



Cláusulas escalonadas de solución de controversias: una aproximación a sus principales problemáticas^(*)

Multi-tiered dispute resolution clauses: an approach to their main problems

Dario Andrés Rodríguez Uriol^()**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: Las cláusulas escalonadas de solución de controversias son un tipo de convenio arbitral muy popular hoy en día. Estas cláusulas prevén que, para solucionar las controversias que surjan en torno a una relación contractual, las partes podrán o deberán recurrir a más de un mecanismo de solución de controversias, los cuales serán utilizados de forma progresiva, uno después de otro. Si bien este tipo de pactos pueden presentar ventajas para las partes, también pueden llegar a ser cláusulas problemáticas que, de diseñarse o gestionarse de forma inadecuada, pueden ser fuente de conflictos adicionales a los ya surgidos. Por ello, en el presente artículo, se analizarán las principales problemáticas que surgen en torno a este tipo de acuerdos. Más concretamente, se analizan tres problemáticas en torno a las etapas pre arbitrales: su obligatoriedad, los factores más relevantes a tener en cuenta para su ejecución y cumplimiento, y las consecuencias que su incumplimiento trae para el proceso arbitral.

Palabras clave: Arbitraje - Convenio arbitral - Cláusulas escalonadas - Solución de controversias - Mecanismos autocompositivos - Tutela jurisdiccional efectiva - Admisibilidad del arbitraje - Incompetencia jurisdiccional

Abstract: The multi-tiered dispute resolution clauses are a very popular type of arbitration agreement nowadays. These clauses provide that, in order to resolve disputes arising out of a contractual relationship, the parties may or should have recourse to more than one dispute resolution mechanism, which will be used progressively, one after the other. Although this type of covenants may present advantages for the parties, they may also become problematic clauses, which, when inadequately designed or managed, may be a source of additional conflicts to those already arising. For this reason, this article will analyze the main problems that arise in connection with this type of agreement. More specifically, three issues are analyzed in relation to the pre-arbitration stages: their enforceability, the most relevant factors to be taken into account for their execution and compliance, and the consequences of non-compliance for the arbitration process.

Keywords: Arbitration - Arbitration agreement - Multi-tiered dispute resolution clauses - Self-compositive dispute resolution mechanisms - Effective judicial protection - Admissibility of arbitration - Jurisdictional incompetence

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 15 de abril de 2023 y su publicación fue aprobada el 01 de junio de 2023.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-1356-9988>. Correo electrónico: rodriguez.dario@pucp.pe.



1. Introducción

A medida que el arbitraje se ha ido posicionando y popularizando como uno de los mecanismos más utilizados para la solución de controversias, las cláusulas arbitrales han ido ganando mayor sofisticación y se han ido adaptando a efectos de responder a distintas necesidades y tipos de contratos. En la actualidad, uno de los tipos de cláusula arbitral que se utiliza con mayor frecuencia son las denominadas “cláusulas escalonadas de solución de controversias”, o, en inglés, “*multi-tiered dispute resolution clauses*”. Este tipo de cláusulas se caracterizan por incluir diversos mecanismos de solución de conflictos a fin de que sean utilizados de forma progresiva por las partes del conflicto, uno después de otro.

Si bien es indudable la utilidad de estas cláusulas para la mejor resolución de las disputas, no deja de ser cierto que existen problemáticas en relación a su obligatoriedad, forma de ejecución y las consecuencias de su incumplimiento. En el presente trabajo, realizamos un análisis jurídico de las principales problemáticas que giran en torno a las cláusulas escalonadas de solución de controversias. Para ello, partiremos por realizar una definición de estas. Luego, haremos un análisis acerca de la obligatoriedad de su cumplimiento para las partes. Posteriormente, se desarrollarán los principales factores que deben tomarse en cuenta para determinar si la etapa pre arbitral ha sido cumplida o no. Finalmente, analizaremos el impacto que genera el incumplimiento de la etapa pre arbitral para el inicio y/o el desarrollo del arbitraje.

Analizar las problemáticas que surgen en torno a las cláusulas escalonadas de solución de controversias, así como determinar la obligatoriedad y vinculatoriedad de las etapas pre arbitrales, es muy importante. En primer lugar, porque este tipo de cláusulas se han vuelto muy comunes hoy en día, y cada vez están presentes en mayor cantidad de contratos. En segundo lugar, porque definir sus características, alcances y naturaleza puede tener un gran impacto en relación al correcto inicio y desarrollo del arbitraje. En tercer lugar, porque, si no se resuelven adecuadamente las cuestiones problemáticas que presentan las cláusulas escalonadas de solución de controversias, estas podrían convertirse en un arma de doble filo; es decir, podrían terminar generando mayores conflictos entre las partes, lo cual agrava e impide que las controversias se solucionen con la mayor rapidez y eficiencia posible.

2. Definición: ¿qué son las cláusulas escalonadas de solución de controversias

En términos simples, las cláusulas escalonadas de solución de controversias son aquellas que regulan la utilización de dos o más mecanismos de resolución de conflictos a efectos de que

puedan y/o deban ser aplicados de manera consecutiva o “escalonada”. Estas cláusulas se incluyen en los contratos con el propósito de regular de modo más eficiente las disputas que puedan surgir entre las partes.

En la mayoría de casos, estas cláusulas comprenden dos etapas. La primera suele estar compuesta por la negociación, mediación, conciliación o *dispute boards* (este último mayormente en contratos de construcción). Posteriormente, en caso de que estos mecanismos no logren solucionar el conflicto, se recurrirá al arbitraje como la etapa definitiva. Por ejemplo, en el “Reglamento de Mediación” publicado por la Cámara de Comercio Internacional (2014), podemos encontrar un modelo de cláusula arbitral escalonada que prevé a la mediación como paso previo al arbitraje:

En caso de controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a someterlas en primer lugar al procedimiento con arreglo al Reglamento de Mediación de la CCI. A falta de resolución de las controversias según dicho Reglamento dentro de los [45] días siguientes a la presentación de la solicitud de Mediación, o al vencimiento de otro plazo que hubiera sido acordado por escrito por las partes, tales controversias deberán ser resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje (p. 102).

Si bien la mayoría de cláusulas escalonadas prevén solo dos etapas, también es posible encontrar algunas que contienen tres mecanismos de solución de controversias. Podemos encontrar un modelo de esta cláusula en la “Guía para la Redacción de Cláusulas Internacionales de Solución de Disputas”, publicada por International Centre For Dispute Resolution (2020). En este modelo, se pacta la utilización de la negociación, la mediación y, posteriormente, el arbitraje:

En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con



su incumplimiento, las partes deberán consultarse y negociar entre ellas y, reconociendo sus intereses en común, tratarán de alcanzar una solución satisfactoria. Si las partes no llegan a un acuerdo dentro de un periodo de 60 días, cualquiera de las partes podrá, mediante notificación a la otra parte y al Centro Internacional para la Resolución de Disputas, iniciar una mediación, conforme al Reglamento de Mediación Internacional del Centro Internacional para la Resolución de Disputas. Si las partes no logran llegar a un acuerdo dentro de los 60 días siguientes a la notificación de una solicitud de mediación por escrito, cualquier controversia o reclamación que no haya sido resuelta será sometida a arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional (p. 5).

En términos prácticos, el hecho de que este tipo de cláusulas contemplen una instancia previa al arbitraje, sea de negociación, mediación, conciliación, o cualquier otro mecanismo de solución de controversias, significa que las partes han establecido condiciones previas sin cuyo cumplimiento el arbitraje no podrá llevarse a cabo. Es decir, las partes han acordado que el acceso a la vía arbitral no será directo e inmediato.

¿Por qué se pactan este tipo de cláusulas? Desde nuestro punto de vista, ello se debe, principalmente, al interés que tienen las partes de solucionar sus controversias de forma rápida y eficiente, evitando, en la medida de lo posible, recurrir al arbitraje, que puede llegar a ser un proceso largo y costoso. Asimismo, el usar mecanismos previos como la negociación, mediación o conciliación, que son de tipo autocompositivo, permite a las partes mantener en buen estado sus relaciones comerciales y contractuales. Ello es muy importante, sobre todo, cuando se trata de contratos de ejecución continuada, o de proyectos de larga duración y complejidad.

