



**COMILLAS**  
**UNIVERSIDAD PONTIFICIA**

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

***ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS MULTINIVEL ANTE UN  
INCUMPLIMIENTO DE LOS ESCALONES PREVIOS***

En el ámbito internacional y nacional. Mención especial al Anteproyecto de Ley de  
Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia.

Autor: Ana Rodríguez-Arias Aranguren

Curso: 5º, E3 Analytics

Derecho Procesal

Tutor: Prof. Dr. D. Paulino Fajardo

Madrid

Abril 2022



## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS Y SIGLAS DE REFERENCIA</b> .....	4
<b>CAPÍTULO I. PRESENTACIÓN DEL TRABAJO</b> .....	5
<b>CAPÍTULO II. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO</b> .....	8
<b>1. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICO PROCESAL DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS</b> .....	8
<b>1.1. Teoría contractualista</b> .....	9
<b>1.2. Teoría jurisdiccional</b> .....	10
<b>1.3. Teoría procesalista</b> .....	12
<b>2. EJECUTABILIDAD DE LA CLÁUSULA</b> .....	14
<b>2.1. Requisitos para reconocer la ejecutabilidad de una cláusula escalonada</b> .....	14
2.1.1. <i>Precisión y definición en la redacción de la cláusula</i> .....	15
2.1.2. <i>Obligatoriedad en el lenguaje</i> .....	19
2.1.3. <i>Adversarialidad de los escalones previos</i> .....	20
<b>2.2. La buena fe dentro de un procedimiento escalonado</b> .....	21
<b>3. INCUMPLIMIENTO DE LOS ESCALONES PREVIOS</b> .....	23
<b>3.1. ¿Quién decide sobre el cumplimiento de las etapas previas?</b> .....	24
<b>3.2. Tratamiento que siguen los árbitros ante un incumplimiento de las etapas previas</b> .....	26
3.2.1. <i>Incompetencia del tribunal arbitral</i> .....	26
3.2.2. <i>Inadmisibilidad de la demanda</i> .....	28
3.2.3. <i>Incumplimiento contractual</i> .....	29
<b>3.3. ¿Qué ocurre si es imposible cumplir con las etapas previas?</b> .....	29
<b>4. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA PRACTICA DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS</b> .....	32
<b>CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE DERECHO NACIONAL</b> .....	36
<b>1. SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA: MARCO JURIDICO</b> .....	36
<b>2. TRATAMIENTO QUE RECIBEN LOS MASC EN ESPAÑA:</b> .....	38
<b>3. EL ALMEP</b> .....	39
<b>3.1. ¿Se quedará el ALMEP en un mero ejercicio de “wishful thinking”?</b> .....	41
<b>CAPÍTULO IV. CONCLUSIÓN</b> .....	42

## ABREVIATURAS Y SIGLAS DE REFERENCIA

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AMA	Arbitraje Mediación Arbitraje
ALMEP	Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CPCN	Código Procesal Civil de la Republica de Nicaragua
CPR	<i>Civil Procedure Rules</i>
EEUU	Estados Unidos
EES	Estatutos
FAA	<i>Federal Arbitration Act</i>
IBA	<i>International Bar Association</i>
ICC	<i>International Chamber of Commerce.</i>
LA	Ley de Arbitraje
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
MASC	Métodos Alternativos de Resolución de Controversias
MTDRC	<i>Multi-tiered Dispute Resolution Clauses</i>
UCC	<i>Uniform Commercial Code</i>
UE	Unión Europea

## CAPÍTULO I. PRESENTACIÓN DEL TRABAJO

A lo largo de este trabajo se explica el funcionamiento, naturaleza y tratamiento de las cláusulas escalonadas como mecanismos de resolución de controversias tanto a nivel internacional como nacional.

Como norma general, en los ordenamientos jurídicos de estados democráticos las partes son libres de pactar el método a través del cual quieren solucionar las potenciales controversias derivadas de su relación contractual. Como resultado de esta “libertad de pacto”, la práctica jurídica ha ido poco a poco creando y desarrollando distintos métodos alternativos de resolución de conflictos. Estos métodos se conocen hoy en día como *Alternative Dispute Resolution* o “**ADR**”.

De entre las distintas combinaciones de ADR que han ido surgiendo en la práctica jurídica, este trabajo se centra en el análisis de las “cláusulas escalonadas de resolución de conflictos”<sup>1</sup> (o por sus siglas en inglés, “**MTDRC**”). Los MTDRC aparecieron por primera vez en los países anglosajones y poco a poco se han ido implantando en la mayoría de países de la comunidad internacional. Este nuevo modelo consiste en escalonar (*step by step*) varios ADRs, dejando para una última “instancia” el acceso a la jurisdicción (ya sea judicial o arbitral). Ahora bien, este escalonamiento es una sucesión de ADR, donde el escalamiento se presenta como una secuencia y no como una alternativa. Es decir, cada sucesión de escalones es independiente y autónoma<sup>2</sup> de la anterior – lo que se manifiesta, sobre todo, en términos de información.

El objetivo del escalonamiento es hacer de filtro<sup>3</sup> e ir resolviendo poco a poco las disputas según se va ascendiendo en el escalamiento. De este modo, sobre las que no ha sido posible llegar a un acuerdo, las partes podrán acudir a arbitraje (o a la jurisdicción estatal), por lo que en ningún caso queda anulado su derecho a la tutela judicial efectiva.

---

<sup>1</sup> También conocidas como “*Cláusulas Multifunción*”, “*Cláusulas en cascada*”, “*Cláusulas Multidireccionales*”, “*Cláusulas Multi-step*” (o, en inglés, “*escalation clauses*”, “*multi-step alternative dispute resolution clauses*”)

<sup>2</sup> Cfr. Fernández Pérez, A., “Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales= Multi-tiered clauses in the international disputes resolution.” *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 9. N°1, 2017, págs. 99 - 102.

<sup>3</sup> *Ibíd.*

En este sentido, los MTDRC buscan agilizar las disputas evitando, entre otros problemas, el abuso del procedimiento y la confrontación entre las partes en conflicto. Es decir, cuando las partes resuelven un conflicto bien por ellas mismas o bien con la intervención de un tercero, logran una solución compatible con los intereses de ambos y que se pronuncia sobre todos los aspectos del conflicto y no solo los jurídicos (lo que no ocurriría con la intervención de un tribunal). Otra importante ventaja práctica de los MTDRC es que, en términos generales, es más rápida y menos costosa para las partes que la que hubiesen obtenido ante un tribunal<sup>4</sup>.

Los ADR benefician tanto a las partes como a los tribunales ya que si las partes resuelven sus controversias a través de cualquier ADR, los tribunales quedan liberados de conocer ese asunto<sup>5</sup>. Teniendo en cuenta que el volumen diario de disputas que se someten ante a los tribunales es cada vez mayor – sobre todo, después de la pandemia COVID 19 – la posibilidad de resolver un conflicto sin intervención jurisdiccional supone que, al quedar los tribunales más liberados en su labor, puedan conocer los asuntos que se les presenten de manera más eficiente.

No obstante, la puesta en práctica de estas cláusulas es complicada cuando una parte decide no seguir con el escalonamiento acordado. Por ello, este es el punto angular sobre el que gira todo el trabajo pues es donde surgen dudas acerca del tratamiento que deben recibir estas cláusulas (*i.e.* ¿hasta qué punto quedan las partes vinculadas por lo que pactaron en el contrato? ¿Qué pasa si una parte, saltándose el procedimiento, acude a un tribunal en busca de tutela? ¿Qué efectos produce el incumplimiento de los escalones previos? ¿Cómo puede probarse ante el tribunal que se ha llevado a cabo, por ejemplo, una negociación? o, desde otra perspectiva, ¿qué ocurre si una parte insiste en cumplir con la escalada, cuando es evidente que no se va a llegar a ninguna solución por esa vía?). A todas estas interrogantes se irá respondiendo a lo largo del trabajo.

Por ello, el objeto del presente trabajo es ofrecer una visión del tratamiento que reciben estas cláusulas a nivel internacional en los países en los que han tenido éxito (más concretamente, en Estados Unidos e Inglaterra, como países de *common law*; en Suiza, Alemania y Francia, como países de derecho civil occidental y; en Singapur y Hong Kong, como países del

---

<sup>4</sup> *Cfr.* Guerra, J.A., “La reforma de los MASC en el ALMEP. Abuso del Procedimiento arbitral y debido proceso”, Wolters Kluwer España. LA LEY, Mediación y Arbitraje nº 10, 2022, pág. 8-9.

<sup>5</sup> o, incluso, si las partes únicamente son capaces de llegar a un acuerdo sobre parte de las controversias surgidas, los tribunales solo deberán de resolver aquellas que han quedado pendientes y no todo el asunto, facilitándoles bastante su labor.

continente asiático) cuando una de las partes no sigue con lo pactado. Por último, se analizará la situación en España de estas cláusulas y el papel del “Anteproyecto de Ley de sobre medidas de eficiencia procesal”<sup>6</sup> (en adelante, el “ALMEP”), en caso de aprobarse. No obstante, antes de iniciar el análisis, conviene matizar las siguientes dos cuestiones.

### *Fundamento de las cláusulas escalonadas*

Ante la falta de regulación específica<sup>7</sup> en las legislaciones nacionales, las cláusulas escalonadas tienen su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido, si bien las partes son libres de acordar el método que consideren más oportuno, esa libertad queda condicionada a los límites propios de la autonomía de la voluntad: la ley (que dependerá de cada país); la moral y el orden público.

La falta de legislación nacional en relación con los ADR ha llevado a que distintas instituciones – que no forman parte de la jurisdicción ordinaria de los países – desarrollen un amplio catálogo de mecanismos alternativos que pueden servir a las partes de referencia a la hora de elegir un método a seguir. Estos procedimientos – en caso de que, efectivamente, se escojan como modelo – pueden ser modificados<sup>8</sup> a voluntad de las partes (hasta el punto de llegar a convertirse en cláusulas “*tailor made*”<sup>9</sup> más que en cláusulas institucionales). Así, teniendo en cuenta la cantidad de combinaciones que pueden darse y el alto grado de personalización que puede tener cada una, se pone de manifiesto el grado de flexibilidad de estas cláusulas escalonadas para adaptarse a las distintas situaciones.

### *No anulan el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que lo complementa*

El escalamiento es un procedimiento que deja la jurisdicción en un último nivel y de manera residual pues se llegará a ella si han quedado sin resolver asuntos del conflicto en los escalones anteriores.

---

<sup>6</sup> ALMEP. Ministerio de Justicia. Diciembre 2020. (disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf> )

<sup>7</sup> Fernández Pérez, *op. cit.*, pág. 106 -107.

<sup>8</sup> Véase las cláusulas de mediación (opción A) del reglamento de mediación del International Chamber of Commerce (ICC). (<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-clauses/>)

<sup>9</sup> Fernández Pérez, *op. cit.*, pág. 111.

Ahora bien, esa residualidad no niega – ni lastra – el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, sino que la condiciona al cumplimiento de pasos previos. Asimismo, al igual que son las partes las que pactan resolver el asunto a través de un escalonamiento, también son ellas las que, de mutuo acuerdo, pueden decidir abandonar el proceso escalonado y someter el asunto ante el poder jurisdiccional.

Antes de iniciar el estudio de los MTDRC en el ámbito internacional, conviene apuntar que, aunque las cláusulas escalonadas pueden tener como escalón jurisdiccional un juicio o un arbitraje, el presente trabajo se centrará en el análisis de cláusulas que terminan en un arbitraje. Ello se debe a que la práctica se inclina mayoritariamente por tomar el arbitraje como último escalón<sup>10</sup>.

## **CAPÍTULO II. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO**

Gracias al protagonismo que han tenido estas cláusulas en las últimas décadas, se ha podido analizar sus notas comunes y ofrecer una visión “generalizada”<sup>11</sup> de las mismas. Así, en primer lugar, se explicarán las distintas concepciones que hay sobre la naturaleza jurídica de estas cláusulas; después, se abstraerán los requisitos que llevan a los tribunales a considerar estas cláusulas escalonadas como ejecutables; en tercer lugar, se tratarán distintas cuestiones en relación con el incumplimiento de los escalones previos; y, por último, se cierra el análisis de derecho comparado con los problemas que se detectan en el uso de estas cláusulas.

### **1. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICO PROCESAL DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS**

Según la naturaleza jurídica que se atribuya a las cláusulas multinivel, se derivan distintas consecuencias en cuanto a la ejecución y reconocimiento del laudo si una de las partes no cumple con el procedimiento pactado. Así, para entender con la mayor claridad posible las distintas nociones, se van a explicar tres teorías: la teoría jurisdiccional; la teoría procedimental

---

<sup>10</sup> Fernández Pérez, *op. cit.*, pág. 103-104.

<sup>11</sup> “Generalizado” en la práctica de los países objeto de esta comparativa (Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Alemania, Suiza, Singapur y Hong Kong).

y la teoría sustantiva (o contractual)<sup>12</sup>, con el fin de clasificar los países objeto de esta comparativa como seguidores de una u otra.

### 1.1. Teoría contractualista

Los defensores de esta teoría consideran que las cláusulas escalonadas son una expresión más de la autonomía de la voluntad y por ello, deben tener la misma validez que el contrato. Por lo tanto, cuando una parte incumpla con los procedimientos escalonados pactados y solicite el inicio de un proceso jurisdiccional, el tribunal concedor del asunto valorará el incumplimiento de los pasos previos como un incumplimiento contractual más<sup>13</sup> – indemnizable por daños y perjuicios.

De esta manera, el incumplimiento no tendrá efectos vinculantes de cara a la admisibilidad de la demanda o la jurisdicción del tribunal (sea arbitral o judicial<sup>14</sup>). Esto es así porque los que apoyan esta teoría consideran que el derecho a la tutela judicial efectiva puede quedar vulnerado si el acceso a la jurisdicción se hace depender del cumplimiento del procedimiento pactado<sup>15</sup>.

#### *Suiza*

Los tribunales suizos están especialmente divididos en relación con la naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas, como se puede observar en la disparidad de sus pronunciamientos iniciales. Así, al igual que se encuentran pronunciamientos que reconocen la naturaleza sustantiva de estas cláusulas, se pueden ver otros que consideran que su naturaleza es de carácter procesal (teoría procedimental – vid. CAPÍTULO II 1.3).

---

<sup>12</sup>Cfr. Crespo Alvear, M., "Efectos del Incumplimiento de la etapa previa en la cláusula escalonada", *Actuaciones arbitrales frente al incumplimiento de cláusulas escalonadas en el juicio arbitral*, Universidad del Azuay, Ecuador, 2015, págs. 44-67.

(disponible en <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/4206/1/10767.pdf>; última consulta 23/03/2022)

<sup>13</sup> Cfr. Robleto Arana, C.A., "La cláusula escalonada o multinivel en la resolución alterna de conflictos." *Revista de Derecho* 30, 2021, pág. 12-15.

<sup>14</sup> *Ibid.* págs. 64-67.

<sup>15</sup> Cfr. Aydemir, D.A., "Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses after UML on Mediation 2018 and the Singapore Convention.", *Public and Private International Law Bulletin* 41.1, 2021, págs. 113-116.

En la sentencia del Tribunal de Casación de Zürich de fecha 15 de Marzo de 1999<sup>16</sup>, el tribunal basa la sustantividad de estas cláusulas en que, al constituir un elemento más del contrato, son susceptibles de ser sometidas a juicio/arbitraje sin previo cumplimiento de los escalones previos y sin afectar, en ningún caso, a la jurisdicción del tribunal.

