



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DERECHO**

**TEMA:**

**Incumplimiento de Cláusulas Escalonadas ¿Un Problema de  
Jurisdicción o Admisibilidad?**

**AUTOR:**

**Larco Álava, Kevin Alberto**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de  
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**

**TUTOR:**

**Nuques Martínez, Hilda Teresa, Phd.**

**Guayaquil, Ecuador**

**26 de febrero de 2021**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

## **CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Larco Álava, Kevin Alberto**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

### **TUTOR**

f. \_\_\_\_\_  
**Nuques Martínez, Hilda Teresa, PhD.**

### **DIRECTOR DE LA CARRERA**

f. \_\_\_\_\_  
**Lynch Fernández, María Isabel, Mgs.**

**Guayaquil, a los 26 días del mes de febrero del año 2021**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

## **DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, **Larco Álava, Kevin Alberto**

### **DECLARO QUE:**

El Trabajo de Titulación, **Incumplimiento de Cláusulas Escalonadas ¿Un Problema de Jurisdicción o Admisibilidad?**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

**Guayaquil, a los 26 días del mes de febrero del año 2021**

**EL AUTOR**

f. \_\_\_\_\_  
**Larco Álava, Kevin Alberto**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

## **AUTORIZACIÓN**

Yo, **Larco Álava, Kevin Alberto**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, “**Incumplimiento de Cláusulas Escalonadas ¿Un problema de Jurisdicción o Admisibilidad?**”, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 26 días del mes de febrero del año 2021**

**EL AUTOR:**

f. \_\_\_\_\_  
**Larco Álava, Kevin Alberto**

## REPORTE DE URKUND

URKUND

Documento [Tesis Incumplimiento de cláusulas escalonadas.doc](#) (D96172333)

Presentado 2021-02-21 15:21 (-05:00)

Presentado por tnuques@hotmail.com

Recibido maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com

Mensaje Tesis Kevin Larco [Mostrar el mensaje completo](#)

1% de estas 20 páginas, se componen de texto presente en 1 fuentes.

Lista de fuentes Bloques

Categoría	Enlace/nombre de archivo
Fuentes alternativas	<a href="https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/52178/1/1434920243-Cronica_Contro...">https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/52178/1/1434920243-Cronica_Contro...</a>
Fuentes no usadas	

0 Advertencias. Reiniciar Exportar Compartir

## TUTOR

f. \_\_\_\_\_  
**Nuques Martínez, Hilda Teresa, PhD.**

## EL AUTOR:

f. \_\_\_\_\_  
**Larco Álava, Kevin Alberto**

## **DEDICATORIA**

A mis padres, Alberto y Mariela, por todos sus esfuerzos y enseñanzas que me permitieron cumplir esta etapa de mi vida.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

f. \_\_\_\_\_

**García Baquerizo, José Miguel, Mgs.**

DECANO DE LA FACULTAD

f. \_\_\_\_\_

**Reynoso de Wright, Maritza Ginette**

COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. \_\_\_\_\_

**Nuques Martínez, María Isabel**

OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**Facultad:** Jurisprudencia

**Carrera:** Derecho

**Periodo:** UTE B-2020

**Fecha:** 26 de febrero de 2021

#### **ACTA DE INFORME PARCIAL**

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **“Incumplimiento de Cláusulas Escalonadas ¿Un Problema de Jurisdicción o Admisibilidad?”**, elaborado por el estudiante **Larco Álava, Kevin Alberto**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **10 (DIEZ)**, lo cual lo califica como ***APTO PARA LA SUTENTACIÓN***.

---

**Nuques Martínez, Hilda Teresa, PhD.**



## Índice

<b>Capítulo I</b> .....	<b>2</b>
<b>1. La Cláusula Arbitral</b> .....	<b>2</b>
<b>2. La Cláusula Escalonada</b> .....	<b>3</b>
2.1.    Nociones Generales.....	3
2.2.    Cláusulas Escalonadas en Legislación Ecuatoriana .....	4
2.3.    Tipos de Escalones .....	5
<b>3. Conclusión Parcial</b> .....	<b>10</b>
<b>Capítulo II</b> .....	<b>12</b>
<b>1. Tipos de Objeciones al Incumplimiento de las Cláusulas Escalonadas</b> .....	<b>12</b>
<b>2. Posiciones ante el Incumplimiento de Cláusulas Escalonadas</b> .....	<b>12</b>
<b>2.1. Cuestión de Jurisdicción</b> .....	<b>14</b>
2.1.1.    Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, Caso CIADI No. Arb/08/4.....	14
2.1.2.    Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina, Caso CIADI No. Arb/01/3.....	17
2.1.3.    Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. El Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CPA No. 2011-17 .....	18
<b>2.2 Cuestión de Admisibilidad</b> .....	<b>19</b>
2.2.1.    Ronald S. Lauder c. República Checa, Uncitral, Caso No. 205-2001 .....	20
2.2.2.    Sipetrol c. Enap Sipetrol, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Caso No. 05-13 .....	20
2.2.3.    SGS Société Générale de Surveillance S.A c. República Islámica de Paskist�n, CIADI, Caso No. ARB/01/13 .....	21
<b>Conclusiones</b> .....	<b>23</b>
<b>Recomendaciones</b> .....	<b>26</b>
<b>Referencias</b> .....	<b>28</b>

## **Resumen**

Acordar que un convenio arbitral contenga la estructura de una cláusula escalonada constituye un evento de gran relevancia procesal que, o bien puede ahorrar formidablemente el tiempo y recursos económicos de las partes, o, asimismo causar una importante pérdida de estos.

A lo largo de los años, se puede identificar que al pactarse el arbitraje como último método de resolución de conflictos en la forma de una cláusula escalonada y, habiéndose incumplido los mecanismos previos a éste, al inicio del proceso arbitral se evidencian comunes objeciones a la jurisdicción o admisibilidad del tribunal arbitral, o, de la demanda, respectivamente. Sin embargo, resulta interesante que al momento de resolverse estas objeciones, los tribunales han tenido distintos criterios por diferentes motivos, decidiendo sobre casos factualmente semejantes.

Es por esto que, en el presente trabajo se ahondará en estudiar si la objeción sobre el incumplimiento de una cláusula escalonada, específicamente, de los mecanismos previos al arbitraje, constituyen una objeción que debería clasificarse como una cuestión de jurisdicción o admisibilidad.

**Palabras claves: arbitraje, cláusulas escalonadas, jurisdicción, admisibilidad, períodos de enfriamiento, autonomía de la voluntad de las partes.**

## **Abstract**

Agreeing that an arbitration agreement contains the structure of an escalation clause is an event of great procedural relevance that can either save formidable time and economic resources of the parties, or also cause a significant loss thereof.

Over the years, it can be identified that when arbitration is agreed as the last resort for dispute resolution in the form of an escalation clause, and if the mechanisms prior to it have not been complied with, common objections to the jurisdiction or admissibility of the arbitral tribunal or the claim, respectively, are evidenced at the beginning of the arbitration proceedings. Interestingly, however, when resolving these objections, tribunals have had different criteria for different reasons, deciding on factually similar cases.

For this reason, this paper will delve into whether the objection of non-compliance with an escalation clause, specifically, pre-arbitration mechanisms, constitutes an objection that should be classified as a matter of jurisdiction or admissibility.