Como expresa Caivano (2011), los mecanismos autocompositivos de solución de controversias traen ventajas como armonizar los intereses contrapuestos de las partes, permitiéndoles extinguir el desacuerdo desde la raíz, preservar sus buenas relaciones comerciales y contractuales, brindar a las partes la posibilidad de arribar a una solución en la que ambas resulten ganadoras, y la reducción de costos y tiempo. En esa línea, Jones (2009) sostiene que los contratos de ejecución compleja son propensos a derivar en conflictos, los cuales pueden detener la ejecución de los proyectos. Para evitar esa situación, es útil pactar que las controversias sean resueltas, primero, mediante mecanismos autocompositivos. Según el autor, ello funciona como un filtro en el que sólo aquellas disputas que, por su complejidad, requieran procedimientos más sofisticados para su solución, darán lugar al arbitraje, que es un mecanismo más costoso, largo y engorroso. De

esta forma, logrará preservarse en mayor medida la buena relación y entendimiento entre las partes.

En suma, el objetivo de este tipo de cláusulas no es otro que dar la oportunidad a las partes para que puedan solucionar la controversia de manera más expedita, económica y menos conflictiva posible, preservando así su buena relación comercial y contractual, lo cual muchas veces no es posible en un proceso arbitral (Cremades, 2016).

Sin embargo, así como pueden tener ventajas, este tipo de cláusulas no están exentas de problemas. Desde nuestro punto de vista, las principales problemáticas en torno a este tipo de pactos se relacionan a si es que cumplimiento de la etapa pre arbitral es obligatorio o no para las partes, a los factores que se deben tener en cuenta para determinar si esta etapa pre arbitral se ha cumplido o no, y al impacto que su incumplimiento tiene para el inicio del arbitraje o para la competencia de los árbitros.

Plantear una respuesta adecuada a las cuestiones antes indicadas es muy importante, pues si no se resuelven adecuadamente, estas problemáticas pueden terminar perjudicando el deseo primigenio de las partes de garantizar una solución rápida, vinculante y neutral a sus controversias (Born, 2021). En otras palabras, si no se diseñan y gestionan adecuadamente las cláusulas escalonadas de solución de controversias, estas pueden terminar convirtiéndose en una fuente de conflictos y problemas adicionales a los ya surgidos.

3. La obligatoriedad de los mecanismos de solución de controversias previos al arbitraje

Una primera problemática en torno a las cláusulas escalonadas de solución de controversias versa sobre si las etapas pre arbitrales son de obligatorio cumplimiento para las partes o no. Respecto a este punto, como lugar de partida, deben evaluarse los términos contenidos en el propio acuerdo contractual. Es decir, si las propias partes han



acordado que la etapa pre arbitral será obligatoria u optativa. Ello se determina a partir del lenguaje empleado por las partes en la redacción de la cláusula.

Si para referirse al cumplimiento de la etapa previa las partes han usado fraseos como: “las partes podrán resolver sus controversias de forma amistosa, antes de recurrir a un arbitraje”, o “las partes, facultativamente, intentarán solucionar sus controversias a través de un mecanismo conciliatorio, de forma previa a recurrir al arbitraje”, entonces nos encontramos ante una cláusula en la que el mecanismo pre arbitral no se ha regulado de forma obligatoria, sino optativa. Por el contrario, si las partes han utilizado fraseos como “las partes deberán resolver sus controversias de forma amistosa, previo a recurrir a un arbitraje” o “las partes se obligan a intentar solucionar sus controversias a través de un mecanismo conciliatorio, de forma previa a recurrir al arbitraje”, entonces podemos concluir que la intención de las partes ha sido que las etapas previas sean de obligatorio cumplimiento (Born, 2021; Caivano, 2011).

Este criterio ha sido adoptado en diversos laudos arbitrales emitidos bajo la administración de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), en los que se ha interpretado que cuando se usan palabras que expresan una obligación, como “las partes deberán”, ello genera que las etapas pre arbitrales sean vinculantes y de obligatorio cumplimiento (Born, 2021). De la misma forma, existen laudos arbitrales de la ICC en los que se ha considerado que el uso de términos como “las partes podrán”, significa que el paso por las etapas pre arbitrales es facultativo y no obligatorio (Jones, 2009). En este caso, los tribunales de la ICC han considerado que pueden proceder directamente con el arbitraje, aunque la etapa previa no se haya llevado a cabo (Friedrich, 2005).

Ahora bien, es poco usual que las partes pacten que el paso por las etapas pre arbitrales sea meramente optativo o facultativo. Como explica Caivano (2011), ello carecería de sentido, debido a que la posibilidad de intentar arribar a un acuerdo amistoso siempre estará disponible para las partes, por lo que un pacto facultativo resulta ser innecesario e irrelevante, dado que es una potestad que las partes nunca pierden. Lo que generalmente ocurre es que la intención de las partes, al menos en la etapa de negociación y suscripción del contrato, es que el paso por las etapas pre arbitrales sea obligatorio.

En muchas jurisdicciones, se ha observado una tendencia general a dotar de validez y obligatoriedad a las cláusulas escalonadas de solución de controversias. Como indica Torterola (2011), incluso en aquellas tradiciones jurídicas que se caracterizan por ser respetuosas del arbitraje, y por impulsarlo y promoverlo como mecanismo de solución de controversias, también se puede apreciar una marcada tendencia a darle validez y efectos vinculantes a las cláusulas que establecen condiciones para que una parte acceda al arbitraje. Según el autor, el enfoque *favore arbitri* no implica que los tribunales

arbitrales puedan apartarse de lo acordado por las partes.

Así, por ejemplo, en la jurisdicción alemana, hay una tendencia favorable a otorgar validez y efectos obligatorios a cláusulas escalonadas de solución de controversias (Torterola, 2011). Los tribunales alemanes consideran que una acción jurisdiccional interpuesta en incumplimiento de la etapa pre arbitral es prematura, por lo que rechazan dicha acción considerándola como temporalmente inadmisibile (Friedrich, 2005; Mitrovic, 2019).

En la jurisdicción francesa, la jurisprudencia ha considerado que las partes pueden establecer, vía pacto contractual, requisitos o condiciones de admisibilidad de la acción jurisdiccional. En diversas sentencias de la Corte de Casación Francesa, se ha ratificado que el incumplimiento del mecanismo de solución de controversias que las partes han pactado de forma previa al arbitraje constituye una cuestión de admisibilidad de la acción jurisdiccional; es decir, la convierte en inadmisibile (Cremades, 2016).

En Suiza, también se ha reafirmado el carácter obligatorio de los pactos que establecen procedimientos de solución de controversias previos al arbitraje. A consideración del Tribunal Federal Suizo, hasta que no se haya cumplido con el mecanismo pre arbitral pactado, el acuerdo de las partes para someterse a arbitraje aún no es obligatorio y, por tanto, el tribunal arbitral carece de competencia. En una importante decisión emitida en el año 2016 (Decisión 4A_628/2015), el Tribunal Federal Suizo aclaró cuál debía ser la sanción o consecuencia del incumplimiento de la etapa pre arbitral, concluyendo que la opción más adecuada era declarar la suspensión del proceso y la fijación de un plazo para que la etapa previa pueda llevarse a cabo (Cremades, 2016; Mitrovic, 2019).

La tendencia favorable a considerar como obligatorias las cláusulas escalonadas de solución de controversias también se han apreciado en jurisdicciones del *common law*. Los tribunales estadounidenses, por ejemplo, han tenido una tendencia cada vez más creciente a dar efectos vinculantes



y ejecutables a las cláusulas que establecen etapas de negociación o mediación previas al mecanismo jurisdiccional (Caivano, 2011). Los tribunales estadounidenses han hecho énfasis en que la etapa pre arbitral debe haberse diseñado de forma clara y precisa para que no quepa duda de su obligatoriedad y sea posible determinar si se ha cumplido o no. Es decir, aquellos acuerdos cuyos términos sean demasiado abiertos no han sido considerados como vinculantes ni ejecutables debido a su vaguedad e imposibilidad de determinar cuándo se ha cumplido la etapa pre arbitral (Bernal et. al, 2012).

De la misma forma, en la jurisdicción inglesa, tradicionalmente se sostenía que los *agreements to agree* o los *agreements to negotiate* no eran ejecutables ni obligatorios por ser acuerdos imprecisos y con falta de certeza, por lo que carecían de fuerza vinculante (Friedrich, 2005). Sin embargo, a raíz del caso *Channel Tunnel* (1993), la Corte Comercial de Inglaterra cambió la jurisprudencia imperante y consideró que ese tipo de acuerdos solo eran ejecutables y obligatorios si se había definido de forma suficiente cuáles eran las obligaciones concretas que debían cumplir las partes en cada etapa; así, aquellos acuerdos cuyos términos no se hayan definido de forma suficiente seguirían siendo inejecutables a la luz del Derecho inglés (Bernal et. al, 2012). Otro caso importante fue el caso *Cable & Wireless* (2002), en el cual se otorgó efectos obligatorios y ejecutables a una cláusula escalonada que preveía una etapa de negociaciones previa al arbitraje, la cual debía llevarse a cabo ante una entidad en concreto que provea este servicio. En este caso, se consideró que ya no se trataba de una simple “promesa de negociación”, sino que las partes habían definido un método en específico que era susceptible de ser ejecutado (Caivano, 2011).