## 1.2. Teoría jurisdiccional

Antes de explicar esta teoría, es conveniente precisar el concepto de jurisdicción. Se entiende por jurisdicción aquella potestad estatal que permite a los tribunales de un estado juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en base a la regulación de su ordenamiento jurídico. En este sentido, dentro de un estado puede haber varias jurisdicciones: ordinaria, contenciosa, privada, convencional o arbitral<sup>17</sup> – que, hoy en día, es reconocida por la mayoría de estados. Como explica Castro Salcedo: “[el arbitraje] nace de un negocio jurídico que, como tal, proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral. Sin embargo por medio del contrato de arbitraje las partes invisten de jurisdicción a personas privadas con el fin de que decidan definitivamente un conflicto que los involucra”<sup>18</sup>.

Esta posición defiende que cuando el arbitraje sea jurisdiccional, se deben apreciar en las cláusulas *multistep* los mismos requisitos que en la jurisdicción ordinaria ya que podrá ser cuestionada por los mismos motivos (*ratione personae; ratione materiae; y, ratione temporis*)<sup>19</sup>.

Así, cuando se da un arbitraje jurisdiccional, las cláusulas escalonadas adquieren la naturaleza propia de un requisito jurisdiccional con las consecuencias que ello trae consigo. Es decir, hasta que no se haya cumplido con los escalones previamente acordados, el tribunal arbitral no tendrá jurisdicción sobre el asunto y, por tanto, no podrá iniciarse el arbitraje<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Cassation Court of the Canton of Zurich, March 15, 1999, Kass.-Nr. 97/448 Z published in ZR, 99 (2000) No. 29.

<sup>17</sup> Crespo Alvear, *op. cit.*, págs. 45.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pág. 17-18.

<sup>19</sup> *Ibid.*, págs. 45-58.

<sup>20</sup> *Cfr.* Robleto Arana, *op.cit.*, págs. 12-13.

## *Estados Unidos*

En EEUU se pueden ver casos en los que los tribunales han tratado el cumplimiento de los escalones previos como requisitos jurisdiccionales. Así, en *Kemiron Atlantic, Inc. contra Aguakem International, Inc.* (Kemiron v. Aguakem)<sup>21</sup>; *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc* (Portland v. DeVito)<sup>22</sup> y *Murphy Exploration and Production Company International contra la República de Ecuador* (Murphy c. Ecuador)<sup>23</sup>, los respectivos tribunales se pronuncian sobre la naturaleza de estas cláusulas escalonadas entendiendo que el incumplimiento de los escalones previos repercute, negativamente, sobre la jurisdicción del tribunal arbitral, quedando sin efectos la cláusula contractual que daba fuerza a un acuerdo arbitral<sup>24</sup>.

En este sentido, cuando un tribunal se atribuye el conocimiento de un asunto sin entrar a valorar si se han cumplido o no las condiciones (estas son, los escalones previos) que “activan” el escalón arbitral, se corre el peligro de que la decisión que adopte el tribunal sea impugnada por los jueces nacionales si una de las partes objeta al respecto (como ocurrió en el caso de *White v. Kampner*<sup>25</sup>)

## *Singapur*

En el caso de *International Research Corp PLC v. Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd & Another* (Research Corp v. Lufthansa)<sup>26</sup>, se niega la validez del acuerdo arbitral (y por lo tanto, la jurisdicción del tribunal arbitral) por haber incumplido los procedimientos obligatorios previos al arbitraje que establece la cláusula de resolución de controversias.

---

<sup>21</sup> *Kemiron Atl., Inc. v. Aguakem Int'l, Inc.*, No. 01-16400 (11th Cir. 2002).

<sup>22</sup> *Him Portland, llc v. DeVito Builders, Inc.*, No. 02-cv-74-p-c (D. Me. jul. 26, 2002).

<sup>23</sup> *Murphy Exploration and Production Company International vs La República del Ecuador* (CIADI No. ARB/08/4 del 15 de diciembre de 2010).

<sup>24</sup> En este punto, hay tribunales estadounidenses que “judicializan” asuntos arbitrales bajo el argumento de que la cláusula arbitral no ha sido activada - esta cuestión se explicará con más detalle en CAPÍTULO II 3.1

<sup>25</sup> *White v. Kampner*, 229 Conn. 465, 641 A.2d 1381 (Conn. 1994). En este caso, el tribunal estadounidense anuló el laudo arbitral al considerar que una de las partes no había cumplido con las negociaciones pactadas en la cláusula escalonada como requisito previo al arbitraje.

<sup>26</sup> *International Research Corp PLC v Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and another* [2012] SGHC 226.

### 1.3. Teoría procesalista

Esta última teoría es apoyada por la mayoría de jurisdicciones y defiende que, cuando las cláusulas escalonadas sean vinculantes, pasan a considerarse como un requisito procesal más. El Código Civil Alemán de 1998 tomaba como requisitos procesales aquellos que, sin ser presupuestos del proceso, “*conducen a que no pueda deliberarse y decidirse el asunto si faltan*”<sup>27</sup>. Es decir, según esta teoría, el cumplimiento o no de las cláusulas escalonadas pasa a considerarse como requisito de procedibilidad; esto es, como una de las condiciones necesarias para que bien pueda iniciarse un proceso o para que, iniciado, pueda continuar<sup>28</sup>.

Por lo tanto, si no se han cumplido los escalones previos en el momento de interposición de la demanda arbitral, el árbitro desestimaré la demanda y suspenderá el proceso hasta que se hayan cumplido los pasos previos. No obstante, la suspensión del procedimiento no niega en ningún caso la jurisdicción del tribunal pues el acuerdo arbitral sigue siendo válido y, por consecuencia, sigue produciendo efectos<sup>29</sup>.

Es importante recordar que la actuación del árbitro es limitada pues sólo puede pronunciarse sobre el asunto si una de las partes ha objetado acerca del cumplimiento de los pasos previos – ya que el árbitro no tiene la facultad de pronunciarse de oficio sobre la validez del acuerdo arbitral<sup>30</sup>.

#### *Inglaterra*

En cuanto a su naturaleza jurídico procesal, en Inglaterra consideran que estas cláusulas escalonadas, cuando sean ejecutables, no permiten la activación del escalón arbitral o judicial si las partes no han cumplido con los escalones previos<sup>31</sup>. De esta manera, se obliga a las partes a acudir a los procedimientos previos pactados para poder activar la cláusula arbitral o judicial. Es decir, si el último escalón pactado es un arbitraje y si las partes han incumplido los escalones

---

<sup>27</sup> Crespo Alvear, *op. cit.*, págs. 58.

<sup>28</sup> *Cfr.* Crespo Alvear, *op. cit.*, págs. 58-64.

<sup>29</sup> X. Ltd c. Y. SpA, del Tribunal Federal Civil Suizo (4A\_628/2015, del 16 marzo 2016).

<sup>30</sup> Fernández Pérez, *op. cit.*, págs. 119-120.

<sup>31</sup> *Cfr.* Crespo Alvear, *op. cit.*, págs. 58-64.

<sup>32</sup> Ramani Garimella, S., and Siddiqui, N. A., *op. cit.*, pág. 169. En este sentido, algunos autores como Kayali opinan que cuando en la Sección 9(2) de la ley de arbitraje inglesa de 1996 se recoge la posibilidad de suspender los procedimientos arbitrales ante un “incumplimiento de otros procedimientos de resolución de disputas”, se puede entender que aplica también a las cláusulas multinivel.

previos, se inadmitirá la demanda ante el tribunal arbitral y se obligará a las partes a cumplir con lo pactado, pero manteniendo intacta la jurisdicción del tribunal arbitral (la parte de incumplimiento se explicará con más detalle en el CAPÍTULO II 3).

En el caso *Cable & Wireless Plc. v. IBM United Kingdom Ltd. 2002* (Cable & Wireless v. IBM)<sup>33</sup>, el tribunal explica que las cláusulas multinivel reciben el tratamiento equivalente a un requisito de procedibilidad por razón del *pacta sunt servanda*. Por tanto, con esta “suspensión” de la cláusula arbitral, no sólo se consigue que las cortes locales no tengan posibilidad de intervenir en el asunto cuando se pacta una cláusula escalonada con arbitraje, sino que también se fuerza a las partes a cumplir con lo pactado si quieren continuar con el proceso.

Otro ejemplo es el de *Channel Group v Balfour Beatty Ltd* (Channel Tunnel)<sup>34</sup>. En él, la corte comercial de Inglaterra establece que “*habiendo hecho dicha elección, yo creo que se encuentra en conformidad con, no solo (...) los casos ingleses (...) que aquellos que hacen acuerdos para la solución de sus disputas deben mostrar buenas razones para apartarse de ellos, y, de acuerdo también con los intereses de una regulación propia del comercio internacional, habiendo prometido llevar sus disputas a los expertos y, de ser necesario, a los árbitros, es allí donde las partes deben ir*”<sup>35</sup> (énfasis añadido).

#### *Países de derecho occidental (Francia, Alemania y Suiza)*

En estos países, sus tribunales<sup>36</sup> adoptan una concepción procedimental de las cláusulas escalonadas.

No obstante, mención aparte merece el caso de Suiza. Si bien en un primer momento los tribunales suizos trataban estas cláusulas escalonadas como cuestiones puramente sustantivas; pronto cambió el sentido de sus dictámenes y acabaron reconociendo la naturaleza procesal de las mismas.

---

<sup>33</sup> *Cable & Wireless Plc v IBM United Kingdom Ltd.* [2002] EWHC 2059 (Comm) (11 October 2002).

<sup>34</sup> *Channel Group v Balfour Beatty Ltd.* [1993] Adj.L.R. 01/21.

<sup>35</sup> Bernal Gutiérrez, R., “Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 5, n. 1, 2012, pág. 178.

<sup>36</sup> Como se puede ver en el caso *Rechtsprechung BGH*, 18.11.1998 - VIII ZR 344/97, en el que el Tribunal Federal Supremo Alemán (Bundesgerichtshof) a la hora de reconocer la ejecutabilidad de las cláusulas, se pronuncia también sobre el deber de cooperación que tienen las partes para iniciar los procedimientos previos; En Francia, Cass. ch. mixte, 14 February 2003, *Poiré v. Tripier*, JurisData n° 2003-017812 y, Cass. com. *Medissimo v. Logica*, 29 April 2014, n° 12-27.004.

En este sentido, en la decisión del 11 de septiembre de 2001<sup>37</sup>, la corte de apelación suiza entendió que el análisis del incumplimiento de uno de los escalones anteriores (en el caso, de la conciliación) previo al arbitraje no era asunto de su competencia, pues se trataba de una cuestión procesal que debía analizar el tribunal arbitral – ya que, de no hacerse así, el tribunal podría acabar controlando la jurisdicción del tribunal arbitral.

Este caso fue de gran importancia debido a que llevó a aceptar que la naturaleza jurídica de los mecanismos de conciliación era procesal<sup>38</sup>. Actualmente, la mayoría de tribunales y comentaristas suizos reconocen la naturaleza procesal de las cláusulas escalonadas, con las consecuencias que le son propias.

### *Estados Unidos*

En casos como el de *Dave Greytak Enters Inc. v. Mazda Motors of America Inc. (Dave v. Mazda)*<sup>39</sup> se puede ver cómo a través de la finalidad que pretenden cumplir estas cláusulas (evitar la jurisdicción estatal) se defiende que en ningún momento pierde el tribunal arbitral la jurisdicción sobre el asunto sino que más bien queda suspendida hasta que las partes cumplan con lo pactado.

## **2. EJECUTABILIDAD DE LA CLÁUSULA**

El objeto y pretensión de este apartado es ofrecer una visión sintetizada y uniformada (donde se pueda) de las características que llevan a los tribunales a considerar las cláusulas escalonadas como ejecutables.

### **2.1. Requisitos para reconocer la ejecutabilidad de una cláusula escalonada**

A la hora de sacar conclusiones en cuanto a la ejecutabilidad de las cláusulas en derecho comparado, se puede afirmar que todos los países objeto del presente análisis han seguido la

---

<sup>37</sup>Decision by Zurich Court of Appeals of September 11, 2001, published ZR 101 (2002) No. 21 (Decision de la Corte de Apelacion Suiza, 2001) También se pueden encontrar otros pronunciamientos sobre la naturaleza procesal de estas cláusulas: Swiss Federal Supreme Court - Arret du 6 juin 2007 lere Cour de droit civil, 4A 18/2007.

<sup>39</sup> Dave Greytak Enters Inc. v. Mazda Motors of America Inc., 622 A.2d 14, 23 -Del. Ch. 1992.

misma tendencia: en un principio, se negaban<sup>40</sup> a reconocer la ejecutabilidad de las cláusulas escalonadas por considerarlas expresiones vagas o pocos precisas<sup>41</sup> – sobre todo en aquellas que se incluyen referencias a la buena fe y especialmente, en Inglaterra, como se explica en el CAPÍTULO II 2.2. No obstante, con el paso del tiempo la doctrina y los tribunales, atendiendo a la fuerte necesidad que había de encontrar una solución a la sobrecarga de asuntos que estaban teniendo los tribunales, acabaron reconociendo las cláusulas *multi-step* como método alternativo de resolución de disputas – bajo determinados requisitos, que serán más o menos exigentes en función de la configuración adoptada en cada país.

Ahora bien, poniendo el foco en los países objeto del trabajo, se pueden generalizar tres requisitos comunes que llevan a los jueces a reconocer la ejecutabilidad de las cláusulas: la precisión y definición de los términos de la cláusula; el lenguaje utilizado; y, la mayor o menor adversarialidad del método pactado. Además de atender a estos tres requisitos “universalizados”, se tendrán en cuenta las particularidades de las distintas jurisdicciones (bien sea por su mayor o menor rigidez, por su distinta interpretación o por contar con nuevos requisitos). En este estudio, las particularidades que un país pueda tener en cuanto a la ejecutabilidad de las cláusulas escalonadas, se analizarán en subapartados con el fin de garantizar un mayor entendimiento.

### 2.1.1. *Precisión y definición en la redacción de la cláusula*<sup>42</sup>

En atención a los pronunciamientos jurisprudenciales<sup>43,44</sup> de los países objeto de esta comparativa se aprecia con claridad que uno de los motivos que lleva a la gran mayoría de

---

<sup>40</sup>La posición inicial de los tribunales de los distintos países se debía sobre todo a que los tribunales se encontraban con complejas cláusulas escalonadas que no se encontraban respaldadas con la normativa de cada país. Ello generaba dificultades para los tribunales a la hora de interpretar y hacer cumplir estas cláusulas.

<sup>41</sup>Por citar algún ejemplo, en el caso *Wah (Aka Alan Tang) & Anor v Grant Thornton International Ltd & Ors* [2012] EWHC 3198 (Ch) (*Wah v. Thronton*) el tribunal da unas directrices para determinar la ejecutabilidad o no de las cláusulas escalonadas que incluyan negociaciones de buena fe. Asimismo, en el caso *Walford and Others v. Miles and Another* [1992] 2 AC 128 (*Walford v. Miles*) el tribunal niega la ejecutabilidad del pacto para negociar por considerar que no está bien definido temporalmente (no incluía un límite de tiempo).

<sup>42</sup> Cfr. Bernal Gutiérrez, R., *op. cit.*, pág. 172-173. En la jurisprudencia estadounidense se ha consagrado este requisito bajo el concepto de “Definición” (en inglés, *Definitness*).

<sup>43</sup> En Estados Unidos se puede apreciar esta tendencia en los casos: *White v. Kampner; Portland v. DeVito; Kemiron v. Aguakem; Allen v. Apollo Group, Inc.*, Civil Action No. H-04-3041 (S.D. Tex. Nov. 9, 2004); *Annapolis Professional Firefighters Local 1926 v. City of Annapolis*, 100 Md. App. 714, 642 A.2d 889 (1994); *Fluor Enterprises, Inc. v. Solutia Inc.*, 147 F. Supp. 2d 648 (S.D. Tex. 2001)

<sup>44</sup> Bernal Gutiérrez., *op. cit.*, pág. 177. En Reino Unido, en los casos *Walford v. Miles, Channel Tunnel y Cable & Wireless v. IBM*, se va viendo cómo evoluciona la jurisprudencia y va aceptando la ejecutabilidad de las cláusulas siempre que estén definidas con cierto grado de precisión.

