



FACULTAD DE DERECHO

Cláusulas escalonadas de resolución de disputas

Autora: Carmen Pérez de la Blanca Echevarría

5º E5 Derecho y Relaciones Internacionales

Derecho Internacional Privado

Tutor: Diego Agulló Agulló

Madrid

Abril 2023

RESUMEN:

A través de una cláusula escalonada de resolución de disputas las partes en un contrato se comprometen, para el caso de que surja una disputa entre ellas, a seguir una serie de etapas separadas con diferentes procedimientos para intentar resolver la controversia. Se prevén procesos adjudicativos como el arbitraje o el litigio como último recurso al que solo se recurrirá si pasos preliminares no logran resolver la disputa. Si bien las cláusulas escalonadas tienen el propósito de facilitar la resolución de controversias y ofrecen importantes ventajas prácticas para las partes, entrañan relevantes complejidades y problemas, entre los que destacan las consecuencias del incumplimiento de los distintos escalones que estipulan. Este trabajo busca identificar las principales problemáticas que se derivan de este tipo de cláusulas, con un especial énfasis en el análisis de su carácter vinculante. Se estudiará y analizará el tratamiento doctrinal y jurisprudencial que se le ha dado a su doble naturaleza contractual y procesal desde una perspectiva amplia que abarcará no solo el contexto español, sino también a nivel internacional en distintas jurisdicciones tanto de *common law* como de derecho civil, para así examinar las respuestas que se han venido dando a las distintas problemáticas que presenta este tipo de cláusulas.

PALABRAS CLAVE: cláusulas escalonadas de resolución de disputas, medios alternativos de resolución de disputas, mediación, arbitraje, incumplimiento contractual.

ABSTRACT:

Through a tiered dispute resolution clause, the parties to a contract undertake, in the event of a dispute arising between them, to follow a series of separate stages with different procedures to attempt to resolve the dispute. These clauses provide for adjudicative processes such as arbitration or litigation as a last resort only if preliminary steps fail to resolve the dispute. While tiered clauses are intended to facilitate dispute resolution, and offer important practical advantages for the parties, they entail significant complexities and problems, including the consequences of non-compliance with the various steps they provide for. This paper seeks to identify the main problems arising from this type of clauses, with a special emphasis on the analysis of their binding nature. The doctrinal and jurisprudential treatment given to their dual contractual and procedural nature will be studied and analyzed from a broad perspective,

covering not only the Spanish context but also the international level, in different common law and civil law jurisdictions in order to examine the answers that have been given to the different problems presented by this type of clause.

KEY WORDS: tiered dispute resolution clauses, alternative dispute resolution, mediation, arbitration, breach of contract.

LISTA DE ABREVIATURAS

AAA	Asociación Americana de Arbitraje
ADR	Alternate Dispute Resolution
AP	Audiencia Provincial
BGH	Bundesgerichtshof
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CEDR	Centro para la Efectiva Resolución de Disputas
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CNY	Convención de Nueva York sobre Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, 1958
DAB	Dispute Adjudication Board
EE. UU.	Estados Unidos
UE	Unión Europea
FIDIC	Federación Internacional de Ingenieros Consultores
<i>LCIA</i>	London Court of International Arbitration
UK	United Kingdom (Reino Unido)
UNCITRAL/ UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (Español)
WIPO	World Intellectual Property Organisation (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual)

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN Y CUESTIONES PRELIMINARES.....	7
1. METODOLOGÍA.....	8
2. LA NOCIÓN DE CLÁUSULA ESCALONADA.....	9
3. EL PROPÓSITO Y VALOR DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS.....	12
4. PERSPECTIVAS ACERCA DE SU OBLIGATORIEDAD.....	14
II. MAPA NORMATIVO.....	17
1. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK.....	17
2. LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR.....	18
3. LAS LEYES MODELO DE LA CNUDMI.....	19
4. LEYES DE PRODUCCIÓN INTERNA NACIONAL.....	20
III. LA RELEVANCIA DE LA VERTIENTE CONTRACTUAL DE LAS CLÁUSULAS DE SUMISIÓN EXPRESA.....	23
IV. DISTINTOS ESCENARIOS POSIBLES Y SUS CONSECUENCIAS.....	25
1. CLÁUSULAS QUE PREVÉN ARBITRAJE EN ÚLTIMA INSTANCIA.....	25
1.1 Supuestos en los que se prescinde del procedimiento de mediación y se acude directamente al arbitraje.....	26
1.2 Supuestos en los que se incumple el convenio arbitral previsto y se acude a la jurisdicción de los tribunales nacionales.....	34
2. CLÁUSULAS QUE PREVÉN JURISDICCÓN EN ÚLTIMA INSTANCIA.....	37
2.1 Supuestos en los que se prescinde de los escalones inferiores previos previstos y se acude directamente a los tribunales nacionales.....	37
2.2 Supuestos en los que se acude a una jurisdicción internacional distinta de la pactada	40
3. UNA APROXIMACIÓN A LA OBLIGATORIEDAD PROCESAL DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS.....	42
V. EL REQUISITO DE CERTEZA O DETERMINABILIDAD.....	51

VI.	CONCLUSIONES.....	60
VII.	BIBLIOGRAFIA Y FUENTES	65
1.	NORMATIVA Y LEGISLACIÓN.....	65
2.	JURISPRUDENCIA	66
3.	OBRAS DOCTRINALES	70

I. INTRODUCCIÓN Y CUESTIONES PRELIMINARES

Este trabajo abordará la cuestión relativa al carácter vinculante de las cláusulas escalonadas de resolución de disputas. Se dedicará principalmente a estudiar y analizar el tratamiento doctrinal y jurisprudencial que se le ha dado a la doble naturaleza contractual y procesal de estas cláusulas a la hora de determinar la obligatoriedad de los distintos escalones que se prevén en la resolución de las controversias que puedan surgir entre las partes. Concretamente, este trabajo buscará resolver, en primer lugar, la cuestión de los efectos contractuales derivados de esta modalidad de cláusula contractual. En segundo lugar, se plantea la cuestión de los efectos procesales de las cláusulas multinivel en relación con el carácter vinculante de las distintas modalidades de métodos de resolución de disputas.

Para ello comenzará por un análisis de la noción de cláusula escalonada además de las distintas ventajas y dificultades que presentan, buscando identificar su propósito y valor, dado que estamos ante un mecanismo de creciente utilización en el tráfico jurídico. En la discusión acerca de sus ventajas y dificultades, se dedicará una especial atención a las distintas perspectivas existentes acerca de la obligatoriedad o el carácter vinculante de este tipo de cláusulas. Sin duda, se trata de la cuestión a la que se dedicará un tratamiento más extensivo, de carácter transversal a lo largo de todo el trabajo. Mas adelante se fijará el marco normativo relevante a tener en cuenta en el estudio de la cuestión, analizando tanto normativas de carácter supranacional, como distintas leyes de producción interna, tanto de naturaleza contractual como procesal. Seguidamente, y previo al análisis del tratamiento procesal otorgado a estas cláusulas, se examinará la relevancia de su vertiente contractual atendiendo a los efectos que se desprenden de esta vertiente de las cláusulas multinivel.

A continuación, se presentarán una serie de escenarios diferenciados en los que se buscará distinguir distintos tratamientos de carácter procesal. Por un lado, se analizarán aquellos supuestos en los que se prevé arbitraje en última instancia distinguiendo, entre ellos, aquellos supuestos en los que una parte prescinde del procedimiento de mediación y acude directamente a arbitraje, de aquellos en los que se incumple el convenio arbitral previsto al acudir una parte a la jurisdicción de los tribunales nacionales en contravención de lo estipulado contractualmente. Por otro lado, se analizarán aquellos supuestos en los que se prevé la jurisdicción de los tribunales nacionales en última instancia, distinguiendo entre aquellos supuestos en los que una parte prescinde de la mediación estipulada en los escalones inferiores

de la cláusula y acude directamente a los tribunales nacionales y aquellos supuestos en los que una parte decide acudir a una jurisdicción internacional distinta de la pactada en la cláusula escalonada.

Una vez examinados estos distintos escenarios, este trabajo realizará una aproximación a la obligatoriedad procesal de los métodos alternativos de resolución de disputas en distintos contextos. En todos estos escenarios, se analizarán los distintos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales que se han venido desarrollando y complementando en distintas jurisdicciones y contextos, de cara a poder extraer conclusiones y perspectivas acerca de la obligatoriedad de las cláusulas escalonadas de resolución de disputas. Este trabajo examinará en profundidad el desarrollo jurisprudencial y doctrinal del requisito de certeza o determinabilidad, esencial de cara a establecer el carácter vinculante de estas cláusulas. Finalmente, se extraerán una serie de conclusiones a partir de este extenso análisis en relación con las distintas problemáticas planteadas, buscando dar respuesta a las distintas cuestiones formuladas.

1. METODOLOGÍA

Este análisis ha hecho uso de distintos métodos de investigación jurídica. Desde la perspectiva del método exegético hemos analizado las normas positivas (vigentes y proyectadas) que regulan las cláusulas de sumisión expresa, los convenios arbitrales y, en definitiva, las cláusulas escalonadas de resolución de disputas tanto en España como en distintas jurisdicciones extranjeras y a nivel supranacional. En cierto sentido, la desequilibrada y variada regulación de la que gozan los distintos métodos alternativos de resolución de disputas hace complejo y en cierto sentido impredecible el tratamiento procesal que reciben en distintos contextos estas cláusulas. El presente trabajo también ha analizado resoluciones tanto de tribunales arbitrales como de tribunales nacionales españoles y extranjeros, que han tratado en mayor o menor medida las cláusulas escalonadas de resolución de disputas.

Desde una óptica metodológica conceptualista, se ha teorizado acerca de la cláusula escalonada como mecanismo alternativo y complejo de regulación de las controversias que puedan surgir de una relación contractual, así como de los principios comunes que se han desarrollado tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal para determinar su carácter vinculante. En este sentido,

este trabajo realiza un detallado análisis de la importante aportación de la doctrina, nacional e internacional, en relación con las distintas problemáticas que presentan las cláusulas multinivel.

Sin duda, el Derecho comparado ocupa una parte fundamental de este trabajo. El desarrollo de los distintos métodos alternativos de resolución de disputas y la generalización de su uso tiene su origen en ordenamientos no continentales, principalmente de *common law*, en los que existe abundante jurisprudencia. La legislación y la jurisprudencia extranjera son un componente esencial de este trabajo, que ha buscado extraer distintos patrones en el tratamiento de estas cláusulas en distintos contextos para identificar aquellas tendencias y matices más destacados en su aplicación.

2. LA NOCIÓN DE CLÁUSULA ESCALONADA

Las cláusulas escalonadas de resolución de disputas se conocen también como cláusulas multinivel y a menudo se refiere a ellas en inglés como procesos ADR (*alternate dispute resolution*). (Kayali, 2017) Mediante la inclusión de cláusulas de este tipo en un contrato, las partes se comprometen para el caso de que surja una disputa entre ellas, a seguir una serie de etapas separadas con diferentes procedimientos para intentar resolver la controversia. (Carrascosa González y Calvo Caravaca, 2011) Por lo general, los niveles iniciales de tales cláusulas prevén la obligación de entablar negociaciones, participando en procesos de conciliación o mediación, que frecuentemente requieren la asistencia de representantes de la alta dirección de cada parte implicada. (Jolles, 2006). En la redacción de estas cláusulas y con su inclusión en un contrato, las partes se comprometen a pasar al siguiente paso si su disputa no se resuelve mediante la técnica descrita en el paso anterior, siguiendo así un modelo de escalada que da nombre a este tipo de cláusula. (Garimella y Siddiqui, 2016) Por lo tanto, los procesos adjudicativos como el arbitraje o el litigio se prevén como un último recurso al que solo se recurrirá si la controversia en cuestión no puede resolverse mediante los pasos preliminares. (Pandya y Shukla, 2013)

La forma y contenido de este tipo de cláusulas es muy variada. En su forma más simple, requieren que las partes realicen un solo paso antes de comenzar procesos adjudicativos como el arbitraje, como por ejemplo, llevar a cabo negociaciones durante un período definido. (Born, 2021. p.1276) En sus formas más complejas, las cláusulas multinivel pueden requerir que las partes realicen varios pasos antes de comenzar el arbitraje, como exigir que las disputas se escalen a través de varias etapas de negociaciones, mediación o procedimientos de

conciliación. (Berger, 2006). Independientemente de su complejidad, el objetivo es garantizar un esfuerzo de las partes en procurar la resolución de la disputa de forma amistosa y más simple posible, de modo que los procedimientos de arbitraje sean el último recurso una vez hayan fracasado todos los esfuerzos por llegar a un acuerdo. (Papay y Vlaivanos, 2018). Mientras que las cláusulas escalonadas de resolución de disputas presentan numerosas ventajas para las partes, son necesariamente más complejas que una simple cláusula de arbitraje, dando lugar a importantes desafíos. (Tevendale, Ambrose y Naish, 2015).

Mientras que estas cláusulas varían enormemente en su contenido y estructura, con su progresiva generalización y creciente utilización, es posible distinguir distintos niveles comúnmente adoptados en su redacción. Al redactar una cláusula multinivel de resolución de disputas, las partes pueden definir cualquiera de las alternativas descritas a continuación como un escalón distintivo.

En primer lugar, la negociación se contempla como un procedimiento no vinculante consistente en una interlocución directa entre las partes sin la intervención de un tercero. Suele incluirse como primer escalón en las cláusulas multinivel por considerarse el método de resolución de disputas menos disruptivo y que menor coste implica y su uso se ha convertido en una práctica comúnmente aceptada en los contratos comerciales. (Garimella y Siddiqui, 2016) (Kayali, 2017)

En segundo lugar, resulta imperante distinguir entre la mediación y la conciliación, ya que ambos términos se usan a menudo indistintamente. Ambos constituyen procesos en los cuales una tercera persona neutral (denominado mediador o conciliador) asiste a las partes, buscando ayudarles a llegar a un acuerdo que ponga fin a la disputa entre ellas. (Born, 2016. p.5) Normalmente se trata de un profesional familiarizado con el sector y especializado en la resolución de conflictos. No obstante, si bien un mediador no tiene autoridad para proponer una solución a las partes, un conciliador hace propuestas y redacta los términos de un arreglo. (Aydemir, 2021. p.196). La mediación goza de un nivel mucho más alto de respaldo institucional y distintas instituciones como pueden ser la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNICITRAL o UNCITRAL en inglés), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) o la London Court of International Arbitration (LCIA) han formulado y publicado sus propias normas y guías de mediación que a menudo son utilizadas por las partes. (Kayali, 2017) Además, la

Convención de Singapur¹ es reflejo del mayor impulso que se le ha dado internacionalmente al reconocimiento de este método de resolución de disputas en comparación con la conciliación.

En tercer lugar, '*expert determination*'. Este método alternativo de resolución de disputas, todavía de uso poco extendido en España, consiste en la elección de una tercera persona por las partes para que éste tome una decisión vinculante que ponga fin a la controversia. Se trata de un método similar al arbitraje por conducir a una decisión vinculante emitida por un tercero ajeno a la disputa. Sin embargo, existen algunas diferencias con el arbitraje. En primer lugar, el nivel de inmunidad otorgado al facilitador. Mientras que un árbitro goza de inmunidad en relación con la responsabilidad que se le puede exigir por su decisión, en *expert determination* sí se le podría exigir al facilitador que éste respondiese por una posible negligencia, por ejemplo, en su decisión. (Born, 2016. p.5) Otra importante diferencia con el arbitraje es la forma de ejecución de la decisión vinculante. Mientras que un laudo arbitral es ejecutable bajo la Convención de Nueva York sobre Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, 1958, una decisión resultante de un *expert determination* sólo puede ser ejecutada a través de procedimientos ante un tribunal nacional si las partes se niegan a darle cumplimiento voluntariamente.

En cuarto lugar, los llamados '*dispute adjudication boards*'. Como una forma especial de *expert determination*, los *dispute adjudication boards* (DABs) se han venido utilizando crecientemente en el sector de la construcción y la ingeniería a nivel internacional, incluyéndose como método de resolución de disputas que opera a lo largo de la relación contractual tanto para prevenir disputas cómo para ponerle fin a las mismas cuando ocurren. (Nelson, 2011) (Seppala, 2008). En este sentido, buscan cumplir una doble función tanto preventiva como curativa. Pueden emitir tanto recomendaciones cómo decisiones y gozan de una amplia flexibilidad en sus funciones, regidas por unas reglas previamente establecidas. (Jenkins y Rosenberg, 2013). Notablemente, el Banco Mundial ha venido haciendo un uso creciente de los *dispute boards* en aquellos proyectos financiados por un valor superior a 50 millones de dólares americanos. En 1996, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) reconocida por sus modelos de contratación estándar para su uso en proyectos de construcción nacionales e internacionales, publicó un suplemento que introdujo el concepto de los DAB. Hoy en día, los DAB son un componente importante de esta modalidad de contratación. Asimismo, en 2004, la CCI publicó sus '*Dispute Board Rules*', para diferentes

¹ Ver capítulo IV., epígrafe 2.

tipos de contratos en diversas industrias, que prevén tres tipos alternativos de *dispute boards*; (*Dispute Resolution Board, Dispute Adjudication Board, y Combined Dispute Board.*) (Kayali, 2017) (Mifiller, y Huber-Starlinger, 2015).

Finalmente, el arbitraje consiste en un proceso adjudicativo que se lleva a cabo de conformidad con un acuerdo entre las partes de una disputa, mediante el cual esa disputa se remite para su decisión final a un tribunal independiente e imparcial designado por las partes o en su nombre. (Erlank, 2002). Se trata de un procedimiento no-judicial y privado que permite prescindir de formalidades legales y aplicar las reglas procesales y el derecho sustantivo que mejor se adapten a la controversia que les es sometida en el marco del convenio arbitral. De tal procedimiento resulta decisión vinculante denominada laudo arbitral, ejecutable bajo la Convención de Nueva York sobre Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, 1958, aunque la mayoría de los países tienen sus propias leyes de arbitraje que prevén la ejecución de los acuerdos y laudos de arbitraje internacional. (Kayali, 2017) (Draetta, 2011)

Estas distintas alternativas se han venido consolidando como escalones esenciales en cláusulas multinivel en distintos modelos de cláusulas publicadas y difundidas por distintas instituciones internacionales. Entre ellas, destacan las siguientes cláusulas modelo. En primer lugar, la CCI ha formulado cuatro cláusulas distintas de resolución alternativa de disputas. En segundo lugar, el Centro para la Efectiva Resolución de Disputas (CEDR) ha formulado dos cláusulas multinivel diferentes. Por otro lado, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO) tiene sus propias cláusulas recomendadas, al igual que la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, (LCIA) aunque esta última solamente ha publicado reglas para la mediación. (Kayali, 2017)

3. EL PROPÓSITO Y VALOR DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

El propósito de las cláusulas multinivel es evitar a las partes el tener que recurrir a soluciones más complejas y costosas para la resolución de disputas que potencialmente puedan ser gestionadas y resueltas con métodos más sencillos y rápidos. Su voluntad es facilitar la resolución de controversias a través de métodos más conciliatorios y menos confrontativos. Su creciente utilización en contratos a largo plazo en sectores como puede ser el de la construcción o la ingeniería se debe precisamente al valor que aportan a la hora de facilitar la cooperación a largo plazo necesaria en estos contratos entre las partes.

La inclusión de cláusulas escalonadas de resolución de disputas en los contratos tiene significativas ventajas para las partes. En primer lugar, las partes conservan un mayor control sobre el resultado de los procesos de negociación o mediación que prevén estas cláusulas, frente al de un tribunal arbitral, cuyo laudo cumple un papel cuasi-judicial. De esta forma, las cláusulas escalonadas permiten a las partes reducir o gestionar el riesgo al incentivar soluciones negociadas. (Tevendale, Ambrose y Naish, 2015) (Tomic, 2017). Además, frecuentemente en las relaciones contractuales a largo plazo en sectores como puede ser el de la ingeniería o la construcción, las controversias surgen sobre cuestiones muy técnicas relacionadas con la realización del proyecto. (Chauhan, 2021). (Entrena López-Peña, Pérez García y Vicente Maravall, 2014). En estos contextos, a menudo se resuelven más eficientemente las disputas entre los técnicos, expertos e ingenieros involucrados en la propia implementación del proyecto, pues un tercero ajeno o un abogado carece del conocimiento de la materia. (Krauss, 2015) Las cláusulas multinivel fomentan soluciones creativas y comerciales, evitando complejidades y formalidades legales que a menudo complican la conciliación. Económicamente, esto puede ser muy interesante para las partes, ahorrando los importantes costes de un procedimiento judicial o de un arbitraje, además de los costes asociados con el posterior procedimiento de ejecución que suele seguir a un laudo o a una sentencia declarativa. Resolver la disputa mediante discusiones entre técnicos resulta más rentable que remitirla a procedimientos legales. (Boog, 2008. p.103)

Como apunta en su trabajo Jones, una cláusula escalonada de resolución de disputas actúa esencialmente como un proceso de filtrado. (2009) Con este sistema de filtrado, solamente aquellas disputas complejas, en las que la relación entre las partes ha degenerado irremediablemente recurrirán a los métodos de resolución de disputas más costosos y complejos. Asimismo, las cláusulas multinivel brindan a las partes un período de reflexión o *'cooling off'* estipulado por contrato para resolver desacuerdos antes de recurrir al arbitraje; en las relaciones comerciales a largo plazo buscan evitar a las partes aquellas dinámicas antagónicas que resultan del comienzo de procedimientos contradictorios, fomentando de esta manera la cooperación entre las partes. (Pappas y Vlaivanos, 2018).

Es por todo ello que se estima que algo más del 40% de las partes en este tipo de relaciones contractuales utilizan en sus contratos una combinación de métodos alternativos de resolución de disputas y arbitraje a través de cláusulas escalonadas por considerarlas mejor adaptadas para aportar soluciones a las problemáticas que puedan surgir en el desarrollo de la relación

contractual. (Garimella, y Siddiqui, 2016). Sin embargo, a pesar de estas ventajas, la inclusión de estas cláusulas conlleva también una serie de riesgos. Frecuentemente insertadas en los contratos a última hora² sin considerar su importancia e incluso sin mucha negociación, las partes a menudo se encuentran con cláusulas mal redactadas que acarrearán sus propios problemas debido a su estructura compleja que puede llevar a estas cláusulas a resultar ineficaces o inaplicables. (Freyer, 1998) (Born, 2013) (McLaughlin y Scanlon, 2004).

