

Un paso atrás: repensando la utilidad y los efectos de las cláusulas escalonadas en el arbitraje internacional

A step back: rethinking the usefulness and effects of escalation clauses in international arbitration



MARCIAL GIOVANNI GUTIERREZ LUCAR

Abogado y Máster en Derecho por la Universidad de Lima.
Estudios de posgrado en arbitraje por la Université de Genève, el Geneva Center for International Dispute Settlement y el Washington College of Law del American University – Washington D.C., así como de civil patrimonial por la Universidad de Salamanca.



SUMARIO:

- I. Introducción**
- II. La cláusula arbitral y su origen.**
 - 1. Teoría contractualista.**
 - 2. Teoría jurisdiccionalista.**
 - 3. Teoría mixta o ecléctica.**
- III. Las cláusulas escalonadas y los motivos para celebrarlas.**
- IV. Cláusula escalonada ¿Debe ser obligatoria o facultativa? ¿Es útil?**
- V. ¿Qué ocurre ante el incumplimiento de sentarse a negociar?**
- VI. Cuestiones que tomar en cuenta para la redacción de las cláusulas escalonadas.**
- VII. Conclusión general.**

RESUMEN:

En el presente trabajo encontrarán la identificación de los principales inconvenientes que provienen del acordar una cláusula arbitral escalonada, así como las herramientas con las que contamos en el arbitraje internacional para que no se evite la actuación de la fase arbitral. Asimismo, existen propuestas a tomar en consideración al momento de pactar estas cláusulas, con el fin de promover que sean las partes quienes soluciones sus controversias en lugar de que lo haga un tercero.

Palabras clave: Cláusula, escalonadas, negociación, requisito, arbitraje

ABSTRACT:

In this paper you will find the identification of the main disadvantages of agreeing to a staggered arbitration clause, as well as the tools available to us in international arbitration so that the arbitration phase is not avoided. Likewise, there are proposals to take into consideration when agreeing these clauses, in order to promote that the parties settle their disputes instead of having a third party do it. Translated with DeepL.com (free version)

Keywords: Clause, staggered, negotiation, requirement, arbitration

"Las personas que debemos temer no son las que no están de acuerdo con nosotros. Debemos temer a las que no están de acuerdo y son demasiado cobardes para hacértelo saber."

Napoleón Bonaparte

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones contractuales, así como los conflictos que se generan de ellas, no dejan de ser relaciones entre seres humanos. Inclusive cuando las mismas vinculan a empresas internacionales, dado que detrás de ellas habrá personas comunes y silvestres.

Por tal motivo, no debemos olvidar que, sin perjuicio de la utilidad y efectividad del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos concedido a un tercero, resulta importante confiar en nuestras habilidades para poner fin a una controversia, sobretodo, cuando nadie mejor que nosotros puede definir qué necesitamos realmente. Que nos satisfice y, por lo tanto, qué nos da tranquilidad.

Pero, claro está, para llegar a un punto de entendimiento es necesario que haya un espacio, sea físico o virtual, para que cada uno intercambie sus ideas, manifieste cuáles son sus expectativas, así como los aspectos sobre los que está dispuesto a ceder. Ya que la negociación

es eso, no solo es ganar, también es ceder. Con la finalidad de evitar un riesgo mayor, que sería un futuro laudo que termine dando la razón íntegramente a una u otra parte.

Ese es el principal incentivo para que las partes contractuales celebren una cláusula escalonada, para que sea un tribunal arbitral, el remedio subsidiario que resulte aplicable para la resolución de un conflicto, confiando en que serán los sujetos quienes, en base a su propia voluntad, podrán llegar a un punto de encuentro.

Si bien este es el objetivo detrás de las cláusulas escalonadas, no resulta menos cierto, también, que este mecanismo de autocomposición está siendo empleado con un solo objetivo: el bombardear la posibilidad de que el arbitraje llegue a buen puerto. Por ello es por lo que esta investigación tiene por finalidad evaluar la situación actual que atraviesan las cláusulas escalonadas, así como las herramientas con las que contamos para salvaguardar su utilidad.

