

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL  
TÍTULO DE ABOGADO

**Autonomía de la Voluntad vs. Cláusulas Escalonadas Arbitrales**

Raffaella Hidalgo Tapia

DIRECTOR: Juan Páez Parral

Quito, D.M., 2023

**Resumen:**

Las Cláusulas Escalonadas Arbitrales (“Cláusulas”) son cláusulas que incorporan métodos de resolución de controversias, con la finalidad de determinar una serie de pasos previos que se deben seguir obligatoriamente, cuando se presenten situaciones de desacuerdo entre las partes suscriptoras de un contrato. Generalmente estas Cláusulas consisten en procesos de negociación y mediación previo a poder iniciar una acción ante un Tribunal Arbitral.

La obligatoriedad de estas Cláusulas ha sido discutida, en virtud de que, el Principio de Autonomía de Voluntad de las Partes (“Principio”) podría verse vulnerado al no permitir que se accionen las vías jurisdiccionales antes de negociar, causando que las Cláusulas muchas veces se vuelvan fútiles.

Se realizará un análisis de la aplicación obligatoria de las Cláusulas Escalonadas Arbitrales y la relación de aquellas con el Principio de Autonomía de Voluntad de las Partes. Además, de la futilidad de estas Cláusulas al momento de su aplicación.

**Abstract:**

Arbitration Escalation Clauses ("Clauses") are clauses that incorporate dispute resolution methods with the purpose of determining a series of previous steps that must be mandatory followed when situations of disagreement arise between the parties to the contract. Generally, this clauses consists of negotiation and mediation processes prior to initiating a certain process before an Arbitral Tribunal.

The obligatory nature of these clauses has been discussed, since the Principle of Autonomy of Will of the Parties ("Principle") could be violated by not allowing the parties to take legal action before negotiating, causing the clauses to become futile.

An analysis will be made of the mandatory application of the Arbitration Clauses and their relationship with the Principle of Party Autonomy. In addition, the futility of these clauses at the time of their application.

**Palabras Claves:**

**Cláusulas escalonadas:** *“una cláusula arbitral combinada con estipulaciones propias de otros medios alternos de solución de conflictos, que busca proveer escenarios y etapas iniciales previas al arbitraje menos formales y autocompositivas.”* (Arana, 2021).

**Mediación:** *“un método de gestión de conflictos en el que uno o más terceros imparciales asisten a las partes para que éstas intenten un acuerdo recíprocamente aceptable.”* (Soto, 2011).

**Arbitraje:** *“un mecanismo mediante el cual una tercera parte ajena a la controversia, pero escogida por las partes, adopta una decisión vinculante sobre la base de una facultad que le ha sido otorgada mediante la cláusula arbitral.”* (Cobo Ordóñez & Mesías Vela, 2018).

**Principio de la autonomía de voluntad de las partes:** *“la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración.”* (Alessandri)

**Keywords:**

**Tiered clauses:** *"an arbitration clause combined with stipulations typical of other alternative means of dispute resolution, which seeks to provide less formal and self-compositional initial stages and scenarios prior to arbitration"* (Arana, 2021).

**Mediation:** *"a method of conflict management in which one or more impartial third parties assist the parties to attempt a mutually acceptable agreement."* (Soto, 2011)

**Arbitration:** *"a mechanism by which a third party external to the dispute, but chosen by the parties, adopts a binding decision on the basis of a power granted to it through the arbitration clause."* (Cobo Ordóñez & Mesías Vela, 2018)

**Principle of party autonomy:** *"the freedom enjoyed by individuals to enter into contracts as they please, and to determine their content, effects and duration."* (Alessandri)

**Dedicatoria:**

A mis papás, a la Ivanna, a mis amigos que se convirtieron en familia, a mis jefes que durante los últimos 3 años han sido mis profesores, a mi misma.

**Agradecimientos:**

Gracias:

Iván

María José

Ivanna

Violeta

María Emilia

Edgar

Valeria A.

Sebastián

Valeria V.

Alex

Camila W.

Manuela

Romina

Camila

Isabella

José Luis

Sin ustedes hubiera sido imposible sobrevivir estos 4 años y medio.

**Tabla de Contenidos:**

1. Las Cláusulas Escalonadas Arbitrales .....	7
1.1. ¿Qué son las Cláusulas Escalonadas Arbitrales? .....	7
1.2. Composición de las Cláusulas Escalonadas.....	8
1.3. Las Cláusulas Escalonadas en la normativa ecuatoriana .....	9
2. El principio de la autonomía de la voluntad de las partes .....	10
2.1. ¿De qué se trata el principio? .....	12
2.2. Relación entre el principio y las cláusulas escalonadas arbitrales .....	12
3.1 Casos nacionales .....	14
4.1 El caso chileno .....	17
4.2 La particularidad de las cláusulas escalonadas en Colombia.....	19
4.3 Sobre las cláusulas escalonadas en Argentina.....	21
4.4 El tratamiento a las cláusulas multinivel en Perú.....	22
6. Conclusiones/Recomendaciones .....	26
7. Referencias Bibliográficas.....	28
8. Bibliografía.....	30

## **1. Las Cláusulas Escalonadas Arbitrales**

### **1.1. ¿Qué son las Cláusulas Escalonadas Arbitrales?**

Las Cláusulas Escalonadas Arbitrales (“Cláusulas” o “Cláusulas Escalonadas”) son cláusulas dentro de las cuales se encuentran inmersas vías de resolución de conflictos entre partes. Dentro de estas Cláusulas se mezclan los métodos auto compositivos y hetero compositivos de solución de conflictos, siendo la negociación, la mediación y el arbitraje los más usados dentro de los contratos ecuatorianos.

Los métodos alternativos de solución de conflictos (“MASC”) que se incorporan a las Cláusulas Escalonadas tienen algunos elementos comunes, como lo establece Fernández Pérez:

(...) la rapidez y el ahorro de los costes que entrañaría un eventual arbitraje, la posibilidad de verificar los hechos que originan la controversia apurando las posibilidades de alcanzar un acuerdo amistoso, la mayor garantía de confidencialidad, el control del procedimiento por las partes o la posibilidad del restablecimiento de las relaciones entre éstas en caso de un resultado positivo. (Fernández Pérez, 2017)

Las Cláusulas Escalonadas establecen fases de resolución que deberán seguir las partes en caso de suscitarse conflictos derivados del contrato. Generalmente, la fase inicial incluye métodos autocompositivos como la negociación, que se define como “el mecanismo a través del cual las partes buscan un acuerdo que ponga fin al conflicto. Lo que constituye la esencia de la negociación es que ambas partes estén procurando llegar a un acuerdo.” (Soto, 2011) O la mediación, que es “un método de gestión de conflictos en el que uno o más terceros imparciales asisten a las partes para que éstas intenten un acuerdo recíprocamente aceptable.” (Soto, 2011) Estos dos métodos se enfocan en que las partes resuelvan el conflicto llegando a un acuerdo favorable para ambos, sin que un tercero tome una decisión arbitraria.

El arbitraje, por otro lado, es la fase final de las Cláusulas Escalonadas Arbitrales, y, se acciona si han concluido las fases previas sin éxito, es decir, si las partes no han podido llegar a un acuerdo y requieren de la decisión de un tercero. La doctrina sostiene que:

Debe entenderse al arbitraje como un mecanismo mediante el cual una tercera parte ajena a la controversia, pero escogida por las partes, adopta una decisión vinculante sobre la base de una facultad que le ha sido otorgado mediante la cláusula arbitral (Cobo Ordóñez & Mesías Vela, 2018)

En este punto, el conflicto ya ha trascendido la fase conciliatoria, por lo que las partes requieren la intervención de un árbitro o un tribunal arbitral, para que la controversia se solucione.

