



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**EL INCUMPLIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS
ESCALONADAS EN LOS CONTRATOS
MERCANTILES ¿UN PROBLEMA DE
JURISDICCIÓN O ADMISIBILIDAD
ARBITRAL?**

Autora:

Monserath Carolina Muñoz Castro

Director:

Dr. Esteban Segarra Coello

Cuenca – Ecuador

2023

DEDICATORIA

A las personas más importantes de mi vida, mis papás Bolívar Muñoz y Monserrat Castro, por estar siempre para mí, a lo largo de mi vida y de mi carrera, siendo mi apoyo fundamental a lo largo de este camino y enseñándome siempre que todo lo que quiera lo puedo lograr con perseverancia y dedicación.

AGRADECIMIENTO

Agradezco primero a Dios quien está conmigo día a día y es quien permite que todo esto sea posible, a mis papás que son mi apoyo incondicional y mi guía y al resto de mi familia por todo el amor y el apoyo que me han dado. Además, agradezco también al Dr. Esteban Segarra por su ayuda, paciencia, dedicación y por compartirme todos sus conocimientos durante este trabajo de titulación.


RESUMEN

El presente trabajo investigativo tiene por objeto, analizar si el incumplimiento de las cláusulas escalonadas conlleva un problema de jurisdicción o una cuestión de admisibilidad arbitral; partiendo de estas dos teorías establecidas en la doctrina jurídica, de lo que establece el sistema jurídico ecuatoriano y el análisis de casos en los cuales se ha resuelto sobre este tema. Analizando así, la importancia que tiene los métodos alternativos de solución de conflictos, luego, determinando el concepto de las cláusulas escalonadas, sus características principales, su funcionamiento en los contratos mercantiles y analizando así también todos los posibles beneficios y riesgos de aplicar las mismas.

Este trabajo busca determinar la importancia de estas cláusulas y justificar la necesidad de una regulación en nuestro ordenamiento jurídico para poder guiarnos con mayor certeza en cuanto a su aplicación y consecuencias de su incumplimiento.

Palabras clave: cláusulas escalonadas, incumplimiento de cláusulas escalonadas, medios alternativos de solución de conflictos, problema de admisibilidad y problema de jurisdicción.

Atentamente,



Dr. Esteban Segarra Coello

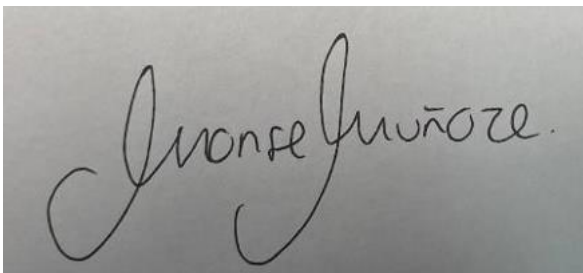
Director de Tesis

ABSTRACT

The objective of this investigative work is to analyze whether the breach of the multilevel clause involves, a jurisdictional issue or a question of arbitral admissibility; starting from these two theories established in the legal doctrine, from what the Ecuadorian legal system establishes and the analysis of cases in which this issue has been resolved; analyzing, the importance of the alternative dispute resolution methods, then, determining the concept of multilevel clauses, its main characteristics, how do these types of clauses work in commercial contracts; and also analyzing all the possible benefits and risks of applying them. This work pursues to determine the importance of these clauses and justify the need for regulation in our legal system in order to guide us with better certainty regarding its application and the consequences of its breach.

Keywords: admissibility problem, alternative dispute resolution methods, breach of multilevel clauses, jurisdiction issue, multilevel clauses,

Translated by.-

A handwritten signature in black ink on a light gray background. The signature reads "Monserrath Carolina Muñoz Castro" in a cursive script.

Monserrath Carolina Muñoz Castro



Tabla de contenido

CAPÍTULO 1: LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO POSIBLES ESCALONES A INCLUIR EN LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS	7
1. ¿QUÉ SON LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS?	7
1.1. TIPOS DE MÉTODOS ALTERNATIVOS COMO POSIBLES ESCALONES A INCLUIR EN LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS.	9
1.1.1. La Negociación	9
1.1.1.1. Clases de negociación	12
1.1.2. La Conciliación	12
1.1.3. La Mediación	14
1.1.4. Los Dispute Boards	16
1.1.5. Arbitraje	19
1.2. REGULACIÓN DE LOS MASC EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO	22
1.3. IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DE ESTOS MÉTODOS	27
CAPITULO 2: “CLAUSULAS ESCALONADAS EN LOS CONTRATOS MERCANTILES”	30
1. ¿QUÉ SON LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS?	30
2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS	35
A. LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS COMO UN REQUISITO JURISDICCIONAL	35
B. LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD	36
3. FUNCIONAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS O DE MULTINIVEL	38
4. MODALIDADES DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS	41
5. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES E IMPORTANCIA	42
6. POSIBLES MOTIVOS Y BENEFICIOS DE LA APLICACIÓN DE CLÁUSULAS ESCALONADAS EN CONTRATOS MERCANTILES	44
7. POSIBLES RIESGOS DE SU APLICACIÓN EN CONTRATOS MERCANTILES.	46
8. RECOMENDACIONES PARA UNA BUENA REDACCIÓN	48
CAPÍTULO 3: “LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS EN LA REALIDAD ECUATORIANA FRENTE A SU INCUMPLIMIENTO”	51
1.1. INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS ESCALONADAS EN CONTRATOS MERCANTILES	51
1.1.1. Las cláusulas escalonadas en el Ecuador.	51
1.1.2. Las cláusulas escalonadas a nivel internacional.	53
1.2. RELACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS CON DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES.	55
1.2.1. El debido proceso	55
1.2.2. La tutela jurisdiccional efectiva.	56
1.3. TEORÍAS SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS	58
1.3.1. El incumplimiento de una cláusula escalonada como una cuestión de jurisdicción. ..	60
1.3.1.1. Caso Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador. Caso CIADI No. Arb/08/4	60
1.3.2. El incumplimiento de una cláusula escalonada como una cuestión de admisibilidad. ..	63
1.3.2.1. Caso 1: Ronald S. Lauder c. República Checa, Uncitral, Caso No. 205-2001.	65
1.3.2.2. Caso 2: Sipetrol c. Enap Sipetrol, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Caso No. 05-13. ..	66

1.3.3. <i>Importancia de clasificar el incumplimiento como una cuestión de jurisdicción y como una cuestión de admisibilidad</i>	66
1.4. LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS Y EL PRINCIPIO KOMPETENZ – KOMPETENZ	67
BIBLIOGRAFIA:	68

CAPÍTULO 1: LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO POSIBLES ESCALONES A INCLUIR EN LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS

En este primer capítulo introductorio, se hará referencia a conceptos doctrinarios y aspectos relevantes acerca de los métodos alternativos de solución de conflictos importantes, para un mejor entendimiento y desarrollo del presente trabajo de titulación.

Para lo cual se iniciará haciendo un recorrido general, desde el concepto de los métodos alternativos de solución de conflictos, análisis de los aspectos relevantes de cada método como posibles escalones a incluir en las cláusulas escalonadas, la importancia que conlleva la aplicación de estos métodos, hasta la regulación de estos en nuestro sistema jurídico ecuatoriano, permitiéndonos todos estos conceptos tener bases sólidas para entender más sobre las cláusulas escalonadas en los contratos mercantiles que es tema del segundo y tercer capítulo del presente trabajo investigativo.

1. ¿QUÉ SON LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS?

En primer lugar, es necesario mencionar que los métodos alternativos de solución de conflictos han surgido como una respuesta al presupuesto de vivir en sociedad ya que, al haber una continua interacción entre los diferentes agentes económicos y al existir diferentes opiniones e intereses se pueden generar diferencias entre ellos que a su vez luego se pueden transformar en conflictos que requieran de un tercero neutral para su resolución; por eso poco a poco estos métodos alternativos han ido adquiriendo más fuerza dentro de los sistemas jurídicos y dentro de esos encontramos a nuestro sistema jurídico ecuatoriano. (Montufar 2001, p. 141)

De esta manera debemos partir diciendo que estos métodos son una forma más pacífica de resolver los conflictos que se pueden dar dentro de una relación jurídica, haciendo hincapié en que estos conflictos o litigios para que tengan importancia dentro del análisis de este tema, deben contar siempre con una característica jurídica, ya que esto es lo que hace necesaria la participación del derecho en la resolución de los mismos, hablando así de una resolución

pacífica de “controversias” o “litigios”, que son los términos más utilizados como sinónimos de pleito, luchas, disputa, entre otros. Es por esto, que es necesario además hacer referencia a la conceptualización de litigio hecha por *Francesco Carnelutti* que dice que es: “*el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro*” definición que a su vez fue completada por el jurista español *Niceto Alcalá Zamora*, quien establece que, “*el conflicto debe ser jurídicamente trascendente*”, es decir que sea susceptible de solución mediante la aplicación del derecho como ya habíamos mencionado anteriormente; contando así con elementos subjetivos como objetivos; los elementos subjetivos son las partes en cuestión de la relación jurídica y el elemento objetivo, en este caso es el bien jurídico sobre el que versa la pretensión y la resistencia de las partes, naciendo así el litigio de una pretensión que es rechazada por la otra parte (Vado, s.f p, 369-371).

Siendo así los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) mecanismos alternos que los ciudadanos pueden utilizar para resolver sus conflictos sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria, en la que un juez será el encargado de resolver la controversia conforme a derecho; tratando así de promover que el último recurso sea acudir a los tribunales de justicia. Estos métodos son de gran beneficio para las partes ya que son mucho más eficaces, rápidos y pacíficos que la justicia tradicional y tienen también una gran ventaja en el ámbito comercial - empresarial ya que estos métodos alternativos son de carácter confidencial a diferencia de la justicia ordinaria que tiene un carácter público; y así resultando a su vez de gran beneficio para la administración de justicia ordinaria ya que, el uso de estos medios alternativos reducen su carga laboral y permite una menor congestión de los tribunales de justicia.