Si nos remitimos a un ámbito geográfico más cercano al peruano, la tendencia favorable a otorgar validez y obligatoriedad a las cláusulas escalonadas de solución de controversias no se ha repetido. Así, por ejemplo, Bernal et. al (2012) explica que, en Colombia, las cortes más altas del país han fijado criterios no solo dispares, sino incluso contradictorios. Como detalla el autor, por un lado, el Consejo de Estado⁽¹⁾ ha marcado una línea jurisprudencial que niega los efectos vinculantes y obligatorios a las cláusulas escalonadas bajo la lógica de que las partes no pueden establecer contractualmente requisitos de procedibilidad distintos a los que establece el ordenamiento jurídico por ser una cuestión de derecho público. Pero, por otro lado, en el año 2008, el Tribunal Superior de Bogotá emitió una sentencia en la que se declaró nulo un laudo arbitral por el incumplimiento de la cláusula escalonada, indicando que esta era producto de la voluntad de las partes y, por tanto,

era una estipulación contractual válida y de obligatorio cumplimiento. Finalmente, la Corte Constitucional Colombiana, en una sentencia emitida en el año 2009, consideró que las etapas previas al arbitraje sí eran de obligatorio cumplimiento, pues se habían pactado en el marco de la autonomía de la voluntad y su exigencia no negaba a las partes del acceso a la administración de justicia, por lo que, según la Corte Constitucional, su incumplimiento determinaba la incompetencia del tribunal arbitral. No obstante, posteriormente a estos pronunciamientos jurisprudenciales, en el año 2012, se aprobó en Colombia el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), en cuyo artículo 13 se establece que los acuerdos entre las partes que establezcan requisitos de procedibilidad para acceder a la tutela jurisdiccional no se consideran obligatorios. A raíz de esta norma, doctrina colombiana ha interpretado que se ha quitado total validez y eficacia a las cláusulas escalonadas de solución de controversias, por lo que las etapas pre arbitrales no son obligatorias para las partes (Brito, 2019).

En el ámbito peruano, el desarrollo jurisprudencial que se ha brindado al tema que nos ocupa ha sido escaso y contradictorio. Como explican Yano y Serván (2020), mientras que el Tribunal Constitucional ha considerado que los procedimientos pre arbitrales son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, la Corte Superior de Justicia de Lima ha considerado que no resulta válido impedir el acceso de las partes a la tutela jurisdiccional efectiva. Por su parte, la postura de los autores se alinea con la expresada por la Corte Superior de Justicia de Lima, pues consideran que, en tanto el arbitraje en el Perú tiene naturaleza jurisdiccional, la posición jurídicamente correcta es aquella que niega la obligatoriedad de la etapa pre arbitral, pues esta afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva al suponer una traba al derecho de acción. De esta manera, los autores entienden que, en atención al principio de acceso irrestricto a la jurisdicción, no resultaría jurídicamente válido imponer

(1) En Colombia, el Consejo de Estado es la máxima instancia en los procesos contencioso-administrativos y se encarga de conocer las demandas de anulación de laudos en aquellos casos en los que alguna entidad del Estado haya sido parte del arbitraje.



límites o restricciones para acceder a este derecho. Una posición similar ha sido sostenida por Cantuarias y Repetto (2014), quienes expresan que, en el marco de una concepción jurisdiccional del arbitraje (como es la concepción que ha adoptado el Tribunal Constitucional peruano), las cláusulas escalonadas de solución de controversias no tendrían validez, debido a que impedirían el acceso a la jurisdicción.

Teniendo en cuenta el tratamiento dispar que los tribunales nacionales peruanos le han brindado al tema, así como el escaso tratamiento doctrinario que se ha ocupado del asunto en el Perú, creemos que es necesario e importante profundizar más en el análisis de las cláusulas escalonadas de solución de controversias.

Nuestra postura es que, en el Perú, las cláusulas escalonadas sí deben ser consideradas como válidas y de obligatorio cumplimiento para las partes. Sostenemos ello, en primer lugar, porque la regulación arbitral peruana brinda un carácter vinculante y obligatorio a la común intención de las partes expresada en el convenio arbitral; por tanto, las condiciones para el inicio del arbitraje que hayan pactado las partes serán vinculantes y de obligatorio cumplimiento. En segundo lugar, porque, desde nuestro punto de vista, exigir el paso por la etapa pre arbitral no implica ni supone una privación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. A continuación, desarrollaremos cada uno de estos puntos.

El carácter vinculante y obligatorio del convenio arbitral es un principio reconocido expresamente en el artículo 13 del Decreto Legislativo 1071 (Ley de Arbitraje). Esta norma define al convenio arbitral como aquel acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que surjan respecto de una determinada relación jurídica. En términos simples, lo que esta norma dispone es que el arbitraje surge a raíz de la voluntad común de las partes para someter a arbitraje sus controversias.

Como indica Soto (2011), el arbitraje es una institución que se funda en la autonomía privada y la libertad contractual de las partes, por lo que el acuerdo (contenido en el convenio arbitral) es lo que constituye la partida de nacimiento del arbitraje. En el mismo sentido, Bullard (2011) sostiene que el carácter vinculante del arbitraje y del propio laudo provienen del acuerdo entre las partes para arbitrar; en ese sentido, indica el autor que el arbitraje es obligatorio, porque se trata de un contrato que vincula a las partes que lo suscriben.

Más allá de que un sector de la doctrina nacional peruana sostenga que el arbitraje tiene una naturaleza jurisdiccional, lo cual ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional, ello no implica una negación de su origen contractual, materializado en el convenio arbitral. El propio Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente 06167-2005-PHC/TC, ha reconocido el origen contractual del arbitraje, indicando

que el convenio arbitral tiene una naturaleza contractual, lo cual obliga a las partes a la realización de los actos necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo.

El valor e importancia de la voluntad común entre las partes no solo se ve reflejado en el convenio arbitral, sino también en el carácter vinculante y obligatorio de todos los acuerdos a los que arriben las partes sobre aspectos procesales. Así, el inciso 1 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje establece que las partes pueden determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones y, que solo a falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decide las reglas que considere más apropiadas al caso. En relación a esta norma, Kundmüller (2011) indica que la libertad de las partes para establecer libremente las reglas del proceso, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, es un principio inherente al arbitraje. Según el autor, dicha libertad reconocida a las partes surge de los componentes económicos y comerciales que están inmersos en el arbitraje, así como de la finalidad pragmática de este medio de solución de controversias.

El valor vinculante y la importancia que tiene la voluntad común entre las partes se ve plasmada también en múltiples disposiciones de la Ley de Arbitraje, como el artículo 23, que establece que las partes pueden acordar libremente el procedimiento para el nombramiento de los árbitros. De igual manera, en el literal c) del inciso 1 del artículo 63, que establece como una causal de anulación del laudo cuando la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes. Asimismo, el inciso 2 del artículo 64 determina que las partes pueden establecer de común acuerdo requisitos o condiciones para la interposición del recurso de anulación del laudo, entre otras disposiciones.

En suma, la voluntad común entre las partes es uno de los principios y valores más importantes para el arbitraje, lo que trae como consecuencia que dicha voluntad común tenga un carácter vinculante y obligatorio, ya sea que esté plasmada en el convenio



arbitral o en las reglas procesales pactadas. De esta forma, las condiciones que las partes han pactado para acceder al arbitraje gozan de toda la protección jurídica que nuestro ordenamiento jurídico otorga al convenio arbitral. Por lo tanto, los mecanismos de solución de controversias pactados de forma previa al inicio del arbitraje, al formar parte del convenio arbitral, son de obligatorio cumplimiento. Es decir, las cláusulas escalonadas de solución de controversias son vinculantes y obligatorias porque son un tipo de convenio arbitral.

Esto ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional del Perú en la Sentencia recaída en el Expediente 05311-2007-PA/TC. Al referirse a las cláusulas escalonadas de solución de controversias, el Tribunal Constitucional indica lo siguiente:

12) Debe quedar plenamente establecido 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 si por consiguiente y de acuerdo con estas últimas, existe una etapa de previas negociaciones, 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.