## Capítulo I

### 1. La Cláusula Arbitral

La cláusula o convenio arbitral consiste en la estipulación expresa en la cual las partes manifiestan su voluntad de que las controversias que surjan de determinada relación jurídica sean sometidas a arbitraje, así, delimitando su jurisdicción a un árbitro único o tribunal arbitral, y privando de la suya a los jueces ordinarios. Así también, la declaración de someterse a arbitraje también puede ser expresada mediante un convenio separado al que rige la relación jurídica, denominado convenio arbitral, en el que se detallará la forma y condiciones en las que las partes acudirán y llevarán el arbitraje.

Es importante mencionar que la doctrina y jurisprudencia arbitral han desarrollado el concepto de autonomía o separabilidad del convenio arbitral que consiste en que, ante el evento de que el convenio que rige la relación comercial de las partes sea declarado nulo, la cláusula arbitral contenida en éste, o el convenio arbitral adherido al mismo, no será afectado por dicha nulidad, de tal forma que las disputas que llegaren a existir entre dichas partes serán sometidas a arbitraje. Este concepto también es recogido en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación (“LAM”) publicada en el Registro Oficial 417 del 14 de diciembre de 2006.

En cuanto al convenio arbitral *per se*, el mismo “debe surgir de una expresión de la voluntad que emane libremente de una persona que tenga capacidad legal para obligarse, y referirse a controversias que puedan ser objeto de arbitraje” (Caivano, 2011, p. 40). Por su parte, cada legislación realiza ciertas precisiones específicas en cuanto a los presupuestos para una cláusula arbitral válida. Por ejemplo, en Ecuador la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) -y desde luego que otros países también- exige que las personas naturales o jurídicas tengan capacidad para transigir y que el acuerdo sea por escrito.

Es primordial que la voluntad de someterse a esta vía de resolución de conflictos -arbitraje- sea inequívoca. “En un caso en que las partes acordaron que “en caso de necesidad, ICC Paris deberá ser requerida” por ejemplo, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional sostuvo que la cláusula no era una cláusula arbitral” (Naciones Unidas, 2005, p. 40). Así, vemos que

cuando no existe claridad en cuanto al deseo de que las partes resuelvan sus controversias en arbitraje, tal acuerdo no será ejecutable y el tribunal arbitral deberá declararse incompetente para conocer el caso.

Sobre la base de la autonomía de la voluntad de las partes, éstas podrán incluso pactar una cláusula arbitral en que el arbitraje -siendo el objetivo final- esté condicionado a ciertos actos o plazos previos para el inicio de éste. Este tipo de cláusulas se las conoce como escalonadas o *multi-tiered clauses*.

## **2. La Cláusula Escalonada**

### **2.1. Nociones Generales**

“En la jerga del arbitraje se conoce por “cláusulas escalonadas” aquellas que contemplan en etapas distintas más de un mecanismo para resolver una controversia” (González de Cosío, 2014, p. 365). Por lo general, al menos en el arbitraje comercial, cuando se pactan este tipo de cláusulas el objetivo final es exclusivamente acudir al arbitraje. Se hace esta precisión porque existen también las denominadas cláusulas de bifurcación de vías o *fork in the road* que se suelen presenciar generalmente en arbitrajes de inversión y consisten en que “(...) el inversor debe elegir entre el litigio de sus pretensiones en los tribunales nacionales del Estado sede o arbitraje internacional que, una vez tomada la decisión, la elección sea definitiva” (Schreuer, 2004, p. 231).

En las cláusulas escalonadas se pretende que el arbitraje esté precedido por otros mecanismos de solución de conflictos como la mediación, conciliación, *dispute boards*, entre otros. Así también, las partes pueden pactar que no necesariamente se acuda a otro MASC, sino que, desde la fecha en que ocurrió la controversia, transcurra cierto plazo después del cual, ahora sí, se podrá iniciar el arbitraje. A esto último se lo conoce en la doctrina como los períodos de enfriamiento o *cooling off periods*.

Una de las características principales de las cláusulas escalonadas es que “tienen por objeto conservar la relación comercial de las partes a largo plazo, prefiriendo así los mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos a los heterocompositivos” (Carmigniani, García, y Cepeda, 2016, pp. 182-183). De esta

forma, las partes tienen tres objetivos principales: preservar la buena relación jurídica, economizar los altos costos de acceder directamente a un arbitraje y, en esa línea, ahorrarse el tiempo dedicado a un proceso arbitral. Así, las partes determinarán qué tan extensa quieren que sea la vía previa al arbitraje. Es decir, deberán decidir cuántos escalones se deberán escalar para llegar al proceso arbitral. El arbitraje no es más que un segundo o tercer paso que se da cuando los intentos de encontrar una solución amistosa o negociada no tiene éxito (Jiménez, 2003, p. 70).

La postura civilista recoge la naturaleza de estas cláusulas en la institución de las obligaciones condicionales, preceptuada en el artículo 1489 del Código Civil (2005): “es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no”.

Si bien la legislación ecuatoriana expresamente no regula a las cláusulas escalonadas, puesto que no es necesario en virtud de la autonomía de la voluntad, otra normativa internacional sí lo hace, aunque muy sucintamente. Por ejemplo, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”), en su Reglamento de Arbitraje: “el arbitraje de la CCI se puede utilizar como foro para la determinación final de la controversia después de un intento de solución por otros medios tales como la mediación” (Cámara de Comercio Internacional, 2017).

## ***2.2. Cláusulas Escalonadas en Legislación Ecuatoriana***

Como se mencionó, la legislación ecuatoriana no regula la figura de las cláusulas, sin embargo, sí las reconoce en un cuerpo legal vigente y en otro cuyo artículo ya fue derogado.

Actualmente, el artículo 20 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas (2015) prevé una cláusula escalonada consistente de dos escalones previo al inicio del arbitraje. En primer lugar, se establece que, ante un conflicto en contratos de gestión delegada bajo la modalidad de asociación público-privada suscritos bajo dicha ley, la parte afectada se lo manifestará a la otra para resolver tal diferencia mediante diálogos directos o mediación (Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas, 2015). Posteriormente, las partes deberán agotar la vía administrativa. Y, por último, no habiéndose arribado a ningún acuerdo en las dos fases previas, se podrá iniciar el arbitraje nacional o internacional,

conforme se haya pactado (Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas, 2015).

El derogado artículo 27 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (2010) estipulaba una cláusula escalonada similar a la ya mencionada, pero en orden distinto. Este artículo establecía que, en las controversias entre un inversionista extranjero con el Estado ecuatoriano, en primer lugar, deberán agotar la vía administrativa. En segundo lugar, las partes intentarán solucionar su conflicto de manera amistosa por el término de 60 días. En tercer lugar, obligatoriamente las partes debían acudir a mediación dentro de los 3 meses siguientes a la fecha del inicio formal de las negociaciones. Por último, no habiendo ningún acuerdo entre las partes, éstas podrían iniciar el arbitraje nacional o internacional.

Cabe mencionar que el artículo 27 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones fue derogado por la disposición derogatoria segunda de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal.

### **2.3. Tipos de Escalones**

Las partes deberán decidir qué tipo de escalones o condiciones previas al arbitraje se pactarán ante el evento de una disputa entre ellas. Para ello, tienen que tomar la decisión, con mucho ahínco, qué tipo de mecanismos desean utilizar y, a su vez, cuál de aquellos se acopla a su relación, presupuesto económico y tiempo. Existen varios tipos de mecanismos a escoger, por ejemplo: negociación, mediación, conciliación, peritaje, *dispute board resolution*, agotamiento de vías administrativas y/o judiciales (Jijón, 2015, p. 6).

