

CLÁUSULAS ESCALONADAS MULTIFUNCIÓN EN EL ARREGLO DE CONTROVERSIAS COMERCIALES INTERNACIONALES

MULTI-TIERED CLAUSES IN THE INTERNATIONAL DISPUTES RESOLUTION

ANA FERNÁNDEZ PÉREZ

*Profesora doctora de Derecho internacional privado
Universidad de Castilla La Mancha*

Recibido: 13.10.2016 / Aceptado: 20.10.2016

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3615>

Resumen: El Derecho de los negocios internacionales es testigo de una creciente preferencia hacia las cláusulas escalonadas multifunción para el arreglo de controversias (MTDRCs) debido a la naturaleza adaptable de tales procesos en una amplia gama de conflictos. Sin embargo, la falta de claridad sobre su aplicabilidad persiste en algunas jurisdicciones. En este estudio se analiza la naturaleza conceptual de las cláusulas de varios niveles y se detallan los beneficios de las mismas. Pese a algunos problemas de funcionamiento estas cláusulas han llegado a ser reconocidas como un método comúnmente aceptado para la solución de las controversias en los contratos comerciales, particularmente en los contratos de construcción.

Palabras clave: cláusulas escalonadas multifunción para el arreglo de controversias, ADR, carácter previo, arbitraje, exigibilidad.

Abstract: The International Business Law is witnesses an increasing preference for Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses (MTDRCs) because of the adaptable nature of such processes to a diverse range of disputes. However, the absence of clarity on the applicability persists on their enforceability in some jurisdictions. This paper discusses the conceptual nature of the multi-tiered clauses and explains the benefits of these clauses. Although some problems about these clauses there have become recognized as a commonly accepted method for resolving disputes in commercial contracts, particularly in construction contracts.

Keywords: Multi-Tiered Dispute Resolution Clause, ADR Process, condition precedent, arbitration, enforceability.

Sumario: I. Posibilidad de negociación, mediación o conciliación previa. 1. Arbitraje y ADR. 2. Carácter previo. II. Cláusulas escalonadas multifunción. 1. Tendencia expansiva e institucionalización. 2. Configuración. 3. Tipología. III. Contenido y manifestaciones de las etapas sucesivas. 1. Funcionamiento. 2. Diversificación de las alternativas. IV. Eficacia de las cláusulas: examen de la práctica. 1. Prevención de eventuales patologías. 2. Alcance del *pactum de nom petendo*. 3. Cumplimiento de buena fe. V. Consideraciones finales.

I. Posibilidad de negociación, mediación o conciliación previa

1. Arbitraje y ADR

1. La acción de la autonomía de la voluntad que preside la determinación del arreglo de las controversias transfronterizas permite a las partes optar por el método de solución que estimen más conveniente, siempre que no sea contrario a las leyes, a la moral y al orden público, y establecer, o bien el mecanismo de arreglo entre las propias partes, o bien el grado de participación y funciones del tercero interviniente. Los actores del Derecho de los negocios internacionales cada vez reclaman procedimientos más rápidos y menos costosos para resolver las controversias derivadas de los contratos que suscriben. Estos procedimientos son cada vez más utilizados por las partes, naturalmente por indicación directa de sus abogados¹, y, en los últimos tiempos, por los centros dedicados a la administración de los arbitrajes, que suministran apoyo institucional y experiencia. Cabe percibir un importante desplazamiento del “mercado del arbitraje”² a un “mercado de resolución de controversias”³ mucho más amplio.

La práctica apunta a tres extensiones de la autonomía de la voluntad acorde a las nuevas necesidades de la contratación internacional. En primer lugar, el ajuste del arreglo de controversias en función de sus expectativas y necesidades, siempre que se garanticen los derechos procesales fundamentales, lo que implica que el mecanismo elegido para resolver un futuro conflicto entre las partes puede ser muy simple o muy complejo dependiendo, las más de las veces, de la especialidad de la materia involucrada. En segundo lugar, la posibilidad de combinar distintos métodos de arreglo de controversias de forma gradual, descartando un mecanismo único, dando preferencia a soluciones donde predominen los arreglos amistosos y rechazando, *prima facie*, las provenientes de la decisión de un tercero. Por último, ante la eventual ineficiencia de las soluciones bilaterales, la admisión de dispositivos multi-parte que involucren a varios demandantes y/o varios demandados o que respondan a una controversia derivada de una transacción configurada por una pluralidad de contratos⁴.

La consecuencia de estas experiencias extensivas, concretadas en unas cláusulas específicas, supera con mucho la consideración de la cláusula arbitral clásica, añadiendo problemas muy complejos y dando entrada, con carácter preferentemente alternativo, a otros procedimientos de arreglo de controversias distintos del arbitraje⁵. En las páginas siguientes se insistirá en las cuestiones derivadas de la segunda de las extensiones anteriormente apuntadas: la combinación de distintos métodos de solución de controversias antes de recurrir a la solución arbitral.

2. Frente a un eventual rechazo persistente a los tradicionales mecanismos de solución de controversias, destacadamente el arbitraje, la tendencia de la práctica apunta a complementarlos, no sin dificultades⁶, con otras opciones⁷. Esto es, el recurso a ciertos ADR como requisito previo al arbitraje que promuevan un acercamiento de posiciones o propuesta de soluciones sin la necesaria función reso-

¹ D. BROCK y R. PITHER, “How International Law Firms might approach the Subject of ADR with their Clients”, *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, vol. 2, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, pp. 279-291.

² T. CLAY, “El mercado del arbitraje”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 1, 2014, pp. 15-35.

³ G. WAGNER, “The Dispute Resolution Market”, *Buffalo L. Rev.*; vol. 62, nº 5, 2014, pp. 1085-1158.

⁴ P. TERCIER, “ADR and Arbitration”, *ADR in Business, op. cit.*, pp. 3-11, esp. p. 10.

⁵ Como se señala en el prólogo de las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional de 2010 (http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_directrices_IBA.pdf), éstas cláusulas “abordan algunos de los problemas más complejos para la redacción, que se presentan cuando un pacto arbitral va más allá del típico arreglo bipartito e involucra múltiples partes y/o una serie de acuerdos contractuales relacionados.

⁶ B. WOLSKI, “Using Dispute Systems Design to Identify, Explain and Predict Trends in the Settlement of International Commercial Disputes: The UNCITRAL and ICC ADR Initiatives” (S. Kierkegaard y M. Kierkegaard, eds.), *Law, Governance and World Order*, Hellerup (Dinamarca), International Association of IT Lawyers, 2012, pp. 47-53.

⁷ Vid. S. BARONA y C. ESPLUGUES, “ADR Mechanisms and Their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends”, *Global Perspective on ADR*, Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 1-52; M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, *Avenencia o ADR. Negociación, mediación, peritajes, conciliación, pactos y transacciones*, Madrid, Iurgium, 2014.

lutoria inherente a este último⁸. Como es bien sabido, el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a los ADR autocompositivos⁹, desde el momento en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia. No pueden desconocerse las múltiples críticas contra la formalidad, costo y demora inherentes a muchos arbitrajes comerciales internacionales de los que se ha dicho, a partir de la figura retórica del vino desalcoholizado, que se han convertido en una parodia de los procesos judiciales, pero sin el poder inherente a estos últimos¹⁰. Además, frente al carácter más rígido y multifuncional de las cláusulas de arbitraje, se reclama dar mayor oportunidad a las partes de adaptar el régimen de solución de controversias futuras a sus necesidades particulares y a las propias características donde se inserta. Pero no se trata de una confrontación entre cláusulas, pues cuando un contrato ya contiene una remitiendo al arbitraje, las partes todavía pueden decidir utilizar un método más rápido y menos costoso de resolución de disputas antes de ponerlo en marcha. Por eso es habitual atribuir a los ADR una función de filtro¹¹.

3. Cada vez es más frecuente que las partes traten de resolver la controversia por la vía de la negociación, entendida como un esfuerzo mutuo y voluntario de éstas para resolverla amistosamente sin dar entrada a nadie que sea ajeno al asunto. Las ventajas de este mecanismo son suficientemente conocidas: carácter voluntario, económico, antiformalista y con mínimo riesgo para la parte que no esté satisfecha de cómo se desarrolla. No obstante, si tal operación fracasa y se descarta la opción jurisdiccional, como es bastante habitual, es factible recurrir, a otros mecanismos de solución de controversias. Si las partes en un litigio reciben el concurso de un tercero para solucionarlo, tal intervención suele calificarse con los términos de conciliación¹², mediación¹³, dictamen neutral, miniproceso o expresiones similares de las que nos ocuparemos más adelante. La STSJ Cataluña 9 diciembre 2013 (*Rodealer, S.L. / Volkswagen-Audi España, S.A*) abunda en esta cuestión al afirmar que

⁸ E. BERTRAND, “Arbitrage et médiation: l'impossible conciliation?”, *Rev. dr. aff. int.*, 2001, n° 2, pp. 133-141; C. PUNZI, “Relazioni fra arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti”, *Riv. arb.*, vol. XIII, 2003, pp. 385-409. Asimismo, vid. Ch. JORROSSON, *La notion d'arbitrage*, París, LGDJ, 1987, pp. 179-197. Como afirmase una Sentencia de 19 junio 2013 de la High Court de Irlanda en el asunto *John G Burns v. Grange Construction and Roofing Co Ltd* [(2013) IEHC 284, párrafo 4 <http://pneumodynamics3.rssing.com/browser.php?indx=3371469&item=57>]: “it would be infinitely preferable if the dispute between the applicant and the respondent was resolved by some process of alternative dispute resolution, rather than by litigation...”.

⁹ Ch. JARROSSON, “Les frontières de l'arbitrage”, *Rev. arb.*, 2001, pp. 5-41.

¹⁰ Vid. un examen crítico comparativo en J. ZEKOLL, *Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014.

¹¹ A. CONNERTY, “ADR as a ‘Filter’ Mechanism: the Use of ADR in the Context of International Disputes”, *Arbitration*, vol. 79, n° 2, 2013, pp. 120-133.

¹² De conformidad con el art. 1.3º de la Ley modelo Uncitral sobre conciliación comercial internacional de 2002 se entenderá por “conciliación”: “... todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (‘el conciliador’), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia”. Los redactores de la Ley modelo se inclinaron por este concepto amplio conscientes de que no era oportuno distinguir entre estilos ni criterios de mediación. Se incluyen, pues, dentro del término “conciliación” todos los métodos de solución de controversias en que las partes solicitan la ayuda de un tercero neutral, aunque esos métodos pueden diferir en cuanto a la técnica y a la medida y la forma en que el tercero participa en el proceso de arreglo de la controversia. Esos métodos pueden diferir en cuanto a la técnica y a la medida y la forma en que el tercero participa en el proceso (Cf. “Guía para la incorporación al Derecho interno y utilización de la Ley Modelo Uncitral sobre conciliación comercial internacional (2002)”, párrafo, 32).

¹³ En este caso nos encontramos ante un procedimiento voluntario y flexible conforme al cual un tercero neutral asiste a las partes que tienen un conflicto en su intento de resolverlo; el mediador no decide ni suele proponer soluciones; son los involucrados quienes elaboran su propia decisión en un proceso de análisis, comunicación y negociación asistido por el mediador. Éste, por ende, debe ser una persona especialmente preparada para cumplir su función con efectividad, con sólidos conocimientos de la negociación y del procedimiento a seguir. La mediación consiste en facilitar un acuerdo entre las partes en conflicto que el derecho de aceptar o rechazar el acuerdo propuesto por el mediador. La STSJ Cataluña 9 diciembre 2013 asevera que “la mediación sería así un modo de resolver un conflicto realizada por las mismas partes inmersas en él con la ayuda de un tercero imparcial que por medio de su formación ofrecería vías de entendimiento y favorecimiento del dialogo para que acerquen posturas y que sean ellas mismas en forma pacífica las que pongan fin al conflicto. Así, frente a la imposición de una decisión por un tercero basada en la autoridad tras un procedimiento adversarial, el mediador centra su actividad en restaurar la comunicación entre las partes y propiciar que sean ellas las que en un entorno reservado y seguro resuelvan la controversia. Ofrecería así la mediación una oportunidad razonable de recomponer la situación sin vencedores ni vencidos” (RJ 2013\8311).

“La conciliación y a la mediación tienen una base común. Se trata en ambos casos de un medio autocompositivo y existe un tercero ajeno a las partes que interviene para facilitar el acuerdo entre ellas. De ahí que la distinción entre ambas figuras sea muy difusa, sobre todo porque son reguladas de diferentes formas en las diversas legislaciones. En nuestro país y en otros de nuestro entorno se pone el acento en el carácter más institucionalizado de la conciliación frente al más espontáneo de la mediación”¹⁴.

De ello se desprende que, los términos de mediación y de conciliación suelen utilizarse con una actitud aleatoria, como si se tratara de conceptos sinónimos, y ello deriva de que las legislaciones estatales definan y acojan ambas instituciones con carácter marcadamente variable y ambivalente. La diferencia básica radica en que el conciliador tiene, dentro de sus funciones naturales, la de proponer fórmulas de arreglo, en tanto que el mediador se orienta fundamentalmente a acercar a las partes, a ayudarlas a reducir los obstáculos de comunicación, pero sin aportar propuestas. Son varios los factores que inciden en que la mediación / conciliación sea verdaderamente adecuada en un caso en particular: la existencia de una relación interpersonal y/o comercial que las partes en litigio necesitan o desean preservar; la confidencialidad absoluta de dicho proceso y la inexistencia de etapas rígidas y predeterminadas estando en función el número de sesiones del mediador con las partes de la complejidad del asunto y de la necesidad de éstas últimas de continuar negociando. En todo caso, al igual que el arbitraje, la práctica de estos métodos exige el mantenimiento del principio de confidencialidad.

