

La cláusula escalonada o multinivel en la resolución alterna de conflictos *The staggered or multilevel clause in the alternative conflict resolution*

Cristian Alberto Robleto Arana¹
robleto@uca.edu.ni
Código ORCID 0000-0002-3000-9394

<https://doi.org/10.5377/derecho.v1i30.12258>

Fecha de recibido: julio de 2021 / Fecha de aprobación: agosto de 2021

Resumen

La cláusula escalonada o multinivel se caracteriza por establecer otros métodos alternos de resolución de conflicto previo al arbitraje que buscan una solución aceptada y pacífica. Son cada vez más utilizadas en los contratos internacionales y en el tráfico mercantil. Tienen su fundamento en el principio de autonomía privada de las partes y en la teoría contractualista cuyos efectos dependerá de su redacción como vinculante, obligando a las partes a cumplir con la etapa previa al arbitraje o de lo contrario su eficacia se vería afectada y podría ser inaplicable. En el caso de incumplimiento de lo establecido en la cláusula escalonada pudiera generar dos situaciones, una donde el tribunal arbitral decida continuar con el proceso arbitral por haberse cumplido los requisitos previstos en la cláusula y la segunda, que decida a través de un examen de su propia competencia o a través de un examen de admisibilidad y una tercera opción que consiste en la suspensión del proceso arbitral.

Palabras Clave

Arbitraje / etapa previa / acuerdo / cláusula escalonada / tribunal arbitral

Abstract

The staggered or multilevel clause is characterized by establishing other alternative methods of conflict resolution prior to the arbitration process that seek an accepted and peaceful solution. They are increasingly used in international contracts and in commercial traffic. They are based on the principle of private autonomy of the parties and on the contractual theory whose effects will depend on its wording as binding, forcing the parties to comply with the prior stage to arbitration or otherwise its effectiveness would be affected and it could be inapplicable. In the case of non-compliance with the provisions of the staggered clause, it could generate two situations, one where the arbitral tribunal decides to continue with the arbitration process because the requirements set forth in the clause have been met, and the second, which it decides through an examination of its own jurisdiction or through an admissibility test and a third option that consists of the suspension of the arbitration process.

Key words

Arbitration / preliminary stage / agreement / staggered clause / arbitral tribunal.

¹ Profesor catedrático de la Facultad de Humanidades, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana (UCA).



Tabla de contenido

Introducción. 1. Definición de cláusula escalonada. 2. Importancia de la implementación de la cláusula escalonada. 3. Naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas. 3.1. Teoría contractualista. 3.2. Teoría jurisdiccional. 3.3. Posición nicaragüense. 4. Efectos prácticos de la cláusula escalonada. 4.1. Cláusula inversa o arbitraje seguido de mediación “arb-med”. 4.2. Cláusula mediación-arbitraje “med-arb”. 5. Incumplimiento de la cláusula escalonada. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo analizar los efectos en Nicaragua de la cláusula escalonada o multinivel en los contratos de orden público y privado. El estudio comprende un enfoque doctrinal y normativo con base en la Ley No. 540 y las leyes modelos.

En el Derecho nicaragüense este tipo de cláusulas se ha convertido en un pacto común en la mayoría de los contratos porque busca una mayor eficiencia en la resolución alterna de conflictos, tratando de evitar un mayor deterioro en las relaciones comerciales procurando un costo menor que el de un proceso arbitral; sin embargo, los efectos de su validez pueden variar de acuerdo al cumplimiento de las etapas previas, por ello cabe la siguiente pregunta ¿Cuál sería la postura de los árbitros cuando las partes presentan durante el proceso arbitral objeciones por haberse incumplido una de las etapas previas establecidas en la cláusula escalonada? En este trabajo de investigación se presentarán alternativas de solución para garantizar la eficacia del laudo arbitral a través de la práctica arbitral y doctrina más reconocida.

Metodológicamente se realiza un análisis documental sobre la cláusula escalonada o multinivel que parte de lo simple a lo complejo. En este estudio se enfatiza en los vacíos legales existentes en el Derecho nicaragüense que permite visualizar soluciones prácticas que expone la doctrina, la ley modelo de la UNCITRAL y el Convenio de Nueva York. A manera de reflexión se citan a pie de página algunos comentarios sobre el tema principal para una mayor ilustración del lector sobre otros aspectos relevantes en el estudio.

Los contenidos en el artículo de investigación comprenden cinco temáticas de particular relevancia para el presente estudio y que conducen a la respuesta del problema planteado. Inicia con el abordaje de la definición sobre las cláusulas escalonadas que dan a conocer los diferentes autores citados y se logra identificar las principales características que permiten dar una definición adecuada a la realidad nicaragüense. El segundo tema destaca la importancia de la cláusula escalonada y su aplicación a nivel internacional en el tráfico jurídico, así como también las principales recomendaciones que expone la Cámara de Comercio Internacional a través del Reglamento de ADR (2001), el Reglamento de mediación (2014), y las Directrices de la *Internacional Bar Association* (IBA), presentando en cada una los modelos que se ajustan a la práctica internacional. El tercer tema desarrolla dos teorías en construcción que abordan la naturaleza jurídica de la cláusula, concluyendo con la postura nicaragüense con base la

Ley No. 540. El cuarto tema expone los efectos prácticos de la cláusula escalonada y cómo se ha venido desarrollando en nuestro contexto nacional; y el último tema, describe los efectos del incumplimiento de dicha cláusula presentando soluciones ante las situaciones hipotéticas que se pudieran derivar en cada caso concreto. Finalmente se exponen las principales conclusiones y resultados de la investigación.

I. Definición de cláusula escalonada

Brito Nieto (2018, pp. 252-253) define la cláusula escalonada o multinivel como aquellas que consagran fases diferentes para resolver ciertas controversias derivadas del contrato, regulando etapas menos adversariales antes de la implementación de una resolución de conflicto heterocompositiva. Este tipo de cláusulas son variables, porque la previsión de cada etapa depende de cada caso; sin embargo, todas tienen en común, que no es posible seguir etapas en forma paralela, sino que primero se agota una etapa antes de continuar con la siguiente.

Bernal Gutiérrez y Puyo Posada (2012, p. 170) definen las cláusulas escalonadas o multinivel como una cláusula arbitral combinada con estipulaciones propias de otros medios alternos de solución de conflictos, que busca proveer escenarios y etapas iniciales previas al arbitraje menos formales y autocompositivas.

Castresana (2017, pp. 32 y 33) define las cláusulas escalonadas o multi-tier como aquellas que contemplan mecanismos ADR como paso preliminar al arbitraje. Se utilizan con frecuencia en los contratos de construcción, pero son cláusulas que tienen su propia problemática a la hora de su redacción, en particular por el carácter obligatorio u opcional del mecanismo ADR. Si se trata de una condición previa al arbitraje, el autor recomienda fijar un periodo de tiempo para acudir al arbitraje, como forma para evitar tácticas dilatorias.

Según Fernández Pérez (2017, pp. 106-107) con la adopción de la cláusula multifuncional, las partes requieren de un elenco de mecanismos de resolución de conflicto de manera escalonada (*step by step*), conocidas como cláusulas de resolución de conflicto de varios niveles o cláusulas en cascada. Este carácter escalonado hace referencia al hecho de que las partes acuerdan escalar a la siguiente etapa una vez que se ha agotado sin éxito el mecanismo fijado en el escalón anterior. Generalmente este tipo de cláusula se pacta en los contratos de ingeniería o de construcción. Las cláusulas escalonadas multifunción o cláusula de cascada de resolución de controversia (*Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*) MTDRC, conducen a las partes redactoras de un contrato a fijar la resolución de futuros litigios de una manera escalonada en diferentes niveles.

González de Cossío (2011, p. 302) define la cláusula escalonada como aquellas que contemplan distintas etapas para resolver una controversia, como aquella cláusula que al surgir una controversia activa el deber de negociar durante un periodo determinado.

Yano, Tsuha y Serván Eyzaguirre (2020, pp. 100, 101) disponen que estas cláusulas han tenido una gran acogida en los contratos que incluyen un convenio arbitral, que regulan procedimientos previos a la vía arbitral para resolver una controversia sin necesidad de acudir a los árbitros.