En la práctica, lo más común es que la cláusula arbitral, en un contrato o tratado de inversión, prevea que las partes negocien (a veces durante un período determinado de tiempo y a veces con determinados representantes de la empresa) para resolver las diferencias antes de iniciar el arbitraje (Born y Šćekić, 2016, p. 229). Así también, alternativamente, o en algunos casos adicionalmente, el acuerdo arbitral dispondrá que las partes sometan sus controversias a mediación, o a una conciliación, o a una decisión no vinculante de ingenieros, arquitectos o personas

similares, para intentar resolverlas antes de iniciar el procedimiento arbitral (Born y Šćekić, 2016, p. 229).

A continuación, se detallarán los principales mecanismos que pueden ser incluidos en una cláusula arbitral y, además, la forma en que la doctrina y jurisprudencia los ha desarrollado en el curso de un proceso arbitral.

### **2.3.1. Negociación**

Existe un alto porcentaje de cláusulas escalonadas que prevén únicamente un escalón antes que acudir al arbitraje. Por lo general, en esta cláusula -muchas veces defectuosa en su redacción- se acuerda que las partes deben negociar amigablemente y, ante el evento de no arribar a algún acuerdo, se resolverá la controversia en arbitraje. Resulta pues, que este tipo de escalón suele ser uno de los más discutidos dado que existe una gran subjetividad en cuanto al alcance de una *negociación amistosa*.

Más aún, ¿cuándo se entiende que las partes han negociado o al menos intentado negociar, para así, probar que a lo menos hubo una intención de cumplir con el escalón así cumpliendo con la buena fe procesal? La doctrina se cuestiona si ¿para cumplir con la obligación de negociar es necesario llegar a un acuerdo? ¿hasta qué punto una de las partes cumple con su obligación de negociar, o, asimismo, cómo se debiera entender la conducta de la parte contraria? Es decir, ¿cuántos intercambios de comunicaciones se requiere para concluir que hubo una negociación? ¿acaso una parte cumple con la obligación de negociar si simple y llanamente responde mediante una carta con negativa a las propuestas de la parte contraria? ¿cuánto tiempo se debe dedicar a esta etapa si es que no se señaló un plazo? ¿desde cuándo se contabiliza dicho término, desde ocurrida la disputa o desde su notificación?

Una parte de estos problemas se atribuye al negligente trabajo de los abogados en la redacción de las cláusulas claras. La realidad es que no todas estas preguntas han sido resueltas y, aún así existan decisiones, no hay un criterio oficial. Sin embargo, la jurisprudencia ha llegado a ciertos consensos y podido solventar ciertas de las preguntas antes señaladas.



La predisposición para negociar sin duda alguna refleja una buena conducta procesal de las partes. “La etapa de negociaciones directas o consultas amistosas, refleja es esfuerzo del sistema por conciliar la tensión que subyace en toda controversia (...)” (Tempone, 2003).

Zambrano (2014) citando a Tempone establece que:

“La etapa de negociación permite conciliar las posiciones de las partes en un momento de alta tensión como lo es la notificación de una controversia que hace el inversionista al Estado. Esta fase genera un espacio en el cual se puede analizar y discutir abiertamente sobre los desacuerdos existentes, pudiendo las partes analizar a fondo el problema y gestionar el mismo a través de distintas técnicas de negociación” (p. 195).

El hecho de que se haya pactado que las partes deban negociar no significa que las mismas están obligadas a llegar a un acuerdo. Si bien la negociación puede ser obligatoria -cuestión que se analizará posteriormente- arribar a un consenso con la contraparte no lo es. “La cláusula del período de negociación previa (*“cooling-off period”*) establece una obligación de medios, no resultados” (Guaracachi America, Inc. c. Estado Plurinacional de Bolivia, 2014).

Esta postura ha sido ampliamente acogida por la jurisprudencia: “la obligación de negociar es una obligación de media, no de resultado. Nadie está obligado a llegar a un acuerdo, pero sí a intentarlo. Para determinar si unas negociaciones serán exitosas o no, lo primero que deben hacer las partes es iniciarlas. “La obligación de consultas y negociaciones es de ambas partes” (Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, 2010).

Se puede colegir que pudiera resultar riesgoso incluir a la negociación como uno de los escalones previos al arbitraje debido la falta de estructura de la misma, lo cual dificulta probar su cumplimiento.

### **2.3.2. Mediación**

La mediación puede ser percibida como un mecanismo mucho más estructurado que la negociación dado que se lleva a cabo en un centro aprobado por el órgano competente, existe un tercero imparcial que está presente con las partes, el proceso se rige a un reglamento y al final del procedimiento se concluirá con acta de acuerdo o imposibilidad.

Según Brito y Cevallos (2016):

“Consideramos que la mediación es un mecanismo que brinda mayores seguridades a las partes. En primer lugar, el procedimiento de la mediación es estructurado y ya se encuentra regulado en nuestra legislación. En este sentido, podemos claramente conocer cuándo comienza y termina, y el procedimiento que debe seguirse para entenderse cumplida. En segundo lugar, interviene una tercera persona imparcial, en calidad de mediador, que se encuentra involucrada en el proceso, quien conduce el procedimiento. En tercer y último lugar, y creemos que es uno de los puntos más importantes, es que cuando ha sido imposible llegar a un acuerdo, o aún en el caso de que la otra parte se niegue a mediar o simplemente no participe, la mediación concluye con un acta de imposibilidad” (pp. 98-99).

La mediación puede resultar más conveniente que la negociación, sobre todo, debido a su estructura y la facilidad de demostrar su cumplimiento cuando se desee acudir al arbitraje. Aquello, puesto que es común que una de las partes no esté dispuesta a negociar e intentará entorpecer el arbitraje. De esta forma, dicha parte, probablemente objetará la jurisdicción del tribunal arbitral puesto que no se cumplió con la negociación. Ahora bien, estos problemas pudieran solventarse si existiera una adecuada cláusula escalonada en que se pacte la negociación. “No obstante, en el caso de que las partes quieran incluir este mecanismo en sus cláusulas recomendamos que determinen: (i) plazo; (ii) procedimiento; y, (iii) forma de demostrar el cumplimiento de la etapa pre-arbitral” (Brito y Cevallos, 2016, p. 99).

Así también lo ha sostenido Gary Born apoyándose en el caso *Him Portland LLC v DeVito Builders Inc.*, manifestando que los requisitos para participar en un procedimiento específico de solución de controversias antes del arbitraje (por ejemplo, la mediación ante una institución o persona designada, la determinación de un experto o la evaluación de un ingeniero) suele tener más probabilidad de ser válidos y aplicables que los simples requisitos de negociación o solución amistosa (Born y Šćekić, 2016, p. 233).

### **2.3.3. Período de Espera**

Existe también la posibilidad de que el escalón no sea un mecanismo de solución de controversias *per se*, sino que las partes acuerden que, desde la fecha en que ocurra una disputa entre las partes, la que desee iniciar el arbitraje deberá esperar el plazo fijado en la cláusula y, solo después del transcurso de plazo, podrá presentar la demanda. A esto se lo conoce en la doctrina como los períodos de enfriamiento o *cooling-off periods*. Se le atribuye este nombre porque se espera que, durante el plazo pactado, por ejemplo, tres o seis meses, las partes con mayor temple, intenten llegar a un acuerdo.