4. Vaya por delante que la conciliación / mediación y el arbitraje poseen funciones jurídicas diferentes: mientras que la primera es un mecanismo o alternativa no procedimental de resolución de controversias a través de la cual las partes tratan de superar el conflicto con la colaboración activa de un tercero, objetivo e imparcial, que debe obedecer a unos principios éticos específicos¹⁵, el segundo, es un procedimiento contradictorio *sui generis*, mediante el cual por expresa voluntad de las partes, se defiende la solución de conflictos privados transigibles a un cuerpo colegiado integrado por árbitros, que transitoriamente quedan investidos de competencia para proferir un laudo. Los elementos diferenciales de la conciliación / mediación respecto del arbitraje pueden sintetizarse de la siguiente manera. En primer lugar, en la conciliación domina el proceder amistoso y voluntario a través del cual las partes abandonan recíprocamente sus pretensiones: si en el arbitraje el árbitro “impone” soluciones, el conciliador se limita a formular recomendaciones que no tienen contenido obligatorio para las partes. En segundo lugar, el conciliador / mediador se limita a facilitar el diálogo entre las partes y al no adoptar decisiones, no se necesitan garantías procesales como las que existen en el arbitraje, por ejemplo, la prohibición de que el conciliador se reúna sólo con una de las partes o la obligación incondicional de revelar a una parte toda la información recibida de la otra. Por último, el arbitraje entraña la exigencia de una serie de plazos necesarios que se establecen para proteger los derechos de las partes y frente a él la conciliación / mediación tiene la ventaja de que si las recomendaciones se cumplen los problemas de las partes son susceptibles de resolverse en un plazo muy breve.

2. Carácter previo

5. Como derivación de esta tendencia, en relación con ciertas materias, se contempla la conciliación / mediación, frecuentemente con carácter obligatorio, como requisito previo a la tramitación del proceso jurisdiccional, proyectándose también esta tendencia en el arbitraje. Las ventajas del empleo de técnicas de este tipo son muy variadas pero tienen un denominador común: alcanzar la solución al litigio de la forma más rápida con el menor coste económico posible. Al respecto, la doctrina española suele

¹⁴ *Ibid.* y nota de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Rechazo de formalización judicial por la presencia de una cláusula imprecisa entre arbitraje y otros MASC en el sector de la automoción”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 2, 2014, pp. 509-527.

¹⁵ L. OTIS y C. ROUSSEAU-SAINE, “Le médiateur et les dilemmes éthiques: proposition d’un cadre de réflexion”, *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri: From the Arab World to the Globalization of International Law and Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, Law & Business, 2015, pp. 121-141. <<http://louiseotis.com/wp-content/uploads/2015/08/Article-Kluwer.pdf>>.

citar un *obiter dictum* un tanto forzado, pues está referido a la jurisdicción laboral, de la STS 6ª 9 junio 1988, pero que es bastante expresivo

“... la función asignada a la reclamación previa administrativa, lo mismo que la atribuida a la conciliación, es la de proporcionar a la parte frente a quien se dirija la oportunidad de una mayor reflexión sobre los hechos que originan la acción, evitando tal vez así posibles procesos, y también dar posibilidad de preparar adecuadamente la oposición, en este caso al Estado. Pero el rigor formalista no debe extenderse más allá de unos límites razonables en un tipo de proceso”¹⁶

Cada vez es más habitual que las cláusulas de resolución de controversias en contratos internacionales contemplen la negociación, mediación u otro mecanismo alternativo de resolución de disputas como paso preliminar a una solución de carácter heterocompositivo, pues debe considerarse la posibilidad de un eventual fracaso del ADR elegido por las partes. En tal caso la práctica se inclina mayoritariamente por poner en marcha el proceso arbitral como último escalón. Esta tendencia apunta a la inserción en los contratos internacionales de cláusulas que combinan el arbitraje y otros ADR (*v.gr.*, la denominada cláusula med-arb)¹⁷.

De hecho, muchos de los ADR tradicionales están concebidos con frecuencia como una fase previa para un ocasional arbitraje ulterior (que gozaría de la ventaja del carácter de cosa juzgada de los laudos arbitrales). La práctica arbitral apunta, sobre todo en determinados contenciosos específicos, a la proliferación de cláusulas complejas que establecen mecanismos de arreglo anteriores al arbitraje. Y, a la hora de su aplicación, los operadores jurídicos intervinientes deben tener muy en cuenta que el panorama es muy distinto del que rodea al arbitraje. Como consecuencia de ello, al margen de las cuestiones puramente jurídicas que suscita el pacto de negociar¹⁸, deben dejarse a un lado determinados comportamientos, prescindiendo de la actitud polémica y combativa inherente a los procesos heterocompositivos.

6. El primero de estos mecanismos es la negociación impuesta, con carácter previo a la eventual puesta en marcha de un arbitraje, en una cláusula específica que puede adoptar formas variadas, desde una redacción simple (“antes de iniciar el arbitraje las partes se comprometen a realizar todos los esfuerzos posibles para llegar a un acuerdo”¹⁹), a otra mucho más compleja que contemple extremos tales como el plazo máximo para las negociaciones, el nombre de las personas que participarán en la misma o el número de reuniones que han de celebrarse.

Sea cual fuere la opción entre una u otra existen unos elementos comunes: la rapidez y el ahorro de los costes que entrañaría un eventual arbitraje, la posibilidad de verificar los hechos que originan la controversia apurando las posibilidades de alcanzar un acuerdo amistoso, la mayor garantía de confidencialidad, el control del procedimiento por las partes o la posibilidad del restablecimiento de las relaciones entre éstas en caso de un resultado positivo. Estas ventajas suelen imponerse a los inconvenientes derivados de la dedicación de un tiempo suplementario, y de los costes producidos, en caso de un resultado negativo. Ni que decir tiene que la negociación utiliza métodos diversos, unos de gran sencillez y otros mucho más sofisticados²⁰.

La posibilidad de negociación, donde no existe la participación de un tercero, sino que son las propias partes las que deben alcanzar el acuerdo por sí mismas, atañe especialmente a los directivos de las empresas contendientes, los cuales no solamente tienen capacidad para negociar, sino que un resulta-

¹⁶ RJ 1988/5259.

¹⁷ D. ROSS, “Med-Arb/Arb-Med: A More Efficient ADR Process or an Invitation to a Potential Ethical Disaster?”, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, 2012, pp 352-366.

¹⁸ A. LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, “Multi-Step Dispute Resolution Clauses”, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 733 ss.

¹⁹ En el libro de S. SÁNCHEZ LORENZO, *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 105, los comentaristas de este tipo de cláusulas, R. ARENAS GARCÍA y C. ORÓ MARTÍNEZ, incluyen el siguiente modelo de cláusula simple: “Las Partes acuerdan que cualquier disputa que surja en relación a la interpretación, ejecución y resolución del presente contrato deberá intentar resolverse amigablemente”.

²⁰ N. WITKIN, “Consensus Arbitration: a Negotiation-Based Decision-Making Process for Arbitrators”, *Negotiation Journal*; vol. 26, nº 3, 2010, pp. 309-325.

do exitoso a través de una solución rápida al contencioso que los implica directamente, sin entrar en una confrontación de carácter jurídico, supone un importante incentivo²¹. Pero también puede involucrar, en determinados litigios, a los técnicos o ingenieros que han participado en la ejecución del proyecto controvertido; no cabe duda que estos profesionales tienen más conocimientos con respecto a ciertas cuestiones que los abogados y por eso la negociación es susceptible de prosperar. Es esta una de las bondades que se apuntan de la negociación respecto a la solución judicial o arbitral, apuntándose en su defensa que cuando el litigio pasa a manos de los abogados, como ocurre en estos últimos casos, el litigio escapa del control de los litigantes adquiriendo una vida propia que puede distorsionar la realidad. Por el contrario, el éxito de una negociación tiene la ventaja de que no da lugar a vencedores ni perdedores y no produce una sensación de derrota.

7. La práctica contemporánea apunta también a que en determinados arbitrajes especializados se establezcan diversos ADR previos para facilitar el arreglo rápido y amistoso para la solución de los litigios²². Si se examinan los Reglamentos que ofrecen las distintas instituciones arbitrales se observa que el convenio arbitral no impide que, si las partes están interesadas, soliciten la actividad conciliadora que proporcionan estas entidades y, en caso de llegarse a una solución amistosa se evite la puesta en marcha de un proceso arbitral. Los objetivos de semejante opción son variados, pero coinciden en facilitar la resolución de la controversia de carácter transaccional de la forma más rápida y eficiente con un cierto protagonismo de las partes. Bajo la influencia de los medios económicos y legales estadounidenses y británicos los ADR han experimentado un desarrollo importante a escala mundial extendiéndose a todos los continentes²³; baste comprobar que varios centros de arbitraje han establecido reglas de este tipo, alentando a que se inserten al lado de las clásicas cláusulas de arbitraje, para que operen con carácter previo²⁴. Tal es el caso de la CCI, que aprobó el Reglamento ADR, en vigor desde el 1 de julio de 2001, junto con la Guía ADR²⁵ y, posteriormente, el Reglamento de mediación entró en vigor el 1 enero 2014²⁶. Y lo mismo puede decirse de la Cámara de Comercio de Milán que ofrece una cláusula tipo de semejante tenor²⁷.

De esta suerte antes del inicio del procedimiento arbitral puede producirse una suerte de mediación /conciliación previa realizada bien ante el propio centro o fuera de él cuyo cumplimiento es preceptivo para iniciar el arbitraje²⁸. El problema es determinar, cuando la negociación ha concluido o se ha frustrado y cuando puede ponerse en marcha el arbitraje.

²¹ P.E. WOLRICH, "ADR under the ICC Rules", *ADR in Business*, op. cit., pp. 235-253; M.L. MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2012, pp. 51-52.

²² M. GOMM FERREIRA DOS SANTOS, "The Role of Mediation in Arbitration: The Use and the Challenges of Multi-tiered Clauses in International Agreements", *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. X, nº 38, 2013, pp. 9 ss.

²³ H. TANG, "Combination of Arbitration with Conciliation: Arb-Med", *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond* (A.J. van den Berg, ed.), La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 545-455; L. CAO, "Combining Conciliation and Arbitration in China: Overview and Latest Developments", *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 9, nº 3, 2006, pp. 84-93; S.A. HARPOLE, "The Combination of Conciliation with Arbitration in the People's Republic of China", *J. Int'l Arb.*, vol. 24, nº 6, 2007, pp. 623-633; Y. SATO, "Hybrid Dispute Processing in Japan: Linking Arbitration with Conciliation", *Legal Discourse across Cultures and Systems* (V.K. Bhatia, C.N. Candlin y J. Engberg, eds), Hong Kong, Hong Kong University Press, 2008, pp. 53-74.

²⁴ M. VAN DER HAGEN, "Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe", *Revue de droit des affaires internationales*, 1996, nº 2, pp. 255-272.

²⁵ P.E. WOLRICH, "ADR under the ICC ADR Rules", *ADR in Business...*, op. cit., vol. 2, pp. 235-253.

²⁶ Según su exposición de motivos, el Reglamento de Mediación, vigente desde 2014, que sustituye al Reglamento ADR, "refleja la práctica moderna y establece parámetros claros para la conducción de procedimientos, al tiempo que reconoce y mantiene la necesidad de la flexibilidad". Dicho Reglamento "se puede utilizar para conducir otros procedimientos o combinaciones de procedimientos que tienen también por objetivo la solución amistosa de controversias, tales como la conciliación o la evaluación neutral". Vid. C. IMHOOS, E. SCHÄFER y H. VERBIST, *ICC Arbitration in Practice*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2016, p. 246.

²⁷ *Multi step clause - mediation and arbitration*: "The parties shall defer the disputes arising out of the present contract to a mediation attempt managed by the Service of Mediation of the Chamber of Arbitration of Milan. If the mediation attempt fails, the disputes arising out of or related to the present contract shall be settled by arbitration under the Rules of the Chamber of Arbitration of Milan (the Rules), by a sole arbitrator / three arbitrators **, appointed in accordance with the Rules". (** alternative choice, to be done considering the real circumstances and the value of the dispute). <<http://www.camera-arbitrale.it/en/Arbitration/Clauses/Fulltext.php?id=223>>.

²⁸ Vid., v.gr., art. 2 Regl. Mediación de Instituto de Arbitraje de la CC de Estocolmo (2014): "Unless the parties have agreed otherwise, an agreement to mediate pursuant to these Rules does not constitute a bar to court proceedings or a bar to initiate arbitration".

II. Cláusulas escalonadas multifunción

1. Tendencia expansiva e institucionalización

8. Si bien la tendencia a una ordenación global de los ADR figura en numerosas leyes, unas optan por regular la mediación y otras se inclinan por la conciliación, pero sin llegar a establecer unos límites precisos de ambas instituciones. Y, en todo caso, las disposiciones estatales ignoran, salvo excepciones muy concretas, las múltiples figuras que han ido apareciendo en los últimos años como alternativas especializadas a las anteriormente referidas²⁹. Una carencia que deja en el aire muchos interrogantes que deben ser suplidos, en unos casos, por criterios éticos³⁰, muchas veces importados del arbitraje y, en otros casos, por las normas generales del Derecho de los contratos vigentes en el Estado concernido. Hasta la fecha ambos elementos han suministrado respuestas aceptables en términos generales, aunque cada vez registran mayores insuficiencias a medida que aumenta la complejidad de los ADR de nueva generación. Se carece, hoy por hoy, de un tratamiento integral que, de manera más o menos extensa, brinde soluciones heterocompositivas y autocompositivas, interrelacionándolas entre sí.

Durante muchos años, los tribunales estatales han sido reacios al reconocimiento de los términos previstos en estas cláusulas, entre otras cosas porque las normativas nacionales no proporcionan el apoyo suficiente para interpretarlas o hacerlas cumplir, sobre todo si están redactadas en términos muy genéricos o se limitan a alentar a las partes a negociar de manera amistosa antes de iniciar un procedimiento arbitral o judicial. El tribunal puede considerar que la intención de las partes se limite a destacar sus buenas relaciones en lugar de impedir realmente el acceso a los procedimientos judiciales. Y esta tendencia ha sido acompañada por una práctica no unánime por parte de los tribunales arbitrales, aunque en los últimos tiempos esta propensión está comenzando a cambiar³¹.

Al margen del porcentaje de éxitos en su empleo, no puede desconocerse que la mediación ofrece serios inconvenientes en los casos de incumplimientos de mala fe, a los que se une la posibilidad de que el incumplidor pretenda aprovecharse de ella y usarla con una finalidad dilatoria³². Y a ello hay que añadir que puede dar lugar a la divulgación de información comercial especialmente sensible para las partes. Por consiguiente, una cláusula simple de mediación no evita en muchos de esos casos la necesidad de tener que acabar acudiendo a los tribunales para resolver el problema.