De acuerdo a las definiciones anteriores todos coinciden en lo siguiente:

- a) Este tipo de cláusula contienen fases y etapas diferentes antes de llegar a un arbitraje.
- b) Regulan etapas menos adversariales que pueden variar en cada caso.
- c) Las partes acuerdan escalar a la siguiente etapa una vez agotada sin éxito la etapa anterior.
- d) Son cláusulas que generalmente se incluyen en un acuerdo arbitral combinado con estipulaciones propias de otros medios alternos de solución de conflicto como la negociación y la mediación.
- e) Alientan a las partes a una resolución amistosa de la disputa y evita gastos innecesarios.
- f) Se utilizan en contratos de ingeniería y construcción.

Se puede concluir que las cláusulas escalonadas son aquellas que contienen varios medios de resolución de conflicto para solucionar una controversia previa al arbitraje. Su origen nace de la autonomía de voluntad de las partes, quienes redactan en los contratos una etapa previa al arbitraje con la cual se pueden beneficiar mediante concesiones recíprocas de pretensiones al llegar a un acuerdo sin necesidad de acudir al arbitraje; es decir, si las partes logran llegar a un acuerdo en algunas de las etapas anteriores, no hay lugar a pasar a la siguiente etapa ni iniciar el arbitraje.

En la Ley No. 540, Ley de Mediación y Arbitraje (en lo sucesivo Ley No. 540) no define este tipo de cláusula; sin embargo, su redacción tiene su origen en el principio de autonomía de la voluntad contenido en el art. 3, para la cual las partes podrán disponer en la redacción de la cláusula de cualquiera de los medios de resolución alterna de conflicto, tales como la mediación, conciliación y negociación. Asimismo, el art. 18 de la Ley No. 540 dispone que cuando las partes hayan acordado recurrir a la mediación y hayan estipulado plazo, no se podrá entablar ningún procedimiento arbitral o judicial, mientras no se haya cumplido con lo estipulado. Esta disposición de forma implícita reconoce la posibilidad de la cláusula escalonada, al señalar que, si las partes acuerdan mediación previa al arbitraje, entonces no podrá iniciar el procedimiento arbitral mientras no se cumpla el requisito previo.

2. Importancia e implementación de la cláusula escalonada

La cláusula escalonada es cada vez más utilizada en los contratos mercantiles, gracias a su dinamismo de las relaciones comerciales y el tráfico jurídico actual; particularmente, en los casos en que las partes han tenido una relación jurídica estable y duradera. Por cuanto, se trata de dar soluciones a controversias de carácter amistoso, de manera que no dañe las relaciones comerciales antes de iniciar un litigio y permite que las partes resuelvan las controversias de más fácil solución, dejando solo los conflictos en las que no pueden llegar a un acuerdo a un procedimiento más largo y adversarial. Se debe tener especial cuidado al momento de redactar la cláusula escalonada, por cuanto es necesario tener presente la intención de las partes, en caso contrario podría resultar un obstáculo que deseen iniciar de manera directa el arbitraje. En este sentido, se debe valorar si al momento de surgir el conflicto una de las partes no desee llegar a un acuerdo amistoso, en este supuesto corresponderá evaluar si el pacto tiene un carácter coercitivo o no (Brito Nieto, 2018, p. 254).

La utilización y empleo de esta cláusula conlleva resolver el conflicto en menos tiempo, lo que genera una reducción de casos que concluyen en litigios costosos y garantiza la confidencialidad, lo que es para la empresa importante. Asimismo, si se logra resolver en las primeras etapas de autocomposición, entonces ocasionará menos situaciones traumáticas, logrando acuerdos satisfactorios (Brito Nieto, 2018, p. 254).

En este sentido, a través del principio de autonomía de la voluntad contenido en el art. 3 de la Ley No. 540 y el art. 2437 del Código Civil de la República de Nicaragua (en lo sucesivo C) las partes pueden optar a redactar cláusulas escalonadas, siendo libres para pactar los métodos de solución de controversia que estimen convenientes, siempre que no sea contrario a las leyes, la moral y el orden público. Surge así la posibilidad de combinar distintos métodos de arreglo de controversias de forma gradual, descartando un mecanismo único, dando preferencias a mecanismos de solución donde predomina el arreglo amistoso. Expone Fernández Pérez (2017, pp. 100-102) que cada vez es más frecuente que las partes traten de resolver las controversias por la vía de la negociación, entendida como un esfuerzo mutuo y voluntario de las partes de resolver la controversia de forma amistosa; no obstante, si tal operación fracasa y se descarta la opción jurisdiccional, entonces es factible recurrir a otros mecanismos de solución de controversias. Si las partes reciben la ayuda de un tercero para solucionarlo, dicha intervención suele calificarse como conciliación o mediación, dictamen neutral, miniproceso o expresiones similares.

En el actual Código de Procesal Civil de la República de Nicaragua (en lo sucesivo, CPCN), se precisa que el trámite de mediación tiene un carácter obligatorio, previo a la tramitación judicial, así lo dispone el primer párrafo del art. 407: “*Antes de interponer la demanda, las partes deberán acudir a las sedes de la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos o a un centro de mediación autorizado y supervisado por dicha dirección, a procurar resolver el conflicto a fin de evitar el inicio del proceso*”. Esta disposición obliga a las partes recurrir a la Dirección de Resolución Alternativa de Conflicto o a un Centro de Mediación autorizado previo a interponer la demanda jurisdiccional. Sin embargo, en las cláusulas escalonadas que contienen como última etapa el arbitraje, dependerá de la naturaleza jurídica del arbitraje y de su redacción con efectos vinculante para la realización del trámite previo a través de la mediación, conciliación o negociación en su caso².

Desde el punto de vista contractual es habitual que la cláusula de resolución de conflictos en los contratos internacionales contemple la negociación, mediación u otro tipo de mecanismo alternativo como paso previo a la solución de carácter heterocompositiva, por

² Cabe aclarar que la mediación contenida en el párrafo segundo, art. 8 de la Ley No. 540, expresa que, si la parte que recibe la invitación para entablar un procedimiento de mediación y no recibe de esta última una aceptación de la invitación en un plazo de 15 días a partir de la fecha en que se envió ésta, o por cualquier otro plazo fijado en ella, podrá considerarse que la otra parte ha rechazado su oferta de mediación. Por otra parte, el párrafo del art. 10 de la Ley No. 540 establece que, si la parte no comparece a la audiencia o habiendo comparecido no se logra acuerdo alguno, de tal circunstancia se dejará constancia en el acta suscrita por el mediador y las partes que se levante para tal fin, dando por concluida la actuación del mediador y la mediación misma. En consecuencia, las partes no están obligadas a llegar a un acuerdo ni a continuar el procedimiento de mediación; sin embargo, debe agotarse esta etapa de manera obligatoria.

lo que es común combinar el arbitraje y otros métodos alternos. De hecho, comenta Fernández Pérez (2017, p. 103) que se conciben muchos métodos alternos como fase previa para un ocasional arbitraje, considerando que los operadores deben estar claros que el panorama es muy distinto al arbitraje.

En diversos reglamentos en el ámbito internacional que ofrecen distintas instituciones arbitrales el convenio arbitral no impide que las partes interesadas soliciten la actividad mediadora o conciliadora y que en caso de llegar a un acuerdo se evite el proceso arbitral, tal es el caso de la CCI que aprobó el Reglamento de ADR (2001), y el Reglamento de mediación (2014), que según su exposición de motivos, refleja la práctica moderna y establece reglas claras para la conducción de los procedimientos. Dicho reglamento se puede utilizar para conducir otros procedimientos o combinaciones de procedimiento que tienen por objeto la solución amistosa de controversias, tales como la conciliación o la evaluación neutral (Imhoos, Schäfer y Verbist 2016, p. 246).