En la práctica ha existido cierta controversia en cuanto a que se desconoce desde cuándo se debe entender que este plazo empieza a correr. Básicamente las posiciones se circunscriben a dos: un grupo sostiene que el plazo corre desde el día en que el hecho de la disputa ocurre y el otro desde que una parte notifica a la otra sobre el hecho en cuestión. La jurisprudencia ha optado por aceptar la segunda postura:

“Sin embargo, el período de espera no corre desde la fecha en la que ocurrió el alegado incumplimiento sino desde la fecha en la cual se le avisó al Estado de que ese incumplimiento ha ocurrido. Esto resulta del propósito del período de espera, que es permitirles a las partes celebrar negociaciones de buena fe antes de iniciar el arbitraje” (Ronald S. Lauder c. República Checa, 2001).

### **3. Conclusión Parcial**

Como se ha podido notar, las cláusulas escalonadas tienen por objeto salvaguardar la relación de las partes y así también proteger sus recursos y tiempo. El objetivo principal de la mayoría de los mecanismos procesales prearbitrales es aumentar la eficiencia y evitar los procedimientos legales oficiales: las partes suelen fomentar la solución amistosa de las controversias mediante negociaciones o conciliaciones informales, evitando así gastos, demoras y la contención de los procedimientos arbitrales propiamente dichos (Born y Šćekić, 2016, p. 230).

Sin embargo, por más que el ímpetu de este tipo de cláusulas es efectivizar el tiempo y recursos de las partes, en la práctica suele producir el efecto contrario puesto que regularmente una de las partes suele objetar la jurisdicción del tribunal arbitral cuando el escalón previo al arbitraje no se cumplió. La parte contraria, a su vez, suele defenderse alegando que dicho incumplimiento no cuestiona la jurisdicción del tribunal, sino que es una cuestión de admisibilidad, por lo que el tribunal sí puede conocer y resolver la controversia presentada.

Sin embargo, en una gran mayoría, la doctrina y jurisprudencia sostiene que tal problema es atribuible, en su mayoría, a la redacción de la cláusula escalonada. De acuerdo con Brito y Cevallos (2016):

“Esta dificultad se da por la falta de delimitación de las partes a las etapas pre-arbitrales, lo cual en algunos casos hace imposible determinar cuándo éstas se han cumplido y permiten que la otra parte obstruya el inicio del arbitraje, alegando falta de cumplimiento de las etapas pre-arbitrales” (p. 98).

Es de suma importancia que, teniendo en consideración las resoluciones de los tribunales citados, al momento de pactar una cláusula arbitral, se establezcan con atención los plazos, ante qué centro de mediación o persona se deberá mantener las negociaciones, cómo demostrar el cumplimiento a cada escalón y nombrar específicamente entre quiénes deben mantenerse las conversaciones.

La especificación de los factores antes mencionados ayudará al tribunal arbitral a decidir si la cláusula escalonada es exigible o no. Así también, ante las

eventuales objeciones de jurisdicción o admisibilidad de las partes, por la falta del cumplimiento de las precondiciones, el tribunal podrá dilucidar con mayor facilidad en qué sector se ubica el caso; todo aquello con una adecuada redacción de la cláusula escalonada.

## Capítulo II

### 1. Tipos de Objeciones al Incumplimiento de las Cláusulas Escalonadas

Como se ha mencionado, en la práctica, es frecuente que una de las partes no de cumplimiento a los mecanismos pactados en la cláusula escalonada, ante lo cual, la contraparte realizará sus objeciones al árbitro o tribunal arbitral. La objeción que realizaría la contraparte se subsume en dos vertientes: i) objeta la jurisdicción del tribunal; o ii) la admisibilidad de la demanda.

Los argumentos de quienes se apegan a la primera tesis sostienen que el incumplimiento de los mecanismos de solución de conflictos que se hayan pactado en la cláusula escalonada, son condiciones previas al arbitraje. Esta teoría defiende que el consentimiento de acceder al arbitraje está condicionado al cumplimiento de los mecanismos previos acordados. Así, en caso de que no se cumpla con el escalón precedente al arbitraje, la cláusula arbitral no ha sido *activada* y, en consecuencia, el tribunal arbitral no tiene jurisdicción para escuchar la controversia.

Por otro lado, la tesis de quienes manifiestan que el incumplimiento a los escalones es una cuestión de admisibilidad, en su mayoría, señalan que el tribunal arbitral sí tiene jurisdicción para escuchar la controversia, ya que así fue pactado por las partes en la cláusula, pero que el incumplimiento de los escalones es materia procedimental, que no afecta al fondo de la controversia. En palabras de Born - respecto del objeto de esta tesis-, el acuerdo arbitral existe y otorga jurisdicción a los árbitros, pero no permite hacer valer las reclamaciones sustantivas hasta que se hayan cumplido los requisitos especificados (Born y Šćekić, 2016, p. 243).

A lo largo de los años, han existido contradictorios pronunciamientos al determinar si incumplir los mecanismos pactados en una cláusula escalonada afectan a la jurisdicción del tribunal arbitral o si es una cuestión de admisibilidad.

### 2. Posiciones ante el Incumplimiento de Cláusulas Escalonadas

En primer lugar, vale preguntarse ¿por qué es necesario clasificar estos incumplimientos ya sea como cuestiones de jurisdicción o admisibilidad?

Al respecto, el profesor Jan Paulsson (2005) manifiesta que distinguir entre estos dos conceptos, al momento de ser resueltos por un tribunal arbitral, es de alta importancia por las consecuencias que tiene cada decisión (p. 603). Específicamente, Paulsson (2005) señala que:

“Las decisiones de un tribunal que no respeten los límites jurisdiccionales pueden ser invalidadas por una autoridad de control. Pero si las partes han consentido la jurisdicción de un tribunal determinado, sus decisiones sobre la admisibilidad de las reclamaciones deben ser definitivas” (p. 601).

En síntesis, Paulsson (2005) indica que clasificar erróneamente las cuestiones de admisibilidad como jurisdiccionales puede dar lugar a una ampliación injustificada del ámbito de aplicación de los laudos, y frustrar la expectativa de las partes de que su controversia sea decidida por el tribunal neutral elegido (p. 601).

Paulsson diseñó dos preguntas que ayudarían a la clasificación en cuestión. En lo concerniente a la clasificación de jurisdicción, dice: “si la razón de tal resultado es que la demanda no puede presentarse en el foro concreto que se ha ocupado, la cuestión es normalmente una cuestión de jurisdicción y está sujeta a un recurso ulterior” (Paulsson, 2005, p. 617). Por otro lado, en lo referente a la admisibilidad: “si la razón sería que la demanda no se debería oír en absoluto (o al menos no todavía), la cuestión es ordinariamente una cuestión de admisibilidad y la decisión del tribunal es definitiva” (Paulsson, 2005, p. 617).

Es importante hacer énfasis en que no existe una postura definitiva. Gary Born menciona que algunas autoridades han sostenido que estos requisitos [fijados en las cláusulas escalonadas] implican cuestiones de “admisibilidad” más que de “jurisdicción” (Born y Šćekić, 2016, p. 244). Y, así también, señala que otras autoridades han sostenido que los requisitos procesales previos al arbitraje son “jurisdiccionales”, y el incumplimiento de estos requisitos impide el inicio adecuado de un arbitraje (Born y Šćekić, 2016, p. 244).