2. Configuración

9. Dentro de las cláusulas que configuran un contrato internacional, entendidas como una parte del mismo que regula un aspecto particular de la relación de las partes, cada vez adquieren mayor relieve y sofisticación las relativas a la resolución de controversias, que comprenden aquellas que tienen por objeto determinar el modo de resolver los eventuales conflictos futuros y el procedimiento para llevarlo a cabo. Nos hallamos ante una categoría genérica que admite una gran variedad de manifestaciones: atribución de competencia directamente o con carácter alternativo (con el consiguiente riesgo de pro-

²⁹ R. BATRA, "The Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: its New Facet and Exclusion", *Vindobona J. Int'l. Comm. & Arb.*, vol. 15, n° 1, 2011, pp. 175-194; S.R. GARIMELLA y N.A. SIDDIQUI, "The Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Contemporary Judicial Opinion", *International Islamic University Malaysia L.J.*, vol. 24, n° 1, 2016, pp. 157-191 <file:///C:/Users/usuario/Downloads/228-885-1-PB.pdf>.

³⁰ C.E. MENKEL-MEADOW, "Ethics in ADR: The Many 'Cs' of Professional Responsibility and Dispute Resolution", *Fordham Urb. L.J.*, vol. XXVIII, 2001, pp. 979-990 <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1541&-context=facpub>>.

³¹ *Vid.* un estudio sobre la admisión de estas cláusulas por los tribunales de los distintos Estados en *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, IBA Litigation Committee, October 1, 2015 <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Handbook%20Multi-Tiered%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20(1%20October%202015)%20(2).pdf>.

³² E. GAILLARD, "Les manoeuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international", *Rev. arb.*, 1990, pp. 759-796; A. FRÉ, "Delaying Tactics in Arbitration", *Disp. Res. J.*, vol. 59, n° 4, 2004-2005.

cedimientos paralelos) a un tribunal estatal o a uno arbitral³³, conciliación, mediación, o recurso a un número apreciable de ADR³⁴.

Con la adopción de “cláusulas multifunción”, en el contexto indicado, las partes requieren un elenco de mecanismos de resolución de conflictos de una manera escalonada (*step by step*) y no alternativa, antes de acudir al arbitraje. Son también conocidas como cláusulas de resolución de conflictos de varios niveles o cláusulas en cascada. El carácter escalonado hace referencia al hecho de que las partes acuerdan escalar la resolución a la siguiente etapa una vez que se ha intentado o se ha agotado sin éxito el mecanismo fijado en el escalón anterior.

Estas cláusulas se insertan especialmente en los contratos de ingeniería o de construcción, caracterizados por su larga duración, la indeterminación de su objeto en el momento de concluir el contrato, el gran número de personas que intervienen en su ejecución y el deseo de que una eventual controversia perjudique lo menos posible el transcurso normal de las obras o la ejecución del contrato³⁵. Algunos grandes proyectos de construcción han adoptado procedimientos complejos, de múltiples niveles de ADR, para resolver los conflictos futuros, a menudo con un arbitraje vinculante como el procedimiento de último recurso. Dos ejemplos ilustran esta práctica. El primero fue el proyecto Túnel del Canal creando un procedimiento de dos niveles en caso de controversia; en el primer nivel intervendría un panel de tres expertos independientes que haría una decisión por escrito dentro de los 90 días, y si alguna de las partes no estaba satisfecha con la decisión de los expertos, se podría iniciar un procedimiento de arbitraje³⁶. El segundo, el *Airport Core Programme* de Hong Kong que fijó un procedimiento alternativo de solución de cuatro niveles: la decisión de un ingeniero independiente, la mediación, la adjudicación a través de un procedimiento formal de prueba con una decisión por escrito dentro de los 42 días, y, por último, el arbitraje³⁷.

Las controversias inherentes a este tipo de contratos, previstas con precisión por la *Federation of Consulting Engineers* (FIDIC) acostumbra a incidir sobre cuestiones técnicas vinculadas con frecuencia a los propios proyectos y a su realización³⁸. Ello amerita a que serán los propios técnicos o ingenieros que participan en la ejecución de los proyectos los que intenten solucionar por sí mismos la controversia entablada al margen de los procedimientos legales, e incluso se establecen mecanismos de carácter preventivo³⁹.

Configuradas de una manera negativa o residual frente al arbitraje y a la jurisdicción se basan exclusivamente en la voluntad común de los operadores económicos, muy condicionada por la labor

³³ J. BARBET y P. ROSHER, “Les clauses de resolution de litiges optionnelles”, *Rev. arb.*, 2010, n° 1, pp. 45-83.

³⁴ E. PALMER y E. LÓPEZ, “The Use of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in Latin America: Questions of Enforceability”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 14, 2003, pp. 285 ss; Y.W. LI, “Dispute Resolution Clauses in International Contracts: an Empirical Study”, *Cornell International L.J.*, vol. 39, n° 3, 2006, pp. 789-809; K.M. SCANLON y K.A. BRYAN, “Will the Next Generation of Dispute Resolution Clause Drafting include Model Arb-Med Clauses?”, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: the Fordham Papers 2009* (A.W. Rovine, ed.), vol. 9, 2010, pp. 429-435; N. BEALE, *Dispute Resolution Clauses in International Contracts: A Global Guide*, Zúrich, Schulthess, 2013.

³⁵ Cf. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los contratos internacionales de construcción ‘llave en mano’”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n° 1, 2014, pp. 161-235, esp. p. 219.

³⁶ A. CONNERTY, “The Role of ADR in the Resolution of International Disputes”, *Arb. Int’l*, vol. 12, n° 1, 1997, pp. 47 ss. El proyecto dio lugar al asunto *Channel Group v. Balfour Beatty Ltd.* (1993). *Vid. infra*, n° 31.

³⁷ H. TSIN, “Dispute Resolution Adviser System in Hong Kong - Design & Development”, *Arbitration*, vol. 63, n° 2, 1997, pp. 67 ss.

³⁸ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacionales de construcción”, *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* (L. García Villalunga, J. Tomillo Urbina y E. Vázquez de Castro, coords.) vol. 2, Madrid, Reus, 2010, pp. 205-211; U. DRAETTA, “Dispute Resolution in International Construction Linked Contracts”, *Int’l Bus. L.J.*, 2011, n° 1, pp. 69-83.

³⁹ El más utilizado es el *partnering*, un término amplio utilizado para referir una actividad de colaboración empresarial que favorece la confianza entre las partes de un contrato y promueve un aumento del rendimiento a través relaciones basadas en el mejor valor y en el más bajo costo. Con ella las partes deben mostrarse independientes y colaborativas para el éxito del proyecto. Se utiliza con mayor frecuencia en los contratos grandes, a largo plazo o de alto riesgo y se justifica por los riesgos inherentes a la construcción, que incluyen cambios de diseño no anticipados, y determinadas condiciones del contrato que obligan al contratista a incurrir en costes adicionales que obligan a determinar la parte responsable de los mismos y su cuantía. *Vid.* M. BRESNEN y N. MARSHALL, “Partnering in Construction: A Critical Review of Issues, Problems and Dilemmas”, *Construction Management and Economics*, vol. 18, n° 7, 2000, pp. 229-237; P. ROSHER, “Les contrats NEC3: ‘partnering’ avantages, inconvenients et adaptation en droit français”, *Revue de droit des affaires internationales*, 2015, n° 4, pp.311-334.

creativa de altos cargos de las empresas y de abogados corporativos, que han multiplicado una serie de instrumentos considerados idóneos para resolver situaciones particulares⁴⁰, lo que constituye una verdadera obra de orfebrería jurídica⁴¹. Originadas en la práctica del *common law*, no han faltado voces que consideran que en dicha labor creativa se han introducido grandes dosis de sofisticación⁴² y que ofrecen ciertas dificultades para implantarse en la Europa continental. Pero de lo que no cabe duda es que, como ha apuntado M. Virgós, son una manifestación del tránsito del concepto estrecho de ‘litigación’ al más amplio de ‘resolución de disputas’⁴³ que, acuñado en EE UU y en Gran Bretaña está en franca expansión en todo el mundo.

Contar con una cláusula que refleje las necesidades y los deseos de las partes en previsión de un litigio futuro constituye un elemento esencial en la redacción de un contrato internacional. Dentro de las distintas opciones posibles, donde ocupan un lugar prominente las cláusulas de arbitraje en sus distintas variantes (simples, complejas, adaptadas para transacciones que involucran múltiples contratos...), se abren camino otras opciones de carácter complementario. Las “cláusulas escalonadas multifunción” o “cláusulas en cascada” de resolución de controversias (*Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*) (MTDRC)⁴⁴ conducen a las partes redactoras de un contrato a fijar la resolución de futuros litigios de una manera escalonada en diferentes niveles empleando para ello cauces diversos: negociación, mediación, u alguna otra forma, o combinando éstos, con carácter previo antes de iniciar un proceso ante un juez o ante un árbitro. Estamos, pues, ante una cláusula para la resolución de controversias incluidas en un contrato⁴⁵ que recurre a mecanismos distintos del arbitraje, sin prescindir en principio de este último si la controversia no ha sido resuelta mediante los procedimientos anteriores. Sentado esto no debe perderse de vista que el recurso al arbitraje posee en la MTDRC un carácter esencialmente residual, debiendo ponerse el acento en las posibilidades de resolver la controversia mediante los escalones anteriores; la mejor manera de evitar la última opción es una buena redacción de la MTDRC que evite posibles problemas y situaciones de incertidumbre.

10. Al carecer las legislaciones nacionales, de una regulación específica sobre esta materia, el establecimiento de este tipo de cláusulas se rige por el principio de la libertad de contratación: las partes tienen total libertad en orden al establecimiento de los mecanismos efectivos de resolución de las controversias derivadas de un contrato. Por su parte dentro de las acciones emprendidas por la Unión Europea en favor de los ADR se ha ocupado únicamente, en el ámbito que los ocupa, de la mediación⁴⁶.

⁴⁰ P. VAN LEYNSEELE, “La ‘Med-Arb’ et ses dérivés. Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace”, *Liber Amicorum Georges-Dal*, Bruselas, Larcier, 2014, pp. 833-864.

⁴¹ M.E. SCHNEIDER, “The Art of Blending Arbitration and other ADR Methods: some Examples from International Practice”, *ADR in Business...*, *op. cit.*, vol. 2, pp. 313-325.

⁴² P. FOUCHARD, “Arbitrage et modes alternatives de règlement des litiges du commerce international”, *Écrits: droit de l’arbitrage, droit du commerce international*, Paris, Comité Français de l’Arbitrage, 2007, pp. 491-505.

⁴³ M. VIRGÓS SORIANO y C. GUAL GRAU, “La mediación como alternativa”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, nº 20, 2008, p. 22 <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2004/documento/articulo UM. pdf?id=3151>>.

⁴⁴ *Vid.* M. PRYLES, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, *J. Int’l Arb.*, vol. 18, nº 2, 2001, pp. 159-176; E. PALMER y E. LÓPEZ, “The Use of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses in Latin America: Questions of Enforceability”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 14, nº 3, 2003, p. 285-294; R. JACOB, “Should Mediation Trigger Arbitration in Multi-step Alternative Dispute Resolution Clauses?”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 15, nº 1, 2004, pp. 161-180; K.P. BERGER, “Law and practice of escalation clauses”, *Arb. Int’l*, vol. 22, nº 1, 2006, pp. 1-18; D. JONES, “Dealing with Multi-tiered Dispute Resolution Process”, *Arbitration*, vol. 75, nº 2, 2009, pp. 188-198; D. KAYALI, “Enforceability of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses”, *J. Int’l Arb.*, vol. 27, nº 6, 2010, pp. 551-577; A. LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑEIRO, “Multi-Step Dispute Resolution Clauses”, *loc. cit.*

⁴⁵ En Francia la Sentencia de la *Cour de cassation* de 12 junio 2012 (*SAS Eurauchan v. Sté Moyrand Bally*) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT0_00026032432&fastReqId=301219409>, descartó la aplicación de la una cláusula multifunción escalonada muy detallada inserta en un contrato de distribución, que incluía una mención a futuros litigios “por cualquier causa”, al suscitarse la controversia por una acción de responsabilidad extracontractual basada en una relación global de las partes, derivada de una serie de acuerdos de distribución consecutivos.

⁴⁶ La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluye las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto” (considerando 11).

Si bien los centros de mediación y de arbitraje suministran cláusulas tipo para fomentar un amplio catálogo de mecanismos alternativos, no cabe duda que éstos son personalizados para cada operación concreta, debiendo redactarse en términos inequívocos y precisos para que puedan cumplir con su misión. Ello conduce a que la redacción de estas cláusulas sea diversa, también es diverso su contenido y función⁴⁷. No existe, *prima facie*, ninguna limitación en la elección de los ADR más apropiados. Las partes en un contrato tienen total disponibilidad para su establecimiento, salvo en ciertas circunstancias específicas, *v.gr.*, que una de las partes en el contrato sea una entidad pública que tengan prohibido por la ley acudir a determinados procedimientos alternativos de solución de controversias. Asimismo el empleo de estas cláusulas puede ofrecer problemas en los litigios societarios pues podría menoscabar los derechos de los accionistas a reclamar la exclusión de otro accionista.

La eficacia de la MTDRC sometida, sin embargo, a la incidencia de elementos tales como su redacción, su pertenencia a un contrato principal o su inserción en un documento separado de éste, la existencia, antes de ponerse en marcha, de procesos arbitrales o judiciales pendientes vinculados con el objeto de la cláusula, la profesionalización de las partes, el alcance de las controversias a resolver que contemple, el interés de las partes en las negociaciones iniciales, o el mayor o menor desarrollo de los mecanismos fijados en los escalones previos interés.

3. Tipología

11. La tipología es muy variada. Junto a cláusulas que se limitan a obligar a las partes antes de iniciar el arbitraje a realizar los mejores esfuerzos para alcanzar un acuerdo y cuya obligatoriedad es muy endeble, se encuentran otras de gran complejidad, donde se combinan distintos procedimientos previos a la iniciación de un arbitraje. Se reproducen muchas de las opciones clásicas que atañen a las cláusulas de arbitraje⁴⁸; entre ellas elegir una cláusula tipo ofrecida por una institución de arbitraje o establecer una cláusula a medida para el litigio con los consiguientes riesgos de una eventual patología. Igualmente se proyectan las cuestiones relativas al ámbito de las controversias comprendidas en la cláusula, en particular si tiene un alcance general (controversias derivadas del contrato), o si excluyen determinadas materias insertas en el contrato (*v.gr.*, fijación de los precios), en cuyo caso deberían especificarse con precisión para evitar problemas ulteriores. Por último, se reproducen las cuestiones relativas a los plazos, al idioma en emplear, a la confidencialidad que debe ser observada, a las cualidades de los terceros intervinientes o a los costes (o a la recuperación de los mismos), considerando en cada caso los distintos escalones previstos.