Las Cláusulas Escalonadas Arbitrales suelen tener un carácter de obligatoriedad para las partes, es decir, la existencia de una prohibición de poner en marcha un proceso arbitral sin antes haber negociado o pasado por un proceso de mediación. Muchas de estas cláusulas establecen el tiempo máximo que podrán emplear las partes en negociar o mediar antes de iniciar un proceso arbitral.

La doctrina ha señalado que las Cláusulas Escalonadas permiten:

- i) intentar dar una solución a la controversia de carácter amistoso que no deteriore su relación comercial, antes de instaurar un litigio; y ii) resolver de manera más expedita e incluso con mayor experticia las disputas que por sus particularidades son de más fácil solución, dejando que solo los conflictos en los que no pueda llegarse a un acuerdo y que implican mayor complejidad lleguen a un procedimiento más largo y adversarial. (Nieto, 2019)

## **1.2. Composición de las Cláusulas Escalonadas**

La composición de las Cláusulas Escalonadas depende de las partes que las incorporarán en sus contratos, esto determinará el alcance, la extensión y la obligatoriedad o voluntariedad de sus etapas. Al respecto, Nieto (2019) refiere:

(...) Se debe tener presente que las cláusulas multinivel son variables, no estáticas, y su redacción, así como la previsión de cada una de las etapas de resolución de conflictos, dependerá de cada caso concreto. No obstante, todas tienen en común que no es posible seguir las etapas de forma paralela, sino que será necesario agotar previamente un escalón o etapa antes de continuar con la siguiente.” (Nieto, 2019)

Las Cláusulas Escalonadas no tienen un modelo fijo, por lo que su complejidad depende de los suscriptores de estas. Pueden existir textos simples en los cuales únicamente se mencione el compromiso de las partes de intentar solucionar las controversias mediante un método auto compositivo, antes de iniciar un proceso hetero compositivo, hasta cláusulas complejas y específicas que incluyen plazos e intervinientes, como lo establece Fernández:

(...) En una cláusula específica que puede adoptar formas variadas, desde una redacción simple (“antes de iniciar el arbitraje las partes se comprometen a realizar todos los esfuerzos posibles para llegar a un acuerdo”), a otra mucho más compleja que contemple extremos tales como el plazo máximo para las negociaciones, el nombre de las personas que participarán en la misma o el número de reuniones que han de celebrarse. (Fernández Pérez, 2017)

Lo fundamental en la composición y posterior aplicación de estas cláusulas, es que reflejen la esencia del contrato y las necesidades específicas de las partes para resolver las controversias que se pudiesen derivar del mismo. Es decir, una Cláusula Escalonada diseñada para incluirse en un contrato técnico (de construcción, por ejemplo) no será igual que una Cláusula diseñada para incluirse en un contrato de arrendamiento de inmueble, ya que, los conflictos inherentes a

los contratos técnicos tendrán una complejidad y tecnicidad distinta que los contratos de arrendamiento, por la naturaleza misma de cada uno de ellos. “Contar con una cláusula que refleje las necesidades y los deseos de las partes en previsión de un litigio futuro constituye un elemento esencial en la redacción de un contrato internacional.” (Fernández Pérez, 2017). Este es un elemento esencial que se aplica a la generalidad de los contratos, sean o no internacionales.

Las partes, en la composición de las Cláusulas, buscan incluir elementos cuyo objetivo principal es la rapidez y el ahorro de los costos en los que se incurriría si se iniciase un arbitraje. Además, la posibilidad de alcanzar acuerdos amistosos, procurando que la resolución del conflicto no perjudique la relación previa, para, de ser el caso, incluso poder seguir con la consecución del contrato o celebrar contratos a futuro.

Tales cláusulas generalmente se conocen como cláusulas “escalonadas” y son especialmente apropiadas cuando las partes tienen una larga y estable relación comercial o donde existan otros factores a considerar, más allá del reducido ámbito de una disputa en particular. Si bien estos factores no están necesariamente presentes en una relación comercial surgida de una sola transacción, también es cierto que es raro el caso de una controversia en donde las partes no puedan beneficiarse de negociaciones para llegar a un acuerdo. (International Centre for Dispute Resolution, s.f.)

A pesar de que la composición de las Cláusulas Arbitrales depende únicamente de la voluntad de las partes, existen ciertos modelos utilizados internacionalmente que sirven como guía para la redacción de estas, ya que según la International Centre for Dispute Resolution (s.f.) “(...) una cláusula arbitral mal redactada puede resultar en una cláusula patológica de resolución de disputas, lo cual es peor que no tener cláusula alguna”.

### **1.3. Las Cláusulas Escalonadas en la normativa ecuatoriana**

Las cláusulas escalonadas arbitrales en la normativa ecuatoriana se encuentran reguladas por la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM). A continuación, se presentan algunos artículos relevantes de esta ley que hacen referencia a estas cláusulas:

Artículos 5 y 7: Estas normas establecen que las partes pueden acordar en el contrato la resolución de las controversias a través del arbitraje. La cláusula arbitral debe ser expresa, es decir, debe estar contenida en un acuerdo escrito y ser firmada por las partes. (LAM, 2018).

Artículo 46: Este artículo establece la procedencia de la mediación en ciertos casos, tales como la existencia de convenios de mediación previos entre las partes para someter sus conflictos a este método. La norma dicta que los jueces no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio de mediación, sin la existencia de un acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia de las partes al convenio de mediación. (LAM, 2018).

Artículo 55: La Ley de Arbitraje y Mediación trata a la mediación y a la conciliación extrajudicial como sinónimos. Es decir que reconoce a ambas como métodos alternativos de solución de conflictos, pero no establece diferencias entre estos métodos, por lo que todo el capítulo dedicado a la mediación también se aplicará para los casos de conciliación extrajudicial.

En definitiva, la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador reconoce que las partes pueden pactar métodos previos, como la mediación y la conciliación extrajudicial, para la resolución de los conflictos y que los jueces no podrán conocer una causa si existiere un acuerdo de mediación previo que no se ha agotado. Sin embargo, establece que se entiende como renuncia del acuerdo el hecho de que la parte demandada conteste a la demanda interpuesta por la otra parte suscriptora del convenio de mediación sin interponer excepción previa de existencia de acuerdo de mediación.

## **2. El principio de la autonomía de la voluntad de las partes**

Uno de los principios más básicos e importantes relativos al derecho civil y particularmente del derecho contractual, radica en la autonomía de la voluntad privada. Al respecto, la doctrina se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre este concepto que se encuentra positivizado en varios ordenamientos jurídicos, y su aplicación es reconocida en todas las jurisdicciones alrededor del mundo.

Como punto de partida, resulta necesario establecer la etimología de este principio. En primer lugar, la palabra autonomía proviene del conjunto de dos términos griegos. Por un lado, el vocablo *autos*, según la Real Academia Española (2014), significa que expresa algo “propio o realizado por uno mismo”, y por otro, el término *nomos* que significa “ley”. En consecuencia, como resultado, la palabra autonomía se traduce en la ley propia o dada por uno mismo.

En segundo lugar, se encuentra la palabra voluntad. Aquella es definida por la Real Academia Española (2014), como la “facultad de decidir y ordenar la propia conducta”. No obstante, también se conceptualiza a este término como el libre albedrío o libre determinación y elección de algo sin algún impulso externo que obligue a tomar tal decisión. De tal manera que, al mezclar ambas definiciones se obtiene como resultado que la voluntad consiste en poder decidir y establecer una conducta propia sin ser obligado a ello por ningún impulso ajeno.

