

ediciones
DER



Universidad de
los Andes

Coordinador

Juan Eduardo Figueroa Valdés

Derecho de Construcción: Análisis dogmático y práctico

CoEdiciones

3. EL USO DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS DE SOLUCIÓN
ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN:
UTILIDAD, PROBLEMAS Y SOLUCIONES*

JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDÉS**

Resumen

El origen de las cláusulas escalonadas se encuentra en la necesidad de una resolución a los conflictos más económica, rápida y eficiente, ya que

* Este trabajo es parte Proyecto Fondecyt (Reg. 2015) N° 1150634, sobre homologación de modelos estandarizados internacionales para contratos de obras públicas y privadas en Chile, en que su autor es co-investigador.

** Abogado Universidad de Chile, LLM Derecho Internacional, Inversiones, Comercio y Arbitraje Internacional, Universidad de Heidelberg-Universidad de Chile. Abogado integrante de la Corte Suprema de Chile. Vicepresidente de la Sociedad Chilena de Derecho de la Construcción. Presidente de cuatro Dispute Review Board (DRB) de contratos de construcción en obras mineras de Codelco Chile. Árbitro del Centro de Arbitrajes y Mediaciones de la Cámara de Comercio de Santiago; Árbitro de la ICDR, rama internacional de la American Arbitration Association; Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá; Fellow Ciarb (Chartered Institute of Arbitrators); socio Estudio Jurídico Figueroa, Illanes, Huidobro & Salamanca; Profesor de Post Grado Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Santiago de Chile; Director Académico de Diplomado Derecho Inmobiliario -año 2011- y profesor de curso especializado de Derecho de Construcción, Universidad de Los Andes, año 2015. Profesor Master Heidelberg Center para América Latina 2008-. Asesor de diversas empresas constructoras e inmobiliarias, por más de 30 años y especialista en Derecho Urbanístico, Inmobiliario y de la Construcción, siendo reconocido por la publicación internacional Chambers and Partners como uno de los abogados más destacados en Chile en el área inmobiliaria, años 2012-2018; y asesor legal de la Asociación Gremial ACOP Cámara Nacional de Servicios Inmobiliarios. Miembro del Grupo Latinoamericano de la ICC. Autor de diversos artículos y libros sobre su especialidad.

permiten que las diferencias que se susciten entre las partes puedan ser resueltas a medida que se van presentando para evitar que escalen y retrasen el proyecto, por lo cual, este tipo de cláusulas, conocidas también como “multinivel”, cumplen un rol fundamental, ya sea a través de la mediación, de un *dispute boards* o de cualquier método de negociación extra arbitral, en forma previa a un juicio o un arbitraje. Este trabajo, en particular, aborda ciertos problemas que se presentan en cuanto a su obligatoriedad, ejecutabilidad y las consecuencias de su incumplimiento. Igualmente, destaca la importancia que reviste la forma de cómo ellas deben redactarse y formula algunas recomendaciones para hacerlas más eficaces.

3.1. Introducción

En los últimos años se ha visto con frecuencia cómo las partes incorporan en sus contratos de construcción las *cláusulas escalonadas*, también denominadas “*cláusulas multinivel*” o “*pacto de negociar previamente*”, en virtud de las cuales, una parte pone en conocimiento de la otra la existencia de una controversia, buscando una solución “*extra-arbitral*” a través de la composición amistosa de la disputa. Se trata de una “*cláusula arbitral combinada con estipulaciones propias de otros métodos alternativos de solución de controversias, que buscan proveer escenarios y etapas iniciales y previas al arbitraje*”¹.

En este trabajo se analizarán las principales utilidades que presenta este tipo de cláusulas y las razones por las cuales las partes deciden incorporarlas, especialmente en los contratos de construcción, ya que, consideradas las características especiales de estos, constituyen una de los métodos más eficientes y prácticos para resolver conflictos; además, se hará referencia a las cláusulas escalonadas en los *Contratos FIDIC* y cómo los *Dispute Boards* han tomado fuerza como método alternativo de resolución de controversias. Se hará referencia a los problemas que han suscitado su aplicación en la práctica, tanto en el caso de cláusulas escalonadas facultativas como obligatorias, y, junto con ambas, los conceptos

1 BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael y otros. “*Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia*”, artículo publicado en Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, del Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación, año 2012, Volumen 5, Issue 1, p. 170.

de “*definiteness*” y “*finality*” como tema de su obligatoriedad. Se ha dado en torno a si su ejecución por laudo arbitral, junto con los procedimientos que provocan discusiones, cumplen el objetivo principal de resolver los efectos que produce la cláusula pactada, en cuanto a la posibilidad de la demanda y si se revisarán dos casos de los tribunales de Singapur recogidos en la *Dispute Adjudication Board*, en que se discutió sobre el cumplimiento de las cláusulas y se analizará qué es lo que se debe redactar en una cláusula que hará referencia.

3.2. Generalidad de las cláusulas escalonadas

Frente a los conflictos de construcción que las partes suscitadas, también “*pacto de negociar previamente*”- para resolver tales conflictos de jurisdicción.

El origen de las cláusulas escalonadas en la necesidad de una resolución eficiente, considerando, los conflictos complejos, especialmente en el caso de las cláusulas así como se han ido incorporando en los contratos previos para evitar que se obligan a hacer sus propios acuerdos buscando así transformarlos.

Las principales ventajas de la resolución de conflictos de construcción utilizando una menor cantidad de recursos.

de “*definiteness*” y “*futility*”, respectivamente; se tratará especialmente el tema de su obligatoriedad y ejecutabilidad, además de la discusión que se ha dado en torno a si su incumplimiento puede o no acarrear la nulidad del laudo arbitral, junto con la incorporación de cláusulas poco precisas que provocan discusiones “procedimentales” entre las partes, sin cumplir el objetivo principal de resolver las diferencias. Más adelante, se explicarán los efectos que produce el incumplimiento de alguna de las etapas de la cláusula pactada, en cuanto a la competencia del Tribunal, como la admisibilidad de la demanda y otras consecuencias concretas, para lo cual se revisarán dos casos de la jurisprudencia: “*Persero Case*”, en que los tribunales de Singapur reconocieron el valor procesal de las decisiones de un *Dispute Adjudication Board*, y el caso “*Bancolombia S.A. con Gilinsky*”, en que se discutió sobre la anulación de un fallo arbitral por el incumplimiento de las cláusulas escalonadas pactadas por las partes. Finalmente, se analizará qué es lo que se debe tener en consideración al momento de redactar una cláusula multinivel, a fin de evitar los problemas a los que se hará referencia.

3.2. Generalidades: origen y utilidad de las cláusulas escalonadas

Frente a los conflictos que puedan surgir de la aplicación del contrato que las partes suscribieron, las cláusulas escalonadas -en adelante también “*pacto*”- permiten contar con diversas oportunidades -“*escalones*”- para resolver tales disputas, antes de recurrir a la etapa arbitral o jurisdiccional.

El origen de las cláusulas escalonadas se encuentra, fundamentalmente, en la necesidad de una resolución a los conflictos más económica, rápida y eficiente, considerando, además, que ciertos conflictos son muy técnicos y complejos, especialmente en áreas como la ingeniería y la construcción. Es así como se han ido incorporando estos pactos que buscan un acercamiento previo para evitar que el conflicto escale, durante el cual los involucrados se obligan a hacer sus mejores esfuerzos para negociar y lograr acuerdos, buscando así transformar al arbitraje en la “*última instancia*”.

Las principales ventajas que presentan las cláusulas escalonadas en la resolución de conflictos es que, tal como se adelantó, permite resolverlos utilizando una menor cantidad de recursos económicos y de una manera

más eficiente, de forma temprana, además de crear escenarios menos formales y adversariales, lo que permite que, aunque se haya generado una disputa, se pueda preservar la relación comercial o de negocios. Asimismo, otorga la posibilidad a los contratantes de reflexionar sobre los hechos que originan la controversia², junto con crearse un “traje a la medida” de los mismos contratantes y del proyecto o contrato que los une. Tal como sostiene Roque CAIVANO, un acuerdo es la solución ideal, porque “elimina el conflicto desde su raíz, armonizando los intereses que en algún minuto se volvieron divergentes”³. Por último, es importante considerar que en el campo “auto-compositivo”, las partes conservan su poder de decisión y controlan el resultado, lo que frente a los métodos adversariales, en que el poder de decisión se encuentra en manos de un tercero ajeno, no deja de resultar atractivo para los contratantes.

