



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS.**

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS EN
LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.**

AUTOR:

Roca Solano, María Grazia

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

TUTOR:

Nuques Martínez, Hilda Teresa, Phd.

Guayaquil, Ecuador

18 de febrero del 2019



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

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

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Roca Solano María Grazia**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____

Nuques Martínez, Hilda Teresa, Phd.

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

Lynch Fernández, María Isabel, Mgs.

Guayaquil, 18 de febrero del 2018



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS.**

CARRERA DE DERECHO.

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Roca Solano, María Grazia

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación **“La naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas en los métodos alternativos de solución de conflictos”**, previo a la obtención del título de **Abogados de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

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

Guayaquil, 18 de febrero del 2019

EL AUTOR

f. _____

Roca Solano, María Grazia



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS.**

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, Roca Solano, María Grazia

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, “*La naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas en los métodos alternativos de solución de conflictos*”, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 18 de febrero del 2019

EL AUTOR:

f. _____

Roca Solano, María Grazia

URKUND

Documento [DESAROLLO DE LA TESIS .Maria G. Roca.docx](#) (D47875964)
Presentado 2019-02-12 18:40 (-05:00)
Presentado por maritzareynosodewright@gmail.com
Recibido maritza.reynoso.ucsg@analysis.urkund.com
Mensaje Tesis Maria G. Roca [Mostrar el mensaje completo](#)
0% de estas 12 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes.

Lista de fuentes Bloques

+	Categoría	Enlace/nombre de archivo	<input type="checkbox"/>
+	Fuentes alternativas		
+	Fuentes no usadas		

0 Advertencias. Reiniciar Exportar Compartir

Hilda Teresa Nuques Martínez
Docente Tutor

María Grazia Roca Solano
Alumnao

AGRADECIMIENTO

A Dios y la Matter, por siempre guiar mi camino.

A mis padres, José y Patricia, por su apoyo incondicional.

A mis hermanos, José y Paula, de quienes aprendo cada día.

A mi abuela Patricia, por guiarme con su ejemplo.

DEDICATORIA

A mis padres, José y Patricia,
quienes han hecho de mis sueños, los suyos.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

García Baquerizo, Jose Miguel, Mgs.

Decano de la Facultad

f. _____

Reynoso de Wright, Maritza Ginette

Coordinador del Área o Docente de la Carrera

f. _____

Oponente



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Jurisprudencia
Carrera: Derecho
Periodo: UTE B-2018
Fecha: XX de febrero del 2019

ACTA DE INFORME PARCIAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado “*La naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas en los métodos alternativos de solución de conflictos*”, elaborado por la/el estudiante *María Grazia Roca Solano*, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **10 (DIEZ)**, lo cual lo califica como **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN**.

Nuques Martínez, Hilda Teresa
Docente Tutor

Tabla de contenido. -

Capítulo I	2
2. El arbitraje	2
3. Las cláusulas escalonadas	2
a. <i>Utilidad</i>	3
b. <i>Modalidades</i>	4
c. <i>Desventajas</i>	6
4. Conclusión parcial	7
Capítulo II.....	8
1. Naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas	8
1.1. <i>Requisito jurisdiccional</i>	8
1.2. <i>Requisito de procedibilidad</i> . –	10
1.2.1. <i>Una sanción diferente</i>	11
Conclusión.....	13
Recomendaciones. –.....	15
Bibliografía. –	16

Resumen

El arbitraje es uno de los medios de solución alternativo de conflictos que ha cobrado una importante trascendencia en los últimos años. Las partes han decidido hacer uso de cláusulas escalonadas pactando etapas previas al arbitraje, como lo son la mediación y las negociaciones directas, con el fin de mantener su relación comercial de una manera amigable y, en el caso de una controversia, poder llegar a un acuerdo que beneficie a ambos con un costo muy disminuido. El problema surge cuando no se cumplen las etapas previas y se inicia el arbitraje; ya sea porque la cláusula era ambigua o porque una de las partes considera que su relación es irreconciliable, pensando que el cumplimiento de estas es solo una pérdida de tiempo. Entonces, surge la interrogante ¿Cómo debe actuar el tribunal ante un incumplimiento de los escalones?; lo que nos lleva a otras cuestiones ¿Cuál es la naturaleza jurídica de dichas cláusulas?, ¿Son requisitos jurisdiccionales y, por lo tanto, deberían obligar al Tribunal a declararse incompetente, o son requisitos de procedibilidad y el Tribunal debe inadmitir la demanda?

Palabras clave

Solución alternativa de conflictos, cláusulas escalonadas, arbitraje, mediación, negociación, conflictos, jurisdicción, y procedibilidad.