El último término que nos ocupa corresponde al adjetivo privado. Aquel se refiere a todo lo que sea particular, propiedad de cada persona. Relacionándolo al tema que nos ocupa, a lo privado por oposición a lo que es público. Es decir, constituye uno de los elementos en torno al cual gira en conjunto, el derecho civil.

Para ciertos autores (Universidad de Chile, 2003) el principio de autonomía de la voluntad goza de dos características. Por un lado, la libertad de contratar y por otro la libertad contractual. A continuación, serán analizados, respectivamente:

*i. Libertad de contratar*

En palabras de López Santa María (1998) la libertad de contratar consiste en la libre opción que tienen las personas para contratar o no hacerlo. Es decir, la libertad para constituir o no relaciones contractuales. En segundo lugar, este principio otorga absoluta libertad para decidir con quién contratar. El principio se materializa cuando se celebran actos *intuitu personae* (en consideración a la persona) es decir, en atención a las particulares o excepcionales cualidades o características del contratante elegido para la celebración del acto.

Siguiendo esta línea de ideas, es en este punto donde radica la gran dicotomía entre contratación pública de la privada, ya que, la administración está obligada a seguir un determinado procedimiento que le ha sido impuesto por la ley y dicha contratación debe ajustarse a ciertos principios, disposiciones y necesidades que conciernen al interés general. En contraparte, en el ámbito privado los particulares son libres para designar al contratante que consideren idóneo para celebrar un contrato.

Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, la libertad de contratación tiene sus excepciones. Aquello se traduce en que, por ejemplo, actualmente hay contratos que necesariamente deben celebrarse por imperativo legal.

*ii. Libertad contractual*

Según la doctrina, se traduce en la facultad de determinar de forma libre los términos y condiciones de un contrato determinado (Cedano, 2022). En otras palabras, la libertad de contratación opera *a priori* a la formación del contrato, mientras que, la libertad contractual se presenta a lo largo de aquel, esto es, desde el inicio, su desarrollo y el fin de la relación contractual. Esta facultad permite que las personas durante la vida del contrato puedan crear, modificar y extinguir derechos y obligaciones. Por tanto, existe libertad en la forma de establecer las normas reguladoras de la relación que se desea crear. En síntesis, lo acordado por las partes conforma el contenido del contrato por medio del cual se determinan todos los derechos y obligaciones que emanan de este.

Ahora bien, según Gobbi, Triay y Cardozo (2015) la principal consecuencia de la autonomía de la voluntad guarda especial importancia con el presente trabajo de investigación. Sobre esta base, la doctrina sostiene que este principio trae como resultado, la fuerza obligatoria del contrato. Aquello significa que, una vez constituido un acuerdo

entre las partes atendiendo a la autonomía de la voluntad se configura el *pacta sunt servanda* y no puede ser desconocido, salvo excepciones.

Así las cosas, a manera de conclusión, una vez que se decida celebrar un contrato con la o las personas que se eligieron libremente, y posteriormente, se fijen las condiciones que contendrá dicho acuerdo, estableciendo pactos –o en el caso que nos ocupa procedimiento pre arbitrales- manifestada la plena voluntad de las partes, se debe obligatoriamente cumplir con el compromiso adquirido producto del convenio arbitral.

### **2.1. ¿De qué se trata el principio?**

De acuerdo con todo lo expresado en el acápite que antecede, se obtiene que la autonomía de la voluntad privada consiste en la facultad con la que se encuentran investidos los particulares para gobernar y ordenar su propia conducta a través de las normas impuestas por ellos mismos, sin depender de un tercero, ni ser obligado a realizar alguna conducta por algún impulso externo.

Para el autor Rivera (1998) a partir del principio de autonomía de la voluntad los sujetos de las relaciones jurídicas pueden configurarlas en “un ámbito de libertad”; de modo que la persona decide libremente si establece o no relaciones jurídicas, con quien y con qué contenido.

Asimismo, Alessandri (s.f.) define la autonomía de la voluntad como "la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración", y señala que esta voluntad es soberana, que el contrato nace del acuerdo de voluntades.

Otro criterio otorgado por López Santa María, señala que:

El principio de la autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es, a la vez, la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce (López Santa María, 1998).

En síntesis, la autonomía de la voluntad se funda en los principios propios de la Ilustración de la libertad y la igualdad llevados al plano jurídico, que se traduce en la igualdad y libertad jurídica de las partes. Es menester recordar que su “efecto constituye en la fuerza obligatoria del contrato” (Contarino, 2000, p. 55)

### **2.2. Relación entre el principio y las cláusulas escalonadas arbitrales**

Los escalones pactados por las partes en las cláusulas multinivel no son más que el desarrollo de la autonomía de la voluntad plasmado en un cláusula o convenio arbitral. La aplicación de este principio no supone una restricción al acceso a la justicia, peor aún, constituye un obstáculo para solucionar las discrepancias que existan. Al contrario, la doctrina

jurídica sostiene que “su finalidad únicamente comprende la creación de mecanismos auto compositivos previos, que deja al arbitraje como una última instancia” (Cedano, 2022, p. 23).

Así las cosas, la autonomía de la voluntad, plasmada en un acuerdo de arbitraje, corresponde a la piedra angular de este método alternativo de solución de conflictos. Es decir, únicamente se podría –salvo arbitrajes forzosos- derivar una controversia al sometimiento de un Tribunal, a través del consentimiento expresado en el convenio siguiendo los requisitos de procedibilidad, en caso de haberlos. Pretender desconocer a este principio supone desnaturalizar completamente a esta institución.

En último lugar, la autonomía de la voluntad en arbitraje también supone el permiso otorgado a las partes disponer sobre el contenido de la demanda arbitral presentada, la integración y nombramiento del Tribunal Arbitral, el establecimiento de MASC, y demás consideraciones relativas al procedimiento. En tal virtud, su aplicación no debe ser entendida como una barrera a la justicia, sino como, un principio inherente y necesario en materia arbitral.

### **3. La teoría de la futilidad**

Al contrario de la autonomía de la voluntad de las partes y su efecto inmediato que es la obligatoriedad de lo pactado, se encuentra la teoría de la futilidad. Sobre esta base, se ha planteado la interrogante de si tiene algún sentido que las negociaciones previas establecidas en las cláusulas multinivel deben ser de obligatorio cumplimiento, cuando claramente no existen probabilidades de resolver las discrepancias entre las partes por medio de métodos auto compositivos.

Pues bien, el concepto de futilidad se refiere a que, en ciertos casos, obligar a las partes a someterse a negociaciones ordenadas puede ser inútil, toda vez que ya se conocen las posiciones de los contratantes que están alejadas unas de otras, sin la posibilidad de encontrarse en algún punto. Aquello produce que sea imposible la resolución del conflicto.

El profesor Figueroa Valdéz plantea que:

Una posibilidad es entender que, si una de las partes decidió acudir directamente al arbitraje, sin cumplir con las etapas previas las que se había obligado, eso ya es suficiente para que se entienda que es inútil forzar la instancia negocial. Pero dicha opción contraviene el principio de la buena fe, de la autonomía de la voluntad y el *pacta sunt servanda*, entre varios otros (...)” (Figueroa Valdés, s.f.).

Finalmente, pese a que una parte de la doctrina y Tribunales Arbitrales se han inclinado a favor de esta teoría por considerar que existen razones suficientes para obviar los escalones pre arbitrales, otra gran parte se mantiene renuente a su aplicación. Esto en virtud de que, declarar fútil a una cláusula y que posteriormente se emita una declaración de competencia por parte de

los árbitros dentro de un procedimiento, es contrario a los principios de buena fe, *pacta sunt servanda* y autonomía de la voluntad de las partes.