Los medios alternativos de solución de conflictos más utilizados son: la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y hoy en día también el nuevo mecanismo alternativo llamado *dispute board*; medios alternativos de los cuales hablaremos más adelante como posibles escalones a incluir en las cláusulas escalonadas en los diferentes contratos mercantiles. Estos mecanismos alternativos, están exentos de tantas formalidades que conciernen a los procesos judiciales, por lo que, se presentan como una buena opción para la resolución de las controversias de una forma mucho más ágil, permitiendo, sobre todo a los comerciantes o empresarios, ahorrar dinero en representación judicial, ganando tiempo al momento de resolver las controversias suscitadas y evitando generar mayores antagonismos entre las partes.

En resumen podemos establecer que los medios alternativos de solución de conflictos, según *Luis Alfredo Alarcón Flores* (conciliador extrajudicial y árbitro), dice que los MASC pueden ser definidos en dos sentidos: uno amplio y otro más restringido; estableciendo así en el sentido amplio a los MASC como *“aquellas atribuciones, alternativas al sistema judicial oficial que permiten la solución privada de los conflictos”*; y por otro lado, definiendo en un sentido más restringido podemos decir que *“son aquellos procedimiento que buscan la solución a los conflictos entre las partes, ya sea de manera directa entre ellas o con el nombramiento de agentes negociadores, como es en el caso de la negociación, o mediante la intervención de un tercero imparcial como se hace en el caso de la mediación, conciliación o en el arbitraje”* (Alvarez, 2012, p.24).

1.1. TIPOS DE MÉTODOS ALTERNATIVOS COMO POSIBLES ESCALONES A INCLUIR EN LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS.

Como mencionamos anteriormente los métodos alternativos de solución de conflictos - MASC más utilizados son: la negociación, la conciliación, la mediación, los dispute boards y el arbitraje, de los cuales hablaremos detenidamente para poder entender cómo funcionan y su importancia como fases dentro de las cláusulas escalonadas en los contratos mercantiles.

1.1.1. La Negociación

En primer lugar, haremos referencia a la negociación como una de las posibles fases a incluir en las cláusulas escalonadas en un contrato mercantil, este método alternativo de solución de conflictos, tiene origen en el vocablo latino *“negotium”* la cual significa *“neg”* no o carencia y *“otium”* que significa tranquilidad. Por eso Cabanellas¹ la define como *“la acción o efecto de negociar”* y el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española² lo define como *“Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto”*.

De esta manera podemos decir que el objetivo principal de este método consiste en el hecho de que dos o más personas que se encuentren con un conflicto de por

¹ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Bs. As. Argentina, Editorial Heliasta, 1997, pág. 253

² Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, 2001, pág. 106

medio, lleguen a un acuerdo sobre esas diferencias, por medio de conversaciones a través de diálogo y de un intercambio de opiniones e intereses, ya que casi siempre va a existir la motivación de ambas partes de llegar a un acuerdo y muchas veces existirá aunque sea un mínimo de intereses comunes de los cuales puede partir dicha conversación (Manzano, 2000, p. 32-33).

En este sentido la negociación o también llamada transacción es un proceso voluntario, sin tantas formalidades como tienen los otros métodos; al cual las partes se someten para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable, para el cual no se requiere de la intervención de un tercero neutral y por lo tanto, las decisiones son tomadas directamente entre las partes involucradas. Este es un proceso privado y no tiene carácter de cosa juzgada. (Gil, 2020, p.5)

Guardando así este método relación con un proceso de compromisos mutuos y alcanzando a su vez una solución beneficiosa para ambas partes. Sin embargo, para poner en práctica este método también se necesita preparación, planeación, estudio, concentración y creatividad, (Manzano, 2000, p. 32) así también se requiere que las partes sean identificables y que estén dispuestas a buscar acuerdos para ambas partes y contraer compromisos susceptibles de ser cumplidos. (Manzano, 2000, p. 34)

Fisher, Ury y Patton (1991) definen a la negociación como “una comunicación de doble vía para llegar a un acuerdo cuando usted y otra persona comparten algunos intereses en común, pero que también tienen algunos intereses opuestos”.

Por lo tanto, al hablar de negociar, hacemos referencia a usar una vía civilizada para resolver los conflictos o disputas que se presenten dentro de una relación jurídica o en este caso de una relación contractual, mediante un proceso de búsqueda y formalización de acuerdos que satisfagan los intereses de ambas partes (Manzano, 2000, p. 34); buscando solucionar estas diferencias de una manera mucho más rápida, pacífica, económica y sin tantos formalismos como si se trataría de resolver el conflicto mediante la justicia ordinaria, logrando llegar a

acuerdos ventajosos y que nazcan de la misma voluntad de las partes y no de un tercero neutral.

En la negociación es muy importante no centrarse en las posiciones de cada una de las partes sino buscar la raíz el problema, el porqué de las mismas, encontrar el interés real que hay detrás de cada posición, para poder así descubrir qué es lo que cada uno realmente necesita y empezar así una lluvia de ideas con diferentes opciones o alternativas de solución que satisfagan los intereses de ambas partes, evitando proponer algo que sólo satisfaga mi posición o que haga ceder todo a la otra parte y usando siempre criterios objetivos para escoger la mejor alternativa que será la que ponga fin al conflicto; ya que la negociación se trata de un método para llegar a beneficios mutuos más no de encontrar alguien que ceda sus intereses para satisfacer los de la otra parte, persuadiendo siempre en base a razones y no a posiciones; generando así este método un espacio pacífico y sin presiones, en el cual, las partes crean las diferentes fórmulas de solución sin la presión de llegar a un compromiso como tal, sino simplemente crean ese espacio de diálogo para tener una serie de alternativas dentro de las cuales las mismas partes van a escoger la más conveniente de acuerdo a su situación. (García, 2001, p. 142)

Hoy en día este método de solución de conflictos es muy utilizado dentro del ámbito de los negocios, ya que permite celebrar acuerdos entre las partes de una mejor manera. (García, 2001, p. 142)

Un punto importante a tener en cuenta según Fisher, Ury y Patton (1991, p.12) es que: en cualquier método de negociación debe juzgarse conforme a tres criterios: primero la negociación siempre debe conducir a un acuerdo sensato, analizando primero si es posible llegar a un acuerdo, *“un acuerdo sensato es aquel que satisface los intereses legítimos de ambas partes dentro de lo posible, resolviendo los conflictos con equidad, que sean durables y que tengan en cuenta los intereses de la comunidad”*; segundo la negociación debe ser eficiente y por ultimo debe mejorar o por lo menos no deteriorar la relación que tienen las partes en cuestión.

En la legislación Ecuatoriana siempre hemos tenido presente este método de solución de conflictos, como podemos ver en el art. 2348 del Código Civil

ecuatoriano en que el que estipula que: *“La Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”*. De esta manera podemos decir entonces que, la transacción es un contrato en el cual las partes se ponen de acuerdo para evitar o dar por terminado extrajudicialmente un litigio pendiente.

1.1.1.1. Clases de negociación

Para entender mejor este método es necesario mencionar que existen dos clases de negociación:

- a) **La negociación asistida:** es aquella negociación que requiere la interferencia de otra persona, para que ayude con la negociación. (Manzano, 2000, p.35)

- b) **La negociación no asistida:** es aquella que no requiere de la presencia de una tercera persona, sino que las partes involucradas son las únicas que llevan a cabo la negociación y resuelven sus diferencias sólo entre ellas. (Manzano, 2000, p.34)

Así podemos ver que este método, es una herramienta pacífica, simple, rápida y económica para resolver conflictos, ya que no necesita de tantos gastos como es en un juicio, no se demora tanto tiempo porque depende solamente de las partes la solución de los mismos y es mucho más fácil dirimir la controversia suscitada ya que existe un común acuerdo de las partes de arreglar sus diferencias, lo que permitirá un diálogo mucho más pacífico y beneficioso para ambas partes.

1.1.2. La Conciliación

Por otro lado, en cuanto a la conciliación como otra posible fase a incluir en las cláusulas escalonadas en los contratos mercantiles, es necesario mencionar que este es un método alternativo de solución de conflictos muy antiguo, ya que nace con el sistema jurídico de

las primeras sociedades, como por ejemplo en el régimen jurídico de los romanos de hace mucho tiempo atrás en el cual existían los jefes de familia quienes convencían a las partes que tenían algún conflicto dentro de su familia para que solucionaran sus diferencias mediante el empleo de medios pacíficos como es la conciliación, promoviendo así el diálogo entre las partes para poder llegar a acuerdos, y por eso este método hoy en día tiene gran importancia como una herramienta pacífica de control social dentro de nuestra sociedad y el mundo entero (Bulla Romero citado en: Lema, 2015, p. 6).

La conciliación es un medio alternativo de solución de conflictos que tiene origen en el término latino “conciliare” que según el Diccionario de la Real Academia Española significa “ajustar los ánimos de quienes están opuestos entre sí”; pudiendo definir así a la conciliación como el proceso a través del cual un tercero neutral ayuda a dos o más personas que tengan algún conflicto de por medio a resolver sus diferencias (Lema, 2015, p. 9).

Viendo así que este es un método muy parecido a la negociación sin embargo, la diferencia se encuentra en el hecho de que la negociación está únicamente librado a la voluntad de las partes mientras que la conciliación depende de la voluntad de las partes para la resolución del conflicto pero requiere de la intervención de un tercero neutral llamado conciliador para ayudar a que las partes lleguen a ese acuerdo, sin embargo es importante recalcar el hecho de que el conciliador no tiene capacidad de decisión alguna, ni las propuestas que haga son obligatorias, si no las partes son las únicas que toman las decisiones para llegar a acuerdos (García, 2001, p.143).

Es importante recalcar el hecho de que muchos ordenamientos jurídicos tienen a la conciliación como una opción a aplicarse previo a la vía judicial, para que en caso de funcionar este método se logre poner fin a un conflicto en cuestión únicamente a través del acuerdo al que lleguen las mismas partes utilizando su creatividad, intereses, promoviendo la comunicación y el entendimiento mutuo; minimizando de esta forma la participación del sistema judicial (Lema, 2015, p. 9).

De esta manera, podemos decir que la conciliación constituye un acto, un procedimiento y un posible acuerdo, es un acto el cambio de los diferentes puntos de vistas de las partes

de los intereses opuestos; es un procedimiento ya que es un proceso de diálogo y comunicación entre las partes y por último, es también un posible acuerdo porque su objetivo va a ser siempre arreglar el conflicto en cuestión (Lema, 2015, p.9).