Abstract

Arbitration is one of the means of alternative solution to conflicts that has taken on an important significance in recent years. The parties have decided to make use of tiered clauses agreeing on stages prior to arbitration, such as measurement and direct negotiations, in order to maintain their commercial relationship in a friendly manner and in the case of a dispute to reach an agreement that benefit both with a very reduced cost. The problem arises when the previous stages are not meet and the arbitration begins either because the clause was ambiguous or because one of the parties considers that their relationship is irreconcilable, thinking that compliance with these is just a waste of time. Then the question arises. How should the court act in case of non-compliance with the steps? Which leads us to another question what is the legal nature of these clauses? Are jurisdictional requirements and the court must declare incompetent resolve the claim, or are procedural requirements and the court should not admit the claim?

Key words

Alternative Dispute Resolution, multitiered dispute resolution clauses, arbitration; mediation, negotiation, conflicts, jurisdiction, and procedure requirement.

Capítulo I

1. Los medios alternativos de solución de conflictos

Desde que las personas comenzaron a convivir en sociedad han surgido conflictos o controversias entre ellos. En la actualidad, los conflictos pueden ser solucionados por el concurso de la voluntad de las partes; o, a su vez, cualquiera de ellas a través del derecho de acción puede acudir ante un tercero imparcial llamado juez para que resuelva conforme a derecho la disputa suscitada. El Estado, a través de los jueces, quienes son los representantes de la Función Judicial, garantiza el derecho al acceso gratuito a la justicia.

No obstante, esa no es la única forma de solución de conflictos que existe. Es muy común el uso de medios alternativos para la solución de controversias como: el arbitraje, la mediación, la conciliación, la negociación, entre otros. Estos medios se han venido utilizando también a lo largo de la historia, pero en la actualidad han cobrado un realce.

En el 2008, la Constitución de la República del Ecuador se reconoce al arbitraje y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, aplicándolos con sujeción a la ley, en las materias que por su naturaleza se puedan transigir. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

2. El arbitraje

En el Ecuador, el sistema arbitral está definido como un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras, para que sean resueltas por los tribunales arbitrales administrados o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias. (Ley de Arbitraje y Mediación, 2005, pág. 3)

El arbitraje nace por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. En una relación contractual, las partes renuncian a la justicia ordinaria para someterse a la justicia arbitral, donde un tercero o un tribunal imparcial que juega el papel de juzgador o juzgadores, denominados árbitros, evalúan y resuelve el conflicto que se presenta.

3. Las cláusulas escalonadas

Como ya hemos mencionado anteriormente, las partes dentro de una relación contractual pueden, en base al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, someter

sus controversias a arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos. Ahora bien, las partes, en base a ese mismo principio, pueden acudir a métodos de solución para la resolución a conflictos heterocompositivos; es decir, pueden pactar etapas previas tales como negociaciones o mediaciones, antes de requerir que un tribunal arbitral resuelva su disputa. Este tipo de cláusulas son conocidas como “cláusulas escalonadas” o “cláusulas multinivel”.

De acuerdo con los doctrinarios ecuatorianos Brito Daniela y Cevallos Pablo definen a la cláusula escalonada: “*es una estipulación contractual que prevé diferentes etapas que las partes deben cumplir antes de comenzar el arbitraje, con el fin de llegar a soluciones amistosas, evitando la confrontación.*” (Brito & Cevallos, 2015, pp. 85-118).

En otras palabras, las cláusulas escalonadas son estipulaciones contractuales cuyo fin es obligar a las partes a acudir a dos o tres métodos distintos para solucionar sus controversias de manera amistosa en un orden determinado; siendo el último escalón el arbitraje.

a. Utilidad

En un primer lugar, debemos mencionar que las cláusulas escalonadas tienen por objeto conservar la relación comercial de las partes a largo plazo; y de esta manera pretenden alcanzar lealtad negocial y escuchar sus disconformidades previo a un juicio arbitral, con el fin de alcanzar una solución integral para ambas partes; suponiendo un ahorro de tiempo y dinero. De acuerdo con Kevin Castro.: “*este tipo de clausulado se encuentra en negocios en cuyas partes ya tienen amplia trayectoria negocial o cuando menos ya han celebrado en ocasiones anteriores contratos entre sí y buscan evitar que una disconformidad dañe esta relación de una forma parcial o permanente.*” (Castro, 2016, pág. 1)

Como bien lo describe el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (*ICDR por sus siglas en inglés*), las cláusulas escalonadas “*son especialmente apropiadas cuando las partes tienen una larga y estable relación comercial o donde existan otros factores a considerar, más allá del reducido ámbito de una disputa en particular.*” (Centro Internacional para la Resolución de Disputas, 2013, pág. 3); Criterio con el que concuerda el doctrinario Christian Salcedo, quien manifiesta:

