

Legal |  
Opinión | Artículo 1 de 1

# Arbitraje y cláusulas escalonadas: incierta aplicación

**"...En Chile y fuera los escalones o pasos más comunes incluyen negociaciones, trato directo entre gerencias, comisiones de expertos, entre otros. Se caracterizan por implementar un sistema gradual que comienza con métodos menos agresivos, menos formalizados o más amistosos. Si bien estas cláusulas no están reguladas en ninguna ley en particular, son cada vez más comunes en contratos de construcción y de energía..."**

Miércoles, 15 de enero de 2025 a las 10:24



A<sup>-</sup> A<sup>+</sup> Imprimir Enviar

## Fernanda Saavedra

Con el paso de los años y el desarrollo del procedimiento arbitral se ha promovido cada vez más el uso de cláusulas escalonadas e incluso de *dispute boards* como métodos para la resolución de controversias contractuales.

Doctrinalmente, las cláusulas escalonadas se definen como acuerdos contractuales que establecen etapas sucesivas de resolución de conflictos, diseñadas para evitar que las controversias lleguen a un tribunal arbitral.

En síntesis, en las cláusulas escalonadas se combinan diversos métodos en diferentes escalones o niveles, y se va pasando de un método de solución al otro, en la medida que el anterior fracasa. En términos corrientes, las cláusulas escalonadas podrían definirse como "pasos previos" a la entrada al juicio: en la medida que van fallando, obligan a continuar con el siguiente.

En Chile y fuera los escalones o pasos más comunes incluyen negociaciones, trato directo entre gerencias, comisiones de expertos, entre otros. Se caracterizan por implementar un sistema gradual que comienza con métodos menos agresivos, menos formalizados o más amistosos. Si bien estas cláusulas no están reguladas en ninguna ley en particular, son cada vez más comunes en contratos de construcción y de energía.

En el ámbito internacional, la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional (CNUDMI) establece

en su artículo 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 relacionado con 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.

Sin embargo, aun cuando las cláusulas escalonadas han tenido cada vez más desarrollo, no siempre son procedentes y su aplicación no parece ser tan clara. Esto ocurre tanto en el arbitraje doméstico como en el internacional, en el cual todavía hay incertidumbre sobre su aplicabilidad en procedimientos arbitrales seguidos bajo la Convención de Nueva York y la Convención de Singapur.

Al revisar esta clase de incidentes, algunos árbitros optan por considerar que de no cumplirse lo previsto en estas cláusulas podría no admitirse la solicitud de arbitraje hasta que se verifique el trámite del mecanismo alternativo de resolución de conflictos prearbitral, siendo esto facultad del tribunal arbitral según las circunstancias del caso.

En otros casos, de forma más drástica los árbitros niegan la jurisdicción del tribunal arbitral para conocer del caso. En nuestra opinión, esto iría en contra del principio de Kompetenz-Kompetenz, según el cual un tribunal judicial o arbitral puede tener competencia o jurisdicción para pronunciarse sobre el alcance de su propia competencia en una cuestión que se le haya sometido.

Otra de las posiciones sostenida en distintos países ha sido que al incumplir con lo previsto en una cláusula escalonada no se "activa" la cláusula de arbitraje, por lo tanto, el tribunal arbitral no tiene jurisdicción para conocer de la disputa.

En la práctica, hemos visto que al árbitro podría bastarle la acreditación de intercambios de comunicaciones o la realización de reuniones para dar por cumplidas las etapas previas, incluso cuando se hayan pactado por las partes expresamente requisitos más específicos.

En consecuencia, para prevenir esta multiplicidad de posibles interpretaciones a la hora de enfrentarse a una cláusula escalonada, y a fin de evitar cualquier ambigüedad sobre la intención de las partes al redactar la cláusula, creemos necesario determinar con claridad los pasos que precederán al procedimiento arbitral, que deben incluir plazos claros, los medios de comunicación a utilizar (correos electrónicos, reuniones presenciales, cartas certificadas) y criterios específicos para determinar cuándo un paso previo se considera frustrado.

*\* Fernanda Saavedra Renard es asociada de NLD Abogados.*