Teniendo en cuenta sus particularidades y para solventar ulteriores problemas las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional de 2010 incluyen un modelo detallado de MTDRC donde se permitan las distintas secuencias

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

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

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

⁴⁷ G.B. BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 4ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013, p. 103.

⁴⁸ Resulta de utilidad referirse a la obra clásica en la materia de P. FRIEDLAND, *Arbitration Clauses for International Contracts*, 2ª ed., Huntington (N.Y.), Jurisnet, 2007.

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

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

Al margen de reforzar la garantía de confidencialidad los redactores de la cláusula transcrita consideran que con ella se reduce el riesgo de que una parte utilice la negociación o mediación para demorar el proceso o como táctica ventajosa, la cláusula debe especificar un período de tiempo después del cual la controversia puede ser sometida a arbitraje, y dicho período generalmente debe ser corto. También, que el mecanismo de arreglo se frustre por no haberse determinado con precisión la intención de las partes de acudir al arbitraje cuando las controversias no puedan ser resueltas por negociación o mediación. Finalmente el texto alienta a las partes a no limitar el alcance de las controversias que se someterán a arbitraje ofreciendo un contenido amplio de las cuestiones a resolver, evitando fórmulas que estipulen de manera ambigua la intención de las partes de someter a arbitraje los conflictos que no puedan ser resueltos por los cauces de la negociación o de la mediación⁴⁹.

12. Como un ejemplo cabe referirse a la cláusula redactada por B. Cremades para el *CPR Institute for Dispute Resolution*⁵⁰

“In the event that any disputes arise between the parties regarding the application or interpretation of this Agreement, X’s and Y’s project managers shall use their best good faith efforts to reach a reasonable, equitable and mutually agreed upon resolution of the item or items in dispute. In the event that the project managers cannot so resolve the disputed matter(s) within [...] days, the parties shall use their best good faith efforts to agree, within a further [] days, upon an appropriate method of non-judicial dispute resolution, including mediation or arbitration. In the event that the parties shall decide that any disputed matters shall be resolved by arbitration, such arbitral proceedings shall be governed by the [...] Rules of Arbitration and there shall be three arbitrators, one of whom shall be selected by the claimant in the request for arbitration, the second shall be selected by the respondent within [...] days of receipt of the request for arbitration, and the third, who shall act as presiding arbitrator; shall be selected by the two parties within [...] days of the selection of the second arbitrator. The place of arbitration shall be [city, country]. This agreement is governed by, and all disputes arising under or in connection with this agreement shall be resolved in accordance with [...] law.”*

Otros modelos que pueden agregarse incorporan criterios muy similares⁵¹. Ahora bien, los defensores de ese mecanismo recomiendan que por razones de economía y de eficacia el segundo y el tercer escalón se vinculen a una sola institución especializada que pueda administrar tanto la mediación como el posible arbitraje.

⁴⁹ Vid. P.F. FRIEDLAND y D. NYER, “Drafting Arbitration Clauses Before and After Dispute”, *Soft Law in International Arbitration* (L.W. Newman y M.J. Radine, eds.), Huntington (N.Y.), Jurisnet, 2014, pp. 1-71.

⁵⁰ B.M. CREMADES, “Multi-tiered Dispute Resolution Clauses” (CPR Institute for Dispute Resolution 2004), report in (2003), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 14, n°1, 2003.

⁵¹ V.gr., el *Centre for Effective Dispute Resolution* de Londres ofrece la siguiente cláusula tipo:

“If any dispute arises in connection with this agreement, a director (...) will, within [14] days of a written request from one party to the other, meet in a good faith effort to resolve the dispute.

If the dispute is not wholly resolved at that meeting, the parties will attempt to settle it by mediation in accordance with the CEDR Model Mediation Procedure. (...).

No party may commence any court proceedings/arbitration in relation to any dispute arising out of this agreement until it has attempted to settle the dispute by mediation and either the mediation has terminated or the other party has failed to participate in the mediation (...).”

III. Contenido y manifestaciones de las etapas sucesivas

1. Funcionamiento

13. El funcionamiento de las MTDRC presupone distintos escalones en la solución de la controversia reservándose el arbitraje (o eventualmente la jurisdicción estatal) cuando el arreglo no se ha conseguido en los escalones inferiores; por consiguiente, posee un carácter residual. El primer escalón, que no siempre es utilizado, estaría constituido por la necesidad de entablar negociaciones iniciales que deberían celebrarse de buena fe⁵², una noción lo suficientemente amplia para dotar a las partes con un apreciable grado de flexibilidad para estructurar sus negociaciones⁵³ en el curso las cuales, por cierto, cualquiera de las partes tiene derecho a retirarse, en cualquier momento y por cualquier motivo⁵⁴. Agotada esta se pasaría al segundo o al tercer escalón a través de una serie de ADR, que pueden tener un alcance general, como la mediación o conciliación, pero que cada vez adoptan formas más sofisticada como tendremos ocasión de comprobar.

La metodología practicada en cada escalón es independiente y autónoma y ello se manifiesta en que las informaciones obtenidas en los escalones inferiores no puede ser utilizada en la última etapa caracterizada por la existencia de un proceso contradictorio⁵⁵. El propio Reglamento de Mediación de la CCI, vigente desde 2014, reconoce y mantiene, siempre con carácter opcional (*“The parties may at any time, without prejudice to any other proceedings, seek to settle any dispute arising out of or in connection with the present contract in accordance with the ICC ADR Rule”*), la necesidad de la flexibilidad de otros procedimientos o combinaciones de procedimientos que tienen también por objetivo la solución amistosa de controversias, especialmente aquellos que descansan en el nombramiento de un tercero o un panel. El Reglamento en vez de establecer una regulación detallada de los distintos *“Amicable Dispute Resolution”* (en la terminología de la CCI) establece unos criterios generales para que puedan poner en marcha, dejando que las partes o el tercero, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, diseñen las particularidades del procedimiento elegido. En este caso se recomienda que cuando se realice una opción de este tipo, la cláusula donde se individualice describa claramente el tipo de controversia que será objeto del procedimiento alternativo, la descripción de este último y el mandato inequívoco de que el Centro Internacional de ADR de la CCI efectúe el nombramiento.

Como es obvio, en los escalones inferiores la metodología del arreglo pone el acento en la solución amistosa de la controversia pues con ello se pretenden no sólo objetivos basados en la eficacia,

⁵² B.M. CREMADES SANZ-PASTOR, “La buena fe en el arbitraje internacional”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 5, nº 1, 2012, pp. 13-36.

⁵³ Como pusiera de relieve la Sentencia de la *Court of Appeal* de Nueva Gales del Sur (Australia) de 3 junio 2009 (*United Group Rail Services v Rail Corporation Of New South Wales*): *“An honest and genuine approach to settling a contractual dispute [...] does constrain a party [...] A party, for instance, may well not be entitled to threaten a future breach of contract in order to bargain for a lower settlement sum than it genuinely recognises as due [...] A party would [likewise] not be entitled to pretend to negotiate, having decided not to settle what is recognised to be a good claim, in order to drive the other party into an expensive arbitration that it believes the other party cannot afford [...]”* <<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1517>>. Vid. los comentarios de S. CHAPMAN, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith”, *J. Int’l Arb.*, vol. 27, nº 1, 2010, pp. 89-98.

⁵⁴ De acuerdo con la *House of Lords*, 23 enero 1992 (*Walford v Miles*), [(1992) 2 AC 128 <<http://www.diprist.unimi.it/fonti/921.pdf>>] *“... while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from those negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a ‘proper reason’ to withdraw. Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content”*. Vid. E. KAJKOWSKA, “Enforceability of Multi-Step Resolution Clauses. An Overview of Selected European Jurisdictions”, *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations* (L. Cadet, B. Hess y M. Rquejo Isidro, eds.), Luxemburgo, Nomos, 2015, pp. 159-174, esp. pp. 162-163.

⁵⁵ El Regl. de mediación de la LCIA de 2012 establece en su art. 10.4º: *“All documents or other information produced for or arising in relation to the mediation will be privileged and will not be admissible in evidence or otherwise discoverable in any litigation or arbitration, except for any documents or other information which would in any event be admissible or discoverable in any such litigation or arbitration”*. En la misma línea, el art. 9.2º Regl. de mediación de la CCI de 2014, *“Salvo que sea exigido por el derecho aplicable y en ausencia de un acuerdo contrario entre las partes, ninguna parte podrá presentar como elemento de prueba en un proceso judicial, arbitral o similar: a) ningún documento, declaración o comunicación presentado por otra parte o por el Mediador en o para el Procedimiento, salvo que pueda obtenerse de forma independiente por la parte interesada en presentarlo en un proceso judicial, arbitral o similar”*.

reducción de costes y rapidez, sino el establecimiento de un marco profesional vinculado a la materia controvertida (*v.gr.*, un contrato de ingeniería) que puede ser de utilidad, si es necesario, ascender al escalón superior⁵⁶. Además en el primer nivel las actuaciones van dirigidas esencialmente a las partes, y a la defensa de sus intereses, a diferencia de lo que ocurre en el último escalón donde las actuaciones se orientan al convencimiento del tercero que debe resolver el litigio con carácter vinculante.

Aparte de una actitud participativa de los litigantes, para que la cláusula tenga éxito se precisa que el tribunal del último escalón garantice en la medida de lo posible el agotamiento de los pasos iniciales antes de poner en marcha el proceso a él encomendado.

14. La secuencia señalada con anterioridad no siempre es seguida por las partes contendientes: no comienza necesariamente, con la negociación, seguido de la mediación u otros instrumentos de ADR y encuentra su final con un proceso ante un tribunal de arbitraje. La práctica muestra cláusulas escalonadas con redacciones muy diversas en las cuáles las partes establecen la negociación preliminar con carácter opcional o que únicamente se puede poner en marcha el mecanismo fijado en el escalón superior en la medida en que las partes no pudieron resolver la diferencia en el nivel de antecedente. En definitiva una sucesión de procedimientos *tailor-made*.

La complejidad de la cláusula, al establecer mecanismos diversos exige que esté redactada con especial atención pues cualquier inflexión o redacción oscura podría conducir a una inaplicabilidad. Una cláusula mal redactada no sólo crea incertidumbre, sino que puede convertirse en ineficaz o inaplicable⁵⁷. Con el objeto de que esto no ocurra la cláusula debería dar respuesta a cuestiones tales como: el orden de las etapas a seguir, las reglas y limitaciones que deber ser observadas en cada escalón, el establecimiento de límites temporales y el sistema de notificación a las partes de que la etapa ha finalizado.

Para evitar los problemas derivados de una deficiente redacción de la MTDRC la *International Bar Association*, consciente de la cada vez mayor extensión de su empleo, ha incluido en sus “Directrices para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional” de 2010⁵⁸, tres específicas atinentes a este tipo de cláusulas:

- “1. La cláusula debe señalar un período de tiempo para la negociación o mediación, desencadenado por un hecho definido e indiscutible (*i.e.*, una invitación escrita), después del cual cualquier parte puede acudir a arbitraje.
2. La cláusula debe evitar la trampa de presentar el arbitraje como facultativo y no como obligatorio.
3. La cláusula debe definir las controversias que deben ser sometidas a negociación o mediación y a arbitraje en términos idénticos”.

2. Diversificación de las alternativas

15. Parece procedente, a los efectos de determinar las consecuencias de su funcionamiento, realizar una descripción sumaria de algunos de estos mecanismos⁵⁹, adelantando que están, por lo general, profundamente vinculados a un ámbito material muy concreto y que poseen distinto alcance: desde una mera facilitación del arreglo a una decisión resolutoria.

16. *Evaluación neutral*. Llamada también “*Early Neutral Evaluation*” se sustenta en la designación por las partes de un tercero experto, preferiblemente de alguien que goce de una serie de cuali-

⁵⁶ J. H. CARTER, “Issues Arising from Integrated Dispute Resolution Clauses”, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond* (A.J. van den Berg, ed.), La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 446-469.

⁵⁷ En el Laudo CCI n° 2138 de 1974 el tribunal arbitral tuvo que decidir sobre su propia consecuencia a propósito de una cláusula MTDRC que preveía la conciliación previa seguida de arbitraje CCI, al haber instado el arbitraje una de las partes sin intentar la conciliación. Ante la oposición de la otra parte el tribunal declaró su competencia porque el texto controvertido de la cláusula no exigía la conciliación previa con arreglo a las circunstancias del caso pues se limitaba a prevenir la obstaculización aplicación continuo del contrato (*Journ. dr. int.*, 1975, p. 934).

⁵⁸ http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_directrices_IBA.pdf.

⁵⁹ *Vid.* una estudio pormenorizado en C. MACHO GÓMEZ, “Los ADR *alternative dispute resolution* en el comercio internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n° 2, 2013, pp. 398-427.

dades tales como: reputación acreditada, alto nivel de confianza para los contendientes, experiencia en la materia objeto de la controversia, capacidad para captar rápidamente los problemas, e idoneidad para debatir abierta y claramente sin llegar a situaciones irreparables. Su empleo se ha entendido a los litigios que involucran una confrontación de pruebas documentales complejas o contradictorias, como acontece en los asuntos relacionados con la construcción o en los casos de negligencia médica, siempre que las posiciones de las partes no sean especialmente hostiles o irreconciliables. Está, pues, especialmente indicado para litigios donde los problemas técnicos requieren conocimientos especiales para resolver el monto de una indemnización.

Ciertos centros fomentan esta técnica proporcionando a los contendientes un elenco de expertos neutrales, con indicación de su especialización (Cámara de Comercio Internacional, *American Arbitration Association*, *ADR Chambers UK & Europe...*), a los que se exige una declaración de independencia en la cual revele todas las circunstancias que puedan poner en duda su imparcialidad. El experto evaluador, cuya actividad es remunerada, tiene como misión escuchar las presentaciones de los contendientes de sus posiciones, valorar los documentos y los afidávits de los testigos presentados y proporcionar una “evaluación objetiva” del litigio. El mecanismo a seguir es bastante simple. El evaluador y las partes deciden sobre la duración y el alcance de las declaraciones escritas iniciales; a continuación tienen lugar una o varias sesiones conjuntas de las partes con los abogados que se inician con la presentación por estos últimos de un resumen de sus pretensiones y en el curso de la cual el experto efectúa las preguntas pertinentes para enriquecer su evaluación final que, por lo general, registra forma escrita y debe presentarse en un plazo muy breve una vez concluidas las sesiones. Este documento final acostumbra a incluir una descripción del fondo de la controversia, las posiciones de las partes y la valoración de los eventuales daños, insertando al final la propuesta de solución conveniente detallada y, a ser, posible, aportando las cifras pertinentes, y apuntando el camino para un acuerdo negociado. Se admite que las partes pueden solicitar del evaluador una aclaración de determinados extremos de su decisión.