Las cláusulas escalonadas rescatan su importancia en el comercio nacional e internacional cuando las partes (...) han tenido una larga y estable relación comercial que supera a todas luces el ámbito de una mera disputa

particular, motivo por el cual conscientes de la supremacía de su relación comercial genérica. (Salcedo Franco, 2014, pág. 94)

No obstante, el uso de este tipo de cláusulas no se restringe solamente al uso de partes que han tenido una larga relación comercial, sin que también pueden ser utilizados por partes en una única nueva relación que se pueden beneficiar de negociaciones o mediaciones para llegar aun acuerdo más conveniente para ambos. De este modo. lo ha mencionado el Centro Internacional para la Resolución de Disputas “*Si bien estos factores no están necesariamente presentes en una relación comercial surgida de una sola transacción, también es cierto que es raro el caso de una controversia en donde las partes no puedan beneficiarse de negociaciones para llegar a un acuerdo.*” (Centro Internacional para la Resolución de Disputas, 2013, p. 3)

Compartimos con los criterios expuestos, dado que es claro que el pactar distintos escalones para lograr solucionar una controversia es de gran ayuda para mantener la relación contractual y así llegar a un acuerdo más beneficioso para ambos.

b. Modalidades

Las partes pueden, según sea el caso y la necesidad, diseñar una cláusula escalonada de acuerdo con su voluntad. Por este motivo, existen varias modalidades que combinan uno o varios métodos autocompositivos de solución de conflicto con uno heterocompositivos; como: 1) negociación - arbitraje, 2) mediación – arbitraje, 3) negociación – mediación – arbitraje, entre otras. Debemos recalcar que no se puede pactar una cláusula multinivel que contenga dos métodos heterocompositivos como: juicio ordinario – arbitraje; puesto que ambos métodos se contraponen y el sometimiento a uno supone la renuncia al otro. Además, que entraríamos en un conflicto de cosa juzgada dado que, en ambos casos, el juez y el árbitro, tienen jurisdicción.

De manera ejemplificativa, el Centro de Arbitraje y Medición de la Cámara de Comercio de Quito establece un modelo de cláusula de esta naturaleza, el cual es el siguiente:

Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, liquidación e interpretación, será resuelta con la asistencia de un mediador del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Ecuatoriano Americana de Quito.

En el evento de que el conflicto no fuere resuelto mediante este procedimiento, las partes lo someten a la resolución de un Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito, que se sujetará a lo

dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito (...). (Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, 2012, p. 1)

De acuerdo con el profesor Francisco González De Cossío, un ejemplo típico de una cláusula escalonada es que, *“de surgir una controversia, activa el deber de negociar durante un periodo determinado.”* (González de Cossío, Arbitraje, 2011, p. 302). El desarrollo de esta negociación consiste, como bien lo indica el autor citado, en *“que en dicha negociación participen altos funcionarios de cada una de las partes involucradas. Agotada dicha instancia, de no existir acuerdo, se establece que las partes deberán seguir un procedimiento conciliatorio o de mediación. De nuevo, de no existir un acuerdo en un periodo determinado, se establece la posibilidad de acudir al arbitraje”*. (González de Cossío, Arbitraje, 2011, p. 303).

Consideramos que el modelo más fructífero es el de negociación – mediación – arbitraje; puesto que les da a las partes una mayor oportunidad de solucionar su problema; ya sea entre ellos solos en la negociación o con la ayuda de un tercero en la mediación.

Por otro lado, la negociación consiste en el acercamiento entre dos partes con intereses contrapuestos sobre un conflicto hasta que alcanzan un acuerdo que es aceptable o beneficioso para ambos. Una de las definiciones más acertadas es la de Ian E. Morley y Geoffrey M. Stephenson, quienes indican que la mediación es *“un proceso de interacción comunicativa en que dos o más partes intentan resolver un conflicto de intereses, utilizando el diálogo y la discusión, descartando la violencia como método de actuación y avanzando hacia un acercamiento gradual mediante concesiones mutuas”*. (Morley & Stephenson, 1997, p. 15).