Además, se debe tener presente que las cláusulas escalonadas son fiel reflejo de la autonomía de la voluntad y, por tanto, pueden comprender diversas formas alternativas de resolución, como, por ejemplo, un *dispute board*, la negociación o la mediación, como también una combinación de los anteriores.

Por último, se debe considerar que su tipología es muy variada, ya que pueden encontrarse pactos que se caracterizan por su vaguedad o generalidad, al acordarse, a modo de ejemplo, que “frente a un conflicto, las partes deben realizar sus mayores esfuerzos para alcanzar un acuerdo”, casos en que se apela derechamente a la buena fe y deber de colaboración que se espera de las partes. En la vereda contraria, se encuentran aquellas cláusulas en que se regula con precisión los plazos máximos de negociación, por quiénes debe ser dirigida ésta, y detalles de tal naturaleza, que convierten al proceso en uno poco flexible, pero que permite a las partes conocer con exactitud los pasos a seguir, lo que en general facilita el desarrollo de la negociación.

2 LÓPEZ DE ARGUMEDO P., Álvaro. “El pacto de negociar con anterioridad a la iniciación del arbitraje - Multi-step Dispute Resolution Clauses”, 2010-2011, p. 2. Artículo publicado en <http://www.uria.com/es/abogados/ala?iniciales=ala&seccion=publicaciones>, consultada el 21-07-2016.

3 CAIVANO, Roque J. “Las cláusulas ‘escalonadas’ de resolución de conflictos - Negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje”, p. 70. Artículo publicado en “Tratado de Derecho Arbitral - El convenio arbitral, Tomo I”, director Carlos Alberto Soto Coaguila, Editorial Ibáñez, Perú 2011.

A) Importancia de las cláusulas de resolución de conflictos en la construcción

Como hemos señalado, en ciertos niveles pueden constituir una alternativa para poner término a sus conflictos. Sin embargo, es importante tener en cuenta que esto es aún más acentuado en el sector de la construcción. Para llegar a esta conclusión, es necesario considerar que la construcción genera alrededor de 100 millones de dólares de trabajo, lo que imperioso evitar que las disputas se vuelvan proyectos, junto con desarrollar métodos más eficientes.

¿Qué es lo que distingue a la construcción de otros sectores? ¿Es especialmente necesario resolver los conflictos que puedan surgir? Sin entrar en detalles, los conflictos de obra se caracterizan por su alta complejidad, los proyectos, con montos elevados, requieren que se debe agregar un elemento importante, propio de la construcción, que es el resultado de un análisis técnico que se debe haber realizado antes de que hubiere surgido. Asimismo, son necesarios los conocimientos de los abogados y expertos de distintas áreas de trabajo, lo que ocasiona que se genere un conflicto entre ellos. Por último, es importante tener en cuenta que muchas veces provienen de conflictos que son cada vez más común el uso de los métodos de resolución de conflictos.

Por las consideraciones planteadas, en los contratos de construcción, es necesario tener en cuenta los conflictos a medida que se van desarrollando el proyecto, para lo cual es fundamental, ya sea a través de cualquier método de negociación.

B) Cláusulas escalonadas de resolución de conflictos: Dispute Boards

Es común ver que en los contratos de construcción, la parte de la cláusula de resolución de conflictos incluye la intervención de un Dispute Board.

A) *Importancia de las cláusulas escalonadas en los contratos de construcción*

Como hemos señalado, en cualquier tipo de contrato las cláusulas multi-nivel pueden constituir una alternativa conveniente para las partes en orden a poner término a sus conflictos en forma previa al arbitraje. Sin embargo, creemos que esto es aún más acentuado en el caso de los contratos de construcción. Para llegar a esta conclusión, es útil tener presente que la industria de la construcción genera alrededor de un 10% del PIB mundial, por lo que resulta imperioso evitar que las disputas se dilaten en el tiempo, encareciendo los proyectos, junto con desarrollar métodos eficientes de resolución de las mismas.

¿Qué es lo que distingue a los contratos de construcción, que hace que sea especialmente necesario resolver en forma diligente los conflictos que puedan surgir? Sin entrar en detalles, es posible señalar que los contratos de obra se caracterizan por su complejidad: en general, regulan grandes proyectos, con montos elevados de inversión y altos costos. A lo anterior se debe agregar un elemento importante, que es el contenido técnico complejo, propio de la construcción de los proyectos, que hace que se requiera de un análisis también técnico al momento de resolver la controversia que hubiere surgido. Asimismo, son especiales porque reúnen a muchos agentes y expertos de distintas áreas, con diferentes puntos de vista y formas de trabajo, lo que ocasiona que sea usual la carencia de adecuada coordinación entre ellos. Por último, estos contratos congregan a diversas empresas que muchas veces provienen de distintas culturas, lo que ha hecho cada vez más común el uso de los contratos tipo de estándares internacionales.

Por las consideraciones planteadas, se hace patente que, tratándose de contratos de construcción, es muy útil tener la posibilidad de resolver los conflictos a medida que se van presentando para evitar que escalen y retrasen el proyecto, para lo cual las cláusulas escalonadas cumplen un rol fundamental, ya sea a través de la mediación, de un *dispute board*, o de cualquier método de negociación extra arbitral.

B) *Cláusulas escalonadas comunes en contratos de construcción: Dispute Boards*

Es común ver que en los contratos de construcción se incorpore, como parte de la cláusula de resolución de conflictos -en uno de los escalones-, la intervención de un Dispute Board. Y es que junto con las ventajas que estos

presentan, ya por el hecho de ser un método alternativo, además, permiten a las partes resolver las disputas en el momento mismo en que se están produciendo. Otras virtudes que señalan los autores son que ambos contratantes deben participar y comprometerse con el proceso; se facilita la posibilidad de que el proyecto se termine dentro de plazo, evitándose los costos por aumento del mismo y multas; y, usados de manera correcta, permiten que el proyecto siga avanzando, produciendo una mínima distracción⁴.

C) Cláusulas escalonadas en los Contratos FIDIC⁵

Los modelos de contratos FIDIC también han incorporado las cláusulas escalonadas dentro de sus pactos de resolución de controversias. Es así como en el "Red Book", "Yellow Book" y "Silver Book" se establece un sistema en etapas, construido sobre la base de que los conflictos puedan solucionarse en una etapa temprana⁶, toda vez que una de las especiales características de las disputas de construcción es que invariablemente necesitan una solución rápida, aunque sea provisional, de modo de permitir que la obra y el contrato se puedan seguir ejecutando⁷.

Los modelos "Red Book" y "Yellow Book", en su cláusula 2.5, tratándose de los reclamos del mandante, establecen que éste debe notificar de ellos al constructor tan pronto tome conocimiento del evento en que se funda dicho reclamo, gozando el ingeniero de la facultad para pronunciarse al respecto, ya sea estando de acuerdo o emitiendo una determinación, conforme a la cláusula 3.5. Tratándose de los reclamos del constructor, de acuerdo a la cláusula 20.1, éste debe informarlos al ingeniero dentro de los 28 días desde que se tuvo conocimiento del evento, debiendo entregar dentro del plazo de 42 días el detalle completo de los fundamentos del reclamo. Luego, el mandante deberá responder o hacerse cargo del reclamo dentro de los 42 días siguientes, efectuando sus comentarios de aprobación

4 KANTOR, Elizabeth y otros. "Gaps can end in tears", Agosto 2016. Artículo disponible en <http://www.constructionlaw.uk.com/gaps-can-end-in-tears/> Consultado el 08/09/2016.

5 FIGUEROA V., Juan Eduardo. "Los contratos de construcción FIDIC frente al derecho chileno", artículo publicado en Gaceta Jurídica N° 394, año 2013, p. 20 y siguientes.

6 SEPPALA, Christopher. "Constructor's claims under the FIDIC contracts for major Works", v. 21, número 4, 2005, Construction Law Journal, London, England.

7 JENKINS, Jane y otros, "International Construction Arbitration Law", Kluwer Law, 2006, p. 32.

no aprobación. Enseguida, e una justa determinación, según la determinación, puede som Board" (DAB), conforme a la decisión del DAB, puede som conforme a las normas de la según lo establecido en la cláus 62 días para el evento en que partes en dicho período. Si las arbitraje, es conveniente señala

Tratándose del "Silver Book" reclamos del constructor, es qu instancia no por el ingeniero, si significativa entre los distintos Book" prevén un Ad Hoc DAB DAB permanente.