El valor de la evaluación así efectuada está en función directa de la autoridad que las partes le confiaron, pero no tiene carácter vinculante. De lo contrario, el mecanismo se transforma en una *expert determination*. Así y todo resulta de gran utilidad, lo que justifica su expansión, pues al margen de mejorar la comunicación entre las partes, es particularmente útil cuando los participantes son los ejecutivos de las empresas litigantes o los gestores de riesgos que, con posterioridad al resultado, informan a las partes interesadas para que adopten una decisión al respecto, consistente en resolver la controversia conforme a lo estipulado por el evaluador o pasar a un escalón superior, generalmente el arbitraje. Sus defensores aseveran que una evaluación de este tipo coadyuva a que las partes aclaren, delimiten y precisen el alcance de la controversia, lo que favorece las posibilidades de arreglo futuro.

Ciertas entidades dedicadas a la resolución de controversias en el ámbito de los negocios internacionales, como la *American Arbitration Association* incluyen un modelo de cláusula que posibilite este procedimiento antes de recurrir al arbitraje:

“Any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach thereof, shall be settled by arbitration administered by the American Arbitration Association under its Arbitration Rules, and judgment on the award rendered by the arbitrator(s) may be entered in any court having jurisdiction thereof. The parties to this contract agree that either party may, within __ days after the filing of a Demand for Arbitration, demand that the parties’ dispute first be submitted to a neutral evaluator pursuant to the American Arbitration Association’s Early Neutral Evaluation Procedures prior to proceeding with arbitration”.

Siguiendo la tónica general de estos mecanismos alternativos, se prohíbe al evaluador divulgar la información confidencial revelada por las partes o por los testigos en el transcurso de su función. Y dicha confidencialidad se extiende a todos los informes y documentos manejados durante el proceso.

17. Fact-finding. Se trata de un mecanismo en virtud de cual un perito neutral examina e investiga los diferentes aspectos fácticos y técnicos presentados por las partes con el objeto de esclarecer la veracidad de dichos extremos y elabora un informe independiente sobre la causa de la discrepancia cuyo posible carácter vinculante deberá ser precisado por las partes. Se inicia generalmente por medio

de un acuerdo escrito entre las partes e inmediatamente, si interviene una institución administradora, se designa al tercero de una lista de candidatos con la experiencia necesaria para llevar a cabo su cometido. El designado trabaja con las partes en el establecimiento de un programa apropiado donde se indica qué documentos deben presentarse y se identifica a las personas con la información relacionada con la controversia. Asimismo establecen el calendario y la duración de las audiencias.

Para alcanzar su cometido el experto entrevistará a los litigantes y reunirá la información adicional pertinente. Las conclusiones y recomendaciones no son vinculantes, pero se incorporan en las negociaciones entre las partes y sus abogados. El investigador de hechos por lo general no participa directamente en el proceso de negociación. Este mecanismo es particularmente eficaz cuando las partes se encuentran ante una decisión difícil de adoptar en función de la existencia de informaciones insuficientes o contradictorias. Por esa razón un dictamen neutral coadyuva en una negociación mejor centrada y, por tanto, con mayores posibilidades de éxito.

18. Adjudication. En una amplia variedad de contratos vinculados esencialmente a la construcción se establece la posibilidad de que la controversia sea resuelta por un tercero independiente mediante una decisión provisional, que no tiene la eficacia de la cosa juzgada inherente al laudo arbitral⁶⁰. Por lo general ese tercero es un experto en la materia objeto de la controversia y sus decisiones, son aceptadas provisionalmente por las partes tras una evaluación imparcial de las presentaciones de las posiciones de éstas últimas y otras pruebas y si las partes no acuden a arbitraje o a un proceso judicial en un plazo determinado, la decisión será definitiva. Resulta un método sencillo y relativamente informal de resolución de disputas que vinculan a las partes hasta que la decisión es impugnada judicialmente o ante los árbitros. Se lleva a cabo dentro de un marco de tiempo estrictamente limitado y por lo tanto es relativamente barata. La experiencia demuestra que la mayoría de las decisiones adoptadas en este marco son aceptadas de manera permanente y que en muy pocas ocasiones tienen lugar actuaciones posteriores.

19. Expert determination. Es un mecanismo utilizado habitualmente en determinadas controversias que implican cuestiones técnicas, como la valoración de derechos de propiedad intelectual, la interpretación de las reivindicaciones de patentes y el alcance de los derechos cubiertos por una licencia⁶¹. En él las partes exponen sus alegaciones a un tercero experto en la materia (jurista, ingeniero, contable...), que adoptará una decisión vinculante y definitiva al conflicto planteado, pero que tampoco tendrá la consideración de cosa juzgada. Habida cuenta que la determinación del experto deriva directamente de un contrato, las partes tienen total libertad para regular el inicio, continuación y terminación del procedimiento ante este tercero. Entre las características más relevantes de este mecanismo cabe resaltar su carácter consensual en el sentido de que únicamente se pondrá en marcha si ambas partes lo aceptan de común acuerdo y nombran al experto⁶². Dicho carácter consensual se extiende al idioma a utilizar y a la determinación del lugar donde se celebren las reuniones. Y a ello hay que añadir que, como regla general, debe respetarse la confidencialidad de las actuaciones. El dictamen del experto es vinculante y, como tal, obliga a las partes si éstas no han dispuesto lo contrario y dicho dictamen puede utilizarse de forma independiente o en relación con un arbitraje, mediación o un procedimiento judicial.

20. Dispute Review Boards. Los Paneles de Revisión de Controversias son utilizados con frecuencia en litigios derivados de los contratos internacionales de construcción por adecuarse a la solución

⁶⁰ Vid. P. HIBBERD y P. NEWMAN, *ADR and Adjudication In Construction Disputes*, Oxford, Londres, Edimburgo, 1999, pp. 165-167.

⁶¹ R. GOLDSCHIEDER, "The Employment of Experts in Mediating and Arbitrating Intellectual Property Disputes", *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol.6, n.º.4, 1995, pp. 399-407; I. DE CASTRO y S. THEURICH, "Efficient Alternative Dispute Resolution (ADR) for Intellectual Property Disputes", *Handbook of European Intellectual Property Management*, Kogan Page, 2009, pp. 479-485 <http://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/euro.pdf>.

⁶² Algunas instituciones como el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI disponen que si las partes no se han puesto de acuerdo sobre el nombramiento del experto o de un procedimiento diferente para su designación, éste será designado por el Centro de Arbitraje y mediación de la OMPI, previa consulta con las partes. Vid. *Guía de la OMPI sobre solución extrajudicial de controversias para Oficinas de Propiedad Intelectual y tribunales judiciales*, Ginebra, Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, 2015, pp. 30-32.

de los problemas técnicos vinculadas con frecuencia a los propios proyectos y a su realización que, por lo demás, están sujetos siempre a alteraciones. En las controversias inherentes a este tipo de contratos la *Federation of Consulting Engineers* (FIDIC) acostumbra a incluir soluciones a cuestiones técnicas. Ello amerita a que serán los propios técnicos o ingenieros que participan en la ejecución de los proyectos los que intenten solucionar por sí mismo la controversia entablada al margen de los procedimientos legales. Es una variante de la *adjudication* con la diferencia de que el papel del tercero lo lleva a cabo una comisión de expertos en la materia y sus decisiones son vinculantes, a menos que se suscite un proceso jurisdiccional o un arbitraje. Consiste esencialmente en un dispositivo protagonizado por un comité independiente integrado por tres personas que evalúa las controversias que puedan surgir durante el proyecto y hacer recomendaciones de solución a las partes. Cada parte selecciona a un miembro y posteriormente pueden ponerse de acuerdo sobre el tercero, si no lo hacen, los dos miembros elegidos pueden designar al otro miembro. El panel puede realizar inspecciones oculares y se reúne regularmente para escuchar las presentaciones de las partes y sugerir soluciones. Las audiencias son generalmente informales, sin interrogatorio y las partes deciden la cantidad y extensión de la información que desean presentar⁶³.

La CCI aporta una serie de modelos de cláusulas que contemplan este procedimiento:

Dispute Review Board CCI seguido por arbitraje CCI en caso necesario: Por la presente, las Partes se comprometen a constituir un Dispute Review Board (“DRB”) conforme al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (la “CCI”) relativo a los Dispute Boards (el “Reglamento”), el cual es considerado parte integrante de la presente. El DRB se compone de [uno/tres/X] miembro(s) nombrado(s) en el presente contrato o nombrado(s) de acuerdo con el Reglamento.

Todas las controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él serán sometidas en primer lugar al DRB conforme al Reglamento. Para cualquier controversia, el DRB emitirá una Recomendación de conformidad con el Reglamento.

Si una de las Partes no acata una Recomendación cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento, la otra Parte puede, sin tener que recurrir primero al DRB, someter este incumplimiento a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, a uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje. Una Parte que no cumpla con una Recomendación cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento no podrá plantear ningún asunto sobre el fondo de la Recomendación como defensa de su falta de cumplimiento sin demora de la Recomendación.

Si una Parte notifica por escrito a la otra y al DRB su desacuerdo con una Recomendación, según lo previsto en el Reglamento, o bien si el DRB no ha emitido una Recomendación en el plazo establecido por el Reglamento, o incluso si el DRB es disuelto conforme al Reglamento antes de que se emita la Recomendación, la controversia será resuelta definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje.

21. Mini-trial. Tiene muchos puntos en común con la mediación. Cada parte presenta su visión del caso durante un breve periodo ante una comisión formada por altos ejecutivos pertenecientes a las empresas enfrentadas con total poder de decisión y por un tercero independiente (*neutral advisor*). Se asemeja a una audiencia de mediación, en la que hay una presentación por cada parte de una versión resumida de su caso a un grupo de personas con el propósito de resolver o solucionar la controversia. Sin embargo, hay una diferencia importante con la mediación pues en ésta el mediador es un tercero neutral que no toma partido por los argumentos de una de las partes, sino que trata de facilitar la comunicación abierta entre éstas con la finalidad de alcanzar un compromiso. Por el contrario en el *mini-trial* los intervinientes son ejecutivos de alto nivel defensores de las posiciones de las partes, sin responsabilidad de supervisión directa para el proyecto que dio lugar a la controversia, pero que cuentan con autorización expresa de éstas para realizar su función, resolviendo tras escuchar los argumentos de los lados opuestos de la controversia. En la práctica los representantes de las partes, en general sus abogados, no tienen un papel activo en las negociaciones del eventual acuerdo. El panel puede contar en ocasiones con la ayuda de un *hearing officer* o facilitador cuya función está limitada a la conducción del proceso y de las audiencias, asegurando que las presentaciones de los abogados se efectúen de manera ordenada.

⁶³ K.M.J. HARMON, “Effectiveness of Dispute Review Boards”, *Journal of Construction Engineering and Management*, november/december, 2003, pp. 674-679 <<http://www.harmonyorkassociates.com/Effectiveness%20of%20DRB.pdf>>.

El *mini-trial* posee un carácter voluntario y no vinculante, y su éxito está en función de la autoidad que puedan ejercer los dos panelistas ejecutivos dentro de sus propias organizaciones⁶⁴.

IV. Eficacia de las cláusulas: examen de la práctica

1. Prevención de eventuales patologías

22. No puede ignorarse que la complejidad de estas cláusulas puede dar lugar a diversas situaciones patológicas, principalmente si las partes se niegan a cooperar, o a la necesidad de resolver cuestiones incidentales al arbitraje por la propia incertidumbre del contenido de la cláusula⁶⁵. Baste atender a la precisión temporal de si el mecanismo previsto en un escalón inferior ha concluido y se ha iniciado el previsto en el escalón superior si las partes tienen pareceres dispares al respecto. Y otra patología puede derivar de la revelación de determinada información empresarial en una etapa inferior que puede ser perjudicial para una de las partes en el momento cuando se tramita una nueva etapa.

La cuestión esencial que subyace cuando se estudia el funcionamiento de estas cláusulas es la de determinar cuáles son las consecuencias si una parte hace caso omiso de los escalones iniciales y pone en marcha un proceso arbitral sin haber participado en las negociaciones o en la mediación, o sin que éstas hayan concluido. De hecho, las legislaciones nacionales no suelen establecer sanciones claras en orden a su incumplimiento. La respuesta no es fácil pues, en determinadas situaciones, limitar el derecho de las partes a entablar procedimientos arbitrales o judiciales, puede reducir el propio ámbito de la conciliación y, si no suscitar incluso problemas constitucionales por vulnerar el postulado de la tutela judicial efectiva.

Como regla general, si una cláusula MTDRC obliga a las partes a participar en una o más formas de negociación o en otro ADR como condición previa al arbitraje, el tribunal arbitral no tendrá competencia para conocer del litigio hasta que las partes hayan cumplido con lo estipulado. Por consiguiente, una mala redacción o una imprecisión de la cláusula, *v.gr.*, cuando no especifica un límite de tiempo para completar un proceso de ADR preliminar puede permitir que una parte retrase en su propio interés el arbitraje. Ante el riesgo de sí los árbitros declaran su competencia, el laudo ulterior podría ser anulado ante los tribunales estatales. Así sucedió en EE UU el asunto *White v. Kampner*⁶⁶ donde el Tribunal consideró que las sesiones de negociación obligatorias constituían una condición previa al arbitraje y que era esencial la determinación de si las sesiones eran necesarias. Al determinar positivamente este último extremo, confirmó la anulación del laudo.

De esta suerte, el acuerdo de voluntades en el que se concreta la cláusula, encuentra ciertos límites en el sentido de no entorpecer el acceso a la justicia o al arbitraje como una forma de hacer efectivos los derechos de las partes⁶⁷, pero se trata de una opción que no tiene por qué dejar de ser seria y confiable.

⁶⁴ J.C. NAJAR, "Le mini-trial: chimère ou panacée ?", *Droit et pratique du commerce international*, vol. 14, 1988, pp. 451-483.