El problema de la negociación es saber cuándo esta etapa ha sido cumplida, puesto que la podemos catalogar como diálogos directos, comunicaciones entre las partes o simplemente una negativa rotunda por una de las partes a cumplir con una obligación ya pactada. El procedimiento no se encuentra estructurado. Además, debemos recordar que para poder negociar se necesita de cooperación de las partes y, en varias ocasiones, puede suceder que ellas se encuentren en situaciones de imparcialidad o de prejuicios. Finalmente, de acuerdo a Brito Daniela y Cevallos Pablo el principal problema, es que *“no existe una forma establecida o comúnmente aceptada para comprobar que fue imposible llegar a un acuerdo y que las*

negociaciones han llegado a su fin, cuando no existe cooperación o la otra parte pretende obstruir el arbitraje”. (Brito & Cevallos, 2015, p. 98)

Por un lado, la mediación es uno de los métodos de resolución de conflictos alternos reconocidos en la constitución; se encuentra definida en la Ley de Arbitraje y Mediación: “*la mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.* (Ley de Arbitraje y Mediación, 2005)

De acuerdo con los ya citados autores la mediación “*es un mecanismo que brinda mayor seguridad de las partes”* (Brito & Cevallos, 2015, p. 98). A diferencia de la mediación, aquí si encontramos un procedimiento estructurado e incluso regulado por la Ley de Arbitraje y Mediación. En segundo lugar, no podemos olvidar la gran ventaja de que se presenta cuando un tercero imparcial conduce el proceso. En tercer lugar, que cuando una de las partes se encuentra en una negativa de mediar después de la primera sesión se suscribe un acta de imposibilidad de acuerdo.

c. Desventajas

Pese a las varias ventajas mencionadas, este tipo de cláusulas traen consigo una gran cantidad de problemas que mencionaremos brevemente dentro de este capítulo y que luego serán analizados a profundidad en el siguiente capítulo cuando se desarrolle el estudio de las actuaciones de los tribunales frente a estos problemas.

La mayoría de los problemas de estas cláusulas se presentan cuando la redacción de las cláusulas es poco clara o ambigua respecto a los diferentes pasos, sin prever etapas preclusivas, y el carácter imperativo o no de los escalones impidiendo que una de las partes pueda acceder al arbitraje. Del mismo modo, una causa de los problemas es cuando las partes no quieren cumplir el procedimiento previsto.

En esta misma línea de pensamiento se manifiesta (Brito & Cevallos, 2015, pp. 85-118) que consideran que uno de los mayores problemas de este tipo de cláusulas es la dificultad de poder iniciar el procedimiento arbitral, debido a la falta de delimitación de las partes en las etapas pre arbitrales.

4. Conclusión parcial

Como hemos podido notar a lo largo de este capítulo, existen métodos alternativos para la solución de conflictos. Uno de los más comunes es el arbitraje, un método que sustituye a la justicia ordinaria. Actualmente, se encuentra en aumento el uso de cláusulas escalonadas en los contratos comerciales.

Una cláusula escalonada es una estipulación contractual que prevé diferentes etapas que las partes deben cumplir antes de comenzar el arbitraje, con el fin de llegar a soluciones amigables, evitando la confrontación entre las partes. Las partes pactan que previo al arbitraje intentarán solucionar su disputa a través de negociaciones directas, mediación (de manera individual o conjunta).

De los métodos de solución de conflictos discutidos en este trabajo encontramos que ambos tienen sus ventajas y desventajas. Encontramos que las negociaciones no tienen un procedimiento estructurado, mientras que en la mediación sí hay un procedimiento además de un tercero imparcial que ayuda a las partes a dirimir sus controversias. Mientras que las negociaciones dan una mayor apertura a las partes para solucionar sus conflictos de manera más amigable.

Por otro lado, mediante la utilización de estas cláusulas encontramos varios beneficios. El principal de ellos, el salvaguardar la relación comercial de las partes y poder llegar a un acuerdo que pueda beneficiar a ambos; además que significaría un ahorro de dinero, porque recordemos que el arbitraje tiene un costo.

Sin embargo, así como existen beneficios existen desventajas que ocurren cuando alguna de las partes no cumple con las etapas previas, ya sea porque fueron pactadas de manera ambigua o porque simplemente no desean hacerlo, al no encontrar ninguna utilidad en ellas y que sus diferencias ya son irreconciliables.

Por ende, no cabe duda sobre la eficiencia y eficacia de estas cláusulas en cuanto a las partes diseñan su propio esquema para resolver sus problemas, pero, al mismo tiempo, reconocemos la importancia de ejecutar las mismas bajo el principio de buena fe, recordando la necesidad de establecer etapas claras y ejecutables.

Capítulo II

1. Naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas

1.1. Requisito jurisdiccional

El término jurisdicción se encontraba definido en el ya derogado, Código de Procedimiento Civil como: “*el poder de administrar justicia consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las Leyes.*” (Código de Procedimiento Civil., 2005).