Entonces, queda claro que nuestro ordenamiento jurídico ha otorgado una importancia fundamental al acuerdo entre las partes, expresado tanto en el convenio arbitral, que es la institución jurídica en base a la que se funda el arbitraje, como también en todos los acuerdos a los que arriben las partes en uso de su autonomía privada. Por ello, consideramos que las cláusulas escalonadas de solución de controversias son válidas en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que las etapas pre arbitrales que las partes hayan pactado son de cumplimiento obligatorio.

Ahora bien, en relación con el argumento en torno a la vulneración al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, somos de la postura de que las cláusulas escalonadas de solución de controversias no suponen ni implican una vulneración a este derecho fundamental. Afirmamos ello, principalmente, por tres razones.

En primer lugar, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no es un derecho absoluto (como, en general, no lo es ningún derecho fundamental). Por el contrario, nos encontramos ante un derecho fundamental relativo, lo que implica que puede ser sometido a restricciones en aras de salvaguardar otros bienes constitucionales (Landa, 2017). En el caso de las cláusulas escalonadas de solución de controversias, el bien constitucional que las respalda es la autonomía privada de las partes, en cuyo ejercicio estas han pactado condiciones para el inicio del arbitraje.

La autonomía privada de las partes, al igual que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, también es un derecho fundamental. Por tanto, como sostiene Campos (2020), la sola invocación de un derecho en contra de otro no resulta útil a efectos de definir si es válido o no un determinado acuerdo arbitral. Por ello, desde nuestro punto de vista, negar la validez jurídica de las cláusulas escalonadas de solución de controversias por el solo hecho de que establecen condiciones al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es una visión alejada del estado constitucional de derecho, en el que los derechos fundamentales son relativos y están en constante interacción entre ellos. Además, niega la razonabilidad y lógica jurídica que está detrás de este tipo de acuerdos.

En segundo lugar, el hecho de que las partes hayan establecido condiciones para el inicio del arbitraje no equivale a que estas hayan renunciado a la tutela jurisdiccional efectiva que las asiste. En general, establecer requisitos para el ejercicio de un derecho no es lo mismo que renunciar a este derecho o privar su goce. Ello ha sido dejado en claro por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 014-2002-AI/TC, en la que ha indicado que una cosa es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra muy distinta es disminuirlo o suprimirlo. Según el Tribunal Constitucional, la limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones en las que deberá realizarse su ejercicio, siempre que se respete el contenido esencial de tal derecho.

En el caso de las cláusulas escalonadas de solución de controversias, estas no suponen una privación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes, sino que se trata únicamente del establecimiento de condiciones que las partes, en uso de su autonomía privada, se han impuesto a sí mismas, persiguiendo la reducción de costos y eficacia en la solución de sus controversias. Por tanto, consideramos que las cláusulas escalonadas no deben ser vistas como impedimentos o restricciones al acceso a la tutela jurisdiccional, sino como el mecanismo



que han pactado las partes, en uso de su autonomía privada, para resolver sus controversias.

En esa misma línea, Campos (2020) sostiene que solo podría cuestionarse la autonomía de los particulares y, por lo tanto, calificar a sus acuerdos como nulos o inválidos si mediante dichos negocios jurídicos se renunciara o abdicara, de forma general y abstracta, al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (en su dimensión de acceso a la justicia). Esta misma posición ha sido sostenida por el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 05728-2015-PA/TC, en la que ha indicado que no toda restricción al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es por sí misma inconstitucional o inválida. Según los propios términos del Tribunal Constitucional:

16. En consecuencia, existirá una lesión al derecho de tutela jurisdiccional efectiva, en su manifestación de acceso a la justicia, cuando: (i) se impida o prohíba a una persona solicitar tutela en la vía jurisdiccional sin que exista una justificación constitucional válida para ello; o, (ii) se establezcan barreras, requisitos u obstáculos que, sin prohibir directamente el acceso a la jurisdicción, dificulten o restrinjan arbitrariamente la posibilidad de solicitar tutela en sede jurisdiccional.

Las cláusulas escalonadas de solución de controversias no implican una privación arbitraria o absoluta del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sino que se trata únicamente del establecimiento de condiciones previas que deben cumplirse para el ejercicio de este derecho. Estas condiciones cuentan con una justificación y respaldo constitucional al estar amparadas en un bien constitucional como lo es la común intención de las partes en uso de su autonomía privada.

En tercer lugar, no debe perderse de vista que el inciso 1 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje establece que pueden someterse a arbitraje únicamente aquellas materias que, por su naturaleza, sean de libre disposición entre las partes. Es decir, las materias que las partes someten a conocimiento de los tribunales arbitrales son, por definición y naturaleza, materias de libre disponibilidad.

Siendo ello así, el pacto por el que se establecen condiciones para acceso al arbitraje no vulnera ninguna norma de orden público ni atenta contra el interés público, pues atañe a derechos de libre disponibilidad para las partes. Por tanto, no habría imposibilidad o prohibición alguna para que las partes puedan establecer condiciones para el acceso al arbitraje, precisamente porque dicho arbitraje versará sobre derechos que, por definición, son de libre disposición. Como sostiene Bernal et al. (2012), desde un punto de vista lógico, resultaría contradictorio que las partes puedan renunciar a la jurisdicción estatal, privilegiando otro mecanismo de solución de controversias como es el arbitraje, pero no puedan pactar una serie de requisitos o escalones obligatorios antes de llegar al arbitraje.

Por todas las razones anteriormente expuestas, consideramos que las cláusulas escalonadas de solución de controversias son obligatorias y vinculantes en el ámbito peruano, debido a que es la propia legislación arbitral la que le otorga un carácter válido y obligatorio a este tipo de pactos contractuales y, además, porque este tipo de cláusulas no implican ni suponen una privación, renuncia, o limitación arbitraria del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

4. Factores a tener en cuenta para evaluar la ejecución y el cumplimiento de las etapas pre arbitrales

Una segunda problemática que surge en torno a las cláusulas escalonadas de solución de controversias radica en su ejecución; o, dicho de otro modo, en la forma en cómo debe cumplirse la etapa previa al arbitraje. En torno a este tema, una idea general expresada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional ha sido que el factor más importante para determinar el modo de ejecución de las etapas pre arbitrales ha sido la forma en cómo las propias partes han diseñado o regulado dichas etapas. Concretamente, lo que debe analizarse es con cuánto detalle y especificación se han diseñado los mecanismos de solución de controversias previos al arbitraje.

Existe una marcada tendencia en la jurisprudencia internacional que considera que cuando las etapas pre arbitrales han sido descritas con suficiente detalle y con hitos de cumplimiento objetivamente verificables, serán obligatorias y ejecutables. Por el contrario, si la mención de la etapa previa ha sido genérica, vaga e imprecisa, el paso por esta no será obligatorio. Como afirma Born (2021), ante la presencia de términos precisos y un lenguaje claro que detalle con precisión cuales son las obligaciones que deben cumplir las partes, tanto las cortes nacionales como los tribunales arbitrales han considerado que las etapas de negociación y mediación previas al arbitraje son válidas y obligatorias; por el contrario, la mayoría de veces en que las que las cortes estatales han declarado que los acuerdos para negociar son



inválidos e inejecutables ha sido debido a la falta de certidumbre en cuanto a su forma de ejecución.

Esta tendencia a exigir directrices claras y específicas en cuanto al diseño de los mecanismos de solución de controversias previos al arbitraje ha estado más presente en países de la tradición jurídica del *common law*. En la jurisdicción estadounidense, ha surgido el concepto de “definiteness”, que se refiere a la exigencia de requisitos específicos y objetivamente verificables para determinar si se ha cumplido o no con la etapa pre arbitral. Estos requisitos pueden consistir, por ejemplo, en establecer una duración mínima o máxima de los periodos de negociación, establecer un número determinado de sesiones en las que los representantes de las partes intentarán resolver sus controversias, o que la negociación, mediación o conciliación se haya sometido a reglas específicas de alguna institución, o bajo su auspicio (Bernal et. al, 2012). En la jurisdicción inglesa, tradicionalmente se sostenía que los acuerdos para negociar no eran ejecutables por su imprecisión y vaguedad, lo cual los hacía carecer de fuerza vinculante (Friedrich, 2005). No obstante, dicha postura tradicional cambió a raíz de casos célebres en los que se exigió que, para que ese tipo de acuerdos sean ejecutables y obligatorios, las partes debían definir de forma clara las obligaciones que se debían cumplir. Por ejemplo, si las partes pactaban que la etapa de negociación debía realizarse ante una entidad en concreto que provea este servicio, ya no era simplemente una promesa de negociación, sino que se había establecido un método en específico susceptible de ser exigido y ejecutado (Bernal et. al, 2012; Caivano, 2011).