En este sentido, la Corte Comercial de Inglaterra cuando se pronunció sobre el caso *Cable & Wireless v. IBM*

tribunales a reconocer la ejecutabilidad de estas cláusulas es el hecho de que, de su lectura, se interprete que para poder pasar al siguiente escalón es necesario haber cumplido con el anterior. Para ello, es imprescindible que estas cláusulas estén dotadas de pautas objetivas que permitan su seguimiento (por ejemplo, un tiempo límite para negociar y/o mediar, el número de sesiones a llevar a cabo, la participación de personas específicas en la negociación, el mediar conforme a ciertas normas institucionales...) <sup>45</sup>.

La claridad y concisión de los escalones pautados se consigue a través de la inclusión de fórmulas que contengan estándares objetivos sobre cuándo, cómo y dónde se han de celebrar los mecanismos pactados (que pueden ser infinitos pues son fruto de la autonomía de la voluntad de las partes). Esto es imprescindible para que, en caso de que estos mecanismos “informales” sean infructuosos (en su totalidad o, únicamente, en lo relativo a ciertas materias) se pueda activar el siguiente escalón. La inclusión de términos que delimiten el proceder de las partes se debe a que los tribunales buscan que las cláusulas aporten certeza y seguridad jurídica <sup>46</sup> a los intervinientes en todos sus ámbitos – en lo relativo al procedimiento a seguir y a los derechos y obligaciones que tendrán las partes en el proceso.

Con la garantía de certeza y seguridad jurídica, se gana confianza en las partes en el método escalonado y se evita que las partes renuncien al procedimiento, elevando el caso ante un tribunal estatal cuando se ha pactado un arbitraje. Como se verá en el CAPÍTULO II 3.1. la ejecutabilidad de una cláusula es decisión del tribunal arbitral y cuando hay falta de claridad y precisión, el tribunal arbitral no puede entrar a valorar si las partes están cumpliendo con el procedimiento escalonado <sup>47</sup>.

---

sostuvo que: “*“the English courts should nowadays not be astute to accentuate uncertainty (and therefore unenforceability) in the field of dispute resolution references. There is now available a clearly recognized and well-developed process of dispute resolution involving sophisticated mediation techniques provided by trained mediators in accordance with procedures designed to achieve settlement by the means most suitable for the dispute in question (...) Accordingly, in the present case I conclude that clause 41.2 includes a sufficiently defined mutual obligation upon the parties to go through the process of initiating a mediation, selecting a mediator and at least presenting that mediator with its case and its documents and attending upon him”*”.

<sup>45</sup> FILE, J., “United-States: multi-step dispute resolution clauses”, *Mediation Committee Newsletter*, vol. 3, 2007, pág. 33.

<sup>46</sup> Los tribunales de Reino Unido se preocupan especialmente por este punto - lo que se debe en parte a la configuración del derecho contractual en su ordenamiento (*vid.* CAPÍTULO II 2.2).

<sup>47</sup> *Cfr.* Krauss, O., “The enforceability of escalation clauses providing for negotiations in good faith under English law”, *McGill J. Disp. Resol.* Vol. 2, 142, 2015, págs. 150-152.

En este punto, es curioso el papel que juega el límite temporal – en caso de incluirse. Este elemento, a primera vista, puede parecer que su única función es aportar mayor seguridad y firmeza al pacto al establecer un momento de inicio y de fin de las fases. No obstante, juega también un importante papel como mecanismo que impide a las partes interponer una demanda dentro del límite de tiempo establecido en el contrato. Esta limitación, se traduce en lo que se conoce como el *pactum de non pretendo* que es alegable por la parte que se vea demandada en ese periodo de tiempo y que faculta<sup>48</sup> al tribunal arbitral a suspender el procedimiento iniciado por la parte incumplidora<sup>49</sup>.

Por supuesto, no es obligatorio llegar a un acuerdo en estos procedimientos previos (pues, de lo contrario, sería un sinsentido incluir estas cláusulas escalonadas), sólo se requiere que las partes se sienten a negociar, conciliar o cualquiera que sea el método pactado para dar por cumplido este paso<sup>50</sup> y poder activar el siguiente (o último) – salvo que se entienda que estas cláusulas son de naturaleza sustantiva<sup>51</sup><sup>52</sup>. El hecho de que las partes no intenten llegar a un acuerdo dificulta que el tribunal de por cumplidos los escalones previos lo que trae consigo importantes consecuencias en lo relativo a la admisión de la demanda o la jurisdicción arbitral del asunto – *vid.* CAPÍTULO II 3 sobre la problemática de la activación o jurisdicción del arbitraje.

En relación con lo expuesto en el párrafo anterior sobre la disposición de las partes a sentarse a negociar, conciliar o cualquier otro ADR que se haya pactado como parte del escalamiento, es importante mencionar la posición de los tribunales de derecho civil occidental. Por ejemplo,

---

<sup>48</sup> En Inglaterra, en el caso *Wah v. Thorton*, se puso en tela de juicio si las cláusulas escalonadas eran lo suficientemente seguras para dar efecto legal a las obligaciones de no hacer. Así, el tribunal conocedor del caso se pronunció al respecto y dio una serie de requisitos que, en principio, estaban pensados como guía para ayudar a los tribunales a decidir sobre la cuestión. Las directrices eran las siguientes: que el compromiso por las partes fuese lo suficientemente cierto como para iniciar un proceso; que de la cláusula se pudiese identificar los momentos en los que inicia y termina cada fase de manera que el tribunal pueda determinar si se ha iniciado o no una fase y si las partes han cumplido o no con la participación exigida en cada caso.

<sup>49</sup> *Cfr.* Krauss, O., *op. cit.*, pg. 151-152. En Inglaterra, las partes quedan también protegidas ante la interposición de una demanda por la parte incumplidora en los tribunales estatales sin haber cumplido los procedimientos previos pactados en el contrato, por las reglas del procedimiento civil inglés - más concretamente, por la regla 26.4 del CPR, que establece la facultad de un juez de suspender un procedimiento cuando existe la posibilidad de que las partes lleguen a una solución por los ADR.

<sup>50</sup> En este punto, conviene tener en cuenta que hay en jurisdicciones en las que, aunque las partes no lleguen a un acuerdo a través de la mediación, están obligadas por ley (por ejemplo, en Nicaragua, en la CPCN artículo 407) a dejar constancia de su intento de llegar a una solución - porque los medios probatorios aquí no traen problemas. No obstante, hay que tener en cuenta que esto no ocurre con todos los mecanismos auto compositivos de resolución de disputas ni en todas las jurisdicciones.

<sup>51</sup> *Cfr.* Bernal Gutiérrez, R., *op. cit.*, pág. 172-176.

<sup>52</sup> *Cfr.* FILE, J., *op. cit.*, pág. 35

en Alemania<sup>53</sup> los tribunales han llegado a reconocer que, en una cláusula multinivel, existe un deber de cooperación entre las partes para iniciar los procedimientos previos pues, de no ser así, se inadmitirá la demanda. En esta misma línea, los tribunales franceses recurren al artículo 1134 del Código Civil Francés como apoyo para argumentar la ejecutabilidad de las cláusulas con ADR, considerando que una parte involucrada en un método de resolución de disputas tiene dos obligaciones: (i) iniciar los procedimientos según lo pactado y (ii) actuar de buena fe durante el litigio<sup>54</sup>.

#### a. Inglaterra

Los tribunales ingleses se han mostrado reticentes a la hora de reconocer la fuerza vinculante de las cláusulas escalonadas. Su reticencia se debía sobre todo a su falta de confianza en que estas generasen la suficiente certeza para obligar a las partes – lo que se explicará con más detalle en el CAPÍTULO II 2.2. Ahora bien, si bien hoy en día se puede ver como los tribunales están más abiertos al reconocimiento de la ejecutabilidad de las cláusulas *multistep*, ese miedo inicial queda plasmado en las condiciones bajo las que los tribunales aceptan su obligatoriedad (*Cable & Wireless v. IBM; Holloway v. Chancery Mead Ltd*<sup>55</sup> y *Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Ltd* (Emirates)<sup>56</sup>)

Muestra de esta evolución es la reforma de las Reglas de Procedimiento Civil que se llevó a cabo en 2002 por decisión del ejecutivo para reducir la sobrecarga que estaban sufriendo los tribunales ingleses. La reforma no sólo introduce la obligación de las partes de valorar los ADR como mecanismo de resolución de disputas, sino que también se exige a los tribunales que animen a las partes – siempre que lo consideren conveniente – al uso de algún ADR para cerrar la controversia. En este sentido, en el caso *Leicester Circuits Ltd. v. Coates Brothers Plc.*<sup>57</sup>, los tribunales de Inglaterra llegaron a imponer sanciones monetarias con la condena en parte de las costas del procedimiento – a pesar de haber ganado el litigio – a aquel que no cumpla con los escalones previos de carácter vinculante.

---

<sup>53</sup> Cfr. Aydemir, D.A., *op.cit.*, págs. 212-215.

<sup>54</sup> Ramani Garimella, S., and Siddiqui, N. A., *op. cit.*, págs. 170-171.

<sup>55</sup> *Holloway v Chancery Mead Ltd* [2008] EWHC 2495 (TCC)

<sup>56</sup> *Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Ltd* [2014] EWHC 2104 (Comm)

<sup>57</sup> *Leicester Circuits Ltd v Coates Brothers Plc* [2002] EWCA Civ. 474

## b. Singapur y Hong Kong

En general, se puede afirmar que los tribunales de Hong Kong y Singapur se muestran predispuestos a reconocer la aplicabilidad de las cláusulas escalonadas cuando se den los requisitos necesarios – que, en líneas generales, son más flexibles que los tribunales de países continentales o de *common law*. En este sentido, existen dos casos muy ejemplificativos: *Research Corp v. Lufthansa* ante los tribunales de Singapur y *Hyundai Engineering and Construction Co. v. Vigour Ltd.*<sup>58</sup>, en Hong Kong.

Así, la particularidad de los citados casos es que tanto los tribunales singapurenses como hongkoneses consideran como requisito suficiente para que la cláusula sea ejecutable, el que la cláusula establezca que las partes debían especificar un mediador para que conozca el asunto con carácter previo al arbitraje. Ello, sin la necesidad de que la cláusula tuviese referencia alguna a tiempos, ni a normas institucionales que las partes tuviesen que seguir. En este sentido, cuando el tribunal de Hong Kong se pronuncia sobre el citado caso, deja claro que el hecho de no especificar el procedimiento de mediación en una cláusula escalonada no es suficiente para negar la aplicabilidad de la cláusula. Así, el tribunal entiende que lo imprescindible para que una cláusula escalonada sea ejecutable es que las partes tengan conocimiento de su obligación de llevar el asunto ante un mediador; conocimiento que se demuestra con la designación de un mediador<sup>59</sup>.

Por lo tanto, los requisitos para aceptar la ejecutabilidad de las cláusulas escalonadas en los países analizados del continente asiático, son notablemente más laxos que los analizados previamente para Estados Unidos, Inglaterra y Europa.

### 2.1.2. Obligatoriedad en el lenguaje

En línea con lo anterior, otro factor que lleva a los jueces a aceptar la ejecutabilidad de estas cláusulas escalonadas es el hecho de que las partes establezcan en el contrato que los procedimientos escalonados pactados son condiciones previas al arbitraje y/o otro método de

---

<sup>58</sup> *Hyundai Engineering And Construction Co Ltd v Vigour Ltd*, High Court of Hong Kong [2004] 3 HKLRD 1.

<sup>59</sup> Tevendale, C.; Ambrose, H.; Naish, V., “Multi-Tier dispute resolution clauses and arbitration”, *The Turkish Commercial Law Review.*, vol. 1, 2015, págs. 38-39.

resolución más<sup>60</sup>. Esa condición previa puede entenderse bien sea expresa o implícitamente, a través del lenguaje utilizado (*i.e.* si se incluyen términos que denoten obligatoriedad<sup>61</sup>).

El lenguaje como indicador de la voluntad de las partes es un elemento básico a la hora de determinar la obligatoriedad de estas cláusulas. Así, para poder considerar una cláusula como ejecutable, se debe poder interpretar de ella que esa era la voluntad de las partes al contratar. De ahí que los tribunales se detengan a analizar las distintas connotaciones que se derivan del lenguaje en el uso de verbos que bien pueden indicar una obligación “deben” (en inglés, “*shall*”) o una posibilidad “pueden” (en inglés, “*may*”)<sup>62</sup><sup>63</sup>.

### 2.1.3. *Adversarialidad de los escalones previos*

El último requisito consiste en la mayor o menor adversarialidad de los escalones previos. Cuando las partes acuerdan que han de realizar una actuación poco adversarial (como puede ser una negociación entre una junta de adjudicativa, por ejemplo) antes de someter el asunto ante un tribunal arbitral o judicial, los tribunales tienden a ser más reacios a aceptar la ejecutabilidad de estas cláusulas. Por el contrario, si pactan resolver la disputa en cuestión a través de un método más adversarial (como puede ser, la mediación) sí se decantan por aceptar y reconocer como ejecutable la cláusula escalonada.

Esta distinción se debe sobre todo al miedo que tienen todavía los tribunales de países de *common law* en reconocer cláusulas que contengan expresiones estableciendo la buena fe como método conductor del procedimiento escalonado, como se explicará en el CAPÍTULO II 2.2. Muy ejemplificativo es el caso *Halifax Financial Services Ltd. Intuitive Systems Ltd.*<sup>64</sup> en el que el tribunal inglés considera que “*los procedimientos determinantes eran ejecutables, y los*

---

<sup>60</sup> Cfr. FILE, J., *op. cit.*, pág. 34.

<sup>61</sup> Cfr. Bernal Gutiérrez, R., *op. cit.*, págs. 172-176.

<sup>62</sup> Bernal Gutiérrez, R., *op. cit.*, pág. 174. En Estados Unidos, se puede tomar como ejemplo el caso de *Portland v. DeVito*, en el que el Tribunal del Primer Circuito de Apelaciones de EEUU reconoció como ejecutable una cláusula escalonada que establecía que las partes debían (*shall*) acudir a mediación como condición previa al arbitraje basándose en que ésta la voluntad de proceder de las partes pactada en el contrato: “*de acuerdo al lenguaje claro del contrato, la posibilidad de arbitraje no ha sido activada pues todavía ninguna de las partes ha solicitado la mediación*”.

En Inglaterra, el caso *Emirates*.

<sup>63</sup> Cfr. Krauss, O., *op. cit.*, págs. 150-152.

<sup>64</sup> *Halifax Financial Services Ltd (Plaintiff) v Intuitive Systems Ltd.* [1998] EWHC J1221-15

*no determinantes, como las negociaciones y la mediación, no*<sup>65</sup>. En el citado caso, el tribunal acaba rechazando la ejecutabilidad de la cláusula que llevaba a las partes a una negociación estructurada (con un asesor o mediador neutral) y aceptando la activación del escalón heterocompositivo por no considerar la negociación lo suficientemente vinculante.

## **2.2. La buena fe dentro de un procedimiento escalonado**

Siguiendo lo expuesto hasta ahora, se puede ir viendo como los requisitos exigidos por las jurisdicciones analizadas van enfocadas a garantizar un grado de certeza y seguridad jurídica lo suficientemente constatable como para que la cláusula escalonada sea ejecutable. Pues bien, esa certeza y seguridad jurídica se entendían, en principio, incompatibles con procedimientos que recogieran la buena fe como pauta conductual dentro de una cláusula escalonada.