En cuanto al funcionamiento obligatorias provisionalmente, un acuerdo de las partes o por e El DAB está constituido por un e imparciales, que es aconseja obra, para poder resolver los c sente trabajo se volverá a tratar DAB, a la luz del fallo del caso

Cabe hacer presente que el de resolución de conflictos par Europa, pensado para grandes se ha expandido a trabajos de bajo costo de funcionamiento

3.3. Problemas de las dad y ejecutabilidad

Sin perjuicio de constituir eficacia de las cláusulas escalonada se ha controvertido su ot los escalones que se acuerden

o no aprobación. Enseguida, el ingeniero debe pronunciarse emitiendo una justa determinación, según la cláusula 3.5. Si el constructor no acepta la determinación, puede someter el asunto a un "Dispute Adjudication Board" (DAB), conforme a la cláusula 20.2, y si queda insatisfecho con la decisión del DAB, puede someter el asunto a un arbitraje internacional, conforme a las normas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), según lo establecido en la cláusula 20.6, después de un *cool of period* de 62 días para el evento en que no prospere un acuerdo amigable entre las partes en dicho período. Si las partes quisieran someterse a otras reglas de arbitraje, es conveniente señalar qué institución nombrará al Tribunal.

Tratándose del "Silver Book", la diferencia, en lo que respecta a los reclamos del constructor, es que ellos deben ser resueltos en una primera instancia no por el ingeniero, sino por el propio mandante. Otra diferencia significativa entre los distintos modelos es que "Silver Book" y el "Yellow Book" prevén un *Ad Hoc DAB*, mientras que el "Red Book" considera un *DAB* permanente.

En cuanto al funcionamiento de los *DAB*, sus decisiones son finales y obligatorias provisionalmente, esto es, mientras no fueren modificadas por un acuerdo de las partes o por el Tribunal Arbitral, de requerirse el arbitraje. El *DAB* está constituido por una o tres personas calificadas, independientes e imparciales, que es aconsejable que se constituyan desde el inicio de la obra, para poder resolver los conflictos a tiempo. En el acápite IV del presente trabajo se volverá a tratar sobre la obligatoriedad de las decisiones del *DAB*, a la luz del fallo del caso "Persero" dictado por la Corte de Singapur.

Cabe hacer presente que el uso de los *Dispute Boards* como mecanismo de resolución de conflictos partió hace varias décadas en Estados Unidos y Europa, pensado para grandes obras de infraestructura, pero con el tiempo se ha expandido a trabajos de menor envergadura, especialmente por su bajo costo de funcionamiento y efectividad.

3.3. Problemas de las cláusulas escalonadas: su obligatoriedad y ejecutabilidad

Sin perjuicio de constituir una alternativa atractiva para las partes, la eficacia de las cláusulas escalonadas ha sido cuestionada, ya que en la práctica se ha controvertido su obligatoriedad y la necesidad de agotar todos los escalones que se acuerden, en forma previa a la solicitud de arbitraje.

Ha sido objeto de discusión la hipótesis en que, pese a haberse acordado un sistema escalonado de resolución de controversias, alguna de las partes decide acudir directamente al arbitraje, o cuando alguna no se ajusta a cada uno de los pasos del mecanismo establecido. Frente a estos escenarios, no existe unanimidad: algunos han planteado la falta de jurisdicción o competencia del Tribunal Arbitral, otros la inadmisibilidad de la demanda, o que habría un incumplimiento contractual y que, como tal, deben simplemente indemnizarse los perjuicios ocasionados, entre otras soluciones.

A continuación, se hará referencia a los principales problemas que presentan las cláusulas escalonadas, especialmente en cuanto a su obligatoriedad y consecuencias de su incumplimiento, para lo cual se explicarán en particular los siguientes temas: la discusión que se ha desarrollado en torno a su naturaleza jurídica; cuáles son los dos principales tipos de pactos que la doctrina ha identificado (facultativos y obligatorios), y, por último, sus ventajas y desventajas.

A) Naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas

Como primera consideración, a fin de dilucidar cuál es la fuerza obligatoria de este tipo de cláusulas, y qué consecuencias puede acarrear su incumplimiento, es necesario tener presente la discusión doctrinaria y jurisprudencial que se ha desarrollado, principalmente en el mundo anglosajón, en torno a su naturaleza jurídica, toda vez que no es indiferente entenderlas como una condición suspensiva para un posterior arbitraje; como un presupuesto procesal del mismo; o como una carga procesal.

Tal como explica Álvaro LÓPEZ DE ARGUMEDO⁸, quienes califican a las cláusulas escalonadas como una condición suspensiva -o "*condition precedent*"-, sostienen que, en caso de que las partes las hayan incorporado al contrato, no existe la posibilidad de acceder al arbitraje si es que no se ha llevado a cabo previamente el proceso de negociación. Así, las cláusulas escalonadas se transformarían en un requisito *sine qua non* de un proceso arbitral. En la experiencia comparada, los tribunales norteamericanos han llegado a esta conclusión en "*aquellos supuestos en que así lo hayan calificado expresamente las partes*"⁹, por lo que solo en estos casos será forzoso, para el inicio del arbitraje, haber agotado la vía amistosa.

8 LÓPEZ DE ARGUMEDO P., Álvaro. Op. cit., p. 3 y siguientes.

9 Ibid., p. 4.

Por otro lado, es multinivel como conc la negociación no se l "toda la estructura de apartarse de la jurisd resolver su controvers de vital importancia ap llos casos en que esa s

Es en razón de lo este pacto como un pre requisitos que condicion De esa forma, el hech es impedimento para examinarán, precisam negociar, y en el que asunto mientras no se pero sí será posible, er locutorio que resuelve pacto de negociar.

Por último, se soste derse como una carga requisito para preven caso, como en la hipó de la cláusula no impi que se decida el fond Arbitral, mientras no s las etapas de negocia una vez corregido tal asunto controvertido.

B) Las cláusulas

Como segunda co gatoriedad de estas cl

10 Ibid., p. 5.

11 Ibid., p. 6.

12 Ibid., p. 6.

erse acordado
a de las partes
e ajusta a cada
escenarios, no
ción o compe-
manda, o que
simplemente
es.

emas que pre-
u obligatorie-
explicarán en
lado en torno
de pactos que
r último, sus

uerza obliga-
carrear su in-
naria y jurisdic-
o anglosajón,
e entenderlas
como un pre-

alifican a las
condition pre-
corporado al
que no se ha
as cláusulas
le un proce-
eamericanos
así lo hayan
s casos será
osa.

Por otro lado, es necesario tener presente que entender las cláusulas multinivel como condición suspensiva del arbitraje, en los casos en que la negociación no se lleve a cabo, conduce a la situación paradójica de que *“toda la estructura de resolución de conflictos, creada por las partes para apartarse de la jurisdicción, se vendría abajo, en contra de su voluntad de resolver su controversia de manera extra-jurisdiccional”*¹⁰, por lo que es de vital importancia aplicar este criterio en forma restrictiva, solo en aquellos casos en que esa sea la voluntad manifiesta de las partes.

Es en razón de lo anterior que nos parece más conveniente entender este pacto como un presupuesto procesal, entendido como *“conjunto de requisitos que condicionan el derecho a obtener una resolución de fondo”*¹¹. De esa forma, el hecho de que las partes no negocien en forma previa no es impedimento para que se pueda iniciar un arbitraje, dentro del cual se examinarán, precisamente, los efectos del no cumplimiento del pacto de negociar, y en el que no podrá dictarse una resolución sobre el fondo del asunto mientras no se subsane el requisito esencial de negociación previa, pero sí será posible, en opinión de algunos, la dictación de un laudo interlocutorio que resuelva precisamente la cuestión del incumplimiento del pacto de negociar.

Por último, se sostiene que las cláusulas escalonadas podrían entenderse como una carga procesal, es decir, un acto cuya ejecución es un requisito para prevenir un perjuicio procesal arbitral¹². Tanto en este caso, como en la hipótesis del presupuesto procesal, el incumplimiento de la cláusula no impide que se dé inicio al arbitraje, pero no será posible que se decida el fondo de la cuestión sometida a decisión del Tribunal Arbitral, mientras no se subsane el vicio formal, o sea, completando todas las etapas de negociación previa que se estipularon por las partes. Sólo una vez corregido tal *“vicio”*, podrá el Tribunal pronunciarse sobre el asunto controvertido.