Por otro lado, existe una tercera línea de argumentación -aunque no tan recibida como las dos ya mencionadas- que sostiene que los incumplimientos de las

cláusulas escalonadas no merecen una clasificación de jurisdicción o admisibilidad, sino que, deben ser vistos desde una perspectiva de un incumplimiento contractual.

“En cambio, estas decisiones han dado a entender que los requisitos procesales previos al arbitraje eran obligaciones contractuales, cuyo incumplimiento daba derecho a una contraparte a recibir una indemnización por daños y perjuicios, pero no eran condiciones cuyo incumplimiento impediría a una parte iniciar un arbitraje” (Born y Šćekić, 2016, p. 249).

## **2.1. Cuestión de Jurisdicción**

Esta tesis intenta promover el cumplimiento de los mecanismos que hayan sido pactados en la cláusula escalonada, agregando que, ante la falta de satisfacción de cada escalón, la cláusula arbitral no ha sido *activada*, por lo cual el tribunal no tiene la competencia para escuchar la controversia. Esta línea sostiene que los mecanismos incorporados en la cláusula escalonada son obligatorios y que su incumplimiento se lo clasificaría como una cuestión de jurisdicción.

En este hilo argumentativo existen ciertos casos emblemáticos que lideran la defensa de esta postura que serán esbozados en las líneas siguientes con la finalidad de vislumbrar el análisis que realizan distintas autoridades respecto de esta teoría.

### **2.1.1. Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, Caso CIADI No. Arb/08/4**

El 3 de marzo de 2018, Murphy presentó una solicitud arbitral en contra de Ecuador, sobre la base del tratado de inversión entre Ecuador y Estados Unidos. En la solicitud de arbitraje, Murphy manifestó que Ecuador no le otorgó un trato justo y equitativo a su inversión. Ante esto, Ecuador presentó siete objeciones a la jurisdicción del tribunal arbitral, dentro de las cuales, en lo que concierne a este trabajo académico son dos.

Una de las objeciones de Ecuador fue que “Murphy International no ha cumplido con el requisito de que las partes busquen un acuerdo amigable de las controversias mediante consulta y negociación antes de someterlas a arbitraje” (Murphy Exploration and Production Company International c. República del



Ecuador, 2010). Además, agrega que “únicamente cuando se han realizado dichos intentos y no han dado resultado es que un tribunal establecido adquiere jurisdicción en virtud del TBI” (Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, 2010). Desde luego, Murphy alegó que sí cumplió con el requisito de negociación, sin embargo, también indicó que:

“Aún en el caso de que no hubiera cumplido con ello, cualquier otra negociación con el Ecuador hubiera fracasado... las disposiciones que establecen un periodo de espera para la consulta y la negociación son procesales por su naturaleza y por lo tanto no constituyen un impedimento jurisdiccional para este Tribunal” (Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, 2009).

Al resolver esta objeción, en primer lugar, el tribunal rechazó el hecho de que Murphy haya cumplido con la negociaciones. Por otro lado, en lo que respecta a la segunda defensa de Murphy, esto es, que aún así se considere que no cumplió con esta obligación, las negociaciones hubieran sido inútiles y, además, que éstas constituyen un impedimento procedimental y no jurisdiccional (Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, 2010). Sobre esto, el tribunal concluyó que:

“La obligación de negociar es una obligación de medio, no de resultado. Nadie está obligado a llegar a un acuerdo pero sí a intentarlo. Para determinar si una negociaciones serán existosas o no, lo primer que deben hacer las partes es iniciarla” (Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, 2010).

El tribunal también toma en consideración la posición de Murphy, al indicar que, dado que Ecuador y otra compañía, Burlington, no llegaron a un acuerdo y, considerando -en palabras de Murphy- que dicha relación se asemeja a la suya con Ecuador, estima que tampoco hubiera llegado a un arreglo con Ecuador, por lo que negociar no hubiera tenido resultados (Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, 2010). El tribunal consideró que esa posición

es inaceptable; señaló que “el hecho de que en circunstancias similares, (...) Burlington no haya sido exitosa en sus negociaciones con la República del Ecuador no significa, necesariamente, que Murphy International tampoco lo habría sido” (Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, 2010).

La otra objeción de Ecuador consistió en alegar que Murphy International no cumplió con “el período obligatorio de espera de seis meses requerido por el TBI antes de poder someter sus reclamos a arbitraje” (Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, 2010). Al respecto, Murphy indicó que el periodo de espera corre desde que Ecuador tuvo conocimiento de la controversia, mas no desde que se formalizó el reclamo (Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, 2009).

Respecto de esta cuestión, el tribunal se apegó a la interpretación de Ecuador y señaló que:

“Como el propósito del período de espera de seis meses es de permitirles a los interesados resolver sus diferencias por medio de consultas y negociaciones, resulta obvio que para que ellos puedan comenzar esas negociaciones es indispensable que ambos sepan de la existencia de la disputa. Mientras eso no ocurra, las negociaciones no se pueden iniciar”. (Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, 2010).

El tribunal sostuvo que ante la desatención de Murphy en esperar los seis meses acordados, “no hubo posibilidad de que las partes dispusieran de un período durante el cual pudieran tratar de llegar a un acuerdo amistoso para resolver sus diferencias” (Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, 2010).

Por último, el tribunal analizó la aseveración de Murphy respecto de que el incumplimiento a la obligación de negociar no es una cuestión de jurisdicción sino procedimental, la cual fue rechazada ampliamente:

“la exigencia de que las partes deban procurar intentar resolver su controversia, mediante consultas y negociaciones, durante un período de seis meses, no es, como pretende la Demandante y han sostenido algunos tribunales arbitrales “una regla procesal” o una etapa “de naturaleza no obligatoria y procesal” que el interesado puede satisfacer o no. Por lo contrario, se trata de un requisito fundamental que debe cumplir, obligatoriamente, la parte Demandante, antes de presentar un arbitraje conforme a las normas del CIADI” (Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, 2010).

Con estas consideraciones, el tribunal de este caso se declaró incompetente para escuchar la controversia puesto que Murphy incumplió el plazo de seis meses de consultas y negociaciones.

### **2.1.2. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina, Caso CIADI No. Arb/01/3**

Este caso surge como consecuencia de la solicitud de arbitraje presentada por Enron Corporation and Ponderosa Assets en contra de la República de Argentina, sobre la base del tratado entre Argentina y Estados Unidos de 1991. El fondo de la controversia se basó en que, según las demandantes, algunas provincias de Argentina les impusieron ciertas liquidaciones de impuestos a una empresa de transporte de gas en la que éstas participaban por medio de inversiones en distintos acuerdos societarios (Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina, 2004). En lo que aquí concierne, Argentina realizó múltiples objeciones a la jurisdicción del tribunal arbitral, dentro de las cuales, vale destacar una de ellas, en la que alegó que los reclamos contra la provincias de La Pampa y Chubut no fueron notificados conforme lo previsto en el tratado bilateral, por lo cual no se siguió el periodo de consultas de seis meses (Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina, 2004).

El tribunal concluyó, sin ambages, que el cumplimiento al periodo de consultas es una cuestión de jurisdicción y que, ante el incumplimiento de este requisito, el tribunal no tuviera jurisdicción para escuchar la controversia. Sin

embargo, el tribunal estimó que sí se siguió con lo acordado en el tratado bilatera. El tribunal razonó que la negociación a la que se ha llegado no se debe a que el periodo de negociación de seis meses pueda ser un requisito procesal y no jurisdiccional, como han argumentado lo demandantes (Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina, 2004). Y a ello agregaron que dicho requisito es, en opinión del tribunal, de carácter jurisdiccional. El incumplimiento de dicho requisito daría lugar a una determinación de falta de jurisdicción (Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina, 2004).