De acuerdo con el procesalista Devis Echandía, la jurisdicción se entiende como:

La soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo (...) y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza a los derechos subjetivos (...) mediante la aplicación de la ley a casos concretos de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias. (Echandía, 1984, p. 76)

Sin embargo, no solamente los jueces de la Función Judicial se encuentran investidos jurisdicción, sino también los árbitros administran justicia; como ya mencionamos anteriormente la Constitución del Ecuador reconoce la existencia de otros mecanismos de solución de conflictos entre los que se encuentra el arbitraje.

El jurista Roque Caivano nos indica:

Para comprender el significado del arbitraje como sistema de resolución de conflictos, debe partirse de una premisa: la jurisdicción (entendida como la función de administrar justicia resolviendo controversias) no es monopolio de los órganos del Estado. Es una función establecida en interés y protección de los particulares, por lo que nada podría impedir que éstos -en la medida que se trate de derechos disponibles- escojan árbitros particulares para dirimir sus disputas. (Caivano, 2013, p. 14)

La jurisdicción arbitral no es permanente como la de los jueces, ya que la primera tiene su origen en la cláusula compromisoria de resolución de conflictos y la segunda en la ley. Debido a esto, varios autores reconocidos en el mundo del arbitraje como Francisco González

de Cossío y Alejandro Follonier señalan que es el acuerdo arbitral la piedra angular del arbitraje. (González de Cossío, 2006, p. 2) (Follonier-Ayala, 2012/2013)

Con esto mencionado, son las partes quienes diseñan la cláusula compromisoria de resolución de conflictos con una serie de etapas previas supone que era la voluntad de las partes el cumplimiento de dichas etapas para luego otórgales jurisdicción a las partes. Bajo esta premisa, el cumplimiento de las etapas previas es un requisito jurisdiccional para que el tribunal arbitral se pueda declarar competente.

Esta línea de pensamiento se ve plasmada en el caso *Murphey Exploration and Production Company International* contra la República del Ecuador. Las partes suscribieron un contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana, contrato que fue suscrito por varias empresas que conformaron un consorcio el 27 de enero de 1986. Murphy era una compañía estadounidense por lo tanto al contrato se encontraba sujeta al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Estados Unidos y Ecuador (Zambrano, 2017, p. 185).

La cláusula arbitral del contrato celebrado entre las partes contenía una cláusula escalonada que señalaba que, previo a iniciar el arbitraje, las partes procurarían resolver sus controversias mediante consultas y negociaciones de manera amigable y, en caso de que no se llegue a un acuerdo, solo ahí podrían iniciar el procedimiento arbitral conforme a lo dispuesto en el artículo VI de del Tratado Bilateral de Inversiones, en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). El artículo VI del Reglamento establecía que las partes debían esperar 6 meses desde la fecha que surgió la controversia para poder iniciar un arbitraje.

El día 29 de febrero del 2008, Murphy le comunicó a la República de Ecuador que existía una controversia y el día 3 de febrero del 2008 presentó una demanda arbitral ante Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). La República de Ecuador interpuso como excepción a la jurisdicción que debía a que solo habían pasado 3 días desde que se había notificado la controversia; es decir, no habían transcurrido los 60 días señalados por el Tratado y mucho menos había habido la intención de negociar.

El laudo se resolvió por mayoría que el tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) no tenía jurisdicción para tramitar la demanda puesto la espera de 6 meses es un requisito de este tipo, por lo tanto, el tribunal carece de

competencia par resolverlo. (Murphy Exploration & Production Company International vs. República del Ecuador, 2017)

1.2.Requisito de procedibilidad. –

Dentro de un proceso judicial, cuando concurren circunstancias específicas, es necesario haya el cumplimiento de algún factor previo para poder iniciar el juicio, a esto podemos denominar un requisito de procedibilidad. En otras palabras, los requisitos de procedibilidad son aquellas condiciones cuya concurrencia es indispensable para iniciar un proceso o bien, si ya fue iniciado, no puede legalmente continuar, por lo tanto, debe inadmitirse la demanda.

