INCUMPLIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS: FALTA DE JURISDICCIÓN O ADMISIBILIDAD

JOSÉ NICOLÁS RINASCENTE VARGAS*

Resumen: Se analiza la principal consecuencia del incumplimiento de las cláusulas escalonadas en el arbitraje, a la luz de las posiciones doctrinarias que se inclinan por la falta de jurisdicción y las posiciones que la consideran como una causal de inadmisibilidad. Se hace mención a sentencias emblemáticas de los Estados Unidos de América e Inglaterra.

Palabras Clave: cláusulas escalonadas, jurisdicción, admisibilidad.

Abstract: The main consequence of the breach of the escalation clauses in arbitration is analysed in the light of the doctrinal positions that favor the lack of jurisdiction and the positions that consider it as a ground of inadmissibility. Mention is made of emblematic judgments from United States of America and England.

Keywords: escalation clauses, jurisdiction, admissibility.

INTRODUCCIÓN

Las cláusulas escalonadas o cláusulas multinivel (*escalation clauses, multistep clauses or multitier clauses*) son aquellas que prevén la utilización de un mecanismo de resolución de conflictos o incluso varios de ellos, antes de someter el conflicto a arbitraje. Pueden ser de diversas formas y contener combinación de distintos mecanismos, como son la negociación entre directivos de las partes en conflicto, mediación, juntas de controversias, consultas no vinculantes a expertos, entre otros.

Una de las principales funciones de la cláusula escalonada, es lograr que sean las partes quienes lleguen a un acuerdo mediante la utilización de mecanismos de consenso, colaborativos y flexibles, que permitan solucionar el conflicto y continuar con la relación comercial, especial-

* Abogado, mención *Magna Cum Laude*, egresado de la Universidad Fermín Toro en 2007.

mente importante si se trata de un contrato de tracto sucesivo o a largo plazo. De esta forma se evita quedar sujetos a la decisión de un tercero (árbitro), en un procedimiento más costoso y que podría afectar la relación comercial entre las partes.

Sin embargo, la forma en que se planteen las cláusulas escalonadas podría generar más problemas que beneficios. Si el mecanismo no está claramente establecido y definido, surgen las dudas sobre su obligatoriedad e incluso sobre las consecuencias de su incumplimiento. La jurisprudencia en los Estados Unidos de América ha hecho hincapié en el concepto de *definiteness* o precisión de las cláusulas escalonadas para que éstas sean efectivas, en tal sentido señala Bernal "Dicho concepto hace referencia a que a fin de que los primeros escalones de las cláusulas en mención sean obligatorios y ejecutables, es necesario que los mismos estén redactados de forma clara y expresa"[1].

Por otra parte, aún persiste la discusión sobre las consecuencias que produce el incumplimiento de la cláusula escalonada: si no se cumple con el procedimiento descrito en la cláusula escalonada ¿el tribunal arbitral carecería de jurisdicción y no podría conocer del asunto? o ¿el tribunal arbitral siempre tiene jurisdicción pero debe verificar si el incumplimiento de un requisito previo hace inadmisible la solicitud de arbitraje en ese momento?

TIPOS DE CLÁUSULAS ESCALONADAS

Dependiendo de la forma cómo se ha previsto la cláusula y por tanto las obligaciones de las partes en este supuesto, se pueden clasificar en cuatro tipos:[2]

a) Cláusulas que no crean obligaciones, son aquellas en que las partes expresan su intención de considerar someterse a algún mecanismo alterno de resolución de conflictos antes de acudir al arbitraje. Pero no hay mayor detalle ni especificación del mecanismo

[1] Rafael Bernal et al. "Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia", Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones, Vol. 5 Nº 1 (2012): https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/13065/1/Clausulas_Bernal_et_al_Arbitraje_2012.pdf

[2] Charles Jarrosson, "Legal issues raised by ADR", Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II, Kluwer Law International (2011).

y su aplicación, por lo que se reduce a que las partes ya en conflicto decidan acordar estos detalles para llevar a la práctica lo estipulado en la cláusula. El incumplimiento no causaría ninguna sanción porque al ser tan indeterminada la cláusula, no hay forma de verificar el incumplimiento.