Numerosos riesgos se asocian con la inclusión de estas cláusulas en los contratos. Uno de los mayores riesgos que acarrearán es que en el caso de que surja una disputa, ésta tenga un carácter urgente y por lo tanto requiera de una resolución rápida, en cuyo caso la obligación de llevar a cabo negociaciones previas a un arbitraje pueden dejar a una parte sin la posibilidad de obtener una compensación o solución a tiempo. (Santos, 2013). De la misma manera, cuando se requieren medidas cautelares urgentes, la obligación de cumplir con los distintos escalones de negociaciones pre-arbitrales pueden impedirle a la parte interesada conseguir dichas medidas a tiempo para evitar daños irreversibles. Además, se han resaltado también las complicaciones que pueden surgir en el caso de que se descubran o desarrollen nuevos argumentos o reclamaciones en escalones posteriores, sin haberse expuesto en etapas anteriores de negociación. (Pappas y Vlaivanos, 2018).

4. PERSPECTIVAS ACERCA DE SU OBLIGATORIEDAD

La mayor problemática que presentan las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos es la determinación del carácter vinculante de las distintas etapas y procesos que estipulan, concretamente en su obligatoriedad. En este sentido, se nos presenta la cuestión de si existe una obligación vinculante de cumplir con una cláusula escalonada de resolución de disputas y consecuentemente, un derecho legal a exigir en que se dé cumplimiento a cada etapa escalonada estipulada en la cláusula. Este trabajo buscará determinar hasta qué punto existe dicho derecho, identificando aquellos problemas que presenta esta cuestión y analizando las distintas soluciones aportadas por la jurisprudencia y la doctrina para determinar así la extensión del carácter vinculante de las cláusulas multinivel.

Generalmente, las disputas suelen venir acompañadas de importantes tensiones en la relación contractual que dificultan el acercamiento entre las partes. En aquellas situaciones en las que

² A menudo a las cláusulas de resolución de disputas se las conoce como como las '*midnight clauses*' por ser la última cuestión que se negocia de un contrato. (Entrena López-Peña, Pérez García, Vicente Maravall, 2014)

una relación se haya visto irreparablemente dañada, es poco probable que un intento de mediación logre una conclusión satisfactoria a la disputa, pues requiere de la colaboración de ambas partes. (Pandya y Shukla, 2013) En estos casos, frecuentemente una de las partes suele demostrar un mayor interés en proceder directamente al arbitraje sin demora, para poder así obtener una resolución de la problemática. Sin embargo, la contraparte puede ser consciente de que tiene un caso desfavorable, en cuyo caso insistirá en la obligación de respetar los distintos escalones de la cláusula de resolución de disputas como puede ser la mediación. Para esta contraparte, estos escalones representarán una oportunidad para obtener una solución más favorable a sus intereses, mientras que para la contraria supondrá simplemente un retraso y obstáculo. Es en estas situaciones en las que se plantea la pregunta de si una parte puede ignorar los distintos pasos previstos de métodos alternativos de resolución de disputas y proceder directamente al arbitraje, o si, alternativamente, la otra parte puede insistir en la naturaleza obligatoria de este tipo de cláusulas y exigir que se le dé cumplimiento. (Tevendale, Ambrose y Naish, 2015). (Entrena López-Peña, Pérez García y Vicente Maravall, 2014). (Berger, 2015)

Por un lado, se argumenta que el carácter consensual y no determinativo de la negociación y la mediación determina la supeditación de estos procedimientos a la participación voluntaria de las partes en el proceso. Un procedimiento de mediación no puede continuar sin la intervención de ambas partes, al igual que no podrá tampoco prosperar un procedimiento de negociación sin la participación de una de las partes por lo que estos procedimientos de resolución de disputas no son exigibles ni vinculantes. Conforme a esta postura, resulta inútil obligar a una parte a negociar o participar en un proceso de mediación porque el propio procedimiento está destinado al fracaso sin la cooperación y el consentimiento de ambas partes. (Pappas y Vlaivanos, 2018).

Por otro lado, hay quien se remite a una interpretación teleológica del contrato, argumentando que la voluntad original de las partes de someter las controversias futuras a distintos métodos alternativos de resolución de disputas es vinculante. Si las partes acuerdan una cláusula de resolución de disputas en varios niveles, esperan que un tribunal que se enfrente a la disputa antes de que se hayan agotado los pasos iniciales, como la negociación o la mediación, se niegue a conocer de la misma hasta que se hayan agotado los niveles previos acordados. En este sentido, siempre y cuando la intención y voluntad original de las partes esté clara, un tribunal debe tratar una solicitud prematura de arbitraje como inadmisibile. (Born y Scekic, 2016) Aquellos que defienden esta perspectiva enfatizan que el objetivo de este sistema de

resolución de disputas es proporcionar la cooperación de las partes en lugar de la oposición, mediante el uso de procedimientos diseñados para el compromiso, por lo que el cumplimiento de los acuerdos para negociar o mediar es crucial. (Casey, Defranchi, Kaiding y Lal, 2020). Tal y como argumentan Entrena López-PeñaPérez García, y Vicente Maravall, “confiar a la apreciación coyuntural y subjetiva de cada parte el juicio sobre la utilidad u oportunidad de los mecanismos pactados es tanto como no darles ninguna efectividad.” (2014. p.764)

A pesar de la prevalencia de estas cláusulas en la práctica internacional, no existe una opinión unánime ente los tribunales nacionales, tribunales arbitrales y la doctrina con respecto a la naturaleza de estas cláusulas. En el centro de las discusiones se encuentra la exigibilidad de los pasos de negociación y mediación y de aquellos procedimientos alternativos más novedosos como pueden ser los DABs por ejemplo.³ El tratamiento que se les ha dado desde una vertiente normativa a los distintos instrumentos de resolución de disputas que pueden venir contenidos en una cláusulas escalonada no es igualitario y es por ello que conviene tener muy presente tanto la regulación existente y aplicable en cada caso, como la tendencia jurisprudencial que se ha ido desarrollando en cada contexto.

³ Acerca del tratamiento dado a la mediación incorporada como paso previo al arbitraje, ver capítulo VI., epígrafe 1.1. Acerca del tratamiento de la mediación incorporada como paso previo a la jurisdicción nacional, ver capítulo VI., epígrafe 2.1. Para una aproximación a la obligatoriedad de los métodos alternativos de resolución de disputas, ver capítulo VI., epígrafe 3.

II. MAPA NORMATIVO

1. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

En el estudio de estas cláusulas, debemos tener en consideración aquellas normativas tanto internacionales como nacionales de cada estado dedicadas a regular los acuerdos de arbitraje que a menudo se contemplan como última instancia en una cláusula multinivel. Como punto de partida, interesa tener presente la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras a la que se adhiere España en 1977⁴, que constituye la base de todo el sistema de arbitraje internacional. (Born, 2016. p.283) (Fouchard, Galliard, Goldman, 1999. p.122) Su artículo 2 establece la obligación de los Estados contratantes a reconocer como acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria aquel “acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”. Este artículo define lo que constituye un acuerdo de arbitraje, estableciendo como requisitos de este el consentimiento, la relación legal definida, un requisito de forma, la arbitrabilidad objetiva y la arbitrabilidad subjetiva. Conviene destacar que dicho artículo no se manifiesta en relación con la naturaleza vinculante de los mismos.

Pryles plantea la problemática que presentan las cláusulas multinivel en relación con la aplicabilidad de la Convención de Nueva York. (2001. p.161-162). Dado que aquellas que prevén el arbitraje lo prevén solo en la etapa final, se plantea la cuestión de si caen fuera del ámbito de la Convención y de sus previsiones sobre la ejecución de los acuerdos de arbitraje, eliminando así un elemento importante a la hora de garantizar la exigibilidad de la cláusula de resolución de disputas acordada contractualmente. El argumento en contra de la aplicabilidad de la CNY se basa en que una cláusula escalonada no constituye un acuerdo por escrito en virtud del cual las partes se han comprometido a someter a arbitraje todas o algunas de las diferencias que hayan surgido entre ellos, sino más bien un acuerdo que prevé la resolución de disputas por procedimientos distintos al arbitraje, con la posibilidad de arbitraje si la disputa no se resuelve a través de los procedimientos anteriores. Pryles argumenta que este argumento tendría mayor fuerza si se intenta hacer cumplir una cláusula de varios niveles desde el principio antes de que se haya cumplido con cualquiera de los procedimientos. (2001. p.161-

⁴ En adelante, ‘la Convención de Nueva York’ o CNY.

162). Sin embargo, agotados los procedimientos previos al arbitraje y presentada posteriormente una solicitud para hacer cumplir el último escalón de arbitraje previsto por la cláusula, se refuerza la interpretación conforme a la cual la cláusula escalonada constituye un acuerdo de arbitraje en dentro del ámbito de la CNY. (Pryles, 2001)

2. LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR

Igualmente resulta relevante la Convención de Singapur sobre Mediación, la normativa equivalente a la Convención de Nueva York para arbitraje, para la mediación. Constituye un importante paso adelante en la promoción de la mediación como herramienta para la resolución de disputas internacionales, ya que allana el camino para que las resoluciones alcanzadas a través de la mediación sean reconocidas internacionalmente. (Silvestri, 2019) (Sussman, 2018). La Convención entró en vigor el 12 de septiembre de 2020 para Singapur, Fiji y Qatar, los primeros tres estados en ratificarla. Desde entonces, también ha entrado en vigor para otros estados, entre los cuales se encuentran entre otros Arabia Saudí, Bielorrusia, Ecuador, Honduras y Turquía. No obstante, uno de los signatarios más destacados, EE.UU., aún no ha ratificado la Convención. Ninguno de los estados de la UE ha firmado la Convención, ni tampoco jurisdicciones importantes como el Reino Unido o Canadá. (Schnabel, 2019) España concretamente todavía no la ha ratificado. (Zhao, 2021). Actualmente, los acuerdos de mediación tienen el estatus de contratos en aquellos estados que no han ratificado la convención de Singapur y requieren procedimientos judiciales adicionales para forzar el cumplimiento en caso de que una de las partes no cumpla con los términos acordados. En virtud de la Convención, las partes podrán acudir directamente a los tribunales de los Estados parte que también hayan ratificado la Convención para hacer cumplir los acuerdos que resultanten de la mediación, sin necesidad de iniciar nuevos procedimientos. (Schnabel, 2019).

No obstante, cabe destacar que existen algunas diferencias clave entre la Convención de Singapur y la Convención de Nueva York. A diferencia de la CNY, que no contiene requisitos de forma para los laudos arbitrales, la Convención de Singapur si especifica requisitos de forma, definidos en el artículo 4 de su articulado. (Chua, 2019) Adicionalmente, la Convención de Singapur se ocupa solamente de la ejecución de aquellos acuerdos de mediación y no entran dentro de su ámbito de aplicación los acuerdos para mediar, a diferencia de la Convención de Nueva York que cubre tanto laudos como los convenios arbitrales. (Reed, 2019) (Schnabel, 2019)

3. LAS LEYES MODELO DE LA CNUDMI

En este sentido, conviene hacer referencia a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, aprobada el 21 de junio de 1985. Se trata de un instrumento desarrollado por la CNUDMI con el fin de facilitarle al legislador de cada estado la codificación de una ley o normativa de arbitraje y que, por lo tanto, ha servido de base e inspiración para numerosos estados. (Van Ginkel, 2004). Para la problemática que nos ocupa, resulta de gran interés su artículo 16, sobre la facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia. Este artículo no solamente constituye la base de la doctrina de *kompetenz - kompetenz*, sino que establece también la independencia de la cláusula compromisoria o acuerdo de arbitraje respecto del resto del contrato. Cuando un tribunal arbitral se enfrenta a una objeción jurisdiccional relacionadas con el incumplimiento de una cláusula multinivel de resolución de disputas, suelen recurrir a esta conocida doctrina. (Cremades, 2016) Resulta esencial este artículo por definir la interposición de la excepción de incompetencia del tribunal arbitral, y por establecer la posibilidad del propio tribunal de “decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2 del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo.” Sin embargo, la Ley Modelo no se pronuncia sobre la exigibilidad de la mediación, la conciliación o procesos similares que las partes hayan contemplado en el contrato como condición previa al arbitraje. (Born, 2016. p.23)

Además de la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional, la CNUDMI también aprobó en 2002 su Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional. De uso menos generalizado, su artículo 13 no deja de ser muy interesante para la cuestión que nos ocupa, puesto que se pronuncia directamente sobre el recurso a procedimientos arbitrales o judiciales. (Constantinescu y Corchis, 2017) Establece que “*cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan.*” Responde así, directamente a la problemática explorada, otorgándoles fuerza legal de las cláusulas de mediación si su redacción es lo suficientemente clara y refleja la intención de las partes de proceder a un litigio o arbitraje solo como último recurso solo después de que se haya intentado la mediación.

4. LEYES DE PRODUCCIÓN INTERNA NACIONAL

Más allá de estos instrumentos, conviene profundizar en el marco normativo existente en las distintas jurisdicciones que serán objeto de estudio en su tratamiento de la problemática de la obligatoriedad de las cláusulas escalonadas de resolución de disputas. (Dendorfer-Ditges y Wilhelm, 2017). Además de la regulación contenida en las distintas convenciones internacionales como la CNY, es de innegable relevancia la *lex arbitri* de cada país, pues al ser ésta la aplicable al acuerdo de arbitraje, será ésta la que rija las normas relativas a la impugnación del mismo. (Born, 2016. p.285) El tratamiento dado por cada ordenamiento nacional a las condiciones y vías de contestación de las cláusulas escalonadas de resolución de disputas, que muy frecuentemente establecen el arbitraje como último escalón, resulta fundamental para el estudio de su naturaleza vinculante y sus efectos procesales y contractuales.

Las cláusulas escalonadas de resolución de disputas tienen una doble naturaleza contractual⁵ y procesal, por lo que en el análisis de su naturaleza vinculante, es indispensable su interpretación conforme a los principios básicos de la relación obligacional. (Virgós Soriano y Garcimartín Alférez, 2007) A la hora de sentar las bases que justifican la naturaleza vinculante de las cláusulas escalonadas de resolución de disputas, la doctrina se remite a los pilares más básicos del derecho civil.

En aquellos estados de tradición civilista, debemos remitirnos al código civil. En el ordenamiento jurídico español, estos principios paradigmáticos de la relación contractual se encuentran en los artículos 7 y 1091. En el caso de la normativa francesa, el artículo 1134 del Code Civile se ha interpretado como fundamento de la obligación contractual y por lo tanto de la naturaleza vinculante de las cláusulas escalonadas de resolución de disputas.⁶ Algunos autores, como Cremades o Garimella y Siddiquí interpretan que este artículo establece una doble obligación en su aplicación a la problemática que nos ocupa: iniciar negociaciones con la otra parte contendiente según lo acordado y, en segundo lugar, actuar de buena fe con el objetivo de resolver la disputa. (Cremades, 2016) (Garimella y Siddiquí, 2016)

⁵ Ver capítulo V. sobre la vertiente contractual de las cláusulas escalonadas

⁶ “Article 1134. *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites...*”

Más allá de estos principios básicos, en estas jurisdicciones de tradición civilista, como pueden ser España, Francia o Suiza, debemos estar a concretas normativas que regulan el arbitraje, la mediación o aquellos ADR. En España es de innegable relevancia la Ley 60/2003 de Arbitraje, además de la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. En Francia los artículos 1447, 1465 y 1507 del Code de Procedure Civile, o en Suiza el artículo 178 de la Ley Federal sobre el Derecho Internacional Privado. Concretamente, en la Ley de Arbitraje española, destacan los artículos 9, sobre la forma y contenido del convenio arbitral, y 22, sobre la potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia.

A pesar de sus tradicionales diferencias, en este aspecto, el marco normativo de aquellos países anglosajones de *common law* no difiere enormemente del de los civilistas, pues todos cuentan también con su propia normativa que cumple una función de *lex arbitri*. A modo puramente ejemplificativo, destacan el Arbitration Act de 1996 de Reino Unido, el Federal Arbitration Act de 1925 de Estados Unidos, o el Uniform International Commercial Mediation Act canadiense de 2005. Este último, aunque muy aproximado a la Ley Modelo de la CNUDMI, introduce modificaciones significativas sobre la naturaleza vinculante del acuerdo de conciliación dentro de las cláusulas escalonadas de resolución de disputas.

El Arbitration Act de Reino Unido destaca por hacer referencia expresa a la posición de otros procedimientos de solución de controversias frente al arbitraje, concretamente en su sección 9(2).⁷ (Garimella y Siddiqui, 2016) Como disposición de carácter obligatorio para las partes, algunos autores han interpretado esta sección como aplicable al caso de las cláusulas de resolución de disputas multinivel, que siempre y cuando no se encuentren viciadas de nulidad o invalidez, obligarían a un tribunal a suspender un procedimiento cuando no se hubiesen respetado los escalones inferiores de métodos de resolución de disputas previa incoación del procedimiento arbitral. (Kayali, 2017) De forma similar, el carácter vinculante del compromiso de recurrir a métodos alternativos de resolución de disputas podría inferirse de la sección 3 del Federal Arbitration Act estadounidense, que obliga a los tribunales nacionales a suspender un procedimiento si no se ha satisfecho dicho compromiso previa incoación del mismo. (Garimella y Siddiqui, 2016) De esta manera, en ambas jurisdicciones parece poder deducirse de la normativa vigente que cuando una parte se compromete contractualmente al uso de la

⁷ “Section 9 (2): An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures.”

mediación antes del comienzo del arbitraje (o litigio), el acuerdo contractual no se puede eludir sin una justificación válida.

Por su parte, la normativa en Canadá resulta interesante por su atribución de significativas facultades al tribunal arbitral, que de acuerdo con la sección 10 del Uniform International Commercial Mediation Act, puede ordenar la continuación de los procedimientos arbitrales si lo considera necesario para preservar los derechos de cualquiera de las partes o por razones de justicia. Esta sección también le da un importante peso y valor a la cláusula de resolución de disputas y al acuerdo de las partes en su elección de métodos alternativos de resolución de conflictos, estableciendo explícitamente que la incoación de procedimientos arbitrales o judiciales no se considerará en sí mismo como una terminación del acuerdo para mediar disputas o como la terminación de una mediación.

Al igual que ocurre en aquellas jurisdicciones de tradición civil, en el ámbito del *common law* también son de enorme importancia aquellos pilares fundacionales que rigen las relaciones obligacionales y procesales, precisamente por la doble naturaleza de estas cláusulas. A modo ejemplificativo, el Reglamento de Procedimiento Civil de Reino Unido incluye disposiciones específicas que relativas a los mecanismos alternativos de resolución de disputas. Concretamente, la regla 1.4 de la parte 1 establece que entre los deberes del tribunal se encuentra la obligación de este a alentar a las partes a cooperar en la resolución del conflicto y a hacer uso de los instrumentos alternativos de resolución de disputas. Además, el art. 26.4 del mismo reglamento faculta al tribunal a ordenar la suspensión del procedimiento si existe la posibilidad de que las partes resuelvan su caso fuera del tribunal. Artículo que, según Krauss, implica que un tribunal debería suspender cualquier procedimiento en el que las partes hayan acordado contractualmente procedimientos ADR previos al litigio, respetando la voluntad original de las partes del contrato de hacer uso de estos instrumentos. (2015) Sin duda, resulta indispensable la remisión a este tipo de normativas para entender el tratamiento que se le dará a este tipo de cláusulas en cada contexto concreto.

III. LA RELEVANCIA DE LA VERTIENTE CONTRACTUAL DE LAS CLÁUSULAS DE SUMISIÓN EXPRESA

Las cláusulas escalonadas de resolución de disputa gozan de una doble naturaleza procesal y contractual. Resulta imprescindible tener en cuenta esta doble dimensión a la hora de analizar su obligatoriedad y también los posibles remedios que pueden obtener las partes perjudicadas en caso de su incumplimiento. (Fouchard, Galliard, Goldman, 1999. p.44-57) Es por ello por lo que conviene hacer un breve apunte sobre su naturaleza contractual, que no debemos perder de vista a la hora de valorar los distintos escenarios que analizaremos más adelante.

Carrascosa González y Calvo Caravaca hacen una importante reflexión en este sentido sobre la naturaleza vinculante de las cláusulas de elección de foro que podemos entender analógicamente aplicable a la cuestión que nos concierne. “Si una parte no respeta el pacto de sumisión y provoca el conocimiento de un litigio por parte de tribunales de un Estado diferente a los tribunales designados, la sanción para dicha ruptura del pacto de sumisión no es la incompetencia del tribunal ante el que se acude.” (2011. p.189) La sanción, en su opinión, emana de las consecuencias contractuales de dicha ruptura y de los gastos que le haya podido ocasionar a la contraparte como consecuencia del incumplimiento del pacto de sumisión. A su parecer, la vulneración de un pacto de sumisión tiene la naturaleza de un incumplimiento contractual, haciendo primar así la naturaleza contractual de dicha cláusula frente a su naturaleza y efectos procesales. El pacto de sumisión argumenta, es un contrato, y de los daños que se deriven de su incumplimiento se pueden reclamar gastos. (Carrascosa González y Calvo Caravaca, 2011) Esta postura se ve reflejada en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2009.