No obstante, los dictámenes jurisprudenciales de los distintos países fueron evolucionando hasta reconocer la obligatoriedad de las cláusulas con referencias a la buena fe siempre y cuando fueran lo suficientemente seguras *per se*. Por lo general, todos los países objeto de este análisis evolucionaron de la misma manera: reticentes al principio y colaboradores con la buena fe al final. Esto se debe a que siempre que la buena fe esté reconocida en un ordenamiento concreto, se genera un deber específico que las partes deben conservar durante el proceso ya que puede ser objeto de revisión jurisdiccional<sup>66</sup>. Así, en los países analizados – excepto en Inglaterra, que se analizará en el CAPÍTULO II 2.1.1 a – el deber de buena fe está reconocido<sup>67</sup> en sus respectivos ordenamientos jurídicos de manera implícita en toda relación contractual.

### *a. Inglaterra*

La particularidad de Inglaterra se debe a como está consagrado el derecho contractual en su ordenamiento jurídico, pues para que las partes puedan obligarse entre ellas se exige un grado de seguridad y certeza mínimo en la relación jurídica que pretenden crear<sup>68</sup>. Por

---

<sup>65</sup> Krennbauer, S., “Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in International Business Contracts”, *YB on Int'l Arb.*, vol. 1, 2010, págs. 202-204. (Traducción no oficial)

<sup>66</sup> Krauss, O., *op. cit.*, págs. 148-150.

<sup>67</sup> En los países de derecho continental objeto del presente análisis, el deber de actuar de buena fe se recoge en sus Códigos Civiles.

No obstante, en Estados Unidos está recogido tanto en el Restatement of Contracts (artículo 205) como en el Uniform Commercial Code (UCC).

<sup>68</sup> Krauss, O., *op. cit.*, pág. 148.

lo tanto, esta configuración de los contratos, además de excluir la buena fe, parece incompatible con ella – pues la certeza y seguridad jurídica son términos que chocan, a primera vista, con la flexibilidad inherente de la buena fe.

Esto se debe a que la buena fe es un término bastante amplio y los jueces consideraban que los derechos y obligaciones que se derivan de un contrato con negociaciones en base a la buena fe eran poco claros. La falta de claridad generaba, por tanto, dificultades a los tribunales a la hora de determinar si las partes habían o no cumplido con sus obligaciones. Ello se puede ver en los casos de *Courtney & Fairbairn Ltd v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd*<sup>69</sup> y *Walford v. Miles* en los que los tribunales niegan la ejecutabilidad de cláusulas multinivel con negociaciones basadas en la buena fe<sup>70</sup>.

Así, sin existir un deber generalmente reconocido de cumplir con las obligaciones de buena fe<sup>71</sup> y siguiendo con lo indicado anteriormente, los tribunales fueron poco a poco admitiendo casos (*Walford v. Miles*, *Wah v. Thronton* y *Emirates*) en los que la cláusula de resolución de conflictos contenía negociaciones de buena fe entre las partes. Si bien en estos casos se fueron estableciendo unas pautas objetivas para poder medir el grado de certeza que generaban dichas cláusulas, los jueces no fueron rigurosos en seguir este procedimiento formal y se decantaron por analizar la ejecutabilidad de las negociaciones de buena fe caso por caso<sup>72</sup>.

En este punto, de vital importancia es la sentencia *Emirates*, ya que acerca la jurisprudencia inglesa a la de los demás países, en donde la buena fe es un elemento lo suficientemente cierto como para ser exigible. Así, cuando el tribunal analiza la ejecutabilidad de la cláusula escalonada, se detiene en precisar los requisitos que necesita una cláusula escalonada para ser ejecutable e incluye, entre ellos, la buena fe por estar implícito en la cláusula<sup>73</sup>. Esta interpretación rompe con la que hacían los tribunales hasta entonces, donde la buena fe únicamente podía considerarse si estaba expresamente

---

<sup>69</sup> *Courtney & Fairbairn Ltd v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd, Court of Appeal (Civil Division)* [1974] EWCA Civ J1128-3

<sup>70</sup> Krauss, O., *op. cit.*, págs. 148-150.

<sup>71</sup> *Ibid.*, págs. 153-155.

<sup>72</sup> *Ibid.*, págs. 148-150.

<sup>73</sup> *Ibid.*, págs.148-150.

incluida en el contrato (y ello no significaba que la cláusula ya fuese ejecutable *per se* pues de ello dependía también la definición del resto de sus términos)<sup>74</sup>.

A la hora de reconocer la ejecutabilidad de cláusulas que hagan referencias a la buena fe en las negociaciones en alguno de los escalones, los tribunales se detienen en distinguir el momento en el que estas negociaciones han tenido lugar. Es decir, si son en fase precontractual (como en el caso de *Walford v. Miles*<sup>75</sup>), donde todavía no hay acuerdo entre las partes y por tanto, éstas pueden actuar libremente; o, si son en fase post contractual (como en el caso *Emirates*), donde las partes quedan vinculadas por el contrato válido y por lo tanto, no solo deben cumplir con los acuerdos explícitos del contrato sino que también deben cuidar los deberes implícitos que de ellos se deriven (*i.e.* como el de buena fe, salvo que las partes lo excluyan expresamente en el contrato<sup>76</sup>).

Por lo tanto, cuando todavía se está negociando el contrato, no cabe exigir a la contraparte su deber de buena fe pues sería contrario a la propia naturaleza de la libertad de negociación, donde cada parte vela por sus propios intereses, sin atender a posibles responsabilidades contractuales. Tal es así, que hay voces que defienden la incompatibilidad de la buena fe dentro de un sistema de resolución de conflictos debido a la contrariedad de intereses enfrentados<sup>77</sup>. En conclusión, para que una cláusula con un deber de actuar de buena fe sea ejecutable, debe referirse a negociaciones en fase post contractual (ya sea por acuerdo expreso o por acuerdo implícito<sup>78</sup> de las partes). Asimismo, para que un compromiso de actuar de buena fe sea ejecutable en las jurisdicciones analizadas la cláusula debe, en todo caso, garantizar un mínimo de certeza – la cual se consigue con los requisitos expuestos *en* **CAPÍTULO II.2**.<sup>79</sup>

### 3. INCUMPLIMIENTO DE LOS ESCALONES PREVIOS

Para una óptima comprensión de este apartado es necesario tener en mente lo expuesto sobre las distintas teorías acerca de la naturaleza jurídica – *vid.* **CAPÍTULO II 1** – de las cláusulas

---

<sup>74</sup>Cfr., Krauss, O., *op. cit.*, págs. 152-161.

<sup>75</sup> El juez conocedor del caso se pronunció al respecto estableciendo que: "*the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party [...] is entitled to pursue his [...] own interest*". Krauss, O., *op. cit.*, págs. 153.

<sup>76</sup> Krauss, O., *op. cit.*, pág. 154.

<sup>77</sup> Tevendale, C.; Ambrose, H.; Naish, V., *op. cit.*, págs. 38-39.

<sup>78</sup> Aquí hay un dilema abierto acerca del alcance de estas obligaciones implícitas de actuar de buena fe. ¿Deben las partes actuar de buena fe de todos modos?

<sup>79</sup>Cfr., Krauss, O., *op. cit.*, págs. 152-161.

escalonadas. Esto es así porque dependiendo de si se sigue una teoría u otra, se derivarán efectos y consecuencias diferentes de cara a la admisibilidad de la demanda en los tribunales arbitrales; y/o a la jurisdicción del tribunal arbitral<sup>80</sup>. De este modo, se empezará analizando quien debe conocer el incumplimiento, el tribunal arbitral (en caso de haberse pactado un arbitraje) o el tribunal judicial estatal. Seguidamente, se procederá a analizar cómo tratan los tribunales el incumplimiento y, por último, se explicará que ocurre cuando no es posible para las partes cumplir con lo pactado.

Ahora bien, conviene adelantar que las legislaciones nacionales no suelen establecer sanciones claras en materia de incumplimiento por dos motivos principales. En primer lugar, la falta de unanimidad en cuanto a la naturaleza jurídica de la cláusula. En segundo lugar, por la dificultad de llegar a un equilibrio que evite, por un lado, limitar los derechos de las partes a entablar procedimientos jurisdiccionales; y, por otro, problemas constitucionales por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>81</sup>.

### **3.1. ¿Quién decide sobre el cumplimiento de las etapas previas?**

En cuanto a los problemas que puede traer el incumplimiento en materia de activación del procedimiento arbitral es necesario atender a la relación existente entre los tribunales nacionales y los arbitrales. Así, en este apartado se va a analizar quien es el responsable de determinar la arbitrabilidad o no de una disputa<sup>82</sup>, cuando la parte incumplidora con los escalones previos acude a juicio en busca de tutela habiéndose pactado un arbitraje como ulterior escalón. Este punto es de gran importancia ya que puede condicionar, en un momento posterior, la validez del acuerdo arbitral.

La cuestión sobre quién es el verdadero responsable en determinar la arbitrabilidad o no de una disputa, ha provocado una alta actividad judicial a lo largo de las últimas décadas. Así, atendiendo a los pronunciamientos judiciales se puede afirmar que, por lo general, los tribunales judiciales atribuyen esta es competencia de los tribunales arbitrales en virtud del

---

<sup>80</sup> *Cfr.*, Robleto Arana, *op. cit.*, pág. 16-20.

<sup>81</sup> Pérez, *op. cit.*, pág. 115.

<sup>82</sup> Básicamente, la arbitrabilidad se determinará en base a la obligatoriedad de los escalones previos (ya que activarán o no el escalón arbitral)

principio arbitral de *Kompetenz - Kompetenz*<sup>83</sup> (*John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston*<sup>84</sup> y la Decisión de la Corte de Apelación Suiza de 2001<sup>85</sup>, entre otras).

Ahora bien, puede ocurrir que las partes pacten expresamente que sean los tribunales<sup>86</sup> (y no los árbitros) los encargados de abordar las cuestiones que puedan surgir de los escalones previos al arbitraje. En ese caso, la cláusula ya no es un acuerdo arbitral y, por lo tanto, los tribunales pierden competencia sobre el asunto dejando la cuestión a los tribunales judiciales. En este punto, la problemática reside en que algunos tribunales judiciales se aprovecharon<sup>87</sup> de esta “voluntad expresa de las partes” para atribuirse la justiciabilidad de aquellos asuntos en los que, habiéndose pactado un arbitraje como último escalón, una se negaba a cumplir con los escalones previos.

En los casos de *Kremiron v. Aguakem* y *Portland v. DeVito* se puede ver como los tribunales consideraban que el acuerdo arbitral ha perdido sus efectos al haber “renunciado” implícitamente – las partes – a lo pactado a través de su decisión de no seguir el escalamiento. Así, haciendo una interpretación torticera de la voluntad de las partes, los tribunales nacionales acababan atribuyéndose la competencia sobre situaciones en las que no procedía judicializar un asunto pues se había pactado un arbitraje como método último de resolución de la controversia<sup>88</sup>.

---

<sup>83</sup>ya que son los árbitros los que en virtud del principio de *Kompetenz - Kompetenz* los que deben pronunciarse acerca de la validez del acuerdo arbitral, son ellos también los que deben entrar a examinar las discrepancias que del acuerdo puedan surgir.

<sup>84</sup>*John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston*, 376 U.S. 543 (1964). Caso ejemplificativo en la jurisprudencia de Estados Unidos pues en él, tribunal judicial estadounidense considera que, en virtud de la Ley Federal de Arbitraje, la cuestión acerca de la validez del acuerdo arbitral es competencia de los tribunales arbitrales. Esta cuestión también se puede ver en otros casos como: *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U.S. 79, 123 S. Ct. 588 donde se va afinando la cuestión al descartar la posibilidad de que los tribunales estadounidenses se pronuncien sobre cuestiones de naturaleza procesal que afecten al acuerdo.

Además, en este punto, conviene que mencionar la atribución de la competencia a los tribunales arbitrales en estadounidenses goza de reconocimiento no solo a nivel jurisprudencial, sino también normativo (como se puede ver en la Ley Federal de Arbitraje, en el Revised Uniform Arbitration Act del 2000; en el Restatement (Third) of the U.S. Law of International Commercial Arbitration; y, en la mayoría de los reglamentos arbitrales.

<sup>85</sup> *Decision by Zurich Court of Appeals of September 11, 2001, published ZR 101 (2002) No. 21*

<sup>86</sup>o, en caso de que algunas decisiones judiciales que aplican las leyes estatales (en EEUU) de arbitraje pueden, en cambio, asignar a los tribunales la responsabilidad de lidiar con las condiciones procesales previas al arbitraje. Stipanowich, T., “Multi-Tier Commercial Dispute Resolution Processes in the United States”, *Multi-tier approaches to the resolution of international disputes: A global and comparative study*. Anselmo Reyes & Gu Weixia (eds.), Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2020/11, 2020, pág. 12.

<sup>87</sup> En los casos de: *Kemiron v. Aguakem*, y *Portland v. DeVito*. Stipanowich, T., *op. cit.*, pág. 12.

<sup>88</sup> Stipanowich, T., *op. cit.*, pág. 12.

### 3.2. Tratamiento que siguen los árbitros ante un incumplimiento de las etapas previas

Las controversias relacionadas con el cumplimiento o no de los escalones inferiores no quedan limitadas al contenido del contrato en el que se inserta la cláusula, sino que más bien sus efectos se extienden al contenido de esta última y a su eficacia jurídica cuando los escalones sean de carácter vinculante<sup>89</sup> (*vid.* CAPÍTULO II 2)

Por lo general, cuando se incumple uno de los pasos previos al juicio o arbitraje, y se interpone una demanda para el inicio del procedimiento heterocompositivo, se pueden identificar tendencias entre los tribunales arbitrales. Así, por un lado, se pueden ver pronunciamientos que acaban siendo favorables a la parte incumplidora porque el tribunal acaba aceptando que se han cumplido los escalones previos y da inicio al arbitraje. Por otro, hay pronunciamientos desfavorables a las partes porque el tribunal opta por no continuar con el proceso arbitral al considerar que no tiene jurisdicción sobre el asunto o que no es admisible la demanda<sup>90</sup>.

En este punto, es importante hacer dos incisos. En primer lugar, los tribunales arbitrales únicamente se pronunciarán sobre el incumplimiento de las etapas previas – es decir, sobre la validez del acuerdo arbitral – si una de las partes ha objetado al respecto. Esto se debe a que, ante la falta de objeción, se asume que se ha producido una aceptación o desistimiento tácito que lleva a que el proceso arbitral continúe su curso<sup>91</sup>. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que los criterios de admisibilidad de la demanda y de jurisdicción pueden variar en función del país (pues dependerá de la *lex arbitri* que rige el proceso). No obstante, cabe indicar que hay unanimidad internacional en cuanto a que las decisiones del tribunal arbitral sobre la admisibilidad de la demanda no son anulables y las de jurisdicción/competencia sí<sup>92</sup>.

#### 3.2.1. Incompetencia del tribunal arbitral

La declaración de incompetencia del tribunal arbitral tendrá lugar cuando, dándose un incumplimiento de las etapas previas al arbitraje, éstas sean concebidas como un requisito

---

<sup>89</sup>Fernández Pérez, *op. cit.*, pág. 116.

<sup>90</sup> Bernal Gutiérrez, R., *op. cit.*, pág. 13.

<sup>91</sup> Crespo Alvear, M., “Efectos del Incumplimiento de la etapa previa en la cláusula escalonada”, *Actuaciones arbitrales frente al incumplimiento de cláusulas escalonadas en el juicio arbitral*, Universidad del Azuay, 2015, págs., 79-81

<sup>92</sup>*Cfr.*, Bernal Gutiérrez, R., *op. cit.*, pág. 13.

jurisdiccional (*vid.* CAPÍTULO II 1.2)<sup>93</sup>. Asimismo, como los requisitos jurisdiccionales son los que determine la ley (nacional) en cada caso, las partes no pueden añadir requisitos adicionales a la jurisdicción del tribunal en su acuerdo arbitral ya que, si lo hacen, estos carecerán de efectos cuando el tribunal arbitral valore si tiene o no competencia para conocer del asunto<sup>94</sup>.