Desde el punto de vista internacional la cláusula escalonada goza cada vez de mayor aceptación, así se encuentran algunos centros internacionales de mecanismos de solución de controversia, entre ellos el *Centre for Effective Dispute Resolution* en Londres, el *International Institute for Conflict Prevention & Resolution* en Estados Unidos, la *American Arbitration Association* y la Cámara de Comercio Internacional (en lo sucesivo ICC) que alienta a las partes que deseen recurrir al arbitraje o a la mediación, o a ambas, para ello deben incluir en los contratos cláusulas apropiadas de solución de controversia.

La ICC entre las cláusulas recomendadas señala la escalonada que proporciona una combinación de técnicas y cláusulas que contemplan una única técnica, entre las cuales presentan los siguientes modelos:

- a) Obligación de someter la controversia al Reglamento de Mediación de la CCI al tiempo que se autorizan procedimientos de arbitraje paralelos, si se precisa:

*(x) En caso de controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a someterlas en primer lugar al procedimiento con arreglo al Reglamento de Mediación de la CCI. El inicio del procedimiento con **arreglo al Reglamento** de Mediación de la CCI no impedirá a una parte iniciar el arbitraje de conformidad con la subcláusula (y) que figura a continuación.*

(y) Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.

- b) Obligación de someter la controversia al Reglamento de Mediación de la CCI, seguida de arbitraje, si se precisa:

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

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje.

La primera cláusula deja claro que las partes no tienen que concluir el procedimiento con arreglo al Reglamento de mediación, ni esperar el plazo señalado, antes de iniciar el arbitraje, así lo regula el art. 10.2 del reglamento. La segunda cláusula, a diferencia de la anterior, prevé que el procedimiento de arbitraje no comience hasta el vencimiento del plazo acordado, después de la solicitud de mediación. Esta cláusula cambia de posición por defecto del art. 10.2, que permite iniciar el arbitraje o judiciales en paralelo con la mediación.

El art. 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales resultantes de la Mediación, de 2018, que modificó La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002) dispone lo siguiente:

“Cuando las partes hayan acordado recurrir a la mediación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, por un período determinado o mientras no se produzca algún hecho en particular, ningún proceso arbitral o judicial con respecto a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral u órgano judicial dará efecto a ese compromiso hasta que se cumplan las condiciones estipuladas en él, excepto en la medida en que una de las partes estime necesario entablar ese proceso para proteger sus derechos. No se considerará que el inicio de tal proceso constituye, en sí mismo, una renuncia al acuerdo por el que se convenga en someter una controversia a mediación ni que pone fin por sí solo al procedimiento de mediación”.

En este sentido, el art. 18 de la Ley No. 540³ sobre la no utilización de procedimientos arbitrales o judiciales dispone lo siguiente:

“Cuando las partes hayan acordado recurrir a la mediación 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 a efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en lo que se respecta a medidas necesarias para la salvaguarda de los derechos que, a juicios de las partes, les correspondan. El inicio de tales medidas no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la mediación ni la terminación de ésta”.

Se puede apreciar en la norma citada que cuando las partes acuerdan intentar una mediación y se haya pactado de manera expresa un plazo, mientras no se cumpla con dicha etapa, ninguna de las partes podrá iniciar un proceso arbitral o judicial con relación a la misma controversia. Es decir, queda claramente establecido que no procede el arbitraje mientras no se cumpla la condición anterior.

³ La ley No. 540 adoptó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002).

La cláusula escalonada o multinivel en la resolución alterna de conflictos

Por su parte, las Directrices de la Internacional Bar Association (IBA), aprobada por la Resolución del Consejo de la IBA del 7 de octubre de 2010 (pp. 33-37), ha elaborado unas recomendaciones para la redacción de este tipo de cláusulas:

- a) En los contratos internacionales se contempla la negociación, mediación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflicto como paso previo al arbitraje. La cláusula debe señalar un período corto de tiempo para la negociación o mediación, para luego pasar por al arbitraje. Cuando se especifica el tiempo, las partes deben tener en cuenta que el inicio de la negociación o negociación podrá no ser suficiente para suspender términos de prescripción. Para desencadenar el periodo de tiempo previsto para la negociación o mediación, será necesario una invitación escrita para negociar o el nombramiento de un mediador.
- b) La cláusula debe evitar la trampa para presentar el arbitraje como facultativo y no como obligatorio. Sucede cuando las partes disponen que las controversias que no sean resueltas por negociación o arbitraje podrán someterse a arbitraje.
- c) La cláusula debe definir las controversias que deben ser sometidas a negociación o mediación y a arbitraje en términos idénticos. Dicha ambigüedad puede sugerir que ciertas controversias pueden ser sometidas inmediatamente a arbitraje sin pasar por la negociación o mediación como paso preliminar. Se sugiere que la palabra controversia abarque también a las reconveniones, a fin de que pase de previo por las etapas anteriores.

Las Directrices de la Internacional Bar Association (IBA) recomienda la redacción de cláusulas escalonada en los párrafos 94-96:

- a) La siguiente cláusula prevé una negociación obligatoria como paso previo al arbitraje:

Las partes se esforzarán por resolver amigablemente mediante negociación todas las controversias derivadas del presente contrato o que guarden relación con el mismo, incluyendo cualquier asunto relacionado con su existencia, validez o terminación. Cualquiera de tales controversias que no sea resuelta dentro de los [30] días siguientes a la solicitud que cualquiera de las partes hiciera a la otra por escrito, a la negociación prevista en esta cláusula o dentro de cualquier otro período que las partes acordaren por escrito, serán resueltas definitivamente bajo [el reglamento de arbitraje seleccionado] por [uno o tres] árbitro[s] nombrados de acuerdo con dicho reglamento. El lugar del arbitraje será [ciudad, país]. El idioma del arbitraje será [...].

[Todas las comunicaciones durante la negociación serán confidenciales y se considerarán como efectuadas en el curso de negociaciones de transacción y avenimiento a los fines de las normas aplicables en materia probatoria y de confidencialidad y secreto profesional previstas en el derecho aplicable.]

- b) La siguiente cláusula prevé una mediación obligatoria como paso preliminar al arbitraje:

Las partes se esforzarán por resolver amigablemente a través de mediación de acuerdo con [el reglamento de mediación seleccionado] todas las controversias derivadas del presente contrato o que guarden relación con el mismo, incluyendo cualquier asunto relacionado con su existencia, validez o terminación. Cualquiera de tales controversias que no sea resuelta de conformidad con dicho Reglamento dentro de los [45] días

siguientes al nombramiento del mediador o dentro de otro período que las partes acuerden por escrito, serán resueltas definitivamente bajo [el reglamento de arbitraje seleccionado] por [uno o tres] árbitro[s] nombrados de conformidad con dicho reglamento. El lugar del arbitraje será [ciudad, país]. El idioma del arbitraje será [...].

Todas las comunicaciones durante la mediación serán confidenciales y se considerarán como efectuadas en el curso de negociaciones de transacción y avenimiento a los fines de las normas aplicables en materia probatoria y de confidencialidad y secreto profesional previstas en el derecho aplicable.]

- c) La siguiente cláusula prevé secuencialmente ambas, negociación y mediación obligatorias previas del arbitraje:

Todas las controversias derivadas del presente contrato o que guarden relación con el mismo, incluyendo cualquier asunto relacionado con su existencia, validez o terminación (“Controversia”), serán resueltas de conformidad con los procedimientos especificados a continuación, los cuales serán los únicos y exclusivos procedimientos para la resolución de tal Controversia.

(A) Negociación

Las partes deberán esforzarse por resolver cualquier Controversia amigablemente mediante negociación entre ejecutivos con autoridad para resolver la Controversia [y que estén en un nivel más alto en la administración que las personas con responsabilidad directa en la administración o ejecución de este contrato].

(B)

Mediación

Cualquier Controversia no resuelta mediante negociación de conformidad con el párrafo (A) dentro de los [30] días siguientes a que cualquiera de las partes haya solicitado por escrito la negociación establecida en el párrafo (A), o dentro de otro período que las partes acuerden por escrito, será resuelta amigablemente a través de mediación bajo el [reglamento de mediación seleccionado].