El tratadista Bernal Gutiérrez considera que las cláusulas escalonadas son requisitos previos a un procedimiento arbitral, requisitos asimilados como requisitos de procedibilidad y, en consecuencia, mientras el primer nivel no se cumpla, el tribunal arbitral tendría que inadmitir la demanda hasta que las partes cumplan dichos escalones. No obstante, menciona que los tribunales no deberían pronunciarse de oficio sobre esta cuestión, sino que debería ser a petición de parte. Esta línea de pensamiento se basa en que se puede considerar que es el deseo de continuar con el arbitraje de la parte que no objeta el cumplimiento de las cláusulas escalonadas. (Bernal Gutiérrez, 2012, pp. 169-203)

Bajo este criterio, se ha manifestado en repetidas ocasiones la jurisprudencia ecuatoriana. En el caso Sipetrol v. Enap Sipetro. (Sipetrol v Enap Sipetro, 2014), el Tribunal Arbitral denomina a la cláusula escalonada como una cláusula de procedibilidad e incluso establece que la función de esta es una pre procesal; dentro del laudo manifiesta lo siguiente:

La cláusula de procedibilidad mencionada suele utilizarse con alguna frecuencia en los contratos para que las partes de den a sí misma la oportunidad de enmendar posibles incumplimientos y satisfacer el interés de la contraria sin recurrir al procedimiento arbitral. No cabe duda de que constituye un pacto vinculante que se suma al restante elenco de las obligaciones contractuales. Entendido así la naturaleza jurídica preventiva y el propósito amigable de esta cláusula, solamente tiene sentido en el caso de que efectivamente pueda **cumplir su prevista función pre procesal**, es decir, la posibilidad de que la parte a quien se imputa un incumplimiento contractual pueda contradecir esa imputación o allanarse a ella, y, de ser el caso, rectificar su conducta para evitar el enjuiciamiento. De otra manera no puede entenderse lógicamente la

intención de los estipulantes, que el juzgador está en el deber de indagar de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1576 del Código Civil.

(La negrita me pertenece).

1.2.1. Una sanción diferente

En la actualidad, existen tribunales arbitrales que consideran que las etapas previas de las cláusulas escalonadas son requisitos de procedibilidad; pero le dan una sanción distinta a la inadmisibilidad, que es la sanción que se otorga normalmente en el mundo procesal frente al incumplimiento de un requisito de procedibilidad.

Bajo el principio *Pro Arbitri* (Pro-Arbitraje) los árbitros analizan actualmente la utilidad del cumplimiento de la etapa previa. Es lógico cuestionarse cuál es la finalidad de retrasar el arbitraje, si es claro que el cumplimiento del escalón pactado no cumplirá con su propósito inicial que consiste en prevenir un conflicto o solucionarlo de una manera más amigable, precautelando las relaciones contractuales y comerciales de las partes. En el caso citado vid supra el tribunal continúa señalando:

Por consiguiente si se ha iniciado un juicio arbitral que dicha cláusula pretendía evitar, ella ya no puede cumplir su propósito preventivo y se frustra la finalidad que tuvieron en vista las partes, porque no es razonable exigir que se cumpla un requisito pensado para evitar un proceso cuando esta ya ha sido iniciado, interpretación que se ajusta a la regla del artículo 1579 del Código Civil, porque a juicio del Tribunal Arbitral es la que mejor cuadra con la naturaleza de la estipulación que se comenta.

En un caso similar citado por Eduardo Carmigniani, Hugo García y Carla Cepeda en su artículo *Arbitraje en Ecuador*, se desechó la solicitud de inadmitir la demanda arbitral por haberse, supuestamente, incumplido un requisito previo al arbitraje. El razonamiento del Tribunal en el caso *Autoridad Portuaria Manta (APM) v. Terminales Internacionales de Ecuador S.A. (TIDE), Hutchison Port Investments Ltda (HPI) y Hutchinson Port Holdings Limited (HPH)*, fue el siguiente.

El Tribunal observa que lo actuado en las instancias posteriores no significó un límite para el pleno ejercicio de los derechos posteriores a las Demandadas 2 y 3 en este arbitraje (El Tribunal observa en este sentido que

tanto las Discusiones Directas como la Mediación se limitaron a los temas en disputas fijados inicialmente con la intervención del Sr. X, no habiéndose arribado a ningún acuerdo que limitara los términos de la disputa posteriormente sometida a arbitraje). Esa circunstancia sumada a la posición de fondo asumida por las Demandadas 2 y 3 en el proceso (rechazando la Demanda en todos sus términos) conducen a considerar al planteo fundado en esta causa [inadmisibilidad de la demanda por falta de agotamiento de instancias previas] como un mero rigorismo formal, en esas condiciones no puede ser acogido por el Tribunal. (Carmigniani, García, & Cepeda, 2015, p. 184)

En este sentido, la práctica arbitral nacional se da cuenta que, incluso cuando las partes se hubieren comprometido a participar en una negociación previa, si una parte se rehúsa a participar en ella, se entiende que la negociación no tendría éxito y solo implicaría una pérdida de tiempo.

Conclusión

A lo de este trabajo hemos analizado el uso de las cláusulas escalonadas para la solución de conflictos en relaciones contractuales. Como hemos mencionado en reiteradas ocasiones, una cláusula escalonada es una estipulación contractual que prevé diferentes etapas que las partes deben cumplir antes de comenzar el proceso arbitral, con el fin de llegar a soluciones amigables, evitando la confrontación entre las partes.