Igualmente, una cláusula compromisoria en el caso del arbitraje dispone de completa autonomía jurídica y constituye un “verdadero contrato dentro de un contrato” (Fouchard, Galliard, Goldman, 1999. p.44), por lo que debemos entender que una cláusula escalonada, que tiene una naturaleza mixta y algo más compleja, pero sin embargo se asienta sobre la base del concepto de cláusula de jurisdicción o cláusula compromisoria, guarda la misma naturaleza contractual. (Dendorfer-Ditges y Wilhelm, 2017. p.238). En línea con esta consideración de la vertiente contractual de estas cláusulas, Virgós Soriano y Garcimartín Alférez destacan que el fundamento de las mismas es la autonomía de la voluntad de las partes, y consecuentemente los efectos de las mismas “dependerán de la voluntad de las partes.” (2007. p.292)

La jurisprudencia canadiense también ha enfatizado la importancia de la naturaleza contractual de estas cláusulas como elemento determinante de su obligatoriedad. *Bridgepoint International (Canada) Inc. v. Ericsson Canada Inc.*, es una decisión importante a favor de la obligatoriedad de los distintos escalones de las cláusulas multinivel, en la que el tribunal sostuvo que permitir que una parte presente una disputa de inmediato ante el tribunal y prive a la contraparte de sus derechos recogidos en la cláusula de resolución de disputas sería negar la intención de las partes tal como se establece en el acuerdo. (Garimella y Siddiqui, 2016)

Por su parte, la jurisprudencia suiza también ha venido destacando la importancia de la vertiente contractual de estas cláusulas. (Scherer, 2011) (Stojiljkovic, 2016). La sentencia del 15 de marzo de 1999 del Tribunal de Casación de Zúrich fue criticada por considerar que la cláusula escalonada firmada por las partes era vinculante meramente a efectos contractuales entre las partes, sin producir efectos procesales. La consideración de la cláusula de conciliación como un acuerdo de naturaleza meramente sustantiva tiene como consecuencia que los tribunales ordinarios podrían aceptar jurisdicción, incluso si una de las partes ignorara la cláusula. Esta decisión fue criticada por la doctrina por dejar desamparados los intereses de la parte interesada en hacer cumplir la cláusula escalonada, dejándola prácticamente vacía de contenido. Esta parte contratante podría únicamente presentar una reclamación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, que como apunta Jolles, en la mayoría de los casos será insatisfactorio, por ser imposible establecer la extensión del daño y la cuantía. (2006).

De todo esto podemos extraer varias conclusiones. En primer lugar, la importancia de tener en cuenta las consecuencias contractuales del incumplimiento de una cláusulas escalonadas a la hora de obtener un resarcimiento por la parte perjudicada. En segundo lugar, la relevancia de esta naturaleza contractual de cara a que los tribunales sustenten una argumentación acerca de su obligatoriedad sobre la base del derecho civil contractual. En última instancia, la jurisprudencia suiza evidencia la insuficiencia de una perspectiva meramente contractual de estas cláusulas, que no garantiza una protección plena de los derechos de las partes, y que sin duda debe complementarse con la naturaleza procesal de las mismas. Pasaremos pues a analizar el tratamiento procesal que se ha hecho de estas cláusulas en distintos escenarios.

IV. DISTINTOS ESCENARIOS POSIBLES Y SUS CONSECUENCIAS

Dada la enorme variedad de tipos de cláusulas escalonadas de resolución de disputas, y el distinto tratamiento que se les ha dado en distintas jurisdicciones, conviene distinguir entre distintos escenarios posibles y el tratamiento que se les ha dado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Es por ello por lo que distinguiremos, en primer lugar, entre aquellas cláusulas que prevén arbitraje en última instancia de aquellas que prevén jurisdicción y por lo tanto los tribunales nacionales en última instancia, distinguiendo así entre la resolución privada y del conflicto y la pública. Dentro de aquellas cláusulas que prevén arbitraje en última instancia, trataremos en primer lugar aquellos supuestos en los que una parte prescinde del procedimiento de mediación previsto en la cláusula escalonada y acude directamente al arbitraje y, en segundo lugar, aquellos supuestos en los que una parte incumple el convenio arbitral previsto contractualmente y acude a los tribunales nacionales. Por otro lado, dentro de aquellas cláusulas que prevén jurisdicción en última instancia, trataremos en primer lugar aquellos supuestos en los que una parte prescinde de los escalones inferiores previos previsto en la cláusula escalonada y acude directamente a los tribunales y, en segundo lugar, aquellos supuestos en los que el incumplimiento deriva del sometimiento por una parte del litigio a una jurisdicción internacional distinta de la pactada. Finalmente se analizará por separado el tratamiento que se le ha dado en distintas jurisdicciones a la obligatoriedad procesal de los métodos alternativos de resolución de disputas fuera de los supuestos anteriormente previstos.

1. CLÁUSULAS QUE PREVÉN ARBITRAJE EN ÚLTIMA INSTANCIA

En derecho procesal general, se distingue entre la vertiente positiva y negativa de la acción. (Chiovenda, 1922. p.48) En relación con las cláusulas que prevén arbitraje en última instancia, Born distingue también distingue entre sus efectos positivos y negativos. Los efectos positivos incluyen la obligación de participar y cooperar de buena fe⁸ en el arbitraje de las disputas de conformidad con el acuerdo de arbitraje de las partes,⁹ mientras que los efectos negativos incluyen la obligación de no obstruir la resolución de las disputas sujetas a arbitraje por parte del tribunal arbitral o de buscar la resolución de dichas disputas en los tribunales nacionales u

⁸ Para un desarrollo de la cuestión de la ejecución de las obligaciones de negociar de buena fe, ver Chapman, 2010 o Trakman y Sharma, 2014.

⁹ La obligación positiva de participar en la resolución de disputas de buena fe, diligente y cooperativamente en el proceso arbitral se desprende tanto de la naturaleza del proceso arbitral como de la regla general de pacta sunt servanda. (Born, 2021. p. 2115)

otros foros legales.¹⁰ En relación con este último matiz de los efectos negativos de las cláusulas de arbitraje se ocupará el segundo apartado de esta sección. (Born, 2021. p. 2110)

1.1 Supuestos en los que se prescinde del procedimiento de mediación y se acude directamente al arbitraje

En primer lugar, conviene destacar que, conforme al derecho procesal español, el incumplimiento de los escalones previos de ADR como puede ser la mediación previa al arbitraje previsto en última instancia constituye un incumplimiento contractual sobre el que tendrá que decidir el árbitro. (Carrascosa González y Calvo Caravaca, 2011. p.189) Sin duda, el incumplimiento constituye una infracción de los términos contractuales entre las partes que podrá dar lugar a una reclamación de daños y perjuicios, pero los posibles efectos procesales del incumplimiento quedan al arbitrio del tribunal arbitral. (Gisbert Pomata, 2014). En este mismo sentido también se han pronunciado tribunales de jurisdicciones de *common law*. La sentencia del Tribunal Superior de 1935 de *Dobbs v National Bank of Australasia Ltd*, por ejemplo, argumentaba que es improbable que un tribunal interfiera en una decisión contractual de las partes, a menos que hayan actuado fuera de sus términos de referencia. Generalmente, los tribunales arbitrales han adoptado una postura reacia a impedir el inicio de un arbitraje cuando una parte no ha cumplido con los pasos previos al arbitraje en una cláusula de resolución de disputas de varios niveles. (Pappas y Vlaivanos, 2018) Esto depende principalmente de la redacción de la cláusula de resolución de disputas. Si el procedimiento previsto está redactado de manera rígida, entonces la observancia del nivel puede volverse obligatoria.¹¹ (Purice, 2018) (Cremades, 2016)

En caso CCI número 4230, por ejemplo, se iniciaron procedimientos de arbitraje sin emprender la conciliación requerida por la cláusula multinivel. Tras la impugnación de la jurisdicción del tribunal arbitral por parte del demandado, el tribunal se declaró competente para conocer de la controversia porque interpretó que la cláusula no era expresamente obligatoria.¹²(Jones, 2009) (Cremades, 2016) En este mismo sentido se pronunció el tribunal del caso CCI número 10256, que ante el argumento de que el requisito de la conciliación previa al arbitraje no había sido

¹⁰ Los efectos negativos se pueden ver reflejados y recogidos en los arts. II(1) y II(3) de la Convención de Nueva York, y en el artículo 8(1) de la Ley Modelo.

¹¹ Así se ha considerado, por ejemplo, la redacción bajo las diversas formas estándar de contrato FIDIC. (Spoorenberg, y Franchini, 2016).

¹² La cláusula estaba redactada ambiguamente, de manera que establecía “todas las controversias relacionadas con el presente contrato podrán ser resueltas amistosamente” (Kayali, 2017)

respetado consideró que de la redacción de la cláusula era demasiado ambigua para que éste pudiese vincular obligatoriamente a las partes al procedimiento previsto. (Perez, 2017) (Jones, 2009) La parte demandada argumentó que la mediación era una condición suspensiva (condición precedente) que impedía el comienzo del arbitraje, pero sin embargo el tribunal sostuvo que la cláusula multinivel no utilizaba términos vinculantes y que por lo tanto la remisión de la disputa a un experto como segundo escalón no era obligatoria. (Jolles, 2006) (Kay, 2014) La jurisprudencia de los tribunales arbitrales revela la importancia fundamental de la precisión y certeza en los términos empleados en la redacción de este tipo de cláusulas.¹³

Por el contrario, cuando la cláusula escalonada de resolución de disputas impone una obligación clara a las partes de tomar medidas previas a iniciar el arbitraje, los tribunales arbitrales generalmente declinarán jurisdicción. En los casos CCI 6276 y 6277, el tribunal arbitral consideró una situación en las que el demandante no había cumplido la condición suspensiva establecida en la cláusula de resolución de disputas tomada del modelo FIDIC 1989. Como resultado, el tribunal determinó que carecía de jurisdicción y que cualquier solicitud de arbitraje era prematura. (Jones, 2009) Estos casos destacaban la importancia del detalle y de la precisión en las cláusulas a la hora de establecer su obligatoriedad. (Kayali, 2017) (Jolles, 2006)¹⁴

En algunos casos, también los tribunales nacionales se han manifestado en relación con estas situaciones de incumplimiento de los escalones previos previstos antes del arbitraje. Es de innegable relevancia en relación con esta cuestión la exigencia de certeza suficiente, que se explorará en mayor profundidad más adelante. La tendencia predominante en los Estados Unidos ha sido de considerar los pasos previos al arbitraje en las cláusulas de múltiples niveles como condiciones jurisdiccionales previas al inicio del arbitraje o del procedimiento judicial, siempre que éstas se formulen en términos definidos y de forma expresa, garantizando un cierto nivel de certeza. (Agarwal y Sharma, 2018) (Scanlon, 2001). En uno de sus pronunciamientos más tempranos sobre la materia, en el caso *Cecala v. Moore* (1997) los tribunales americanos ya afirmaron que cuando una parte se vincula contractualmente al uso de la mediación antes del comienzo del arbitraje (o litigio), dicho acuerdo contractual no puede pasarse por alto sin una defensa válida, renuncia o impedimento legal. (File, 2007). El tribunal sustentó su argumento sobre la base de los principios del derecho contractual para dar así efecto a las

¹³ Para un mayor desarrollo de esta cuestión, ver el capítulo VII.

¹⁴ Ídem.

cláusulas escalonadas de resolución de disputas y, por lo tanto, considerar la mediación como un mecanismo obligatorio. (Constantinescu y Corchis, 2017) A efectos procesales, generalmente, los tribunales americanos se han pronunciado a favor de considerar estas cláusulas como requisitos de admisibilidad. (López de Argumedo Piñeiro, 2010). Por su parte, los tribunales británicos en el paradigmático caso de *Sulamerica CIA Nacional de Seguros v. Enesa Engenharia*, (2012) sostuvieron también que en la cláusula escalonada se establecía claramente que la mediación debía ser una condición previa al arbitraje y que por tanto debía darse efecto a estas consecuencias procesales.¹⁵ (Agarwal y Sharma, 2018).

Por su parte, los tribunales de Singapur también se han manifestado en relación con esta cuestión. En el caso *InternationalResearch Corp PLC v Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and another ('Lufthansa Systems')*, el Tribunal de Apelación de Singapur dictaminó que el estricto cumplimiento de los procedimientos estipulados en las cláusulas escalonadas de resolución de disputas es una condición previa vinculante para el arbitraje, por lo que el incumplimiento puede privar a un tribunal arbitral de su competencia, sin que surja ningún deber de arbitrar hasta que se dé cumplimiento a la condición suspensiva.¹⁶ (Pappas y Vlaivanos, 2018). Argumentó además que el procedimiento de mediación acordado cumplía con el requisito de certeza suficiente, al establecer varios pasos y etapas, de manera que la Corte pudo discernir si se habían cumplido. (Garimella y Siddiqui, 2016) Este caso es también relevante porque sirvió a los tribunales británicos en su fundamentación de la paradigmática decisión del caso *Emirates*. (Tevendale, Ambrose t Naish, 2015).¹⁷

¹⁵ Se llegó a una conclusión similar en el caso de *Ponce Roofing Inc. v. Roumel Corp*, donde el tribunal sostuvo que siempre y cuando una cláusula multinivel expresamente establezca que los escalones pre-arbitrales constituyen condiciones precedentes al arbitraje, un tribunal carecerá de jurisdicción hasta que se dé cumplimiento a estos procedimientos pre-arbitrales. (Agarwal y Sharma, 2018).

Llevando estos requisitos de certeza un paso más allá, en algunos casos como *Mocca Lounge Inc. v. Misak*, se ha venido requiriendo que la cláusula contenga una serie de parámetros que permitan determinar si la ésta ha sido realmente cumplida por las partes o no. (López de Argumedo Piñeiro, 2010)

¹⁶ El Tribunal hizo referencia en su fundamentación a la decisión en *Petro-Deep Societa Armamento Navi Appoggio Spa v Petroleo Brasileiro SA ("Petromec")* en la que un Tribunal de Apelación británico sostuvo que la decisión en *Walford v Miles* no tenía el efecto de invalidar un término expreso de un contrato que empleó el lenguaje de la buena fe. Aclaró así su perspectiva acerca de las distintas posturas anglosajonas en el tratamiento de esta cuestión, favoreciendo la consideración vinculante de estas cláusulas el interés público de promover la conciliación y mediación frente a aquellos métodos que colocan a las partes en posturas adversarias. (Garimella y Siddiqui, 2016)

¹⁷ Según Garimella y Siddiquí, la jurisprudencia británica diferencia entre procedimientos determinativos y no determinativos. Generalmente, cuando una disposición contractual establezca expresamente que determinados procedimientos son una condición previa al arbitraje, los tribunales parecen decantarse por declinar la jurisdicción hasta el momento en que se hayan cumplido los niveles iniciales. Por lo contrario, en lo que se refiere a los procedimientos no determinativos, dichos niveles no son exigibles y, como tales, no se considera que constituyan una condición previa al arbitraje. (2016) Para el caso de los procedimientos determinativos, en extendida jurisprudencia, los tribunales vienen exigiendo que existiese una clara intención de las partes de quedar vinculadas por un procedimiento alternativo de resolución de disputas obligatorio previo. En este sentido, el elemento de

Volviendo al caso del tribunal arbitral número 6276 previamente comentado, López de Argumedo Piñeiro realiza una importante crítica al pronunciamiento del tribunal que resulta de gran interés para esta cuestión. Argumenta que la desestimación del arbitraje por falta de competencia solo se traduce en una pérdida de tiempo para las partes en la solución de la controversia.¹⁸ En su opinión, una opción más prudente, en el mejor interés de las partes, sería suspender el procedimiento de arbitraje, enviar a las partes a negociar (estableciendo pautas relativas a las condiciones y plazos de dicha negociación) y reanudar el procedimiento si fracasan las negociaciones. (López de Argumedo Piñeiro, 2010) Conviene aquí tener en cuenta que esta distinción entre la desestimación de la demanda y la suspensión del procedimiento arbitral puede ser de gran relevancia práctica para las partes. La diferencia entre tener un ‘pleito vivo’ y un ‘pleito muerto’ puede tener consecuencias sobre la generación de litispendencia, sobre los plazos de prescripción de las acciones, sobre la necesidad de constituir un nuevo tribunal arbitral, además de aquellas consecuencias derivadas de haber superado el trámite de admisibilidad para el caso de suspenso del procedimiento. Sin duda, tanto a efectos legales como económicos, la diferencia puede ser sustancial para las partes. Entrena López-Peña, Pérez García, y Vicente Maravall argumentan que atendiendo al principio de economía procesal, la suspensión del procedimiento y la simultánea conminación a las partes para que lleven a cabo el o los mecanismos previos no atendidos es la solución más sensata, pues permite a las partes retomar la sustanciación del procedimiento sin mayores dilaciones. (2014. p.770) En relación con esta cuestión, Born distingue distintas tendencias según el contexto.¹⁹

A pesar de la crítica que realiza López de Argumedo Piñeiro, no es inusual que un tribunal arbitral analice la cuestión desde el punto de vista de la jurisdicción. En el caso CCI número 8462, una cláusula de resolución de disputas de dos niveles preveía la remisión de las controversias arbitraje si después de treinta días no se podía llegar a un acuerdo mediante negociación ("*les parties chercheront une solution à l'amiable*"). (Jolles, 2006). La demandada impugnó la jurisdicción del tribunal sobre la base de que no tuvo oportunidad de encontrar una

claridad es indispensable. Suele considerarse presente este elemento cuando se demuestra que existe certeza suficiente en el compromiso, y del contrato se desprende un acuerdo que va más allá del compromiso de actuar y negociar de buena fe. (Cremades, 2016)

¹⁸ En este mismo sentido argumentó el tribunal arbitral en el caso *Ethyl Corp v Gov't of Canada* (1998). En este caso, se alegó por la demandada falta de jurisdicción del tribunal arbitral por no haber respetado la demandante el plazo previsto contractualmente de 6 meses desde el hecho desencadenante de la controversia prescrito por el Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) para las reclamaciones por parte de inversores. El tribunal estimó que de poco serviría desestimar el arbitraje por falta de jurisdicción, aparte de causar pérdida de tiempo y gastos, priorizando este fin frente al cumplimiento de los requisitos formales previstos por las partes para iniciar el procedimiento arbitral. (Pappas y Vlaivanos, 2018)

¹⁹ Ver epígrafe 1.2 del este mismo capítulo.

solución amistosa debido a que la demandante no notificó a la demandada sobre las cuestiones exactas que se someterían a arbitraje. El tribunal sostuvo que el demandante había hecho suficientes esfuerzos para cumplir con la obligación de negociación y por lo tanto tenía jurisdicción. (Kayali, 2017) En este sentido, según Pérez, este caso ilustra la opinión generalizada de los tribunales arbitrales en que se podrá entablar un procedimiento judicial o arbitral cuando una de las partes se mantuviera pasiva u obstaculice la puesta en práctica del mecanismo contemplado en el escalón inferior. (Pérez, 2017)

Esta misma opinión parece derivarse también del laudo final en el caso CCI número 8445. En este caso concreto, a pesar de la existencia de una cláusula escalonada de resolución de disputas que imponía a las partes la obligación de negociar las controversias previo recurso a arbitraje, la parte demandante recurrió directamente a arbitraje. A diferencia del caso número 8462, aquí no hubo ningún amago de cumplir con la obligación de negociación. No obstante, el tribunal arbitral afirmó su jurisdicción sobre la disputa, desestimando los argumentos de la demandada alegando la obligatoriedad de los distintos escalones de la cláusula multinivel, sobre la base de que existían altas probabilidades de que las negociaciones previas hubiesen sido inútiles. (Pappas y Vlaivanos, 2018) En un pronunciamiento controvertido, el tribunal afirmó que la cláusula escalonada de resolución de disputas, si bien era obligatoria en el acuerdo de las partes, no debe aplicarse para obligar a las partes a entablar negociaciones infructuosas o para retrasar una resolución ordenada de la disputa. Al igual que en el caso CCI número 8462, el tribunal arbitral destacó aquí los peligros de este tipo de cláusulas en obstaculizar y demorar la obtención de un remedio legal en caso de controversia.

Conviene también revisar el trato que se le ha dado a la buena fe por los tribunales arbitrales, especialmente en relación con las exigencias en caso de controversia. En relación con esta cuestión, según López de Argumedo Piñeiro, los tribunales de arbitraje generalmente se niegan a examinar si se cumplió por las partes el requisito de buena fe, limitándose a revisar si se cumplieron los requisitos de la negociación formal. El caso CCI número 7422 es ejemplo de ello. Resulta curiosa esta tendencia de los tribunales arbitrales teniendo en cuenta el extenso tratamiento dado a la cuestión por los tribunales nacionales.

En la jurisprudencia de los tribunales arbitrales también podemos encontrar precedentes en relación con la exhaustividad de cumplimiento requerida de los distintos términos establecidos en las cláusulas de resolución de disputas. El caso CCI número 9984 presentaba un supuesto en el cual se exigía alcanzar un hito formal antes de que la fase de negociación prevista en la

cláusula multinivel pudiese considerarse concluida. Concretamente, se exigía que, para poner fin al escalón inferior previsto en la cláusula, como requisito formal, una parte tendría que enviar una carta a la otra comunicándole la conclusión de la misma por imposibilidad de llegar a un acuerdo. (Kayali, 2017). La cláusula preveía que el requisito era de obligado cumplimiento para poder acceder a los procedimientos previstos en los escalones superiores. (Cremades, 2016) En el caso concreto, la parte envió una carta fijando un día como término, transcurrido el cual, según le comunicaba a su contraparte, consideraría concluida la fase de negociación. El tribunal en este caso consideró que fijar por adelantado en una carta una fecha en la que se consideraría que el intento de resolver la controversia de manera amistosa había fracasado en ausencia de un arreglo era un sustituto aceptable al requisito de enviar una carta notificando a la contraparte de tal fracaso, por lo que se debía entender satisfecho el requisito formal. (López de Argumedo Piñero, 2010) López de Argumedo considera apropiada la interpretación del tribunal del requisito formal previsto, manifestándose a favor de la flexibilización de este, pues establecer un hito que permita dar por concluida la negociación, en su opinión, es importante para evitar los efectos de actitudes obstruccionistas y tácticas dilatorias por parte de la parte que realmente no desea negociar. (2010).