II. LA CLÁUSULA ÁRBITRAL Y SU ORIGEN

Como principal punto de partida, por más que resulte ocioso para el lector, no debemos olvidar que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias al que los interesados acceden, usualmente, por un acuerdo previo celebrado entre ellos. Por el que las partes de-

ciden renunciar a la jurisdicción ordinaria — Poder Judicial — a fin de que sea un privado — Árbitro Único o Tribunal Arbitral — quién ponga fin a sus controversias.

En sencillo, el arbitraje es un mecanismo heterónomo de solución de controversias, dado que será un tercero quien resuelva el conflicto, mas no las propias partes intervinientes en la disputa.

Para que el arbitraje exista, es necesario que, previamente, las partes hayan suscrito una cláusula o un acuerdo arbitral. Es por ello por lo que existe el tan conocido aforismo: *el acuerdo arbitral es la piedra angular del arbitraje internacional*.

Ahora bien, el dilema ante el que nos encontraremos siempre, a fin de definir soluciones a determinados inconvenientes prácticos, se sostiene en cuál es el sustento que respalda el origen de la cláusula arbitral. Así nos encontramos ante tres posiciones: — i — teoría contractualista, — ii — teoría jurisdiccionalista y — iii — teoría mixta o ecléctica.

Para fines meramente didácticos, cumpliremos con explicar rápidamente cada una de estas teorías, en atención a las posiciones adoptadas por la doctrina:

1. Teoría contractualista.

Para un extremo de la doctrina, el arbitraje su origen única y exclusivamente en la cláusula arbitral, la misma que debe ser considerada como un contrato en sí misma. Así advertimos que Barona Vilar¹ explica esta teoría de la siguiente manera:

“— ... — el componente que enmarca jurídicamente la institución es el convenio arbitral, el contrato entre las partes, a partir del cual y por el cual, existe arbitraje. De él nace el arbitraje, y es en él donde se plasma la voluntad

de sometimiento de la disputa a la institución arbitral, amén de conformar, eventualmente, su desarrollo — determinación del órgano arbitral, iniciación del arbitraje, sometimiento a una institución arbitral, reglas de procedimiento, etc —.”

Si bien en el origen de los tiempos esta teoría fue una de las que contó con mayores adeptos, en la actualidad, no reviste de mayor relevancia.

2. Teoría jurisdiccionalista.

Esta posición está sustentada en que el arbitraje cuenta con naturaleza jurisdiccional por el hecho que el laudo arbitral contará con el carácter de cosa juzgada o es equiparable a una sentencia emitida por un órgano jurisdiccional judicial. Desde esta posición, lo único que queda a discreción de las partes es el acordar someter la controversia a un Árbitro Único o Tribunal Arbitral, pero, fuera de ello, todas las actuaciones que le siguen son consideradas como jurisdicción.

Ante esta posición la profesora Barona Vilar² también se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“Esta teoría no tiene bien establecidos sus límites respecto al porqué del carácter jurisdiccional del arbitraje, pues, además de lo ya expuesto, también se le considera tal en virtud de que los árbitros ejercen la función declarativa y cautelar, mientras que corresponde a los órganos jurisdiccionales la tarea de hacer ejecutar lo juzgado. En esa línea, se señala que esto obedece a que la labor de los árbitros alcanza hasta donde es posible aplicar la autonomía de la voluntad.”

3. Teoría mixta o ecléctica.

Ante las posiciones antagónicas de las teorías contractualista y jurisdiccionalista, apareció una tercera que contaba con una posición que comprendía ambos postulados. La proposición

1. Barona Villar, Silvia, *Medidas cautelares en el arbitraje* (Navarra: Thomson – Civitas), 42.

2. *Ibíd.*, 44.

en la que esta teoría se basa es que el origen del arbitraje, de manera innegable, es la existencia de una cláusula arbitral, la que es una clara manifestación de la libertad de contratación de las partes. Sin que ello reste importancia a que la ejecución de la cláusula arbitral, desde el inicio del arbitraje hasta la emisión del laudo sean actuaciones, propiamente, adscritas a una actividad jurisdiccional.