Así, en base al principio de arbitraje internacional de *Kompetenz - Kompetenz*, cuando se inicia un procedimiento arbitral, el tribunal arbitral ante el que se ha solicitado el inicio de procedimientos debe pronunciarse<sup>95</sup> sobre si es o no competente para resolver la cuestión objeto de litigio. Si considera que el asunto no es de su competencia por entender que no se han cumplido las condiciones previas al arbitraje (es decir, no se han cumplido con los ADR previos cuando sean vinculantes), el tribunal arbitral dictará una declaratoria en la que se declarará incompetente y dictaminará la imposibilidad de seguir con el procedimiento arbitral<sup>96</sup>.

Ahora bien, el tema sobre si tiene o no competencia el tribunal arbitral no queda cerrado cuando el tribunal se pronuncia al respecto en el momento que recibe el asunto. Es más, la declaratoria de jurisdicción puede someterse a un control judicial posterior en el proceso de anulación del laudo o en el de reconocimiento de la sentencia extranjera. Así, el Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial se pronuncia al respecto estableciendo que “[...] *el hecho que un tribunal pueda determinar su propia jurisdicción no le otorga una facultad exclusiva para hacerlo. Una corte de ejecución que no se encuentra en la sede el arbitraje tiene la facultad de reexaminar la jurisdicción del tribunal*”.<sup>97</sup>

La declinatoria arbitral tiene efectos cuanto menos desagradables para las partes ya que les genera un gasto económico extraordinario por verse obligadas a abrir otro procedimiento arbitral (probablemente, ante otro tribunal arbitral)<sup>98</sup>. Ahora bien, también puede ocurrir que el tribunal considere que se han cumplido los escalones previos (habiendo un parte alegado lo contrario), dándole la razón a la parte iniciadora del arbitraje. En esta situación, las opciones

---

<sup>93</sup> *Cfr.*, Crespo Alvear, M., *op. cit.*, págs., 70-84.

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> Art. 16 de la Ley Modelo de la CNUMDI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas adoptadas en 2006.

<sup>96</sup> *Cfr.*, Crespo Alvear, M., *op. cit.*, págs., 70-84.

<sup>97</sup> *Ibid.* págs., 72.

<sup>98</sup> Bernal Gutiérrez., *op. cit.*, págs., 16-20.

de actuación de la parte que alega el incumplimiento de las fases previas dependen de la *lex arbitri*. No obstante, una vía de actuación interesante es la que ofrece la ley modelo CNUDMI sobre la impugnación del laudo por no ajustarse a lo dispuesto en el acuerdo arbitral<sup>99</sup>.

Las partes pueden recurrir el laudo arbitral ante un tribunal judicial. Sin embargo, esta situación es poco común debido a que (i) muchos pronunciamientos quedan protegidos por la confidencialidad – siendo difícil, por tanto, sacar conclusiones sobre el enfoque que han dado los árbitros acerca del cumplimiento de las etapas previas – y (ii) es difícil entrar a valorar la decisión de los árbitros teniendo en cuenta que el derecho sustantivo aplicable al caso varía enormemente ya no solo entre jurisdicciones, sino también dentro de una misma jurisdicción<sup>100</sup>.

### 3.2.2. *Inadmisibilidad de la demanda*

Por otro lado, el tribunal arbitral declarará que la demanda interpuesta es inadmisibile cuando entienda que, bajo la jurisdicción del país en cuestión, las cláusulas escalonadas (cuando sean vinculantes y no se hayan cumplido) son requisitos de procedibilidad (*vid. CAPÍTULO II 1.3*).

Por lo tanto, bajo la idea de que las cláusulas escalonadas son requisitos de procedibilidad, el tribunal arbitral no admitirá una demanda si las partes no han cumplido con los escalones previos al arbitraje. No obstante, esta inadmisibilidad no tiene efectos negativos sobre la jurisdicción del tribunal pues en lugar de negarla, la deja en suspenso hasta que las partes hayan cumplido con el escalamiento pactado<sup>101</sup>.

Ahora bien, en relación con la inclusión de plazos que delimiten temporalmente el escalamiento (CAPÍTULO II 2) es importante destacar que, si una de las partes incumple estos plazos (son pactos implícitos de *non pretendo*) e inicia un proceso ante un tribunal arbitral, éste atenderá a las circunstancias del caso concreto para determinar si conviene respetar el plazo y dejar que las partes culminen las etapas previas antes de iniciar el arbitraje; o, por el contrario, saltarse el plazo e iniciar directamente el arbitraje<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> Robleto Arana., *op. cit.*, págs. 17-18.

<sup>100</sup> Tevendale, C.; Ambrose, H.; Naish, V., *op. cit.* págs. 39-40.

<sup>101</sup> *Cfr.* Crespo Alvear., *op. cit.*, págs. 70-79.

<sup>102</sup> *Cfr.*, Crespo Alvear., *op. cit.*, págs. 70-79

Conviene dejar claro que cuando el tribunal inadmite la demanda por incumplimiento de los escalones previos, hasta que el incumplimiento no quede subsanado (con el intento de las partes de llegar a un acuerdo) no puede iniciarse el arbitraje ni, por ende, dictarse una resolución sobre el asunto. Esta solución suele tener buen recibimiento pues se respetan los derechos de las partes al generarles menores costes pues en caso de que éstas no lleguen a un acuerdo vía ADR, el arbitraje se reiniciará frente a los que conocieron el asunto en un principio y lo suspendieron; y, al no afectar a la ejecución del laudo<sup>103104</sup>.

No obstante, también puede darse la posibilidad de que el tribunal admita la demanda por entender que los escalones previos al arbitraje se han cumplido y, en ese caso, la parte resistente carece de vías de actuación pues el laudo arbitral sobre la admisibilidad de la demanda no es susceptible de control judicial en la mayoría de jurisdicciones<sup>105</sup>.

### 3.2.3. *Incumplimiento contractual*

Para aquellos que conciben el acuerdo arbitral escalonado como una parte más del contrato, es decir, como una cláusula de contenido sustantivo, el incumplimiento de las etapas previas no genera otra consecuencia que la indemnización por daños y perjuicios – de difícil cuantificación – propia de todo incumplimiento contractual.

En este punto, habrá que atender a la legislación civil en materia de incumplimiento contractual de cada jurisdicción para ver cómo regulan el incumplimiento y formas en las que uno puede exigirlo (que no se haya constituido en mora, por ejemplo)<sup>106</sup>.

### 3.3. **¿Qué ocurre si es imposible cumplir con las etapas previas?**

La imposibilidad de que las partes cumplan con los escalones previos pactados en el acuerdo arbitral puede venir dada por varios motivos: (i) que se produzca expresamente un desistimiento expreso o tácito de las partes de abandonar el procedimiento escalonado; (ii) que se produzca una modificación del escalamiento de manera que las partes puedan acudir directamente al arbitraje; o (iii) que se produzca una aceptación tácita a la interposición de una

---

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> A diferencia de lo que ocurre bajo la teoría jurisdiccional pues al considerar el cumplimiento como requisito jurisdiccional, pasa a ser un motivo de anulación del laudo.

<sup>105</sup> *Cfr.*, Robleto Arana, *op.cit.*, págs. 16-20.

<sup>106</sup> *Cfr.*, Crespo Alvear., *op. cit.*, págs. 77-79.

demanda arbitral por la parte demandada (en caso de que no se hayan cumplido con los escalones previos).

Ahora bien, también pueden darse casos en los que el cumplimiento de las etapas previas no pueda producirse. Ello puede ocurrir, en primer lugar, porque los escalones no son ejecutables (por no cumplir con los requisitos expuestos en el CAPÍTULO II 2.1); o, en segundo lugar, porque el tribunal considere que el hecho de obligar a las partes a intentar llegar a un acuerdo a través de los ADR pactados en el escalamiento, es inútil (o peligroso en relación con los derechos de las partes) atendiendo al grado de hostilidad o complejidad del conflicto en el que se encuentran inmersos las partes<sup>107</sup>.

En este apartado se analizará la posible futilidad de los escalones previos pues la viabilidad de la cláusula escalonada ya ha sido tratada en el CAPÍTULO II 2.1. Así, puede ocurrir que la parte incumplidora con el procedimiento escalonado alegue, al interponer la demanda, la inutilidad de seguir con el procedimiento escalonado. Inutilidad que se fundamentará en que escalamiento resultará infructuoso y únicamente generará mayores gastos y prolongará el proceso.

Ahora bien, con estas alegaciones, el árbitro debe ser extremadamente cauteloso para intentar lograr un equilibrio entre la parte que opta por el acceso directo a la jurisdicción y la que, por su parte, pretende alcanzar la solución a través del escalamiento pactado. Ello, no es tarea fácil pues el que insiste en el cumplimiento de los ADR previos al arbitraje, puede estar a su vez, llevando a cabo una estrategia dilatoria del procedimiento a través de la cual busca favorecerse.

En este punto, y respecto a las tácticas dilatorias<sup>108</sup> cabe mencionar que a la hora de valorar la ejecutabilidad de las cláusulas, los jueces se reservan su derecho a denegar la ejecución de estas cláusulas escalonadas – aun cuando son pactadas como condiciones previas – siempre que consideren que la parte que pretende activar estos mecanismos lo está haciendo con mala fe y busca favorecerse con ello. De esta manera, cuando resulta evidente que una parte está tratando de retrasar injustificadamente el arbitraje o el litigio insistiendo en la aplicación de cualquier requisito pactado como previo al acceso a la jurisdicción, los tribunales tienen la facultad de

---

<sup>107</sup> Cfr., Crespo Alvear., *op. cit.*, págs. 79-84.

<sup>108</sup> Son utilizadas como estrategias procesales que retrasan el procedimiento. FILE, *op. cit.*, pág. 1-2.

negarse<sup>109</sup> a ayudar a esa parte en su intención de dilatar el proceso. A través de esta facultad, los jueces niegan la obligatoriedad de los escalones previos al arbitraje y permiten el salto al siguiente escalón<sup>110</sup>.

Evidentemente, la realidad práctica a la hora de determinar la posible futilidad del escalamiento es más complicada ya que no sólo puede ser muy difícil probar que una parte está insistiendo en el cumplimiento de un escalón previo para dilatar el proceso y beneficiarse de ello; sino que también, hay una construcción jurisprudencial que defiende que por muy fútil que sea el cumplimiento solicitado por la parte, ésta tiene derecho a que se decrete tal obligatoriedad y a que se cumplan tales escalones (independientemente de si resulta siendo infructuoso o, por el contrario, acaba resolviendo la disputa)<sup>111</sup>.

Como regla general y fuera de los casos que entrañan mala fe, cuando los tribunales arbitrales consideran que las cláusulas son vinculantes para la escalada y en caso de que en su ordenamiento se clasifiquen como requisitos de procedibilidad (o de jurisdicción), los tribunales inadmitirán la demanda (o, rechazarán la jurisdicción del tribunal) en caso de que no se haya cumplido con los escalones pactados. No obstante, hay excepciones en las que, los tribunales, atendiendo a las circunstancias particulares del caso optan por saltarse los escalones previos e ir directamente a la jurisdicción ya que consideran ineficiente (o incluso, peligrosos para los derechos de las partes) el recurrir estrictamente al procedimiento escalonado.

Ejemplos de esta excepcionalidad son los casos *Hasley vs. Milton Keynes General NHS Trust* (En Inglaterra)<sup>112</sup> y *A. SA v B. SA, 4A\_124/2014* (en Suiza)<sup>113</sup>. En el caso de Inglaterra, el tribunal concedor del asunto dio una serie de directrices – no vinculantes – que pueden servir de ayuda a los tribunales a la hora de entrar a valorar la posible futilidad de cumplir con los

---

<sup>109</sup> Bernal Gutiérrez, R., *op. cit.*, pág. 176.

Se puede ver en el caso: *Cumberland York Distributors v. Coors Brewing Company*, Docket No. 01-244-P-H (D. Me. Feb. 7, 2002): “(es) seguro que a una parte no se le puede permitir que prolongue la resolución de una disputa al insistir en un término del acuerdo que, mediante una construcción razonable, sólo llevaría a una demora adicional”.

<sup>110</sup> Bernal Gutiérrez, R., *op. cit.*, pág. 176.

<sup>111</sup> FILE, J., *op. cit.*, pág. 36. En este sentido, los tribunales estadounidenses han llegado a activar el cumplimiento de los escalones previos hasta en casos en los que no estaban configurados como vinculantes cuando una de las partes se negaba a seguir con el escalamiento, pues consideraban que existía la posibilidad de un resultado favorable para el resistente. Así, en el caso *US v Bankers Ins Co, 245 F 3d 315, 323 (4th Cir 2001)*: “the procedure could generate an advisory result that the resistant party could find ‘favourable’”

<sup>112</sup> *Hasley v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576 (11 May 2004).

<sup>113</sup> *A. SA v B. SA, 4A\_124/2014* [2014], Swiss Federal Supreme Court.

escalones previos. En este sentido, algunos de los parámetros a considerar son: (i) la naturaleza de la disputa, (ii) los méritos del caso, (iii) la extensión en la cual otros métodos de resolución se han intentado, (iv) el hecho de que los costos de los ADR serían desproporcionadamente altos, (v) el hecho de que cualquier demora en llevar a cabo esos ADR hubiera sido perjudicial, y (vi) el hecho de que el ADR tenga una posibilidad razonable de éxito<sup>114</sup>.

Por su parte, los tribunales suizos consideran que aunque haya una cláusula vinculante, las partes pueden saltarse el escalón previo y acudir directamente a arbitraje pues estaba permitido por las excepciones recogidas en el contrato<sup>115</sup> y era el medio más eficiente y económico que aplica al caso en cuestión. Por otro lado, el tribunal también considera que una vez el asunto se ha sometido a arbitraje, las partes no pueden objetar sobre la jurisdicción del tribunal ya que ello atentaría contra el principio de buena fe procesal<sup>116</sup>.

Ahora bien, para el caso de que una aplicación literal de la cláusula escalonada pueda suponer la puesta en peligro de los derechos legítimos de las partes (por ejemplo, en relación con la solicitud de medidas cautelares, la situación de litispendencia o para evitar la expiración del plazo de prescripción), la solicitud de éstas últimas de proceder directamente a arbitraje debe hacerse siempre de buena fe y nunca deberá entenderse como una renuncia al procedimiento escalonado<sup>117</sup>.

Así, mientras que unos tribunales reconocen la teoría de la futilidad, otros se contraponen a ella al entender que, por muy fútil que pueda resultar el cumplimiento, primero hay que intentarlo (Murphy c. Ecuador)<sup>118</sup>. Por tanto, se plantea un dilema para los árbitros: el equilibrio entre administrar justicia evitando tácticas dilatorias y garantizar justicia sin limitar los derechos de las partes afectadas<sup>119</sup>.

#### 4. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA PRACTICA DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS

---

<sup>114</sup> Crespo Alvear., *op. cit.*, págs. 79 – 84.

<sup>115</sup> Ramani Garimella, S., and Siddiqui, N. A., *op. cit.*, 185-187.

<sup>116</sup> Tevendale, C.; Ambrose, H.; Naish, V., *op. cit.*, pág. 37.

<sup>117</sup> Fernández Pérez, *op. cit.*, pág. 123

<sup>118</sup> En el caso Murphy c. Ecuador el tribunal es rotundo en cuanto a que la futilidad de cumplir con los ADRs previos al arbitraje solo es determinable una vez se hayan intentado.