B) *Las cláusulas escalonadas voluntarias frente a las obligatorias*

Como segunda consideración dentro de la discusión sobre la obligatoriedad de estas cláusulas, se debe distinguir entre las voluntarias o

10 Ibid., p. 5.

11 Ibid., p. 6.

12 Ibid., p. 6.

mente las partes al momento de pactarlas en el contrato. En ese sentido, hay quienes sostienen que un acuerdo abierto, en que la parte se obliga a "realizar su mejor esfuerzo", es de igual forma ejecutable bajo el principio de la buena fe contractual. Sin embargo, tal como sostiene una Corte de Nueva York, en estos casos igualmente son necesarios "lineamientos claros contra los cuales medir el mejor esfuerzo de la parte, para poder ejecutar dicha cláusula"¹⁵.

En cuanto a la conveniencia de este tipo de cláusulas, y tal como se ha adelantado, hay quienes sostienen que no presentan demasiada utilidad, ya que es dable considerar que las partes siempre van a intentar arreglar sus diferencias mediante un acuerdo entre ellas, evitando el arbitraje y dejándolo como último recurso. Roque CAIVANO plantea derechamente que carecen de efectos prácticos, ya que solo permiten hacer algo que de todas maneras se puede hacer aunque no se haya acordado¹⁶. Además, si se redacta un pacto de estas características, se pierde el objetivo de las cláusulas escalonadas, que es precisamente proveer a las partes una nueva posibilidad real de lograr un acuerdo, cuando ellas no lo han logrado por su cuenta. Asimismo, se plantea el problema de qué es lo que constituye en la práctica los "mejores esfuerzos" o el término que se haya utilizado en el contrato específico. En general, siempre se va a tratar de conceptos difícilmente definibles y poco objetivos, porque lo que significa un esfuerzo para una parte, puede no serlo para la otra. Por tales consideraciones, y si lo que se busca es efectivamente evitar el arbitraje, no parece recomendable redactar las cláusulas escalonadas en términos tan amplios y poco precisos. A tal conclusión se llega también si se consideran casos como el de una corte inglesa, que interpretó que la cláusula que establecía un procedimiento de negociaciones previo al juicio no era ejecutable, porque se trataba de un simple acuerdo para negociar, que los tribunales no pueden monitorear ni ejecutar, al no ser legalmente obligatorio: "la estipulación es demasiado incierta para tener efectos vinculantes. Un contrato para negociar, como un contrato para celebrar otro contrato, no es un contrato conocido por la ley inglesa"¹⁷.

15 Ibid., p. 172. Caso "Mocca Lounge Inc. v. Misak", 1983.

16 CAIVANO, Roque J. Op. cit., p. 84.

17 Fallo de la High Court of Justice, de fecha 21/12/1998, en HALIFAX FINANCIAL SERVICES LTD. v. INTUITIVE SYSTEMS LTD., nota en artículo de CAIVANO, Roque J. "Las cláusulas

b. Cláusulas escalonadas obligatorias y el concepto de "futility"

Por su parte, las cláusulas escalonadas obligatorias son aquellas en que las partes acuerdan un mecanismo imperativo de resolución de controversias, el que en algunos casos es definido paso a paso, especificándose, por ejemplo, quiénes deben intervenir en cada nivel para llegar a un acuerdo, o los plazos máximos que pueden transcurrir en cada etapa.

Se ha planteado la interrogante de si tiene algún sentido hacer obligatorio el pacto de negociar previamente. Tal como afirma Roque CAIVANO, no se debe olvidar la naturaleza auto-compositiva del método, por lo que no existe posibilidad de forzar el acuerdo entre las partes¹⁸. Si bien, compartimos tal afirmación, creemos que lo que en este tipo de cláusulas se fuerza no es el arreglo, sino el hecho de que los contratantes cumplan con, a lo menos, "crear" y ser parte, en forma activa, de la instancia en la que se pretende alcanzar el arreglo.

Dentro de este ámbito, se ha desarrollado por la doctrina y jurisprudencia, especialmente anglosajona, el concepto de "futility", el que se refiere a que, en ciertos casos, obligar a las partes a someterse a lo establecido en los escalones iniciales de una cláusula escalonada puede ser "inútil", porque ya se conocen las posiciones de los contratantes, alejadas unas de otras, sin posibilidad de encuentro, lo que hace imposible la resolución de las diferencias, y lo único que se logra es alargar, injustificadamente, el conflicto¹⁹. Este argumento ha sido planteado en ocasiones ante los tribunales por una de las partes, que pretende activar directamente el "escalón" de la sede jurisdiccional, sin cumplir con los escalones previos a ella. En relación con lo anterior, hay autores que sostienen que se debe considerar que se cumplió con los escalones, aun cuando no haya, por ejemplo, expirado el plazo previsto por las partes para la negociación, "cuando es obvio que las posiciones (...) son tan dispares que alcanzar una solución negociada será prácticamente imposible"²⁰.

¹⁷ 'escalonadas' de resolución de conflictos - Negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje", op. cit., p. 73.

18 CAIVANO, Roque J., op. cit., p. 72.

19 BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael y otros. Op. cit., p. 177.

20 LÓPEZ DE ARGUMEDO P., Álvaro. Op. cit., p. 13.

Sobre el particular, Corte Comercial de Inq General NHS Trust, en terminar si "vale la pena previas al arbitraje": en la disputa, así como lo métodos de resolución los métodos alternativos cionalmente altos; que alternativos hubiera sido posibilidad real de éxito

Relacionado con lo mos la prohibición de t licitar al tribunal autori arbitraje, por considera casos en que se utilizan gar a la instancia arbitral durante el proceso. Es k varias oportunidades, fal lonadas y decretar la ol evidente que el cumplim dilatar injustificadamen mericanas postulan una sostuvo en el caso US partes de que el cumpli nes era inútil para la res fueran obligatorios, pu fuera satisfactorio para determinar tal futilidad

c. La ejecutabil

Ahora bien, en el c las discusiones y prob

21 BERNAL GUTIÉRREZ, Rafi

22 Ibíd., p. 175. Caso "Cu

23 Ibíd., p. 175.

Sobre el particular, resulta interesante la resolución adoptada por la Corte Comercial de Inglaterra, a partir del caso *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, en que se definieron parámetros específicos para determinar si “vale la pena o no obligar a las partes a someterse a las etapas previas al arbitraje”: en primer lugar, se debe considerar la naturaleza de la disputa, así como los méritos del caso, la extensión en la cual otros métodos de resolución se han intentado, el hecho de que los costos de los métodos alternativos de resolución de controversias serían desproporcionadamente altos; que cualquier demora en llevar a cabo esos métodos alternativos hubiera sido perjudicial y si el método alternativo tiene o no posibilidad real de éxito²¹.

Relacionado con lo anterior, pero desde la vereda contraria, encontramos la prohibición de tácticas dilatorias. Al efecto, las partes pueden solicitar al tribunal autorización para no cumplir con las etapas previas del arbitraje, por considerarlo “inútil” y, por otro lado, encontramos aquellos casos en que se utilizan los escalones previos como una forma de evitar llegar a la instancia arbitral, pero sin intenciones reales de llegar a un acuerdo durante el proceso. Es lo que las cortes estadounidenses han sostenido en varias oportunidades, fallando que “no es posible ejecutar cláusulas escalonadas y decretar la obligatoriedad de los escalones previos, cuando es evidente que el cumplimiento de los mismos busca única y exclusivamente dilatar injustificadamente el arbitraje o litigio”²². Así, las cortes norteamericanas postulan una visión contraria a la inglesa, ya que, tal como se sostuvo en el caso *US v. Bankers Ins Co.* frente al alegato de una de las partes de que el cumplimiento del procedimiento de los primeros escalones era inútil para la resolución del conflicto, “no hacía que los mismos no fueran obligatorios, puesto que allí era posible llegar a un acuerdo que fuera satisfactorio para las partes, por lo cual no era posible para la corte determinar tal futilidad a priori”²³.

c. La ejecutabilidad de las cláusulas escalonadas obligatorias

Ahora bien, en el contexto de las cláusulas obligatorias y dentro de las discusiones y problemas que éstas plantean, encontramos el de su

21 BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael y otros. Op. cit., p. 177.

22 Ibid., p. 175. Caso “*CUMBERLAND AND YORK DISTRIBUTORS V. COORS BREWING*”, 2002

23 Ibid., p. 175.

3.4. Efectos del incumplimiento de las cláusulas escalonadas obligatorias

Dentro del ámbito de las cláusulas escalonadas obligatorias, constituye un tema relevante qué es lo que ocurre cuando se incumple alguno de los “escalones” y qué efectos puede tener esa inobservancia en una posterior sentencia arbitral.