⁶⁵ En las controversias concernientes a contratos de construcción el cumplimiento o incumplimiento con lo establecido en el primer escalón, condiciona decisivamente la competencia del tribunal arbitral. En el Laudo CCI nº 6535 de 1992 [*Collection of ICC Arbitral Awards (1991-1995)*, J.J. Arnaldez, Y. Derains y D. Hascher (eds.), ICC Publication nº 553, 1997, p. 495] el tribunal arbitral trató el significado de "diferencia" en las condiciones de la FIDIC. En ese caso, el contratista había enviado una serie de cartas al ingeniero de indicando la necesidad de extender los plazos y el pago de las variaciones de la obra. La cuestión era determinar si el contenido de esas cartas, que no había sido rechazado por el ingeniero, habían puesto en marcha el mecanismo de arreglo previsto en la cláusula. El tribunal arbitral consideró que, como quiera que el ingeniero no había desestimado las reclamaciones, no tenía competencia para entender del asunto. Por su parte en el Laudo nº 6238 de 1989 ("Extracts from ICC Arbitration Awards..."), *loc. cit.*, pp. 85-87) el tribunal arbitral también tuvo que pronunciarse sobre la eventual corrección de la solicitud de intervención del ingeniero de conformidad con las condiciones de la FIDIC, concluyendo que dicha solicitud debía individualizar claramente la controversia, no siendo suficiente que una parte mostrase su intención de someter la controversia al ingeniero. Finalmente, por sólo citar otros caso en el Laudo preliminar CCI nº 9984 de 1999 también tuvo que pronunciarse sobre su propia competencia, a propósito del cumplimiento del escalón previsto en la cláusula de intentar resolver la controversia de manera amistosa, llegando a la conclusión que este se había efectuado y que era factible iniciar el procedimiento de arbitraje.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de Connecticut de 18 febrero 1994 [229 Conn. 465 (1994) http://www.leagle.com/decision/1994694229Conn465_1666/WHITE%20v.%20KAMPNER].

⁶⁷ T. GIOVANNINI, "Qui controle les pouvoirs des arbitres: les parties, les arbitres ou la Cour d'arbitrage?", *Les arbitres internationaux*, Société de Législation comparée, 2005, pp. 135 ss.

Puede afirmarse, en términos generales, el deber de los tribunales arbitrales (o eventualmente judiciales) de suspender todo procedimiento en el caso de que las partes no renuncien al arreglo de controversia previsto en los escalones anteriores. Cosa distinta es su competencia para hacer que la parte renuente coopere de una manera significativa.

Otro inconveniente es que el recurso a esta técnica posee un carácter voluntario lo que implica que resulta suficiente que una de las partes quiera poner fin a la práctica de la misma para que ésta se pase al escalón siguiente, aunque puede establecerse que la renuncia debe solicitarse conjuntamente por las partes en litigio. Como regla general en estas situaciones deberá acudirse a lo expresamente pactado, pero si nada se dijo hay que valorar cada caso por separado, atendiendo especialmente a la actitud de las partes y la viabilidad de una solución amistosa. La interacción entre ambos mecanismos apunta a situaciones de cierta complejidad.

23. La práctica demuestra que las controversias en los escalones inferiores no quedan limitadas al contenido del contrato en el que se inserta la cláusula, sino que se extiende al contenido de esta última y a su eficacia jurídica cuando exigen que los procedimientos de arreglo de controversia se cumplan con carácter obligatorio. El ejemplo ejercido por la decisión de la *High Court* de Inglaterra en el asunto *Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Private Ltd*⁶⁸ afirmando que el incumplimiento de los procedimientos de resolución de conflictos pre-arbitrales pueden eliminar la competencia de un tribunal arbitral ha sido determinante⁶⁹. En consecuencia, si una de las partes se niega a cumplir con el acuerdo, la cuestión de la efectividad de estos instrumentos ofrece un marco problemático de difícil solución. A ello deben añadirse los problemas derivados de la determinación de si la primera fase o, eventualmente, la segunda, han concluido y, en tal caso son de obligado cumplimiento, o se han frustrado, y por el contrario deberá ponerse en marcha el arbitraje sin más preámbulos. Y, por último, puede darse una confrontación entre el último escalón y el procedimiento jurisdiccional⁷⁰. El estudio de la jurisprudencia de los Estados y de la práctica arbitral evidencia que estas cuestiones distan mucho de estar cerradas⁷¹.

24. La eficacia o ineficacia de una cláusula de varios niveles dependerá de si hay o no dudas acerca de la intención de las partes para resolver la controversia mediante arbitraje o ante la jurisdicción si fallan los mecanismos previos de arreglo de controversias. Debe quedar clara la intención en tal sentido, distinguiéndose de otras iniciativas de tenor similar, que ponen el acento en un “arreglo amistoso”, pero que no poseen carácter obligatorio para las partes que las han insertado en un contrato; para evitar la ambigüedad en el idioma de la cláusula ésta debe mostrar claramente que el mecanismo establecido

⁶⁸ Sentencia de la *High Court* de Inglaterra *Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Private Ltd*, [2014] EWHC 2104 (Comm) at para 3, [2015] 1 WLR 1145 (EWHC QB) [Emirates]. *Vid.* los comentarios de O. KRAUSS, “The Enforceability of Escalation Clauses Providing for Negotiations in Good Faith Under English law”, *McGill Journal of Dispute Resolution*, vol. 2, 201-2016, pp. 142-165.

⁶⁹ *Vid.* los comentarios críticos de L. FLANNERY, “Emirates Trading, good faith, and pre-arbitral ADR clauses: a jurisdictional precondition?”, *Arb. Int'l.*, vol. 31, n° 1 2015, pp. 63-106.

⁷⁰ Es el caso abordado en Argentina por la Sentencia de 19 de octubre de 2010 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, de 19 octubre 2010 (*Cemaedu SA y otros v. Envases EP SA y otro sobre ordinario*) [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, *Repertorio de Jurisprudencia 2010*, 3ª parte, pp. 185-185]: “Es procedente la excepción de incompetencia deducida por el fiador codemandado con base en la cláusula arbitral pactada en el contrato de compraventa de acciones que afianzó, en tanto la cláusula referida consignó textualmente, que ‘toda controversia que se suscite entre las partes con relación al contrato, su existencia, validez, calificación, interpretación, alcance, cumplimiento o resolución, será resuelta mediante los procesos de negociación, mediación, y arbitraje establecidos en la cláusula del contrato’. Por consiguiente, no caben dudas de que el afianzamiento íntegro de un contrato por parte del fiador, sin exclusión de la comentada cláusula de prórroga de competencia, la habilita sustancial y procesalmente a invocarla, aunque el deudor principal nada hubiera dicho al respecto. El razonamiento contrario, implicaría un grave perjuicio a su derecho de defensa, pues aquel afianzó un contrato determinado en el entendimiento de que sus controversias se decidirían por un tribunal arbitral. Por ende, desconocer esa opción resultaría ajeno al principio por el cual los contratos deben celebrarse, interpretarse, y ajustarse de buena fe, de acuerdo con lo que verosiblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (*cf.* arts. 1197 y 1198 Cciv).

⁷¹ Un examen de la jurisprudencia de EE UU, Inglaterra, Australia, Alemania, Francia y Suiza se encuentra en el estudio de S. KRENNBAUER, “Enforceability of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses in International Business Contracts”, *Yearb. Int'l Arb.*, vol. 1, 2010, pp. 199-2006.

es obligatorio, utilizando para ello expresiones como “las partes deberán” o “las partes están obligadas a ...”. Por el contrario, debido a la ambigua redacción de la MTDRC, un tribunal de arbitraje o un tribunal jurisdiccional podrían considerar que la intención de las partes quedaba reducida a llegar a un acuerdo, o que cualquier tipo de comunicación entre ellas sería suficiente para cumplir con el requisito de negociar de forma amistosa o en buena fe, y agotar de este modo el primer escalón de la MTDRC y seguir con el proceso instado ante ellos. Por ejemplo, en el Laudo CCI nº 10256 de 2000⁷² el tribunal sostuvo que la palabra “puede” en una cláusula de tres escalones, que incluía en el segundo de ellos que las partes “podían” someter la controversia a un experto para su consideración, era un término, en consecuencia, no vinculante. Bajo estas circunstancias, según el tribunal arbitral, “*either party is free to refer the dispute to arbitration ... whether or not there have been good faith mutual discussions ... or a reference to mediation by an expert*”⁷³.

Para evitar semejante situación la redacción de la MTDRC en términos imperativos proporciona, en efecto, certidumbre en cuanto a si las etapas previas acordadas por las partes antes de un arbitraje o litigio jurisdiccional son obligatorias. Y, en este caso, inclinar a los tribunales arbitrales o jurisdiccionales, a favor de la admisibilidad de los procedimientos previos y a declarar su incompetencia. Cuanto más detallada, estricta y meticulosa sea la redacción de la cláusula, mayor será la probabilidad del cumplimiento de su contenido, evitándose incertidumbres y confrontaciones acerca de su significado y efectos. Dicho en otros términos, una redacción clara y convincente con respecto a los mecanismos contemplados en el primer escalón contribuye a reforzar claramente la intención de las partes de que una violación de la MTDRC constituiría un impedimento efectivo a las acciones judiciales o arbitrales.

25. La certeza es una cuestión especialmente relevante en la redacción de este tipo de cláusulas ya que con frecuencia insertan conceptos poco precisos como la “obligación de negociar de buena fe” resultando muy difícil tratar de cumplir algo que necesita la cooperación y el consentimiento⁷⁴. Además, en determinados ordenamientos, como el inglés, si los términos de un contrato son inciertos o incompletos, éstos no serán vinculantes⁷⁵. Para evitar problemas futuros resulta aconsejable que las cláusulas determinen un procedimiento sencillo y claro que permita la distinción entre los distintos escalones, su duración y los trámites a seguir en cada uno de ellos. Esto se facilita a través de una redacción precisa que garantice la viabilidad de los procedimientos de solución en ellas incluidos⁷⁶, o que permita suspender el recurso al arbitraje hasta que se resuelva el mecanismo previsto en el escalón inferior⁷⁷. Su eficacia se facilita, además, si la redacción establece claramente que cada una de las etapas es una condición previa al arbitraje o al litigio ante los tribunales y si se incluye la obligación de notificar formalmente a la otra parte el comienzo y el final de cada una de las etapas. Por último, si en los escalones inferiores se prevé la intervención de expertos deberá determinarse cuál es su retribución y el lugar donde deben

⁷² “Extracts from ICC Arbitration Awards...”, *loc. cit.*, pp. 88-89.

⁷³ La práctica de la CCI contaba ya con precedentes en el mismo sentido como evidenció el Laudo CCI nº 4230 de 1974 (*Journ. dr. int.*, 1975, pp. 934-938). Ante el argumento de que el requisito de la conciliación previa al arbitraje no había sido respetado consideró que de la redacción de la cláusula (“...*all disputes related to the present contract may be settled amicably by three conciliators, one designated by each of the parties and the third by agreement of the two parties*”) se infería la no exigencia de ese requisito.

⁷⁴ Sentencia de la *High Court* de Irlanda de 4 julio 2013 (*Esso Ireland Limited & Anor v. Nine One One Retail Limited*) [(2013) IEHC 514 <<https://cases.legal/en/act-uk2-77043.html>>].

⁷⁵ *House of Lords*, 23 enero 1992 (*Walford v Miles*), *vid supra* nota 54.

⁷⁶ Como pusiera de relieve en Inglaterra la Sentencia de la *High Court* de 3 julio 2012 (*Wah -Aka Alan Tang- & Anor v. Grant Thornton International Ltd. and others*): “*The test ... is whether the obligations ... it imposes are sufficiently clear and certain to be given legal effect... [T]he test is whether the provision prescribes, without the need for further agreement: (a) a sufficiently certain and unequivocal commitment to commence a process; (b) from which may be discerned what steps each party is required to take to put the process in place; and which is (c) sufficiently clearly defined to enable the court to determine objectively (i) what under that process is the minimum required of the parties to the dispute in terms of their participation in it and (ii) when or how the process will be exhausted or properly terminable without breach*” [(2012) EWHC 3198 (Ch), (2012) CN 63, párrafo 60 (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/3198.html>)].

⁷⁷ Sumamente elocuente es, en EE UU, la Sentencia del Tribunal de Apelaciones (Primer circuito) de 17 enero 2003 (*Him Portland, LLC v. Devito Builders, Inc.*): “*Here, there is no doubt that the parties intended that the duty to arbitrate would not ripen until after the condition precedent of mediation had been satisfied*”. [317 F.3d 41 (<http://openjurist.org/317/f3d/41/him-portland-llc-v-devito-builders-inc>)]

realizarse las reuniones; y si lo que se dispone es la intervención de un mediador, deberían explicitarse los mecanismos para su selección.

En definitiva, la cláusula debe suministrar un elevado grado de certeza para que las partes no puedan escaparse a su aplicación alegando falta de claridad⁷⁸. Dicha certeza debe proyectarse a la “precisión temporal” delimitando claramente el inicio de las negociaciones, el inicio del período para la realización de los otros ADR y su finalización para que la controversia pueda ser reconducida al arbitraje. Como se ha advertido con razón, “la cláusula que contenga el binomio ADR/arbitraje debe ser redactada con cuidado para que, adecuándose a las necesidades del caso, se evite que una constituya un óbice para el buen funcionar de la otra”⁷⁹. Para ello los escalones previos deben en la cláusula ser limitados en el tiempo y precisar en la medida de lo posible, del plazo en que finalizan los mecanismos previos a la jurisdicción o al arbitraje. A ello ayuda la indicación de un hecho inequívoco, como una invitación escrita para negociar o mediar bajo la cláusula, o el nombramiento de un mediador. Por ejemplo en Francia la Sentencia de la *Cour de cassation* (cámara mixta) de 14 febrero 2003 (*Poiré v. Tripier*)⁸⁰ afirmó, aunque con un razonamiento muy escueto, que las MTDRC tienen eficacia en Francia siempre que incluyan con carácter obligatorio una conciliación previa o una etapa de mediación y no simplemente opcional.

2. Alcance del pactum de nom petendo

26. La cuestión consiste en determinar si el acuerdo entre las partes para negociar primero y /o mediar después, siempre con anterioridad al arbitraje (escalones iniciales), constituye un acuerdo de procedimiento, en cuyo caso se trataría de una condición previa al arbitraje y a la admisibilidad formal de la reclamación, o si se trata de un acuerdo de carácter sustantivo, al igual que las demás disposiciones contractuales, en cuyo caso una violación de las obligaciones de primer nivel deberían ser consideradas como un incumplimiento de contrato, pero sin consecuencias adversas a la competencia del tribunal arbitral. La práctica procedente de las jurisdicciones nacionales, como la suiza⁸¹, la alemana⁸², o la de Singapur⁸³,

⁷⁸ En Francia la Sentencia de la *Cour de cassation* de 28 marzo 2012 (*Hainan Yangpu Xindadao Industrial Co Ltd.*) declaró que la MTDRC debía cumplirse pese a que había una discrepancia entre las versiones francesas y china de la misma, (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025603566&fastReqId=1865477954&fastPos=1>).