Esta teoría se concentra en que, como requisito para la existencia del arbitraje, deberá existir un contrato — la cláusula arbitral — y, llegado el momento de que se manifieste una reclamación, se activará la fase jurisdiccional de la decisión adoptada por las partes arbitrales.

Por nuestro lado, la última de las teorías no es solo la que cuenta con mayores adeptos, sino que, también, es a la que nos alineamos. Ello se sustenta en que, dependiendo del ordenamiento ante el que nos encontremos, pero en su mayoría, la jurisdicción ordinaria es el derecho fundamental con el que todo sujeto de derecho cuenta. Sin embargo, al decidir someter una controversia a arbitraje, lo que se está generando es la transferencia de esa jurisdicción — por acuerdo de partes y siempre que estén autorizados — a un tercero imparcial que no sea parte de la función judicial.

Así, sin que la jurisdicción arbitral deje de ser jurisdicción, ella siempre requerirá un acuerdo de partes, por el que estas dejarán de lado el fuero natural y público, a fin de someterse a la decisión adoptada por un privado.

Consideramos pertinente haber realizado esta explicación respecto del origen del arbitraje, dado que nos permitirá hallar soluciones a los problemas prácticos que, posteriormente, serán identificados, tomando en cuenta la posición que sea adoptada respecto del origen del arbitraje.

III. LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS Y LOS MOTIVOS PARA CELEBRARLAS

Como parte del derecho fundamental al juez natural, ello implica que los justiciables tengan

la posibilidad de acceder a la solución de sus controversias por las decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales, es decir, el Poder Judicial. Como todo derecho, la contrapartida de éste es el deber que tiene el Estado de brindar las condiciones mínimas que garanticen el debido proceso.

Al encontrarnos ante una obligación estatal, podemos considerar que la impartición de justicia es un servicio público que, en algunas materias, es gratuito, mientras que en otras puede implicar un costo, pero que, en estricto, resulta ser marginal.

Esta precisión es relevante dado que, en contraste con el arbitraje, éste no es barato, sino que resulta ser altamente costoso, tanto por los gastos propios a la administración del procedimiento arbitral — secretaría arbitral — y por los honorarios de los árbitros, quienes suelen contar con un elevado perfil profesional debido a su alta especialización.

Este aspecto principalmente económico puede generar que las partes de una controversia, antes de llegar al inminente procedimiento arbitral, estén dispuestas a regular fases previas que les permitan poner fin a sus controversias. Esto es lo que denominamos *cláusulas escalonadas*.

Consideramos útil distinguir que, habitualmente, las cláusulas escalonadas regulan mecanismos alternativos de resolución de conflicto que no son de heterocomposición sino autocompositivos, como la negociación, mediación y conciliación. Asimismo, regula al arbitraje, el mismo que sea empleado como última *ratio* y, sin lugar a duda, es considerado como un mecanismo de heterocomposición, dado que la solución es definida por un tercero ajeno a las partes de la controversia.

Puesto que no existen definiciones específicas sobre qué entendemos por negociación, mediación y conciliación, intentaremos de ensayar proposiciones que puedan ser de utilidad, independientemente de la jurisdicción territorial en la que nos encontremos:

i. **Negociación:** este mecanismo de auto-composición parte de la premisa que, bajo la libre determinación, las partes involucradas en una controversia tienen la intención genuina de hacer sus mejores esfuerzos para llegar a un acuerdo que les permita satisfacer sus intereses. En relación con este punto, quienes intervienen en esta negociación suelen ser única y exclusivamente las partes, sin la asistencia de ningún tercero. En los diversos casos a los que hemos accedido, en lo que respecta a la negociación, también es identificada bajo la denominación de trato directo.

ii. **Mediación:** por su parte, el mediar implica que durante el trámite de la negociación exista un tercero que no tiene poder de decisión pero que empleará sus mejores esfuerzos para acercar las posiciones de ambas partes del conflicto, sin que este sujeto guarde razón a una u otra posición.