### **2.1.3. Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. El Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CPA No. 2011-17**

Esta controversia surge entre las compañías Guaracachi y Rurelec, estadounidense e inglesa, respectivamente, en calidad de demandantes, en la que pretenden el “reclamo de una compensación económica a Bolivia, en virtud del carácter de inversionistas procedentes de los Estados Unidos y del Reino Unido de conformidad con los Tratados que vinculan a ambos países con Bolivia” (Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. El Estado Plurinacional de Bolivia, 2014). Entre las objeciones a la jurisdicción levantadas por Bolivia, sostuvieron que el tribunal arbitral no tiene jurisdicción respecto de los *Nuevos Reclamos* -definido así en el laudo- ya que no se siguió el período de negociación previa o *cooling off period* (Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. El Estado Plurinacional de Bolivia, 2014).

Este caso es particularmente interesante por al menos tres motivos: i) su contemporaneidad; ii) la aceptación del tribunal sobre la futilidad de las negociaciones; y iii) su reconocimiento como uno de los casos de referencia sobre la posición de ser una *cuestión de jurisdicción*.

Al analizar esta objeción, el tribunal empieza ratificando su posición sobre el posible resultado de las negociaciones: “el Tribunal está consciente de que las circunstancias particulares del presente caso podrían permitir suponer que aplicar el período general de negociación previa previsto por el TBI a los llamados “Nuevos Reclamos” constituiría una pérdida de tiempo” (Guaracachi America, Inc. c. Estado Plurinacional de Bolivia, 2014). Sin perjuicio de ello, el tribunal destaca la literalidad

de lo pactado: “la redacción explícita, que exige una notificación escrita y el vencimiento de un período de seis meses desde esa notificación, lleva al Tribunal considerar que el “período de negociación previa” limita el consentimiento de las Partes Contratantes al arbitraje internacional” (Guaracachi America, Inc. c. Estado Plurinacional de Bolivia, 2014). Es decir, en criterio de este tribunal, el escalón pactado de la negociación previa, constituye una condición al consentimiento al arbitraje.

Eso queda muy claro cuando el tribunal manifiesta que:

“No le corresponde al Tribunal evaluar la importancia o el efecto de dicha condición, sino simplemente reconocer que fue acordada por las dos Partes Contratantes como condición suspensiva a la disponibilidad de un tribunal arbitral que es, y debe ser, basada en el consentimiento” (Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. El Estado Plurinacional de Bolivia, 2014).

De esta forma, el tribunal concluyó que el escalón aquí pactado “constituye una barrera de carácter jurisdiccional que condiciona la jurisdicción del Tribunal *rationae voluntatis*” (Guaracachi America, Inc. c. Estado Plurinacional de Bolivia, 2014).

## **2.2 *Cuestión de Admisibilidad***

Esta línea de argumentación -más flexible en su razonamiento- es consciente de que las partes hayan pactado algún mecanismo de solución de conflicto en su cláusula escalonada, sin embargo, el incumplimiento de estos mecanismos no priva de jurisdicción al tribunal. Ciertos autores lo atribuyen a la claridad de que el arbitraje fue acordado como último foro. Es decir, de cualquier manera, las partes llegarán a ese destino. A ello se agrega que la naturaleza de las cláusulas escalonadas es únicamente orientativa mas no mandatoria.

Al igual que en el apartado anterior, a continuación, se citarán ciertos casos que defienden esta teoría y se contradice con antes desarrollada.

### **2.2.1. Ronald S. Lauder c. República Checa, Uncitral, Caso No. 205-2001**

En este caso República Checa cuestionó la jurisdicción del tribunal arbitral, entre otras cosas, por el hecho de que Lauder no cumplió con el periodo de espera de seis meses. En primer lugar, el tribunal empezó aclarando desde qué momento se debe contar el inicio del periodo de enfriamiento: “el plazo de espera no empieza a correr a partir de la fecha en que se produjo la supuesta infracción, sino a partir de la fecha en que se avisa al Estado de que se ha producido dicha infracción” (Ronald S. Lauder c. Czech Republic, 2001). Luego, el tribunal concluye que el requerimiento de espera de seis meses no es una disposición jurisdiccional sino una norma de procedimiento que debe ser satisfecha por el demandante (Ronald S. Lauder c. República Checa, 2001). Además, el tribunal considera que no existe evidencia de que República Checa haya entrado en negociaciones con el demandante. Más aún, se analiza el hecho de que República Checa nunca propuso el inicio de negociaciones a Lauder y, ni siquiera desde que Lauder presentó la notificación de arbitraje. Este foro asegura que si República Checa hubiera estado interesado en negociar con el demandante, lo hubiera hecho durante los seis meses posteriores a la notificación de arbitraje.

Con este antecedente, el tribunal concluyó que:

“Insistir en que el proceso arbitral no puede iniciarse hasta 6 meses después de la Notificación de Arbitraje de 19 de agosto de 1999 equivaldría, en las circunstancias de este caso, a un enfoque innecesario y excesivamente formalista que no serviría para proteger ningún interés legítimo de las Partes” (Ronald S. Lauder c. República Checa, 2001).

De esta forma, incumplir el periodo de espera no priva de jurisdicción al tribunal.

### **2.2.2. Sipetrol c. Enap Sipetrol, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Caso No. 05-13**

En este proceso, el tribunal sigue la tesis de que el cumplimiento a la cláusula escalonada, al menos en cuanto a negociaciones, es obligatorio y que su

incumplimiento priva de jurisdicción al tribunal (Carmigniani, Cepeda y García, 2016, p. 183). Aquí, el foro sostuvo que en virtud de la naturaleza de las cláusulas escalonadas y, dado que el arbitraje ya se inició sin cumplir el acuerdo pactado previo al arbitraje, ésta ya no tendría ninguna finalidad, esto es, precaver un litigio (Carmigniani, Cepeda y García, 2016, p. 183). Todo esto, sin perjuicio de la aceptación de que en efecto estos pactos constituyen obligaciones contractuales.

En palabras del tribunal: “entendido así la naturaleza jurídica preventiva y el propósito amigable de esta cláusula, solamente tiene sentido en el caso de que efectivamente pueda cumplir su prevista función preprocesal” (Carmigniani, Cepeda y García, 2016, p. 183). A ello agregan que “si se ha iniciado un juicio arbitral que dicha cláusula pretendía evitar, ella ya no puede cumplir su propósito preventivo y se frustra la finalidad que tuvieron en vista las partes” (Carmigniani, Cepeda y García, 2016, p. 183). En definitiva, el tribunal sostiene que “no es razonable exigir que se cumpla un requisito pensado para evitar un proceso cuando esta [sic] ya ha sido iniciado” (Carmigniani, Cepeda y García, 2016, p. 183).

### **2.2.3.SGS Société Générale de Surveillance S.A c. República Islámica de Pakistán, CIADI, Caso No. ARB/01/13**

Esta controversia nace como consecuencia de una relación comercial entre SGS y Pakistán, mediante la cual SGS le proveía el servicio de inspección a bienes que eran exportados desde ciertos países a Pakistán. Dentro de las objeciones a la jurisdicción al tribunal arbitral que realizó Pakistán, se encuentra el hecho que SGS no respetó el periodo de consultas pactado en el acuerdo bilateral, sino que, SGS notificó a Pakistán con sus reclamos y, luego de dos días, inició el arbitraje SGS (Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán, 2003). Según el acuerdo, SGS debió esperar 10 meses destinados a consultas con Pakistán, para intentar resolver las diferencias (Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán, 2003).