Si bien, la opinión generalizada es que, frente a la omisión de los pasos previos, la consecuencia principal es que el arbitraje no es accesible en forma directa, existen distintas visiones sobre el efecto concreto que produce el incumplimiento.

A) Competencia del Tribunal Arbitral frente al incumplimiento de las cláusulas escalonadas

En primer lugar, debe tenerse presente que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia está conteste en que son los mismos árbitros los llamados a decidir sobre las consecuencias del incumplimiento del pacto de negociar previamente²⁶. Esta visión se sustenta en la idea de que el incumplimiento de algún escalón es una cuestión de naturaleza procesal, por lo que el tribunal no pierde su jurisdicción por no haberse cumplido la etapa previa. La omisión de ésta no excluye la jurisdicción conferida al árbitro, la cual se mantiene vigente justamente a efecto de decidir sobre las consecuencias del incumplimiento. Lo anterior está en concordancia con el principio *Kompetenz-Kompetenz* que ha sido reconocido por la mayoría de las legislaciones.

Si se planteara una objeción por alguna de las partes, el Tribunal tiene la posibilidad de archivar el procedimiento y declararse incompetente, o bien, suspenderlo e instar a que las partes negocien, para luego continuar por el arbitraje. Aquí lo más probable es que las partes no lleguen a buen puerto, por lo que debería iniciarse un nuevo arbitraje, perdiendo tiempo valioso²⁷. Así, parece más razonable suspender el procedimiento y reiniciarlo una vez que se haya finalizado la negociación. Lo anterior debe ser analizado a la luz

26 PAULSSON, J. “*Jurisdiction and admissibility*”, en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, ICC Publishing. Citado en LÓPEZ DE ARGUMEDO P., Álvaro. Op. cit., p. 15.

27 LÓPEZ DE ARGUMEDO P., Álvaro. Op. cit., p. 14.

del artículo 13 de la *Ley Modelo UNCITRAL, Reglamento de Conciliación Comercial Internacional*, que establece que el inicio del proceso de arbitraje no constituye, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni a la terminación de ésta. Como puede notarse, el arbitraje subsiste y fluye en conjunto con la conciliación, según lo que sea más conveniente para las partes de acuerdo a las circunstancias del caso concreto.

Tal como sostiene Dyalá JIMÉNEZ, los tribunales arbitrales analizan en dos etapas los casos en que se discute el incumplimiento del pacto de negociar. En una primera instancia, se examina si las partes estaban obligadas o no a intentar una resolución amistosa previa al arbitraje. Si la respuesta es positiva, entonces, en segundo lugar, se verifica si ese requisito se cumplió o no. Antes de resolver el fondo de la cuestión controvertida, se hace un análisis de los hechos para determinar si se hicieron los esfuerzos necesarios para resolver amigablemente la disputa²⁸.

B) Efectos concretos del incumplimiento de las cláusulas escalonadas

Ahora bien, en cuanto a los efectos concretos que produce el incumplimiento de las cláusulas escalonadas, se ha planteado que el cumplimiento de las etapas previas se trata de una cuestión de naturaleza sustancial, por lo que su inobservancia daría origen a la indemnización de daños y perjuicios, aunque sin afectar la admisibilidad de la demanda y sin que sea necesario suspender el procedimiento. Cabe hacer notar que dicha hipótesis constituye la opinión mayoritaria.

Por otro lado, hay quienes sostienen que se debe declarar inadmisibile la acción o decretar la suspensión del juicio, en caso de no haberse cumplido con todas las etapas previas. Esta hipótesis se funda en la idea de que las cláusulas escalonadas son condición precedente para el arbitraje, por lo que, en casos en que las partes así lo hubieren pactado, debe respetarse tal acuerdo.

Así lo han resuelto algunos tribunales norteamericanos en distintos fallos en que, por ejemplo, se ordenó la suspensión del juicio arbitral, por considerar que la cláusula acordada establecía el paso previo por una

28 JIMÉNEZ F. Dyalá, "Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration", en ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 14/Nº 1, 2003, p. 1 y 2.

mediación, la que era el caso, en las mismas circunstancias ordenó a las partes cumplir con el acuerdo de conciliación pactado. En el mismo sentido, se ha interpretado una cláusula en que se establece un "alternativo de resolución" como tal, es un acuerdo del procedimiento judicial. Cabe hacer notar que dicho criterio fue adoptado en el fallo de 1996. Por su parte, lo que cabe hacer notar es que "una cláusula obligatoria previa al recurso directo a los tribunales"

La experiencia alemana ha sido influenciada por los tribunales norteamericanos, las cláusulas válidas y que sus escalonamientos no afecta la admisibilidad de la demanda, lo que suspende el trámite de los procedimientos escalonados faltantes.

C) "Persero Case" y Fallo de la Corte de Apelaciones de Portland

Tal como se comentó en el primer capítulo, las partes de los contratos de construcción en el proceso de resolución de disputas en el caso *Gas Negara* ("Persero Case") también conocido como *Persero Case* dictó la *Court of Appeals*

29 Caso *HIM PORTLAND*, GUMEDO P., Álvaro.

30 CAIVANO, Roque J., *dom Ltd.*, 2002, I.

31 Fallo de la Corte de Apelaciones de CAIVANO, Roque J.

32 SEPPÄLÄ R., *Christ Case*, artículo publicado en 2015.

mediación, la que era una condición precedente del arbitraje²⁹. En otro caso, en las mismas circunstancias, se declaró inadmisibile la acción y se ordenó a las partes cumplir previamente con el procedimiento de mediación pactado. En el mismo orden de ideas, un tribunal inglés sostuvo que “una cláusula en que las partes se comprometen a seguir un método alternativo de resolución de disputas es análoga a una cláusula arbitral y, como tal, es un acuerdo que puede hacerse cumplir mediante la suspensión del procedimiento judicial iniciado en contravención a ella”³⁰. Cabe hacer notar que dicho criterio es el consagrado en la Ley Inglesa de Arbitraje de 1996. Por su parte, los tribunales franceses han sido drásticos, al declarar que “una cláusula arbitral estableciendo una instancia de mediación obligatoria previa al litigio judicial constituye un acuerdo que impide el recurso directo a los tribunales”³¹.

La experiencia alemana es más pacífica, ya que se ha aceptado unánimemente por los tribunales que, pese a que las cláusulas escalonadas son válidas y que sus escalones son de cumplimiento obligatorio, su incumplimiento no afecta la admisibilidad de la demanda, y se obliga al tribunal a suspender el trámite hasta que las partes hubiesen cumplido con los escalones faltantes.

C) “*Persero Case*”: obligatoriedad de la resolución del DAB.
*Fallo de la Corte de Singapur*³²

Tal como se comentó anteriormente, los DAB han sido utilizados por las partes de los contratos de construcción como uno de los escalones en el proceso de resolución de conflictos. El caso entre las partes *PT Perusahann Gas Negara (“Persero”) TBK v. CRW Joint Operation (Indonesia)*, también conocido como “*Persero Case*”, ha sido relevante por el fallo que dictó la *Court of Appeal* de Singapur, tal como se explicará.

29 Caso *HIM PORTLAND LLC v. DEVITO BUILDERS INC.*, citado en artículo de LÓPEZ DE ARGUMEDO P., Álvaro. Op. cit., p. 3 y 4.

30 CAIVANO, Roque J., op. cit., p. 74. Caso “*Cable & Wireless Plc. v. IBM United Kingdom Ltd.*”, 2002, High Court of Justice (Queen’s Bench Division).

31 Fallo de la Corte de Casación, de fecha 14/02/2003, en *POIRÉ C. TRIPIER*, nota en artículo de CAIVANO, Roque J. Op. cit., p. 76.