(c) Arbitraje

Cualquier Controversia que no haya sido resuelta por la mediación prevista en el párrafo (B) dentro de los [45] días siguientes al nombramiento del mediador o dentro de otro período que las partes acuerden por escrito, serán resueltas definitivamente de acuerdo con [el reglamento de arbitraje seleccionado] por [uno o tres] árbitro[s] nombrados de conformidad con dicho reglamento. El lugar del arbitraje será [ciudad, país]. El idioma del arbitraje será [...].

[Todas las comunicaciones durante la negociación y mediación conforme a los párrafos (A) y (B) serán confidenciales y se considerarán como efectuadas en el curso de negociaciones de transacción y avenimiento a los fines de las normas aplicables en materia probatoria y de confidencialidad y secreto profesional previstas en el derecho aplicable.]

Salcedo Franco (2015, p. 98) expresa que ha sido de gran impacto este tipo de cláusulas escalonadas en el comercio internacional, cita un estudio de Fulbright & Jaworski LLP



que el 60% de las empresas participantes en el Reino Unido y el 51% de las empresas de Estados Unidos resolvieron sus controversias mediante un acuerdo que comprendían varias etapas, tales como la negociaciones directas, la mediación y el arbitraje, ahorrando en las dos primeras costos de búsquedas, contratación, coordinación y transacciones.

3. Naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas

Existe una discusión jurisprudencial respecto a la naturaleza jurídica con relación a que si las partes están totalmente vinculadas por la cláusula escalonada o si pueden saltarla y acudir directamente al arbitraje. Según Iglesias (2018) la doctrina al hablar de las cláusulas escalonadas, se centra en atender los problemas a la misma y ofrece ciertas directrices para enfrentarlo, siendo el tema principal lo relativo a los efectos y consecuencias del arbitraje y su reconocimiento y ejecución del laudo, en el caso de que una de las partes no siga el procedimiento previsto en la cláusula escalonada.

Para comprender esta dinámica forma de solución de conflicto Yano, Tsuha y Serván Eyzaguirre (2020, pp. 100, 101) exponen dos teorías que se describen a continuación:

3.1. Teoría contractualista

Esta teoría se desarrolla bajo el principio de que la cláusula escalonada constituye un pacto vinculante. Es decir, es la voluntad de las partes la que prevalece, y si las partes están facultadas para someter la controversia a arbitraje, nada impide que también se obliguen a llevar a cabo procedimientos previos para resolver las controversias. Es decir, que la cláusula escalonada debe entenderse como un contrato entre las partes, así el incumplimiento de las cláusulas; es decir, la falta de agotamiento de las etapas previas y el inicio inmediato al tribunal de arbitramento, se debe juzgar como un simple incumplimiento contractual (Bernal Gutiérrez, 2010).

Los autores Yano, Tsuha y Serván Eyzaguirre (2020, p.102) presentan como ejemplo Francia que ha reconocido la validez y obligatoriedad de este tipo de cláusulas, al establecer el cumplimiento de los procedimientos previos para admitir el arbitraje. En este sentido, la Corte de casación francesa ha señalado que una cláusula escalonada constituye un derecho de las partes, favoreciendo así la solución amistosa de la controversia. Por otro lado, Inglaterra, la Corte declaró que la falta de claridad de la cláusula escalonada no permitía su ejecución⁴; sin embargo, en otro caso declaró que existía bastante claridad con respecto al procedimiento prearbitral y que en consecuencia, debía seguirse con el procedimiento para resolver sus controversias⁵. En Suiza, el Tribunal Federal anuló el laudo por falta de competencia del tribunal arbitral, porque las partes omitieron un requisito obligatorio para acudir al arbitraje, dicho tribunal analizó la intención de las partes al celebrar el convenio arbitral y determinó la obligatoriedad de los mecanismos de resolución de controversia que disponía la cláusula arbitral como prerrequisito para acudir al arbitraje⁶.

⁴ Caso Wlaford c. Miles

⁵ Caso Channel Tunnel Group c Balfour Beatty Construcción Ltd

⁶ Sentencia 4A_628/2015 del Tribunal Federal Suizo. La decisión fue cuestionada por considerarlos procedimientos previos como requisitos jurisdiccionales y no como uno de admisibilidad. Sin embargo, el

3.2. Teoría jurisdiccional

Yano, Tshua y Serván Eyzaguirre (2020, p. 103) expresan que cuando el arbitraje es jurisdiccional, entonces son aplicables las mismas reglas de la denominada jurisdicción natural. En este sentido, debe respetarse el principio de acceso irrestricto a la jurisdicción, por lo que no resulta válido imponer límites a las restricciones para imponer y para acceder a ésta. Reafirma Cantuarias Salaverry y Repetto Deville (2014) que, si existe una concepción jurisdiccionalista del arbitraje, el pacto de mediación o cualquier otro previo convenio a realizarse antes del arbitraje no tendría mayor eficacia, ese pacto carecería de valor. Según, señala Zuleta (2020) en Colombia, bajo esta teoría el Consejo de Estado y el Tribunal Superior de Bogotá consideran que esta cláusula entraña restricciones ilícitas a la administración de justicia, y por lo tanto, no podrían ser vinculante.

Esta segunda posición acogida en las cortes suizas, alemanas, austriacas, inglesas y las cortes federales estadounidense establece que la cláusula escalonada tiene naturaleza procesal, convirtiéndose de inmediato en un tema de jurisdicción y competencia de los tribunales de arbitramento. Si bien han sido diferentes los argumentos con los que las cortes han avalado esta posición, la conclusión ha sido que tanto no se haya agotado las etapas previas en las cláusulas escalonadas, el tribunal arbitral no puede asumir la jurisdicción y por ende, no puede darle curso al arbitraje (Bernal Gutiérrez, 2010).

3.3. Posición nicaragüense

Según lo expuesto anteriormente y siguiendo la teoría contractualista el art. 18 de la Ley No. 540 advierte de forma expresa que cuando se haya acordado una mediación previa al arbitraje con relación a una controversia presente o futura, entonces no podrá utilizarse un procedimiento arbitral o judicial, resultando a todas luces imperativo entre las partes que para resolver el conflicto debe agotarse la mediación. Cabe señalar que esta etapa no tiene carácter pre procesal, porque el pacto convenido es ley entre las partes y su validez no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes de ellas, así queda establecido en los arts. 2437, 2438 y 2479 del Código Civil de la República de Nicaragua y; por lo tanto, la voluntad de las partes tiene un peso significativo y vinculante, conforme lo dispuesto en el art. 1830 C; por lo cual, una parte puede compeler a la otra a su cumplimiento. A luz de los artículos citados, se puede decir que, si en vez de la mediación fuere una negociación previa, también las disposiciones anteriores son aplicables y se podrá exigir el cumplimiento de las mismas para todos los efectos y previo al procedimiento arbitral contenido en la cláusula escalonada.

En consecuencia, como expresa Bullard González (2013) las partes tienen el derecho de diseñar los mecanismos de solución de controversia que se acomoden a sus necesidades contractuales, por lo que es un sin sentido que no se exija el respeto a las cláusulas escalonadas. Esa misma voluntad de las partes es la que debe ser reconocida para que las partes puedan obligarse válidamente a llevar a cabo un procedimiento prearbitral, pues son ellas quienes negocian sus necesidades para resolver sus controversias. En este

Tribunal Federal Suizo parte de considerar que la piedra angular del arbitraje es el consentimiento; por lo que si las partes incluyen procedimientos prearbitrales se encuentran obligadas a cumplirlos, excepto que la cláusula sea poco clara y deje dudas e incertidumbres, entonces su validez es cuestionada.

sentido, la cláusula escalonada no debería ser vista como un impedimento o restricción a la jurisdicción, sino como el mecanismo que libremente han dispuesto los contratantes para resolver sus controversias de la misma manera que decidieron someterse al arbitraje.

4. Efectos prácticos de la cláusula escalonada

Tal como ha quedado expuesto en los temas anteriores con frecuencia se observa en la práctica comercial internacional que las cláusulas escalonadas se combinan en diversas formas de métodos de resolución de conflictos. Puede ser arbitraje con negociación, mediación o conciliación, en especial, a la que consagra, antes de llegar al arbitraje, una instancia previa de negociación, directa o asistida por un tercero neutral.