Así podemos concluir que la conciliación es una herramienta que garantiza una adecuada forma de justicia y que a su vez da legitimidad al sistema democrático, ya que permite la consecución de los fines del Estado ecuatoriano como un estado social de derecho y de justicia; teniendo como principales fines el de garantizar el acceso a la justicia, promover la participación de los individuos en la solución de sus controversias, estimular una convivencia mucho más pacífica y facilitar así la solución de controversias sin gastos y dilaciones injustificados.

1.1.3. La Mediación

La mediación como otro medio alternativo de solución de conflictos y como uno de los escalones más comunes a incluir en las cláusulas escalonadas en los contratos mercantiles, es otra herramienta esencial para trabajar con la otra parte y no contra la otra parte para solucionar un conflicto, estableciendo un entorno mucho más pacífico y equitativo para las partes; siendo así la mediación un proceso de solución de conflictos voluntario y participativo, en el cual las partes recurren a una tercera persona neutral llamado mediador para que esta les pueda ayudar a llegar a un acuerdo sobre un determinado conflicto siempre y cuando este sea en materia transigible, como lo establece la ley de arbitraje y mediación³ de nuestro sistema jurídico en el Art. 43. Podrán someterse a este procedimiento tanto personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que sean legalmente capaces de transigir.

Aquí es importante mencionar que el mediador es una tercera persona neutral, ajena al problema que tiene que contar con algunas de las siguientes características: imparcial, paciente, tolerante, creativo, observador, analítico, confiable, objetivo, honesto, entre otras; siendo esto un aspecto muy importante ya que este es el que establece la relación de ayuda entre las partes y es en el en quien recae la eficacia de todo este procedimiento;

³ Ley de arbitraje y mediación, Registro Oficial 417 de 14-dic.-2006

el mediador está encaminado a facilitar la comunicación entre las partes, aliviar la carga emocional que genera el conflicto, estimular la salida de posiciones rígidas, mostrar el problema principal del conflicto, invitar al cambio de roles entre las partes, entre otras obligaciones (Levinton y Greenstone, citado en: Díaz, 1999, p. 224).

El objetivo de usar la mediación como método alternativo de solución de conflictos no es llegar simplemente al acuerdo, sino mantener una buena relación de las partes en conflicto, aumentar el respeto y la confianza, corregir percepciones falsas que tengan las partes, para intentar satisfacer los verdaderos intereses y no únicamente sus posiciones y crear un espacio que facilite la comunicación entre las mismas. De esta forma se pueden convertir las situaciones conflictivas en oportunidades de aprendizaje; (Peña Yáñez, citada en: García, 2015, p. 12), ya que como dijo Donald Farber (1996) *“el uso de la miel en lugar del vinagre permite obtener acuerdos con la gente”*.

De esta manera podemos decir que las características principales de la mediación son las siguientes; en primer lugar; es un proceso voluntario ya que las partes son las únicas que deciden si participar o no de este método alternativo; es colaborativa ya que requiere la contribución de todas las partes para la solución del conflicto; es no adversarial porque no se trata a las partes como oponentes sino como colaboradores, siendo esta una de las características más esenciales ya que permite esto conservar en buen término la relación de las partes; es flexible ya que si bien tiene un método a seguir y una estructura definida, esta se adapta a las particularidades de cada caso y por eso el mediador es quien tiene que conducir este procedimiento pero sin tantos formalismos como lo hace un juez dentro de un juicio; es autocompositivo ya que las mismas partes son las protagonistas dentro de este método y por último es un método rápido, económico y pacífico ya que su principal objetivo es preservar o recuperar las relaciones (Centro Judicial de Mediación, s/f).

En el Ecuador la mediación podrá proceder únicamente en los siguientes casos según lo estipula el Art. 46 de la ley de arbitraje y mediación⁴:

- i. Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación y en este caso los jueces ordinarios ya no serán competentes para

⁴ Ley de arbitraje y mediación, Registro Oficial 417 de 14-dic.-2006

conocer el conflicto materia del convenio, a menos que exista un acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al mismo convenio; Siendo este el caso que examinaremos más a profundidad al hablar de las cláusulas escalonadas en los contratos mercantiles.

- ii. A solicitud de las partes o de una de ellas, y
- iii. Cuando el juez ordinario lo disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, siempre que las partes lo acepten.

Es importante también mencionar que la mediación tiene un carácter confidencial y las personas que en ella participen no podrán divulgar la información de dicha mediación y las fórmulas de acuerdos no tendrán incidencia ni obligatoriedad en juicios o procesos posteriores, sin embargo las partes podrán renunciar de común acuerdo a esta característica de confidencialidad.

Siendo la mediación un método muy importante para la resolución de conflictos y más aún para resolver diferencias entre empresarios, que son las que se dan en mayor medida, preservando de esta manera siempre la relación de las partes en cuestión y logrando obtener beneficios para ambos; distinguiéndose así este método de la conciliación por el hecho de que en la conciliación el tercero neutral o conciliador es quien debe proponer una fórmula conciliadora, mientras que en la mediación el mediador o tercero neutral involucrado no tiene la obligación de presentar tal propuesta de solución. (García Montufar, 2001, p. 141)

1.1.4. Los Dispute Boards

Así también existe un nuevo mecanismo alternativo de resolución de conflictos conocido como Dispute Board, mecanismo que puede también ser incorporado como un escalón previo al arbitraje en las cláusulas escalonadas; este método de resolución de conflictos es también conocido como “mesa de resolución de conflictos, paneles técnicos o como junta de resolución de conflictos” y es calificado como un MASC de naturaleza híbrida, ya que contiene características tanto de los métodos autocompositivos como de los heterocompositivos, de acuerdo a las necesidades de las partes que se encuentran en conflicto, ya que son ellas las que le conceden a esta junta o mesa de resolución de conflictos la autoridad para la resolución de sus controversias; esta concesión de autoridad al igual que en los otros MASC se basa en el principio de autonomía de la voluntad que

en este caso específico nace al momento de celebrar dicha cláusula escalonada en un determinado contrato, en la cual se establecerá todas las atribuciones que tendrá dicha junta y el funcionamiento de la misma (Nuviala, 2019, p.28-29).

La importancia de los Dispute Boards se encuentra en las ventajas que ofrece este método al momento de resolver una controversia a lo largo de una ejecución contractual de proyectos, por lo que estos métodos van a ser ideales y de mayor beneficio en la aplicación de relaciones mercantiles – comerciales, contratos de investigación, construcción, en temas de propiedad intelectual, entre otras relaciones que tengan una larga duración y que a su vez impliquen un alto costo económico (Nuviala, 2019, p.31).

Los dispute boards son un mecanismo creado con el objetivo de que los que integran la misma puedan dar sus opiniones como expertos en la materia objeto del contrato en cuestión y tratan a su vez todos los conflictos que surjan de la ejecución de dicho contrato (Guevara & Proaño, 2019 p. 168).

Para esto es necesario mencionar que la Cámara de Comercio Internacional (CCI)⁵ ha determinado algunas funciones fundamentales de este mecanismo, las cuales se basan en que los miembros de la junta deberán analizar y percibir cuando hay un potencial conflicto y decir a las partes para motivarlas a encontrar una solución entre las partes y sin intervención de un tercero; sin embargo, en el caso de que esta alerta no funcione y las partes no logren llegar a un acuerdo, la junta o mesa de resolución de conflictos podrá intervenir de manera informal en dicho conflicto, para que así las partes puedan llegar a una solución y Finalmente, en caso de no funcionar las alternativas anteriores la junta podrá emitir una decisión o recomendación al respecto, dependiendo de cada caso en específico. Sin embargo, es importante mencionar que esas decisiones o recomendaciones no necesariamente tienen un carácter obligatorio, si no eso dependerá del carácter que le den las partes al momento de pactar este mecanismo al momento de celebrar el contrato, y en caso de incumplimiento se le tendrá que dar el mismo tratamiento que un incumplimiento contractual (Guevara & Proaño, 2019, p.169).

Para entender mejor como funciona este mecanismo, es necesario hacer referencia a la organización de esta junta o mesa de resolución de conflictos y como Guevara & Proaño

⁵ Cfr. Cámara de Comercio Internacional. Dispute Boards Rules. París: Cámara de Comercio Internacional, 2015

(2019, p. 169) establecen, esta junta está compuesta por tres personas expertas en una determinada materia, en donde cada parte contractual tendrá que escoger a un miembro y al tercer miembro lo eligen ambas partes en conjunto y usualmente hacen que este tercero que es nombrado de común acuerdo sea el presidente de dicho comité. Sin embargo, este número de miembros no es obligatorio para todos los casos y depende mucho de la clase de contrato en la que se va a estipular dicha cláusula.

Como se mencionó anteriormente, los miembros que forman parte de esta junta deben tener un nivel de conocimiento técnico que les permita comprender el negocio en cuestión para poder así ayudar de una manera eficaz y segura a las partes a resolver todos los conflictos que se presente, viendo que no es necesario ser abogado para formar parte de este comité; sin embargo, para desarrollar un buen trabajo como miembro de este método es importante que estos se encuentren siempre informados de toda la ejecución de dicho contrato (Guevara & Proaño, 2019, p.169).

Además es importante mencionar, que este nuevo mecanismo ha tenido gran éxito a nivel internacional, ya que tienen un efecto preventivo y han logrado evitar que los conflictos lleguen a etapas avanzadas y de mayor riesgo para la relación de las partes, siendo así una manera no solo de resolver conflictos, si no también de evitarlos (Jácome, 2020, p. 5).

Así también, es importante mencionar que los dispute boards tienen como principal objetivo, evitar que se paralice la ejecución del contrato en cuestión mientras se resuelven las controversias o diferencias suscitadas, subsanando este mecanismo de manera inmediata toda diferencia a lo largo de la ejecución (Bustos, 2020, p.6).

Clases de Dispute Boards:

Existen tres clases de Dispute Boards de acuerdo a la característica de obligatoriedad de cada resolución:

- a. **Dispute Review boards:** estas son mesas de resolución de conflictos que se encargan de analizar el conflicto de una relación contractual determinada y generan una resolución orientativa más no obligatoria para las partes o también llamada como “recomendaciones interinas” y en este caso son las mismas partes las encargadas de decidir si aplicar o no dicha

recomendación para solucionar su conflicto (Guevara&Proaño, 2019, p. 170).