### 3.1 Casos nacionales

La teoría de la futilidad ha sido reconocida en Ecuador a través de pronunciamientos de Tribunales Arbitrales en los cuales, pese a no cumplirse con los escalones previos estipulados por las partes antes de acudir a arbitraje, los árbitros han decidido declararse competentes para resolver una determinada controversia, atendiendo a la teoría de la futilidad.

Bajo esta línea de ideas se presentan dos casos de arbitrajes locales, a saber:

- i. Caso Autoridad Portuaria de Manta (APM) v. Terminales Internacionales de Ecuador S.A. (TIDE), Hutchison Port Investments Ltda. (HPI) y Hutchinson Port Holdings Limited (HPH) (en adelante, caso APM v. Hutchinson); y,
- ii. Caso Sipetrol v. Enap Sipetrol (en adelante, caso SIPETROL) respectivamente.

El caso APM v. Hutchinson fue resuelto por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, conformado por los árbitros Guido Santiago Tawil (presidente), Roque Caivano y Juan Pablo Cárdenas signado con el número 091-13, y el Laudo fue dictado el 18 de noviembre de 2015. El Tribunal Arbitral desechó la solicitud de inadmisión de la demanda, sobre la base del siguiente razonamiento:

El Tribunal observa que lo actuado en las instancias posteriores no significó un límite para el pleno ejercicio de los derechos posteriores a las Demandadas 2 y 3 en este arbitraje (El Tribunal observa en este sentido que tanto las Discusiones Directas como la Mediación se limitaron a los temas en disputas fijados inicialmente con la intervención del Sr. Medranda, no habiéndose arribado a ningún acuerdo que limitara los términos de la disputa posteriormente sometida a arbitraje). Esa circunstancia sumada a la posición de fondo asumida por las Demandadas 2 y 3 en el proceso (rechazando la Demanda en todos sus términos) conducen a considerar al planteo fundado en esta causa [inadmisibilidad de la demanda por falta de agotamiento de instancias previas] como un mero rigorismo formal, en esas condiciones no puede ser acogido por el Tribunal. (Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Caso No. 091-13, 2015, párr. 210) [El subrayado me pertenece].

Entonces, los árbitros Caivano, Cárdenas y Santiago apoyan la teoría de futilidad. Señalan que, solicitar la inadmisión de la demanda por falta de agotamiento de instancias previas – en este caso de mediación, pese a no existir un acuerdo entre las partes – no podría ser acogido por el Tribunal como una formalidad necesaria e imprescindible al proceso que limite a los árbitros para finalmente, laudar.

Siguiendo esta línea argumentativa, se encuentra también el Caso SIPETROL. Se resolvió a través del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, caso Nro. 05-13, y el Laudo fue emitido el 28 de noviembre del 2014 por los árbitros Fabián Jaramillo (presidente), Luis Parraguez Ruiz y Vladimir Villalba Paredes. El pronunciamiento del Tribunal Arbitral, en su parte pertinente, se detalla a continuación:

“(…) Entendido así la naturaleza jurídica preventiva y el propósito amigable de esta cláusula, solamente tiene sentido en el caso de que efectivamente pueda cumplir su prevista función pre procesal, es decir, la posibilidad de que la parte a quien se imputa un incumplimiento contractual pueda contradecir esa imputación o allanarse a ella, y, de ser el caso, rectificar su conducta para evitar el enjuiciamiento. De otra manera no puede entenderse lógicamente la intención de los estipulantes, que el juzgador está en el deber de indagar de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1576 del Código Civil. Por consiguiente si se ha iniciado un juicio arbitral que dicha cláusula pretendía evitar, ella ya no puede cumplir su propósito preventivo y se frustra la finalidad que tuvieron en vista las partes, porque no es razonable exigir que se cumpla un requisito pensado para evitar un proceso cuando esta ya ha sido iniciado, interpretación que se ajusta a la regla del artículo 1579 del Código Civil, porque a juicio del Tribunal Arbitral es la que mejor cuadra con la naturaleza de la estipulación que se comenta. (Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Caso No. 05-13, 2014, párr. 17) [El subrayado me pertenece].

Similar al razonamiento del caso APM v. Hutchinson, el Tribunal Arbitral en el caso SIPETROL manifestó que: i) se deberá atender a la intención de los contratantes más allá que a lo literal de las palabras; ii) se debe otorgar un sentido útil a la cláusula en lugar de privarla de sus efectos; y, iii) solo cuando no exista voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación del contrato, de conformidad con los artículos 1576, 1578 y 1579 del Código Civil. En consecuencia, si una de las partes ya ha activado la jurisdicción arbitral, sería reprochable el hecho de intentar desconocerla.

### **3.2 Criterios de aplicación**

No existe normativa nacional ni tampoco legislación internacional que regule el procedimiento a seguir por parte de un Tribunal Arbitral para determinar que una cláusula escalonada o multinivel es fútil. Aquello se traduce en que, las partes dejan de estar obligadas a seguir los escalones previos por resultar aquello, innecesario y de esta manera, se reconoce automáticamente el sometimiento directo a arbitraje.

En tal virtud, las únicas vías que tienen los árbitros para poder realizar tales consideraciones radican en: i) la revisión de casos similares resueltos; y, ii) criterios señalados en la doctrina. Al respecto, existe un caso particular de la Corte Suprema de Apelaciones de Inglaterra, el caso

Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust del 11 de mayo de 2004. Pese a no ser vinculante, otorga una guía a los Tribunales Arbitrales para efectos de declarar la futilidad de un convenio arbitral.

El caso en cuestión determinó seis parámetros que establecen cuando no vale la pena obligar a las partes a someterse a los procedimientos establecidos en los escalones previos al arbitraje o al litigio. Es decir, en caso cumplirse alguno de estos requisitos, la cláusula automáticamente podría ser considerada fútil y el Tribunal podrá declararse automáticamente competente para resolver la controversia.

Los factores que pueden ser relevantes para determinar si una parte se ha negado injustificadamente a someterse a métodos alternativos de resolución de conflictos, son los siguientes:

**La naturaleza del litigio:** Incluso los más fervientes partidarios de los métodos alternativos de resolución de conflictos reconocen que el objeto de algunos litigios los hace intrínsecamente inadecuados para solucionar tales controversias. (...)

**El fondo del asunto.** El hecho de que una parte crea razonablemente que tiene un caso sólido es relevante para determinar si ha actuado razonablemente al rechazar la ADR. Si la posición fuera otra, habría un margen considerable para que un demandante utilizara la amenaza de sanciones de costas para para llegar a un acuerdo con el demandado, incluso cuando la demanda carezca de fundamento. (...)

**La medida en la que se han intentado otros métodos de solución:** El hecho de que ya se hayan hecho ofertas de acuerdo, pero se hayan rechazado, es un factor relevante. Puede demostrar que una de las partes está haciendo esfuerzos por llegar a un acuerdo y que la otra parte tiene opiniones poco realistas sobre el fondo del asunto. (...)

**Que los costos de los MASC sean desproporcionadamente elevados:** Se trata de un factor de especial importancia cuando el precio que supone someterse a MASC varía significativamente en comparación con el litigio. (...)

**Retraso:** Si la mediación se propone tardíamente, su aceptación puede tener el efecto de retrasar el juicio. Este es un factor que puede ser pertinente tener en cuenta para decidir si la negativa a aceptar los MASC no era razonable. y, (...)