Otro factor importante al momento de evaluar la forma de ejecución y cumplimiento de la etapa pre arbitral radica en cuál es el mecanismo de solución de controversias que las partes han pactado. Como hemos visto, son diversos los mecanismos de solución de controversias que pueden pactarse en una cláusula escalonada. Dependiendo de qué mecanismo se haya elegido, habrá mayores o menores complejidades al momento de evaluar su cumplimiento y ejecución.

Cuando se trata de mecanismos como la mediación o la conciliación, generalmente hay mayor claridad sobre las reglas y obligaciones que se deben seguir para considerar que se ha cumplido con la etapa previa. Por ejemplo, en el caso de la conciliación, en el Perú contamos con la Ley 26872, en la que se regulan principios, actuaciones, plazos, formalidades y otros aspectos relevantes en torno a este mecanismo de solución de controversias. Adicionalmente, las partes suelen someterse a centros especializados que brindan servicios de mediación o conciliación. Todo ello hace que las partes y, eventualmente, los árbitros tengan mayores herramientas y estándares para determinar si se ha cumplido o no con la etapa pre arbitral.

Un acuerdo de mediación o conciliación requiere que se realicen esfuerzos para seleccionar a un mediador o

conciliador. Además, frente a este mediador o conciliador, las partes deben mostrar sus mejores esfuerzos en aras de resolver el conflicto; de lo contrario, puede considerarse que están incumpliendo sus obligaciones. Por otro lado, dado que en los procedimientos de conciliación o mediación participa un tercero (conciliador o mediador), el que dirige las sesiones conciliatorias, o hace intentos para que las partes puedan arribar a un acuerdo, es más sencillo probar el cumplimiento de la etapa pre arbitral en base a las declaraciones o actas suscritas por este tercero (Caivano, 2011).

Por tanto, cuando la etapa pre arbitral seleccionada es la mediación o la conciliación, o incluso un mecanismo aún más especializado como las “dispute boards”, es más fácil determinar cuándo esta etapa pre arbitral ha sido cumplida. En cambio, cuando el mecanismo de solución de controversias previo al arbitraje es la negociación o el trato directo entre las partes, puede llegar a ser más difícil determinar si la etapa pre arbitral se ha cumplido o no. Por ello, en estos casos, cobra aún mayor importancia que las partes detallen con suficiente precisión la forma en cómo va a cumplirse esta etapa.

Al respecto, las “Directrices para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional” de la International Bar Association (IBA, 2010), establecen, como lineamientos para la redacción de cláusulas escalonadas de solución de controversias, que se indique un periodo de tiempo específico que durará la negociación. Además, recomiendan que se establezca un evento concreto, definido e indiscutible, cuya ocurrencia marcará el inicio de la etapa de negociaciones o trato directo; por ejemplo, puede aludirse a una invitación escrita para iniciar las negociaciones. Otras recomendaciones de la doctrina se centran en que este tipo de cláusulas sean pactadas preferentemente en contratos complejos y de larga duración (como contratos de obra o de explotación de recursos naturales), y siempre que las partes tengan una trayectoria comercial en conjunto, de forma tal que puedan prever si realmente existirán posibilidades de arribar a un acuerdo amistoso en caso surja alguna controversia (Umpiérrez, 2021). En general, todas estas



recomendaciones buscan evitar que las cláusulas escalonadas de solución de controversias, más que solucionar el conflicto, lo agrave aún más, y minimizar el riesgo de que una parte las use de mala fe únicamente con el objetivo de trabar el curso normal del arbitraje.

Ahora bien, ¿qué sucede si las partes no han detallado de forma suficiente el procedimiento de negociación o trato directo, o no han establecido directrices para determinar cuándo la etapa ha sido cumplida? Esta situación suele producirse en una gran cantidad de contratos, en los que las partes simplemente indican que, previo al arbitraje, deberán pasar por una etapa de negociaciones o trato directo, sin brindar ningún detalle adicional. ¿Ello genera que la etapa pre arbitral deje de ser obligatoria? Desde nuestro punto de vista, en esos casos, la etapa pre arbitral sigue siendo obligatoria; sin embargo, para efectos de analizar si esta etapa se ha cumplido o no, debe adoptarse un enfoque flexible y favorable al arbitraje.

Es decir, cuando contractualmente no se ha establecido ninguna directriz o detalle acerca de la etapa previa de negociaciones o trato directo, esta etapa sigue siendo de obligatorio cumplimiento, pues forma parte del convenio arbitral. Sin embargo, para considerar que esta etapa se ha cumplido, basta con que una de las partes haya comunicado a la otra la existencia de una controversia, que la otra parte haya expresado su posición o haya tenido la oportunidad de hacerlo, y que, ya sea por falta de pronunciamiento de la otra parte o por posiciones incompatibles, no se haya podido solucionar el conflicto en cuestión. Consideramos que, si se han cumplido estos requisitos, entonces se deberá considerar que la etapa de negociación o trato directo previa al arbitraje ha sido cumplida.

Al respecto, Caivano (2011) sostiene que, si las partes no han detallado suficientemente las características que tendrá la etapa de negociación, deberá considerarse que la sola existencia de comunicaciones o reuniones entre las partes permite presumir que sí hubo negociaciones. En la misma línea se expresa Born (2021), quien indica que el pacto para negociar no implica que las partes estén obligadas a arribar a un acuerdo, sino únicamente a que participen de buena fe en un procedimiento para discutir una controversia determinada, por lo que la obligación de negociar, en sí misma, no impone obligaciones más allá de escuchar la posición de la contraparte y expresar la posición propia.

Consideramos que este enfoque flexible y favorable al arbitraje es el más acorde con la voluntad común de las partes y su deseo de solucionar sus controversias de forma rápida y eficiente. De esta forma, se pueden reducir significativamente los casos conflictivos en torno a si la etapa previa de negociaciones o trato directo se ha cumplido o no. Evidentemente, este enfoque flexible es aplicable siempre

y cuando las partes no hayan establecido directrices o exigencias para la etapa de trato directo. En caso lo hayan hecho, estas son de obligatorio cumplimiento y deben ser respetadas.

5. Consecuencias del incumplimiento de las etapas pre arbitrales

Otra problemática que ha sido objeto de constante análisis en la jurisprudencia internacional y la doctrina está relacionada con las consecuencias del incumplimiento de las cláusulas escalonadas de solución de controversias; es decir, cuál es el impacto que el incumplimiento de la etapa pre arbitral trae para el arbitraje.

Sobre este aspecto, han sido dos las posiciones que se han sostenido en la jurisprudencia internacional. La primera postura considera que el incumplimiento de la etapa pre arbitral afecta la competencia de los árbitros (es decir, que es un elemento de jurisdicción), debido a que el cumplimiento de la etapa previa fue una condición para que las partes den su consentimiento para someterse al arbitraje. Por tanto, si no se cumplen las condiciones en base a las cuales las partes consintieron someterse a arbitraje, los árbitros no gozarán de potestad jurisdiccional en base al convenio arbitral. En otras palabras, al no haberse cumplido con los requisitos para acudir al arbitraje, el convenio arbitral no surtiría efectos, por lo que el tribunal arbitral no tendrá competencia para dilucidar la controversia.

La otra postura considera que el incumplimiento de la etapa pre arbitral constituye únicamente un impedimento para el inicio de la acción arbitral (es decir, que se trata de un aspecto de admisibilidad), pero no determina la incompetencia de los árbitros. El razonamiento detrás de esta postura consiste en que el incumplimiento de la etapa pre arbitral implica que la pretensión jurisdiccional aún no está lista para ser conocida por un tribunal arbitral. Sin embargo, ello no genera que el convenio arbitral pierda sus efectos ni su validez, por lo que privar de competencia jurisdiccional a los árbitros iría en contra de



la voluntad común de las partes de someter sus controversias a arbitraje.