PRIMERO: la posición de requisito jurisdiccional tiene su fundamento en que es la cláusula compromisoria, definida por los doctrinarios como la piedra angular del arbitraje, la que activa la jurisdicción arbitral. Entonces, como fue la voluntad de las partes pactar una cláusula escalona, ellos construyendo un método para solucionar sus conflictos, es un requisito imperioso el cumplimiento de las etapas previas para que se active la jurisdicción arbitral. En otras palabras, hasta que no se cumpla con ellas, los árbitros no tienen la potestad de juzgar y, por lo tanto, frente al incumplimiento de las etapas previas deben declararse incompetentes.

SEGUNDO: la posición de requisito de procedibilidad se soporta en que las partes pactan las etapas previas como condiciones sin cuya concurrencia no puede iniciarse un proceso o bien, si ya fue iniciada, no puede legalmente continuar y, por lo tanto, debe declararse inadmisibile la demanda al solicitar un juicio arbitral.

TERCERO: nos encontramos que la segunda posición se encuentra dividida en dos partes; porque a pesar de considerar a las etapas previas como requisitos de procedibilidad, no castiga con la inadmisión, más bien sostiene que si ya no hay utilidad en cumplir las etapas, es decir, que las mismas son fútiles, debe continuarse con el arbitraje.

CUARTO: No cabe duda de la eficiencia y eficacia de estas cláusulas en cuanto a que las partes diseñan su propio esquema para resolver sus problemas; pero, al mismo tiempo, reconocemos la importancia de ejecutar las mismas bajo el principio de buena fe, recordando lo necesidad de establecer etapas claras, y ejecutables.

QUINTO: Nos acogemos a la posición de que las etapas previas son un requisito de procedibilidad, es decir, condiciones sin cuya concurrencia no puede iniciarse un proceso o bien, si ya ha sido iniciado, no puede legalmente continuar; y, por lo tanto, debe declararse inadmisibile la demanda al solicitar un juicio arbitral pero solamente en el caso de que las partes haya pacto un tiempo de espera antes de iniciar una contienda legal; puesto que si ya no hay

utilidad en cumplir las etapas, es decir, que las mismas son fútiles, debe continuarse con el arbitraje.

SEXTO: Sostenemos que el uso de estas cláusulas trae consigo más beneficios que desventajas. Definitivamente ayudan a preservar la relación comercial de las partes y poder llegar a un acuerdo que pueda beneficiar a ambos, ahorrando dinero. Las desventajas de ellas pueden ser resultas con el uso de cláusulas más claras con etapas claramente delimitadas, como el establecimiento de tiempos para los escalones previos.

Recomendaciones

PRIMERO: Sugerimos que los centros de arbitraje y mediación del país propongan esquemas de cláusulas escalonadas como la utilizada por el Centro Internacional para la Resolución de Conflictos:

En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento, las partes deberán consultarse y negociar entre ellas y, reconociendo sus intereses en común, tratarán de alcanzar una solución satisfactoria. Si las partes no llegan a un acuerdo dentro de un periodo de 60 días, cualquiera de las partes podrá, mediante notificación a la otra parte y al Centro XXX, iniciar una mediación, conforme al Reglamento de Mediación Internacional del Centro XXX. Si las partes no logran llegar a un acuerdo dentro de los 60 días siguientes a la notificación de una solicitud de mediación por escrito, cualquier controversia o reclamación que no haya sido resuelta será sometida a arbitraje administrado por el Centro XXX” (Centro Internacional para la Resolución de Disputas, 2013)

SEGUNDO: De la misma manera, recomendamos que se reforme la Ley de Arbitraje y Mediación y se establezca que, al momento de pactarse cláusulas escalonadas e iniciar el arbitraje sin el cumplimiento de las etapas previas, el tribunal arbitral deberá admitir la demanda, salvo se haya pactado un tiempo de espera, en el caso que el tribunal deberá ordenar se de cumplimiento con del mismo.