**Si los MASC tenían una perspectiva razonable de éxito:** Al respecto, la cuestión de si la mediación tenía una perspectiva razonable de éxito será a menudo relevante para determinar la razonabilidad de la negativa de "A" a aceptar la invitación de "B" a acordarla. (...) (Caso Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust, 2004) [El énfasis es mío].

Resulta importante destacar que en muchos casos ningún factor es decisivo por sí solo y estos factores no deben considerarse como una lista taxativa. Adicionalmente, la Corte realiza

algunas precisiones sobre la facultad para ordenar a las partes para someter sus litigios a mediación en contra de su voluntad, sostienen que una cosa es animar a las partes a que accedan a la mediación, incluso animarlas en los términos más enérgicos. Sin embargo, otra cosa es ordenarles que lo hagan. Tener que obligar a las partes realmente reacias a someter sus litigios a mediación sería imponer una obstrucción inaceptable a su derecho de acceso a la justicia.

Finalmente, el Tribunal manifiesta que:

Obligando a las partes a someterse a una mediación a la que se oponen, no conseguiría ningún resultado, salvo aumentar los costos a cargo de las partes y posiblemente retrasar el momento en que el tribunal resuelva el litigio, perjudicando así la eficacia percibida de los MASC. Si un juez considera que el caso es adecuado para los MASC, no está obligado, por supuesto, a tomar al pie de la letra la oposición expresada por las partes. En tal caso, el juez debe explorar las razones de cualquier resistencia a los MASC. No obstante, si las partes -o al menos una de ellas- siguen oponiéndose intransigentemente a los métodos de solución de conflictos, entonces sería un error que el tribunal las obligara a adoptarlas. (Caso Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust , 2004) Sugiero se refiera a la renuncia tácita prevista en el Art. 46 de la LAM para cerrar la idea adecuadamente

#### **4. Tratamiento de las cláusulas escalonadas en la región**

El tratamiento que se le ha otorgado a las cláusulas escalonadas en la región ha sido en su mayoría uniforme. Aquello se traduce en que, se reconoce la incorporación de estas cláusulas que prevén métodos de solución de conflictos entre partes contratantes, como también, se reconoce expresamente la posibilidad de – en ocasiones- obviar los procesos autocompositivos cuando las particularidades del caso así lo requieran.

En este sentido, a lo largo del presente acápite se analizará el reconocimiento, aplicación y aceptación de la que gozan las cláusulas multinivel en países latinoamericanos. Simultáneamente también se destacará el reconocimiento de la teoría de la futilidad según corresponda, por parte de los Tribunales Arbitrales dentro de los siguientes países: i) Chile; ii) Colombia; iii) Argentina; y, iv) Perú.

##### **4.1 El caso chileno**

Para el caso de Chile, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago propone modelos de cláusulas escalonadas con etapas auto compositivas vinculantes y obligatorias, y, además, reconoce en su Reglamento la oportunidad para que el incumplimiento respectivo pueda ser reclamado.

Asimismo, se ha contemplado un procedimiento escalonado vinculante, cada uno con diferentes particularidades dentro de la legislación nacional estatal, a saber: i) Artículo 63 del

Decreto Ley 1.939 Normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado; y, ii) artículo 36 bis de la Ley 20.410 los cuales señalan lo siguiente:

Artículo 63.- (...) Solicitada la intervención del Tribunal, **éste buscará la conciliación entre las partes. Si ésta no se produce en el plazo de 30 días, las partes podrán solicitar que se inicie el procedimiento correspondiente**, disponiendo, en este caso, dicho órgano de un plazo de 30 días para fallar, contado desde la fecha de la solicitud (...). (Ley 1.939, 2019, Art. 63) [El subrayado me pertenece]

De manera equivalente, en los contratos de concesiones de obras públicas, la ley chilena también incluye sistemas escalonados que obligan necesariamente al sometimiento de requisitos pre arbitrales. Al respecto, el artículo 36 bis de la Ley 20.410 que modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas, dispone que:

“(...) Los aspectos técnicos o económicos de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, o de la Corte de Apelaciones, **sólo cuando hayan sido sometidos previamente al conocimiento y recomendación del Panel Técnico.**” (Ley 20.410, 2013, Art. 36) [El subrayado me pertenece]

En consecuencia, de conformidad con los artículos señalados, Chile establece un procedimiento arbitral que obliga a una etapa de conciliación previa como un pre - requisito del arbitraje y, por otro lado, también combina sistemas escalonados que suponen el sometimiento a diferentes escalones, cada uno pre - requisito del otro. Así, tratándose de disputas técnicas o económicas, para recurrir al arbitraje se deberá -de modo obligatorio- haber recurrido y agotado la etapa previa seguida ante un panel de expertos.

Una parte de los Tribunales Arbitrales chilenos reconoce la obligatoriedad de los procedimientos escalonados. Es así que la Tercera Sala de la Corte Suprema de Arbitraje de Chile resuelve de la siguiente manera:

8.- Que, a mayor abundamiento, tampoco resulta procedente el presente reclamo en atención a que quien comparece tampoco cumple con el requisito de haber sometido previamente al conocimiento y recomendación del Panel Técnico que la Ley de Concesiones de Obras Públicas establece el asunto que por esta vía pone en conocimiento de esta Corte, **motivo por el que además resulta inadmisibile el presente reclamo.** (Tercera Sala de la Corte Suprema de Arbitraje de Chile, Resolución N° 35.751-2017, 2017) [El subrayado me pertenece].

Por otro lado, la literatura chilena también reconoce la teoría de la futilidad. Es decir, apoya abiertamente la idea que, en ciertos casos, obligar a las partes a someterse a lo establecido en los escalones iniciales de una cláusula escalonada resultaría inútil porque ya se conocen las posiciones de los contratantes. Cuando estas se encuentran alejadas, una de la otra, sin poder llegar a un punto medio, la resolución de disputas entre ambas se torna imposible y, por tanto,

se alarga injustificadamente el conflicto. Otra parte de la doctrina, como lo expone Caivano (2011), concuerda con este argumento al manifestar que no será necesario seguir todos los escalones cuando es obvio que las posiciones son tan dispares que alcanzar una solución negociada será prácticamente irrealizable.

Adicionalmente, Chile comparte el criterio del profesor Caivano al señalar que, si una de las partes decidió acudir directamente al arbitraje, sin cumplir con las etapas previas a las que se había obligado, aquello ya se entiende como suficiente para demostrar que es inútil forzar la instancia negocial.

Finalmente, de acuerdo a la ley chilena, las cláusulas escalonadas que obligan a las partes a agotar ciertas instancias previo al sometimiento a arbitraje son válidas y vinculantes. Dicha obligación autoimpuesta las partes responde a la autonomía de la voluntad, reconocida tanto desde la perspectiva civil como procesal. Sin perjuicio de lo anterior, este país también reconoce la posibilidad de que, seguir las cláusulas multinivel cuando claramente no existe voluntad de una de las partes – en ocasiones de ambas- resultaría en un alargamiento innecesario del proceso y una pérdida de tiempo y recursos.

#### **4.2 La particularidad de las cláusulas escalonadas en Colombia**

Sin perjuicio de que, a nivel internacional -específicamente regional- se acepta y promueve la utilización de las cláusulas multinivel dentro de contratos públicos y privados, el tratamiento que la legislación procesal colombiana le ha otorgado a estas difiere significativamente en comparación con los demás países. De manera que Colombia, *contrario sensu*, lejos de promover su desarrollo e implementación, las considera como cláusulas que carecen de validez alejándose de las tendencias actuales relacionadas con el comercio internacional.