- b. **Dispute adjudication boards:** esta segunda clase de “DB” se encargan de analizar los conflictos de manera detallada y en base a ese análisis generan resoluciones vinculantes para que las partes tomen en consideración y las pongan en práctica de manera obligatoria (Guevara& Proaño, 2019, p. 170).
- c. **Combinate dispute board:** finalmente esta última clase de “DB” tiene una naturaleza híbrida ya que como su mismo nombre lo dice es una junta de resolución de conflicto combinada, la cual se encarga de analizar los conflictos en cuestión y genera en primera instancia únicamente una recomendación para que las partes puedan leerla, analizarla y decidir si la aplican, pero en el caso de que una de las partes no este de acuerdo con esta recomendación esta junta tiene la facultad de volverla obligatorio si así lo consideran sus miembros (Guevara & Proaño, 2019, p. 170).

1.1.5. Arbitraje

Y por último el arbitraje como el último escalón a cumplir en las cláusulas escalonadas estipuladas en los contratos mercantiles; es otro de los medios alternativos de solución de conflictos con más uso dentro de nuestra sociedad y el cual se ha convertido en uno de los procedimientos más habituales para resolver litigios entre empresas; siendo este uno de los métodos más antiguos en la historia de la humanidad incluso podemos decir que el arbitraje fue previo a la existencia de jueces ya que era un mecanismo que utilizaban las personas para resolver sus diferencias supliendo el procedimiento de autotutela, sin embargo la creación del arbitraje no es algo a priori, sino que es considerada una figura que ha ido cambiando y evolucionando con el tiempo conforme ha evolucionado la sociedad y los intereses de ciertos grupos sociales (Ledesma, 2010, p. 13).

Marianella Ledesma en su libro de Jurisdicción y Arbitraje (2010, p. 13-14) nos explica que el origen del arbitraje nace desde hace mucho tiempo atrás, ya desde el derecho romano, en donde primero el paterfamilias era el conciliador de las partes en disputa y

luego en una fase posterior se le asignó esta función a un árbitro que era un tercero neutral ante el cual se planteaban todos los problemas presentados dentro de una relación y era quien resolvía el mismo siguiendo ciertos ritos, reglas y con una fuerte incidencia religiosa; reconociendo así finalmente a las partes la facultad y la libertad de elección de ese tercero que va a ser el encargado de resolver sus conflictos, aspecto importante que permanece hasta el día de hoy.

La jurisprudencia constitucional define al arbitraje como:

“Un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión llamada laudo arbitral”.

- Corte Constitucional, Sentencia C-378/08. Magistrados ponentes: Humberto Antonio Cierro Porto.
República de Colombia, Bogotá, D.C., abril 23 de 2008

De esta manera podemos decir que el arbitraje como otro método alternativo de solución de conflictos tiene un carácter extraordinario y extrajudicial, a través del cual las partes en base a un acuerdo arbitral pactado, deciden someter sus litigios o controversias a la decisión de un árbitro o de un tribunal arbitral según el caso lo amerite; (OMPI, s.f) sin embargo, es importante mencionar que el arbitraje es mucho más rígido y contiene más formalidades que los otros MASC que ya han sido analizados anteriormente.

Así la justicia arbitral es una facultad de administrar justicia transitoria otorgada a un particular con la finalidad de dirimir una controversia jurídica específica, siendo el pacto de las partes el que le otorga al árbitro o tribunal arbitral esta capacidad de juzgar dicho litigio y le quita a su vez a los jueces ordinarios su competencia de juzgar ese mismo caso.

Dentro de las principales características de este método alternativo de solución de conflictos están las siguientes:

Primero es importante mencionar que el arbitraje es consensual, es decir únicamente puede tener lugar si ambas partes así lo disponen de común acuerdo ya que surge justamente como respuesta al principio de autonomía de la voluntad de las partes, como por ejemplo en el caso de relaciones contractuales se estipula en el mismo contrato una cláusula arbitral en la que se establecerá que todos los conflictos que se presenten en un

futuro de esa relación contractual deberán resolverse por medio de este método, sin embargo, las partes podrán de mutuo acuerdo renunciar por escrito a dicho convenio arbitral y pueden acudir con su reclamación al órgano judicial competente. (OMPI, s.f)

Otra característica es que las partes son las que seleccionan al árbitro o tribunal arbitral en el caso de existir un acuerdo total (según el art. 17 de la ley de arbitraje y mediación este tribunal está compuesto por tres árbitros principales y un alterno⁶) o caso contrario los centros de arbitrajes establecerán el árbitro o tribunal competente mediante sorteo, ya que estos centros poseen una amplia base de datos sobre árbitros expertos en las diferentes materias.

Así también la neutralidad es otra de las características importantes de este medio alternativo de solución de conflictos, ya que, una persona completamente ajena a la controversia va a ser quien resuelva el conflicto en cuestión y por lo tanto va a ser parcial al momento de resolver dicha controversia ya que sus intereses no van a estar en juego; el arbitraje es también un procedimiento confidencial, ya que se protege tanto las divulgaciones realizadas en el proceso arbitral como lo establecido en el laudo, (según Ernesto Salcedo un laudo arbitral *“es la decisión emanada de los árbitros que ponen término al proceso arbitral, resolviendo en forma definitiva la controversia que las partes sometieron a su conocimiento”* por lo cual este equivale a una verdadera sentencia y por eso tiene los mismos efectos y alcances), siendo así esta una de las particularidades más importantes del arbitraje ya que genera una cosa juzgada y por lo tanto no se podrá volver a resolver entre las mismas parte sobre el mismo asunto; teniendo en consecuencia como otra característica esencial del arbitraje el hecho de que la decisión del tribunal arbitral es definitiva y de fácil ejecución (OMPI, s.f).

Por todas estas características el arbitraje responde de manera directa al principio de celeridad y al principio de autonomía de la voluntad, Diez Picasso y Gullón definen a la autonomía privada de la voluntad como: *“el poder conferido a la persona por el ordenamiento jurídico para que gobierne sus propios intereses o atienda a la satisfacción de sus necesidades”*, ya que este método permite la resolución de controversias de una manera mucho más rápida que lo que se tardaría resolver un litigio en la justicia ordinaria y se basa únicamente en el acuerdo de ambas partes para acceder a ella. Según Marianella

⁶ Ley de arbitraje y mediación. Ecuador, Ley No. 000. RO/145 de 4 de septiembre de 1997

Ledesma (2010, p. 65) este respeto al principio de la autonomía de la voluntad se traduce en un derecho para el ciudadano y en una obligación para el Estado.

Finalmente, es importante mencionar que el arbitraje a diferencia de la negociación y conciliación, es el método alternativo de resolución de conflictos en el que menos interviene la voluntad de las partes ya que hay un tercero neutral que va a ser el encargado de decidir sobre la controversia en cuestión, no como en los otros métodos que quienes llegan a un acuerdo son las mismas partes en base a diversas alternativas de solución que ellos proponen durante el proceso de diálogo y en el arbitraje lo único en lo que intervienen las partes es la voluntad de someterse a que un árbitro o tribunal arbitral los juzgue, pero quien llegará a una resolución del problema será únicamente el tercero neutral con la facultad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

1.2. Regulación de los MASC en el Sistema Jurídico Ecuatoriano

En el Ecuador, los métodos alternativos de solución de conflictos han sido reconocidos en su ordenamiento jurídico desde hace mucho tiempo atrás, así tenemos a la Constitución de la República del Ecuador de 1998 en la que se estipulaba en su art. 191 tercer inciso que: *“Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley (...)”*⁷, viendo que al establecer la frase: *“y otros procedimientos alternativos”* se están reconociendo absolutamente todos aquellos métodos que sirvan para la solución de controversias como es: la negociación, la conciliación, los dispute boards y muchos otros métodos alternativos más.

Hoy en día se encuentra este reconocimiento a los métodos alternativos como parte de nuestro ordenamiento jurídico en el Art. 190 de la Constitución de la República del Ecuador codificada en el 2008, en el cual se estipula que: *“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir (...)”* pudiendo destacar así que se introduce un pequeño requisito o limitante adicional a diferencia de lo que establecía el Art.191 de la Constitución anteriormente, que es el hecho de poder utilizar estos métodos siempre y

⁷ Constitución de la República del Ecuador. (1998). Quito – Ecuador. Asamblea Nacional

cuando sea en una materia que la misma ley califique como transigible (haciendo referencia esta característica de transigible a aquello sobre lo cual las partes de manera legal pueden negociar y acordar); y estableciendo asimismo un aspecto adicional en el caso de aplicar el arbitraje como método de solución de controversias en conflictos que emanen de la contratación pública en donde también podrá proceder, siempre y cuando exista un pronunciamiento previo de la Procuraduría General del Estado y conforme a la condiciones que establezca la ley.

Así también Álvaro Galindo Cardona establece en su libro *Origen y Desarrollo de la solución Alternativa de Conflictos en el Ecuador* (2001, p. 123) que, los medios alternativos de solución de conflictos tienen larga data en la república del Ecuador, teniendo como otro antecedente legislativo a la primera ley especial en la materia, la llamada "*Ley de Arbitraje Comercial*" del año 1963, en la cual se regulaba todo lo relacionado al sistema arbitral como un medio para la solución de conflictos que se podían dar entre comerciantes y establece también que las respectivas cámaras de comercio tenían la facultad de prestar el servicio de arbitraje privado. Sin embargo, esta ley no tuvo mayor uso en la sociedad.

Recién en los años 90 es en donde más relevancia y uso tuvieron los MASC, incluso en esta época es cuando se vio la necesidad de incorporar una nueva ley actualizada sobre la materia, que fue la llamada "*Ley de Arbitraje y Mediación*" (LAM) la cual fue aprobada por primera vez en el año de 1997 y la nueva ley codificada que fue publicada en el Registro Oficial 417 el 14 de diciembre del 2006, siendo esta la normativa que incorpora hasta el día de hoy los conceptos doctrinarios que rigen en la materia, la que establece los requisitos y los procedimientos que deben seguirse para su aplicación idónea, por lo tanto, esta ley nos sirve de guía para emplear de mejor manera estos métodos y que no exista una inseguridad jurídica al utilizarlos sin regulación. (Salvador et al,p.173) Estableciendo esta ley a su vez un aspecto muy relevante que es que la mediación y el arbitraje son procesos voluntarios y confidenciales y que los acuerdos alcanzados a través de la aplicación de estos medios son vinculantes y ejecutables.