32 SEPPÄLÄ R., Christopher. “*A welcome decision from Singapore: the second Persero Case*”, artículo publicado en *Construction Law International*, Vol. 10, Issue 1, marzo 2015.

Este caso fue decidido en dos etapas diferenciadas, en lo que se conoce como "Persero I" y "Persero II". En la primera etapa, esta causa se desarrolló como consecuencia de que el mandante de un proyecto, "CRW", no quiso dar cumplimiento al laudo arbitral que le ordenaba ejecutar la decisión obligatoria, pero no final del DAB, que lo condenaba a pagar a su contratista, "Persero", la suma de 17 millones de dólares. CRW recurrió en contra de dicho laudo arbitral y la High Court de Singapur acogió el recurso, sosteniendo que el Tribunal Arbitral había actuado fuera de su jurisdicción, porque habría pretendido hacer "final" y obligatoria la decisión del DAB, sin haber entrado a conocer por sí los méritos del conflicto. La Court of Appeal de Singapur confirmó la decisión de la High Court, pero hizo notar que un laudo provisional o parcial de un Tribunal Arbitral en que se ordena el cumplimiento de una decisión obligatoria, pero no final de un DAB puede ser ejecutable.

En una segunda etapa, conocida como "Persero II", y de acuerdo a lo sostenido por la Corte de Singapur, el contratista recurrió nuevamente al Tribunal Arbitral, a fin de obtener un laudo provisional que ordenara al mandante cumplir la decisión del DAB, además de solicitar que se fallara sobre el fondo del asunto controvertido. Una vez dictado el laudo arbitral en tal sentido, el mandante CRW se rehusó a cumplirlo y recurrió nuevamente ante la High Court de Singapur, la que esta vez confirmó el fallo dictado por el Tribunal Arbitral y ordenó el cumplimiento de la decisión del DAB, sobre la base de que es posible obligar al cumplimiento de un fallo que no sea definitivo, a través de un fallo provisional, que esté conectado con la primera disputa. El mandante CRW apeló ante la Court of Appeal de Singapur, pero se falló que la sentencia era válida y ejecutable, decisión que contribuye a facilitar el cumplimiento de las decisiones de los DAB a través del arbitraje. Específicamente, la Court of Appeal entregó tres conclusiones: la primera, que no hay necesidad de someter las controversias relativas al incumplimiento de una decisión de un DAB, nuevamente a un DAB con el fin de preservar el derecho a oponerse a ella más adelante; enseguida, que el incumplimiento de la decisión del DAB puede ser llevado directamente a arbitraje, incluso si la decisión no es definitiva; y, en tercer lugar, que debido a que el pronto cumplimiento de la decisión del DAB se trata de una disputa separada de la relativa a los méritos de la decisión del DAB, un Tribunal Arbitral puede ejercer jurisdicción sobre la cuestión del pronto cumplimiento en forma independiente, es decir, que puede emitir

un fallo definitivo sobre el fondo de la decisión del DAB. Así, el valor procesal de una decisión de fuerza obligatoria.

D) Anulación del fallo de las cláusulas escalonadas

Se ha planteado que, cuando una decisión dictada como condición precontractual no se ha dado estricto cumplimiento, el fallo del Tribunal Arbitral es nulo y carece de jurisdicción.

Por otro lado, existen quienes sostienen que si el pacto de negociación establece solo una carga, el Tribunal Arbitral puede dictar un fallo de cumplimiento o no cumplimiento por ese motivo³³.

Sobre el particular, se ha interpretado la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales en el sentido de lo que sigue: "Sólo se podrá recurrir de una sentencia, a instancia de parte, si se prueba ante la autoridad competente que el cumplimiento y la ejecución:

d) Que la constitución de la sentencia no se han ajustado al acuerdo, que la constitución de la sentencia arbitral no se han ajustado al arbitraje".

Lo anterior está en concordancia con lo establecido en la Convención de UNCITRAL sobre el arbitraje internacional, que establece que el laudo arbitral solo podrá ser impugnado si se pone la petición de nulidad.

33 LÓPEZ DE ARGUMENTO P.,

un fallo definitivo sobre el tema, sin tener que decidir sobre los méritos de la decisión del DAB. Así es como la Corte dejó fuera de toda discusión el valor procesal de una decisión emitida por un DAB, reconociendo así su fuerza obligatoria.

D) Anulación del fallo arbitral por incumplimiento de las cláusulas escalonadas

Se ha planteado que, en caso que la negociación previa haya sido pactada como condición precedente para el arbitraje, y éste se lleva a cabo sin haberse dado estricto cumplimiento a tal requisito, el laudo que dicta el Tribunal Arbitral es nulo por haberse dictado por un Tribunal carente de jurisdicción.

Por otro lado, existen autores, como LÓPEZ DE ARGUMEDO, que afirman que si el pacto de negociar fue convenido como un presupuesto procesal o solo una carga, el Tribunal sí va a tener jurisdicción para resolver si se ha dado o no cumplimiento a la cláusula, y su laudo no va a poder ser anulado por ese motivo³³.

Sobre el particular, se debe considerar lo establecido en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, que en su punto I establece lo que sigue: “*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 del 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 del procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje”.

Lo anterior está en concordancia con el artículo 34.2 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional que prescribe: “*el laudo arbitral solo podrá ser anulado (...) cuando: a) La parte que interpone la petición pruebe (...) iv. Que la composición del tribunal arbitral*

33 LÓPEZ DE ARGUMEDO P., Álvaro, op. cit. p. 19.

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, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley”.

Estas son justamente las normas que han citado las partes cuando pretenden la anulación del fallo arbitral por no haberse cumplido con los escalones pactados como paso previo al arbitraje. Así, por ejemplo, encontramos el fallo del caso entre *Bancolombia S.A. contra los Gilinsky*³⁴, que se hizo conocido porque requirió de pronunciamientos de diversos tribunales arbitrales y cortes nacionales e incidentes de todo tipo. En él, se había pactado una cláusula escalonada que preveía como primer nivel la negociación directa entre las partes, en que una debía notificar de los supuestos incumplimientos a la otra, explicitando los argumentos que los sustentaban y con una estimación aproximada del monto de los perjuicios; luego de lo cual, transcurridos 15 días, la parte requerida debía contestar si aceptaba o no los requerimientos. En caso de no haber acuerdo, se debía someter la decisión a una firma de auditores internacionales elegidos por una parte de la terna presentada por la otra. Por último, si es que las diferencias no eran sobre el monto o si las partes no estaban de acuerdo con la opinión de la firma de auditores, cualquier podía acudir a un Tribunal Arbitral. En este caso, luego de no haber logrado acuerdo respecto al nombramiento de la firma de consultores, se solicitó el pronunciamiento del Tribunal Arbitral, y su laudo fue objeto de recurso de anulación por parte del condenado, basado en las causales 2 y 8 del artículo 163 del Decreto 1818, de 1998, que consagra que se puede anular el laudo arbitral por “no haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite” y “haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”. La recurrente arguyó que no se había cumplido con la etapa en que se debía acudir a una firma de auditores internacionales, por lo que la solicitud de la contraria ante al Tribunal Arbitral se encontraría viciada. Finalmente, mediante sentencia de febrero de 2008, el Tribunal Superior de Bogotá anuló el laudo por haberse probado la causal 2 del citado artículo, puesto que los árbitros carecían de jurisdicción, ya que el conflicto debía haberse

34 BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael y otros. Op. cit., p. 192 y siguientes.

...previamente por la autonomía privada de la resolución de las comisiones de arbitraje, "el arbitraje por un experto no exige que haya un acuerdo entre las partes". El Tribunal Superior de Bogotá le ordenó, entendiendo que la voluntad de las partes y a la vez obligatorio cumplimiento, al establecer que corresponde a la jurisdicción a otro mecanismo acorde. Cabe hacer presente que la Corte Suprema de Justicia pender los efectos del derar que se había anulado razón no constituía una del Tribunal Superior fondo de la disputa, es

Sin perjuicio de que mas internas para anular discutirse el hecho de las citadas de la Convención esto es, que el procedimiento entre las partes, por en el sentido de que se das, al punto de anular argumentos pueden ser ejecución.