Siguiendo esta línea de flexibilización de requisitos formales a favor de declarar la existencia de jurisdicción conviene revisar la postura del tribunal arbitral en el caso *Salini Costruttori v Morocco* (2001). En el supuesto concreto, dos inversores italianos iniciaron un arbitraje en virtud de un tratado de inversión bilateral entre Italia y Marruecos que contenía una cláusula escalonada de resolución de disputas. Marruecos objetó la jurisdicción del tribunal sobre la base de que los inversores no cumplieron estrictamente con los pasos previos al arbitraje de la cláusula. El tribunal no estaba dispuesto a exigir el cumplimiento estricto de los pasos previos al arbitraje y rechazó la solicitud de Marruecos de desestimar el caso por falta de jurisdicción. (Pappas y Vlaivanos, 2018)

Los tribunales arbitrales se han mostrado especialmente favorables a este tipo de interpretaciones cuando de los hechos se puede deducir una actitud particularmente pasiva u obstruccionista de una parte. Así lo ilustra el caso *Biloune (Syria) and Marine Drive Company Ltd. (Ghana) v. Ghana Investment Centre and Government of Ghana*, en el que el tribunal decidió que si una de las partes que recibe una solicitud de negociación se niega a participar sin presentar una justificación razonable, se considerará cumplido el requisito. El objeto de la cláusula multinivel es agotar la posibilidad de resolver amistosamente la controversia. Si dicha

solución amistosa no se puede lograr debido a la inacción de una de las partes, entonces permitirse a la parte contraria dar comienzo a la siguiente etapa del procedimiento de resolución de conflictos, pues de lo contrario, se recompensaría indebidamente a la parte obstruccionista. (López de Argumedo Piñeiro, 2010)

En el caso CCI número 9977 se trataba, además de la cuestión de la exhaustividad de cumplimiento requerida de los distintos términos establecidos en las cláusulas multinivel, las posibilidades y tiempos que tienen las partes de manifestar su desacuerdo con la ejecución de estas por la contraparte. En el caso CCI número 9977, un árbitro único tenía que decidir si las partes habían cumplido con su obligación de someter en primer lugar la controversia a los representantes de la alta dirección de las partes, que intentarán llegar a un acuerdo amistoso en el plazo de catorce días naturales a partir de la presentación. (Purice, 2018) Las partes celebraron efectivamente varias reuniones de conciliación a nivel directivo. Sin embargo, el demandado alegó que, por parte del demandante, a estas reuniones sólo asistieron sus representantes legales, no un miembro de la alta dirección. (Jolles, 2006). El árbitro consideró que el argumento de la demandada objetando las características del representante de la demandante era un argumento posterior a los hechos que debería haberse planteado en el curso de las negociaciones y, por lo tanto, desestimó la impugnación. (Kayali, 2017). Es por ello que de este caso podemos derivar como conclusión que, si una de las partes considera de buena fe que su contraparte no está auténticamente comprometida a promover las posibilidades de solución de la controversia, por ejemplo, por el rango o las características del representante en este caso, se espera que la primera así lo manifieste durante el mismo escalón del procedimiento de resolución de disputas, sin que quepa hacer este tipo de alegaciones en escalones posteriores. (Chapman, 2010) (Trakman y Sharma, 2014).

En este mismo caso, el tribunal también aprovechó para tratar la cuestión de la buena fe, pero concretamente en relación con el agotamiento del plazo de negociación prescrito. (López de Argumedo Piñeiro, 2010) En su comentario del caso, Jiménez Figueres argumentaba que, en el pasado, la importancia de la buena fe en la resolución amistosa de litigios puede haber llevado a los tribunales arbitrales a evitar rechazar solicitudes de arbitraje en aquellos casos en los que una solución negociada amistosamente (en escalones inferiores del procedimiento multinivel previsto) era difícil de obtener por la profunda división entre las partes, anteponiendo así un razonamiento utilitario a uno legal. En su opinión, el requisito de negociación de buena fe debe considerarse debidamente cumplido, aun cuando no haya vencido

el plazo establecido por las partes para la negociación, cuando resulte evidente que las posiciones de las partes son tan opuestas que sería prácticamente imposible llegar a una solución negociada. En estas circunstancias, no se justifica ordenar a las partes que negocien hasta el plazo acordado. (Jiménez Figueres, 2003)

Finalmente, resultan también especialmente interesantes algunos pronunciamientos de tribunales nacionales en relación con los efectos de estos incumplimientos de los escalones previos de las cláusulas multinivel sobre la validez del laudo dictado por el tribunal arbitral. En este sentido se han pronunciado tanto jurisdicciones de tradición de *common law* como civilistas. En el caso *White v. Kampner*, en Estados Unidos se argumentó que una vulneración de los distintos escalones de una cláusula que vinculase a las partes a negociar invalida el laudo arbitral fruto de un procedimiento prematuro. Manteniendo que la cláusula escalonada constituye una condición precedente, el tribunal carecería de jurisdicción para dictar un laudo, por lo que este sería nulo desde su origen. (López de Argumedo Piñeiro, 2010). En este mismo sentido, el tribunal federal suizo (*Bundesgerichtshof*), hace una significativa aportación jurisprudencial en el caso *Handelsmaatschappij Vekoma BV (Países Bajos) c. Maran Coal Corp. (EE. UU.)* de 1995 al entrar a valorar los efectos del incumplimiento de una cláusula escalonada de resolución de disputas sobre el laudo arbitral dictado. (Mitrovic, 2019). El tribunal argumenta que el incumplimiento de la cláusula de negociación invalida el laudo arbitral, al interpretar que la cláusula representa una condición suspensiva, por lo que el tribunal arbitral que dicta un laudo (tras el incumplimiento de esta) carece de jurisdicción, y por tanto su decisión es nula desde el principio. (López de Argumedo Pineiro, 2010). También se han manifestado en este sentido los tribunales de Singapur.²⁰ Estos pronunciamientos jurisprudenciales están en línea con la doctrina predominante que argumenta que sería contrario a la CNY que un Estado contratante reconociera y ejecutara una sentencia obtenida en incumplimiento de un acuerdo válido de arbitraje, que no haya sido objeto de renuncia y que esté sujeta a la Convención. (Born, 2021. p.2139)

²⁰ *WSG Nimbus Pte Ltd v. Bd of Control for Cricket in Sri Lanka* (2002)

1.2 Supuestos en los que se incumple el convenio arbitral previsto y se acude a la jurisdicción de los tribunales nacionales

Debemos distinguir el supuesto anterior examinado en el epígrafe 1.1, sobre el que existe abundante jurisprudencia, de este segundo. No es equiparable el ignorar una mediación impuesta por una cláusula multinivel previa al arbitraje y pasar directamente al arbitraje previsto en última instancia, que ignorar un convenio arbitral y acudir a los tribunales nacionales. El arbitraje constituye una alternativa privada de resolución de disputas, que excluye su versión pública, la jurisdicción de los tribunales nacionales. Matizando esta cuestión de acuerdo con Born, el principal efecto de una cláusula de arbitraje no es la exclusión de la jurisdicción de los tribunales estatales, sino la transferencia del derecho de resolución a un tribunal arbitral. El efecto negativo de una cláusula arbitral, es decir, la exclusión de la jurisdicción de los tribunales estatales no es más que una consecuencia del efecto positivo de la misma.²¹ (Born, 2021. p.2111). Aunque las cláusulas de arbitraje no suelen estipular expresamente que "todas las controversias se resolverán mediante arbitraje, con exclusión de los tribunales nacionales", esta obligación negativa viene implícita indiscutiblemente en prácticamente todos los acuerdos internacionales de arbitraje. (Born, 2021. p.2129) Resulta difícil imaginar cómo los procedimientos arbitrales podrían cumplir su objetivo básico de resolver con carácter definitivo la disputa de las partes, si se permitiera el litigio paralelo de la misma disputa ante tribunales nacionales.²² El arbitraje es incompatible con la jurisdicción y por ello en caso de existir un convenio arbitral (ya sea sencillo o incorporado en una cláusula escalonada de resolución de disputas como último recurso) deberá recurrir la parte perjudicada a la figura de la declinatoria. Concretamente, en este caso, a la declinatoria por existencia de convenio arbitral y falta de jurisdicción. Bellido Penadés y Cucarella Galiana en relación con los efectos de convenio arbitral, afirman que la existencia de un convenio impide a los tribunales resolver la controversia siempre que no se renuncie expresa o tácitamente al mismo. (2015. p.72) En numerosas otras jurisdicciones, existen figuras similares o análogas a la declinatoria. En derecho alemán, por ejemplo, la renuncia a interponer una acción judicial en virtud de una cláusula que establezca un ADR o acuerdo de mediación se considera un contrato

²¹ Ver introducción del epígrafe 1 del capítulo VI para una aclaración sobre la distinción entre los efectos positivos y negativos de un convenio arbitral.

²² Destacar que en lo que se refiere a sus funciones estatutarias de apoyo al proceso arbitral o de revisión de un laudo en un recurso de anulación o de nulidad, sí existe compatibilidad entre los tribunales nacionales y los tribunales arbitrales.

procesal (*Prozessvertrag*), que implica que una acción interpuesta contra el acuerdo es temporalmente inadmisibile. (Dendorfer-Ditges y Wilhelm, 2017. p.237).

De acuerdo con el derecho procesal español, estamos ante una falta de jurisdicción que podríamos denominar de absoluta y no subsanable, salvo que las partes de mutuo acuerdo decidan prescindir del convenio arbitral. No obstante, aun siendo la falta de jurisdicción absoluta, entra en juego la sumisión tácita y no podrá el tribunal apreciar la falta de jurisdicción de oficio. Fernández Carron alude al carácter renunciabile del convenio arbitral para argumentar que los tribunales no podrán apreciar de oficio la existencia de una cláusula de sumisión y rechazar la admisión a trámite de la demanda. (2019) Esta postura la avala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Secc. 25ª 673/2017 de 27 de febrero de 2018. Igualmente, en relación con el tratamiento procesal de la competencia, según Robles Garzón, si existe un pacto de sumisión expresa, el juez no debe abstenerse de conocer del litigio de oficio, pues “debe dejar que pueda entrar en juego la sumisión tácita del demandado”. (2008. p.148)

Mientras que, en el anterior supuesto analizado de infracción de escalones inferiores previos al arbitraje, los efectos procesales del incumplimiento quedan al arbitrio del tribunal arbitral y de las reglas privadas que rijan el procedimiento arbitral, aquí sí que hay ciertamente una falta de jurisdicción. Es cierto que tanto doctrina como tribunales arbitrales hablan de jurisdicción en el anterior supuesto pero, técnicamente, deberíamos hablar más bien de falta de requisito de procedibilidad o de requisito de inadmisibilidad.

Volviendo a la problemática que planteaba López de Argumedo en su crítica del caso CCI 6276 en relación con la distinción entre la desestimación de la demanda y la suspensión del procedimiento arbitral, conviene aquí hacerse una pregunta similar, concretamente en relación con la desestimación o suspensión de aquellos procedimientos iniciados ante la jurisdicción nacional en incumplimiento de un acuerdo de arbitraje. El artículo II (3) de la CNY exige la desestimación o suspensión de los procedimientos ante los tribunales nacionales incoados por incumplimiento de un acuerdo de arbitraje, pero no impone una u otra opción. Born realiza una importante distinción aquí, pues identifica algunas legislaciones nacionales que prevén expresamente la suspensión de los litigios entablados en violación de un acuerdo de arbitraje válido. Es el caso en todos los principales sistemas de *common law*, entre los cuales se incluyen

Estados Unidos²³, Inglaterra²⁴, Canadá, Australia y Singapur, pero también Hong Kong, Malasia, Nueva Zelanda, Kenia, India y Pakistán. En todas estas jurisdicciones, la obligación de suspender el litigio es obligatoria y no discrecional. En otros países, principalmente jurisdicciones de derecho civil entre las cuales se incluyen Francia, Suiza, Alemania, Países Bajos y Bélgica, los tribunales están obligados a declinar su competencia sobre los litigios arbitrables. (2021. p.2133) Stojiljkovic destaca cómo en Suiza, por ejemplo, no existe ninguna disposición que autorice a un tribunal, al decidir sobre impugnaciones de laudos arbitrales por falta de jurisdicción, a ordenar la suspensión del procedimiento arbitral. (2016. p.904-906). En estos estados, los tribunales no se limitan a suspender los litigios pendientes, sino que los desestiman por completo.²⁵ En general, se trata de cuestiones de derecho procesal local, no reguladas por la CNY (u otros convenios internacionales de arbitraje), que difieren entre jurisdicciones. No obstante, es evidente que pueden tener importantes consecuencias prácticas en casos concretos.

Desarrollando sobre el papel que deben jugar los tribunales nacionales en este supuesto, cabe destacar aquí que el funcionamiento de la sumisión expresa y tacita, en derecho procesal español, obligan al tribunal a abstenerse de conocer del litigio. Existe una diferencia sustancial entre esta abstención y la alternativa por la que abogan numerosos autores, por la cual un tribunal nacional debería implicarse en la cuestión hasta llegar a emitir una orden que remita a las partes obligatoriamente al arbitraje. En el primer escenario simplemente se detiene la acción del propio tribunal y el procedimiento hasta que algo fuera del procedimiento haya ocurrido, pero el tribunal no ordena que se haga. En el segundo se ordena afirmativamente a las partes a hacer o abstenerse de un acto ajeno al pleito. Como argumenta Born, esta alternativa implica excesivamente a los tribunales y tiene importantes peligros. (2021. p.2122). Entre otras, ordenar el arbitraje en una sede arbitral extranjera puede crear el riesgo de intromisión judicial en el proceso arbitral y, consecuentemente entraría en conflicto con uno de los principales objetivos del arbitraje internacional, que es reducir al mínimo el papel de los tribunales nacionales en la resolución de litigios, además de que vulneraría la doctrina de *kompetenz-*

²³ Ver *United States v. Bankers Ins. Co* y *AMF, Inc. v. Brunswick Corp.* (Dendorfer-Ditges y Wilhelm, 2017. p.237)

²⁴ Ver *Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd.* (Dendorfer-Ditges y Wilhelm, 2017. p.237)

²⁵ Born también surge que las jurisdicciones de *common law* y de derecho civil adoptan diferentes enfoques a la cuestión de si un tribunal nacional está privado de jurisdicción por un acuerdo de arbitraje, con los regímenes de derecho civil respondiendo afirmativamente y los sistemas de *common law* permitiendo una forma de jurisdicción arbitral y judicial dual, arbitral y judicial. Esta distinción se sustenta sobre la distinción que hacen ambas entre la desestimación de la demanda y la suspensión del procedimiento arbitral. (2021. p.2134).

kompetenz.²⁶ Dados estos potenciales conflictos, Born considera preferible que los tribunales nacionales de fuera de la sede simplemente suspendan el litigio en lugar de obligar afirmativamente a las partes a recurrir al arbitraje. (2021. p.2123)

2. CLÁUSULAS QUE PREVÉN JURISDICCIÓN EN ÚLTIMA INSTANCIA

2.1 Supuestos en los que se prescinde de los escalones inferiores previos previstos y se acude directamente a los tribunales nacionales

A diferencia de los dos supuestos anteriormente contemplados, aquí estamos ante supuestos en los que se ha optado por una resolución pública del asunto en última instancia. Generalmente, casi siempre nos encontraremos con un incumplimiento contractual del pacto de recurrir a métodos alternativos de resolución de disputas previo sometimiento de la controversia a tribunales nacionales. Este incumplimiento dará lugar a un derecho a reclamar daños y perjuicios a la parte incumplidora. (Gisbert Pomata, 2014). No obstante, en relación con los efectos procesales, será mucho más relevante tener en cuenta el derecho procesal local en cada caso.

En España, a efectos procesales y más allá de los posibles daños y perjuicios reclamables, la figura a tener en cuenta es la de la declinatoria. En España la ley de enjuiciamiento civil en su artículo 63 contempla ya, además de la declinatoria por arbitraje, la declinatoria por mediación. Es decir, la normativa procesal contempla ya que el pacto entre las partes de recurrir a un procedimiento de mediación previo sometimiento de la controversia a los tribunales nacionales, constituya un requisito de admisibilidad. La declinatoria por mediación constituye un instrumento procesal que manifiesta la falta de un requisito esencial de admisibilidad y por lo tanto da lugar a una falta de jurisdicción. No obstante, la naturaleza de esta falta de jurisdicción no es idéntica a la de la declinatoria por arbitraje, puesto que esta no es absoluta, sino subsanable, puesto que las partes deben únicamente someterse a la mediación y acreditar el

²⁶ Según Born, los distintos sistemas jurídicos nacionales difieren en sus enfoques de la competencia-competencia. En algunos (por ejemplo, Francia, India y Hong Kong), los tribunales aplazan cualquier decisión sobre la competencia de un tribunal para resolver cuestiones jurisdiccionales, incluidas las impugnaciones de la existencia o validez de cualquier acuerdo de arbitraje, hasta que se haya dictado un laudo sobre la cuestión, y entonces deciden la cuestión de novo. Lo mismo no es cierto, en cambio en sistemas como el de Inglaterra o Estados Unidos. (2021. p.2131)

Resulta también interesante aquí apuntar que existen jurisdicciones en las cuales como la Suiza, en las que la doctrina de *kompetenz-kompetenz* es relativa, y por tanto los tribunales nacionales sí ocupan un papel más relevante, puesto que sus laudos arbitrales necesariamente están sujetos a revisión judicial. La revisión judicial es esencial para determinar si las partes renunciaron válidamente a su derecho de acceso a los tribunales al optar contractualmente por el arbitraje. (Stojiljkovic, 2016)

intento para dotar al tribunal de jurisdicción para conocer de la disputa. Los artículos 6.2 y 6.3 de la ley española de mediación prevén que mediación constituye un procedimiento de carácter preceptivo con anterioridad a iniciar tanto un litigio como un arbitraje si así se ha pactado contractualmente, y adicionalmente, que, una vez iniciado el procedimiento de mediación, ninguna parte queda obligada a mantenerse en el procedimiento. (Entrena López-Peña, Pérez García, Vicente Maravall, 2014. p.766) Destacar que las leyes civiles españolas solamente han reconocido la declinatoria por mediación o arbitraje.²⁷ Otros métodos alternativos de resolución de disputas, a día de hoy, no vinculan procesalmente a los tribunales españoles, y propiamente no les privan de jurisdicción. Finalmente, conviene tener en cuenta que la ley deja varias cuestiones esenciales sin resolver. No proporciona ninguna indicación acerca de si el juez puede actuar de oficio a la hora de apreciar la existencia de un compromiso de mediación no observado ni invocado por las partes por lo que entendemos que este deberá siempre ser invocado a instancia de parte, y tampoco se pronuncia acerca de hasta dónde deben avanzar las partes en el seno de una mediación una vez estimada una declinatoria de cara a poder volver a acudir de nuevo a los tribunales de justicia. (Entrena López-Peña, Pérez García, Vicente Maravall, 2014. p.767)

En el ámbito de tradición civilista, en el caso de Francia, el artículo 750-1 del Code de Procedure Civile establece una figura similar a la de la declinatoria, el '*fin de non-recevoir*', en la que incluye no solamente la obligatoriedad de la mediación, sino también de otros métodos alternativos de resolución de disputas, entre los que incluye la conciliación y los 'procedimientos participativos'.²⁸ En este sentido, parece que la normativa procesal francesa está más desarrollada que la española al contemplar e incluir ya estos métodos alternativos. En el paradigmático caso Poiré v Tripier, que será comentado más adelante recoge su postura favorable a la obligatoriedad de los distintos pasos establecidos en cláusulas escalonadas, previos a la jurisdicción.

²⁷ Conviene hacer mención aquí a la crítica que formulan Entrena López-Peña, Pérez García y Vicente Maravall a la equiparación legal que hace el ordenamiento jurídico español entre la mediación y el arbitraje a efectos de la declinatoria. A su parecer, la distinta naturaleza de ambos procesos, siendo el arbitraje un método heterocompositivo de resolución de controversias, frente a la mediación, que es un método autocompositivo que sólo resolverá la disputa de forma definitiva si las partes llegan a un acuerdo al efecto en el seno del procedimiento de mediación. (2014. p.767)

²⁸ "*A peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative,*" art. 750-1 Code de Procedure Civile.

Tal y como se comentó anteriormente, en derecho alemán, existe una figura similar a la declinatoria o al '*fin de non-recevoir*'. La renuncia a interponer una acción judicial en virtud de una cláusula que establezca un ADR o acuerdo de mediación se considera un contrato procesal (*Prozessvertrag*). Los efectos de esto son que una acción interpuesta contra el acuerdo es temporalmente inadmisibile. (Dendorfer-Ditges y Wilhelm, 2017. p.237). Por su parte, los tribunales alemanes se han mostrado comprometidos con la exigibilidad de los procedimientos alternativos de resolución de disputas, y han interpretado las cláusulas escalonadas de resolución de disputas como vinculantes y obligatorias. Así lo manifestó el Tribunal Supremo Federal²⁹ (*Bundesgerichtshof*) en 1998, dónde argumentó que ambas partes en el litigio estaban obligadas a cooperar en la realización de las negociaciones de conciliación conforme a la cláusula de conciliación obligatoria que habían acordado. (Jolles, 2006) Anteriormente, en 1984³⁰, este mismo tribunal ya se había pronunciado en este mismo sentido, a favor de una cláusula de conciliación que consideró válida y por lo tanto vinculante para las partes. (Jolles, 2006)

En el ámbito del *common law*, como ya hemos comentado, en Estados Unidos generalmente se han considerado los pasos previos al arbitraje en las cláusulas de múltiples niveles como condiciones jurisdiccionales previas al inicio del procedimiento judicial, siempre que éstas se formulen en términos definidos y de forma expresa, garantizando un cierto nivel de certeza. (Agarwal y Sharma, 2018). Los tribunales de Gran Bretaña también han venido centrándose en este requisito de certeza suficiente (Jolles, 2006), al igual que los canadienses, (Bienvenu, 2003) y los australianos, que se han mostrado favorables a reconocer una política pública que favorezca las cláusulas alternativas de resolución de disputas, considerando como válido aquel acuerdo para someter una decisión a un procedimiento alternativo de resolución de disputas siempre que se cumplan unos mínimos requisitos de certeza.³¹ (Jones, 2009) (Hanks, 2012)

Sin embargo, conviene resaltar que, en el ordenamiento australiano, los tribunales de cada estado pueden invocar la jurisdicción inherente del Tribunal Supremo para solicitar la suspensión de los procedimientos judiciales que son objeto de un acuerdo de resolución alternativa de disputas. En este sentido, en varias ocasiones, las cláusulas escalonadas de

²⁹ BGH 18 Noviembre 1998: VIII ZR 344/97.