⁷⁹ F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, “Mecanismos alternativos de solución de controversias, notas sobre el creciente desarrollo del área”, *Ars Iuris*, vol. 30, 2003, pp. 39-67, esp. p. 66 <https://works.bepress.com/francisco_gonzalez_de_cossio/16/>

⁸⁰ *Rev. arb.*, 2003, p. 403, (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007047169&dateTexte=>). *Vid.* C. JARROSSON, “Observations on Poiré v. Tripier”, *Arb. Int'l*, vol. 19, n° 3, 2003, pp. 363-369.

⁸¹ La jurisprudencia suiza es en este punto contradictoria. En relación con la existencia de una conciliación previa a un procedimiento jurisdiccional, la Sentencia se inclinó por la naturaleza sustantiva de la cláusula. *Vid.* la Sentencia del Tribunal de Casación de Zúrich de 15 marzo 1999 [ZR 99 (2000) No.29]. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Apelación de Zúrich de 11 septiembre 2001 [ZR 101 (2002), No.21, 77-81, esp. p.78] consideró que la cuestión de los procedimientos de conciliación obligatorias estaba vinculada a los presupuestos procesales a la jurisdicción y no, como declarado en la resolución anterior del Tribunal de Casación, una cuestión de derecho sustantivo. Esta última tendencia ha sido seguida por la Sentencia de del Tribunal de Apelación del Cantón de Turgovia de 23 abril 2001 [ASA Bulletin 2003 pp.418-420]. *Vid.* las observaciones de A. JOLLES, “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement”, *Arbitration*, n° 72, 2006, pp. 329-338, esp. pp. 329-331.

⁸² En una decisión del *Bundesgerichtshof* de 18 noviembre 1998 [VIII ZR 344/97, http://www.judicialis.de/Bundesgerichtshof_VIII-ZR-344-97_Urteil_18.11.1998.html], el tribunal sostuvo que una cláusula, en virtud del cual las partes habían acordado intentar resolver con carácter previo las controversias derivadas de un contrato a través de negociaciones antes de entablar un procedimiento judicial, es válida de conformidad con la normativa alemana y que el tribunal no podía actuar en tanto que dichas negociaciones no se hubieran iniciado y completado; asimismo el tribunal afirmó que en este caso las partes tenían la obligación de cooperar en la realización de las negociaciones “*Die Abrede, daß im Streitfall vor Anrufung der staatlichen Gerichte ein Güteversuch vor der zuständigen berufsständischen Vertretung zu unternehmen ist, entspricht dem berechtigten Interesse beider Parteien*”).

⁸³ De acuerdo con la Sentencia Tribunal de Apelación de Singapur de 27 agosto 2012 (*HSBC Institutional Trust Services (Singapore) Ltd (trustee of Starhill Global Real Estate Investment Trust) v. Toshin Development Singapore Pte Ltd.*) [(2012) 4 SLR 738 (<http://www.singaporelaw.sg/slaw/laws-of-singapore/case-law/free-law/court-of-appeal-judgments/14964-hsbc-institutional-trust-services-singapore-ltd-trustee-of-starhill-global-real-estate-investment-trust-v-toshin-development-singapore-pte-ltd-2012-sgca-48>)] se ha inclinado por exigir el cumplimiento de lo previsto en una cláusula de negociación de buena fe en los casos donde inequívocamente las partes han incumplido o no han realizado de buena fe la obligación.

ha estudiado esta cuestión preferentemente acerca del condicionamiento de los primeros escalones sobre la competencia de la jurisdicción para resolver el litigio, discutiendo respecto a la naturaleza sustantiva o procesal del incumplimiento o del fracaso de lo actuado en dichos escalones. La cuestión no es baladí. Si se considera que estamos ante un incumplimiento contractual sería obligado el establecimiento de una indemnización con la consiguiente dificultad de establecer la cuantía de los daños. Pero semejante solución no se acomoda al espíritu de la cláusula que no es otra cosa que la puesta a disposición de las partes de un elenco de mecanismos de solución de controversias. Si el asunto llega al juez o al árbitro éstos deberán limitarse a estudiar la procedencia de la puesta en marcha del último escalón.

Por supuesto cuando el escalón de cierre es el arbitraje, la determinación de la validez del acuerdo de arbitraje debe ser resuelto por los propios árbitros en aplicación del principio de *kompetenz-kompetenz*. Conforme a este postulado los tribunales de arbitraje deberán examinar minuciosamente las circunstancias previstas en la MTDRC y cuál ha sido la actividad desempeñada por el demandante en orden a su cumplimiento.

27. Con carácter general puede afirmarse que el cumplimiento de las obligaciones del primer escalón es una condición previa al procedimiento arbitral por tanto su inobservancia obliga a no admitir la demanda hasta el acatamiento de los compromisos asumidos. Sin embargo, los tribunales arbitrales no pueden decidir sobre esta cuestión de oficio, sino sólo sobre la base de la objeción por una de las partes. Si los compromisos de primer nivel ya no se pueden cumplir, el tribunal debe declarar inadmisibles las reclamaciones. Otro punto de vista confirma que una violación de los compromisos de primer nivel no excluye la jurisdicción de un tribunal de arbitraje, pero sugiere que el tribunal debe suspender el procedimiento hasta el cumplimiento de los compromisos de primer nivel⁸⁴. Para evitar estos inconvenientes, la generalidad de las cláusulas incluye de manera explícita o implícita un *pactum de non petendo*, que se traduce en la obligación a las partes a abstenerse de presentar demandas jurisdiccionales o arbitrales durante este período⁸⁵. Como consecuencia de ello el tribunal judicial o arbitral estará obligado a impedir que se entable un litigio o un arbitraje si eso fuese contrario a lo acordado por las partes. Ello implica que si, por ejemplo, se pone en marcha el arbitraje vulnerando este acuerdo, el tribunal arbitral deberá suspender el procedimiento. Pero la solución dista de ser fácil, pues si el tribunal considera inadmisibile una solicitud de arbitraje, deberá delimitarse el estado de los procedimientos seguidos en los escalones anteriores y, en particular, si han finalizado o si siguen siendo vinculantes.

No está de más, pues, que figure en la cláusula que las partes se comprometen a no iniciar otros procedimientos mientras no se han agotado los mecanismos previstos en los distintos escalones.

28. De no hacerlo así puede considerarse que nos hallemos ante una “solicitud de arbitraje prematura”, lo que no implica que éste pueda ponerse en marcha en una etapa ulterior. Esto nos lleva a la cuestión de la ejecutabilidad de las MTDRC, que ha dado lugar a una copiosa práctica de la que nos limitaremos a señalar algunas decisiones relevantes que no son, por cierto, un ejemplo de armonización.

⁸⁴ Existen posiciones contrarias que argumentan que los requisitos de admisibilidad de la acción ante los Tribunales son una cuestión de Derecho público, destinada a garantizar el buen desarrollo de los litigios; por el contrario, los acuerdos de negociación previa y / o conciliación son acuerdos privados para ser tratados como cualquier otro contrato privado. Por tanto, en caso de incumplimiento debe estarse a las reglas generales que regulan el incumplimiento de cualquier otra obligación sustancial. Cf. F. WALTHER, “E-confidence in e-commerce durch Alternative Dispute Resolution”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 7, 2001, p. 755 ss, esp. p. 762.

⁸⁵ Por ejemplo, la jurisprudencia norteamericana apunta a la existencia de un *pactum de non petendo*: una exención temporal del derecho a iniciar procedimientos de arbitraje hasta que la mediación se haya llevado a cabo. Vgr., *First Circuit Court of Appeals*, 13 enero 2003 *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc.* [317 F.3d 41,42 (1st Cir. 2003)]. En el caso las partes habían incluido una cláusula que se remitía a la mediación de conformidad con las *Construction Industry Mediation Rules of the American Arbitration Association* indicando que la solicitud de la referida mediación podría realizarse simultáneamente a la presentación de una demanda de arbitraje y, en tal caso, debería esperarse un período de 60 días a partir de la fecha de presentación, a menos que se acordase un plazo más largo por acuerdo de las partes o por mandato judicial un plazo más largo. El Tribunal consideró que “Here, there is no doubt that the parties intended that the duty to arbitrate would not ripen until after the condition precedent of mediation had been satisfied”. Vid. en la misma dirección la Sentencia de la *Court of Appeals* de Texas, 30 octubre 1996, *Weekley Homes Inc. v. Jennings* [936 SW 2d 16, 18 (Tex. App. 1996) <<https://www.courtlistener.com/opinion/2441800/weekley-homes-inc-v-jennings/>>].

- i) Esta es la solución que refleja el Laudo parcial CCI nº 6276 de 1999⁸⁶. En el caso concreto, las partes habían acordado que con anterioridad al arbitraje deberían recurrir a la solución amistosa tras someter la controversia a un ingeniero para su revisión y si una parte no estaba de acuerdo, podría poner en marcha el arbitraje dentro de los 90 días de la decisión del ingeniero. Entablado éste, el tribunal encontró indicios suficientes en el expediente para justificar la conclusión de que el demandante había hecho auténticos esfuerzos con miras a una solución amistosa. En lo que respecta a la segunda condición, el demandante sostuvo que, debido a la finalización de las operaciones y la recepción definitiva de la obra, ya era demasiado tarde para solicitar el nombramiento de un ingeniero. El demandante también alegó que había sido dispensado de este requisito contractual por el hecho de que el acusado le informó por escrito del nombre del ingeniero autorizado para cumplir con esa función de pre-arbitral, pero dicha alegación tampoco fue admitida por el tribunal declarando que el procedimiento ante el ingeniero había sido acordado de manera voluntaria y fijado por las partes mediante reglas precisas y plazos delimitados. Para el tribunal el proceso de pre-arbitral era estrictamente vinculante para las partes y condicionaba su conducta antes de recurrir al arbitraje.
- ii) En la jurisprudencia inglesa se encuentran numerosos precedentes. Puede citarse a título de ejemplo, la Sentencia de la *High Court (Commercial Court)* de 11 octubre 2002 en el asunto *Cable & Wireless/ IBM*, donde el contrato objeto del litigio incluía una cláusula MTDR. Al instar una de las partes el mecanismo del último escalón y oponerse la otra por considerar que el ADR no había finalizado, el Tribunal sostuvo que la cláusula había identificado los procedimientos con mucha claridad y de una manera detallada⁸⁷. Esta opinión favorable a la suspensión fue desarrollada por la Sentencia de la *High Court (Chancery Division)* de 30 julio 2007, que fijó una serie de requisitos para que, en un supuesto similar, la suspensión prosperara⁸⁸, y continuara por otros fallos⁸⁹.
- iii) En Australia, los tribunales están dispuestos en principio a cumplir lo previsto en las cláusulas procediendo a una interpretación favorable al cumplimiento de los escalones inferiores cuando la redacción de la cláusula no está suficientemente clara. Concretamente en el asunto *Hooper Bailie Asociados Ltd v. Grupo NATCON Pty Ltd*. 100 GILES J. (1992) se sostuvo que el acuerdo para mediar debía imponerse⁹⁰ y que el procedimiento de arbitraje debía suspenderse hasta que el procedimiento de mediación concluyera.

⁸⁶ Vid. los extractos de este laudo en la recopilación de D. JIMÉNEZ FIGUERES, "Multi-Tiered Disputes Resolution Clauses in ICC Arbitration", *ICC Int'l Arbitration Bull.*, vol. 14, nº 13, 2003, pp. 71-88, esp. pp. 76-78 (en adelante "Extracts from ICC Arbitration Awards...").

⁸⁷ "There may be cases where the applicant has been guilty of such delay that it would be unfair to impose ADR procedure on the opposite party. That is not this case. There will be no material prejudice to C&W if the ADR procedures now go forward. The probability is that those procedures will be completed in a few weeks which in the context of this litigation would at worst add very little to the period of time required to achieve the resolution of these disputes by litigation having regard to the fact that there would have to be a resolution of the issue as to the validity of the Report [(2007) EWHC 2495 TCC <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2002/2059.html>>]. Vid. E. KAJKOWSKA, "Enforceability of Multi-Step Resolution Clauses...", *loc. cit.*, pp. 163-164.

⁸⁸ "It seems to me that considering the above authorities the principles to be derived are that the ADR clause must meet at least the following three requirements: First, that the process must be sufficiently certain in that there should not be the need for an agreement at any stage before matters can proceed. Secondly, the administrative processes for selecting a party to resolve the dispute and to pay that person should also be defined. Thirdly, the process or at least a model of the process should be set out so that the detail of the process is sufficiently certain" [(2007) EWHC 2495 (TCC) (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2007/2495.html>)].

⁸⁹ Sentencia de la *High Court* de 3 julio 2012 (*Wah -Aka Alan Tang- & Anor v. Grant Thornton International Ltd. and others*), *vid. supra* nota 76.

⁹⁰ Para ello se aludió a los siguientes motivos: "what is enforced is not co-operation and consent but participation in a process from which co-operation and consent might come. (...) An agreement to conciliate or mediate is not to be likened ... to an agreement to agree. Nor is it an agreement to negotiate, or negotiate in good faith, perhaps necessarily lacking certainty and obliging a party to act contrary to its interests. Depending upon its express terms and any terms to be implied, it may require of the parties participation in the process by conduct of sufficient certainty for legal recognition of the agreement" [(1992) 28 NSWLR 194].