iii. **Conciliación:** si bien resulta complejo realizar una distinción entre los conceptos de mediación y conciliación, desde nuestra perspectiva, existe un claro matiz. El último de estos implicará la ejecución de una negociación ante un tercero, quien no intentará de acercar las posiciones de las partes, sino que contará con una opinión propia respecto de la controversia y que, en atención a ella, planteará propuestas conciliatorias. Es decir, el tercero procurará que las partes lleguen a un acuerdo en atención a cómo él resolvería el caso en concreto, si bajo su competencia estuviese hacerlo.

No cabe duda de que, mientras los tres mecanismos de solución de controversia son auto-compositivos y necesitarán de la voluntad de las partes, el arbitraje es un mecanismo hetero-compositivo que llegará a una solución impuesta por un tercero neutral, que podría, en realidad, adoptar una u otra de las posiciones contrapuestas. Lo que implicará, en muchos casos, que una de las partes termine en mejor posición de la que se encontraba, mientras que la otra en una peor.

Tomando en consideración lo indicado, adicionalmente a las cuestiones económicas, desde una perspectiva práctica y en atención a los intereses de las partes, las cláusulas escalonadas también pueden ser celebradas por las siguientes razones:

i. Consideramos que no existe mejor solución a una controversia que la establecida por las propias partes, puesto que no hay nadie mejor que ellas para definir que les brindará una real satisfacción, mientras que la emisión de un laudo podría ser realmente sorpresivo para cualquiera de las partes;

ii. La posibilidad de que en una negociación ambas partes terminen ganando algo es más satisfactoria a la generada con la emisión de un laudo, en la que una resulte ganadora y la otra perdedora; y,

iii. Durante el empleo de los mecanismos de auto-composición, las partes mantendrán el poder de decisión desde el inicio hasta el fin, el mismo que pueden perder una vez que la discusión pasa a las manos de los árbitros.

De esta manera, el pacto del arbitraje como mecanismo hetero-compositivo puede ser considerado como uno subsidiario, puesto que será promovido que, en primer lugar, sean las partes quienes se procuren arribar a un acuerdo y, ante la imposibilidad de hacerlo, sean los árbitros quienes diriman la controversia.

IV. CLÁUSULA ESCALONADA ¿DEBE SER OBLIGATORIA O FACULTATIVA? ¿ES ÚTIL?

No debemos perder de vista que las cláusulas arbitrales escalonadas son celebradas, que duda cabe, cuando las partes se encuentran en la fase de conformación de sus respectivos contratos, momento en el que ambos cuentan con mayor predisposición para llegar a un acuerdo respecto del contenido de la relación obligatoria que están conformando.

En esa secuencia, resulta obvio que el empleo de los mecanismos auto-compositivos se acti-

varía cuando existe una discrepancia entre las partes, lo que significa, desde ya, que ambas se encuentran en posiciones contrapuestas, lo que de por sí implicaría la imposibilidad fáctica de que lleguen a un acuerdo.

Ante tal escenario es que nace la pregunta de si el cumplimiento de la cláusula escalonada debe ser obligatoria o facultativa, como un requisito previo para que la fase arbitral pueda ser activada y el procedimiento en sí mismo inicie.

Desde nuestra perspectiva y, considerando que la cláusula arbitral escalonada se sustenta en la libertad contractual de las partes, y hasta que no se inicie el arbitraje, nos encontramos ante una clara obligación de hacer que debe ser cumplida por ambos polos. Debemos diferenciar entre la obligación de sentarnos a negociar a la obligatoriedad de arribar a un acuerdo. Son cuestiones totalmente diferentes.

Lo que consideramos es que lo que sí puede ser requerido a cualquiera de las partes contractuales es que participen en la fase de negociación, pero, de ninguna manera, que lleguen a un acuerdo respecto de la controversia existente. Esta posición está siendo la tendencia a nivel internacional, motivo por el que diversas Cortes jurisdiccionales están ordenando a las partes del conflicto que se sienten para procurar arribar a un acuerdo.