También se presentan dos variantes posibles de las cláusulas escalonadas que explica Caivano (2011) y que son practicadas en los Estados Unidos:

4.1. Cláusula inversa o arbitraje seguido de mediación “*arb-med*”

Caivano (2011, p. 66) señala que la cláusula inversa; es decir, arbitraje seguido de mediación “*arb-med*”, cuya fase inicial, puede ser un arbitraje “no vinculante”, aunque puede ser posible como “arbitraje vinculante”. En este último caso, señalan Brown, Henry y Marriott (1999) que después de dictado el laudo se invita a las partes a realizar un último esfuerzo tendiente a lograr una composición amistosa de la controversia, a través de la mediación, si culmina en acuerdo, el laudo nunca será comunicado a las partes; en caso contrario, se notifica el laudo que resuelve de manera vinculante.

Esta modalidad de acuerdo “*arb-med*”, no se encuentra regulada en la Ley No. 540; sin embargo, el principio de autonomía de voluntad, regulado en el art. 3, permite que las partes puedan regular las diferentes etapas del proceso arbitral, inclusive, previo a la comunicación del laudo. Cuando se elabora el calendario procesal arbitral las partes podrían pedirle al tribunal arbitral que incluyan esta condición previa a la comunicación del laudo como último intento de resolver la controversia por otra vía alterna de resolución de conflicto tendiente a lograr una solución amistosa.

4.2. Cláusula mediación-arbitraje “*med-arb*”

A partir de su creación la figura de *med-arb* y las combinaciones de uno o varios métodos alternativos de solución de conflictos con el arbitraje, tuvieron una gran popularidad en Estados Unidos. Este sistema es la cristalización de la combinación entre la mediación y el arbitraje. Cuando las partes pactan este tipo de cláusulas y entran en conflicto, éstas deben resolver su disputa comenzando con una mediación. Si la mediación falla, entonces se da comienzo al arbitraje (Bleier Cavalier, 2014, p. 6).

Caivano (2011, p. 79) expone que frente a una cláusula “*med-arb*” o similar, corresponde a los árbitros quienes deberán resolver sobre la admisibilidad de la demanda arbitral, cuando una de las partes pone en tela de juicio el cumplimiento de la primera etapa. No se debe perder de vista que de seguir el arbitraje y dictar el laudo, si no existen evidencias que la etapa previa se ha cumplido, de lo contrario, puede perjudicar la validez y la ejecutabilidad del laudo, dando pie a un planteo de nulidad.

Comenta Bernal Gutiérrez (2012) citando a Redfern y Hunter (2009) y Herrera Chavarría (2020, p. 187) que la redacción de cláusulas *multi-tier* tienen un papel importante en la aplicación exitosa de las mismas, debido a que las cláusulas escalonadas tienen dos modalidades fácilmente confundibles, si no se especifica la verdadera intención de las partes:

- a) La primera es cuando se hace obligatorio el agotamiento de los métodos alternos de resolución de conflicto para acceder al arbitraje. Aquí se trata de forzar hacia la negociación o cualquier otro método alternativo de resolución pactada como una forma de escalón que debe necesariamente ser cumplida por las partes, previo a acudir al arbitraje.
- b) La segunda modalidad, es aquella mediante la cual el procedimiento pre-arbitral es meramente opcional. En este caso, la voluntad y la buena fe las partes juegan un papel fundamental a la hora de aplicar uno de los métodos pactados.

Para Caivano (2011, p. 71) y Herrera Chavarría (2020, p. 187) las partes pueden pactar que la primera etapa de autocomposición sea meramente facultativa o dotarla de obligatoriedad. Si es facultativa, no sirve de mucho, no es necesario poner en una cláusula que las partes pueden intentar una solución al conflicto, antes de llegar al arbitraje. En ese sentido, tal como se ha mencionado antes, los métodos alternos de resolución de conflictos en mayor medida son aquellos autocompositivos, buscan brindar figuras menos adversariales, por lo que estos métodos tienen un requisito elemental, la voluntad de las partes de someterse a él, sin estar obligados los contratantes de recurrir a los mismos (Brito Nieto, 2019, p. 255). Por lo que podría razonarse que al plantearla como obligatoria es la única manera de garantizar de poder llegar a un acuerdo antes del comenzar un proceso adversarial. En consecuencia, este tipo de estipulación produce efectos sobre el arbitraje. La redacción de la cláusula ha influido en la valoración de los tribunales cuando valoran la obligatoriedad, por cuanto su validez y eficacia dependerá de la interpretación que se le dé.

Por otra parte, el riesgo de una mala redacción crea incertidumbre frente a la modalidad que desean utilizar las partes y puede terminar siendo una cláusula patológica o defectuosa; es decir, inconsistente, incierta o inoperante. Para evitar estos problemas se hace hincapié en la redacción de la cláusula; es decir, la cláusula debe demostrar la verdadera intención de las partes. Explica Brito Nieto (2019) y Herrera Chavarría (2020, p. 187) que cuando se encuentra una cláusula ambigua será dudosa también la voluntad de las partes y en qué condiciones debe llevarse a cabo los escalones pactados; por lo tanto, la eficacia de la misma se vería mermada por la falta de determinación y claridad, resultando inaplicable, generando las consecuencias previstas en el art. II.3, de la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y arbitrajes extranjeros, Nueva York, 1958 que dispone: “*El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable*”. Sin embargo, en la actualidad se hace cada vez presente el pronunciamiento en favor de la aplicación al principio a favor del arbitraje (pro arbitraje), en las cláusulas patológicas.

En este sentido, cuando se está ante una cláusula patológica, entonces puede alegarse lo dispuesto, en el numeral 4, del art. 34 de la Ley Modelo de la UNICTRAL sobre el laudo

arbitral que solo puede ser anulado cuando se pruebe “4) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje”. Esta misma disposición se encuentra contenida en el inciso d) del art. 61 de la Ley No. 540. Asimismo, dispone el Artículo V.I de la Convención de Nueva York: “sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: (...) (d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje”.

5. Incumplimiento de la cláusula escalonada

Según Caivano (2011) uno de los problemas que se presentan en este tipo de cláusulas es que considerando la naturaleza autocompositiva de estos métodos, no existe la posibilidad de forzar a un acuerdo. En este sentido, el art. 10, de la Ley. No. 540 y el art. 407 del CPCN, respecto a la mediación, disponen que, si las partes no logran ponerse de acuerdo, se dejará constancia del mismo. Es decir, queda claramente expresado en la ley de la materia que no es obligación llegar a un acuerdo. En cuanto a la negociación acreditar que la intención existió o que no existió puede resultar complejo debido a la falta de ley de la materia que la regule, lo que hará problemático determinar si la instancia previa se cumplió o no.

A lo expuesto anteriormente cabe la pregunta *¿Es ejecutable la etapa previa si está concebida en la cláusula escalonada?* Caivano (2011, p. 73) responde que, siendo un acuerdo voluntario, si una de las partes no está dispuesta a negociar, entonces, la posibilidad de que este acuerdo se imponga a la fuerza, son nulas. Dicha posición era mantenida por los tribunales británicos, bajo el argumento que se trata de un simple acuerdo para negociar, que los tribunales no pueden monitorear ni ejecutar al no ser legalmente vinculante. Lo cierto es que, de acuerdo a este planteamiento, este tipo de estipulación es demasiado incierta para tener efectos vinculantes, pues nadie puede saber si las negociaciones serán exitosas o fracasarán, y aun siendo exitosas, cuál será el resultado de ellas (Ortega Giménez, 2019 y Armesto, 2019). Es incierto señalar bajo la ley inglesa que un contrato para negociar, como un contrato para celebrar otro contrato, es un hecho incierto.

A pesar de lo expuesto, se puede concluir que en el Derecho positivo nicaragüense si las partes acuerdan que debían intentar una solución previa a través de la negociación directa o asistida, una de ellas no podrá negar esa etapa. Por cuanto, sería como negar la fuerza vinculante de un compromiso contractual, en violación a los principios fundamentales del derecho de los contratos “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*” (art. 2479 C).