En su lugar, SGS ratificó que no cumplió el periodo de espera, atribuido a que cumplirlo sería fútil y, además, ese incumplimiento “no es un requisito previo para la jurisdicción, sino más bien normas de procedimiento destinadas a fomentar las consultas o negociaciones que pueden llevar a evitar el arbitraje” (Société Générale

de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán, 2003). SGS también argumentaba que nada le prohibía a Pakistán iniciar las negociaciones una vez que fue notificada con la solicitud de arbitraje (Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán, 2003).

El tribunal concluyó, en pocas líneas, amparado en el caso *Ethyl Corporaation v. The Government of Canada*, que los periodos de consultas suelen ser tratados como orientativos y procesales y no como mandatorios y de naturaleza jurisdiccional (Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán, 2003). Así también, acogió la postura de SGS, señalando que no ha podido evidenciar que haya alguna inclinación, de cualquier parte, para iniciar las negociaciones.



## Conclusiones

*Primero*, como se ha podido evidenciar, existen distintos criterios sobre cómo debe proceder el tribunal arbitral cuando existen incumplimientos de los mecanismos pactados en una cláusula escalonada. No obstante, en lo que sí existe un consenso es que, en muchas ocasiones, los tribunales se regirán a lo expresamente pactado por las partes. En otras palabras, si de la cláusula se desprende que existe un lenguaje suficientemente claro sobre el efecto que le quieren dar las partes al cumplimiento de estos mecanismos -es decir, obligatorio o no-, el tribunal se regirá a tal rigor. Pero, por otro lado, si de la cláusula se denota una ambigüedad sobre la obligatoriedad del cumplimiento de los mecanismos, en este caso, el tribunal entrará a analizar y decidirá con base en su criterio. En esta línea, el análisis que se realizará en estos casos será para aquellos en que haya de por medio una cláusula vaga. Para los otros casos -con una cláusula clara en cuanto a su interpretación-, se debe entender que no da cabida a estas exámenes, pues ya fue fijado por las partes cómo debe leerse la cláusula.

*Segundo*, el autor de este documento considera que, al clasificar el incumplimiento de una cláusula escalonada como una cuestión de jurisdicción, se caería en formalismos excesivos que no son propios del arbitraje y, sobre todo, en algunos casos pudiera limitarse el acceso a la justicia acordada por las partes. Si bien es cierto que las partes fijaron un procedimiento previo al inicio del arbitraje, el cual, con base en el principio *pacta sunt servanda* debiera cumplirse, no es menos cierto que la naturaleza y único objetivo de las cláusulas escalonadas es evitar un eventual litigio. Si una de las partes ya inició el arbitraje, saltándose el escalón previo al mismo, esto no impide que la contraparte intente negociar, mediar, o cumplir el mecanismo que fuere. Muchos de estos mecanismos heterocompositivos dependen, en gran parte, de la misma voluntad de las partes. Decidir en dicho momento -ya iniciado al arbitraje- que las partes cumplan con el escalón acordado, pudiera resultar -como lo refleja la jurisprudencia- fútil, además incurrir altos costos y tiempo. Ahora bien, existen excepciones con ciertos mecanismos, como por ejemplo en arbitraje de inversión, el inicio de la vía judicial en territorio de alguna de las partes.

*Tercero*, por otro lado, el autor se apega a la teoría de la clasificación como una cuestión de admisibilidad, la cual, dicho sea de paso, es la que se logra

identificar recogida con mayor amplitud recientemente. En síntesis, los motivos por los cuales se considera que se debe clasificar de esta forma son los siguientes: i) direccionamiento de las objeciones a la jurisdicción; ii) estructura de la cláusula escalonada; iii) potencial limitación de acceso a la justicia.

En referencia al *primer punto*, se debe señalar que las objeciones que cuestionan la jurisdicción sobre la base del incumplimiento de cláusulas escalonadas, por el fondo, estas se basan en aspectos temporales o cumplimiento de requisitos. Esto demuestra que la jurisdicción del tribunal no está en juego, sino la discusión sobre si la demanda es admisible o no, por el cumplimiento de determinados factores. La jurisdicción del tribunal, por la naturaleza de la objeción, no está siendo discutida.

En cuanto al *segundo punto*, se debe tener presente que de una u otra forma, las partes acordaron que el arbitraje sea el método de resolución de conflictos. Nuevamente, la jurisdicción no estaría en discusión. Sobre este punto, en un artículo que se estudia el caso BG Group c. Argentina, se sostiene que se debe observar la estructura piramidal de la cláusula escalonada y, por ello, se debería resolver otorgando deferencia a la decisión del tribunal respecto de la precondition del mecanismo acordado en la cláusula (Lim y Velarde, 2014, p. 164). Cumpliéndose o no los mecanismos previos al arbitraje, aquel será el foro al cual deberán acudir definitivamente las partes para resolver sus controversias.

Por último, en cuanto al *tercer punto*, se considera -como también sostiene Born- que, al no tratar estos eventos como cuestiones de admisibilidad, se estaría tergiversando la finalidad de las cláusulas escalonadas para transformarlas en instrumentos de demora, ineficiencia y, por último, denegación de justicia (Born y Šćekić, 2016). Pudieran darse casos, por ejemplo, en que una de las partes tenga una urgencia por presentar la solicitud arbitral, por la naturaleza de la controversia y, por esto mismo, no pudiera permitirse cumplir con el proceso de una mediación o peor aún un período de espera. En este tipo de casos, debería otorgarse deferencia a los mecanismos acordados en la cláusula escalonada y el tribunal ratificar su jurisdicción.

*Cuarto*, en síntesis, la posición de este autor es que los incumplimientos de las cláusulas escalonadas no afectan la jurisdicción del tribunal arbitral y, además,

debería otorgarse deferencia al cumplimiento de estos. Es de vital importancia recalcar que esta postura es para aquellos casos en que existe ambigüedad en la cláusula, pues de lo contrario, el tribunal deberá apegarse a lo acordado por las partes.

## Recomendaciones

La recomendación del autor es que cada centro de arbitraje adopte una cláusula modelo, para la cual, se debe evitar la redacción de cláusulas vagas y, para ello, se deberá tener en consideración los puntos que se detallan a continuación.

*Primero*, es importante que las partes determinen el alcance que le quieran dar a los mecanismos de resolución de conflictos previos al arbitraje. Es decir, tendrán que establecer si tales mecanismos son obligatorios o no para que la parte interesada pueda comenzar el arbitraje.

*Segundo*, se debe definir cuál es el contenido de los mecanismos previos al arbitraje. Para ello, la cláusula debería contener la descripción de qué se espera de un método en específico. Por ejemplo, si hablamos de la negociación, se recomienda que las partes acuerden cuándo se entiende cumplida: si con el simple hecho de enviar una carta invitando a negociar o si asistiendo a una reunión.

*Tercero*, las partes deben evitar utilizar términos ambiguos de difícil y subjetiva interpretación. Es común leer que en las cláusulas escalonadas se incorporen frases como, por ejemplo, “buena fe” o “amistosamente”; estos términos no pueden ser objetivamente medidos por lo que impide una correcta interpretación de la cláusula escalonada.