Por ejemplo, en Inglaterra, en el Queen's Bench Division, fue resuelto el caso *in re Cable & Wireless Plc v. IBM United Kingdom Ltd.* EWHC 2059, en el que la Corte Comercial declaró que la cláusula escalonada resultaba de obligatorio cumplimiento, por lo que fue suspendido el procedimiento arbitral y las partes fueron remitidas a la fase de negociación que acordaron.

Por otro lado, en los Estados Unidos de América, los tribunales judiciales han reconocido el efecto vinculante y exigible de las cláusulas arbitrales escalonadas que comprenden un período de negociación. Así, el US Court of Appeals of the Southern District of New York, en el caso *M.L.B. Kay Int'l Realty Inc. v. Prudential Real Estate Affiliates Inc.* WL 385034, fue ordenada la suspen-

sión del procedimiento arbitral, hasta que sea cumplido el procedimiento de mediación preliminar, dado que este resultaba de obligatorio cumplimiento para acceder al arbitraje.

En el mismo sentido se han pronunciado los tribunales franceses, cuando la Corte de Casación determinó que si una cláusula escalonada establecía la obligatoriedad de seguir un procedimiento previo de conciliación, no resultaba factible activar la fase arbitral hasta que no haya sido cumplida esta obligación. Esta decisión fue adoptada por la Cour de Cassation en el caso seguido por *Clinique du Morvan c. Vermusseau*.

Desde nuestra perspectiva, a fin de que la cláusula arbitral escalonada tenga razón de ser, la fase previa de negociación debe ser obligatoria, dado que esto permitirá que las partes, así originalmente no lo deseen, se sienten en la misma mesa para, si quiera, tener un acercamiento respecto de la contraposición que los vincula y, quien sabe, hasta teniendo la posibilidad de llegar a un acuerdo.

En caso la cláusula escalonada fuese facultativa, estimamos, que no tendría razón de ser el incorporarla como un paso previo para la activación del arbitraje, porque dicha situación igual podría configurarse existiendo o no dicha disposición contractual. Dado que, por la autorregulación a sus propios intereses, las partes podrían iniciar una fase de negociación de manera voluntaria, existiendo o no una disposición contractual que así lo determine.

V. ¿QUÉ OCURRE ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE SENTARSE A NEGOCIAR?

Ahora bien, desde un punto de vista obligacional, no debemos dejar pasar que esa obligación de negociar puede ser considerada como una prestación de hacer, pero de naturaleza personalísima. Esto implicará que, si una de las partes decide no participar de la fase de negociación, no puede ser conminada a hacerlo.

Por ello, como hemos advertido de la jurisprudencia emitida a nivel internacional, para las principales cortes en materia arbitral del mun-

do, resulta factible obligar a que las partes empuen una fase de negociación, porque ello resulta del contexto obligacional contenido en la cláusula arbitral.

Sin embargo, ¿cómo debemos proceder cuando, pese a la existencia de una obligación, una de las partes no desea participar de la etapa de negociación directa? ¿Cuál será el efecto que tiene este incumplimiento en la tramitación del arbitraje?

En este punto, podemos concluir que la activación de la fase arbitral va a depender del cumplimiento del escalón previo, el mismo que está vinculado con el cumplimiento de la etapa de negociación. En pocas palabras, si las partes nunca se sientan a negociar, no será factible que estas lleguen a someter sus controversias a un arbitraje.

Así, vamos a encontrar diversas posiciones desde la jurisprudencia a nivel mundial:

- i. Por un lado, desde Alemania, es considerado que nos encontraríamos ante un incumplimiento contractual — el no negociar — que no afectaría de manera alguna la admisibilidad del arbitraje, tal como ha sido reconocido por la Corte de Apelaciones de Zurich, en el caso resuelto el 15 de marzo de 1999, ZR, 99 (— 2000 —).
- ii. En contraposición, otra facción de la jurisprudencia considera que nos encontraríamos ante una cuestión de naturaleza procedimental, pero cuyos efectos serían variados. Para determinadas cortes, el no cumplir con la etapa previa de negociación implicaría la suspensión del arbitraje hasta el cumplimiento de esta, mientras que para otra se debería declarar la improcedencia del arbitraje porque el Tribunal Arbitral aún no contaría con competencia para resolver la controversia.