En este sentido, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano la consecuencia de pactar estas cláusulas se encuentra expresada en el artículo 13 de la Ley No 1564 de 2012, que pertenece al Código General del Proceso (CGP). Dicho artículo se pronuncia sobre los requisitos previos pactados por las partes previo al acceso a la justicia y las consecuencias jurídicas que aquello genera, al tenor siguiente:

**Artículo 13. Observancia de normas procesales.** Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento

del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.

Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas. (CGP, 2012) [El subrayado me pertenece]

Así las cosas, el mencionado artículo resalta dos presupuestos sustanciales, a saber: i) la obligatoriedad que tienen las normas procesales; y, ii) elimina *de iure* cualquier estipulación que establezca como obligación agotar etapas previo a acudir a cualquier operador de justicia. En consecuencia, este escenario quebranta con la corriente contemporánea del comercio y de los negocios internacionales, específicamente las cláusulas escalonadas que se pactan para litigios en materia comercial que serán sometidos ante un tribunal arbitral.

En síntesis, la norma del CGP colombiano con claridad delimita el tratamiento de las cláusulas multinivel en dicho país, de la siguiente manera:

- Los acuerdos extrajudiciales como requisito de procedibilidad no son considerados de obligatoria observancia. Por tanto, el CGP les resta total eficacia a las cláusulas multinivel, al no ser vinculantes *inter partes*. En caso de existir tales disposiciones se tendrán por no escritas.
- No cabe la indemnización de perjuicios por incumplimiento de la cláusula escalonada. En tal virtud, presentar una demanda sin agotar los requisitos previos pactados no será considerado como incumplimiento de lo acordado.
- La falta de agotamiento de los requisitos pre-arbitrales, no será un obstáculo para la determinación de competencia del tribunal arbitral.

Asimismo, gran parte de la doctrina critica el artículo precedente en virtud de que, pone fuera de órbita a Colombia con respecto al desarrollo del comercio internacional, y su implementación dentro del ordenamiento jurídico vulnera principios de jerarquía constitucional como la autonomía de la voluntad privada, la presunción de buena fe y el debido proceso.

Al respecto, el Consejo de Estado de Colombia, siguió esta misma línea en los casos:

- i. *Empresas de Telecomunicaciones de Valledupar – Teleupar S.A. E.S.P en Liquidación contra Angelcom S.A.;*
- ii. *Consorcio Porvenir contra Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER;*
- iii. *Telcaribe S.A. E.S.P. contra Telesantamarta S.A. E.S.P. en Liquidación, y,*
- iv. *Telefónica Móviles de Colombia S.A. contra Empresa de Teléfonos de Bogotá – ETB – S.A. E.S.P.*

El análisis realizado por el Consejo consistió en seguir la teoría que las cláusulas multinivel

pactadas por las partes en los casos mencionados no eran válidas, toda vez que contenían requisitos de procedibilidad - otros MASC con tiempos determinados- que no podían ser fijados por las partes contraviniendo el ordenamiento jurídico colombiano.

Si bien es cierto que Colombia no acepta este tipo de cláusulas, existen otras consideraciones a tomar en cuenta. En primer lugar, el artículo 13 del CGP no impediría que las partes decidan de manera anticipada la forma en la que desean resolver sus conflictos en una fase previa al arbitraje en caso de que, al momento de surgir el conflicto ambas deseen utilizar MASC, aunque sea de manera parcial. Aquello no significa que la mencionada fase sea obligatoria, sino que, se configura como una ayuda para resolver conflictos de forma auto compositiva.

Adicionalmente Bernal Gutiérrez (2012) complementan lo anterior esclareciendo cuestiones sustanciales respecto a estas cláusulas en Colombia:

Es importante resaltar que no es que se entienda que el pacto de escalones previos al arbitraje haga que el pacto sea nulo, sino que al momento de que se convoque a un tribunal arbitral, el mismo no verá afectada su jurisdicción o competencia por el incumplimiento de estos escalones previos. Así las cosas, las cláusulas escalonadas no son nulas per se, pero el cumplimiento de los escalones previos no es obligatorio, por lo que es posible acudir directamente al arbitraje sin agotar estos escalones previos. (Bernal Gutiérrez, 2012, pág. 71)

Finalmente, es menester señalar que todo lo expuesto a lo largo del presente acápite no sería aplicable para arbitrajes internacionales con sede en Colombia. Es decir, toda vez que el artículo 13 del CGP es de carácter meramente local, no hace parte del orden público internacional de la sede y rige el *pacta sunt servanda*. Por lo tanto, aquello solo aplicaría para arbitrajes domésticos.

#### **4.3 Sobre las cláusulas escalonadas en Argentina**

Argentina reconoce la aplicación de MASC previo al acceso a la jurisdicción ordinaria. Al respecto, tanto su ordenamiento jurídico, como también la doctrina local, reconoce su implementación. Dentro de sus leyes se enmarca la mediación y conciliación, ambos métodos auto compositivos utilizados como vehículos previos antes de someter sus conflictos a la vía jurisdiccional.

La mediación es considerada como el procedimiento cuya finalidad es promover una comunicación directa *inter partes* para efectos de solucionar extrajudicialmente una controversia con la ayuda de un tercero ajeno al Poder judicial, cuando se refiera a una cuestión de naturaleza civil o comercial. En cambio, cuando la misma situación surge con ocasión a una controversia relacionada de una relación laboral, la legislación la califica como conciliación. En consecuencia, nos recuerda Caivano (2012) que estas se utilizan como figuras similares

dependiendo de la materia a la que se refieran.

A la luz de la legislación argentina, se establece que:

- i. La Ley 24.573, impone a las partes la necesidad de concurrir a una instancia de mediación, antes de iniciar una demanda judicial y como requisito de admisibilidad de ésta, en materias civiles y comerciales. (el subrayado me pertenece)
- ii. La Ley 24.635, que impone a las partes la necesidad de concurrir a una instancia de conciliación, antes de iniciar una demanda judicial y como requisito de admisibilidad de ésta, en materia laboral. (el subrayado me pertenece)

De conformidad con los artículos citados se demuestra que, en Argentina, priorizan los MASC previo a acceder a la justicia ordinaria. Sin perjuicio de lo anterior, aquello no aplicaría en arbitraje y las partes son libres de estipular los requisitos que entre ellas decidan atendiendo al principio de la autonomía de la voluntad de las partes previo a someter sus controversias a la vía arbitral.

Siguiendo esta línea de ideas, la doctrina el profesor Roque Caivano se pronuncia sobre las cláusulas multinivel, señalando que la inclusión de una segunda fase de hetero composición se justifica porque resulta ilusorio pensar que siempre los conflictos podrán solucionarse por la vía de negociación.

Por esas razones, considera que las cláusulas multinivel deben ser consideradas como herramientas a ser utilizadas en el momento que no se logra resolver el conflicto a través de la negociación; y considera que para evitar nulidades y demás conflictos de competencia o admisibilidad de demandas arbitrales los escalones deben cumplirse.

#### **4.4 El tratamiento a las cláusulas multinivel en Perú**

El último país que nos ocupa corresponde a Perú. A diferencia de Colombia, y en consonancia con Argentina, Ecuador y Chile, este país reconoce la inclusión de las cláusulas escalonadas en su legislación. Sin embargo, han existido varios pronunciamientos por parte de Tribunales en virtud de que, existe una dicotomía en cuanto a la obligación de seguir con las fases pre arbitrales.

Atendiendo a lo mencionado, la Ley General de Arbitraje de Perú dispone lo siguiente:

**Artículo 9o.- Definición de convenio arbitral.** - El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral. El convenio arbitral puede estipular

sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo (...) (Ley General De Arbitraje de Perú, Ley Nro. 26572, 1996, Art. 9) [El subrayado me pertenece].