*Cuarto*, es menester que se defina una forma de medición en cuanto al comienzo de los mecanismos. Con esto se busca poder identificar desde cuándo se entenderá que comienza el escalón acordado. Por ejemplo, otra vez, si hablamos de la negociación, se puede fijar que la negociación empezará desde la primera reunión llevada a cabo. De esta forma, existe una medida objetiva que permite descifrar el momento desde el cual se cuenta la duración de la negociación.

Por último, *quinto*, se recomienda que las partes incorporen cuál es la consecuencia que desean otorgarle al incumplimiento de cláusulas escalonadas. Aquí existen ciertos puntos a definir como, por ejemplo, si -comenzado el arbitraje y habiéndose incumplido los mecanismos previos al mismo- el tribunal deberá decidir si suspender el proceso para que se cumpla con el escalón o si ordena la terminación

de éste. Así también, se recomienda que se defina cómo y quién pagará las costas del arbitraje, de declararlas el tribunal.

## Referencias

- Caivano, R. (2011). *La cláusula arbitral*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Born, G., y Šćekić, M. (2016). *Pre-arbitration procedural requirements*. En D. Caron, S. Schill, A. Cohen, & E. Triantafyllou, *Practising virtue: Inside international arbitration* (p. 229). Oxford: Oxford Scholarship Online.
- Brito, D., y Cevallos, P. (2016). El arbitraje bajo la nueva Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 7*. Pp. 98-99.
- Cámara de Comercio Internacional. (2017). *Reglamento de Arbitraje*. Francia.
- Carmigniani, E.; Cepeda, C. y García, H. (2016). Arbitraje en Ecuador: Desarrollo jurisprudencial y reformas legales recientes. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 7*. P. 182
- Código Civil. (2005). *Registro Oficial Suplemento 46*. Ecuador.
- Código Orgánico de Comercio, Producción e Inversiones (2010). *Registro Oficial Suplemento 351*. Ecuador.
- Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina (2004). Caso CIADI No. Arb/01/03. Decisión de jurisdicción. Centro Internacional de Diferencias relativas a Inversiones.
- González de Cosío, F. (2014). *Arbitraje*. Distrito Federal de México: Editorial Porrúa.
- Guaracachi America, Inc. c. Estado Plurinacional de Bolivia (2014). Caso CPA No. 2011-17. Corte Permanente de Arbitraje.
- Jijón, R. (2015). *Cláusulas escalonadas*. VIII Conferencia de Arbitraje Internacional. Recuperado de: [https://amchamec.com/descargas/Arbitraje/C\\_internacional/VIII\\_Conferencia/11.pdf](https://amchamec.com/descargas/Arbitraje/C_internacional/VIII_Conferencia/11.pdf)
- Jiménez, D. (2003). Multi-Tiered dispute resolution clauses in ICC arbitration. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 14(1), 71.
- Ley de Arbitraje y Mediación (2006). *Registro Oficial 417*. Ecuador.
- Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas (2015). *Registro Oficial Suplemento 652*. Ecuador.
- Lim, J. y Velarde, L. (2014). Oportunidades y Riesgos en la decisión del caso BG Group vs. Argentina. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 6*. P. 164.

- Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador (2009). Caso CIADI No. Arb/08/4. Memorial de contestación sobre jurisdicción de Murphy Exploration and Production Company International. Centro Internacional de Diferencias relativas a Inversiones.
- Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador (2010). Caso CIADI No. Arb/08/4. Decisión sobre jurisdicción. Centro Internacional de Diferencias relativas a Inversiones.
- Naciones Unidas (2005). *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration*. United Nations Conference on Trade and Development. Recuperado de: [https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add39\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add39_en.pdf)
- Paulsson, J. (2005). *Jurisdiction and admissibility. Global reflections on international law, commerce and dispute resolution*. ICC Publishing, Publicación 693.
- Ronald S. Lauder c. República Checa (2001). Caso Uncitral. Laudo arbitral. Centro Internacional de Diferencias relativas a Inversiones.
- Schreuer, C. (2004). *Travelling the BIT route* (Vol. 5). Geneva: The Journal of World Investment & Trade.
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán (2003). Caso CIADI No. ARB/01/13. Decisión sobre jurisdicción. Centro Internacional de Diferencias relativas a Inversiones.
- Tempone, R. (2003). *Protección de inversiones extranjeras*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- Zambrano, P. (2014). El principio Pacta Sunt Servanda en las controversias derivadas de los tratados bilaterales de inversión: Análisis del caso Murphy Exploration and Production Company v. República del Ecuador (CIADI No. ARB/08/4). *Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 5*. P. 195.



**Presidencia  
de la República  
del Ecuador**



**Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes**



**SENESCYT**

Secretaría Nacional de Educación Superior,  
Ciencia, Tecnología e Innovación

## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Larco Álava, Kevin Alberto**, con C.C: # **0930079694** autor del trabajo de titulación: **Incumplimiento de Cláusulas Escalonadas ¿Un Problema De Jurisdicción o Admisibilidad?** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 26 de febrero de 2021

f. \_\_\_\_\_

Nombre: **Larco Álava, Kevin Alberto**

C.C: **0930079694**





## REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

### FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

<b>TEMA Y SUBTEMA:</b>	<b>Incumplimiento de cláusulas escalonadas ¿un problema de jurisdicción o admisibilidad?</b>		
<b>AUTOR(ES)</b>	Larco Álava, Kevin Alberto		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b>	Nuques Martínez, Hilda Teresa, Phd		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>FACULTAD:</b>	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
<b>CARRERA:</b>	Derecho		
<b>TÍTULO OBTENIDO:</b>	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	26 de febrero de 2021	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	41
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Métodos alternativos de solución de conflictos y Derecho Procesal		
<b>PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:</b>	Arbitraje, cláusulas escalonadas, jurisdicción, admisibilidad, períodos de enfriamiento, autonomía de la voluntad de las partes.		
<b>RESUMEN/ABSTRACT:</b>	<p>Acordar que un convenio arbitral contenga la estructura de una cláusula escalonada constituye un evento de gran relevancia procesal que, o bien puede ahorrar formidablemente el tiempo y recursos económicos de las partes, o, asimismo causar una importante pérdida de estos. A lo largo de los años, se puede identificar que al pactarse el arbitraje como último método de resolución de conflictos en la forma de una cláusula escalonada y, habiéndose incumplido los mecanismos previos a éste, al inicio del proceso arbitral se evidencian comunes objeciones a la jurisdicción o admisibilidad del tribunal arbitral, o, de la demanda, respectivamente. Sin embargo, resulta interesante que al momento de resolverse estas objeciones, los tribunales han tenido distintos criterios por diferentes motivos, decidiendo sobre casos factualmente semejantes. Es por esto que en el presente trabajo se ahondará en estudiar si la objeción sobre el incumplimiento de una cláusula escalonada, específicamente, de los mecanismos previos al arbitraje, constituyen una objeción que debería clasificarse como una cuestión de jurisdicción o admisibilidad.</p>		
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTORES:</b>	<b>Teléfono:</b> +593-986693780	E-mail: kevin_larco@hotmail.com	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::</b>	<b>Nombre:</b> Reynoso Gaute de Wright, Maritza Ginette		
	<b>Teléfono:</b> +593-994602774		
	<b>E-mail:</b> maritzareynosodewright@gmail.com		
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>			
<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>			
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>			
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>			