En el primer escenario encontramos a la Corte de Casación francesa, mientras que la segunda posición fue adoptada en el Caso ICC N° 9984, en el laudo preliminar emitido el 7 de junio de 1999.

Desde nuestra perspectiva, alineado con la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —en adelante, CNUNDMI — sobre Conciliación Comercial Internacional, el cumplimiento de la fase previa de negociación no perjudicará a la jurisdicción otorgada a los árbitros, dado que no puede existir un mecanismo que busque evitar, valga la redundancia, la inevitabilidad del arbitraje.

Esta posición se sustenta en un hecho importante, y es que las cláusulas arbitrales escalonadas no tienen por finalidad otorgar a las partes una herramienta que busque evadir la activación del procedimiento arbitral. Todo lo contrario, promueve que voluntariamente se llegue a una solución y, de no ser posible, recurrir a la fase arbitral. Pero, claro está, esto parte de la premisa de que no habrá negativas inmotivadas para intentar, siquiera, una fase de negociación.

Así, desde nuestra perspectiva, y evitando que una de las partes pretenda evitar la consecuencia vinculada al inicio del procedimiento arbitral, proponemos que el incumplimiento del participar de la fase de negociación no tenga efectos negativos respecto de quien promueve llegar juntos a este escalón. Nos explicamos.

En puridad, desde un análisis de la teoría mixta, no existirá jurisdicción hasta que no inicie el arbitraje, por lo que, en el caso de las cláusulas arbitrales escalonadas, esto no se manifestará hasta que se haya cumplido con la fase previa de negociación. Así, esta fase anterior no es parte de una función jurisdiccional, sino, se circunscribe a verificar el cumplimiento o no de una obligación contractual.

En dicho escenario, el cumplimiento de la obligación contractual de negociar parte de la premisa de que tanto el deudor como el acreedor concurren mediante una actuación. Esto implica la ejecución conjunta de esta prestación, no siendo posible que haya negociación sin la participación de la una o la otra.

Esto genera que, desde ambos polos exista un deber de colaboración. Así, si el acreedor nece-

sita activar el arbitraje, necesitará la colaboración del deudor para que participe en la fase de negociación y, si no llegasen a un acuerdo, recién sea el Tribunal Arbitral quien emita una decisión que resuelva la controversia. Y viceversa, si es el deudor quien quisiera iniciar el procedimiento arbitral.

En ese sentido, dado que cualquiera de las dos partes necesita de la actuación de la otra, no es posible que, mediante una actuación negativa, la parte incumplidora se genere el beneficio de no acceder al arbitraje, porque bloquearía la posibilidad de que el reclamante obtenga un pronunciamiento jurisdiccional.

Por ello, ante la negativa de una de las partes de intervenir en la fase de negociación, corresponderá que la cumplidora impute ese incumplimiento a la contraria y, como consecuencia de ello, dado que nos encontramos ante una obligación de naturaleza personalísima, la prestación resultará inexigible y, consecuentemente, podría acceder directamente al arbitraje sin ningún inconveniente.

Dado que, en materia internacional no contamos con una disposición legal específica a encasillar la situación antes mencionada, podemos hacerlo con remisión a los Principios Uniform Law on International Sales of Goods — en adelante, UNIDROIT — sobre los Contratos Internacionales 2016, cuyo artículo 7.2.2. indica lo siguiente:

“Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación a menos que:

- *Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;*
- *La prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa;*
- *La parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía;*
- *La prestación tenga carácter exclusivamente personal; o*
- *La parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde que supo o debió haberse enterado del incumplimiento.”*

Sin inconveniente alguno el inciso —c— del artículo 7.2.2. de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales 2016, de resultar aplicable, nos brinda una salida. Y es que cuando la prestación tiene carácter personalísimo y la parte contraria se niega a su cumplimiento, no resultará posible exigirla. En tal sentido, al no ser posible pasar por el escalón previo de la negociación, la parte reclamante podría acudir directamente al arbitraje.