A continuación, de forma sucinta se mencionan dos casos emblemáticos de Perú que son objeto de estudio respecto de las cláusulas escalonadas. El primer caso, relativo al Expediente 05311-2007-PA/TC, consiste en la interposición de una demanda de amparo por parte de la Compañía Distribuidora S.A. (en adelante, CODISA) contra el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú. Al respecto, CODISA solicitó que se deje sin efecto el laudo dictado dentro del proceso arbitral, por medio del cual se declaró con lugar la demanda y se ordenó a CODISA el pago a COFIDE (Corporación Financiera de Desarrollo) la cantidad de US\$ 36'000,000.00 por concepto de penalidades.

La demanda de amparo se realizó en contra del Tribunal Arbitral del CAC de Perú en virtud de que, de acuerdo con CODISA, el procedimiento arbitral se realizó de forma irregular, vulnerado los derechos constitucionales del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva. Tales violaciones alegadas surgen con ocasión a la falta de cumplimiento de lo pactado por las partes con relación a los requisitos previos al arbitraje, ya que nunca se llevó a cabo una negociación por un plazo máximo de 30 días, de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral.

En razón de lo anterior, el Tribunal Constitucional señaló que:

No por tratarse de una etapa de carácter pre procesal, quiere ello significar que las reglas incorporadas a un contrato tengan un carácter meramente indicativo. Aquellas son ley para las partes y [...] aquellas asumen un efecto plenamente vinculante respecto de las partes que generaron dicha relación. Su inobservancia por tanto es análoga a la vulneración que opera cuando se desacata el llamado procedimiento preestablecido por la ley en cuanto variante del debido proceso. (Expediente 05311-2007-PA/TC, 2009, párr. 12).

Así las cosas, el TC otorgó mayor peso a la voluntad de las partes. COFIDE no remitió la documentación necesaria para probar que efectivamente se cumplieron los requisitos pre arbitrales de negociaciones previas. De manera que, el Tribunal ponderó lo expresado en el convenio arbitral por encima de cualquier otro factor, para efectos de conceder la demanda de amparo presentada, a favor de CODISA.

Por otro lado, se encuentra el caso del Gobierno Regional de Loreto contra la compañía Dessau International Inc. (en adelante, DESSAU). Contrario al criterio expresado en el caso CODISA, la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima se pronunció en un procedimiento de anulación de varios laudos con ocasión

a contratos de servicios de consultoría que recibió el Gobierno de Loreto, por parte de DESSAU.

Ahora bien, el Gobierno de Loreto solicitó la anulación de los laudos en virtud de que el Tribunal resolvió presuntamente en contravención a lo pactado por las partes, otorgando validez a la petición arbitral presentada por DESSAU el 12 de mayo de 2011, cuando el procedimiento de solución amistosa fue notificado el 20 de abril de 2011. El incumplimiento radica en que debían transcurrir al menos 30 días entre la solicitud de acuerdo amistoso y el inicio del arbitraje.

En ese contexto, la Segunda Sala Civil llegó a la siguiente conclusión:

(...) La supuesta disposición vulnerada es de naturaleza contractual y no entraña una fijación de reglas procedimentales a que se sujetaría el arbitraje. Se trata pues, de una norma relativa al derecho de una de las partes contractuales a controvertir un acto producido en el *iter* contractual, para lo cual existe un plazo determinado vencido el cual decae toda posibilidad de cuestionamiento sobre el particular. En puridad se trata del derecho de acción que es un derecho subjetivo público vinculado con el fundamental derecho de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, en tanto faculta a la persona para acudir a la jurisdicción a fin de buscar la satisfacción de los intereses amparados por el derecho. (...) Independientemente del debate que en doctrina puede subsistir acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, para el Derecho peruano tal naturaleza ha sido afirmada como de índole jurisdiccional, con base en el artículo 139 de la Constitución y la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (Segunda Sala Civil de Lima, Expediente 159-2016, 2016)

De manera distinta a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, la Segunda Sala Civil de Lima centró su análisis en la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, determinado que, ni el derecho de tutela jurisdiccional efectiva o el derecho de acción pueden verse afectados a través de disposiciones contractuales.

En suma, para el caso de Perú, se encuentran decisiones contradictorias emitidas por parte del TC y la Segunda Sala Civil con relación a la obligatoriedad de las cláusulas escalonadas. Unas señalan lo pactado es ley para las partes y por tanto vinculante; mientras que, la segunda postura ha sostenido que no puede limitarse de manera alguna el acceso a la jurisdicción arbitral.

A manera de conclusión, se ha analizado el tratamiento de las cláusulas escalonadas en varios países de la región para efectos de demostrar que, por un lado, los Tribunales Arbitrales llaman a las partes a respetar lo pactado previo a activar la jurisdicción arbitral. Mientras que, por otro lado, señalan que cuando no existe –al menos de una de las partes- una intención de

negociar, seguir la cláusula escalonada resulta fútil, demorando innecesariamente el proceso. No podría establecerse un criterio mayoritario, principalmente por la confidencialidad de los procesos arbitrales.

## 5. Conclusiones

Se señalan como conclusiones las siguientes:

- a) Las cláusulas escalonadas o multinivel son cláusulas incorporadas en contratos que determinan un procedimiento específico y ordenado conformado por métodos alternativos de solución de conflictos de naturaleza auto compositiva a seguir, previo a recurrir a la justicia arbitral.
- b) Con relación a la composición de las cláusulas multinivel se ha establecido que no existe un modelo predeterminado. Aquello se traduce en que, su elaboración depende enteramente de las partes suscriptoras, por lo tanto, pueden surgir textos simples con escalones de negociaciones previo al arbitraje, como también pueden existir cláusulas complejas y específicas que incluyan distintos plazos e intervinientes.
- c) Algunos artículos de la Ley de Arbitraje y Mediación reconocen que pueden existir convenios de mediación pactados por las partes previamente y que no procederá el inicio de un proceso sin la existencia de un acta de imposibilidad de acuerdo o la renuncia de las partes al convenio.
- d) La posibilidad de pactar las cláusulas multinivel responde a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes plasmado en un cláusula o convenio arbitral. Su incorporación no debe considerarse como una restricción al acceso a la justicia, como tampoco un impedimento en aras de solucionar controversias arbitrales, sino como una herramienta que al final, permite la intervención de métodos hetero-compositivos cuando los auto-compositivos no han funcionado.
- e) Contrario a la autonomía de la voluntad de las partes existe la teoría de la futilidad. Esta teoría plantea la posibilidad al Tribunal Arbitral de obviar la obligación que tienen las partes de seguir los MASC determinados en una cláusula multinivel cuando se presume que estos mecanismos no serán efectivos, y que además retrasarán de forma innecesaria el proceso, generando el gasto de recursos adicionales.

- f) El tratamiento de las cláusulas escalonadas a nivel regional no difiere en su mayoría salvo en Colombia. En los demás países, esto es, Argentina, Chile, Ecuador y Perú se han resuelto cuestiones relativas a la obligatoriedad de seguir los escalones como también se ha analizado que en ocasiones hacerlo resulta fútil, generando precedentes contradictorios.
- g) Un problema sustancial que no permite establecer un criterio mayoritario corresponde a la falta de transparencia de los procedimientos arbitrales. Aquello se traduce en que, la confidencialidad de los laudos supone un impedimento para un mayor desarrollo de estas dos posturas que distan una de la otra.
- h) Finalmente, de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad de las partes desarrollado a lo largo del presente trabajo de investigación, como también la doctrina consultada y los laudos mencionados, las cláusulas escalonadas deben necesariamente cumplirse. El haber pactado con anterioridad requisitos previos para acceder al arbitraje y luego pretender desconocerlos no solo desnaturaliza la cláusula, sino que atenta contra el principio de la buena fe, de la autonomía de la voluntad y el *pacta sunt servanda*, entre otros.