<sup>119</sup> *Cfr.*, Crespo Alvear, *op. cit.*, págs. 70-84.

Si bien es cierto que los tribunales tienden a considerar los pasos previos al arbitraje o juicio como ejecutables cuando definen claramente sus términos (*vid. CAPÍTULO II 2.1.1*), una definición muy rigurosa puede convertirse en un arma de doble filo. Esto es así porque puede acabar con la flexibilidad que aportan estos procedimientos<sup>120</sup> y puede llevar a soluciones demasiado dilatadas en el tiempo. Ello acabaría precisamente con el objeto de las MTDRC<sup>121</sup> pues las partes acabarían “judicializando”<sup>122</sup> cada vez más sus asuntos y a un coste mayor.

Para entender bien el problema expuesto en el párrafo anterior, es importante tener en cuenta la interconexión que se da entre los métodos alternativos de resolución de disputas auto compositivos y los heterocompositivos, desde la perspectiva de las partes contratantes y desde la de los tribunales nacionales<sup>123</sup>. Así, las partes contratantes, pueden preferir (por el motivo que sea) utilizar la negociación o la mediación (u otros) como condición previa al arbitraje o al juicio. No obstante, cuando pactan estas cláusulas escalonadas, las partes muchas veces asumen que, aunque decidan no recurrir a la negociación o a la mediación en un litigio concreto, se respetará su intención de arbitrar/litigar todos los conflictos que surjan de su contrato. Ahora bien, el problema está en que, en la mayoría de jurisdicciones, el cumplimiento de los escalones previos se trata bien como un requisito procedimental o bien como uno jurisdiccional por lo que el no cumplimiento de la etapa previa constituye un obstáculo para el acceso a la jurisdicción o para la admisión de la demanda.

Estos casos plantean el riesgo de que la parte que intente evitar la aplicación de la cláusula de resolución de conflictos por completo pueda tener éxito litigando en los tribunales sobre la base de que el resto de la cláusula de resolución de conflictos no se ha “disparado” o “activado”<sup>124</sup>. Ello se debe a que, si las partes no han expresado voluntad en el contrato acerca de si la renuncia al procedimiento escalonado debe ser conjunta, los tribunales analizarán el caso concreto para determinar si puede entenderse efectiva la renuncia de una de las partes a lo pactado. Entendiendo que la regla general es atender al caso concreto, ha habido casos en los que los tribunales han considerado suficiente la renuncia unilateral para saltarse el procedimiento.

---

<sup>120</sup> Tevendale, C.; Ambrose, H.; Naish, V., *op. cit.*, págs. 38-39.

<sup>121</sup> Fernández Pérez, *op. cit.*, pág. 124.

<sup>122</sup> Stipanowich, T., *op. cit.*, pág. 8.

<sup>123</sup> FILE, J., *op. cit.*, pág. 34.

<sup>124</sup> FILE, J., *op. cit.*, págs. 34-35.

Esta interpretación no está exenta de críticas y, en este sentido, otros tribunales entienden que es irónico considerar que un asunto debe judicializarse por el hecho de que las partes no han cumplido con los pasos previos. A modo de ejemplo, en el caso *Dave v. Mazda* el tribunal sostuvo que: “*The good-faith-negotiation provision, when considered in its entirety and in context, was intended basically as the first step of a more comprehensive procedural scheme and obligation – imposed upon both parties – ‘to seek prompt and expeditious non judicial resolution of disputes between them.’ The highly detailed nonjudicial dispute resolution procedures...begin with management review, progressing to a stipulation as to the facts and issues in dispute, moving to third-party resolution and, finally, to binding arbitration. **Those procedures and their sequence, make it evident that litigation was intended as a last resort, and not...the beginning point, of the dispute resolution process**”.*<sup>125</sup>

Para evitar estos problemas de interacción entre los mecanismos escalonados auto compositivos y los heterocompositivos, es importante que las partes contratantes muestren su voluntad de someter el litigio bien a arbitraje, bien a la jurisdicción, aun cuando los escalones previos no se hayan cumplido. Así, las partes conseguirían mantener la ejecutabilidad de la cláusula escalonada previa y garantizarían el arbitraje o jurisdicción como último recurso<sup>126</sup>.

Las MTDRC han sido duramente criticadas por algunos dogmáticos del derecho en varios puntos. Así, en primer lugar, estos críticos inciden en que si bien son notables los beneficios que estas cláusulas aportan a la agilidad y eficiencia de un procedimiento, hay que ser conscientes que los profesionales del derecho se valdrán de estas cláusulas aun cuando no estén vinculados contractualmente por ellos. Es decir, estos vienen a dejar claro que es prácticamente inútil el tener unas cláusulas con un mecanismo estipulado cuando los abogados las recomendarán, al inicio de la disputa, según consideren conveniente<sup>127</sup>.

En relación con esta primera crítica, los profesionales continúan incidiendo en que, si las partes se ven obligadas contractualmente a negociar/conciliar/mediar para poder activar la subsiguiente cláusula, la efectividad de ese ADR será limitada pues el interés de las partes se ciñe únicamente a dar por cumplido el requisito. Y, en este punto, conviene recordar que muchas cláusulas, en su intento por facilitar los procedimientos, detallan mucho el proceder

---

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> *Ibid.*, pág.35.

<sup>127</sup> Stipanowich, T., *op. cit.*, pág. 8.

que deben seguir las partes, lo que a su vez, puede ser un obstáculo<sup>128</sup> – pues la rigidez del lenguaje puede generar la dilatación del proceso.

En tercer lugar, estos críticos también apuntan que en el momento en que se pactan los diversos mecanismos escalonados, las partes y sus representantes, pueden no acertar en cuanto a que será conveniente en el momento en que surja la disputa. Es decir, muchos mecanismos pueden no ser efectivos una vez se ha materializado la disputa pues las circunstancias han cambiado; circunstancias que no eran posibles de prever en el momento de pactar los escalonamientos. En este sentido, hay que apostar por que el momento idóneo para recurrir a mecanismos informales sea durante el juicio o arbitraje (o incluso, después). Ello se debe a que, las partes, llegado ese punto, ya cuentan con conocimientos más profundos sobre la disputa y les será más fácil llegar a un acuerdo<sup>129</sup>.

Otro punto por comentar son los problemas de confidencialidad de los escalones previos de cara al escalón heterocompositivo – sobre todo, en relación con la mediación. Así, por lo general, con el uso de estos procedimientos se corre el riesgo de que la información relevada en una etapa previa pueda ser perjudicial para la parte en el momento en que se inicie una nueva etapa. En especial, cuando se da un incumplimiento con mala fe en una mediación<sup>130</sup>, las partes corren el peligro de que se divulgue la información confidencial revelada en el proceso mediado pues los tribunales pueden solicitar el testimonio de los mediadores en el proceso<sup>131</sup> – además de otras pruebas del procedimiento de mediación. Adicionalmente, en casos de mala fe, el incumplidor suele utilizar el incumplimiento como táctica dilatoria.

En suma, la mayoría de estos problemas se deben a la carencia ya no solo internacional, sino también nacional, de una regulación integral<sup>132</sup> que aborde la relación entre los métodos auto compositivos y heterocompositivos, de una manera más o menos extensa<sup>133</sup>.

---

<sup>128</sup> *Ibid.*, págs. 8-9.

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> Fernández Pérez, *op. cit.*, pág. 105

<sup>131</sup> Stipanowich, T., *op. cit.*, págs. 10.

<sup>132</sup> Si bien hay regulaciones, a nivel nacional, acerca del tratamiento que debe darse a métodos más tradicionales como la mediación y la conciliación, escasean las regulaciones en cuanto a las múltiples figuras que han ido apareciendo en los últimos años como ADR.

<sup>133</sup> Fernández Pérez, *op. cit.*, pág.105.

### CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE DERECHO NACIONAL

#### 1. SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA: MARCO JURIDICO.

La finalidad principal por la que nacen los ADR (“Métodos Alternativos de Resolución de Controversias” o, en adelante, “MASC”), es liberar a los tribunales de la elevada carga de trabajo y abrir vías más ágiles, más amistosas y menos costosas (en términos económicos). Así, cabe explicar encaje y fundamento que tienen los mencionados métodos de solución de conflictos dentro del ordenamiento jurídico español.

En relación con lo anterior, cabe analizar el encuadre que tienen los MASC dentro de la Constitución Española (en adelante, “CE”). De este modo, la justicia, que emana del pueblo, no solo puede ser alcanzada por la vía jurisdiccional (que, tal como dispone el art. 117.3 CE, corresponde en exclusiva a juzgados y tribunales), sino también por medio del arbitraje, la negociación, mediación o conciliación<sup>134</sup>.

La posibilidad de contar con alternativas (que pueden ser escaladas) a la jurisdicción no niega, ni por asomo, el derecho a la tutela judicial efectiva de todo ciudadano (reconocida en el artículo 24 CE), sino que más bien, lo complementa al ofrecer nuevas vías de resolución de conflictos que, en caso de no ser exitosas, siempre dejan abierto el acceso a los tribunales.

Asimismo, tal y como se ha expuesto en el CAPÍTULO I anterior, la autonomía de la voluntad, reconocida en el art. 1091<sup>135</sup> del Código Civil (en adelante, “CC”) y en el art. 1255<sup>136</sup> del CC, es *condición sine qua non* para acordar cualquier MASC y, en la misma línea, para acordar su escalamiento. En este sentido, cuando por medio de los MASC se trata de alcanzar una solución a un conflicto contractual, se está buscando justicia (principio consagrado como superior en nuestro ordenamiento jurídico según el art.1.1 CE).

---

<sup>134</sup> Vázquez Gómez-Escalonilla, L. “Consideraciones generales sobre los MASC en Derecho Español”. *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, no. 1, 2016, págs., 5-14.

<sup>135</sup> Art. 1090 CC: “Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales, y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido; y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente libro”.

<sup>136</sup> Art. 1255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

No obstante, las partes podrían encontrarse con algunos obstáculos en el momento de pactar un escalamiento como método de resolución de conflictos ya que existen materias que bien por su naturaleza – entre otras<sup>137</sup>, las cuestiones de orden público – o bien por ser de competencia exclusiva de los tribunales judiciales, no pueden ser objeto de resolución vía MASC.

Igualmente, en el momento de negociar los métodos en los que pretenden fijar la escalada, las partes podrían encontrar incompatibilidades entre unos métodos y otros. Es por ello por lo que, la Ley de Arbitraje<sup>138</sup> sienta como regla general la incompatibilidad de la litigación y el arbitraje de forma simultánea.

En relación con lo anterior, cabe resaltar que los escalonamientos de los MASC se consideran acuerdos lícitos, que se sustentan tanto en la autonomía de la voluntad como en la necesidad de cumplir con lo pactado (es decir, el *pacta sunt servanda* del art. 1091 CC) y no contradicen, en ningún caso, ni la ley ni el orden público (art. 6.4 CC)<sup>139</sup>.

No obstante, podría concluirse que, a pesar de que los MASC encajan correctamente dentro del ordenamiento jurídico español, su implantación no ha tenido el éxito que se pretendía, y que sí ha alcanzado en otros países de derecho comparado. Esto se debe a que, con la actual configuración de estos métodos alternativos, mientras muchos desconocen la posibilidad de resolver sus disputas a través de estas vías, otros, conociéndolas, se niegan a utilizarlas por desconfiar de su eficiencia<sup>140</sup>. Adicionalmente, en el ordenamiento jurídico español no hay ninguna disposición que obligue a las partes a tratar de resolver sus conflictos a través de otros mecanismos antes de acudir a la jurisdicción ordinaria. Es por ello por lo que es especialmente relevante el ALMEP aprobado en diciembre de 2021, pues establece la obligación de las partes de acudir a los MASC previa actuación ante los tribunales.

---

<sup>137</sup> Por lo general, en el ámbito civil, las materias que por su naturaleza pueden ser objeto de resolución vía MASC, son las materias que sean disponibles para las partes contratantes, excepto aquellas que recogidas en el art. 1814 CC o las que afecten tanto al interés público como al ajeno.

<sup>138</sup> Artículo 11.1 LA: “*El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria*”. Véanse las excepciones a este precepto en el artículo 38.2 LA y el artículo 19.1 LEC.

<sup>139</sup> Vázquez Gómez Escalonilla, L., *op. cit.*, págs. 13-14.

<sup>140</sup> Ruiz, E. “¿Qué son los MASC? ALMEP de Justicia”, *Mediando Conflictos*, 11 de marzo de 2021. (disponible en <https://www.mediandoconflictos.es/que-son-los-masc-y-medidas-de-eficiencia-procesal/>; última consulta: 23/03/2022)

## 2. TRATAMIENTO QUE RECIBEN LOS MASC EN ESPAÑA:

Analizando la jurisprudencia española en lo referente a la solución de conflictos por medio de cláusulas multidireccionales, cabe resaltar que de las infinitas combinaciones que pueden darse de MASC con métodos heterocompositivos, todas tienen como finalidad principal que las partes alcancen una solución al conflicto de la forma más eficiente (tanto en términos económicos como temporales) y menos controvertida posible (buscando una solución consensuada y amistosa entre las partes enfrentadas).

En este sentido, la doctrina española suele citar un *ober dictum* que, si bien es considerado un tanto forzado – pues está referido a la jurisdicción laboral – es bastante expresivo<sup>141</sup>: *“la función asignada a la reclamación previa administrativa, lo mismo que la atribuida a la conciliación, es la de proporcionar a la parte frente a quien se dirija la oportunidad de una mayor reflexión sobre los hechos que originan la acción, evitando tal vez así posibles procesos, y también la posibilidad de preparar adecuadamente la oposición, en este caso al Estado. Pero el rigor formalista no debe extenderse más allá de unos límites razonables en un tipo de proceso”*<sup>142</sup>.

Por lo general, bajo el sistema jurídico español, las cláusulas escalonadas son vinculantes siempre y cuando puedan ser lo suficientemente precisas (con los requisitos que se han explicado en el CAPÍTULO II 2.1) para generar una obligación entre las partes (art. 1255, 1090 y 1258 del CC). Esta obligatoriedad se traduce en que en caso de que no se cumplan y las partes abran un proceso ante una jurisdicción (judicial<sup>143</sup> o arbitral) se inadmitirá la demanda y quedará suspendido el proceso hasta que las partes hayan cumplido con lo pactado por lo que, siguiendo con las teorías expuestas en el CAPÍTULO II 2.1, el tratamiento que reciben estas cláusulas en España es el de un requisito de procedibilidad.

---

<sup>141</sup>Fernández Pérez, *op. cit.*, pág. 103

<sup>142</sup>*Ibid.* Sentencia del Tribunal Supremo (6º) de 9 de junio de 1988  
Y, Sentencia del Tribunal Constitucional núm 60/1989 de 16 de marzo de 1989 [ECLI:ES:TC:1989:60]

<sup>143</sup> Véase como ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm 434/2015 de 15 de julio 2020. En el FJ 3º, el Tribunal Supremo se pronuncia en defensa de la compatibilidad de los medios alternativos de resolución de conflictos y el derecho a la tutela judicial efectiva: *“Los EEES no pueden excluir los derechos de tutela judicial efectiva, pero si se permite que establezcan un método de resolución de conflictos de carácter interno y extrajudicial como trámite previo al acceso a los tribunales”*.

### 3. EL ALMEP

Con carácter previo a analizar los cambios que se prevén que introduzca este anteproyecto en el ordenamiento jurídico español, se explicará brevemente el contexto en el que se aprobó.

Durante años ha estado en la conciencia del ejecutivo imponer medidas que agilicen los procesos judiciales para conseguir un ahorro en tiempo y costes. No obstante, todos los intentos<sup>144</sup> que se han llevado a cabo han resultado fallidos, principalmente, por varios motivos relacionados entre sí. La causa principal es la falta de promoción institucional que tienen los MASC. Ello, tiene como consecuencia directa no sólo el desconocimiento generalizado de la población acerca de los MASC, sino también la falta de interés y confianza de los tribunales<sup>145</sup> y abogados<sup>146</sup> en el uso de los mismos.

