incertidumbres y confrontaciones acerca de su significado y efectos.