Claro está, dado que nos encontraríamos ante un incumplimiento contractual, resultará necesario que el mismo sea imputado por el reclamante a la parte renuente a la negociación, puesto que es la única manera de que tome conocimiento de las consecuencias de su actuar negativo y podría avanzar con su reclamación arbitralmente.

Consideramos que los demás ordenamientos jurídicos del Civil Law, en los que fue inspirada la redacción de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales 2016 deben contar con una disposición normativa similar a la citada, lo que permitirá, independientemente de la norma de fondo que haya sido pactada, encontrar una salida legal ante la negativa a participar de la fase de negociación.

VI. CUESTIONES QUE TOMAR EN CUENTA PARA LA REDACCIÓN DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS

Los principales problemas que se generan sobre las cláusulas escalonadas dependen de varios factores, tanto para entendimiento de las partes como para los árbitros, por lo que, a fin de evitar más problemas, proponemos algunos aspectos a tomar en consideración en su redacción:

- i. **Dejar en claro el alcance facultativo u obligatorio de la negociación:** en primer lugar, resultará útil que ambas partes tengan claro si deben cumplir con la negociación o si quedará a una manera disposición de ellas, dado que ello les permitirá comprender los efectos jurídicos de su actuar omisivo o participativo.

- ii. **Regular cuáles son las consecuencias del incumplimiento de la negociación:** un hecho que salvará de varias discusiones es que las partes tengan pleno conocimiento de qué ocurrirá si deciden no participar de la fase de negociación, por ejemplo, el que se habilite automáticamente la etapa arbitral o la imposición de una sanción económica, como consecuencia del sobre costo que generará la demora en el inicio del arbitraje.
- iii. **Regular los alcances de la fase de negociación:** consideramos importante no solo regular el procedimiento, sino, además, la determinación de qué puede ser negociable y qué no. Por ejemplo, si nos encontramos ante un problema que implica la nulidad del contrato, en algunos países, ello no podrá ser materia de negociación porque no resulta factible subsanar dicho acto jurídico.
- iv. **Establecer las formas de probar el cumplimiento de la fase de negociación:** por otro lado, a fin de evitar cualquier cuestionamiento posterior, las partes podrían regular cómo será el procedimiento, por seguir para la citación a la negociación y cuáles serán las pruebas que pueden ser emitidas, sea de manera conjunta o individual, para demostrar el cumplimiento o incumplimiento de este requisito para seguir con el arbitraje.
- v. **Regular el alcance temporal de la fase de negociación:** finalmente, y aún más im-

portante, determinar cuánto durará el período de negociación si se llega a instalar o el plazo que deberá esperar el solicitante antes de considerar que su contraria no desea participar, por ejemplo, de un trato directo.

VII. CONCLUSIÓN GENERAL

No existe duda que la negociación, así como la comunicación entre las partes, puede evitar sobrecostos siempre que ambas estén dispuestas a escucharse. Muchas veces, esa voluntariedad no está presente por el hecho propio de que existe una contraposición; sin embargo, el contar con un espacio obligatorio de negociación permitirá, por lo menos, que las partes estén sentadas frente a la otra de forma obligatoria y, como consecuencia de ello, que exista la posibilidad de un acercamiento, quien sabe y ese puede ser el inicio de una solución que evitaría la emisión de un laudo.

Para ese escenario, es necesario contar con reglas claras que agilicen no solo la negociación, sino que tampoco obliguen a una de las partes a estar sometidas a esta fase de manera eterna y no alcance a la justicia mediante un arbitraje.

Así, lo importante es identificar las problemáticas y encontrar herramientas que permiten evitarlas, poniendo por delante, siempre, la posibilidad de arribar a un acuerdo como primera línea, antes de llegar al remedio residual del arbitraje.