b) Cláusulas que crean obligaciones limitadas, son aquellas que contemplan la propuesta y discusión de un mecanismo alterno de resolución de conflictos antes de acudir al arbitraje, pero no requiere que se lleve a término y ni siquiera que se inicie el mecanismo. Bastaría en este caso una notificación a la otra parte para iniciar el mecanismo, de forma que se tenga constancia del cumplimiento del requisito, y si no se tiene respuesta de la otra parte, poder iniciar el arbitraje.
c) Cláusulas que crean obligaciones temporales, en este tipo las partes se obligan a no iniciar el arbitraje hasta que no transcurra el lapso previsto en la misma o en el reglamento al que hagan referencia, bien sea desde el inicio de una solicitud de mediación u otro mecanismo o desde la notificación a la otra parte para iniciarlo. Una vez que transcurra el lapso, las partes quedarían legitimadas para acudir al arbitraje.
d) Cláusulas cuyo cumplimiento no se verifica con el simple agotamiento de un lapso o la notificación de la otra parte; en estas cláusulas deben agotarse los mecanismos tal y como se han establecido. Ejemplos de estas se presentan en los casos de daños en contratos de fusiones y adquisiciones (*mergers and acquisitions*) y en los contratos de construcción, donde hay diferentes tipos de mecanismos previos al arbitraje, como son los previstos en las cláusulas FIDIC[3]; cláusulas NEC3[4] y cláusulas ICC

FALTA DE JURISDICCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA ESCALONADA

Una de las posiciones sostenida en distintos países, ha sido que al incumplir con lo previsto en una cláusula escalonada, no se

[3] *Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils* (FIDIC).
[4] Cláusulas del modelo *New Engineering Contract* del *Institution of Civil Engineers* (ICE)

> activa la cláusula de arbitraje, por lo tanto el tribunal arbitral no tiene jurisdicción para conocer de la disputa. En ese sentido en la sentencia *Kemiron Atlantic Inc. v. Aguakem International Inc*.[5] se señaló que
> Por lo tanto, bajo el lenguaje simple del contrato, para invocar la cláusula de arbitraje, cualquiera de las partes debe realizar dos pasos: primero, Aguakem o Kemiron, debe solicitar la mediación y notificar a la otra parte. Si la mediación subsecuentemente falla, el arbitraje todavía no puede llevarse a cabo. La parte agraviada debe hacer un segundo paso, al notificar, bajo los términos del contrato que desea acudir al arbitraje. Luego, y solo luego, es que la cláusula de arbitraje se activa. [Traducción libre del autor].

Y en sentido similar en la sentencia *HIM Portland LLC v DeVito Builders Inc*.[6] se estableció que:

> Cuando las partes contratantes condicionan un acuerdo arbitral al cumplimiento de alguna condición precedente, el incumplimiento de la condición señalada imposibilitará a las partes de obligar al arbitraje y suspender los procedimientos bajo la FAA. Ya que ni HIM o DeVito alguna vez intentaron mediar la disputa, ninguna de las partes puede ser obligada a acudir a arbitraje. [Traducción libre del autor].

Por último, cabe mencionar la sentencia del Tribunal Superior de Singapur en el caso International *Research Corp PLC v. Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and another*[7].

> Por lo tanto, hasta que la condición precedente al comienzo del arbitraje sea cumplida, ninguna de las partes del acuerdo de arbitraje está obligada a participar en el arbitraje. Del mismo modo, un tribunal arbitral no tendría jurisdicción antes que la condición precedente sea cumplida. [Traducción libre del autor].

---

5 290 F.3d 1287, 1291 (11th Cir. 2002): https://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1356060.html#footnote_ref_3

6 317 F.3d 41, 42 (1st Cir. 2003): https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1361817.html

7 International Research Corp PLC v. Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and another [2012] SGHC 226: https://content.next.westlaw.com/Link/Document/Blob/I5b54f11c1ef511e38578f7ccc38dcbee.pdf?targetType=PLC-multimedia&originationContext=document&transitionType=DocumentImage&uniqueId=69ee1255-61e9-4a69-b87e-d41ffc9081b4&contextData=(sc.Default)&firstPage=true

Estas interpretaciones pueden considerarse como visiones meramente contractualistas de las cláusulas escalonadas, al considerarlas como simples condiciones suspensivas de la cláusula de arbitraje y que su incumplimiento trae como consecuencia el no nacimiento de la obligación de arbitraje. Por supuesto esta visión, aunque depende en gran medida de la redacción de las cláusulas y del derecho aplicable, no se ajusta ni con el principio pro arbitraje ni con el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje ampliamente aceptados y reconocidos.

INADMISIBILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA ESCALONADA

La otra posición con relación al incumplimiento de lo previsto en las cláusulas escalonadas, es considerar que por no cumplirse lo previsto en ellas podría no admitirse la solicitud de arbitraje, hasta tanto se verifique el trámite del mecanismo alternativo de resolución de conflictos prearbitral, siendo esto facultad del tribunal arbitral según las circunstancias del caso, pero no se niega la jurisdicción del tribunal arbitral para conocer ni tampoco la existencia y efectividad de la cláusula arbitral.

La Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *BG Group PLC v. Republic of Argentina*[8], con relación a un tratado de inversión entre Gran Bretaña y Argentina, que establecía acudir primero a las cortes nacionales en casos de disputa y si en un determinado lapso no había decisión se podía entonces acudir a arbitraje, la Corte señaló lo siguiente refiriéndose a la cláusula que establecía este requisito:

> Determina [la cláusula] *cuándo* la obligación contractual de arbitrar surge, no *si* existe del todo una obligación contractual de arbitrar Cf. 13 R. Lord, Williston on Contracts §38:7, pp. 435, 437; §38:4, p. 422 (4th ed. 2013) (una "condición precedente" determina qué debe suceder antes de que "una obligación contractual surja" pero eso no "hace depender que tenga validez el contrato" (énfasis añadido)). [Traducción libre del autor].

[8] BG Group PLC v. Republic of Argentina, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3115.pdf. El lugar del arbitraje fue en Washington D.C. por eso el caso llegó hasta los tribunales de los Estados Unidos de América.

En el caso *Welborn Clinic v. Medquist Inc*.[9], se indicó que el propósito de la cláusula escalonada "es indudablemente promover negociaciones exitosas para que ni el litigio ni el arbitraje sean necesarios, no preferir las cortes a un árbitro si las discusiones informales se rompen", manteniendo así el criterio que una vez que se pacta una cláusula escalonada que incluye el arbitraje, en virtud del mismo principio pro arbitraje, el incumplimiento de los requisitos pre arbitrales no extingue la obligación.

Recientemente, el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, en el caso *NWA and others v. NVF and others*[10] ayudó a despejar el debate existente entre la falta de jurisdicción o causal de inadmisibilidad para estos casos. Se trata de una disputa donde había una cláusula escalonada que establecía la mediación de conformidad con los procedimientos de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA) y si en un término de 30 días después de haber comenzado la mediación no se lograba un arreglo, entonces podría acudirse a arbitraje.

Cuando surgió una disputa, una de las partes solicitó el arbitraje y casi al mismo tiempo introdujo la solicitud de mediación, no cumpliendo así con exactitud lo establecido en la cláusula escalonada referente al lapso. La otra parte no participó en la mediación y aunque alegó la falta de jurisdicción en el procedimiento arbitral, éste se llevó a cabo y culminó en un laudo que fue recurrido.

Conforme a la ley inglesa, de considerarse el incumplimiento de la cláusula arbitral como una falta de jurisdicción, se permitiría ejercer el recurso de nulidad, mientras que si se considera como una causal de inadmisibilidad, será el tribunal arbitral quien resuelva y su decisión será definitiva. En términos de la sentencia del Tribunal Superior así lo expuso al resumir el asunto en cuestión:

> Este caso plantea la interesante pregunta de si el incumplimiento por una parte de un término de un acuerdo de arbitraje en que las partes buscarían primero mediar un arreglo de su disputa antes de remitir a arbitraje, conlleva a que el tribunal arbitral no tenga jurisdicción para escuchar la disputa de ningún modo (por lo tanto ser susceptible del recurso bajo la sección 67 de la Ley de

[9] 301 3d 634, 638 7th Cir. 2002: https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1167286.html

[10] NWA and others v. NVF and others [2021] EWHC 2666: https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2021/2666.html

> Arbitraje de 1996…o si se refiere solo a la impugnación de la admisibilidad de la disputa, en cuyo caso la decisión del tribunal [arbitral] es definitiva y no entra en el ámbito de aplicación de la sección 67 de la Ley.