Por lo tanto, los métodos de solución de conflictos, han sido plenamente reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, tanto en la Ley de Arbitraje y Mediación como en la Constitución de la República del Ecuador, convirtiéndose así la mediación, el

arbitraje, la conciliación y otros métodos, mecanismos de tipo jurídico y constitucionales, ya que pueden servir para evitar ir a la vía de la justicia ordinaria.

Por otro lado, tenemos también ciertas regulaciones especiales sobre la aplicación de los MASC en otros cuerpos normativos, como por ejemplo, lo regulado en nuestro Código Civil vigente, como es en el Art. 2348 que nos habla de la Transacción y estipula que “es un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”, definición equivalente a la negociación, mediación y otros MASC que terminan siendo convenios de voluntad para resolver conflictos de una manera diferente a la ordinaria.

Asimismo encontramos en el Art. 17 inciso 1 y 2 del Código Orgánico de la Función Judicial que establece que:

“La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes. El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público (...).”

Lo que quiere decir este precepto es que estos MASC son equivalentes a la justicia ordinaria, ya que, tanto la mediación y el arbitraje son formas alternativas de administrar justicia y por lo tanto sus resoluciones establecidas en un acta de mediación, como en un laudo arbitral ayudan a que se cumpla el deber que tiene el Estado ecuatoriano de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, instrumentos internacionales y demás leyes vigentes como se establece en el artículo ya antes mencionado, teniendo en cuenta también que este es un derecho fundamental que se encuentra establecido en el Art. 3 de la Constitución de la República del Ecuador.

De igual manera en esta misma ley en su Art. 130 numeral 11 se establece que es facultad esencial de los jueces y juezas que:

“Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, hay que procurar la conciliación de las partes en cualquier estado del proceso; al

efecto, los jueces pueden de oficio convocarlas a audiencia de conciliación a las partes, quienes deberán concurrir personalmente o por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir”.

Viendo de esta manera la importancia que tienen los MASC dentro de nuestro sistema jurídico, ya que permiten resolver los litigios de una manera mucho más ágil; del mismo modo “*de considerarlo conveniente los tribunales o juezas y jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal con la misma finalidad*”; es decir, esta disposición da a los jueces la facultad de que de oficio remitan un caso a un centro de mediación en cualquier estado de la causa, viendo nuevamente otra manera de promover el uso de estos medios alternativos de solución de conflictos en nuestra sociedad.

Por otra parte, podemos ver que en el Código del Trabajo, también se establece el Art. 470 que habla de que la mediación es obligatoria en el caso de no haber contestación favorable a las peticiones de los trabajadores o en el caso de que estas no sean enteramente favorables y en este caso el inspector del trabajo se encargará de remitir todo lo actuado a la dirección o subdirección de mediación laboral respectiva. Viendo nuevamente que hoy en día con el avance de la sociedad, los MASC han ido siendo cada vez más reconocido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y regulado en las diferentes materias por las diferentes leyes.

Y como último ejemplo a mencionar, tenemos también a la Ley de Mercado de Valores (2006) que en su Art. 124 estipula que:

“Para la solución de los conflictos y pretensiones entre el constituyente, los constituyentes adherentes, el fiduciario y el beneficiario, derivados de los contratos de fideicomiso mercantil, las partes podrán acogerse a los mecanismos alternativos de solución de conflictos previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación”, también en su Art. 235 se establece que: “Cualquier controversia o reclamo que existiere entre los participantes en el mercado de valores, relacionados con los derechos y obligaciones derivados de la presente Ley, podrán ser sometidos a arbitraje de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación y reglamentos aplicables”.

Viendo así como estos métodos son usados en las diferentes ramas del derecho, y aparte de ser regulados en su ley propia que es la Ley de Arbitraje y Mediación, también existen ciertas regulaciones específicas en cada código de las diferentes materias; para así lograr satisfacer el principio de tipicidad y seguridad jurídica que establece nuestro ordenamiento jurídico.

En el caso de los Dispute Boards que como ya mencionamos anteriormente son un mecanismo alternativo de resolución de conflictos relativamente moderno, por lo que, no se encuentran expresamente regulados en nuestro ordenamiento jurídico y esto hace que se genere cierta desconfianza y cierta inseguridad jurídica al usarlos en nuestro país, lo que a su vez, el uso de este mecanismo en el Ecuador es sumamente bajo (Proaño & Guevara, 2019, p.170 – 171), sin embargo, este nuevo MASC es una alternativa muy buena para los negocios a largo plazo, ya que permite, que el negocio se siga desarrollando y no se paralice por el surgimiento de un conflicto.

Sin embargo, la regulación de los MASC en el Ecuador también presenta algunos retos, ya que no solo se trata de tener una ley sobre la materia, sino de tener una buena capacitación sobre lo que la ley establece, ya que la falta de regulación y supervisión adecuada de la aplicación de los MASC puede llevar a la difusión de prácticas no éticas y poco profesionales. Por eso muy aparte de una buena regulación tanto en códigos, leyes y ordenanzas, es preciso que se realicen más programas de capacitación para los abogados, jueces y demás profesionales involucrados en la resolución de conflictos, para que estén mejor preparados para ofrecer y utilizar los MASC en la resolución de disputas. Además, es transcendental que se instauren estándares éticos y profesionales claros como guía para los profesionales que trabajan en los MASC, y que así también se constituyan mecanismos para supervisar y regular de mejor manera la aplicación de estos mecanismos y garantizar así su buen desempeño.

Así podemos ver como los métodos alternativos de solución de conflictos son muy utilizados en nuestra sociedad y esta a su vez ha sido la razón por la que se ha visto necesario regularlos en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo esto un impacto positivo ya que de esta manera se ha evitado tener vacíos legales grandes sobre la aplicación y procedimiento de los mismos; Sin embargo, a pesar de que la regulación de los MASC ha avanzado notablemente, aún existen ciertos vacíos como es el tema a investigar del siguiente trabajo de titulación, por lo que, hemos visto necesario primero hacer referencia

a todas las disposiciones mencionadas anteriormente sobre los métodos alternativos para poder responder nuestra pregunta de investigación.

1.3. Importancia de la aplicación de estos métodos.

En mi opinión es trascendental mencionar la importancia de estos métodos alternativos de solución de conflictos, ya que por sus beneficios es que estos métodos cada vez han tenido más cabida dentro de nuestra sociedad; La humanidad va a buscar siempre el respeto de la dignidad humana para así poder convivir en un ambiente de paz y libertad y dicho objetivo solo se puede alcanzar con el respeto mutuo entre las personas y el respeto a sus derechos dentro de la misma; sin embargo y como ya mencionamos anteriormente el hecho de vivir en sociedad implica que existan diferencias y conflictos, ya que no todos pensamos igual, no todos vivimos en las mismas condiciones y no todos tenemos los mismos intereses; es por eso que para evitar dañar las relaciones y vivir en un ambiente mucho más pacífico, los medios alternativos de solución de conflictos son la respuesta ideal.

De acuerdo con las Naciones Unidas, una cultura de paz es un conjunto de valores, conductas y estilos de vida que rechazan la violencia y justamente previenen y solucionan los conflictos atacando la raíz de los conflictos a través del diálogo como principal herramienta y la negociación entre los involucrados, sin embargo hay casos mucho más complejos que requieren de otros métodos para solucionar las diferencias como es en el caso de que se requiera la intervención de un tercero neutral para que dirija el diálogo o para que resuelva el conflicto como tal y ponga fin a la controversia como es en el caso del arbitraje (Bernal, 2020).

Siendo así los diferentes MASC los instrumentos idóneos para resolver los conflictos en los cuales se quiere preservar una relación de negocios, una amistad o cualquier otra relación jurídica del día a día; ya que al aplicar estos métodos para solucionar los diferentes litigios se empieza con una gran ventaja que es la voluntad de ambas partes de dialogar, negociar y solucionar de la mejor manera esos conflictos, sabiendo que los resultados no serán como en un juicio en donde hay un ganador y un perdedor, en los MASC lo más importante es que se busca llegar a beneficios mutuos y por eso se habla de la famosa frase “ganar-ganar” solucionando siempre en base a intereses y el diálogo pacífico de ambas partes para llegar a una solución conjunta (Bernal, 2020).

Así también, es importante mencionar en este trabajo investigativo que los MASC son en general una buena alternativa para la solución de cualquier conflicto de carácter jurídico dentro nuestra sociedad; sin embargo, estos tienen gran importancia dentro del tráfico mercantil tanto a nivel nacional como internacional, por el hecho de que en las relaciones comerciales es en donde más diferencias y problemas pueden surgir, ya sea por incumplimientos de las obligaciones contraídas, por factores económicos externos, por factores cambiantes del mercado, diferencias en las estrategias de negocios, entre muchas otras razones.

También son muy usados en esta área del derecho por sus beneficios de aplicación como el hecho de permitir resolver las disputas de manera mucho más rápidos y eficaz, por ser menos costosos que someterse a la justicia tradicional, por la flexibilidad que tienen las partes para resolver sus diferencias ya que así trabajan conjuntamente para encontrar una solución beneficiosa para ambas partes en lugar de combatir entre ellas, siendo esta la ventaja más importante en este tipo de relaciones jurídicas, porque permiten mantener en buen estado la relación de los comerciantes o empresarios y evitan así que estos negocios no se deterioren sino que se mantengan en el tiempo. Viendo cómo se han convertido estos métodos de solución de conflictos en una opción atractiva para muchas empresas que buscan resolver todas sus diferencias de una manera efectiva. Siendo esto a su vez una ventaja para el mercado y la economía de la sociedad.

En conclusión, podemos decir que estos métodos alternativos tienen varios beneficios en comparación con el sistema judicial tradicional, ya que como mencionamos anteriormente son más eficientes, porque pueden resolver disputas de manera más rápida y eficiente, ahorrando tiempo y costos a las partes involucradas. En segundo lugar, son más flexibles, lo que permite a las partes involucradas tener más control sobre el proceso de solución de conflictos y así el resultado final puede ser de beneficio mutuo. En tercer lugar, ofrecen un mayor grado de confidencialidad, lo que puede ser importante para preservar la privacidad y reputación de las partes involucradas. Cuarto, estos métodos alternativos de solución de conflictos pueden ayudar a mantener relaciones futuras, ya que no requieren un enfoque adversarial y finalmente, al resolver disputas fuera del sistema judicial tradicional, se reduce la carga en los tribunales, lo que puede ayudar a aliviar la congestión judicial; en resumen, los métodos alternativos de solución de conflictos son una forma efectiva y eficiente de resolver disputas.