En complemento de signa en el "Estudio de

35 *Ibíd.*, p. 193 y siguientes.

decidido previamente por la firma de consultores. El Tribunal reconoció la autonomía privada de las partes al establecer diversos escalones para la resolución de las controversias, haciendo una referencia a los *dispute adjudication boards*, “el querer contractual era que tales aspectos fueran definidos por un experto en ellas, lo cual excluye el arbitramento o por lo menos exige que haya un pronunciamiento previo del auditor, que sería entonces la cuestión frente a la cual se podría presentar o suscitar la diferencia entre las partes”. Tal como sostienen los autores, el Tribunal Superior de Bogotá le otorgó “completa validez a las cláusulas escalonadas, entendiendo que las mismas no son más que una extensión de la voluntad de las partes y una estipulación contractual válidamente pactada y de obligatorio cumplimiento (...)”, dándole, además, fuerza procesal al acuerdo, al establecer que “al verificar que el conocimiento del asunto no corresponde a la jurisdicción arbitral, dado que la solución fue confiada a otro mecanismo acordado entre las partes, el laudo dictado es nulo”. Cabe hacer presente que este fallo fue objeto de una acción de tutela ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que decidió concederla y suspender los efectos del fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por considerar que se había anulado el fallo por falta de jurisdicción, y que dicha razón no constituía una causal de anulación. Finalmente, se revocó al fallo del Tribunal Superior de Bogotá, pero sin haberse pronunciado sobre el fondo de la disputa, es decir, si el laudo arbitral estaba o no bien anulado³⁵.

Sin perjuicio de que en el caso precitado se hubieren considerado normas internas para anular, en un primer momento, el laudo arbitral, no puede discutirse el hecho de que dichas normas consagran el mismo principio que las citadas de la Convención de Nueva York y Ley Modelo UNCITRAL, esto es, que el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, por lo que su alcance traspasa las fronteras colombianas en el sentido de que se ha reconocido la validez de las cláusulas escalonadas, al punto de anularse el laudo frente a su incumplimiento. Los mismos argumentos pueden ser utilizados para oponerse a su reconocimiento y/o ejecución.

En complemento de lo anterior, es útil tener presente que, según se consigna en el “*Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de sus 50*

35 Ibid., p. 193 y siguientes.

años"³⁶, se ha cuestionado el sistema de ejecución de laudos arbitrales consagrado en la Convención, ya que no se ha establecido un parámetro cierto en cuanto a cuáles son las reglas cuya inobservancia amerita el rechazo de la ejecución del laudo. Resulta de toda lógica que las normas procesales cuyo incumplimiento se alega tengan la relevancia necesaria para motivar la oposición. Y la respuesta ha sido que la causal del artículo V. I. d) no se configura ante violaciones de menor entidad; así, meros errores procesales cometidos por el Tribunal Arbitral no impiden la ejecución del laudo, ya que debe alegarse un perjuicio sustancial.

En la misma línea, creemos útil considerar lo planteado por la ICCA en su "Guía para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958"³⁷, en el sentido de que lo que se pretende con esta causal del artículo V.I.d) de la Convención, no es otorgar un recurso de apelación en contra de las decisiones procesales del Tribunal Arbitral, si es que la corte tiene una perspectiva legal distinta a la de los árbitros, sino que está dirigida a desviaciones fundamentales del procedimiento acordado; por ejemplo, si es que el arbitraje es conducido bajo las reglas de una institución distinta a la acordada por las partes.

Frente a esta cuestión, cabe interrogarse si las etapas previas pueden o no ser consideradas como normas procesales relevantes, lo que se responde, a nuestro parecer, afirmativamente, por las mismas consideraciones que tuvo el Tribunal Superior de Bogotá para anular el laudo arbitral, especialmente porque se le reconoció la fuerza procesal al acuerdo y que era fruto de la autonomía de la voluntad de las partes. Corresponderá, sin embargo, a los tribunales decidir caso a caso, siendo muy relevante examinar la forma en que se encuentre redactada la cláusula escalonada.

3.5. Conclusiones: Recomendaciones sobre cómo deben redactarse las cláusulas escalonadas

Tal como postula Roque CAIVANO, es ilusorio pensar que las partes siempre van a conseguir superar las diferencias por sus propios medios a

36 TAWIL, Guido S. y otros. "El Arbitraje Comercial Internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario", Editorial Abeledo Perrot, 2008, p. 498.

37 International Council for Commercial Arbitration, "Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958", 2013, p. 102.

través de una negociación, o un laudo, alternativo a la auto-composición de la voluntad de las partes.

Si se decide incluir una cláusula de negociación, deben tener especial cuidado para que el pacto sirva efectivamente para la resolución del conflicto en forma previa al arbitraje. La redacción o de planteamiento de la cláusula solo entorpezca el procedimiento.

Es por ello que creemos que el proceso de redacción del acuerdo de resolución de conflictos se le quiere dar especial importancia. Para eso, es útil tener presente que se ha referido las cortes norteamericanas el lenguaje que se utiliza en las cláusulas. Al efecto, existe mucho debate sobre el uso del vocablo "podrán" o "deberán". Se debe tener en consideración el uso de "deberán" para decidir si es que la negociación es obligatoria con las consecuencias a las que se refiere.

Si se persiguiera hacer efectiva la negociación previa se planteen se debe evitar redactar el pacto de negociación a cabo la negociación antes de la resolución habrá espacio para discusión de las cuestiones de admisibilidad o cumplimiento si se ajusta al resultado.

Si, por el contrario, se quiere evitar el arbitraje, entonces se debe ser específica. En este caso, será imperiosa una cláusula específica, para así evitar la negociación. Se debe redactar considerando las necesidades de las partes.

38 CAIVANO, Roque J., op. cit., p. 49.

39 KANTOR, Elizabeth y otros, op. cit., p. 102.

través de una negociación, por lo que es sensato incluir un segundo método, alternativo a la auto-composición, que sea adversarial y que no dependa de la voluntad de las partes³⁸.

Si se decide incluir una cláusula escalonada en el contrato, las partes deben tener especial cuidado con ciertas características, a fin de que el pacto sirva efectivamente para el objetivo que se pensó -solucionar el conflicto en forma previa al arbitraje-, ya que puede ocurrir que, por errores de redacción o de planteamiento, se termine convirtiendo en letra muerta y solo entorpezca el procedimiento arbitral.

Es por ello que creemos que las partes deben considerar, antes o durante el proceso de redacción del contrato, si a la cláusula escalonada de resolución de conflictos se le quiere dar el carácter de obligatoria o facultativa. Para eso, es útil tener presente el concepto de "*definiteness*" al que se han referido las cortes norteamericanas. Lo que plantean es que es de vital importancia el lenguaje que se utiliza en la redacción de las cláusulas escalonadas. Al efecto, existe mucha diferencia en una cláusula redactada con el vocablo "*podrán*" o "*deberán*", y esos detalles son los que posteriormente tendrá en consideración el Tribunal Arbitral o los tribunales nacionales para decidir si es que la negociación previa al arbitraje era facultativa o no, con las consecuencias a las que ya se ha hecho referencia.

Si se persiguiera hacer más directo al camino al arbitraje y que la negociación previa se plantee solo como una recomendación, lógicamente convendría redactar el pacto de manera facultativa. Así, en caso de no llevarse a cabo la negociación anterior, y conducirse directamente al arbitraje, no habrá espacio para discusiones sobre la competencia del Tribunal Arbitral o cuestiones de admisibilidad de la demanda, y el fallo arbitral deberá ser cumplido si se ajusta al resto de las normas que las partes pactaron.

Si, por el contrario, se busca derechamente hacer todo lo posible por evitar el arbitraje, entonces convendrá pactar la cláusula de forma obligatoria. En este caso, será imperioso precisar en qué consiste cada paso de manera específica, para así despejar toda duda sobre el contenido de la etapa de negociación. Se debe redactar la cláusula para el negocio en particular, considerando las necesidades especiales propias del contrato que se trate³⁹.