Bibliografía. –

- Bernal Gutiérrez, R. (2012). Las Cláusulas Escalonadas o Multinivel su Aproximación en Colombia. *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, No. 5(1), 169-203.
- Brito, D., & Cevallos, P. (2015). El arbitraje bajo la nueva Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 85-118.
- Caivano, R. (2013). El arbitraje: nociones introductorias. *Conferencia sobre “Nociones prácticas de cómo encarar un arbitraje* (pág. 14). Buenos Aires: Conferencia Latinamericana de Arbitraje.
- Carmigniani, E., García, H., & Cepeda, C. (2015). Arbitraje en Ecuador: Desarrollo Jurisprudencial y Reformas Legales Recientes. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 165-200.
- Castro, K. (21 de Diciembre de 2016). *Central Law*. Recuperado el 13 de septiembre de 2018, de <http://www.central-law.com/es/son-las-clausulas-escalonadas-mecanismos-practicos-en-la-solucion-de-disputas/>
- Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. (2012). *AMCHAM EC*. Recuperado el 13 de septiembre de 2018, de <http://amchamec.com/arbitraje/index.php/home/convenio-arbitral-escalonado>
- Centro Internacional para la Resolución de Disputas. (1 de Octubre de 2013). *Guía para la Redacción de Cláusulas Internacionales de Solución de Disputas*. Recuperado el 13 de agosto de 2018, de ADR:

https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR%20Guide%20to%20Drafting%20International%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20-%20Spanish.pdf

Código de Procedimiento Civil. (2005). Asamblea Nacional del Ecuador. Quito: Registro Oficial .

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito: Asamblea Constituyente.

Echandía, D. (1984). *Teoría General del Proceso* (Vol. i). Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.

Follonier-Ayala, A. (2012/2013). La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y en Suiza. *Lima Arbitración, No. 5*.

González de Cossío, F. (2006). *Validez del acuerdo arbitral bajo la convención de Nueva York: un ejercicio conflictual*.

González de Cossío, F. (2011). *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa.

Iglesias, J. (17 de agosto de 2018). Cláusulas escalonadas: los pros y contras de este método alternativo de resolución de disputas. *Perspectivas*.

Ley de Arbitraje y Mediación. (2005). Asamblea Nacional del Ecuador . Quito: Publicaciones Jurídicas.

Morley, I. E., & Stephenson, G. M. (1997). *The social psychology of bargaining*. New York, USA: Psychology Library Editions.

Murphy Exploration & Production Company International vs. República del Ecuador, 2012-16 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) 10 de Febrero de 2017).

Salcedo Franco, C. (2014). *Hacia una protección merecida: la eficacia de las cláusulas escalonadas en el marco de un pacto arbitral en Colombia*. N° 12: 89-112, Univ. Estud. Bogotá (Colombia).

Sipetrol v Enap Sipetrol, 05-2013 (Centro de Arbitraje y Mediación de la Camara de Comercio Ecuatoriana 28 de 11 de 2014).

Zambrano, P. (2017). *Análisis del caso Murphy Exploration and Production Company vs. República del Ecuador*. Ecuador: Revista Ecuatoriana de Arbitraje.



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Roca Solano María Grazia** con C.C: # 0924233570 autora del trabajo de titulación: **“La naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas en los métodos alternativos de solución de conflictos”**, previo a la obtención del título de **Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

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

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

Guayaquil, **18 de febrero del 2019**

f. _____

Nombre: **Roca Solano, María Grazia**

C.C: **0924233570**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	La naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas en los métodos alternativos de solución de conflictos.		
AUTOR(ES)	Roca Solano María Grazia		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Hilda Teresa Nuques Martínez		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	18 de febrero del 2019	No. DE PÁGINAS:	18
ÁREAS TEMÁTICAS:	Solución alternativa de Conflictos, Arbitraje		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Solución alternativa de conflictos, cláusulas escalonadas, arbitraje, mediación, negociación, conflictos, jurisdicción, y procedibilidad.		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>El arbitraje es uno de los medios de solución alternativo de conflictos que ha cobrado una importante transcendencia en los últimos años. Las partes han decidido hacer uso de cláusulas escalonadas pactando etapas previas al arbitraje, como lo son la mediación y las negociaciones directas, con el fin de mantener su relación comercial de una manera amigable y, en el caso de una controversia, poder llegar a un acuerdo que beneficie a ambos con un costo muy disminuido. El problema surge cuando no se cumplen las etapas previas y se inicia el arbitraje; ya sea porque la cláusula era ambigua o porque una de las partes considera que su relación es irreconciliable, pensando que el cumplimiento de estas es solo una pérdida de tiempo. Entonces, surge la interrogante ¿Cómo debe actuar el tribunal ante un incumplimiento de los escalones?; lo que nos lleva a otras cuestiones ¿Cuál es la naturaleza jurídica de dichas cláusulas?, ¿Son requisitos jurisdiccionales y, por lo tanto, deberían obligar al Tribunal a declararse incompetente, o son requisitos de procedibilidad y el Tribunal debe inadmitir la demanda?</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-6004305	E-mail: mroca95@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute de Wright, Maritza Ginette		
	Teléfono: +593-994602774		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			