³⁰ BGH, (1984) *Neue Juristische Wochenschrift*.

³¹ En *AWA Ltd. v. Daniels*, (1995) por ejemplo, el tribunal afirmó que las partes deben quedar obligadas por los acuerdos contractuales que celebren, enfatizando la utilidad de mecanismos como la mediación como instrumento alternativo de resolución de disputas. (Pandya y Shukla, 2013)

resolución de disputas se han visto desafiadas en su implementación sobre la base de que dichos acuerdos constituyen una expulsión inadmisibles de la jurisdicción de los tribunales estatales. Se ha argumentado que va en contra del orden público privar a los tribunales de entender de una cuestión de derecho con la suspensión de los procedimientos judiciales en virtud de la obligatoriedad de un procedimiento alternativo de una cláusula multinivel.³² (Jones, 2009) En este sentido, conviene tener en cuenta que la jurisprudencia australiana no es ni mucho menos unánime, dada la complejidad de las divisiones del sistema federal.

2.2 Supuestos en los que se acude a una jurisdicción internacional distinta de la pactada

Este último supuesto es quizás el más sencillo de todos los contemplados, y dónde la doctrina es más unánime. El caso de la jurisdicción internacional en derecho procesal español se resuelve también a través de la declinatoria. Operan aquí también las reglas de la sumisión tácita y la sumisión expresa. En el estudio de la postura adoptada en relación con esta cuestión por la doctrina y la jurisprudencia española, dada la limitada casuística existente, conviene analizar el tratamiento que se le ha dado a las cláusulas de elección de jurisdicción en relación con los efectos obligatorios de las cláusulas de sumisión expresa.³³ De esta cuestión se ocupan Carrascosa González y Calvo Caravaca, afirmando que la sumisión expresa es vinculante y obligatoria para las partes. Mientras que, tal y como reconocen expresamente, un mutuo acuerdo de sumisión posterior entre las partes, ya sea tácito o expreso, podrá derogar el primer acuerdo de sumisión (establecido en una cláusula de resolución de disputas), tal y como confirma la sentencia *Elefanten* del TJCE de 24 de junio 1981, “los pactos de sumisión en favor de un concreto tribunal se celebran para ser cumplidos” (p.189). Tal y como establece la sentencia de la AP de Barcelona de 26 de febrero de 2009, en España, el foro elegido contractualmente por las partes no es renunciable sin más.

Virgós Soriano y Garcimartín Alférez argumentan que se pueden realizar ciertas presunciones en relación con los acuerdos de elección de foro y es que la competencia que atribuyen es exclusiva salvo pacto en contrario de las partes, sobre la base del art. 23.1 del reglamento

³² Por ejemplo, la decisión del Tribunal Supremo de Australia Occidental en el caso *Baulderstone Hornibrook Engineering Ltd v Kayah Holding Pty Ltd* (1997). Este parece contradecir la posición general adoptada por los tribunales de Australia. Sin embargo, su razonamiento merece mención porque el caso concreto involucraba importantes cuestiones de derecho y una demanda de una gran cuantía económica. Precisamente por el carácter complejo de las cuestiones de derecho planteadas, el tribunal consideró que el procedimiento de determinación de expertos prescrito por el acuerdo era inadecuado para la resolución de la disputa. (Jones, 2009)

³³ Apuntar que, según Robles Garzón, la sumisión expresa requiere la forma escrita en derecho procesal español. (2008. p.53)

Bruselas I.³⁴ En este sentido se pronuncian la Audiencia Provincial de Pontevedra³⁵, que señala que “el acuerdo de elección de fuero deroga la competencia de la jurisdicción que en su ausencia resultaría competente” convirtiendo la competencia del tribunal designado en exclusiva, opinión compartida por la Audiencia Provincial de Madrid³⁶, la Audiencia Provincial de Málaga³⁷, y la Audiencia Provincial de Barcelona.³⁸ La jurisprudencia española incluso ha establecido que el convenio atributivo de competencia se articule a través de una cláusula híbrida que establezca una jerarquía entre métodos de resolución de disputas, es decir, una cláusula multinivel, que atribuirá igualmente competencia exclusiva a los fueros designados.³⁹ (Fernández Carron, 2019)

En su trabajo, Virgós Soriano y Garcimartín Alférez destacan las complicaciones que entraña la infracción de estas cláusulas, y argumentan que, si un juez tiene conocimiento de la existencia de una cláusula de elección de foro que determina un foro distinto al que ha sido sometido la controversia, siempre y cuando la cláusula sea *prima facie* válida, deberá declararse incompetente. En esto coinciden con la opinión de Carrascosa González y Calvo Caravaca, quienes fundamentan esto sobre la base de los arts. 63.1, 38 y 39 LEC y art. 2 CNY 1958. (2012) En este mismo sentido también se pronuncia la sentencia del TS de 14 noviembre de 2007.

No obstante, conviene tener en cuenta que los tribunales no se encuentran obligados a apreciar su falta de competencia de oficio cuando la competencia exclusiva derive de un pacto de sumisión expresa como puede ser una cláusula escalonada de resolución de disputas. (Fernández Carron, 2019. p.87) (Ortells Ramos, 2015. p.199) Existen varias opiniones contrarias a la declaración de incompetencia de oficio para los casos en los que el juez conozca de la existencia de una cláusula de sumisión expresa a otro foro. En relación con el tratamiento

³⁴ Conviene puntualizar que no existe prácticamente doctrina que se manifieste acerca de la aplicabilidad del reglamento Bruselas I bis a las cláusulas escalonadas. (Reglamento N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.) Mientras que el arbitraje sí que queda explícitamente excluido de su ámbito de aplicación, no existe literatura acerca de si el resto de los escalones de una cláusula multinivel podrían caer dentro del ámbito de aplicación de este reglamento. En todo caso, sería interesante realizar un análisis más exhaustivo de su artículo 23, sobre prórroga de la competencia.

³⁵ Audiencia Provincial de Pontevedra, Secc. 1.ª, 144/2011 de 19 de mayo.

³⁶ Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 28 48/2014 de 19 de septiembre.

³⁷ Audiencia Provincial de Málaga, Secc. 5ª 1243/2016 de 6 de noviembre de 2017.

³⁸ Audiencia Provincial de Barcelona Secc. 15ª 33/2003, de 20 de mayo.

³⁹ Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 28 66/2013 de 18 de octubre.

procesal de la competencia, son muy limitados los supuestos⁴⁰ en los que los jueces deben necesariamente abstenerse de conocer de una cuestión, y en este sentido Robles Garzón opina que de existir un pacto de sumisión expresa, el juez no debe abstenerse de conocer del litigio de oficio, pues “debe dejar que pueda entrar en juego la sumisión tácita del demandado”. (2008, p.148) Igualmente de posiciona Ortells Ramos. (2015. p.203 y 206)

En su análisis de esta cuestión, Virgós Soriano y Garcimartín Alférez hacen referencia al riesgo que existe de que el juez no tenga conocimiento de la cláusula, riesgo que es asumido por el demandado, para quien probablemente constituya un gasto comparecer en un foro distinto al estipulado y elegido unilateralmente por la parte demandante, pero quien sin embargo podría perder la oportunidad de alegar la existencia de la cláusula en un momento posterior si no comparece y el juez se declara competente. En su análisis de la cuestión, resulta fundamental el perjuicio, riesgo y gasto que entraña para el demandado tener que invocar la cláusula en un foro distinto al designado en la misma, más allá de soportar los costes del desarrollo del procedimiento allí. Es por ello por lo que ante esta situación llegan a una conclusión muy similar a la de Carrascosa González, argumentando que la parte afectada podrá solicitar una indemnización por daños y perjuicios. (Virgós Soriano y Garcimartín Alférez, 2007) Esta posibilidad deriva directamente del componente contractual de estas cláusulas, pues es de este componente del que se deriva la obligación procesal para las partes. El afectado tiene derecho al cumplimiento real de esta obligación procesal y a que la controversia se plantee ante el foro elegido, teniendo derecho en el caso de que la parte contraria acuda a un foro distinto, de que dicho tribunal se declare incompetente (*a right not to be sued abroad*). (2007. p.301). Así se establece en la STJCE en el asunto C-159/02.

3. UNA APROXIMACIÓN A LA OBLIGATORIEDAD PROCESAL DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Finalmente, cabe analizar el tratamiento que se le da a la obligatoriedad procesal de los métodos alternativos de resolución de disputas, puesto que tal y como ya se ha adelantado anteriormente, no todas las jurisdicciones prevén efectos vinculantes a efectos procesales para todos los métodos alternativos de resolución de disputas. (Petsche, 2013) (Born, 2021. p.1280). Se trata de un ámbito que continúa en crecimiento y, por tanto, no todos los métodos de resolución de

⁴⁰ Si no son aplicables normas imperativas de competencia, el órgano jurisdiccional no podrá abstenerse de conocer de oficio, sino que deberá permitir el juego de la sumisión tácita. (De Lucchi López Tapia, 2008. p.169).

disputas gozan de amparo legal al mismo nivel que el arbitraje o la mediación. (Aydemir, 2021. p.199) Mientras que el arbitraje y la mediación quedan amparadas por regulaciones como la Convención de Nueva York o la convención de Singapur, (siendo mucho más extendida la ratificación de la Convención de Nueva York que la de Singapur) el resto de los métodos alternativos de resolución de disputas no gozan del mismo amparo normativo. (Zeller y Trakman, 2019). Por su parte, Aydemir destaca que mientras que el laudo arbitral está respaldado por un sistema de reconocimiento global en virtud de la CNY, lo mismo no es cierto de los acuerdos alcanzados tras procesos de ADR. (2021. p.197).

En España, a día de hoy, los tribunales no se encuentran todavía obligados a darles el mismo tratamiento procesal a la conciliación o a los DAB, por ejemplo, a través de la figura de la declinatoria, puesto que esta figura solamente viene contemplada en la ley de enjuiciamiento civil para el arbitraje y la mediación.⁴¹ Es cierto que el proyecto de la ley de medidas de eficiencia procesal de 22 de abril de 2022 ya contempla, en su título primero, otorgar carácter vinculante a estos procedimientos, dándoles el tratamiento de ‘requisitos de procedibilidad’, llegando incluso a obligar a las partes que busquen someter una controversia a los tribunales el haber intentado previamente alguno de estos métodos alternativos de resolución de disputas. No obstante, con la normativa vigente a día de hoy, estas figuras no gozan de obligatoriedad en términos procesales. En su exposición de motivos, el proyecto de ley habla de “recuperar la capacidad negociadora de las partes, con la introducción de mecanismos que rompan la dinámica de la confrontación y la crispación que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales” (p.3) y aclara que busca “potenciar la mediación en todas sus formas e introducir otros mecanismos de acreditada experiencia en el derecho comparado.” (p.3). La realidad es que, en otras jurisdicciones, la situación es distinta. Aydemir argumenta que una excepción procesal de carácter procesal como puede ser la declinatoria para desestimar un caso por incumplimiento del proceso de ADR o para suspender un procedimiento hasta que se complete el proceso en los mismos términos que la declinatoria por existencia de convenio arbitral tendrá que insertarse en las leyes de producción interna nacional, tal y como venimos comentando para el caso de España. (2021. p.204) Conviene explorar el grado de obligatoriedad y el tratamiento que se les ha venido dando a estos métodos alternativos de resolución de disputas en distintas jurisdicciones, y las distintas soluciones que se han encontrado para dar cumplimiento a estos métodos alternativos de resolución de disputas.

⁴¹ Art. 63 Ley de enjuiciamiento civil.

Normativamente, la regulación Belga se asemeja sustancialmente a la española en esta cuestión. Una cláusula similar al art. 63 de la ley española de enjuiciamiento civil se puede ver en el artículo 1725 del Código de Procedimiento Civil de Bélgica que establece que antes de aplicar el proceso de mediación contractual si una de las partes presenta un caso ante el tribunal, el demandado puede sostener la excepción preliminar sobre el tema y disponer la desestimación del caso. Sin embargo, al igual que la normativa española, la ley belga no prevé una sanción similar en caso de violación de un compromiso de negociación o cualquier tipo de método ADR (diferente a la mediación) acordado entre las partes. (Aydemir, 2021. p.204)

Por su parte, Francia es un foro generalmente conocido por ser favorable para el arbitraje. Esta postura se mantiene también para otros mecanismos alternativos de resolución de disputas, ya que la ley francesa alienta encarecidamente a las partes a resolver sus disputas de manera amistosa antes de presentarlas ante un tribunal o un tribunal arbitral. De hecho, en algunos asuntos civiles y comerciales es incluso obligatorio que las partes intenten resolver su disputa de manera amistosa antes de presentar una demanda ante un tribunal francés, y de no hacerlo, la demanda será inadmisibile. Así lo establece el artículo 750-1 del Code de Procedure Civile. En su jurisprudencia encontramos un reflejo de esta postura. Resulta particularmente interesante su tratamiento de la cuestión, puesto que parece que España podría estar acercándose a una postura normativa algo similar a la actual que existe en Francia.

En el caso *Poiré v. Tripier*, de 14 de febrero de 2003 se consolida la postura de la jurisprudencia francesa que considera que como regla general los procedimientos de mediación estipulados en cláusulas escalonadas constituyen un requisito de admisibilidad. Mientras la jurisprudencia no fue siempre tan clara en relación con procedimientos alternativos como la conciliación, cabe destacar que el artículo 750-1 no se limita a los procedimientos de mediación. En 2001, la sección primera de la *Cour de Cassation* francesa decidió en el caso *Clinique du Morvan*, que la previsión de un procedimiento de conciliación por medio de una cláusula contractual, aun teniendo carácter obligatorio, no se podía hacer cumplir por no existir un remedio legal para compensar el incumplimiento. En el sentido contrario la segunda sección de la *Cour de Cassation* había dictado sentencia en el caso *Peyrin v. Société Polyclinique des Fleurs*, sosteniendo que el incumplimiento de un acuerdo de conciliación en una cláusula escalonada impedía a tribunal entrar a valorar el fondo de la controversia hasta que las partes intentaran resolver la disputa mediante la conciliación. Estableció así, en este caso que una acción debía

denegarse y considerarse no admisible hasta que se diese cumplimiento a la cláusula obligatoria.

La decisión de la sección primera en *Clinique du Morvan* que contradecía esta postura fue muy criticada por la doctrina francesa puesto que, con ella, la cláusula contractual perdía toda su fuerza y quedaba sin efecto. La resolución contradecía un de los pilares más esenciales del derecho civil y el principio *pacta sunt servada*, recogido en el artículo 1134 del Code Civile francés, en virtud del cual los acuerdos celebrados legalmente sustituyen a la ley para quienes los han celebrado, y solo podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas autorizadas por la ley. Conforme a dicho artículo, los acuerdos ADR crean obligaciones legalmente vinculantes a entablar negociaciones con la otra parte contendiente. (Cremades, 2016) Ante esta situación tan contradictoria, devino evidente que debía buscarse una solución. Es en este contexto cuando la *Cour de Cassation* se pronuncia en *Poiré v. Tripier* y aprovecha un supuesto de vulneración del requisito de mediación de una cláusula escalonada para consolidar la postura de los tribunales franceses en relación con los procedimientos alternativos de resolución de disputas. Se trata de un caso de renombrada importancia pues en lugar de ser juzgado por una de las salas de la *Cour de Cassation*, fue juzgado por una sala mixta, convocada por el presidente y constituida por jueces pertenecientes a diferentes salas de la *Cour de Cassation*. Se trata de un órgano cuya especial constitución permite la consolidación de la jurisprudencia eliminando las decisiones contradictorias entre las cámaras que en este caso representaban los pronunciamientos opuestos de *Clinique du Morvan* y *Peyrin v. Société Polyclinique des Fleurs*.

En el caso *Tripier*, el contrato que vinculaba a las partes contenía una cláusula de resolución de disputas que requería el recurso a la mediación antes del inicio de un procedimiento judicial. Las disposiciones de la cláusula eran muy específicas y establecían que cualquier conflicto entre las partes debería someterse a los mediadores designados por las partes, y que los mediadores intentarían resolver el conflicto suscitado en el plazo de dos meses desde su designación. (Cremades, 2016). Al surgir la controversia, ignorando las disposiciones contractuales, el Sr. Poiré inició un proceso judicial. Sin entrar en la cuestión relativa al incumplimiento de la cláusula de mediación, el Tribunal de Primera Instancia se pronunció sobre el fondo. El Tribunal de Apelación de París admitió el recurso presentado por el Sr. Tripier y desestimó la demanda del Sr. Poiré y la *Cour de Cassation* francesa confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia afirmando que una cláusula contractual que

establece un procedimiento de mediación obligatorio antes del procedimiento judicial constituye una prohibición obligatoria de proceder siempre y cuando se invoque por las partes. (Constantinescu y Corchis, 2017)

De esta manera, Poiré v. Tripier establece como regla general que las cláusulas de mediación o conciliación serán de obligado cumplimiento, debiéndose negar aquella acción que pretenda obtener una resolución sobre el fondo ante un tribunal antes del desarrollo de la conciliación o mediación estipulada. Esta regla queda supeditada al cumplimiento de dos condiciones. En primer lugar, que la negociación venga estipulada en la cláusula contractual como obligatoria y no opcional y, en segundo lugar, que las partes invoquen la cláusula, sin que el tribunal pueda *sua sponte*, de oficio, denegarle a la contraparte el ejercicio de su acción. Si ninguna de las partes la invoca, se tendrá por renuncia implícita a su aplicación.⁴²

Por lo tanto, en Poiré v. Tripier, la *Cour de Cassation* francesa se basa en motivos procesales al considerar que un procedimiento judicial iniciado en violación de una cláusula de mediación constituye un requisito de inadmisibilidad (*fin de non-recevoir*). El Code de Procedure Civile define el *fin de non recevoir* en su artículo 122, que a su vez se complementa con el artículo 124 que añade que la acción procesal invocando la falta de un requisito de admisibilidad será admisible sin necesidad de probar un perjuicio, aun cuando la inadmisibilidad no proceda de un texto expreso. En su sentencia, la *Cour de Cassation* declara que se desprende de los artículos 122 y 124 del Code de Procedure Civile que las causas de inadmisibilidad no se enumeran de manera exhaustiva, por lo que considera lícita una cláusula contractual que establece un procedimiento de mediación obligatorio, concluyendo que por lo tanto este tipo de cláusula de mediación obligatoria constituye, en caso de ser invocada, un requisito de inadmisibilidad. (Jarrosón, 2003)⁴³

De la jurisprudencia francesa podemos concluir que se considera una cláusula escalonada de resolución de disputas como obligación vinculante y los tribunales consideran que el incumplimiento de la obligación de recurrir a los distintos métodos alternativos de resolución

⁴² Conviene aquí hacer un apunte y recalcar que la pretensión inadmisibile es la de fondo. En el escenario en el que una parte necesita acudir a los tribunales para obtener una medida cautelar, la doctrina interpreta que esto sería posible, a pesar de la cláusula de mediación obligatoria. (Jarrosón, 2003)

⁴³ Además de pronunciarse sobre la naturaleza de la cláusula, la sentencia de Poiré v Tripier también se manifestó acerca de otra problemática: el efecto de los procedimientos previos de resolución de disputas sobre la prescripción de las acciones relacionadas con la controversia. El tribunal estableció que la implementación de la cláusula de negociación o conciliación interrumpe el plazo de prescripción de dichas acciones, evitando así que las partes pudiesen quedar en una situación de indefensión. (Bernard, 2015)

de disputas con carácter previo a la incoación de un procedimiento judicial constituye una falta de un requisito de admisibilidad.

Los tribunales alemanes han demostrado un compromiso con la exigibilidad de los procedimientos alternativos de resolución de disputas como condición previa al arbitraje/litigio, y generalmente han venido interpretando las cláusulas escalonadas de resolución de disputas como requisitos de admisibilidad vinculantes. En 1998 el Tribunal Supremo Federal⁴⁴ (*Bundesgerichtshof*) sostuvo que una cláusula en virtud de la cual las partes hubiesen acordado intentar resolver las disputas que surgieran de un contrato mediante negociaciones de conciliación previas a la incoación de procedimientos judiciales era conforme al ordenamiento alemán y desplegaba por lo tanto todos sus efectos, por lo que cualquier demanda presentada contra una de las partes por la otra ante los Tribunales sería inadmisibile si no se hubieran iniciado y concluido las negociaciones de conciliación. En este caso, desarrolló además el *Bundesgerichtshof* que, si las partes acordaron una cláusula de conciliación obligatoria, ambas partes estaban obligadas a cooperar en la realización de las negociaciones de conciliación. El tribunal calificó una demanda presentada antes de la finalización de un procedimiento de conciliación acordado como inadmisibile. (Jolles, 2006)

Esta decisión guardaba consonancia con una decisión anterior del mismo tribunal del año 1984.⁴⁵ En el caso en cuestión, las partes habían acordado, en el contexto de un acuerdo de compra relativo a la adquisición de una clínica veterinaria, que, en el eventual caso de disputa, las partes primero presentarían su controversia a su organización profesional local (*Landestierärztekammer*) para la conciliación antes incoar un procedimiento antes los tribunales. La parte demandante ignoró esta previsión, justificando su acción directa ante los tribunales con la supuesta futilidad del ejercicio de conciliación, alegando falta de voluntad de cooperar de la contraparte. (Salehijam, 2019). El tribunal sostuvo que tales cláusulas de conciliación previas al litigio son válidas y deben ser respetadas por las partes y los tribunales. Así, siempre que la parte que invocara la cláusula de conciliación previa tuviera un interés legítimo en la conciliación, los tribunales debían declarar improcedente una acción interpuesta con anterioridad a la conciliación acordada. (Jolles, 2006) Más adelante, en 1999, el

⁴⁴ BGH 18 noviembre 1998: VIII ZR 344/97.

⁴⁵ BGH. (1984) *Neue Juristische Wochenschrift*.

Bundesgerichtshof reiteró esta postura, fundada en la inadmisibilidad de la acción anticipada,⁴⁶ y de nuevo en 2016.⁴⁷ (Salehijam, 2019).