38 CAIVANO, Roque J., op. cit., p. 71.

39 KANTOR, Elizabeth y otros, op. cit.

Conviene, como consejo general, incorporar cláusulas lo suficientemente claras, que eviten los “*argumentos de procedimiento*”⁴⁰ y que solo buscan dilatar la resolución del conflicto. En concreto, es aconsejable especificar cuánto tiempo puede durar cada fase, o un hito específico que debe cumplirse u ocurrir para que se acceda a la siguiente etapa. Lo mismo se aplica a las personas que participarán en los escalones: conviene especificar quiénes deben hacerlo, dejando fuera de duda si es que, por ejemplo, debe concurrir personalmente el gerente general de la empresa, o será igualmente válido que comparezca un representante legal en su nombre. Son este tipo de cuestiones “*procedimentales*” que pueden frenar el desarrollo de un posterior arbitraje o de la misma negociación. En consecuencia, será importante incluir en el pacto condiciones objetivas que permitan saber con certeza si se han cumplido o no y que puedan probarse fácilmente. En el mismo sentido, LÓPEZ DE ARGUMEDO se refiere a la trascendencia que tiene la fijación de un hito, que permita tener por finalizada la negociación, a fin de evitar actitudes obstruccionistas y dilatorias de la parte que realmente no desea negociar⁴¹.

También se ve en la práctica que hay quienes establecen un período de tiempo determinado, durante el cual se puede solicitar la negociación, transcurrido el plazo solo cabe acceder directamente al arbitraje. Esta situación se presenta típicamente en los contratos de construcción, en los que se establece un proceso de negociación (o de mediación) dirigido por el supervisor de la obra, que no cabe instar una vez finalizada la obra o efectuado el último pago⁴².

Una vez pactados los plazos, los hitos y quiénes deben intervenir, es recomendable despejar las dudas sobre las consecuencias que acarreará el incumplimiento de alguna de las etapas convenidas. Por ejemplo, acordar expresamente que, en caso de no respetarse alguna de las condiciones, la acción arbitral que pueda presentarse será inadmisibile y, por tanto, el Tribunal deberá declararlo así, o que, en caso de existir discusión respecto a si se cumplió o no con la fase negocial, el Tribunal será competente para resolver al respecto y su resolución será obligatoria para las partes.

40 KANTOR, Elizabeth y otros, op. cit.

41 LÓPEZ DE ARGUMEDO P., Álvaro, op. cit., p. 14.

42 *Ibíd.*, p. 10.

Un punto de discusión respecto a qué ocurre si el pacto no se cumple. Aquí se discute el hecho de haberse logrado o no el acuerdo. Si se sostiene lo anterior basándose en la negociación original, por lo tanto, el pacto conciliatorio no están alcanzados y la ejecución del acuerdo debe ser suspendida. En su parte, es posible afirmar que el pacto no priva de efectos sustantivos a la negociación, justamente que el conflicto no se resuelve a su perjuicio de la opinión que se emite. En firma expresa la subsecuente ejecución del acuerdo. Si se logra lo anterior, nuevamente se debe negociar previamente interpretaciones.

Por último, se debe tener en cuenta que el pacto pactado, lo que no se cumple, no se cumple al pacto. Asimismo, es importante mantener la integridad, evitando en las circunstancias. De las escalonadas son un caso a cumplirlo.

43 CAIVANO, Roque J., c

44 KANTOR, Elizabeth y

Un punto de discusión interesante es el que plantea Roque CAIVANO, con respecto a qué ocurre si es que la negociación es exitosa, pero no se cumple lo acordado. Aquí se discute si se pierde o no la opción del arbitraje, por el hecho de haberse logrado el acuerdo durante la fase previa. Algunos sostienen lo anterior basados en que el acuerdo implica una novación de la obligación original, por lo que las nuevas obligaciones nacidas del acuerdo conciliatorio no están alcanzadas por la cláusula arbitral, por lo que la ejecución del acuerdo debe solicitarse ante los tribunales ordinarios. Por otra parte, es posible afirmar que esa conclusión deja en la indefensión a las partes y priva de efectos prácticos a lo pactado voluntariamente, que fue justamente que el conflicto no fuera resuelto por la justicia ordinaria. Sin perjuicio de la opinión que se tenga, es aconsejable ser precavidos y pactar en forma expresa la subsistencia de la vía arbitral, para efectos de conseguir la ejecución del acuerdo logrado en la etapa de negociaciones⁴³. Para lograr lo anterior, nuevamente se hace necesario que los términos del pacto de negociar previamente estén bien definidos y no dejen lugar a segundas interpretaciones.

Por último, se debe procurar que las partes se atengan estrictamente a lo pactado, lo que no será difícil si es que lograron darle forma definida al pacto. Asimismo, es importante que se cumpla con el mecanismo en su integridad, evitando el "*pick and choose*"⁴⁴, según convenga de acuerdo a las circunstancias. Después de todo, no se debe olvidar que las cláusulas escalonadas son un contrato y como tal, las partes se encuentran obligadas a cumplirlo.

43 CAIVANO, Roque J., op. cit., p. 84.

44 KANTOR, Elizabeth y otros, op. cit.

Derecho de Construcción

Esta obra nace del esfuerzo conjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y de la Sociedad Chilena de Derecho de la Construcción, en el marco del curso impartido sobre especialización en derecho de construcción, ya en su tercera versión, que ha reunido a un grupo destacado de profesores y profesionales que se desempeñan en la industria de la construcción.

La publicación incluye los siguientes artículos: "La formación del consentimiento en el contrato de construcción de obra privada: el rol de las aclaraciones y respuestas a consultas", de los profesores Alex WAGEMANN y Elina MEREMINSKAYA; "Cargas de colaboración y distribución de riesgos en el contrato de construcción", de la profesora María Sara RODRIGUEZ PINTO, "El usos de las cláusulas escalonadas de solución alternativa de conflictos en los contratos de construcción: utilidad, problemas y soluciones", del profesor Juan Eduardo FIGUEROA VALDÉS; "¿Es el panel técnico de concesiones un real ejemplo de dispute board en Chile?", de la profesora Marcela RADOVIC CÓRDOVA; "El programa de trabajo como fuente de obligaciones en el contrato de construcción", de los profesores Hernán FLEISCHMANN CHADWICK y Juan Ignacio LEÓN LIRA; "Desarrollo de un proyecto", del profesor Alan FRASER; "Concurrent delay: time and money", de la destacada abogada y contador forense inglesa Jane DAVIES EVANS ; "Demora Concurrente: Propuesta de Solución a una Responsabilidad Compartida", del distinguido abogado del Perú, José Andrés LAMA BUSTINZA; "La fuerza mayor en los contratos de construcción", del profesor Víctor RÍOS SALAS; "Deber de indemnizar por defectos constructivos en caso de pluralidad de demandados. A propósito de los fallos de la Corte Suprema de 20 de abril de 2016 y 28 de abril de 2017", del profesor Hernán CORRAL TALCIANI; "Aspectos generales de los convenios mandatos en obras públicas, del profesor Juan Carlos FLORES RIVAS.

En suma, se trata de una obra colectiva en que se estudian diversas temáticas que resultan de mucho interés, no solo dogmático, sino especialmente práctico para todos los profesionales que se desempeñan en la industria de la construcción, que esperamos sirva de incentivo para poder seguir profundizando en la disciplina del Derecho de Construcción en nuestro país.

Coordinador

Juan Eduardo Figueroa Valdés

Abogado Universidad de Chile, LLM Derecho Internacional, Inversiones, Comercio y Arbitraje Internacional, Universidad de Heidelberg-Universidad de Chile. Abogado integrante de la Corte Suprema de Chile. Vicepresidente de la Sociedad Chilena de Derecho de la Construcción. Árbitro del Centro de Arbitrajes y Mediaciones de la Cámara de Comercio de Santiago; Árbitro de la ICDR, rama internacional de la American Arbitration Association; Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá; Fellow Ciarb (Chartered Institute of Arbitrators); socio Estudio Jurídico Figueroa, Illanes, Huidobro & Salamanca; Profesor de Post Grado Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Santiago de Chile; Director Académico de Diplomado Derecho Inmobiliario año 2011- y profesor de curso especializado de Derecho de Construcción, Universidad de Los Andes, año 2015-. Profesor Master Heidelberg Center para América Latina. Asesor de diversas empresas constructoras e inmobiliarias, por más de 30 años y especialista en Derecho Urbanístico, Inmobiliario y de la Construcción, siendo reconocido por la publicación internacional Chambers and Partners como uno de los abogados más destacados en Chile en el área inmobiliaria, años 2012 - 2018; y asesor legal de la Asociación Gremial ACOP Cámara Nacional de Servicios Inmobiliarios. Miembro del Grupo Latinoamericano de la ICC. Autor de diversos artículos y libros sobre su especialidad.

ediciones
DER

296 págs.

ISBN-13: 978-956-959-066-6



9 789569 959066