De esta manera podemos decir que la importancia de los métodos alternativos de solución de conflictos radica en el hecho de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico y en la práctica social, mecanismos que sirvan de apoyo a la administración de justicia ordinaria y formal; y otro aspecto muy relevante es que estos surgieron como respuesta a la globalización y a la necesidad de que los conflictos puedan resolverse de una manera mucho más ágil y segura.

CAPITULO 2: “CLAUSULAS ESCALONADAS EN LOS CONTRATOS MERCANTILES”

Una vez expuesto todo lo referente a los métodos alternativos de solución de conflictos, sus definiciones principales, características, beneficios, su regulación en nuestro ordenamiento jurídico y su importancia como posibles escalones a incluir en las cláusulas escalonadas en los contratos mercantiles, se vuelve indispensable ahora hablar sobre las cláusulas escalonadas en general, ya que en nuestro país estas no tienen mucha aplicación y justamente lo que se busca con este trabajo de titulación es investigar más sobre el tema para tener más información y de esta manera poder incentivar su uso.

Para lo cual, será importante hablar primero sobre el origen de estas cláusulas, su definición, naturaleza jurídica, funcionamiento, modalidades, características principales, beneficios de su aplicación en los contratos mercantiles, posibles riesgos de su aplicación y posibles riesgos por su mala redacción; permitiéndonos todos estos conceptos entender mejor el presente trabajo investigativo y así finalmente poder a su vez responder en el tercer capítulo a la pregunta investigativa planteada sobre “si el incumplimiento de las cláusulas escalonadas conlleva un problema de jurisdicción o un problema de admisibilidad arbitral”.

1. ¿QUÉ SON LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS?

Para hablar de las cláusulas escalonadas es importante primero hacer referencia a las cláusulas arbitrales como tal, ya que estas son la base para entender que son las cláusulas escalonadas y su importancia dentro de los contratos mercantiles; siendo así, según Bernardo M. Cremades (1998) “*el convenio arbitral es la carta magna del arbitraje*” y a su vez Ramírez Vidal Fernando define a estas cláusulas o convenios arbitrales como los acuerdos contractuales a través de los cuales las partes deciden estipular que cualquier conflicto que surja entre las partes debe ser resuelto mediante arbitraje en lugar de recurrir a los tribunales de justicia ordinarios (Vidal, s.f, p.569).

Este tipo de cláusula se usa comúnmente en acuerdos comerciales y de inversión, para de esta manera generar procesos de solución de conflictos mucho más eficientes.

Dentro de las ventajas de aplicar estas cláusulas de multinivel a los contratos mercantiles es que dan el beneficio de seleccionar árbitros especializados en el tema, permiten solucionar los conflictos en un proceso menos formal y mucho más flexible y es un método que proporciona una mayor certeza de predictibilidad en el resultado, ya que existe una mayor actuación de la voluntad de las partes para arreglar el problema a diferencia de los juicios ordinarios (Vidal, F. s.f, p.570).

En resumen, estas cláusulas son lo que tradicionalmente se denominaban anteriormente como cláusulas compromisorias o compromisos arbitrales y una vez que fue incorporado el arbitraje a nuestro ordenamiento jurídico como método alternativo de solución de conflictos, se adoptaron estas cláusulas arbitrales como un concepto fundamental dentro del funcionamiento de este MASCS, ya que este acuerdo pactado previamente, es el que vuelve obligatorio para las partes someter sus conflictos a este método alternativo a la justicia ordinaria.

En segundo lugar y después de haber hecho una breve referencia a las cláusulas arbitrales en general, es importante ahora sí empezar estableciendo algunos conceptos de cláusulas escalonadas para entender mejor el tema:

Brito Nieto (2018, pp. 252-253) define a las cláusulas escalonadas o de multinivel como:

“(...) [A]quellas que consagran fases diferentes para resolver ciertas controversias derivadas del contrato, regulando etapas menos adversariales antes de la implementación de una resolución de conflicto heterocompositiva. Este tipo de cláusulas son variables, porque la previsión de cada etapa depende de cada caso; sin embargo, todas tienen en común, que no es posible seguir etapas en forma paralela, sino que primero se agota una etapa antes de continuar con la siguiente (...).”

Según Fernández Pérez (2017, pp. 106-107) :

“(...) Con la adopción de la cláusula multifuncional, las partes requieren de un elenco de mecanismos de resolución de conflicto de manera escalonada (step by step), conocidas como cláusulas de resolución de conflicto de varios niveles o cláusulas en cascada. Este carácter escalonado hace referencia al hecho

de que las partes acuerdan escalar a la siguiente etapa una vez que se ha agotado sin éxito el mecanismo fijado en el escalón anterior. Generalmente este tipo de cláusula se pacta en los contratos de ingeniería o de construcción. Las cláusulas escalonadas multifunción o cláusula de cascada de resolución de controversia (Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses), conducen a las partes redactoras de un contrato a fijar la resolución de futuros litigios de una manera escalonada en diferentes niveles”.

Y por último González de Cossío (2011, p. 302) define las cláusulas escalonadas o de multinivel como:

“(…) [A]quellas que contemplan distintas etapas para resolver una controversia, como aquella cláusula que al surgir una controversia activa el deber de negociar durante un periodo determinado”.

Así pues, las cláusulas escalonadas o de multinivel se caracterizan por ser un acuerdo mutuo al que llegan las partes, para que todos los conflictos que surjan en una determinada relación jurídica sean resueltos por métodos alternativos de resolución de conflictos como la negociación, conciliación, mediación, entre otros, como fases previas al arbitraje, buscando así soluciones mucho más organizadas, rápidas y pacíficas a sus conflictos.

Teniendo en cuenta también que estas cláusulas generalmente se incorporan a contratos que cuenten ya con un acuerdo arbitral, motivando así a las partes a resolver sus conflictos de una manera mucho más amistosa y tratando de evitar gastos innecesarios (Robleto C. 2021, p. 6).

Viendo así que las cláusulas escalonadas o de multinivel tienen como función principal regularizar procedimientos previos al arbitraje, con el objetivo de que las partes en cuestión solucionen sus conflictos de manera escalonada, buscando mayor eficiencia en la resolución de sus conflictos, así como evitando también el deterioro de sus relaciones comerciales, ya que el objetivo es que las partes intenten solucionar el problema con otros métodos alternativos antes de acudir a un procedimiento más formal y con la intervención de un tercero necesario para resolver el problema. (Yano & Serván, 2020 p. 99-100)

Siendo el propósito esencial de estas cláusulas que las partes sean las protagonistas de este proceso y por lo tanto, que ellas mismas busquen soluciones a sus contrariedades y todo esto para evitar también un gasto mas grande como es en un juicio ordinario o en el arbitraje que por esa razón llega a ser el último escalón de la cláusula escalonada; ya que si bien el arbitraje es mucho más flexible que la justicia tradicional, la verdad es que de igual manera se trata de un método alternativo de solución de conflictos que enfrenta dos posiciones discrepantes y en el cual ya no existe tanta intervención de la voluntad de las partes para resolver el problema como es en los otros métodos alternativos (Yano & Serván, 2020, p. 99-100).

En este sentido, podemos decir que cuando surge alguna diferencia o controversia entre las partes de una relación jurídica determinada o entre comerciantes, corresponde que las mismas sigan los pasos previamente acordados de manera obligatoria y solo en caso de que las distintas fases no funcionen pasar al arbitraje como última alternativa para la solución del conflicto (Yano & Serván, 2020, p.100). Sin embargo, el problema está en el caso de que se dé un incumplimiento por una de las partes a cualquiera de estas fases previas.

De esta manera, podemos ver que las cláusulas escalonadas son una buena opción para los contratos que incluyen un convenio arbitral (Born, 2016; Paulsson et al., 2010), ya que el objetivo de esta cláusula es resolver las diferentes controversias sin la necesidad de acudir al MASC más formal de todos y utilizar siempre como primeras opciones a los MASC más flexibles, pacíficos y en los cuales tenemos una mayor interacción de las partes para dar solución al conflicto, resultando fundamental que primero las partes negocien a través del diálogo y busquen soluciones juntos, en vez de someter a un tercero ajeno al problema que resuelva su conflicto.

Los beneficios principales de usar este tipo de convenciones están en el hecho de que estas cláusulas están diseñadas para mejorar la eficiencia de los métodos alternativos de solución de conflictos al motivar que las resoluciones de las controversia que se presenten dentro de una relación jurídica determinada sean más amistosa y pacíficas; prescindiendo a su vez de procedimientos largos, engorrosos y formales, como también evitando gastos innecesarios (Born, 2014).

En resumen podemos decir que estas cláusulas de multinivel permiten y a su vez motivan a las partes a resolver sus conflictos de una manera más organizada, ya que se encuentra previamente pactado en los contratos el orden de las fases a cumplirse para poder resolver así un determinado conflicto, permitiendo que esa solución al menos en las primeras fases sea mucho más pacífica y que las partes tengan mucho más control en el proceso, intentando que las soluciones sean más rápidas y permitan llevar mejor la relación contractual en cuestión. Sin embargo, al incorporar estas cláusulas en un contrato las mismas se vuelven “ley para las partes” y por tanto llega a tener un carácter vinculante y obligatorio para ellas, por lo que en caso de que el conflicto no pueda resolverse en la primera fase, necesariamente debe intentar resolverse en la segunda fase y si no funciona en la segunda pasar a la tercera, de la manera que se encuentra pactado en el contrato en cuestión, viendo que no solo se pueden saltar las fases y pasar directo a arbitraje o a resolver el conflicto mediante justicia ordinaria; lo que sería una desventaja porque podría retrasar la solución de las controversias si las primeras fases no funcionan.

Finalmente, es importante mencionar que si bien las cláusulas escalonadas se deben adaptar a las necesidades de cada relación jurídica en específico, hoy en día ya diversas instituciones han propuesto algunos modelos generales para la incorporación de las mismas a los distintos tipos de contratos, buscando generar una mayor seguridad jurídica y claridad para permitir un mejor uso de estas; así tenemos como referencia a

*“(...) [E]l brazo internacional de la American Arbitration Association, el International Centre For Dispute Resolution (ICDR), que son instituciones que han establecido distintos ejemplos de cláusulas arbitrales escalonadas y que de igual manera, lo ha hecho la Cámara de Comercio Internacional (CCI) la International Bar Association, entre otras.”*⁸

(Yano & Serván, 2020, p. 101).