## 6. Recomendaciones

Se señalan como recomendaciones las siguientes:

- a) Al igual que las cláusulas modelo estandarizadas impuestas por los centros de arbitraje nacionales, la primera recomendación consiste en que, por defecto, estos centros también presenten cláusulas arbitrales modelo que cuenten con escalones previos, incluyendo otros métodos alternativos de solución de conflictos previo al sometimiento ante Tribunales Arbitrales. En este sentido, cuando las partes requieran establecer otros mecanismos antes de efectivamente someterse a arbitraje, se propone la siguiente cláusula modelo:

*“Cuando surja una controversia o reclamación que se derive o guarde relación con el presente contrato, incluyendo, pero sin limitarse a su existencia, validez, cumplimiento, terminación y arbitrabilidad deberá consultado y negociado entre las partes, para lograr una solución satisfactoria. En caso de no llegar a un acuerdo en el plazo de 60 días, cualquiera de las partes podrá, mediante*

*notificación a la otra parte y al Centro XXX, iniciar una mediación, conforme al Reglamento de Mediación del Centro XXX. Si las partes aún no logran llegar a un acuerdo una vez fenecido el plazo anterior, se podrá someter cualquier controversia o reclamación no resuelta a un arbitraje administrado por el Centro XXX”*

- b) Asimismo, toda vez que existen posturas contradictorias respecto a la admisión de demandas arbitrales cuando se han omitido los escalones previos, se recomienda que finalmente se reforme la Ley de Arbitraje y Mediación. Aquello en virtud de que, atendiendo a los principios de buena fe, la autonomía de la voluntad y el *pacta sunt servanda*, mal podría un Tribunal Arbitral declararse competente cuando se han omitido los mecanismos previos establecidos en una cláusula arbitral. En consecuencia, se propone la inclusión del siguiente artículo dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación:

*Art (xx): Las demandas arbitrales presentadas ante el Centro XXX, omitiendo requisitos de procedibilidad o escalones previos pactados expresamente por las partes con anterioridad, no podrán ser admitidas por el Tribunal Arbitral.*

*En consecuencia, previo a la admisibilidad de la demanda planteada, el Tribunal Arbitral deberá ordenar que se dé cumplimiento con los métodos alternativos de solución de conflictos pactados previo al sometimiento a arbitraje.*

## 7. Referencias Bibliográficas

- Alessandri, A. (s.f.). De los contratos. Editorial Jurídica de Chile.
- Arana, R. (2021). La cláusula escalonada o multinivel en la resolución alterna de conflictos. (R. D. Derecho, Ed.) doi:<https://doi.org/10.5377/derecho.v1i30.12258>
- Bernal Gutiérrez, R. (2012). Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia.
- Caivano, R. (2011). Las cláusulas' escalonadas' de resolución de conflictos (negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje). Soto Coaguila, Carlos Alberto. Tratado de derecho arbitral, 1, 70-71.
- Carmigniani, E., García Larriva, H., & Cepeda, C. (2016). Arbitraje en Ecuador: Desarrollo Jurisprudencial y Reformas Legales Recientes. Obtenido de <https://iea.ec/pdfs/2015/Art6.pdf>
- Caso Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust, B3/2003/1458 y d B3/2003/1582 (Corte de Apelación de la Suprema Corte (División civil) 2004).
- Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Caso No. 091-13, laudo de 18/11/2015, Árbitros Guido Santiago Tawil (presidente), Roque Caivano y Juan Pablo Cárdenas (coárbitros), párr. 210
- Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Caso No. 05-13, Laudo 28/11/2014, Árbitros Fabián Jaramillo Terán (presidente), Luis Parraguez Ruiz y Vladimir Villalba Paredes (co-árbitros), párr. 17.
- Cedano, N. A. (19 de septiembre de 2022). La necesidad de una regulación de las cláusulas escalonadas con ocasión del Proyecto de Ley "Mediante el cual se modifica la Ley 1563 de 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional". Obtenido de <https://procesal.uexternado.edu.co/la-necesidad-de-una-regulacion-de-las-clausulas-escalonadas-con-ocasion-del-proyecto-de-ley-mediante-el-cual-se-modifica-la-ley-1563-de-2012-estatuto-de-arbitraje-nacional-e-internacional/>
- Corte Suprema de Arbitraje de Chile, Resolución N° 35.751-2017, 2017, Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., Sr. Arturo Prado P. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G.
- Cobo Ordóñez, A. I., & Mesías Vela, M. P. (2018). Med-Arb, Arb-Med Y Arb-Med-Arb a La Luz De La legislación Ecuatoriana. Quito: USFQ Law Review.
- Contarino, Silvia. "Contratos civiles y comerciales". Ediciones Depalma Buenos Aires, 2000, p. 55.
- Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012 (Colombia). Artículo 13.
- Figuroa Valdés, J. (s.f.). Derecho de Construcción: Análisis dogmático y práctico.
- Gobbi, F., Triay, A., & Cardozo, S. (2015). El principio de la autonomía de la voluntad en las contrataciones. Recuperado de [http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos\\_digitaes/7541/gobbi-f.triay-a..pdf](http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitaes/7541/gobbi-f.triay-a..pdf).

- International Centre for Dispute Resolution. (s.f.). Guía para la Redacción de Cláusulas Internacionales de Solución de Disputas. Obtenido de [https://www.adr.org/sites/default/files/document\\_repository/ICDR%20Guide%20to%20Drafting%20International%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20-%20Spanish.pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR%20Guide%20to%20Drafting%20International%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20-%20Spanish.pdf)
- López Santa María, J. (1998). Los Contratos. Parte General. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. p. 233.
- Ley General De Arbitraje de Perú, Ley Nro. 26572, Congreso Nacional de Perú, 1996.
- Ley de Arbitraje y Mediación. (2018) Ecuador: Registro Oficial 417.
- Nieto, B., & María, L. (2019). El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia. *Revista de derecho (Valdivia)*, 32(2), 251-272.
- Pérez, A. F. (2017). Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales= Multi-tiered clauses in the international disputes resolution. *Cuadernos de derecho transnacional*, 99-124..
- Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23<sup>a</sup> ed.)
- Resolución de la Segunda Sala Civil de Lima, Expediente 159-2016, 2016
- Soto, C. (2011). Tratado de derecho arbitral. Bogotá, Colombis: Grupo Editorial Ibañez.
- Tribunal Constitucional de Perú, Expediente 05311-2007-PA/TC, 2009, párr. 12

## **8. Bibliografía**

Código Civil. (2022). Ecuador: Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo del 2015.

Franco, C. M. S. (2015). Hacia una protección merecida: La eficacia de las cláusulas escalonadas en el marco de un pacto arbitral en Colombia. *Universitas Studiantes*, (12), 89-112.

Universidad de Chile. (Diciembre de 2003). Autonomía de la voluntad, contratación electrónica y protección del consumidor. Obtenido de [http://web.uchile.cl/vignette/derechoinformatico/CDA/der\\_informatico\\_simple/0,1493,SCID%253D14402%2526ISID%253D507%2526PRT%253D14333,00.html](http://web.uchile.cl/vignette/derechoinformatico/CDA/der_informatico_simple/0,1493,SCID%253D14402%2526ISID%253D507%2526PRT%253D14333,00.html)