- iv) La jurisprudencia canadiense deja constancia del empleo cada vez más frecuente de este tipo de cláusulas en los contratos comerciales y su utilidad, tanto para el interés público, como para el interés de las partes en la búsqueda de soluciones eficaces constructivas, oportunas y económicas a sus controversias⁹¹. En la decisión del Tribunal Supremo de Nueva Escocia de Canadá *Canada (Minister of Transport) v. Marineserve.MG Inc.* (2002)⁹², las partes habían acordado un escalonado en tres cláusulas de resolución de disputas, que requiere: (i) negociaciones de buena fe entre los individuos de alto nivel de cada parte con autoridad para la toma de decisiones; (ii) la mediación, si dentro de diez días de la reunión de las partes no habían podido resolver el conflicto; y (iii) en última instancia, el arbitraje, si el proceso de mediación no tuvo éxito. Sin embargo una de las partes entabló un procedimiento judicial, mientras que la otra consideraba que no había agotado el primero de los escalones. El tribunal consideró que las partes debían seguir el camino trazado por su propia elección (“*follow the path of their own choosing*”) y que, por tanto, la cláusula debía cumplirse en su totalidad, incluyendo la fase de negociación.
- iv) Entre los casos más relevantes de la prevalencia de lo pactado en los escalones inferiores están, en la jurisprudencia china, los asuntos de *Pepsi Cola* (2008)⁹³. Dos laudos arbitrales dictados por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo –laudo n° SCC 76 (2002) y laudo n° 111 (2003)– fallaron a favor de la entidad Pepsi Cola contra dos empresas conjuntas chinas en un litigio que versaba sobre un contrato de licencia. Entablado en China el correspondiente procedimiento de ejecución al amparo de la Convención de Nueva York de 1958, el Tribunal Popular Intermedio de Chengdu (Sichuan) denegó el reconocimiento y subsiguiente ejecución de los laudos alegando que debía prosperar la causal del art. V.1° a), toda vez que la cláusula incorporada por las partes al contrato establecía una negociación previa presidida por el gobierno local durante un periodo de 90 días. El tribunal verificó que las partes no habían llevado a cabo la referida negociación y, en consecuencia, al poner en marcha el arbitraje habían incumplido la cláusula y el tribunal no debía haber admitido las solicitudes de arbitraje⁹⁴.
- v) El asunto enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 16 marzo 2016⁹⁵ es sumamente expresivo de esta interacción. En una controversia entre dos empresas implicadas en la investigación y explotación de yacimientos de petróleo se había pactado una cláusula que preveía dos momentos para la resolución de la misma. Una conciliación, de acuerdo con el Reglamento ADR de la CCI, y fracasada ésta, un arbitraje de acuerdo con el Reglamento UNCITRAL. Surgida la controversia una de las partes recabó la conciliación ante la CCI, nombrándose el correspondiente conciliador. No obstante, tras una serie de conferencias telefónicas, la otra parte consideró que la misma había fracasado y procedió a remitir a la primera una solicitud de arbitraje. Constituido el tribunal arbitral, tras admitir la demanda, se apresuró a rechazar la incompetencia de jurisdicción al estimar que la tentativa de conciliación había tenido lugar. Semejante solución fue recurrida ante el Tribunal Federal, que ordenó la suspensión del proceso arbitral para permitir la conciliación acordada contractualmente con antelación al arbitraje. Dicho Tribunal interpretó, frente a las tesis de la demandante arbitral sustentada en un eventual abuso del derecho, que la cláusula contractual

⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de Ontario de 16 julio 1998 [(1998) O.J. No. 2965, párrafo 45 (<https://cases.legal/en/act-ca1-571035.html>)], en el asunto *Toronto Truck Centre Ltd. v. Volvo Trucks Canada Inc./Camions Volvo Canada Inc.*

⁹² [(2002) N.S.J. No. 256, párrafo 30]. *Vid.* en la misma dirección la Sentencia del Tribunal Supremo de Ontario citada en la nota anterior.

⁹³ *PepsiCo Inc. v. Sichuan Pepsi-Cola Beverage Co., Ltd.* [Cheng Min Chu Zi (2008) No. 912, Chengdu IPC 30 abril 2008]; y *PepsiCo Investment Ltd v. Sichuan Province Yun Lu Industrial Co., Ltd* Cheng Min Chu Zi (2008) No.36, Chengdu IPC 30 abril 2008]. *Vid.* G. PISACANE, L. MURPHY y C. ZHANG, *Arbitration in China. Rules & Perspectives*, Singapur, Springer, p.40.

⁹⁴ Un planteamiento similar figura en una decisión de 18 octubre 2013 de la *Singapore Court*, en el asunto *International Research Corp PLC v. Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd* [(2013) 1 SLR 973, párrafo 40 (<http://www.singaporelaw.sg/sglaw/images/ArbitrationCases/2014%201%20SLR%20130.pdf>)], al afirmar que este tipo de cláusulas son “*in the public interest as they promote the consensual disposition of any potential disputes*”.

⁹⁵ <http://www.juricaf.org/arret/SUISSE-TRIBUNALFEDERALSUISSE-20160316-4A6282015>.

condicionaba la validez del arbitraje UNCITRAL a la obligación de hacer un intento previo de conciliación por el Reglamento ADR y que la demandante no había cumplido con la pre-conciliación obligatoria. En consecuencia decidió suspender el arbitraje, ordenando al tribunal arbitral establecer una fecha límite para que las partes procediesen a la conciliación; sin embargo, no consideró oportuna una sanción en forma de daños por el alargamiento de la duración y el costo del procedimiento.

3. Cumplimiento de buena fe

29. La propia Ley Modelo Uncitral de Conciliación internacional de 2002 favorece la ejecutabilidad de los acuerdos de conciliación para que, cuando se han llevado a cabo, las partes se abstengan de iniciar un procedimiento arbitral o judicial durante un período determinado de tiempo o hasta que se produzca un evento especificado. De acuerdo con su art. 13 que

“Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta”.

Aplicando estas directrices a las MTDRC, en la medida en que las partes no utilicen con corrección los mecanismos en ella contemplados, la intervención con carácter de cierre del tribunal arbitral tendrá como resultado no sólo la pérdida de las ventajas inherentes a la cláusula, sino el aumento del tiempo en la resolución de la controversia y el incremento de los costes. Esto ocurrirá cuando se argumente, de un lado, que se renunció a la puesta en marcha de un determinado escalón, o que la cláusula fue revocada o modificada y, de otro lado, que ésta no es aplicable a la controversia por cualquier circunstancia.

30. La práctica demuestra que con mucha frecuencia la parte ha puesto en marcha el litigio judicial o arbitral antes de tiempo, ha omitido uno o más pasos requeridos por la cláusula.

- i) En caso de la CCI 8462 de 1997⁹⁶ la cláusula de arbitraje establecía una primera etapa de negociación (“*les parties chercheront une solution à l’amiable*”) y, si después de 30 días no se podía llegar a un acuerdo, la controversia sería sometida a arbitraje. Cuando el demandante presentó la solicitud de arbitraje, el demandado se opuso alegando que el demandante no le había notificado al demandado acerca de las cuestiones precisas que se someterían a arbitraje y que no había tenido oportunidad de alcanzar una solución amistosa. Esta pretensión fue rechazada considerando el tribunal que había suficientes indicios para concluir que el demandante había hecho esfuerzos para cumplir con la obligación de negociación de primer nivel y por lo tanto tenía competencia sobre el litigio. En definitiva, será factible entablar un procedimiento judicial o arbitral cuando una de las partes se mantuviera pasiva u obstaculizara la puesta en práctica del mecanismo contemplado en el escalón inferior.
- ii) También la jurisprudencia china muestra ejemplos contrarios a la prevalencia de lo pactado para los escalones inferiores. En el asunto *Runhe* (2008), la parte perdedora en un arbitraje administrado por la *South China International Economic and Trade Arbitration Commission* alegó ante un tribunal chino que la cláusula no había sido bien observada. Sin embargo el tribunal consideró que el grado de cumplimiento de una “negociación amistosa” era muy difícil de definir y el hecho de que una de las partes instara el arbitraje era una prueba elocuente de que tribunal arbitral estaba facultado para admitir la solicitud y para considerar

⁹⁶ “Extracts from ICC Arbitration Awards...”, *loc. cit.*, pp. 82-83.

no ejecutable lo previsto en el primer escalón de la cláusula⁹⁷. Una tendencia similar se observa en la jurisprudencia danesa, que se ha decantado por permitir a las partes iniciar el litigio jurisdiccional, a pesar de la existencia de una cláusula que imponía como escalón previo un mecanismo de mediación. El Tribunal Marítimo y Comercial de Copenhague (SH2015.H-0041-10) descartó la excepción de incompetencia e, incluso a suspender el procedimiento haciendo prevalecer la acción interpuesta por el demandante frente al contenido de la cláusula⁹⁸.

31. Las partes deben cumplir lo estipulado de buena fe. Como pusiera de relieve Lord Mustill en el asunto del *Channel Tunnel* (1993), aquellos que redactan acuerdos para la solución de controversias deben justificar una buena causa para apartarse de ellos⁹⁹. En el caso de que la aplicación literal de la cláusula pueda poner en peligro derechos legítimos de las partes (*v.gr.*, la solicitud de medidas cautelares, situaciones de litispendencia o evitar la expiración de un plazo de prescripción), el recurso por parte de éstas al procedimiento judicial o al arbitral debe realizarse siempre de buena fe y no deberá interpretarse como una renuncia a los mecanismos previstos en los escalones anteriores¹⁰⁰. En fallo en cuestión ejerció una notable influencia en la jurisprudencia inglesa al respetar el proceso iniciado ante el ADR y suspender su intervención hasta que dicho proceso se hubiera agotado sin resultado satisfactorio. Ello se reflejó en la redacción de la Sección 9 (2) de la Ley de arbitraje inglesa de 1996: “*An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures*”.

En el caso de que la cláusula carezca de la necesaria certeza, las partes deberán interpretarla de manera flexible adaptándola a las circunstancias concretas del litigio. En el laudo CCI n° 9977 de 1999¹⁰¹ el árbitro único tuvo que decidir si las partes habían cumplido sus obligaciones en el primer escalón, consistente en someter la controversia a los representantes de alta dirección de las partes para que alcanzasen a una solución amistosa dentro de los catorce días naturales después de la presentación. No obstante, el demandado en el proceso arbitral argumentó que en las reuniones únicamente habían acudido los representantes legales de las partes y no los representantes de alta dirección. El árbitro consideró que la alegación de la demandada había sido posterior a los hechos y que se debería haber planteado en el momento de las negociaciones y al efecto afirmó, que la puesta en práctica de fase previa del arbitraje implica una actitud de las partes inspirada en el verdadero y honesto propósito de llegar a un acuerdo; por esa razón si una de las partes considera de buena fe que la otra no está comprometida en fomentar las posibilidades de solución, debe manifestarlo durante el proceso.

V. Consideraciones finales

32. El éxito de los procedimientos distintos de los que practican la confrontación directa entre las partes, es una muestra de su validez en el Derecho de los negocios internacionales. Y este éxito se extiende a los métodos escalonados de arreglo de controversias previstos en las cláusulas MTDRC fuera de los círculos anglosajones, donde se han originado, mostrando la aceptación de una nueva cultura en este sector que ha vencido las reservas mostradas durante bastante tiempo por ciertos medios defensores de la “ortodoxia arbitral”. A ello se une que tanto en los países del *common law* como en los países de

⁹⁷ L. CHEN, “China”, *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, IBA Litigation Committee, *loc cit.*, p. 44.

⁹⁸ D. TERKILDSEN, “Denmark”, *ibid.*, p. 60.

⁹⁹ “*Those who make agreements for the resolution of disputes must show good cause for departing from them... Having promised to take their complaints to the experts and if necessary to the arbitrators, this is where the appellants should go. The fact that the appellants now find their chosen method too slow to suit their purposes is to my way of thinking quite beside the point* [*Channel Group v. Balfour Beatty Ltd.* (1993) Adj.L.R. 01/21, párrafo 52 ([http://www.nadr.co.uk/articles/published/AdjudicationLaw Reports/ Channel%20Tunnel%20v%20Balfour%20Beatty%201993.pdf](http://www.nadr.co.uk/articles/published/AdjudicationLaw%20Reports/Channel%20Tunnel%20v%20Balfour%20Beatty%201993.pdf))]. *Vid.* W.W. Park, “Lord Mustill and the Channel Tunnel Case”, Boston University School of Law, Public Law & Legal Theory Paper No. 15-25, 30 junio 2015, <<http://ssrn.com/abstract=2625036>, o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2625036>>.

¹⁰⁰ F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, “Mecanismos alternativos de solución de controversias...”, *loc. cit.*, p. 57.

¹⁰¹ “Extracts from ICC Arbitration Awards...”, *loc. cit.*, pp. 84-85.

Derecho civil, los tribunales parecen ser cada vez más conscientes de la importancia de apoyar los ADR y por lo tanto la conveniencia de hacer cumplir las cláusulas MTDR. Una consciencia que choca a veces con opiniones discutibles acerca de la interpretación de dichas cláusulas cuando éstas carezcan de la claridad necesaria.

Debido a los diversos requisitos para la aplicación de este tipo de cláusulas en las distintas legislaciones nacionales, su empleo amerita que sean redactadas con claridad, que estén suficientemente detalladas y que utilicen unos términos donde se desprenda la voluntad inequívoca de las partes de agotar los sucesivos escalones que incorporen. Estos caracteres pueden ir acompañados, en determinadas circunstancias, de una indicación en torno a las consecuencias del incumplimiento de dicha etapa anterior, si una de las partes pasa unilateralmente al escalón superior.

33. El aumento de las alternativas al arbitraje y a la jurisdicción, la proliferación de escalones y la sofisticación de los mecanismos establecidos en cada uno de ellos entraña el peligro de contribuir a lo que precisamente se pretende evitar: soluciones demasiado dilatadas en el tiempo, caracterizadas por una cada vez mayor “judicialización” y por su coste excesivo.

Habida cuenta de que el objetivo final de estas cláusulas para acudir al árbitro (o eventualmente al juez) está condicionado temporalmente por la puesta en marcha con carácter vinculante de uno o varios ADR, resulta aconsejable que la duración de esta etapa o etapas previas, a partir de plazos razonables que no conduzcan a maniobras dilatorias, quede definida de manera inequívoca y precisar cuando finaliza o finalizan. También resulta aconsejable que incluya referencias tales como el funcionamiento del proceso de negociación, las personas autorizadas a conducir las negociaciones, la descripción de la forma de dichas negociaciones y, sobre todo, los requisitos para que se produzca el tránsito a una nueva fase del litigio. Existen, además, otras especificaciones de mayor sofisticación como la previsión de que en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en la MTDR, se establezca la necesidad de pagar los costes derivados de tal incumplimiento. En cualquier caso, dado que las condiciones para satisfacer los primeros escalones de la cláusula, sobre todo el primero, no acostumbran a ser especialmente gravosas para los potenciales reclamantes, resulta aconsejable el tenor de la misma, para evitar que el asunto derive en un arbitraje tradicional y se diluyan sus ventajas.

Los efectos del incumplimiento de las primeras etapas de una MTDR que no puede subsanarse con posterioridad, deben ser analizados por separado y caso por caso.