Pudiendo ver así que pueden existir varias clases de cláusulas escalonadas, dependiendo del tipo de contrato al cual se incorporen, de la relación jurídica en cuestión y de la voluntad o necesidades de los contratantes (Yano & Serván, 2020, p. 101).

⁸ Para mayor referencia, ver ICDR (2020); IBA (2010).

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS

Por otro lado, en cuanto a la naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas es importante mencionar que existen 2 teorías a tomar en cuenta:

a. Las cláusulas escalonadas como un requisito jurisdiccional

La primera teoría, considera a estas cláusulas como un requisito jurisdiccional, ya que al ser las partes las que crean las cláusulas de acuerdo a sus necesidades y con una serie de etapas que van a ser previas al arbitraje, el cumplimiento de esas fases previas se vuelve obligatorio y por lo tanto se vuelven un requisito jurisdiccional para que el tribunal arbitral pueda declararse competente y el mismo pueda resolver un determinado conflicto (Roca, 2019, p.9).

Pero para entender mejor esta teoría de que las cláusulas son consideradas como un requisito de jurisdicción es necesario primero hacer referencia a la definición de jurisdicción como tal, y así el procesalista Devis Echandía la define 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).

En otras palabras, la jurisdicción es la capacidad que tiene el Estado de administrar justicia y hacer ejecutar lo juzgado; y esta potestad a su vez corresponde a magistrados, jueces establecidos conforme a la ley y árbitros debidamente acreditados en nuestro caso en el Consejo de la judicatura, ya que, como se establece en nuestra legislación, en las diferentes leyes procedimentales como es en el código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) en nuestro país se reconocen varias clases de jurisdicción como es la voluntaria, contenciosa, prorrogada, privativa, preventiva,

especial, legal, convencional y ordinaria; sin embargo, es importante mencionar que la jurisdicción arbitral no es permanente como la de los jueces, porque en el caso del arbitraje esta jurisdicción siempre va a tener origen en una cláusula compromisoria de resolución de conflictos, viendo así que la jurisdicción y competencia de un árbitro siempre va a depender de la voluntad de las partes en cuestión (Roca, 2019, p.8).

Pero, es necesario también hacer referencia que, en el caso de los árbitros a pesar de que estos adquieran su jurisdicción en base a una declaración de voluntad, dicho poder no lo pueden ejercer de inmediato solo por el hecho de existir un acuerdo arbitral previo, sino que necesitan los mismo árbitros declararse competentes después de, verificar que la cláusula por la cual se les otorga dicha facultad sea válida y ejecutable; y todo esto en base al principio Kompetenz – Kompetenz; viendo así que todos los inconvenientes que se presenten sobre la jurisdicción y competencia de los mismos, primero se deben poner en conocimiento del mismo tribunal arbitral para que de manera previa se pronuncien sobre estos supuestos y luego sí pasen a analizar el fondo de la controversia de ser el caso (Crespo, 2014, p. 46)

b. Las cláusulas escalonadas como requisito de procedibilidad

Y por otra parte, está la tesis que reconoce a las cláusulas escalonadas como un requisito de procedibilidad, es decir que, por ejemplo dentro de un proceso judicial, hay un requisito de procedibilidad cuando es necesario el cumplimiento de ciertas condiciones específicas previas para iniciar el juicio, como es en el caso de las cláusulas escalonadas, en donde los requisitos o circunstancias necesarias previas son las diferentes etapas que incluyen a los diferentes MASC como los mecanismos obligatorios a aplicar para la resolución de un determinado conflicto antes de recurrir al arbitraje (Roca, 2019, p.9).

Así Bernal Gutierrez considera que las cláusulas escalonadas son un requisito previo a un procedimiento arbitral, lo que hace que mientras la primera fase no se cumpla, el tribunal arbitral tendría que inadmitir la demanda (Bernal Gutiérrez,

2012, p. 169-203). Ya que, “*para que un proceso pueda iniciarse correctamente y se pueda decidir sobre el fondo de un determinado asunto, primero deben concurrir ciertas circunstancias denominadas en nuestra ley como presupuestos procesales*” que en nuestro caso llegan a ser las distintas fases previas al arbitraje, y lo que establece nuestra ley es que, si estos presupuestos procesales no se cumplen simplemente se debe rechazar la demanda de oficio hasta que dicho requisitos sean cumplidos (Crespo, 2014, p. 58).

De esta manera, con referencia exclusiva a las cláusulas escalonadas los diferentes escalones previos al arbitraje, se vuelven requisitos o condiciones previas fundamentales, por lo que, mientras las primeras etapas no se cumplan conforme a lo pactado en dicha cláusula el tribunal arbitral competente tendría que inadmitir la demanda, ya que se les considera a estas como requisitos de procedibilidad (Crespo, 2014, p. 59).

Y así en el caso de aplicar esta teoría, en base al principio Kompetenz – Kompetenz los árbitros son los que de oficio tienen que revisar que esas fases previas pactadas en la cláusula multinivel hayan sido cumplidas para después de eso declarar su competencia para resolver el conflicto en cuestión.

De esta manera y como conclusión, podemos ver que la naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas es un poco subjetiva y ambigua, ya que va a depender mucho de quien la analice y de su punto de vista; notando así que estas cláusulas no se encuentra bien definidas a nivel nacional en nuestro ordenamiento jurídico, ni tampoco a nivel internacional; ya que como podemos ver hay tratadistas que le consideran a esta como un requisito de jurisdicción y otros que la consideran como un requisito de procedibilidad; siendo esta otra de las razones fundamentales que nos lleva a analizar más sobre el uso de estas cláusulas y las consecuencias de su incumplimiento.

3. FUNCIONAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS O DE MULTINIVEL

Es trascendental que antes de incorporar este tipo de cláusulas a un contrato, primero se analice si realmente es necesaria la aplicación de un proceso escalonado de resolución de conflictos, en base a las necesidades e intereses de cada relación contractual (Iglesias, 2018).

De esta manera, en el caso de que la respuesta al análisis hecho previamente sea afirmativa, es importante tomar extremo cuidado al momento de su redacción, ya que como mencionamos anteriormente, esta cláusula al estar incorporado en un contrato se va a volver de cumplimiento obligatorio para la resolución de cualquier controversia que se dé a lo largo de dicha relación contractual (Iglesias, 2018).

Ahora para hablar del funcionamiento de estas cláusulas de multinivel, es necesario recurrir a su objetivo principal, que es resolver un conflicto de una manera gradual o escalonada, lo que quiere decir que los conflictos futuros que se generen en una determinada relación jurídica se resolverán de una manera mucho más organizada y previamente pactada en el contrato, por lo que el mecanismo a seguir de estas cláusulas es el siguiente:

Primero, al ser estas cláusulas un filtro, las partes en cuestión van a establecer diferentes etapas o fases, en las cuales cada una corresponderá a un diferente MASC y las cuales tendrán a su vez un orden determinado para su aplicación, teniendo en cuenta que como último escalón siempre va a estar el MASC más formal de todos que es el arbitraje; para que así, en caso de que se presente un problema las partes sepan el orden a aplicar de cada mecanismo y que traten de solucionar sus diferencias aplicando primero los medios alternativos más pacíficos y flexibles.

En segundo lugar, ya al momento de presentarse un problema en dicha relación jurídica, las partes deberán resolver el mismo con el primer MASC pactado como primera etapa, en caso de no dar resultado ese mecanismo alternativo, las partes tendrán que seguir a la siguiente etapa pactada en la cláusula y de igual manera en el caso de que esta tampoco funcione, pasar a la tercera etapa en caso de haberla o de no haber más pasar a la última fase pactada que es el arbitraje; viendo así como esta cláusula funciona de una manera

gradual y solo en caso de no funcionar la primera etapa, se puede pasar a la siguiente; caso contrario estaríamos frente a un incumplimiento contractual.

Pero para entender mejor este funcionamiento es preciso ilustrar un ejemplo: Luis Perez y Pedro Castro ambos comerciantes importantes, llevan a cabo negocios juntos por un largo tiempo, por lo que deciden incorporar a su contrato comercial una cláusula escalonada, en la cual pactan que:

“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 logran llegar a un acuerdo dentro de un periodo de 60 días, dicha controversia o reclamación será resuelta mediante mediación, y si las partes nuevamente no logran llegar a un acuerdo dentro de 60 días más, la controversia pasará a ser resuelta mediante arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional.”

(International Center for Dispute Resolution)

De esta manera y como en toda relación contractual, un día el Ing. Perez y el Ing. Castro llegan a tener opiniones diferentes sobre un determinado asunto dentro de su negocio, el cual después de un tiempo se convierte en un conflicto que requerirá de un tercero neutral que les ayude; por lo que tienen que aplicar la cláusula escalonada previamente pactada y así seguir las fases estipuladas en la misma, así entran Perez y Castro a dialogar en la primera fase de negociación, pero en 60 días que fue el plazo pactado no pudieron llegar a un acuerdo y por lo tanto tuvieron que pasar a la siguiente etapa de mediación en la cual dentro de 60 días más tampoco pudieron llegar a un acuerdo y con el acta de imposibilidad de acuerdo pasan a la última etapa pactada que es el arbitraje para que el árbitro o tribunal arbitral seleccionado sea quien solucione dicha controversia.

Después de lo ejemplificado anteriormente y de tener un poco más claro este tema, es necesario hacer algunas puntualizaciones más sobre el funcionamiento de estas cláusulas; primeramente, es menester mencionar el hecho de que estas cláusulas son primordialmente convenientes cuando las partes en cuestión tienen una larga y estable relación comercial (International Center for Dispute Resolution, s.f, p. 3) , ya que estas

cláusulas no son muy útiles para relaciones comerciales de una sola transacción, por eso es que se habla más de la incorporación de estas cláusulas en contratos mercantiles y su uso es mucho más activo a nivel internacional en el tráfico comercial que hoy en día se ha desarrollado en gran medida gracias a la globalización.