En el marco de la jurisprudencia británica, tras una serie de tempranos pronunciamientos bastante escépticos a defender la obligatoriedad de las cláusulas escalonadas de resolución de disputas, resulta imperante hacer referencia al caso *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd*, puesto que refleja un importante y trascendental giro jurisprudencial a favor de esta obligatoriedad. En el caso *Channel Tunnel*, los tribunales se pronunciaron a favor de iniciar los procedimientos ante los mecanismos de solución de controversias acordados y suspender los procedimientos judiciales hasta que tales mecanismos hayan sido iniciados y agotados sin un resultado satisfactorio. En el supuesto concreto, la disputa surgió de un contrato de construcción que incluía una cláusula escalonada cuyo primer nivel exigía a las partes, como condición suspensiva, someter la controversia a un panel de expertos. Si alguna de las partes deseaba que se revisara la decisión de los expertos, esa parte podía entonces someter la disputa a arbitraje. El apelante, sin cumplir con el proceso de resolución de disputas del contrato, presentó una orden de citación ante el Tribunal Superior solicitando una medida cautelar del Tribunal para impedir que el demandado suspendiera las obras de construcción. La demandada solicitó la suspensión del procedimiento con base en la existencia de etapas preliminares contractuales obligatorias para la solución de controversias. (Cremades, 2016) En este contexto, el tribunal sostuvo que se requiere una justa causa para incumplir este tipo de obligaciones, y que, en su ausencia, las partes quedan vinculadas a acudir a los mecanismos previstos contractualmente.

Esta postura de los tribunales británicos en el caso *Channel Tunnel* se incorporó posteriormente en la Sección 9(2) de la Ley de Arbitraje de 1996, sentando así un precedente muy importante.⁴⁸ (Pandya y Shukla, 2013). Además, en 2002, en el caso de *Cable and Wireless plc v. IBM UK Ltd*, un tribunal de primera instancia en Inglaterra se manifestó afirmando la exigibilidad de los acuerdos de mediación, cuestionando de nuevo la temprana jurisprudencia por la cual se había acentuado la certeza en las cláusulas como determinante de su obligatoriedad. (Debattista, 2005) (Naughton, 2001) La cuestión principal ante el Tribunal era si la cláusula

⁴⁶ BGH. (1999) *Neue Juristische Wochenschrift*.

⁴⁷ No I ZB 1/15 (BGH) (9 agosto 2016) y No I ZB 50/15 (BGH) (14 enero 2016).

⁴⁸ En este sentido, los tribunales han mostrado su apoyo a la mediación en su aplicación como requisito previo, siguiendo esta importante decisión en casos como *Dunnett v. Railtrack* (2002) en el que el tribunal dictó una orden de costas contra la parte que se había negado a llevar a cabo la mediación previo sometimiento de la disputa a los tribunales. (Constantinescu y Corchis, 2017)

escalonada de resolución de disputas requería que las partes participaran en un procedimiento ADR como condición previa al litigio. El tribunal argumentó que la referencia a ADR resulta análoga a un acuerdo de arbitraje, y como tal, representa un acuerdo autónomo accesorio al contrato principal, vinculante para las partes. (Cremades, 2016) Mientras que estos precedentes indican una postura crecientemente favorable por parte de los tribunales británicos a la hora de dotar de coercibilidad a estas cláusulas, conviene destacar que aún así, la postura británica,⁴⁹ al igual que la australiana,⁵⁰ continúa siendo bastante más reticente en este sentido que la estadounidense. (Entrena López-Peña, Pérez García y Vicente Maravall, 2014)

Por su parte, los tribunales canadienses también se han posicionado a favor de la naturaleza vinculante de las cláusulas escalonadas de resolución de disputas. (Garimella y Siddiqui, 2016) En su jurisprudencia, han tenido en consideración la utilidad de estas cláusulas en los contratos comerciales, “tanto para el interés público, como para el interés de las partes en la búsqueda de soluciones eficaces constructivas, oportunas y económicas a sus controversias”. (Perez, 2017) Este razonamiento fundamentó la decisión de los tribunales de Ontario en el caso *Toronto Truck Centre Ltd. v. Volvo Trucks Canada Inc.* En el caso *Canada (Minister of Transport) v. Marineserve.MGInc* (2002) el Tribunal Supremo de Nueva Escocia consideró que las partes estaban obligadas a dar cumplimiento a todos los escalones de la cláusula de resolución de disputas que habían acordado, y seguir así el camino trazado por su propia elección (*‘follow the path of their own choosing’*).

Sin embargo, la jurisprudencia canadiense no es unánime en esta cuestión, puesto que alguna sentencia más reciente, como puede ser la del tribunal de segunda instancia de Ontario en el caso *Consolidated Contractors Group SAL (Offshore) v Ambatovy Minerals SA* siembra dudas acerca de si aquellos escalones pre-arbitrales establecidos en las cláusulas multinivel constituyen auténticas condiciones de jurisdicción precedentes al arbitraje. En este caso, el tribunal dictaminó que tenía jurisdicción a pesar del incumplimiento por parte de la demandada de los pasos previos al arbitraje. Sin embargo, señaló que su decisión no debía interpretarse como permitiendo que se puedan ignorar por completo los requisitos de resolución de disputas previos al arbitraje. Citó el paradigmático caso británico de *Emirates Trading* para apoyar esta última afirmación, resaltando también la influencia de la jurisprudencia británica sobre los

⁴⁹ Ver por ejemplo el caso *Channel Home Centers, Div. of Grace Retail Corp. V. Grossman*, (1986).

⁵⁰ *POS Media Online Ltd. v. Queensland Investment Corporation*, (2000).

tribunales canadienses, y resaltando así la opinión generalizada sobre la obligatoriedad de las cláusulas escalonadas de resolución de disputas. (Flannery y Merkin, 2015). (Bienvenu, 2002).

Finalmente, destacar que no todos los métodos alternativos de resolución de disputas gozan del mismo tratamiento. Aquellos mecanismos que no tienen una naturaleza consensual, como puede ser la determinación de una cuestión técnica por un experto recibe un tratamiento mucho más favorable. Algunos autores como Pryles argumentan que esto se debe a que la naturaleza consensual de mecanismos como la negociación, la conciliación o la mediación pone en duda su verdadera coercibilidad, puesto que requieren de la colaboración de ambas partes enfrentadas. (2001) Sin embargo, tal y como destacan Entrena López-Peña, Pérez García, y Vicente Maravall, los mecanismos alternativos de resolución de disputas heterocompositivos como la determinación por un experto de una cuestión técnica plantean menos dudas en cuanto a su coercibilidad. (2014).

V. EL REQUISITO DE CERTEZA O DETERMINABILIDAD

La redacción e interpretación de una cláusula es decisiva a la hora de determinar su carácter vinculante. Abundante jurisprudencia ha venido estableciendo el requisito de certeza o determinabilidad como esencial para aquellos casos en los que surjan dudas acerca de la obligatoriedad de una cláusula escalonada de resolución de disputas. (Pryles, 2001). Según los principios generales de interpretación de contratos, la interpretación se basa en la investigación de si los niveles iniciales de ADR son suficientemente claros y seguros para crear una obligación jurídicamente vinculante. Sin certeza, no hay obligatoriedad. Los tribunales de distintas jurisdicciones, tanto de *common law* como de derecho civil, en la mayoría de las circunstancias, cuando sostienen que los acuerdos para negociar la resolución de conflictos son inválidos e inejecutables, se remiten a motivos de incertidumbre y falta de certeza. La validez y aplicabilidad de los requisitos de negociación pre-arbitral en dichas jurisdicciones depende con frecuencia de la redacción y estructura específicas de la cláusula pertinente. La mayoría de los tribunales defienden la validez de los acuerdos de negociación sólo cuando existe un conjunto razonablemente claro de requisitos sustantivos y procesales con los que se puedan medir de forma significativa los esfuerzos negociadores y las actuaciones concretas de una parte. En ausencia de tales directrices, los tribunales, tanto de las jurisdicciones de derecho civil como de *common law*, han sostenido con frecuencia que aquellas cláusulas son inherentemente inciertas e indefinidas y, por lo tanto, inválidas o inejecutables. (Born, 2021. p.1277-1279)

En su comentario del artículo 23 del reglamento Bruselas I bis, Virgós Soriano y Garcimartín Alférez destacan el requisito que éste impone de que los tribunales designados y el ámbito del litigio cubierto por la cláusula de elección de foro sean determinables.⁵¹ Este requisito de determinabilidad se asemeja al principio de certeza al que la jurisprudencia anglosajona ha dado tanta relevancia, y se matiza en la sentencia del TJCE en el asunto C-387/98. Los principios que se sientan aquí resultan de gran relevancia por su aplicabilidad analógica al caso de las cláusulas escalonadas de resolución de disputas.

Volviendo a algunos casos ya comentados anteriormente sobre los que decidieron tribunales arbitrales, tanto en el caso CCI número 4230 como en el caso CCI número 10256, los árbitros se declararon competentes para conocer de las controversias presentadas, a pesar de la

⁵¹ Enfatizar, de nuevo, que no existe prácticamente doctrina que se manifieste acerca de la aplicabilidad del reglamento Bruselas I bis a las cláusulas escalonadas.

impugnación de la jurisdicción del tribunal arbitral por parte de las partes demandadas, por interpretar que las cláusulas no eran expresamente obligatorias y por tanto se iniciaron procedimientos de arbitraje sin emprender la conciliación requerida por las cláusulas multinivel. (Jones, 2009) En caso CCI número 4230, por ejemplo, la cláusula estaba redactada ambiguamente, de manera que establecía “todas las controversias relacionadas con el presente contrato podrán ser resueltas amistosamente” (Kayali, 2017) (Cremades, 2016) El tribunal del caso CCI número 10256, por su parte, sostuvo que la palabra ‘podrá’ (*may*) en la cláusula de multinivel era un término no vinculante y que por lo tanto la remisión de la disputa a un experto como segundo escalón no era obligatoria. (Jolles, 2006) (Kay, 2014) Generalmente, este caso refleja la tendencia jurisprudencial a alegar que el uso de términos suaves como el ‘*may*’ indica que las partes tienen la opción y no la obligación de recurrir a los procedimientos ADR preliminares.⁵² Por lo contrario, el uso de palabras más fuertes como el ‘*shall*’ es una señal del cumplimiento de los niveles iniciales de la cláusula escalonada constituye una obligación legal.⁵³ (Aydemir, 2021. p.198) La jurisprudencia de estos tribunales arbitrales revela la importancia fundamental de la precisión y certeza en los términos empleados en la redacción de este tipo de cláusulas.

Sin embargo, en el sentido opuesto, los tribunales arbitrales generalmente declinan jurisdicción cuando la cláusula escalonada de resolución de disputas impone una obligación clara a las partes de tomar medidas previas a iniciar el arbitraje. Resulta particularmente ilustrativo el caso CCI número 6276, donde una cláusula de resolución de disputas consistía en tres niveles que preveían la búsqueda de una solución amistosa, un procedimiento ante un ingeniero y en última instancia, el arbitraje. El tribunal consideró suficientes los esfuerzos de la demandante con respecto a la primera etapa, pero, sin embargo, al no dar fruto a una solución, el demandante sometió la disputa directamente a arbitraje en lugar de a un ingeniero. El tribunal afirmó el procedimiento ante el ingeniero era estrictamente vinculante para las partes por el nivel de detalle (modalidades estrictas de fondo y forma) con el cual las partes se habían comprometido al mismo. (Kayali, 2017) (Jolles, 2006) Con respecto a la segunda condición, la demandante sostuvo que debido a la finalización de las operaciones y la recepción final de la obra era demasiado tarde para solicitar el nombramiento de un ingeniero. La demandante también alegó que había sido dispensada de este requisito contractual por no haberle notificado por escrito la

⁵² Ver el caso CCI No.10256, 12 agosto 2000; Ver el caso CCI No. 11490, (2012) (La disposición en la cláusula de arbitraje de que las disputas se resolverían de “manera amistosa” no se consideró una condición previa para la remisión al arbitraje.)

⁵³ Ver caso ICC No. 9977, (2003).

parte demandada el nombre del ingeniero autorizado para desempeñar esa función previa al arbitraje. (Perez, 2017) (Jolles, 2006) El tribunal rechazó ambos argumentos, y argumentó que únicamente si se hubiera encontrado con una negativa o en caso de falta de contestación por parte del demandado en relación con el nombramiento del ingeniero, se podría haber dispensado al demandante de cumplir con esta fase pre-arbitral. (Cremades, 2016) Este caso resalta la importancia del detalle y la precisión en las cláusulas escalonadas como elemento determinante de su obligatoriedad.

En los primeros casos en los que se enfrentaron a esta complicada cuestión, los tribunales británicos partieron de la postura por la cual un mero acuerdo de negociación carece de la certeza necesaria para ser exigible y vinculante para las partes. (Tevendale, Ambrose y Naish, 2015). Generalmente, se consideraba que este tipo de estipulaciones contractuales constituían compromisos para aceptar términos en un futuro indeterminado, no finalizados. Sin embargo, esta postura ha cambiado significativamente en los últimos años, notablemente, con el paradigmático caso *Channel Tunnel*, en el cual el tribunal se pronunció argumentando que aquella parte que pretenda incumplir una cláusula de este tipo por la que se había comprometido contractualmente a acudir previamente a métodos alternativos de resolución de disputas tendría que justificar dicho incumplimiento con justa causa. (Jolles, 2006) (Melnik, 2002).

Tan pronto como 1974, los tribunales en Reino Unido ya se enfrentaron a esta compleja cuestión, en el caso *Courtney & Fairbairn Ltd. v Tolaini Brothers (Hoteles) Ltd.* Resulta interesante observar cómo tan temprano, ya se identificó como esencial el elemento de la claridad, al decidir el tribunal en este caso que la cláusula que contenía un acuerdo de negociación era vaga e incierta y, por lo tanto, inaplicable. (Garimella y Siddiquí, 2016) El tribunal asimiló la cláusula a un contrato para negociar y determinó que, dado que el ordenamiento jurídico no otorgaba reconocimiento a un contrato para celebrar un contrato, no podía tampoco reconocerse un contrato para negociar, por ser este demasiado incierto para tener fuerza vinculante. (Krauss, 2015) Este caso es además relevante por las reflexiones que incorpora acerca de la propia utilidad de estas cláusulas en un contexto de tensión y conflicto entre las partes. El tribunal se manifestó argumentando que el deber de negociar de buena fe es tan impracticable en la práctica como inherentemente inconsistente con la posición de una parte negociadora, haciendo así alusión a las dificultades que presenta el obligar a una parte a participar en procesos de ADR contra su voluntad. (Pandya y Shukla, 2013)

Esta postura establecida en *Courtney & Fairbairn Ltd.* fue considerada más adelante, en 1992, en el caso de *Walford v. Miles*, donde el tribunal adoptó un enfoque similar. En dicho caso, las partes estaban obligadas contractualmente a negociar de buena fe con respecto al precio. Los demandantes alegaron que los demandados no iniciaron las negociaciones que acordaron tener con los demandantes en el asunto relacionado con la venta de una propiedad, presentando así una demanda por daños y perjuicios por incumplimiento del acuerdo. (Krauss, 2015) En su sentencia, la Cámara de los Lores sostuvo que el acuerdo carecía de certeza y era inaplicable por ser un mero acuerdo para negociar, que aquel acuerdo que implique o no expresamente una obligación de negociar de buena fe está desprovisto de contenido legal por ser demasiado incierto para poderse hacer cumplir. (Garimella y Siddiquí, 2016) Esta última afirmación fue criticada en *Hooper Bailie v. Natcon*, en 1992, que ya comenzaba a sugerir que, si bien es posible que las partes no estén obligadas a llegar a un acuerdo, es posible que deban asegurarse de que se cumpla con el procedimiento acordado, argumentando que lo que se hace cumplir no es la cooperación y el consentimiento, sino la participación en un proceso del que pueden surgir la cooperación y el consentimiento. (Pandya y Shukla, 2013) Decisiones más recientes sugieren una tendencia a reconocer una obligación a cumplir promesas contractuales de negociar de buena fe.⁵⁴(Krauss, 2015)

En 2002, en el caso de *Cable and Wireless plc v. IBM UK Ltd*, un tribunal de primera instancia en Inglaterra afirmó la exigibilidad de los acuerdos de mediación y puso en cuestión toda esta temprana jurisprudencia por la cual se había acentuado la certeza en las cláusulas como determinante de su obligatoriedad. (Pandya y Shukla, 2013) (Debattista, 2005). El punto determinante en este caso fue que la cláusula se refería a un procedimiento de mediación específico y no abstracto. (Krauss, 2015) El tribunal sostuvo que la cláusula había identificado los procedimientos a seguir con mucha claridad y de manera detallada y no era equiparable a un mero acuerdo para negociar.⁵⁵ (Garimella y Siddiquí, 2016) Notablemente, destacó también

⁵⁴ En relación con el tratamiento de los compromisos de negociar de buena fe, en el caso *Compass Group UK v Mid Essex Hospital Services*, se argumentó que mientras que no existe en derecho contractual británico una doctrina general sobre la buena fe, las partes podrán imponerse esta obligación por medio de un contrato, siempre cuando lo hagan de manera expresa. (Krauss, 2015)

Este último requisito formal fue discutido en la decisión de *Yam Seng Pte v International Trade Corporation*, que reconocía naturaleza obligatoria también a aquellos compromisos implícitos de actuar de buena fe, postura que más adelante se sostuvo en el caso *Emirates*. (Krauss, 2015)

⁵⁵ La naturaleza esencial del elemento de claridad se desprende de sentencias posteriores como *Sulamerica CIA Nacional de Seguros v. Enesa Engenharia and Tang Chung v grand Thornton international*, (2012) en la que el tribunal argumentó que el incumplimiento de una parte de los pasos previos al arbitraje en una cláusula de varios niveles no privaba de jurisdicción a un tribunal, en ausencia de un lenguaje claro en sentido contrario. (Agarwal y Sharma, 2018). El tribunal sostuvo que, en el caso concreto, la cláusula no privaba de jurisdicción al tribunal,

que la referencia a ADR resulta análoga a un acuerdo de arbitraje, y como tal, representa un acuerdo autónomo accesorio al contrato principal. (Cremades, 2016)

Progresivamente, los tribunales empezaron a preocuparse por definir aquellos principios más relevantes en el tratamiento de esta problemática. La sentencia de 2013 en el caso de *Wah v Grant Thornton* se ocupó directamente de esta cuestión, pronunciándose sobre la obligatoriedad de una estipulación que preveía negociaciones de buena fe, destacando en su sentencia aquellos principios relevantes que habían venido estableciéndose por la jurisprudencia anterior. (Tevendale, Ambrose, y Naish, 2015).⁵⁶ En su dictamen, estableció que para que una cláusula constituya una condición suspensiva vinculante, necesariamente se deben dar las siguientes condiciones: un compromiso suficientemente cierto e inequívoco de iniciar un proceso; a partir del cual se puedan discernir los pasos que cada parte deberá realizar para poner en marcha el proceso de resolución de disputas; y que esté lo suficientemente claramente definido para que el tribunal pueda determinar objetivamente (i) el estándar mínimo requerido de las partes en la controversia en términos de su participación en ella y (ii) cuándo o cómo se agotarían los procesos o se resolverían adecuadamente sin incumplimiento.

En esta sentencia, el tribunal argumentó que la cuestión a valorar no es si una cláusula constituye una disposición válida para vincular a las partes a participar en procedimiento alternativo de resolución de disputas, sino si las obligaciones y/o los requisitos procesales que impone son lo suficientemente claros y seguros para que tengan efecto legal. (Garimella y Siddiquí, 2016) Considerando las condiciones, el tribunal sostuvo que estas no se cumplían en el supuesto concreto, por ser la previsión de negociaciones de buena fe una previsión demasiado ambigua, sin quedar determinado un procedimiento concreto a seguir por las partes. (Krauss, 2015) Mientras que este caso es relevante por su delimitación de estas condiciones, sin embargo, desde el caso *Wah*, la jurisprudencia ha demostrado que es complicado aplicar al caso concreto una prueba formal o un conjunto de pautas y, en cambio, ha tendido hacia el análisis de las cláusulas caso por caso. (Tevendale, Ambrose, y Naish, 2015).

ya que su lenguaje no era suficientemente claro y no definía la obligación de mediar con suficiente certeza. (Pappas y Vlaivanos, 2018).

⁵⁶ Conviene aquí hacer referencia a la sentencia de *Holloway v Chancery Mead Limited*, (2007) en la que también de identificaron y sintetizaron tres requisitos que convierten una cláusula escalonada de resolución de disputas en vinculante y obligatoria. En primer lugar, el tribunal estableció que el acuerdo debía ser cierto. En segundo lugar, los procesos administrativos para la selección de un mediador o arbitro para resolver la disputa deben venir definidos, además de su retribución. Finalmente, debe establecerse de manera suficientemente detallada el proceso o al menos un modelo del proceso de resolución de disputas.

Por su parte, la jurisprudencia suiza no se ha mostrado tan favorable a reconocer efecto procesal al compromiso de las partes de someterse a un procedimiento alternativo de resolución de disputas. (Baizeau y Loong, 2013) (Stojiljkovic, 2016). En la sentencia ya comentada del Tribunal de Casación de Zúrich del 15 de marzo de 1999, se le otorgó naturaleza sustantiva y no jurisdiccional, a una cláusula contractual que obligaba a las partes a participar en una conciliación previa a un procedimiento jurisdiccional. En su dictamen, distinguía la previsión de un procedimiento de conciliación de una cláusula de jurisdicción o de arbitraje, que sí producen efectos de carácter procesal. La decisión del tribunal únicamente permitía a la parte perjudicada presentar una reclamación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. (Jolles, 2006).