Ante este panorama de escaso uso de los MASC, y ante la ola de litigios generada a raíz de la pandemia COVID, el gobierno aprobó el 15 de diciembre de 2021, el ALMEP introduce, en su Título I, el uso obligatorio y previo a la vía judicial de los MASC<sup>147</sup>, aunque su alcance se limita a los asuntos civiles y mercantiles (quedando fuera, por tanto, aquellas materias laborales, penales, concursales y en las que intervenga una entidad de carácter público)<sup>148</sup>.

De aprobarse esta medida, se solucionarían – al menos, teóricamente – varios de los problemas que sufren los MASC (a nivel internacional) ya que la ley pone esfuerzo en concretar cuestiones como los medios de prueba de cada escalón para darlo por cumplido<sup>149</sup> y la validez y eficiencia del acuerdo, entre otros. Más concretamente y en relación con la acreditación de la negociación

---

<sup>144</sup> El principal intento fue el que introdujo la Ley 5/2012 de 6 de julio de 2012, referido a la mediación en asuntos civiles y mercantiles y fruto de la transposición de la Directiva Europea 2008/52/CE del Parlamento y Consejo. Otro intento fallido - ya que hoy en día está archivado sin discusión - fue el “Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación” que obligaba a las partes a someterse a una sesión de mediación informativa con carácter previo al proceso judicial.

<sup>145</sup> hay multitud de asuntos que pudiendo haberse remitido a mediación, los jueces no lo han hecho por falta de confianza en el sistema.

<sup>146</sup> que, en asesorando al cliente sobre el método de resolución de futuros conflictos entre los contratantes, no explica a su cliente la posibilidad de resolver el conflicto fuera de los tribunales (vía MASC).

<sup>147</sup>Ruiz, E., *op. cit.* En este punto, es preciso aclarar que los mecanismos que el Anteproyecto engloba como MASC son: la mediación (atendiendo a la ley 5/2012); la negociación directa o con abogados; la conciliación privada; la oferta vinculante confidencial; la opinión de un experto independiente; y, otras modalidades previstas en la legislación especial (v.gr. en materia de consumo). Recordar que el arbitraje no se menciona pues es un método excluyente, no alternativo, a la jurisdicción – *vid.* CAPÍTULO III 1

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> *Ibid.* Con esto se pretende facilitar la labor de los tribunales al pronunciarse sobre si se ha cumplido o no el escalón previo a la jurisdicción con el fin de cumplir con el requisito de procedibilidad de la jurisdicción civil.

previa al inicio del proceso, el ALMEP incluye la obligación de las partes de incluir, con la demanda, un documento que acredite que las partes han intentado negociar una solución a la controversia, pero no ha sido posible, con el fin de dar por cumplido el requisito de procedibilidad. En este punto y en relación con el objeto de este trabajo, la futura aprobación – si se fuese el caso – del ALMEP conllevará la modificación del actual artículo 264<sup>150</sup> de Ley de Enjuiciamiento Civil, para incluir la obligación de acompañar la demanda con las citadas acreditaciones.

Asimismo, entre las modificaciones que incluye el ALMEP se pueden distinguir tanto medidas de carácter procesal como otras de carácter personal. En particular, en relación con las medidas procesales conviene resaltar: que la actividad negocial previa al juicio se ha configurado como requisito de procedibilidad; que se han ampliado las posibilidades de derivación judicial, pudiendo concederse en cualquier momento del proceso, tanto por un juez como por un funcionario competente; que se han introducido algunas medidas que pretenden impulsar el uso de los MASC en España (entre ellas, se ha facultado a los jueces para sancionar a las partes por abuso del procedimiento<sup>151</sup> y se ha eliminado el principio del vencimiento objetivo<sup>152</sup> en las costas).

Por otro lado, en cuanto a las medidas personales, se abre la posibilidad de conceder incentivos económicos a los profesionales de justicia (jueces, abogados y procuradores). Además, de cara a los ciudadanos, también se recogen ciertas medidas a su favor como la ampliación de los MASC a casos de justicia gratuita. En este sentido, se pretende reformar la ley 1/1996<sup>153</sup> con el fin de que los honorarios de los abogados que estuvieren presentes en los MASC cuando estos fueren preceptivos – es decir, en supuestos en los que bien sean presupuestos procesales

---

<sup>150</sup> Artículo 264 LEC: “*Documentos procesales. Con la demanda o la contestación habrán de presentarse: 1.º El poder notarial conferido al procurador siempre que éste intervenga y la representación no se otorgue apud acta*”.

<sup>151</sup> Cfr., ALMEP, *op.cit.* De esta forma, se prevé que los tribunales valoren la actitud de las partes con respecto al cumplimiento de los MASC previstos en el contrato a la hora de imponer las costas del pleito. Si una parte incumple con el escalonamiento pactado, los jueces tendrán la facultad de sancionar ese incumplimiento bajo el fundamento del “*posible abuso del servicio público de justicia*”. Además, en caso de que el abuso del procedimiento venga dado por el comportamiento del abogado asesor, el juez en cuestión está facultado para intervenir junto con el colegio de abogados para que se le imponga una sanción.

<sup>152</sup> Principio consagrado en el artículo 139.1 Ley de la Jurisdicción Contencioso - administrativa (LJCA), idéntico al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este principio viene a establecer que el que pierda en un pleito (porque vea rechazada todas sus pretensiones), asumirá las costas. Así pues, con la eliminación del principio se pretende conceder un incentivo fiscal que favorezca a las partes que hayan intentado resolver el conflicto previamente a través de la mediación.

<sup>153</sup> Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (BOE 12 de julio de 996) con el fin de añadir un nuevo apartado 11 al artículo 6.

para admitir la demanda o cuando sean consecuencia de una derivación judicial – y en casos de asistencia jurídica gratuita<sup>154</sup>.

Ahora bien, el hecho de que el ALMEP esté en curso lleva a plantearse varios interrogantes para el supuesto de que efectivamente salga a luz, como se explica a continuación.

### 3.1. ¿Se quedará el ALMEP en un mero ejercicio de “*wishful thinking*”?<sup>155</sup>

En cuanto a la aplicación práctica de los cambios que pretende introducir el ALMEP sobre los MASC, hay ciertas cuestiones que pueden lastrar la eficacia de la reforma hasta el punto de dejarla en una simple solución “teórica”.

Así, empezando por el documento que deberá acompañar a la demanda acreditando que se han llevado a cabo actividades negociales previas a juicio, cabe plantearse qué es exactamente lo que necesita un tribunal para acreditar que se ha cumplido el requisito de procedibilidad. Es decir, que métodos se requieren para probar que se ha cumplido. Este punto deja que pensar, pues esta presentación de documento acreditativo puede acabar convirtiéndose en un peaje para saltarse el requisito de procedibilidad – quedando vacía la función que los MASC venían a cumplir en el sistema español.

Siguiendo con las medidas procesales en materia de costas que plantea el ALMEP, cabe discutir su justiciabilidad. Es decir, condenando en costas a una de las partes, se está sancionado a aquel que ha participado indirectamente en el proceso judicial y no al que le ha recomendado acudir a esa vía. Por ello, hay voces que consideran recomendable regular el contenido de las notas de encargo de manera que el cliente, al firmar, muestre su conocimiento sobre las consecuencias que puedan derivarse del proceso judicial – en caso de que el tribunal sancione a la parte en costas por su actitud abusiva del proceso<sup>156</sup>- y sobre la posibilidad que existía de resolver el conflicto vía MASC.

---

<sup>154</sup> Vilalta Nicuesa, A.E., “La mediación y otras formas adecuadas de resolución (MASC) como primer escalon en el sistema de justicia”, *Universitat Oberta de Catalunya*, 21 de enero de 2021. (disponible en <https://blogs.uoc.edu/edcp/la-mediacion-y-otras-formas-adequadas-de-resolucion-masc-como-primer-eslabon-en-el-sistema-de-justicia/>; última consulta: 24/03/2021)

<sup>155</sup> Ruiz, E., *op. cit.*

<sup>156</sup> Ruiz, E., *op. cit.*

Otras cuestiones que quedan en el tintero: si su alcance es únicamente de asuntos civiles y mercantiles, ¿qué ocurre con aquellos conflictos de índole laboral que en el ámbito de UE se tratan como civiles? ¿Se verán los jueces y abogados motivados por el uso de estos mecanismos? ¿Es el artículo 8.1. un remedio efectivo al problema de la confidencialidad?<sup>157</sup>

#### **CAPÍTULO IV. CONCLUSIÓN**

El objetivo de las MTDR es agilizar los procedimientos de resolución de conflictos de una manera más eficiente, más económica y menos conflictiva para las partes. Habiendo analizado los temas que más controversia generan en la puesta en práctica de las mismas, cabe afirmar que el que se cumpla o no su objeto depende, en buena parte, de la redacción de la misma<sup>158</sup>.

Así las cosas, en el momento de redacción de la cláusula escalonada es importante tener en mente que no es un tema menor elegir una cláusula óptima y perfectamente adaptable al conflicto. En este sentido, es habitual que los redactores se centren únicamente en buscar la funcionalidad del procedimiento escalonado y olviden incluir cuestiones como quiénes se van a sentar a negociar, el tiempo que ello les llevará, si habrá varios niveles de negociación o no, si es necesario que a esa negociación le siga una mediación o cualquier otro mecanismo que incluya la intervención de un tercero, o el paso de un escalón a otro<sup>159</sup>, o como debe ser interpretada la “buena fe” dentro de los escalonamientos<sup>160</sup>. Todas estas cuestiones, que pueden parecer obvias, pueden llegar a entorpecer un procedimiento escalonado.

Muchas veces, los abogados redactores acaban por elaborar lo que se conoce como *Late night clauses*, donde se dejan muchas cuestiones en el aire ya que abundan las expresiones vagas y ambiguas que acaban en un ejercicio de adivinanza de última hora por parte de los abogados. Todo ello, como es evidente, genera un coste más alto de lo previsto al cliente, tanto en resultados como en costes<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> Colmenero Guerra, J.A., *op. cit.*, pág. 22-23.

<sup>158</sup> Véase las Directrices de la IBA para la redacción de las cláusulas de Arbitraje Internacional de 2010 sobre las distintas secuencias aplicables a las cláusulas escalonadas.

<sup>159</sup> *Cfr.* Stipanowich, T., *op. cit.*, pág. 15.

<sup>160</sup> *Ibid.*

<sup>161</sup> McLaughlin, J.T.; Scanlon, K. M., “A master's checklist for drafting international agreements that use alternative dispute resolution”. *Alternatives to the High Cost of Litigation*, vol. 22, no 9, Octubre 2004, p. 154-156.

Así, hay ciertas cuestiones que son aconsejables tener en cuenta a la hora de redactar una cláusula escalonada con el fin de evitar los problemas que de ella pueden derivarse. En primer lugar, tener en cuenta que no en todos los casos conviene pactar una cláusula escalonada como método de resolución de disputas. En el momento de redacción, se debe tratar de prever el escenario del futuro conflicto, ya que cuando emerja, puede no ser conveniente una cláusula escalonada y para ello, conviene hacer un análisis de la situación y lo que de ella se pueda derivar. Es decir, hay que plantearse cuestiones como la probabilidad de que el cliente en cuestión sea demandado o que plantee él la demanda; o la voluntad del cliente (*i.e.* si quiere terminar con el litigio a un ritmo más rápido o más lento)<sup>162</sup>.

Ahora bien, si las partes optan por incluir un procedimiento escalonado, conviene atender a una serie de puntos en cuanto a su redacción. Los términos de las cláusulas deben ser claros, precisos y objetivamente determinables. Es importante indicar el momento en el que se dará el escalonamiento (puede ser que se prefiera durante el arbitraje o incluso, después); los métodos que se incluirán; el alcance<sup>163</sup> que se dará a la propia cláusula (parcial o total); los activadores que marcarán el principio y el fin de cada fase – que a la vez servirán de prueba a los árbitros o jueces para dar por activado el escalón; los límites de tiempo de cada fase; las posibles opciones de reparación para las fases no vinculantes; las facultades de las partes para la elección de una tercera persona<sup>164</sup>, en caso de que sea necesaria; o incluso, cuestiones relacionadas con la capacidad de las partes<sup>165</sup> en el proceso<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> *Ibid.*, pág. 154.

<sup>163</sup> La importancia del alcance reside en que, en el caso de no ser precisos en su redacción, se puede acabar litigando ciertas cuestiones y arbitrando otras, lo que supondría una duplicación de costes, entre otros más inconvenientes para el cliente. Entre estos inconvenientes, hay que tener en cuenta que, pactando una cláusula amplia, se corre el peligro de que se pierdan derechos legales, reconocidos bajo una jurisdicción en concreto, se pierdan sometiendo un asunto a arbitraje.

<sup>164</sup> *Cfr.*, McLaughlin, J.T.; Scanlon, K. M., *op. cit.*, págs. 154 – 155. Así, si en el acuerdo arbitral las partes no han indicado sus preferencias con respecto a las cualidades del tercero, uno no podrá exigir nada a la contraparte durante el proceso de elección de su árbitro, como tampoco podrán objetar contra la elección de una institución arbitral - en caso de que se encomiende esta tarea a una institución arbitral. Además, en cuanto al número de personas que regirán esa disputa, conviene que las partes especifiquen en el contrato cuantos intervendrán, así como el proceso en el que se elegirán. Y, en caso de que las partes renuncien a controlar esta pieza clave del contrato, deberán de señalar la institución y, por ende, el reglamento por el que resolverán esta cuestión.

Asimismo, se debe tener en cuenta que pura eficiencia económica y procesal, en caso de que se nombre a una institución para que rija el proceso escalonado, es conveniente que sea la misma en los escalones que se pueda - opción que ya incluyen varios modelos institucionales (*Cfr.*, Fernández Pérez, *op. cit.*, pág. 109).

<sup>165</sup> McLaughlin, J.T.; Scanlon, K. M., *op. cit.*, págs. 154 – 155. Pues, a modo de ejemplo, en caso de que la contraparte sea una entidad gubernamental, puede estar protegida por leyes locales de inmunidad soberana, que le protegerían de acudir a un arbitraje.

<sup>166</sup> McLaughlin, J.T.; Scanlon, K. M., *op. cit.*, pág. 154.

No está de más mencionar que, dentro de un sistema caracterizado principalmente por su internacionalidad, especial importancia merece la elección del lugar donde se celebrará el arbitraje, sobre todo si éste es de carácter internacional. Para tomar una decisión adecuada, los abogados deberán ser conscientes de las disposiciones especiales que pueda haber en la legislación local y que puedan aplicarse en un arbitraje – por ello, es recomendable que se elija un país como foro del arbitraje que sea signatario de la Convención de Nueva York.

En este sentido, hay que valorar una serie de cuestiones como son: (i) la posibilidad de contar con un abogado local (del foro del arbitraje); (ii) la posibilidad de intervención de los tribunales del país donde se vaya a celebrar el arbitraje; (iii) la posibilidad de incurrir en gastos de traducción, en caso de que la lengua del foro y la del contrato sean distintas – para evitar estos costes y las posibles complicaciones<sup>167</sup> en el proceso de selección de árbitros conviene que el mismo idioma rija el contrato y los procedimientos; e, incluso, hay que valorar la posibilidad de transporte al país donde se va a celebrar el arbitraje, en caso de que sea necesario<sup>168</sup>.