La sentencia resalta que las partes al acordar la cláusula arbitral, aún con requisitos previos que debían cumplirse, decidieron someter siempre las disputas a arbitraje, por lo que debe entenderse que el incumplimiento de un requisito, como sería la mediación, no implica un cambio en la intención de las partes para llevar las disputas a los tribunales ordinarios; de hecho, concluir lo contrario "sería absurdo y no le daría sentido común comercial a la cláusula; ni le daría la interpretación que cualquier comerciante racional hubiese pretendido"[11].

Por último cabe destacar que en el caso *NWA and others v. NVF and others* la solicitud de arbitraje data de abril de 2019, el laudo se dictó en septiembre de 2020 y la decisión que negó el recurso de nulidad del laudo es de octubre de 2021. Si bien, el laudo no fue anulado, el incumplimiento del procedimiento previsto en la cláusula escalonada tal como pactaron las partes (lapso de 30 días después de comenzada la mediación para poder acudir a arbitraje) costó a la parte vencedora un año más discutiendo el caso en el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales.

Considerar el incumplimiento de la cláusula escalonada como una tema de admisibilidad de la solicitud de arbitraje, generalmente conlleva a analizar caso por caso si vale la pena llevar a cabo el mecanismo previsto en la cláusula o considerarlo innecesario y proceder con el arbitraje. De esta forma se cumple con la función propia del arbitraje de lograr celeridad en la resolución del conflicto.

En este sentido se ha desarrollado en distintas jurisdicciones criterios que pueden servir de guía al tribunal arbitral para determinar. Por ejemplo en el caso *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales señala los siguientes parámetros:

> La naturaleza de la disputa, los méritos del caso, la extensión en la cual otros métodos de resolución se han intentado, el hecho de

[11] NWA and others v. NVF and others [2021] EWHC 2666: https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2021/2666.html

> que los costos de los MASC serían desproporcionadamente altos, el hecho de que cualquier demora en llevar a cabo esos MASC hubiera sido perjudicial, y el hecho de que el MASC tenga una posibilidad razonable de éxito[12].

CONCLUSIONES

Los conflictos no son buenos para los negocios. El arbitraje ha demostrado ser una forma de dirimir las controversias entre comerciantes, en forma más rápida, efectiva y confiable que la justicia estatal. Sin embargo, al ser un método de solución de controversias cuya decisión depende de un tercero (el árbitro) y que cada parte presenta una posición contraria a la otra, la relación comercial puede verse afectada gravemente, llegando al punto que quien sea que resulte vencedor, la relación podría romperse por completo.

Las cláusulas escalonadas cumplen una función muy importante para evitar que una controversia, muchas veces sencilla, llegue al conocimiento de un tribunal arbitral, al agregar un procedimiento que implica la utilización de métodos de resolución de conflictos donde prevalece la colaboración entre las partes para la búsqueda de una solución favorable para todos los involucrados, y que permiten continuar la relación comercial e incluso la ejecución del contrato sobre el que versa la disputa, mientras se ventila la misma.

Existe una amplia combinación de fórmulas para una cláusula escalonada, que dependerá del tipo de contrato, de las partes, de la relación entre ellas, del ordenamiento jurídico aplicable etc. Lo más importante es que la cláusula sea redactada en términos claros y precisos (*definiteness*) para que no sea una simple declaración de buenas intenciones.

Cuando las partes manifiestan su intención de someter las disputas a arbitraje, esta manifestación debe interpretarse en el más amplio sentido. Es por esto que la interpretación hecha por varios tribunales, considerando el incumplimiento de los procedimientos previstos en una

---

[12] Rafael Bernal et al. "Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia", Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones, Vol. 5 Nº 1 (2012): https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/13065/1/Clausulas_Bernal_et_al_Arbitraje_2012.pdf

cláusula arbitral como un impedimento para el nacimiento del compromiso arbitral y que el tribunal arbitral entonces carece de jurisdicción, vulnera el principio pro arbitraje y la autonomía de la voluntad de las partes.

Al contrario, recientemente varios tribunales han afirmado que el incumplimiento de la cláusula escalonada es un tema de admisibilidad, que debe resolver el tribunal arbitral. La resolución debe basarse, también tomando en cuenta los principios de celeridad y flexibilidad del arbitraje así como el texto mismo de la cláusula, en las circunstancias concretas del caso que permitan decidir si someter la disputa a los mecanismos de resolución de controversias sería útil en ese momento o si por el contrario, lo más beneficioso sería continuar con el arbitraje.