Ambas posturas han sido acogidas por las cortes nacionales de diversas jurisdicciones, dependiendo de cada país. En Francia, por ejemplo, la Corte de Casación ha considerado que las partes tienen la potestad para pactar contractualmente condiciones para la admisibilidad de las acciones jurisdiccionales, por lo que el incumplimiento de la etapa pre arbitral constituiría un aspecto que afecta la admisibilidad definitiva del arbitraje. Según la Corte, dicha inadmisibilidad no puede ser subsanada, lo cual conlleva a la conclusión del proceso arbitral (Cremades, 2016; Mitrovic, 2019).

En Suiza, en la Decisión 4A_46/2011, emitida en el año 2011, el Tribunal Federal Suizo consideró que hasta que no se haya cumplido con el mecanismo pre arbitral pactado, la cláusula arbitral aún no era obligatoria, por lo que el tribunal arbitral carecía de competencia para pronunciarse sobre la controversia. Por su parte, en la Decisión 4A_628/2015, emitida en el año 2016, el Tribunal Federal Suizo consideró que el cumplimiento de las etapas pre arbitrales era una condición previa que las partes habían pactado para el inicio del arbitraje. Esto significa que la validez de arbitraje estaba subordinada a la obligación de cumplir con la etapa previa, por lo que un tribunal arbitral carecía de competencia si esta no era cumplida. Según el Tribunal Federal Suizo, ante el incumplimiento de la etapa pre arbitral, la solución más adecuada era la suspensión del proceso hasta que las partes cumplan con dicha etapa (Cremades, 2016; Mitrovic, 2019).

En el caso de Alemania, existe una arraigada tendencia de los tribunales para considerar que el incumplimiento de las etapas pre arbitrales no afecta la atribución jurisdiccional de los árbitros, sino que su efecto es que torna a la acción arbitral como prematura, por lo que rechazan dicha acción considerándola como temporalmente inadmisibles (Friedrich, 2005; Mitrovic, 2019). Esta postura ha sido consolidada mediante diversas decisiones del Tribunal Federal Supremo de Alemania (Bernal et. al, 2012; Mitrovic, 2019).

En Estados Unidos, mientras que los tribunales de New York han sostenido que el incumplimiento de las condiciones pactadas para acceder al arbitraje tiene el efecto de excluir la competencia jurisdiccional de los árbitros, otros tribunales han tenido criterios diferentes. Por ejemplo, en el caso BG Group plc c. Argentina (2014), el Tribunal Supremo de Estados Unidos consideró que el incumplimiento de las condiciones pactadas por las partes no afectaba su consentimiento para acceder al arbitraje, por lo que no privaba de competencia a los árbitros ni constituía un impedimento jurisdiccional para el arbitraje; por lo tanto, el incumplimiento de la etapa pre arbitral debía ser tratado como un elemento de admisibilidad (Born, 2021).

En general, en el ámbito internacional, la tendencia más creciente y arraigada es la que considera que el incumplimiento de las etapas pre arbitrales impacta en la admisibilidad de la acción arbitral y no en la competencia jurisdiccional de los árbitros; como resultado, la evaluación de dicha cuestión recae exclusivamente en el ámbito de decisión de los árbitros, estando excluida la competencia de las cortes nacionales para pronunciarse sobre el asunto (Camilleri, 2022).

Lo cierto es que la discusión en torno a cuál es la naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas de solución de controversias no se queda simplemente en el plano conceptual, sino que tiene importantes consecuencias prácticas para el arbitraje. Desde nuestro punto de vista, son dos las principales consecuencias prácticas de optar por una u otra postura.

La primera radica en que, si se opta por considerar que el incumplimiento de la etapa pre arbitral es un asunto que afecta la admisibilidad de la demanda y no la competencia de los árbitros, ello determina que es un vicio que podría ser objeto de subsanación dentro del proceso arbitral ya iniciado, sin que sea necesario iniciar un nuevo arbitraje ni volver a conformar al tribunal arbitral, pues los árbitros designados sí cuentan con competencia jurisdiccional para conocer la causa. Por el contrario, si se considera que el incumplimiento de la etapa pre arbitral sí afecta la potestad jurisdiccional de los árbitros, entonces sí será necesario iniciar un nuevo arbitraje y, con ello, volver a constituir el tribunal arbitral, puesto que los árbitros designados carecían de jurisdicción. Es decir, estaríamos ante un vicio insubsanable.

La segunda consecuencia práctica consiste en que, si se considera que el incumplimiento de la cláusula de solución de controversias afecta la potestad jurisdiccional de los árbitros, la decisión que adopten los árbitros respecto al cumplimiento de la etapa pre arbitral podría ser objeto de revisión por parte de los tribunales y cortes nacionales y, si este determina que la decisión fue equivocada, podría incluso declarar la nulidad del laudo arbitral por haber sido emitido por un árbitro incompetente. Por el contrario,



si se considera que el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje es un requisito de admisibilidad, la decisión que adopte el tribunal arbitral sería definitiva y no podría ser objeto de revisión judicial.

Habiendo delimitado ello, debemos preguntarnos lo siguiente: ¿Cómo determinar si una cuestión impacta en la admisibilidad de la acción arbitral o en la competencia jurisdiccional de los árbitros? Respecto a este punto, Rubio (2011) expresa que, cuando se discute si una determinada controversia puede o no ser conocida por un fuero particular, como sería el arbitraje, la cuestión que se está planteando es una de competencia jurisdiccional. Por el contrario, cuando lo que se discute es si el momento en que los árbitros conocen la controversia es el adecuado o no, la cuestión que se plantea es una de admisibilidad. En esa misma línea, Paulsson (2005), citado por Cremades (2016), indica que para determinar si una objeción es relativa a la admisibilidad o a la competencia, uno debe preguntarse cuál es el motivo que justificaría amparar dicha objeción. Según el autor, si el motivo para ampararla es que la demanda no puede ser presentada ante un tribunal arbitral, entonces dicha objeción plantea una cuestión de competencia; por el contrario, si la razón para amparar la objeción al arbitraje es que la demanda aún no puede ser conocida por los árbitros, entonces se plantea una cuestión de admisibilidad.

Desde nuestro punto de vista, el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje es un aspecto que afecta la admisibilidad de la acción arbitral y no la competencia jurisdiccional de los árbitros. El hecho de que las partes hayan pactado requisitos previos para acudir a la vía arbitral no deja sin efecto el convenio arbitral ni invalida la voluntad de las partes de que sean los árbitros los que resuelvan de forma definitiva sus controversias. Los árbitros siguen siendo competentes, pero el incumplimiento de la etapa pre arbitral ha generado que la acción arbitral sea temporalmente inadmisibile. Es decir, el incumplimiento de la etapa pre arbitral genera que la etapa posterior (el arbitraje) todavía no se entienda activada.

Como mencionamos anteriormente, el pacto de una cláusula escalonada de solución de controversias es completamente válido y compatible con nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, ello no significa que, en caso no se cumpla con la etapa pre arbitral, los árbitros pierdan su investidura jurisdiccional, pues una conclusión de tal naturaleza sería contraria a la voluntad e interés de las partes consistente en que sean los árbitros los que resuelvan de forma definitiva la controversia. Desde nuestro punto de vista, el tomar el incumplimiento de la etapa pre arbitral como un elemento que afecta la admisibilidad de la acción arbitral es la postura más compatible y respetuosa de la voluntad de las partes pactada en el convenio arbitral, así como del deseo de estas de solucionar sus controversias la forma más rápida, segura y eficiente posible.

En tal sentido, nos adherimos a lo señalado por Born (2021), quien sostiene que el considerar a las etapas de negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje como barreras jurisdiccionales que impiden que una parte pueda acceder al arbitraje es contrario al acuerdo entre las partes. Con ello, se imponen costos y retrasos desproporcionados a todo el proceso de resolución de disputas, lo cual evidentemente es contrario a lo que las partes razonablemente buscaron cuando pactaron un convenio arbitral.

Desde nuestro punto de vista, el incumplimiento de la etapa pre arbitral es un aspecto que determina la inadmisibilidad de la acción arbitral y no la falta de competencia jurisdiccional de los árbitros. Siendo ello así, la pregunta que se debe responder es la siguiente: ¿Qué deben hacer los árbitros cuando el arbitraje ha sido iniciado sin que se haya cumplido con la etapa pre arbitral? Respecto a este punto, han sido reiteradas las posiciones jurisprudenciales y doctrinarias que han considerado que los árbitros están facultados para declarar la suspensión del arbitraje y brindar a las partes la oportunidad para que cumplan con la etapa pre arbitral para así subsanar el defecto que afecta la admisibilidad del arbitraje.