En opinión de Caivano (2011, p. 74), esta tendencia es la que prevalece, a partir de reconocer que, lo que se ordena ejecutar no es una obligación de cooperar y acordar, sino la participación en un proceso dentro del cual, el acuerdo puede surgir. Lo cual, significa, que el arbitraje no es directamente accesible; sin embargo, las opiniones acerca del incumplimiento de la etapa previa difieren, en ese sentido, reitera Caivano (2011)

que algunos autores consideran que se trata de una cuestión de naturaleza sustancial y por lo tanto, el incumplimiento contractual, podría dar lugar a daños y perjuicios, como cualquier incumplimiento contractual, aunque sin afectar la admisibilidad de la demanda; por otra parte, la mayoría de los autores, entienden que es una cuestión de naturaleza procesal, que conduce a la no admisibilidad de la demanda.

A pesar de lo expuesto anteriormente, el tema que se discute sobre este tipo de cláusula escalonada trata de su validez y obligatoriedad que resultan; sin embargo, la consecuencia derivada del incumplimiento de la cláusula escalonada dependerá de la naturaleza jurídica de la misma, por cuanto el no cumplimiento a la misma conlleva a un incumplimiento del contrato. Por su parte, Brito Nieto (2019) expresa que debe considerarse de naturaleza híbrida que tiene un origen contractual y despliega efectos en la esfera procesal, por lo que sería acertada la no admisibilidad de la demanda, pudiendo sanearse por falta de agotamiento de un requisito de procedibilidad pactado por las partes.

Herrera Chavarría (2020, p. 188) y Fernández Pérez (2016, p. 115) argumentan que si una de las partes hace caso omiso de los escalones iniciales y pone en marcha el proceso arbitral sin haber participado en negociaciones o mediación, o sin que éstas hayan concluido, las legislaciones nacionales no suelen establecer sanciones claras en orden a su incumplimiento; sin embargo, en la práctica la falta de cumplimiento de una cláusula escalonada ha generado dos tipos de decisiones por parte de los tribunales arbitrales:

- Que el tribunal arbitral entienda que ya se cumplieron las etapas anteriores y decida continuar con el proceso arbitral;
- Que el tribunal decida que no es posible continuar con el proceso arbitral. Herrera Chavarría (2020) considera que esta última decisión tiene dos variables, la primera a través de un examen de su propia competencia y la segunda, como un examen de admisibilidad.

Cremades (2016, p. 58) expone que esta cuestión implica conceptos teóricos de competencia y admisibilidad que puede variar de una jurisdicción a otra con implicaciones prácticas y opuestas. Como regla general la decisión del tribunal arbitral por cuestiones de admisibilidad no puede ser objeto de recurso de anulación, mientras que la decisión de los árbitros en materia de competencia sí es objeto de control por el juez de anulación. A continuación se explican ambos planteamientos:

a) Incompetencia del tribunal arbitral

Según Herrera Chavarría (2020, p. 188) se refiere a la declaratoria que hace el tribunal con base al principio *kompetenz-kompetenz*, luego de examinar la cláusula arbitral y las alegaciones de las partes, por medio del cual pone fin al proceso por falta de competencia para decidir el asunto que se le ha encomendado. En este caso, la falta de competencia radica en que aún no se ha cumplido las etapas previas y obligatorias establecidas en la cláusula escalonada. En lo general, la declaratoria de competencia trae como consecuencia la imposibilidad de continuar con el proceso arbitral, lo que implica que la parte demandante se ve obligada a iniciar y terminar la etapa previa pactada en la cláusula escalonada. Muchas veces esta declaratoria incluye una condena de daños y perjuicios contra la parte que ha iniciado el arbitraje ante la inobservancia del escalón. La consecuencia que tiene la declaratoria de incompetencia no son del todo amigable, porque conlleva el costo económico de iniciar un nuevo arbitraje, probablemente ante

un nuevo tribunal; sin embargo, en la práctica arbitral se ha optado por una salida más viable y menos onerosa para las partes, cual es la suspensión temporal del arbitraje, mientras se cumple la etapa previa.

Herrera Chavarría (2020, p. 188) plantea las siguientes interrogantes *¿Qué pasa si el tribunal arbitral decide que la etapa previa ya se ha cumplido y continua con la tramitación del arbitraje?, ¿Qué acciones tiene la parte que alegó el incumplimiento de la etapa previa?* La respuesta depende de la *lex arbitri*; sin embargo, conforme la Ley Modelo UNCITRAL, sería posible la impugnación del laudo, bajo el motivo de nulidad; es decir, el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo arbitral entre las partes. Por lo tanto, el tribunal arbitral deberá considerar con absoluta seriedad el examen de competencia.

De acuerdo a lo expresado por los autores en el caso nicaragüense el art. 42 de la Ley No. 540, se refiere a la competencia de los tribunales arbitrales, quienes tienen la facultad de decidir sobre su propia competencia cuando sea alegada por una de las partes, tomando como punto de partida el incumplimiento de la fase previa que podría ser alegada por una de las partes. Este principio de *kompetenz-kompetenz*, se relaciona con el principio de autonomía del convenio arbitral. Sin embargo, la excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. El tercer párrafo, del art. 42, de la Ley No. 540, dispone que la excepción de incompetencia referida anteriormente, el tribunal arbitral podrá conocerla como cuestión previa o en el laudo. Si el tribunal conoce como cuestión previa y se declara competente, entonces cualquiera de las partes dentro de quince días de recibida la notificación del tribunal, podrá solicitar a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que resuelva la cuestión.

Por otra parte, si las partes o una de ellas solicitan al tribunal suspender las actuaciones arbitrales porque no se ha cumplido la etapa previa, entonces el tribunal podrá dar a conocer a la otra parte la petición para que declare lo que consideren a bien y resolver sobre la suspensión de las actuaciones. En este sentido, la facultad del tribunal arbitral de suspender las actuaciones por no haberse cumplido la etapa anterior al arbitraje, al respecto, se encuentran conferidas por el art. 45 de la Ley No. 540 que le otorgan competencia de decidir sobre cuestiones de procedimiento a falta de acuerdo entre las partes y con base al principio del debido proceso contenido en el art. 3.

b) Indamisibilidad de la demanda

Herrera Chavarría (2020, p. 190) analiza esta variante como el escalón pre arbitral obligatorio y requisito de admisibilidad de la demanda; el tribunal debe considerar si la etapa previa pre arbitral es un requisito contractual o si en ley local exige cumplimiento previo para iniciar el proceso arbitral. El efecto de una admisibilidad por parte del tribunal conlleva a que éste mande a archivar el expediente y que las partes cumplan con la etapa previa, luego iniciar un nuevo arbitraje si la mediación o negociación pactada no prospera.

Comenta Herrera Chavarría (2020) que en la práctica arbitral al igual que sucede con la declaración de incompetencia algunos tribunales arbitrales han optado por dar a las partes la oportunidad de subsanar el defecto procesal mediante una suspensión temporal del arbitraje hasta que cumpla con la etapa faltante evitando a las partes la constitución de un nuevo tribunal en el caso de fracasar la mediación o negociación. En cambio, si el

tribunal considera que la etapa previa ya fue cumplida y admite la demanda, entonces las opciones de impugnación de la parte que pide el cumplimiento son inexistentes, porque en la mayoría de las jurisdicciones la admisibilidad de la demanda de arbitraje carece de medios de impugnación (Cremades, 2016, p. 60).

El art. 45 de la Ley No. 540, reitera al señalar que a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral puede declarar la admisibilidad del proceso para determinar el procedimiento a seguir con sujeción a lo dispuesto en la ley y en la constitución política de Nicaragua. La decisión del tribunal no impide que la otra parte impugne la resolución emitida con base al art. 26 de la misma ley alegando que no se ha cumplido con algún requisito de la ley o algún requisito del acuerdo arbitral. La parte que no haya ejercido el derecho a impugnar no podrá pedir posteriormente anulación del laudo.