No obstante, esta postura no fue seguida por el Tribunal de Apelación del Cantón de Turgovia en su sentencia del 23 abril de 2001, en un caso en el que las partes de un contrato de arrendamiento se habían comprometido a someter las disputas, antes de incoar un procedimiento judicial, al departamento jurídico de su organización profesional común (*Gastrosuisse*), que estaría a cargo de iniciar un procedimiento de conciliación. (Perez, 2017) En este caso, sí se consideró obligatorio y vinculante el procedimiento alternativo de resolución de disputas. El tribunal del Cantón de Turgovia sostuvo *obiter dictum* que este compromiso debería ser tomado en consideración, y que el demandante primero tendría que presentar la disputa al departamento legal designado previamente a la incoación del procedimiento ante los tribunales, pues de lo contrario, el tribunal, previa objeción, tendría que rechazar la demanda como inadmisibles por incumplimiento de un requisito procesal. (Kaufmann-Kohler y Rigozzi, 2015) (Jolles, 2006)

Es relevante en esta cuestión también la jurisprudencia australiana. La tendencia predominante en la jurisprudencia más reciente ha sido de sostener que siempre que se cumpla el requisito básico de certeza y claridad en la redacción de la cláusula, el tribunal renunciará a la jurisdicción hasta que se haya cumplido con el escalón estipulado como condición previa. (Hanks, 2012) Son paradigmáticos los casos *Hooper Bailie*⁵⁷ y *Aiton*⁵⁸. En el caso *Hooper*, el tribunal ordenó la suspensión del procedimiento arbitral hasta la conclusión de la conciliación entre los demandantes y el demandado, argumentando que las partes no quedan obligadas a la cooperación y el consentimiento, sino a la participación en un proceso del que puedan derivar

⁵⁷ *Hooper Bailie v Natcon Group* (1992).

⁵⁸ *Aiton v Transfield* (1999).

la cooperación y el consentimiento, con especial énfasis en el requisito de certeza. (Perez, 2017) La decisión en *Aiton* construyó sobre las bases ya sentadas por la decisión de *Hooper*, proporcionando algo más de orientación sobre lo que resulta vinculante y exigible. En *Aiton*, no solamente se enfatizaba el requisito de certeza, sino también la necesidad de que los distintos procedimientos requeridos en cada escalón de la cláusula multinivel queden detallados de forma que las partes no tengan que llegar a un acuerdo con respecto a los procedimientos a seguir una vez surja la controversia. En este sentido, conviene enfatizar que el detalle sobre los procedimientos alternativos de resolución de disputas incluido en las cláusulas multinivel también es determinante para su obligatoriedad. La especificación de los límites de tiempo a respetar entre niveles,⁵⁹ las reglas para la designación y la remuneración de terceros, las reglas procedimentales a seguir o los requisitos bajo las cuales se cumple el nivel previo al arbitraje caracterizan los niveles iniciales como vinculantes y obligatorios según la jurisprudencia.⁶⁰ Aydemir argumenta que mientras que los países del sureste son más tolerantes y permisivos con el nivel de detalle requerido en los niveles iniciales de las cláusulas multinivel,⁶¹ los países occidentales parecen más estrictos en relación con los requisitos que deben cumplir las disposiciones escalonadas para tener un carácter vinculante.⁶²(2021. p.199)

Mientras que, generalmente, los tribunales australianos en los casos anteriormente comentados han exigido altos niveles de certeza, más recientemente, en 2008, la regla de la incertidumbre fue interpretada ampliamente por el tribunal supremo de Nueva Gales del Sur en *United Group Rail Services Ltd v Rail Corp New South Wales*. Aquí, el tribunal interpreta que el requisito (en el contrato escrito) de negociar una disputa de construcción ‘de buena fe’, sin un procedimiento predeterminado no era nulo por falta de certeza, sino obligatorio y exigible.⁶³ (Jones, 2009) La doctrina ha caracterizado a *United Group Rail* como un caso 'atípico', contrario a la opinión predominante de los tribunales australianos de que los simples acuerdos para negociar de buena fe son demasiado inciertos para ser exigibles, ya que no crean obligaciones vinculantes. (Pappas y Vlaivanos, 2018). Sin embargo, hay quien interpreta este reciente giro como una nueva tendencia a la flexibilización de este requisito, en favor de la naturaleza vinculante de las cláusulas multinivel y los procedimientos alternativos de resolución de disputas, fundamentado en el interés público que existe en la promoción de estos mecanismos y que

⁵⁹ Ver el caso CCI 6276.

⁶⁰ Ver *Sulamerica v. Enesa y Wah v. Thornton*.

⁶¹ Ver *Hyundai Engineering and Construction Co. v. Vigour Ltd.* (2004).

⁶² Ver por ejemplo, *Wah v. Grant Thornton*.

⁶³ Sin embargo, el tribunal no deja claro si constituyen condiciones jurisdiccionales previas al arbitraje (es decir, si su incumplimiento priva a un tribunal de jurisdicción). (Pappas y Vlaivanos, 2018).

exige que, en lo posible, se otorgue a estas cláusulas un contenido real y exigible. (Garimella y Siddiqui, 2016)

Esta última tendencia también se ve reflejada en la jurisprudencia de los tribunales de Singapur. En la sentencia del Tribunal de Apelación de Singapur *HSBC Institutional Trust Services (Singapore) Ltd (trustee of Starhill Global Real Estate Investment Trust) v. Toshin Development Singapore Pte Ltd* (2012), el tribunal exigió el cumplimiento de una cláusula de negociación de buena fe, apartándose expresamente de la opinión sentada en el caso *Walford v Miles*, y basando su argumentación en la decisión australiana en el caso *Aiton*. (Perez, 2017) El tribunal argumentó que no existe una buena razón por la que no deba mantenerse un acuerdo expreso entre las partes contratantes por el cual estas se obliguen a negociar de buena fe. Estos acuerdos son válidos y no son contrarios al orden público sino todo lo contrario, de interés público, ya que promueven la disposición consensuada de cualquier disputa potencial. (Garimella y Siddiqui, 2016)

En Estados Unidos generalmente se ha buscado otorgar obligatoriedad a los métodos alternativos de resolución de disputas. (Tochtermann, 2008). Se ha buscado hacer cumplir los procedimientos de mediación y conciliación, como primeros escalones de estas cláusulas multinivel, clasificándolos como ‘arbitraje’ en virtud de la Ley Federal de Arbitraje utilizar así esta base legal como sustento. El estándar parece ser que, si la redacción del acuerdo indica claramente que el procedimiento previo al arbitraje no es meramente permisivo sino obligatorio, la cláusula es exigible. (Pandya y Shukla, 2013) Sin embargo, no existe un claro consenso sobre la calificación que se les debe dar a estas cláusulas. Por un lado, una corriente doctrinal predominante considera que la cláusula impide recurrir al arbitraje hasta que se haya cumplido el proceso de negociación, y por tanto constituye una especie de condición suspensiva, mientras que la postura contraria considera estas cláusulas como un *pactum de non petendo*, una renuncia temporal al derecho de iniciar el arbitraje hasta que finalice la negociación. (López de Argumedo Piñeiro, 2010) En este sentido, la jurisprudencia estadounidense destaca por su variedad, por mucho que generalmente prime el reconocimiento del carácter vinculante de las cláusulas multinivel siempre que estas estén adecuadamente redactadas. (Dobbings, 2005)

En el caso *Dave Greytak Enters Inc. v. Mazda Motors of America Inc*, de 1992, los tribunales estadounidenses, a través de una argumentación finalista, defendieron que suspender los efectos del procedimiento escalonado debido a una simple falta de negociación invalidaría toda

la estructura de resolución de disputas creada por las partes. Esto permitiría que simplemente por no iniciar la fase de negociación (o negarse a participar en una negociación solicitada por la otra parte), una parte pudiese evitar cualquier escalón previo y llevar el caso a los tribunales.⁶⁴ (López de Argumedo Piñeiro, 2010)

Igualmente, en el caso *de BG Group plc c. República Argentina*, (2014) el tribunal supremo americano dictaminó que los pasos previos al arbitraje en una cláusula de escalonada no constituían condiciones jurisdiccionales previas al arbitraje en ausencia de un lenguaje claro en contrario, y por lo tanto, a la inversa, sí lo son siempre y cuando se dé el requisito de certeza y claridad. En el caso concreto el tribunal dictaminó que, a menos que una cláusula escalonada establezca expresamente que los pasos previos al arbitraje constituyen condiciones previas al arbitraje, el incumplimiento por parte de una de las partes antes de comenzar el arbitraje no priva al tribunal de jurisdicción. (Pappas y Vlaivanos, 2018). De manera similar, cuando la cláusula de negociación es vaga, imprecisa o genérica, los tribunales consideran que la cláusula es inaplicable.⁶⁵ Numerosos otros tribunales estadounidenses se han pronunciado en este mismo sentido.⁶⁶ (File, 2007)

Mientras que esta ha sido la tendencia predominante, también existe jurisprudencia contradictoria en la que los tribunales estadounidenses han dictaminado que los pasos previos al arbitraje en las cláusulas de múltiples niveles constituyen condiciones jurisdiccionales previas al arbitraje, incluso sin un lenguaje claro a tal efecto. Más recientemente, en 2011, así fue en el caso *Red Hook Meat Corp v Bogopa-Columbia, Inc*, aunque ya en 2002, en el caso *Kemiron Atlantic, Inc v Aguakem Int'l, Inc* ya se decidió en este mismo sentido. Conviene tener en cuenta que ambas decisiones son anteriores a *BG Group plc c. República Argentina*, pero, no obstante, al ser relativamente recientes, dejan abierta la cuestión de si el incumplimiento de los escalones previos en una cláusula multinivel priva a un tribunal de jurisdicción en el contexto americano. (Pappas y Vlaivanos, 2018).

⁶⁴ No obstante, se ha matizado esta idea, atendiendo a las circunstancias concretas del caso para evitar abusos. Es por ello que, cuando un tribunal percibe que el objetivo de una parte al alegar la obligatoriedad de la cláusula se basa en el interés de mala fe de esa parte en retrasar la resolución de la disputa, el tribunal ha rechazado la ejecución de la misma. En este sentido se manifestó la jurisprudencia en el caso *Southland Coop. v. Keating*. (López de Argumedo Piñeiro, 2010)

⁶⁵ *Candid Prod. Inc. V. Unión Internacional de Patinaje*, (1982) (López de Argumedo Piñeiro, 2010)

⁶⁶ En *Int'l Ass'n of Bridge, Structural, etc v. EFCO Corp and ConstrProds, Inc*, (2004) se sostuvo que el incumplimiento de los escalones pre-arbitrales de una cláusula multinivel no deja al tribunal sin jurisdicción. Similarmente, en el caso *HIM Portland LLC v DeVito Builders Ic*, (2003). (Pappas y Vlaivanos, 2018). (López de Argumedo Piñeiro, 2010)

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA - Existe una importante incertidumbre acerca de la aplicabilidad de normativas internacionales como la Convención de Nueva York o la Convención de Singapur a las cláusulas escalonadas de resolución de disputas, además de una falta de desarrollo regulatorio sobre los métodos alternativos de resolución de disputas.

Mientras que la Convención de Nueva York goza de un amplio reconocimiento, como instrumento de garantía del reconocimiento y la ejecución, no puede afirmarse con certeza que sus principios puedan aplicarse analógicamente al conjunto de escalones que constituyen las cláusulas objeto de este trabajo. La propia existencia de una convención distinta y autónoma para la mediación parece inducir a pensar lo contrario. Por su parte, la Convención de Singapur no goza a día de hoy de suficiente reconocimiento y ratificación como para poder constituir un mecanismo eficiente para el reconocimiento de aquellas decisiones alcanzadas en virtud de acuerdos de mediación resultantes de cláusulas multinivel. No obstante, supone un importante avance para la progresiva promoción de la mediación como herramienta para la resolución de disputas internacionales y el reconocimiento de sus resoluciones. Sin duda, se está produciendo un importante cambio normativo, reflejado en el contexto español en el proyecto de la Ley de Medidas de eficiencia procesal de 22 de abril de 2022 a favor de la promoción de métodos alternativos de resolución de disputas.

SEGUNDA - En relación con las leyes de producción interna nacional existe una enorme variedad entre el nivel de obligatoriedad otorgado a los distintos mecanismos alternativos de resolución de disputas.

En este sentido, habrá que atender tanto a la cultura legal en relación con el derecho contractual, como a la concreta normativa procesal de cada estado. Mientras que algunos contextos (generalmente aquellos foros tradicionalmente más favorables como sedes de arbitraje) gozan de un mayor desarrollo normativo que genera una mayor seguridad jurídica en relación con la eficacia y obligatoriedad de diversos métodos alternativos de resolución de disputas, otros contextos todavía no gozan de regulación suficiente, ni de una postura jurisprudencial definida en el tratamiento de la cuestión.

TERCERA - Resulta fundamental reconocer la doble vertiente contractual y procesal de las cláusulas escalonadas de resolución de disputas, puesto que las partes podrán casi siempre obtener compensación contractual por el incumplimiento de las obligaciones de

la parte contraria, sin perjuicio de las dificultades de determinar la forma o cuantía de dicha compensación.

Las consecuencias contractuales del incumplimiento de una cláusulas escalonadas son fundamentales a la hora de obtener un resarcimiento por la parte perjudicada. Esta naturaleza contractual es esencial de cara a que los tribunales sustenten una argumentación acerca de su obligatoriedad sobre la base del derecho civil contractual. Sin embargo, conviene tener en cuenta la insuficiencia de una perspectiva meramente contractual de estas cláusulas, que no garantiza una protección plena de los derechos de las partes (dada la complejidad de cuantificar los perjuicios causados por incumplimientos contractuales de este tipo) y que sin duda debe complementarse con la naturaleza procesal de las mismas.

CUARTA – En aquellos supuestos en los que una parte prescinde del procedimiento de mediación previsto en la cláusula escalonada y acude directamente al arbitraje, existe una creciente tendencia hacia la defensa de la obligatoriedad del escalón inferior de la mediación como paso previo al arbitraje.

El incumplimiento constituye una infracción de los términos contractuales entre las partes que podrá dar lugar a una reclamación de daños y perjuicios, pero los posibles efectos procesales del incumplimiento quedan al arbitrio del tribunal arbitral. En este sentido existe abundante jurisprudencia (predominantemente de origen de *common law*) a favor de la obligatoriedad de la mediación prevista como escalón previo al arbitraje. Destaca también en relación con este supuesto la distinción entre la desestimación de la demanda y la suspensión del procedimiento arbitral, que puede ser de gran relevancia práctica para las partes. En relación con la exhaustividad de cumplimiento requerida de los distintos términos establecidos en la cláusula multinivel, se puede observar una tendencia generalizada de flexibilización de requisitos formales para evitar actitudes obstruccionistas de las partes. Finalmente, algunas sentencias han abierto también el debate acerca de los efectos del incumplimiento de una cláusula escalonada de resolución de disputas sobre el laudo arbitral dictado, con algunos pronunciamientos ya a favor de su anulación.

QUINTA – Generalmente operan las reglas de sumisión tácita en aquellos supuestos en los que una parte incumple el convenio arbitral previsto contractualmente y acude a la jurisdicción de los tribunales nacionales, pero el tratamiento procesal difiere en distintos contextos a nivel internacional.

El arbitraje constituye una alternativa privada de resolución de disputas, que excluye su versión pública; la jurisdicción de los tribunales nacionales. El arbitraje es incompatible con la jurisdicción, y por ello en caso de existir un convenio arbitral (ya sea sencillo o incorporado en una cláusula escalonada de resolución de disputas como último recurso) deberá recurrir la parte perjudicada a la figura de la declinatoria. Aun siendo la falta de jurisdicción absoluta, entra en juego la sumisión tácita y no podrá el tribunal apreciar la falta de jurisdicción de oficio. Vuelve a ser de relevancia aquí la distinción entre la desestimación de la demanda y la suspensión del procedimiento arbitral. La Convención de Nueva York en su artículo II (3) exige la desestimación o suspensión de los procedimientos ante los tribunales nacionales incoados por incumplimiento de un acuerdo de arbitraje. Mientras que generalmente en aquellos contextos de *common law*, se prevé la suspensión de los litigios entablados en violación de un acuerdo de arbitraje válido, en contextos de derecho civil no, puesto que los tribunales están obligados a declinar su competencia sobre los litigios arbitrables. Finalmente existen importantes argumentos en contra de un papel excesivamente activo por parte del tribunal, que deberá en estos supuestos respetar el juego de la sumisión tácita y expresa. No parece favorable una implicación por la cual los tribunales nacionales obliguen afirmativamente a las partes a recurrir al arbitraje.

SEXTA – En aquellos supuestos en los que una parte prescinde de los escalones inferiores previos previstos en la cláusula escalonada y acude directamente a los tribunales nacionales, los escenarios son muy variados y dependen fuertemente de la regulación procesal nacional existente en cada contexto.

Este incumplimiento dará lugar a un derecho a reclamar daños y perjuicios a la parte incumplidora. En el contexto español, actualmente, se contempla la declinatoria por mediación, pero, sin embargo, otros métodos alternativos de resolución de disputas a día de hoy no vinculan procesalmente a los tribunales españoles, y propiamente no les privan de jurisdicción. Resulta interesante examinar figuras similares a la declinatoria española como el '*fin de non-recevoir*' francés o el concepto de '*prozessvertrag*' alemán. En el ámbito del *common law*, generalmente se consideran los pasos previos al arbitraje en las cláusulas de múltiples niveles como condiciones jurisdiccionales previas al inicio del procedimiento judicial.

SÉPTIMA – En relación con aquellos supuestos en los que una parte acude a una jurisdicción internacional distinta de la pactada en el pacto de sumisión expresa, las consecuencias procesales generalmente obedecen a las reglas de sumisión tácita, mientras

que existen pronunciamientos que reconocen consecuencias compensatorias contractuales a la parte perjudicada.

El caso de la jurisdicción internacional en derecho procesal español se resuelve también a través de la declinatoria y, en principio, la competencia que atribuyen los acuerdos de elección de foro es exclusiva salvo pacto en contrario de las partes. No existe unanimidad doctrinal acerca de si los tribunales se encuentran obligados a apreciar su falta de competencia de oficio cuando la competencia exclusiva derive de un pacto de sumisión expresa como puede ser una cláusula escalonada de resolución de disputas, aunque en derecho español, son muy limitados los supuestos en los que los jueces deben necesariamente abstenerse de conocer de una cuestión y generalmente se entiende que deben operar las reglas relativas a la sumisión tácita y expresa. En relación con los gastos generados a la parte demandada por tener que comparecer en un foro distinto al estipulado, generalmente opera la vertiente contractual de las cláusulas escalonadas siendo posible formular una reclamación de daños y perjuicios.

OCTAVA - En relación con la obligatoriedad procesal de los métodos alternativos de resolución de disputas, no todos los métodos de resolución de disputas gozan de amparo legal al mismo nivel que el arbitraje o la mediación.

En el contexto español, el proyecto de la Ley de Medidas de eficiencia procesal de 22 de abril de 2022 pretende ampliar el tratamiento legal que actualmente se le da a la mediación o al arbitraje a más diversas formas de resolución de disputas. En contextos de *common law*, esta cuestión se encuentra mucho más avanzada dado el favorable trato jurisprudencial que se les ha venido dando a los distintos ADR. En cambio, en contextos civilistas, la situación varía sustancialmente según el foro. Mientras que estados como Francia gozan ya de una regulación mucho más amplia que sí que contempla los métodos ADR al mismo nivel que la mediación, por ejemplo, otros estados como Bélgica se encuentran todavía pendientes de un mayor desarrollo normativo para dar amparo a estas formas de resolución de disputas, tal y como sucede en España. Generalmente, los mecanismos alternativos de resolución de disputas heterocompositivos plantean menos dudas en cuanto a su coercibilidad, siendo los tribunales más favorables a otorgarles un carácter vinculante frente a aquellos mecanismos de naturaleza consensual.

NOVENA - El requisito de certeza o determinabilidad destaca como elemento esencial y determinante para la obligatoriedad de una cláusula escalonada.

En ausencia de un texto contractual claro contrario, las disposiciones de negociación y mediación generalmente se deben considerar como inaplicables (como acuerdos para acordar), imponiendo solo obligaciones limitadas de naturaleza contractual y no obligatorias procesalmente. Por lo general, los tribunales han defendido la validez de los acuerdos de negociación sólo cuando existe un conjunto razonablemente específico y preciso de directrices sustantivas y procesales con las que se pueden medir los esfuerzos negociadores de las partes. No obstante, el grado de detalle o precisión necesario para que un acuerdo de negociación (o conciliación) sea válido es casi inevitablemente incierto. Esta incertidumbre se agrava considerablemente en entornos internacionales, en los que las distintas jurisdicciones adoptan diferentes normas para la validez y aplicabilidad de tales disposiciones.

VII. BIBLIOGRAFIA Y FUENTES

1. NORMATIVA Y LEGISLACIÓN

Internacional

United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - New York Convention, 10 June 1958,

United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation – Singapore Convention on Mediation. (2019)

Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000

Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, aprobada el 21 de junio de 1985

IBA Guidelines for Drafting International Commercial Arbitration Clauses 2009, Drafting Guidelines for Multi-Tier Dispute Resolution Clauses, Multi-Tier Guideline

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA)

Española

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 1/2000, de 7 de enero, Enjuiciamiento Civil

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Proyecto de la Ley de Medidas de Eficiencia Procesal de 22 de abril de 2022.

Leyes de producción interna extranjeras

Code de Procedure Civile francés

Código Civil Francés

Código de Procedimiento Civil de Bélgica

Ley Federal sobre el Derecho Internacional Privado Suiza

Arbitration Act de 1996 de Reino Unido,

Reglamento de Procedimiento Civil de Reino Unido

Restatement (Second) of the Law of Contracts Británica (1981)

Federal Arbitration Act de 1925 de Estados Unidos

Uniform [International] Commercial Mediation Act Canadiense de 2005

2. JURISPRUDENCIA

Europa

Sentencia *Elefanten* del TJCE de 24 de junio 1981 en el asunto C-150/80. ECLI:EU:C:1981:148

Sentencia del TJCE en el asunto C-387/98 de 9 de noviembre de 2000. Coreck Maritime GmbH contra Handelsveem BV y otros. ECLI:EU:C:2000:606

STJCE en el asunto C-159/02 de 27 de abril de 2004. Gregory Paul Turner contra Felix Fared Ismail Grovit, Harada Ltd y Changepoint SA. ECLI:EU:C:2004:228

España

Tribunal Supremo

STS de 14 noviembre de 2007

STS de 12 de enero de 2009.