En cuanto al laudo, las partes y sus representantes deben plantearse *ex ante* tanto la forma que quieren que adopte el laudo como la motivación que exigen que den los árbitros en su pronunciamiento. Esto es conveniente ya que el mayor o menor grado de motivación puede llevar a una mayor o menor probabilidad de impugnación del laudo (según los intereses de la parte)<sup>169</sup>. Más aún, las partes deberán tener en cuenta si les conviene renunciar a los derechos de apelación de un laudo ante el sistema judicial nacional aplicable y, en caso de que les convenga – por querer maximizar el ahorro en tiempo y costes del proceso – deberán valorar si bajo esa jurisdicción está permitido (ya que, en algunas, por ejemplo, en EEUU la Ley Federal de Arbitraje (FAA) va cambiando en lo que respecta a la renuncia de derechos de apelación)<sup>170</sup>.

No obstante, no debe perderse de vista la noción de que todos estos puntos a incluir en la redacción de las cláusulas no buscan otra cosa que aportar certeza; certeza entendida como mecanismo suficiente para obligar a las partes a cumplir con lo pactado (recordar que, hay en ordenamientos en los que el barómetro de certeza con el que determinar la ejecutabilidad de

---

<sup>167</sup> *Ibid.*, pág. 156.

<sup>168</sup> *Ibid.*, pág. 155.

<sup>169</sup> *Ibid.*, págs. 154 – 156.

<sup>170</sup> *Cfr.*, McLaughlin, J.T.; Scanlon, K. M., *op. cit.*, págs. 154 – 156.

las cláusulas escalonadas es mayor que en otros) de manera que no puedan obviar el cumplimiento alegando falta de claridad.

Con todo, aunque se ha visto que hay países que cuentan con una mayor implementación de las cláusulas *multi-step* que otros (entre ellos, España), no cabe duda de que, como ha apuntado M. Virgós, son una manifestación del tránsito del concepto estrecho de ‘litigación’ al más amplio de ‘resolución de disputas’<sup>171</sup> al que habrá que ir poco a poco adaptándose.

---

<sup>171</sup> Fernández Pérez, *op. cit.*, pág. 107.

## **BIBLIOGRAFIA**

### 1. LEGISLACIÓN

Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Ministerio de Justicia. Diciembre 2020. (disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>; ultima consulta: 29/03/2022).

Código Civil (BOE 16 de agosto de 1889).

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE 26 de marzo de 2004).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2001).

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE 27 de julio de 2012).

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE 14 de diciembre de 1998).

Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (BOE 12 de julio de 1996).

Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional, de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006. (disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-arb-s.pdf>; ultima consulta: 26/03/2022)

Arbitration Act 1996 (of England), 1996. CHAPTER 23 [17<sup>th</sup> of June 1996]. (disponible en: <https://www.jus.uio.no/lm/en/pdf/england.arbitration.act.1996.portrait.a4.pdf>; ultima consulta: 26/03/2022)

Ley N°902, del 4 de junio de 2015, Código Procesal Civil de la Republica de Nicaragua. (disponible en: <https://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/leyes/ley-902-codigo-procesal-civil.pdf>)

Federal Arbitration Act, United States.

## 2. JURIPRUDENCIA

Allen v. Apollo Group, Inc., Civil Action No. H-04-3041 (S.D. Tex. Nov. 9, 2004) [<https://casetext.com/case/allen-v-apollo-group-inc-sdtx-2004>] Fecha ultima de consulta: 31 de marzo 2022.

Annapolis Professional Firefighters Local 1926 v. City of Annapolis, 100 Md. App. 714, 642 A.2d 889 (1994) [<https://cite.case.law/md-app/100/714/>] Fecha ultima de consulta: 31 de marzo 2022.

A. SA v B. SA, 4A\_124/2014 [2014], Swiss Federal Supreme Court. [<https://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/7%20juillet%202014%204A%20124%202014.pdf>] Fecha ultima de consulta: 31 de marzo 2022.

Cable & Wireless Plc v IBM United Kingdom Ltd. [2002] EWHC 2059 (Comm) (11 October 2002) [[https://docentes.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/JPF\\_MA\\_30320.pdf](https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JPF_MA_30320.pdf)] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo 2022.

Cassation Court of the Canton of Zurich, March 15, 1999, Kass.-Nr. 97/448 Z published in ZR, 99 (2000) No. 29.

Cass. ch. mixte, 14 February 2003, Poiré v. Tripier, JurisData n° 2003-017812.

Cass. com. Medissimo v. Logica, 29 April 2014, n° 12-27.004.

Channel Group v Balfour Beatty Ltd. [1993] Adj.L.R. 01/21 [<http://expertdeterminationelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Channel-Tunnel-Group-Ltd-Anor-v-Balfour-Beatty-Construction-Ltd-v-Ors-1993-AC-334.pdf>] Fecha ultima de consulta: 31 de marzo 2022.

Courtney & Fairbairn Ltd v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd, Court of Appeal (Civil Division) [1974] EWCA Civ J1128-3 [<https://vlex.co.uk/vid/courtney-fairbairn-ltd-v-793622805>] Fecha ultima de consulta: 31 de marzo 2022.

Cumberland York Distributors v. Coors Brewing Company, Docket No. 01-244-P-H (D. Me. Feb. 7, 2002)., [<https://casetext.com/case/cumberland-york-distributors-v-coors-brewing-company>] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo 2022.

Dave Greytak Enters Inc. v. Mazda Motors of America Inc., 622 A.2d 14, 23 -Del. Ch. 1992. [<https://law.justia.com/cases/delaware/court-of-chancery/1992/11997-3.html>] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo 2022.

Decision by Zurich Court of Appeals of September 11, 2001, published ZR 101 (2002) No. 21.

Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Ltd [2014] EWHC 2104 (Comm). [<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2014/2104.html>] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo 2022.

Fluor Enters., Inc. v. Mitsubishi Hitachi Power Sys. Americas, Inc., Civil Action No. 3:17cv622 (E.D. Va. Jun. 15, 2018) [<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/147/648/2409242/>] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo 2022.

Halifax Financial Services Ltd (Plaintiff) v Intuitive Systems Ltd., [1998] EWHC J1221-15. [<https://vlex.co.uk/vid/halifax-financial-services-ltd-792620033>] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo 2022.

Hasley v. Milton Keynes General NHS Trust [2004] EWCA Civ 576 (11 May 2004). [[https://docentes.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/JPF\\_MA\\_29940.pdf](https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JPF_MA_29940.pdf)] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo 2022.

Him Portland, Llc v. DeVito Builders, inc., No. 02-CV-74-P-C (D. Me. Jul. 26, 2002) [<https://casetext.com/case/him-portland-llc-v-devito-builders-inc>] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo 2022.

Holloway v Chancery Mead Ltd [2008] EWHC 2495 (TCC)  
[<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff73a60d03e7f57eaa10a>] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo 2022.

Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc., 537 U.S. 79, 123 S. Ct. 588 (2002)  
[<https://casetext.com/case/howsam-v-dean-witter-reynolds-inc-4>] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo 2022.

Hyundai Engineering And Construction Co Ltd v Vigour Ltd, High Court of Hong Kong., [2004] 3 HKLRD 1 [<https://vlex.hk/vid/hyundai-engineering-and-construction-845322505>]  
Fecha ultima de consulta: 30 de marzo 2022.

International Research Corp PLC v Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and another [2012] SGHC 226. [[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-522-9481?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-522-9481?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo 2022.

John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston, 376 U.S. 543 (1964), [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/543/>] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo 2022.

Kemiron Atl., Inc. v. Aguakem Int'l, Inc., No. 01-16400 (11th Cir. 2002), [<https://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1356060.html>] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo 2022.

Leicester Circuits Ltd v Coates Brothers Plc [2002] EWCA Civ. 474., [<https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1f42c94e0775e7eee3e>] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo 2022.

Murphy Exploration and Production Company International vs La República del Ecuador (CIADI No. ARB/08/4 del 15 de diciembre de 2010),

[<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0548.pdf>] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo 2022.

Rechtsprechung BGH, 18.11.1998 - VIII ZR 344/97.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm 60/1989 de 16 de marzo de 1989 [ECLI:ES:TC:1989:60 - base de datos <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1266> ] Fecha ultima de consulta: 29 de marzo de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo (6º) de 9 de junio de 1988.

Sentencia del Tribunal Supremo núm 434/2015 de 15 de julio 2020 [ES: TS:2020:2520]

Swiss Federal Supreme Court - Arret du 6 juin 2007 Iere Cour de droit civil, 4A 18/2007.

US v Bankers Ins Co, 245 F 3d 315, 323 (4th Cir 2001), [<https://www.casemine.com/judgement/us/59147d0eadd7b04934438fc2>] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo de 2022.

Wah (Aka Alan Tang) & Anor v Grant Thornton International Ltd & Ors [2012] EWHC 3198 (Ch), [<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff76960d03e7f57eac3f3>] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo de 2022.

Walford and others v Miles and another [1992] 2 AC 128., [<https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:0ad63435-bcb7-490f-ab7b-154d9acc497f/Walford%20v.%20Miles.pdf>] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo de 2022.

White v. Kampner, 229 Conn. 465, 641 A.2d 1381 (Conn. 1994), [<https://casetext.com/case/white-v-kampner-1>] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo de 2022.

X. Ltd c. Y. SpA, del Tribunal Federal Civil Suizo (4A\_628/2015, del 16 Marzo 2016), [<https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/Christian-Oetiker-DFSC-4A-628-2015-142-III-296.pdf>] Fecha ultima de consulta: 30 de marzo de 2022.

### 3. OBRAS DOCTRINALES

Aydemir, D.A., "Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses after UML on Mediation 2018 and the Singapore Convention.", *Public and Private International Law Bulletin* 41.1, 2021, págs. 191-229.

Colmenero Guerra, J.A., "La reforma de los MASC en el Anteproyecto de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Abuso del Procedimiento arbitral y debido proceso", *Wolters Kluwer España. LA LEY, Mediación y Arbitraje* nº 10, 2022, pág. 1-32.

Fajardo, P., "El análisis del conflicto como decisión estratégica para su solución", *Cooperar como estrategia*, Madrid, 2015, págs. 237-261.

Fernández Pérez, A., "Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales= Multi-tiered clauses in the international disputes resolution." *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 9. Nº1, 2017, págs. 99 – 124.

FILE, J., "United-States: multi-step dispute resolution clauses", *Mediation Committee Newsletter*, vol. 3, 2007, págs. 33-36.

Ramani Garimella, S., and Siddiqui, N. A., "The Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Contemporary Judicial Opinion", *IJUM LAW JOURNAL*, Vol. 24, n.1, 2016, págs. 157-191.

Krauss, O., "The enforceability of escalation clauses providing for negotiations in good faith under English law", *McGill J. Disp. Resol.* Vol. 2, 142, 2015, págs. 142-165.

Krennbauer, S., "Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in International Business Contracts", *YB on Int'l Arb.*, vol. 1, 2010, págs. 199-206.

Lalaguna Holzwarth, M., "La aplicación en España de Med-Arb, Arb-Med y variantes como alternativa a los ADR tradicionales." *La Ley. Mediación y arbitraje*, no 4, p. 6., 2020, no 4, p. 1-29.

Mclaughlin, J.T.; Scanlon, K. M., "A master's checklist for drafting international agreements that use alternative dispute resolution." *Alternatives to the High Cost of Litigation*, vol. 22, no 9, Octubre 2004, págs.154-156.

Robleto Arana, C.A., "La cláusula escalonada o multinivel en la resolución alterna de conflictos." *Revista de Derecho* 30, 2021, pág. 3-25.

Tevendale, C.; Ambrose, H.; Naish, V., "Multi-Tier dispute resolution clauses and arbitration", *The Turkish Commercial Law Review.*, vol. 1, 2015, págs. 31-40.

Tomic K., "Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Benefits and Drawbacks.", *Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2017, págs. 360-372.

Vázquez Gómez-Escalonilla, L. "Consideraciones generales sobre los MASC en Derecho Español". *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, no. 1, 2016, págs., 1-73.

#### 4. RECURSOS DE INTERNET

Ahmed, M. (2019, 7 de octubre). Upholding and enforcing DR clauses. *The Law Society Gazette*. Obtenido el 29/03/2022 de [https://www.lawgazette.co.uk/legal-updates/upholding-and-enforcing-dr-clauses/5101650.article#:~:text=In%20Holloway%20v%20Chancery%20Mead,%3B%20\(3\)%20the%20process%20or](https://www.lawgazette.co.uk/legal-updates/upholding-and-enforcing-dr-clauses/5101650.article#:~:text=In%20Holloway%20v%20Chancery%20Mead,%3B%20(3)%20the%20process%20or)

Bernal Gutiérrez, R., "Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia", *Arbitraje : revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 5, n. 1, 2012, págs. 170-203. (disponible en <http://hdl.handle.net/10637/13065>; última consulta: 24/03/2022)

Cláusulas escalonadas: los pros y contras de este método alternativo de resolución de disputas. (2018, 17 de Julio). Newsletter Arbitraje Internacional. Obtenido el 29/03/2022 de [https://www.garrigues.com/es\\_ES/noticia/clausulas-escalonadas-pros-contras-este-metodo-alternativo-resolucion-disputas](https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/clausulas-escalonadas-pros-contras-este-metodo-alternativo-resolucion-disputas)

Crespo Alvear, M., *Actuaciones arbitrales frente al incumplimiento de cláusulas escalonadas en el juicio arbitral*, Universidad del Azuay, Ecuador, 2015 (disponible en <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/4206/1/10767.pdf> ; última consulta 23/03/2022)

Estévez Sanz, M., (2018, 2 de noviembre). DAB y cláusulas multinivel en el arbitraje de construcción. LinkedIn. Obtenido el 29/03/2022 de <https://www.linkedin.com/pulse/dab-y-cl%C3%A1usulas-multinivel-en-el-arbitraje-de-marlen-est%C3%A9vez-sanz/?originalSubdomain=es>

Menéndez, U., “El acto de negociar con anterioridad al inicio del arbitraje”. (disponible en [https://www.uria.com/documentos/colaboraciones/931/documento/UM\\_ALAPacto.pdf?id=3767](https://www.uria.com/documentos/colaboraciones/931/documento/UM_ALAPacto.pdf?id=3767); última consulta: 15/03/2022).

Ruiz E., (2021, 15 de marzo). ¿Qué son los MASC? Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. *Mediando Conflictos*. Obtenido el 29/03/2022 de <https://www.mediandoconflictos.es/que-son-los-masc-y-medidas-de-eficiencia-procesal/>

Stipanowich, T., “Multi-Tier Commercial Dispute Resolution Processes in the United States”, *MULTI-TIER APPROACHES TO THE RESOLUTION OF INTERNATIONAL DISPUTES: A GLOBAL AND COMPARATIVE STUDY*. Anselmo Reyes & Gu Weixia (eds.), Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2020/11, 2020, pág. 1-18. (disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3601337>)

Tan, J. A., "Guía de la OMPI sobre los métodos alternativos de solución de controversias (ADR) para las Oficinas de Propiedad Intelectual y los tribunales judiciales." *Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI/Korean Intellectual Property Office*, 2018, (disponible en [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_guide\\_adr.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_guide_adr.pdf) última consulta: 29/03/2022)

Travaini, G., (2014). Multi-tiered dispute resolution clauses, a friendly Miranda warning. *Kluwer Arbitration Blog*. Obtenida el 25/03/2022 de <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/09/30/multi-tiered-dispute-resolution-clauses-a-friendly-miranda-warning/>

Vilalta Nicuesa, A.E., “La mediación y otras formas adecuadas de resolución (MASC) como primer escalón en el sistema de justicia”, *Universitat Oberta de Catalunya*, 21 de enero de 2021. (disponible en <https://blogs.uoc.edu/edcp/la-mediacion-y-otras-formas-adecuadas-de-resolucion-masc-como-primer-eslabon-en-el-sistema-de-justicia/>; ultima consulta: 24/03/2021)