Así, por ejemplo, Caivano (2011) sostiene que los árbitros, en base a su investidura jurisdiccional, tienen la atribución de hacer cumplir a las partes el procedimiento autocompositivo previo al arbitraje y, posteriormente, determinar si este procedimiento se ha cumplido o no de la forma en que lo pactaron. Según el autor, la solución más beneficiosa para las partes y la más compatible con su interés de resolver sus conflictos es que se suspenda el arbitraje hasta que las partes cumplan con la etapa previa, debido a que así, en caso llegue a fracasar la etapa previa, ya no será necesario que se recomponga nuevamente el tribunal arbitral ni que se inicie nuevamente el arbitraje. En la misma línea se ha pronunciado Born (2021), quien considera que la solución más razonable a la problemática consiste en que el tribunal arbitral ordene a las partes que lleven a cabo el mecanismo de resolución de conflictos pactado en la cláusula escalonada, ya sea de forma previa o paralela al arbitraje.



Esta solución también se ha replicado en la doctrina nacional. Así, Yano y Serván (2020) han considerado que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley de Arbitraje, los árbitros tienen plenas facultades para decidir las reglas procedimentales más apropiadas al proceso, lo cual los habilita para suspender las actuaciones arbitrales y remitir a las partes a cumplir con los procedimientos pre arbitrales pactados.

Consideramos que esta solución tiene pleno sentido y es coherente con tratar al incumplimiento de la etapa previa al arbitraje como un factor que no afecta la competencia jurisdiccional de los árbitros, sino la admisibilidad de la acción arbitral. Al ser el incumplimiento de la etapa previa un defecto de admisibilidad, este puede ser subsanado por las partes, lo cual se logra precisamente cuando estas implementan el mecanismo de solución de controversias correspondiente. Cuando ello suceda, se habrán cumplido las condiciones pactadas por las partes para acceder al arbitraje y los árbitros podrán resolver la controversia sin ninguna objeción.

El otro aspecto vinculado con esta problemática radica en si las cortes nacionales podrían revisar la decisión adoptada por los árbitros respecto al cumplimiento de las etapas pre arbitrales y, eventualmente, declarar nulo un laudo arbitral por considerar que dicha decisión fue incorrecta. Desde nuestro punto de vista, la respuesta a esta interrogante también depende de si se considera que el incumplimiento de la etapa previa es un aspecto de admisibilidad o un componente de jurisdicción. Como ya explicamos, nuestra posición es que el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje es un asunto que impacta en la admisibilidad de la acción arbitral. Ello determina que la decisión que adopten los árbitros sobre si se ha cumplido o no con la etapa pre arbitral es una decisión definitiva que no puede ser objeto de revisión judicial ni causal para la anulación del laudo.

Nuestra postura es que, al ser un aspecto que impacta en la admisibilidad de la acción arbitral, el análisis que hagan los árbitros respecto al cumplimiento de la etapa previa es un análisis definitivo, pues se trata de evaluar si la acción arbitral está lista para ser conocida en el arbitraje o aún no. Es decir, es un aspecto vinculado con los méritos de la acción, por lo que el Poder Judicial estaría impedido de revisar si dicha decisión fue correcta o no. Asimismo, desde nuestro punto de vista, es perjudicial otorgar competencia a las cortes nacionales para evaluar si fue correcta o no la decisión adoptada por los árbitros respecto al cumplimiento de las etapas pre arbitrales, ya que ello provocaría que la solución de la controversia sufra entorpecimientos, retrasos y gastos adicionales, además del riesgo de que se puedan producir interferencias judiciales indebidas. Todo ello es contrario a la voluntad originaria de las partes cuando pactaron el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

Como indica Cremades (2016), la confianza en el criterio de los árbitros es la piedra angular del arbitraje; por tanto, así

como se confía plenamente en los árbitros para que evalúen la correcta interpretación de un contrato o la correcta aplicación de las normas jurídicas. De la misma forma, debería confiarse y respetarse plenamente el criterio de los árbitros en lo que respecta a la evaluación de los méritos sustantivos de la acción arbitral en relación a su admisibilidad. Por ello, la autora considera que debe incumbir exclusivamente a los árbitros y no a los jueces estatales el verificar el cumplimiento de la etapa previa regulada en las cláusulas escalonadas de solución de controversias.

En el ámbito nacional, es interesante el análisis que realizó la Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima en la Sentencia recaída en el Expediente No. 00159-2016, en la cual indicó que las cláusulas que prevén etapas pre arbitrales son de naturaleza sustancial y no procesal, pues en estas se reconocen, modifican o extinguen derechos subjetivos de las partes. Más concretamente, estas cláusulas regulan el ejercicio del derecho que tienen las partes para controvertir actos producidos en el *iter* contractual. Por lo tanto, en atención al principio de irrevisabilidad que rige el arbitraje, no es posible que una parte alegue el incumplimiento de una cláusula escalonada de solución de controversias como motivo de anulación del laudo en base a la causal de anulación contenida en el literal c) del artículo 63(1) de la Ley de Arbitraje, pues esta causal está prevista para el incumplimiento de reglas procedimentales del arbitraje, y no para infracciones a los términos contractuales o normas sustantivas que regulan la materia controvertida.

Sin duda, el tema que nos ha ocupado en el presente trabajo es uno en el cual convergen múltiples aristas y puntos de análisis. Las cláusulas escalonadas de solución de controversias son cláusulas que cada vez se hacen más populares y están presentes cada vez en más contratos. Con nuestro análisis, hemos procurado brindar mayores elementos de juicio para evaluar y afrontar correctamente las problemáticas que puedan surgir al momento de pactar y aplicar las cláusulas escalonadas de solución de controversias.



Como reflexión final, consideramos que, si bien este tipo de cláusulas pueden presentar determinadas situaciones problemáticas, también pueden ofrecer importantes beneficios a las partes para la solución eficiente de sus controversias y para mantener en buenas condiciones sus relaciones contractuales y comerciales. Por ello, nuestro punto de vista es que este tipo de cláusulas son útiles para las partes y es bueno que estas las estipulen en sus contratos. Sin embargo, deben tener cuidado de regular las etapas pre arbitrales con la mayor claridad posible y ejecutarlas correctamente a fin de evitar que se generen obstáculos o trabas al proceso arbitral, así como mayores conflictos para las partes.

6. Conclusiones

- Las cláusulas escalonadas de solución de controversias son aquellas en las que se regulan más de un mecanismo de resolución de conflictos, a efectos de que puedan y/o deban ser aplicados de manera consecutiva. El objetivo de este tipo de cláusulas es procurar una solución de conflictos rápida, menos costosa, y que no dinamite o desgaste las buenas relaciones contractuales y comerciales entre las partes. Usualmente, se pacta, como primer mecanismo, uno de tipo autocompositivo (negociación, conciliación o mediación). La segunda etapa está constituida por un mecanismo de solución de controversias heterocompositivo y jurisdiccional, como vendría a ser el arbitraje.
- Para determinar si el paso por las etapas previas al arbitraje es obligatorio, lo primero a lo que se debe prestar atención es a la redacción que las propias partes han plasmado en la cláusula. Si al referirse al paso por la etapa previa, las partes han usado términos como “podrán”, entonces dicho pacto ha sido facultativo; por el contrario, el uso de términos como “deberán” o “están obligadas a” determina que la voluntad de las partes ha sido que el transcurso por la etapa previa sea obligatorio.
- En el ámbito internacional, ha habido una tendencia favorable a otorgar validez y carácter obligatorio a las cláusulas escalonadas de solución de controversias, tanto en jurisdicciones del derecho continental como también del common law. Por su parte, en entornos cercanos como Colombia ha existido un avance a nivel doctrinal, mientras que en el ámbito peruano el tratamiento que las altas cortes le han brindado al tema ha sido dispar y contradictorio.
- En base al ordenamiento jurídico peruano, las cláusulas escalonadas de solución de controversias deben ser consideradas como válidas y obligatorias, debido a que forman parte del convenio arbitral. La voluntad común entre las partes tiene una importancia fundamental para el sistema arbitral peruano. Dicha voluntad común puede expresarse tanto en el convenio arbitral como en las reglas procesales pactadas entre las partes.
- Las cláusulas escalonadas de solución de controversias no implican una privación arbitraria o absoluta del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Este derecho fundamental no es un derecho absoluto, sino relativo, el cual puede ser sometido a restricciones en aras de la salvaguarda de otros bienes constitucionales, tales como el derecho a la autonomía de las partes. Asimismo, las cláusulas escalonadas son acuerdos en los que las partes han establecido condiciones para el ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva, lo cual no es equivalente a que se haya privado por completo a una parte de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- Al momento de pactar una cláusula escalonada de solución de controversias, es de vital importancia diseñar correctamente las etapas pre arbitrales, estableciendo lineamientos y directrices claras que nos ayuden a determinar, de manera objetiva y certera, cuándo la etapa previa se ha cumplido. Cuando el mecanismo previo es la conciliación o la mediación, u otro más sofisticado, como las *dispute boards*, es más fácil acreditar que la etapa previa se ha cumplido correctamente, puesto que generalmente las partes recurren a organizaciones que brindan este tipo de servicios, las cuales cuentan con reglamentos y personal calificado para llevar a cabo estas etapas.
- Cuando la etapa pre arbitral es la negociación o trato directo entre las partes, se vuelve aún más importante establecer lineamientos claros sobre cómo se va a llevar a cabo esta etapa. Si las partes no han establecido estos lineamientos, debe adoptarse un enfoque flexible, y considerar que la etapa de negociaciones o trato directo se cumple cuando, de forma previa al arbitraje, una de las partes haya manifestado a la otra la existencia de un conflicto y su posición al respecto; la otra se haya pronunciado o haya tenido la oportunidad de hacerlo; y, debido a posiciones disconformes o por