Frente a las dos situaciones expuestas sobre competencia y admisibilidad por incumplimiento de la fase previa al arbitraje conviene señalar lo dispuesto en el art. 18, de la Ley No. 540 y el art. 13, Ley de la CNUDMI que son consecuentes a lo expresado anteriormente. Por lo tanto, el tribunal arbitral, no pierde su jurisdicción, por no haberse cumplido la etapa previa, pero puede suspender el procedimiento, hasta tanto, se acredite el cumplimiento de la instancia mediadora, siendo esta la posición sugerida en la Ley No. 540. También, significa que los árbitros tienen jurisdicción aún para cumplir el acuerdo de entablar un procedimiento autocompositivo, o para determinar si éste se ha cumplido, la cual es congruente con el principio de *kompetenz- kompetenz*.

Otras de las situaciones que expone Caivano (2011, p. 79), es con relación a si una de las partes puede plantear medidas cautelares, si la etapa previa no se ha cumplido. Al respecto, responde de forma afirmativa, por cuanto, la medida cautelar no es una acción tendente a resolver el conflicto, sino un remedio temporal, que se justifica por razones de urgencia. En ese sentido, también se retoma el art. 18, de la Ley No. 540, lo cual, significa que la prohibición de iniciar un procedimiento adversarial cede, cuando sea necesario, siendo en el caso de las medidas cautelares, uno de los contemplados en este caso del artículo citado, y por otro lado, tal como señala Caivano (2011, p. 80), la solicitud de la medida cautelar, no es causa para evitar luego de que quede trabada la medida, la etapa previa de la mediación. También, cabe señalar que los artículos 29 y 43 de la Ley No. 540 al señalar que no es incompatible con un acuerdo de arbitraje que cualquiera de las partes, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales.

Otros problemas que se deriva de la cláusula escalonada es si las partes cumplen con la etapa previa y llegan a un acuerdo, entonces éste pudiera no ser cumplida. En este sentido, Caivano (2011, p. 85) considera que, si las partes no toman precaución de mantener la subsistencia de la vía arbitral, entonces podría considerarse que hubo novación y los nuevos acuerdos derivados en las obligaciones de la mediación no están alcanzados por la cláusula arbitral. Entonces para evitar esta situación Caivano propone como solución incorporar al nuevo acuerdo una cláusula arbitral o condicionar la extinción de la obligación primigenia al cumplimiento de la nueva.

Otro problema es acreditar ante el tribunal arbitral que la instancia negocial se ha cumplido; sin embargo, la dificultad no termina cuando el demandante logra convencer a los árbitros de que la negociación o mediación se llevó a cabo y que por lo tanto, no

existen razones para rechazar la demanda o suspender el juicio. Sin embargo, si los árbitros no aceptan el planteo del demandado y decide continuar con el arbitraje, todavía le quedará al demandado la posibilidad de obtener luego, un pronunciamiento judicial que revise la decisión del tribunal arbitral. El demandado podrá intentar el recurso de nulidad contra el laudo ante los tribunales judiciales y luego podrá oponerse la ejecución del laudo en extraña jurisdicción. De acuerdo a lo expuesto por el autor, en el caso de Nicaragua, es un planteamiento válido que se justifica al ser alegado por el demandado en el proceso arbitral conforme el art. 26, de la Ley No. 540, este derecho de impugnación, lo faculta para ejercer el derecho de interponer el recurso de nulidad, conforme el inciso d), numeral 1, del art. 61, de la Ley No. 540 “...El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando: d) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley”, reproducido casi exacta del apartado iv), inciso a), numeral 2), del art. 34, de la LMCNUDMI (1985), con idéntica redacción del inciso d), numeral 1, del Artículo V, de la Convención de Nueva York.

Conclusiones

Las cláusulas escalonadas o multinivel instituyen una primera etapa antes del arbitraje que se caracteriza por establecer otros métodos de resolución de conflicto, tales como la negociación o mediación que puede coadyuvar a armonizar los intereses de las partes y hacer desaparecer el conflicto fomentando una cultura de paz.

También este tipo de cláusulas permiten buscar una solución aceptada por las partes posibilitando aplicar el principio de ganar aganar, disminuye los costos y tiempos, evitando una escalan mayor de conflicto. Sus utilidades en las relaciones privadas conllevan a que las partes sean creativas en el momento de su redacción y redactarlas considerando los tiempos y el tipo de método alternos de resolución de conflicto a utilizar previo al arbitraje.

Es cada vez más utilizada en los contratos internacionales y en tráfico mercantil, particularmente en los contratos de ingeniería y construcción, evitando así que se dañe las relaciones entre las partes; sin embargo, pudiera llegar a ser utilizado como una táctica dilatoria por una de las partes del conflicto.

Su redacción tiene como fuente principal el principio de la autonomía de la voluntad contenido en la Ley No. 540 y en el Código Civil de la República de Nicaragua, fundamento que permite redactar la cláusula escalonada y señalar el método de resolución de conflicto que estimen conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, la moral y el orden público. Inclusive se puede retomar los reglamentos en el ámbito internacional que ofrecen cláusulas modelos, tal es el caso de la ICC y IBA, incluyendo las recomendaciones que aportan para una mejor redacción.

Hay dos teorías que explican la naturaleza jurídica de la cláusula arbitral; sin embargo, se sigue discutiendo sobre las mismas en las sentencias arbitrales, existiendo algunas veces fallos contradictorios, pero que poco a poco aportan luces a su configuración. En nuestro contexto nacional se apunta a la teoría contractualista que tiene su fundamento en el art. 18 de la Ley No. 540, advierte que cuando se haya acordado una mediación previa

al arbitraje con relación a una controversia presente o futura, entonces no podrá utilizarse un procedimiento arbitral o judicial, hasta que se agote de forma imperativa la mediación, si fuese el caso.

Las partes pueden pactar dos modalidades de cláusulas escalonadas, una meramente facultativa y otra dotarla de obligatoriedad; sin embargo, no es recomendable redactarla a modo de que se pueda intentar una solución al conflicto por medio de uno de los métodos, sino que lo mejor es dotarla de un efecto vinculante; es decir, como obligatoria que es la única manera de garantizar que las partes agoten esta etapa previa al arbitraje.

Se puede encontrar cláusulas patológicas producto de una mala redacción, por lo que puede crear incertidumbre; por lo tanto, hay que considerar su redacción dejando clara la intención de las partes y qué requisitos deben cumplirse de lo contrario su eficacia se vería afectada y podría ser inaplicable, generando las consecuencias previstas en el art. II.3, de la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y arbitrajes extranjeros, Nueva York, 1958 y en el inciso d) del art. 61 de la Ley No. 540.

Si las partes redactan una cláusula escalonada con fuerza vinculante, entonces ninguna de ellas podrá obviar la etapa previa al arbitraje, ya sea una negociación o mediación. Lo contrario, sería un incumplimiento al compromiso contractual, violando los principios fundamentales del derecho de los contratos; es decir, que todo contrato legalmente celebrado es ley entre las partes y no puede ser invalidado, según lo dispuesto en el art. 2479 C.

La falta de cumplimiento de la cláusula escalonada ha generado dos tipos de decisiones por los tribunales, una de ellas es que el tribunal arbitral entienda que se cumplieron las etapas anteriores y decida continuar con el proceso arbitral; y la segunda, que decida a través de un examen de su propia competencia o a través de un examen de admisibilidad. Si lo hace aplicando el principio de *kompetenz-kompetenz*, entonces la falta de competencia radicaría en que aún no se ha cumplido las etapas previas y obligatorias, lo que traería como consecuencia la imposibilidad de continuar con el proceso arbitral y por lo tanto, la parte demandante tendría que iniciar y terminar la etapa previa y luego iniciar un nuevo arbitraje. Sin embargo, si la decisión del tribunal arbitral aplicando el principio de *kompetenz-kompetenz* es continuar con la tramitación del arbitraje, entonces es posible que la parte demandada impugne el laudo con base a la nulidad. Si el tribunal arbitral decide no admitir la petición de la parte demandada sobre la base de no haberse cumplido la etapa previa del arbitraje, entonces el tribunal podrá mandar a archivar el expediente para que las partes cumplan con la etapa previa.