Audiencias Provinciales

Audiencia Provincial de Madrid Secc. 25ª 673/2017 de 27 de febrero de 2018

Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de febrero de 2009

Audiencia Provincial de Pontevedra, Secc. 1.ª, 144/2011 de 19 de mayo

Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 28 48/2014 de 19 de septiembre.

Audiencia Provincial de Málaga, Secc. 5ª 1243/2016 de 6 de noviembre de 2017

Audiencia Provincial de Barcelona Secc. 15ª 33/2003, de 20 de mayo.

Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 28 66/2013 de 18 de octubre.

Audiencia Provincial de Madrid Secc. 25ª 673/2017 de 27 de febrero de 2018

Francia

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

Peyrin et autres c/ Société Polyclinique des Fleurs, Court of Cassation, Commercial Chamber, July 6, 2000.

Clinique du Morvan. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 21 juin 2001, 99-21.261, N° de pourvoi : 99-21.261

Alemania

Bundesgerichtshof (1984) *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 12

Bundesgerichtshof of November 18, 1998: VIII ZR 344/97.

Bundesgerichtshof (1999) *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 9.

Bundesgerichtshof No I ZB 1/15 (BGH) (9 August 2016)

Bundesgerichtshof No I ZB 50/15 (BGH) (14 January 2016).

Suiza

Tribunal Federal Suizo (Bundesgericht) 17 agosto 1995: *Handelsmaatschappij Vekoma BV (Netherlands) v. Maran Coal Corp. (US)*, Civil Division I.

Tribunal de Casación del Cantón de Zúrich (Kassationsgericht) 15 marzo 1999. Publicada en in ZR 99 (2000) No.29 y citado en 20 ASA BULLETIN (2002).

Tribunal de Apelación, Cantón de Thurgau; Decisión de 23 de abril 2001. ASA Bulletin 2003

Tribunal de Apelación, Cantón de Zúrich; Decisión de 11 de septiembre 2001. Publicada en ZR 101 (2002), No.21, 77–81.

Tribunal Federal Suizo, 6 junio 2007. *Court 4A_18/2007*.

Tribunal Federal Suizo, 16 mayor 2011. no. 4A_46/2011

Gran Bretaña

Courtney & Fairbairn Ltd. v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd. (1974)
Mallozzi v. Carapelli S.P.A., (1976) 1 Lloyd's Rep 407.
Channel Home Centers, Div. of Grace Retail Crop. V. Grossman, 795 F.2d 291, 293 (3rd Cir. 1986)
Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd, (1988) 2 WLR 61, 1 All ER 348 [*Interfoto*].
Walford v. Miles, (1992) 2 AC 128;
Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Construction Ltd (1993) A.C. 334;
Philips Electronique Grand Public SA v British Sky Broadcasting Ltd, [1995] EMLR 472 (EWCA Civ).
Halifax Financial Services Ltd.. v. Intuitive Systems Ltd.. (1997)
Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd., decision from 11 October 2002, 2002. EWHC 2059 (Comm), (2002) 2 All ER (Comm) 104 [*Cable*].
Petromec Inc & Ors v Petroleo Brasileiro SA Petrobras & Ors, (2005) EWCA Civ 891
Holloway v Chancery Mead Limited, (2007) EWHC 2495 (TCC) 117 Con LR 30 [*Holloway*].
CPC Group Ltd v Qatari Diar Real Estate Investment Company, (2010) EWHC 1535 (Ch)
Wah (Aka Alan Tang) & Anor v Grant Thornton International Ltd. and others, (2012) EWHC 3198 (Ch), CN 63
Tang Chung Wah & Anor v Grant Thornton Int'l Ltd (2012) EWHC 3198 (Ch)
Sulamerica CIA Nacional de Seguros v Enesa Engenharia, (2012) EWCA Civ 638.
Yam Seng Pte Limited v International Trade Corporation Limited, (2013) EWHC 111 (QB)
Compass Group UK and Ireland Ltd (t/a Medirest) v Mid Essex Hospital Services NHS Trust, (2013) EWCA Civ 200
Bristol Groundschool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd & ors, (2014) EWHC 2145 (Ch)
Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Priv Ltd, (2014) EWHC 2014 (Comm)

Estados Unidos

Kirk La Shelle Co v Paul Armstrong Co, 188 NE 163 (NY 1933).
Candid Prod. Inc. v. International Skating Union, 530 F.Supp. 1330 (S.D.N.Y. 1982)
Cecala v. Moore, 1982 F Supp 609;
Mocca Lounge Inc. v. Misak, 99 AD. 2d 761 (2d Dept. N.Y.S. 1983)
Southland Coop. v. Keating, 465, US1 (U.S. S. Ct. 1984).
AMF, Inc. v. Brunswick Corp., 621 F.Supp. 456 (S.D.N.Y. 1985)
Feldman v Allegheny International Inc, 850 F (2d) 1217 at 1223 (7th Cir 1988).
Dave Greytak Enters Inc. v. Mazda Motors of America Inc., 622 A.2d 14, 23 (Del. Ch. 1992).
Uptown Heights Associates Limited Partnership v Seafirst Corp, 873 P (2nd) 438 (Or App Ct 1994).
Commerce Bank v. DiMaria Construction, 300 (N.J. Super. 9 1997).
Rome (City of) v Glanton, 958 F. Supp. 1026 (E.D. Pa. 1997), 1038.
United States v. Bankers Ins. Co., 245 F.3d 315, 322 (4th Cir. 2001)
Kemiron Atlantic, Inc v Aguakem Int'l Inc, 290 E3d 1287 (11th Cir 2002).
Ponce Roofing, Inc., et al, Plaintiffs, v. Roumel Corporation, etc., Defendant. Civil No. 00-2618 (JAG). United States District Court, D. Puerto Rico. February 28, 2002.
HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc., 317 F.3d 41,42 (1st Cir. 2003).
International Association of Bridge v. EFCO Corp. and Construction Products, Inc., 359 F 3d 954, 957 (8th Cir. 2004).

Tekmen & Co. v. Southern Builders Inc., C.A. No. 04C-03-007 RFS (Del. Super. Ct. 2005)
Red Hook Meat Corp v Bogopa-Columbia, Inc, 31 Misc 3d 814 (NY Sup Ct 2011).

Australia

Hooper Bailie Associated Ltd. v. Natcon Group Pty Ltd, (1992) 28 NSWLR 194
Triano Pty Ltd v Triden Contractors Ltd (1992) 10 B.C.L. 305.
Elizabeth Bay Developments Pty Ltd. v. Boral Building Services Pty Ltd, (1995) 36 NSWLR 709;
Aiton Australia Pty Ltd v. Transfield Pty Ltd, 153 FLR 236. NSWSC 1996
Fletcher Constructions Australia Ltd v MPN Group Pty Ltd Unreported July 14, 1997 NSW
WMC Resources Ltd v Leighton Contractors Pty Ltd (1999) 15 Const. L.J. 488; (1999) 15 B.C.L. 49.
POS Media Online Ltd. v. Queensland Investment Corporation, 2000 WL 1245195, (2000) FCA 1154
WFA Pty Ltd v Hobart City Council (2000) NSWCA 43
United Group Rail Services v Rail Corporation New South Wales, (2009) NSWCA 177 [United Group] NSWSC 1364.

Canadá

White v. Kampner. 641 A.2d 1381, 1387 (Conn. 1994).
Weekley Homes Inc. v. Jennings, 936 SW 2d 16, 18 (Tex. App. 1996).
Wallace v United Grain Growers Ltd., (1997) 3 SCR. 701
Toronto Truck Centre Ltd. v. Volvo Trucks Canada Inc./Camions Volvo Canada Inc. 16 julio 1998 [(1998) O.J. No. 2965 Tribunal Supremo de Ontario
Fidler v Sun Life Assurance Co. of Canada, 2006 SCC 30
Molson Canada 2005 v Miller Brewing Company, (2013) ONSC 2758 (“Molson”).
SCM Insurance Services Inc. v Medisys Corporate Health LP, (2014) ONSC 2632, 2014 OJ No. 2639 [SCM].
Bhasin v Hrynew, 2014 SCC 71 (2014) 3 SCR 495 [Bhasin].

Singapur

WSG Nimbus Pte Ltd v. Bd of Control for Cricket in Sri Lanka, [2002] 3 SLR 603, (Singapore High Ct)
International Research Corp PLC v. Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd [(2013) 1 SLR 973, Singapore Court, 18 octubre 2013

Hong Kong

Hyundai Engineering and Construction Co. v. Vigour Ltd. [2004] H.K.E.C. 444

Tribunales arbitrales

ICC caso No. 4230, JDI, 1975.
ICC caso No. 4229, Interim Award junio 26, 1985.
ICC caso No. 5872 Interim Award abril 25, 1988.

Biloune (Syria) and Marine Drive Company Ltd. (Ghana) v. Ghana Investment Centre and Government of Ghana (UNCITRAL), Award on Jurisdiction and Liability, 27 octubre 1989, 95, ILR, 184.

ICC caso No. 6276, Partial Award enero 29, 1990.

ICC caso No.8073; Final Award noviembre 27, 1995.

ICC caso No.7422, Interim Award junio 28, 1996.

ICC caso No.8462; Final Award enero 27, 1997.

ICC caso No.9977; Final Award junio 22, 1999.

ICC caso No. 9984, Preliminary Award junio 7, 1999

ICC caso No.10256, Interim Award agosto 12, 2000.

Salini Costruttori v Morocco (2001)

ICC casos No. 6276 y 6277, ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 14/NO.1 primavera 2003.

ICC casos No. 10256, ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 14/NO.1 – primavera 2003

3. OBRAS DOCTRINALES

Agarwal, K., y Sharma, V. (2018). Multi-Tier Arbitration. *Supremo Amicus*, 4, 214-222

Aydemir, D. (2021). Multi-tiered dispute resolution clauses after UML on mediation 2018 and the Singapore convention. *Public and Private International Law Bulletin*, 41(1), 191–229. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.1.819689> (Último acceso: 28 marzo 2023)

Baizeau, D. y Loong, A. M. (2013). Chapter 13, Part X: Multi-tiered and Hybrid Arbitration Clauses. *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (ed. M. Arroyo), *Kluwer Law International*, 1451.

Bellido Penadés, R. y Cucarella Galiana, J. (2015). *Derecho Procesal Civil*. ISBN: 978-84-9099-783-3

Berger, K. P. (2006). Law and Practice of Escalation Clauses. *Arbitration International*, 22(1), 1–17. <https://doi.org/10.1093/arbitration/22.1.1> (Último acceso: 28 marzo 2023)

Berger, K. P. (2015). Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration. *Kluwer Law International*, 47.

Bienvenu, P. (2002). The Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in Canada and the United States. *Annual Convention, International Bar Association*.

Bienvenu, P. (2003). The enforcement of multi-tiered dispute resolution clauses in international contracts. *Canadian Bar Review*, 82(2), 489.

Boog, C. (2008). How to Deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses. 26, *ASA Bulletin, Issue 1*, pp. 103-112, <https://kluwerlawonline-com.ezproxy.library.uq.edu.au/JournalArticle/ASA+Bulletin/26.1/ASAB2008010> (Último acceso: 28 marzo 2023)

Born, G. (2016). *International Arbitration: Law and Practice*, 2nd Edition.

Born, G. (2021). *International commercial arbitration* (Third edition.). *Kluwer Law International*.

Born, G. (2013). *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*. 4th ed *Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International at 103*.

Born G. y Scekcic, M. (2016). *Pre-Arbitration Procedural Requirements, A Dismal Swamp!*. *Practising Virtue Oxford University Press 230*.

Casey, B., Defranchi, L., Kaiding, J., Lal, H. (2020). Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in International Arbitration – The Need for Coherence. 38, *ASA Bulletin, Issue 4*. <https://kluwerlawonline-com.ezproxy.library.uq.edu.au/JournalArticle/ASA+Bulletin/38.4/ASAB2020142> (Último acceso: 28 marzo 2023)

Chapman, S. (2010). Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith. *Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, Volume 27 Issue 1 2010*, 89–98. <https://doi.org/10.54648/JOIA2010006> (Último acceso: 28 marzo 2023)

Chauhan, P. (2021). Breach of Tiered Clauses The Role of Courts & Tribunals. *Yearbook on International Arbitration*, 7, 167-186.

Chiovenda, G. (1922). Principios de Derecho Procesal Civil. Traducción Española por José Casais y Santaló. Tomo I. Editorial Reus.

Chua, E. (2019). ‘The Singapore Convention on Mediation—A Brighter Future for Asian Dispute Resolution’ *Asian Journal of International Law*, 9.

Constantinescu, M., y Corchis, M. (2017). Are mediation clauses binding and mandatory. *Juridical Tribune*, 7(1), 53-63.

Cremades, B. (2016). Multi-tier Dispute Resolution clauses. (*CPR Institute for Dispute Resolution*), 13 accessed on January 21, 2016 http://fidic.org/sites/default/files/36%20cremades_2004.pdf. (Último acceso: 28 marzo 2023)

Debattista, C. (2005). Drafting Enforceable Arbitration Clauses. *Arbitration International*, 21(2), 233–240. <https://doi.org/10.1093/arbitration/21.2.233> (Último acceso: 28 marzo 2023)

Dendorfer-Ditges, R., y Wilhelm, P. (2017). Mediation in Global Village: Legal Complexity of Cross-Border Mediation in Europe. *Yearbook on International Arbitration*, 5, 235-246.

Draetta, U. (2011). Dispute Resolution in International Construction Linked Contracts. *IBLJ 69 at 80; Jones, supra note 8 at 188*.

Entrena López-Peña, A., Pérez García, D. y Vicente Maravall E. (2014). Las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos: reflexiones sobre su aplicación práctica. *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables / coord. por Xavier Abel Lluch, ISBN 978-84-942709-1-8, págs. 761-776*

Erlank W. (2002). Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses. DOI: 10.2139/ssrn.1491027

Fernández Carron, C. (2019). La jurisdicción y la competencia en el proceso civil. ISBN 9788490208908

Fernández Pérez, A. (2017). Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales =Multi-tiered clauses in the international disputes resolution. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9(1). <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3615> (Último acceso: 28 marzo 2023)

File, D. (2007). United States Multi Step Dispute Resolution Clauses. *IBA Legal Practice Division: Mediation Committee Newsletter*. 33.

Flannery, L. y Merkin, R. (2015). Emirates Trading, good faith and pre-arbitral ADR clauses: 'ajurisdictional precondition?' 31 *Arbitration International* 65.

Fouchard, Galliard, Goldman. (1999). Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration. *Kluwer Law International*. ISBN 90-411-1025-9

Freyer, D. H. (1998). Practical Considerations in Drafting Dispute Resolution Provisions in International Commercial Contracts: A US Perspective. *Journal of International Arbitration*, *Kluwer Law International*, 10.

Garimella, S. R., y Siddiqui, N. A. (2016). The Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Contemporary Judicial Opinion. *IIUM Law Journal*, 24(1). <https://doi.org/10.31436/iiumlj.v24i1.228> (Último acceso: 28 marzo 2023)

Gisbert Pomata, M. (2014). Elementos procesales de la pretensión. Jurisdicción competente y procedimiento. <http://hdl.handle.net/11531/9577> (Último acceso: 28 marzo 2023)

Hanks, M. (2012). Perspectives on mandatory mediation. *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 35, No. 3.

Jenkins, J. y Rosenberg, K. (2013). Chapter 9: Engineering and Construction Arbitration. Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland (eds. J. D. M. Lew, H. Bor et al.), *Kluwer Law International*, 177;

Jimenez Figueres, D. (2003). *Multi-tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration*, ICC Bull, Vol. 14, No 1 (2003).

Jolles, A. (2006). Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* (London, England), 72(4), 329–338.

Jones, D. (2009). Dealing with Multi-Tier Dispute Resolution Process, *Arbitration*, 75, *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Issue 2.

Kaufmann-Kohler, G. y Rigozzi, A. (2015). *International Arbitration, Law and Practice in Switzerland*. *Oxford Press*.

Kay, R. (2014). It's good to talk: the approach to multi-tiered dispute resolution clauses. *New Law Journal*, 164(7617), 15.

Kayali, D. (2010). Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses. *Journal of International Arbitration*, 27(6), 551–577. <https://doi.org/10.54648/JOIA2010033> (Último acceso: 28 marzo 2023)

Krauss, O. (2015). 'The Enforceability of Escalation Clauses Providing for Negotiations in Good Faith Under English Law' (2015-2016) 2(142) *McGill Journal of Dispute Resolution* 143.

Kuner, C. y Schneider, M. E. (1997). Dispute Resolution in International Electronic Commerce. 14, *Journal of International Arbitration*, Issue 3, pp. 5-37, <https://kluwerlawonline->

com.ezproxy.library.uq.edu.au/JournalArticle/Journal+of+International+Arbitration/14.3/JOIA1997019 (Último acceso: 28 marzo 2023)

López De Argumedo Piñeiro, A. (2010). "Multi-Step Dispute Resolution Clauses", *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (eds. M. A. Fernández-Ballesteros, D. Arias), Wolters Kluwer España 2010, 733

McLaughlin, J. y Scanlon, K. (2004). A Master's Checklist for Drafting International Agreements that use Alternative Dispute Resolution. *Alternatives to High-Cost Litigation*, 22, 154

Melnyk, T. (2002). The Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: The English Law Position. *5:4 International Arbitration Law Reporter Rev 113 at 113*.

Mifiller, K. y Huber-Starlinger, T. (2015). Chapter III: The Award and the Courts, Selected Issues in Construction Law. *Austrian Yearbook on International Arbitration 2015* (eds. C. Klausegger, P. Klein et al.), Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Mitrovic, M. (2019). Dealing with the Consequences of Non-Compliance with Mandatory Pre-Arbitral Requirements in Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses The Swiss Approach and a Look Across the Border. *ASA Bulletin (Association Suisse de L'arbitrage)*, 37(3), 559–579. <https://doi.org/10.54648/ASAB2019050> (Último acceso: 28 marzo 2023)

Nelson, T. G. (2011). Rsm and millicom: two african cases illustrate the continued vitality of contractual arbitration clauses within icsid. *Journal of World Investment & Trade*, 12(5), 689-700.

Naughton, P. (2001). Country report for England in Enforcement of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses. *IBA Newsletter of Committee D (Arbitration and ADR) Volume 6 No. 2*

Pandya, P. y Shukla, S. (2013). Multi-tier dispute resolution clauses- critical analysis from practical perspective. *GNLU Law Review*, 4(1), 33-50.

Pappas, V. F., y Vlaivanos, G. M. (2018). Multiple tiers, multiple risks multi-tier dispute resolution clauses. *Dispute Resolution International*, 12(1), 5-16.

Perez, A. (2017). Multi-tiered clauses in the international disputes resolution. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9(1), 99-124.

Petsche M. (2013). Mediation as the Preferred Method to Solve International Business disputes? A Look into the Future. *4 IBLJ*, 251-266.

Purice, M. (2018). Multi-tier dispute resolution mechanisms: enforcement issues. *Romanian Arbitration Journal Revista Romana de Arbitraj*, 12(4), 39-48.

Pryles, M. (2001). Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses. *Journal of International Arbitration*, 18(2), 159–176. <https://doi.org/10.54648/336061> (Último acceso: 28 marzo 2023)

Reed, L. (2019). Ultima Thule: Prospects for International Commercial Mediation. *National University of Singapore Centre for International Law Working Paper 19/03 Schiefelbein Global Dispute Resolution Conference*, 1-23.

Robles Garzón, J.A. (2008). *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. ISBN 978-84-309-4453-8

Salehijam, M. (2019). Mediation clauses: enforceability and impact. *Singapore Academy of Law Journal*, 31(Special Issue), 598-636.

Santos, M. G. (2013). The Role of Mediation in Arbitration: The Use and the Challenges of Multi-tiered Clauses in International Agreements. *Revista Brasileira de Arbitragem*, 10(38), 7–15. <https://doi.org/10.54648/RBA2013025> (Último acceso: 28 marzo 2023)

Silvestri, E. (2019). The Singapore Convention On Mediated Settlement Agreements: A New String To The Bow Of International Mediation?. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 2. Maio a Agosto de 2019*, 189-200.

Sussman, E. (2018). ‘The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements’ 2018(3) *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 42-54.

Scanlon, K. (2001). Enforcement of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses United States. *Arbitration and ADR Newsletter of the IBA*, 6, no.2, 24.

Scherer, M. (2011). *Multi-tier Dispute Resolution Clauses: Swiss Supreme Court Considers Impact Of (Omitted) Pre arbitral Expert Appointment and Conciliation on Arbitral Tribunal's Jurisdiction*, Kluwer Arbitration Blog 25 Mayo 2011.

Schnabel, T. (2019). The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements. *19 Pepp. Disp. Resol. L.J. I* <https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol19/iss1/1> (Último acceso: 28 marzo 2023)

Seppala, C. (2008). International Construction Contract Disputes: Second Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts. *ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 19, No. 2*.

Spoorenberg, F. y Franchini, D. (2016). Failure to comply with mandatory pre- arbitration requirement - Supreme Court Rules on Fidic Pre-Arbitration Steps. *International Law Office, Arbitration & ADR – Switzerland*.

Stojiljkovic, M. (2016). Arbitral jurisdiction and court review: three swiss federal supreme court decisions to reconsider. *ASA Bulletin*, 34(4), 897-913.

Tevendale, C., Ambrose, H., y Naish, V. (2015). Multi-tier dispute resolution clauses and arbitration. *Turkish Commercial Law Review*, 1(1), 31-40.

Tochtermann, P. (2008). Agreements to Negotiate in the Transnational Context - Issues of Contract Law and Effective Dispute Resolution. *34, Uniform Law Review*, 685

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

Trakman L. y Sharma, K. (2014). The Binding Force of Agreements to Negotiate in Good Faith. *73:3 Cambridge LJ* 598 at 599.

Van Ginkel, E. (2004). The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation. *Journal of International Arbitration, Volume 21 Issue 1, Kluwer Law International* 2004, 26.

Zeller B y Trakman L. (2019). Mediation and Arbitration: The Process of Enforcement. *1 Uniform Law Review UNSWLRS* 43, 1-18 .

Zhao, Y. (2021). The Singapore mediation convention: A version of the New York convention for mediation?. *Journal of Private International Law*, 17(3), 538-559.