falta de pronunciamiento de una de las partes, no se haya podido arribar a un acuerdo que ponga fin a la controversia. Si están presentes estos requisitos, debe entenderse que la etapa de negociaciones o trato directo se ha cumplido, siempre y cuando las partes no hayan pactado mayores directrices o lineamientos adicionales.

- El incumplimiento de la etapa previa al arbitraje consiste en un aspecto que afecta la admisibilidad de la acción arbitral y no la competencia jurisdiccional de los árbitros. Al ser un defecto de admisibilidad, puede ser subsanado por las partes. Por tanto, si se ha incumplido con la etapa pre arbitral, no es necesario que se inicie un nuevo proceso ni se designe nuevamente a los árbitros. Esta postura es la más compatible y respetuosa de la voluntad de las partes pactada en el convenio arbitral, así como de su deseo de solucionar sus controversias la forma más rápida, segura y eficiente posible.
- Si los árbitros observan que la etapa pre arbitral no ha sido cumplida, tienen la potestad para suspender las actuaciones arbitrales y dar la oportunidad a las partes para cumplir con el mecanismo de solución de controversias correspondiente. Cuando ello suceda, se habrán cumplido las condiciones pactadas por las partes para el inicio del arbitraje, por lo que el proceso arbitral podrá continuar y los árbitros podrán resolver la controversia sin ninguna objeción.
- En tanto que el incumplimiento de la etapa pre arbitral es un aspecto que determina la admisibilidad del arbitraje y no la competencia jurisdiccional de los árbitros, la decisión sobre si se ha cumplido con la etapa pre arbitral compete exclusivamente a los árbitros, por lo que es una decisión definitiva que no puede ser objeto de revisión judicial posterior.

Referencias bibliográficas

Born, G. (2021). Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements. *International Commercial: Commentary and Materials* (3.ª ed., pp. 675-1026). Kluwer Law International.

Brito, L. (2019). El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia. *Revista de Derecho - Valdivia* (32), 251-272. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7262379>

Bullard, A. (2011). Comentario al artículo 14 del Decreto Legislativo 1071. En C. Soto & A. Bullard (Eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I, pp. 200–231). Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). <https://www.ipa.pe/pdf/tomo-i-comentarios-ley-peruana-arbitraje.pdf>

Caivano, R. (2011). Las cláusulas ‘escalonadas’ de resolución de conflictos (negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje). En C. Soto (Ed.), *Tratado de derecho arbitral: El convenio arbitral* (Tomo I, pp. 65–94). Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). <https://www.ipa.pe/pdf/Convenio-Arbitral-I.pdf>

Cámara de Comercio Internacional [CCI]. (2014). *Reglamento de Mediación*.

Camilleri, S. (2022). Arbitration: The Line Between Admissibility and Jurisdiction. En R. Weeramantry & J. Choong (Eds.), *Asian Dispute Review* (Vol 24, pp. 168 - 172). Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC).

Cantuarias, F., & Repetto, J. (2014). La Naturaleza Jurídica del Arbitraje según el Tribunal Constitucional Peruano: Riesgos en el camino. *Forseti Revista de Derecho*, (1), 97-110.

Campos, H. (2020). Apuntes respecto de la validez de los acuerdos procesales que condicionan el acceso a la anulación de laudo a la constitución de una garantía en el ordenamiento jurídico peruano. *THEMIS Revista de Derecho*, (77), 331-366. <https://doi.org/10.18800/themis.202001.018>

Código General del Proceso de Colombia. Ley 1564 de 2012. 12 de julio de 2012 (Colombia).

Corte Superior de Justicia de Lima. Segunda Sala Civil con Subespecialidad en lo Comercial. Sentencia recaída en el Expediente No. 00159-2016. 2 de diciembre de 2016.

Cremades, A. (2016). ¿Qué sanción en caso de incumplimiento de una cláusula escalonada de resolución de controversias? *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, 26, 57-70. Kluwer Law International.

Decreto Legislativo 1071 (1 de setiembre de 2008).

Friedrich, F. (2005). The enforceability of mediation clauses – The approach of English and German courts and ICC arbitral tribunals. En J. Risse, G. et. al (Eds.), *SchiedsVZ German Arbitration Journal* (pp. 250–254). Kluwer Law International.

International Centre For Dispute Resolution [ICDR]. (2020). *Guía para la Redacción de Cláusulas Internacionales de Solución de Disputas*. https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR%20Guide%20to%20Drafting%20International%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20-%20Spanish.pdf

International Bar Association [IBA]. (2010). *Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional*. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_directrices_iba.pdf

Jones, D. (2009). Dealing with Multi-Tiered Dispute Resolution Process. *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 75(2), 188-198. Kluwer Law International.

Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170363/Los%20derechos%20fundamentales.pdf?sequence=1&isAllowed=>



Ley 26872. Ley de Conciliación (13 de noviembre de 1997).

Mitrovic, M. (2019). Dealing with the Consequences of Non-Compliance with Mandatory Pre-Arbitral Requirements in Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses. The Swiss Approach and a Look Across the Border. En M. Scherer (Ed.), *Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin* (pp. 559–579). Kluwer Law International.

Kundmüller, F. (2011). Comentario al artículo 34 del Decreto Legislativo 1071. En C. Soto y A. Bullard (Eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I, pp. 391–396). Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). <https://www.ipa.pe/pdf/tomo-i-comentarios-ley-peruana-arbitraje.pdf>

Rubio, R. (2011). Comentario al artículo 41 del Decreto Legislativo 1071. En C. Soto y A. Bullard (Eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I, pp. 470–492). Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). <https://www.ipa.pe/pdf/tomo-i-comentarios-ley-peruana-arbitraje.pdf>

Soto, C. (2011). Comentario al artículo 13 del Decreto Legislativo 1071. En C. Soto y A. Bullard (Eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I, pp. 147–200). Instituto Peruano de

Arbitraje (IPA). <https://www.ipa.pe/pdf/tomo-i-comentarios-ley-peruana-arbitraje.pdf>

Torterola, I. (2011) Cláusulas escalonadas en el arbitraje de inversión. En C. Soto (Ed.), *Tratado de derecho arbitral: El convenio arbitral* (Tomo I, pp. 287-295). Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). <https://www.ipa.pe/pdf/Convenio-Arbitral-I.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. Pleno Jurisdiccional. Sentencia recaída en el Expediente No. 014-2002-AI/TC, 21 de enero de 2002. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú. Pleno Jurisdiccional. Sentencia recaída en el Expediente No. 06167-2005-PHC/TC, 28 de febrero de 2006. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. Sala Primera. Sentencia recaída en el Expediente No. 05311-2007-PA/TC, 5 de octubre de 2009. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05311-2007-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. Pleno Jurisdiccional. Sentencia recaída en el Expediente No. 05728-2015-PA/TC, 20 de diciembre de 2017. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/05728-2015-AA.pdf>

Umpiérrez, M. (2021) Cláusulas escalonadas: ¿Cómo evitar que se conviertan en cláusulas patológicas? Concepto, problemática y soluciones. *Revista Arbitraje Alumni*, (2), 1-14. <https://www.arbitrajealumni.org/pages/revista/larevista.html>

Yano, N., & Serván, N. (2020). El gran dilema: el problema de las cláusulas escalonadas en el Perú. *THEMIS Revista de Derecho*, (77), 99-109. <https://doi.org/10.18800/themis.202001.004> 