Si el tribunal arbitral en vez de decidir sobre su competencia o sobre su admisibilidad decidiera previo conocimiento de la parte contraria suspender las actuaciones arbitrales por no haberse cumplido la etapa previa, esta decisión sería con base art. 44 de la Ley No. 540, que otorga a los árbitros la facultad de decidir sobre cuestiones de procedimiento a falta de acuerdo entre las partes. Decisión que se considera es la más adecuada y menos costosa para las partes.

Las partes podrán solicitar las medidas cautelares que faculta el art. 29 y 43 de la Ley No. 540, sin importar que se haya cumplido o no la etapa previa establecida en la cláusula escalonada; por lo tanto, no se debe considerar esta petición como incompatibles.

La cláusula escalonada o multinivel en la resolución alterna de conflictos

Si las partes realizan la etapa anterior y llegan a un acuerdo de mediación o negociación y luego la incumplen, entonces este acuerdo podría tener un efecto de novación, por la cual, se recomienda incorporar en el nuevo acuerdo una nueva cláusula arbitral o condicionar la extinción de la obligación primigenia al cumplimiento de la nueva.

Referencias bibliográficas

- Armesto, A (2019). *Cláusula escalonada en el convenio arbitral ¿Se necesita una convención de Nueva York sobre mediación/conciliación?* En López Rodríguez - Fach Gómez. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras en España y Latinoamérica. España. Editorial: Tirant lo Blanch. Recuperado de <https://latam.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491909606?showPage=383>
- Asamblea Nacional (2003). *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*. Suscrita en Nueva York el 10 de junio de 1958 y entró en vigor el 7 de junio de 1959, ratificado por Nicaragua en Decreto No. 35-79, La Gaceta Diario Oficial No. 133 del 16 de junio de 2003.
- Asamblea Nacional (2005). *Ley de Mediación y Arbitraje*. Aprobada en la Asamblea Nacional, Ley No. 540 del 25 de mayo del año 2005, publicada en La Gaceta Diario Oficial, No. 122
- Asamblea Nacional (2015). *Código Procesal Civil de la República de Nicaragua*. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 191 de 6 de octubre de 2015.
- Asamblea Nacional (2019). *Código Civil de la República de Nicaragua*. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 236 de 11 de diciembre de 2019. CUARTA EDICIÓN OFICIAL.
- Bernal Gutiérrez, R. (2010). *¿Son convenientes las cláusulas “escalonadas” de conciliación seguida de arbitraje?* Primera jornada internacionales de arbitraje realizado en el salón del auditorio ICAP. Recuperado de <https://vimeo.com/12233675>
- Bernal Gutiérrez, R., & Puyo Posada, E. (2012). *Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia*. Colombia. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 5 (1), 169-203
- Bleier Cavelier, L. (2014). *Limitaciones a las cláusulas escalonadas en el arbitraje en Colombia bajo el Código General del Proceso*. Universidad de los Andes. Recuperado de <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/17094/u703494.pdf?sequence=1>
- Brito Nieto, L. A. (2018). *El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia*. *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol: XXXII. No. 2. Diciembre 2019. Pp. 251-272. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502019000200251
- Brown, H. y Arthur M. (1995). *ADR principles and practice*. 2ª Edition. Londres: Ed. Sweet & Maxwell, 1999, pp. 14 y ss. También, Highton, Elena I. y Álvarez, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos* (p. 124). Buenos Aires: Ed. Ad Hoc
- Bullard González, A. (2013). *¿Qué fue primero; el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación*. *Revista internacional de Arbitraje*, (19), 55-03.

Recuperado de <https://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2013/11/ALFREDO-BULLARD.pdf>

Caivano, R. (2011). *Las cláusulas escalonadas de Resolución de conflictos, mediación o conciliación previos al arbitraje* (pp. 66-91). En Tratado de Derecho Arbitral, de Soto Coaguila, C.A. (Dir.). ed. Colección de estudios No.2. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibáñez.

Cantuarias Salaverry, F. y Repetto Deville, J. L. (2014). *La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional Peruano: Riesgos en el camino*, (1), 97-100. Revista de Derecho FORSETI, No. 1. Recuperado de <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:m2ShurlpLusJ:forseti.pe/revista/arbitraje-internacional/articulo/la-naturaleza-juridica-del-arbitraje-segun-el-tribunal-constitucional-peruano-riesgos-en-el-camino+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ni>

Castresana, L.F. (2017). *Cláusulas escalonadas multi partes y mult contratos*. En Fernández Rozas, J. C, Ruiz Risueño, F, Castresana, L. F y Stampa, G (2017). *Manual de Arbitraje*. España. Editorial: Tirant lo Blanch. Recuperado de <https://latam.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491438564?showPage=1>

Consejo de la IBA (2010). *Directrices de la Internacional Bar Association*. Recuperado de http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_directrices_iba.pdf

Corte Internacional de Comercio (2019). *Reglamento de Arbitraje y Reglamento de Mediación*. Prefacio p. 2 y 3. Recuperado de <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf>

Cremades, A. C. (2016), “¿Qué sanción en caso de incumplimiento de una cláusula escalona de resolución de controversias?”, artículo publicado en Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje. Madrid: Campillo Nevado S.A. Recuperado de https://www.swlegal.ch/media/filer_public/77/a2/77a29bbe-67ec-4682-9b1b-5bb812e2b97e/160706_-anne-carole-cremades_-que-sancion-en-caso-de-incumplimiento-de-una-clausula-escalonada-de-resolucion-de-controversias.pdf

Fernández Pérez, A. (2017). *Cláusulas escalonadas multifunción, en arreglo de controversias comerciales internacionales*. Cuaderno de derecho transnacional, marzo 2017, Vol. 9, número 1, pp. 99-104. Recuperado de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3615/2183>

González de Cossío, F. (2011). *Arbitraje* (Tercera ed.). México, D.F.: Porrúa.

Herrera Chavarría, R.A (2020). *Sanciones derivadas del incumplimiento de cláusulas escalonadas de ADR en conflictos mercantiles*, de Salazar Castillo, S y Rincón Cuéllar. Desafíos del Arbitraje Internacional. Editorial: Tirant lo Blanch. Lugar de edición: Bogotá. Recuperado de <https://latam.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413550657?showPage=0https://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2013/11/ALFREDO-BULLARD.pdf>

- Iglesias, J. (2018). *Cláusulas escalonadas: pro y contras de este método alternativo de resolución de disputa*. Recuperado de https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/clausulas-escalonadas-los-pros-y-contras-de-este-metodo-alternativo-de-resolucion-de
- Imhoos, E., Schäfer y Verbist (2016). *ICC Arbitration in practice*, 2da edición, Kluwer Law International.
- Naciones Unidas (2004). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización 2002*, Recuperado de https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/03-90956_ebook.pdf
- Naciones Unidas (2018). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, de 2018 (por la que se modifica la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, de 2002)*. Recuperado en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex_ii_-_s.pdf
- Naciones Unidas (2006). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Recuperado de https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration
- Naciones Unidas (2018). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018)*. Recuperado de https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation
- Ortega Giménez, A. (2019). *¿El arbitraje como alternativa a la vía judicial para la resolución de controversias en España?* Cap. VIII. En Cobas Cobiella, M. E (Dir). *Mediación, Arbitraje y Conciliación. Una Puesta al día*. Valencia, España. Tirant lo Blanch., Recuperado de <https://latam.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491909965?showPage=0>
- Redfern, A. y Hunter, M. (2009). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press.
- Salcedo Franco, C. M. (2015). *Hacia una protección merecida: La eficacia de las cláusulas escalonadas en el marco de un pacto arbitral en Colombia*. Univ. Estud. Bogotá (Colombia) No. 12. Recuperado en <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/44484>
- Yano Tsuha, N. D., & Serván Eyzaguirre, N. J. (2020). *El gran dilema: el problema de las cláusulas escalonadas en el Perú*. THEMIS Revista De Derecho, (77), 99-109. Recuperado en <https://doi.org/10.18800/themis.202001.004>
- Zuleta, E. (2020). *National Report for Colombia (2014-2018)*. En L. Bosman (ed), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International