Por otro lado, otro tema importante sobre su funcionamiento es que es recomendable que se establezcan plazos para llegar a un acuerdo en cada etapa pactada, ya que de no haber plazo este sería un proceso engorroso y sin un fin; y asimismo podría llevar incluso a un mal uso por una de las partes para únicamente dilatar la solución del conflicto si así quisiera para evitar la resolución de un arbitraje que puede ser contrario a sus intereses. En este sentido los plazos a establecer para las distintas etapas se hacen en base a cálculos aproximados de cuanto puede durar cada uno de los MASC en general, pero la partes podrán también establecer los plazos de mutuo acuerdo en base a sus intereses.

Asimismo es menester tener en cuenta que las etapas previas al arbitraje pactadas en la cláusula son de cumplimiento obligatorio y por lo tanto no se podrá iniciar el arbitraje sin antes haber usado los otros MASC como herramientas para resolver el conflicto; sin embargo, todo dependerá de la manera en la que este redactada la cláusula porque como ya mencionamos anteriormente estas van a depender de los intereses y necesidades particulares de cada relación jurídica. (International Center for Dispute Resolution, s.f, p. 3). Por consiguiente, estas cláusulas escalonadas funcionan como un modo de incentivar a las partes a adoptar acuerdos para resolver sus controversias de manera gradual, estableciendo fases previas de mecanismos alternativos de resolución de conflictos para que sean aplicados previos al arbitraje; viendo también que por esta razón estas son cada vez más utilizadas en los contratos mercantiles a nivel internacional. Sin embargo y como ya se mencionó anteriormente, al ser cláusulas que tienen su fundamento en el principio de la autonomía privada de las partes y en la teoría contractualista, los efectos de estas van a depender mucho de cómo se hayan redactado en el contrato y van a convertirse en ley para las partes (Robleto, 2021, p. 3); pero, en caso de incumplimiento de estas cláusulas se pudieran generar dos situaciones que son las que se van a analizar a más profundidad en el capítulo tres.

4. MODALIDADES DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS

En cuanto a las modalidades de las cláusulas escalonadas es importante recordar que al tener como fundamento a la teoría contractualista y al principio de autonomía privada de la voluntad de las partes, estas cláusulas podrán tener distintas modalidades, ya que siempre van a depender de la voluntad, de los intereses y necesidades de las partes en cuestión. Por esta razón es que existen varios métodos autocompositivos de solución de conflictos como: 1) negociación y arbitraje, 2) mediación y arbitraje, 3) negociación, mediación y arbitraje, entre otras. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no se pueden pactar en una cláusula escalonada dos métodos heterocompositivos como por ejemplo; un juicio ordinario y arbitraje, ya que ambos métodos de administrar justicia son opuestos entre sí y la aplicación de uno de ellos anula el derecho de aplicar el otro, además de estar frente a un conflicto de cosa juzgada, ya que no se puede juzgar dos veces sobre el mismo asunto y entre las mismas partes (Roca, 2019, p. 4).

Así tenemos un ejemplo de modelo de cláusula mediación y arbitraje, que establece el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito:

“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 manera que, pueden existir muchos modelos de cláusulas escalonadas dependiendo cada uno de la relación contractual y de la manera en que las partes hayan decidido redactarla; sin embargo, el modelo más usado en este tipo de cláusulas y con más beneficios de acuerdo al objetivo de las mismas es el de negociación, mediación y arbitraje, ya que les proporciona a las partes mayores oportunidades de solucionar sus conflictos de manera más flexible y pacífica (Roca, 2019, p. 5).

5. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES E IMPORTANCIA

Después de haber hecho un análisis general sobre que son las cláusulas escalonadas y cómo funcionan, es importante mencionar algunas características esenciales de estas; como es su carácter de obligatoriedad y vinculación, ya que al nacer de la voluntad de las partes y al estar incorporadas estas cláusulas a un contrato, estas también se vuelven de obligatorio cumplimiento para las partes, como lo establece el principio “Pacta Sunt Servanda” el cual según el Diccionarios de la Lengua Española hace referencia a que “*los pactos deben cumplirse*”⁹ y esto a su vez quiere decir que deben ser cumplidos en sus propios términos, en base a lo estipulado.

Otra característica importante, es que “*tiene por objeto conservar la relación comercial de las partes a largo plazo, prefiriendo así los mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos a los heterocompositivos*” (Carmigniani, García, y Cepeda, 2016, p. 182-183). Esta característica se da gracias a que es una cláusula de aplicación gradual que permite aplicar los distintos MASC por etapas y hace que primero las partes apliquen los métodos alternativos más flexibles y pacíficos para solucionar sus controversias, para que incluso sean las mismas partes las que intenten encontrar una solución a su problema y que esa solución sea beneficiosa para ambas partes, en vez de ir directamente a los métodos más formales y largos en donde ya no va a existir una solución “ganar – ganar” porque en el arbitraje como en la justicia ordinaria siempre habrá un ganador y un perdedor.

Así también estas cláusulas cuentan con la característica de la flexibilidad y adaptabilidad, en cuanto permiten a las partes adaptar cada cláusula a sus necesidades, intereses y acoplarlas en el contrato de acuerdo a su manera de llevar su relación comercial; lo que las hace muy útiles para los contratos mercantiles y genera a su vez una mayor claridad del proceso a seguir para resolver sus controversias futuras.

Después de hablar de que una de las características más importantes que es que estas cláusulas tienen por objeto el conservar las relaciones de las partes, en especial al resolver conflictos que se den en una relación comercial, podemos ver que la importancia de estas

⁹ RAE: Los pactos deben cumplirse: <https://dpej.rae.es/lema/pacta-sunt-servanda>

cláusulas se encuentra más en el tráfico mercantil a nivel internacional; ya que hoy en días estas cláusulas han sido reconocidas incluso por la Cámara de Comercio Internacional (en adelante “CCI”), y esta a su vez afirma que *“el arbitraje aplicado por la CCI es el último mecanismo alternativo de resolución de controversias, después de haber intentado otros medios de solución antes”* (CCI, 2018).

Así vemos que, *“este tipo de cláusulas han sido cada vez más utilizadas en los contratos mercantiles, debido al dinamismo de las relaciones comerciales y el tráfico jurídico actual; especialmente en los casos de relaciones comerciales de largo plazo y duraderas”* (Robleto, 2021 p. 6), ya que como mencionamos anteriormente estas cláusulas tratan de solucionar los problemas futuros de una determinada relación jurídica de una manera mucho más amistosa, organizada y pacífica, teniendo como prioridad siempre conservar la relación de ambas partes y tratar de encontrar soluciones “ganar – ganar” que sean beneficiosas para ambos, dejando así solo los conflictos más difíciles a los cuales no se pudo buscar una solución, para que sean resueltos por un tercero neutral que en este caso puede ser un árbitro o un tribunal arbitral según el caso lo amerite.

Además hay que tener en cuenta que la utilización de esta cláusula permite resolver los conflictos que se puedan presentar, en mucho menos tiempo y se podrán llegar a acuerdos o soluciones que contengan beneficios mutuos si es que las primeras fases son efectivas, lo que a su vez reduce gastos y garantiza una mayor confidencialidad del proceso en cuestión, punto que es súper importante en el mundo empresarial; del mismo modo en el caso de que solo le logre un acuerdo parcial en las primeras etapa como en la mediación o en la negociación, de igual manera va a ser beneficioso ya que el problema a resolver en arbitraje ya no va a ser tan largo como hubiera sido en un principio y de esta manera el conflicto o disputa se habrá solucionado de una manera menos traumática para las partes (Brito, 2018 p.254).

6. POSIBLES MOTIVOS Y BENEFICIOS DE LA APLICACIÓN DE CLÁUSULAS ESCALONADAS EN CONTRATOS MERCANTILES

Llegar a establecer los beneficios y motivos de la aplicación de estas cláusulas puede ser un tema bastante amplio y subjetivo, ya que como habíamos mencionado anteriormente estas cláusulas nacen únicamente de la voluntad de las partes de incluir estas en sus contratos, sin embargo en mi opinión el hecho de incluir estas cláusulas es un tema bastante interesante a analizar, ya que este tipo de cláusulas permite resolver los conflictos de manera gradual, con etapas previas compuestas de métodos autocompositivos antes de hacer uso de un método heterocompositivo que en este caso es el arbitraje.

Primeramente, al tener en cuenta que el uso de las cláusulas de multinivel es más común en los contratos mercantiles (Brito, 2018) , como se señaló anteriormente, dentro de los beneficios más importantes que nos trae la incorporación de estas cláusulas a este tipo de contratos, se encuentra la ventaja de la conservación de la relación comercial en disputa, que como sabemos en toda relación en especial en relaciones comerciales es de trascendental importancia resolver los desacuerdos o conflictos que se generen de una manera amistosa, debido a que de no ser así la relación va a tener un desgaste emocional y esto a su vez va a ser un obstáculo para dicha relación, porque no va a permitir que el negocio se desarrolle de manera efectiva; siendo esta a su vez la razón por la cual han tenido gran acogida los métodos alternativos de resolución de conflictos en esta área del derecho.

De la misma forma, otro beneficio sustancial se encuentra en el hecho de que, ya que estas cláusulas prevén etapas pre arbitrales compuestas por el uso de métodos alternativos de resolución de conflictos con mayor carga autocompositiva (que es cuando la resolución del conflicto se basa solamente en la voluntad de las partes y en la contractualidad, por lo tanto hablamos de un mayor control por parte de los involucrados y no de un tercero ajeno al problema (Cornelio, 2014 p. 89), estos permiten que las mismas partes sean las que encuentren soluciones a sus conflictos y que estas soluciones a su vez sean “ganar – ganar”, es decir que, en vez de que exista un ganador y un perdedor, lo que se busca con el uso de los MASC autocompositivos es lograr mejores soluciones entre ambas partes y

no buscar que solo uno tenga la razón y solo uno satisfaga sus interés en menoscabo de los intereses de la otra parte; permitiendo esto a su vez que la resolución del conflicto sea mucho más flexible, pacífico, económica y amistosa (Brito, 2018 p. 254).

En resumen, las cláusulas escalonadas son de gran beneficio porque ayudan a las partes a establecer un marco claro para poder resolver las disputas que se presenten a lo largo de una relación jurídica determinada y así poder reducir gastos y tiempo, debido a que con las primeras fases se evitaría acudir a procedimientos largos y engorrosos, así como también estas cláusulas dan la oportunidad a que de manera obligatoria en un futuro las partes puedan intentar solucionar sus diferencias mediante el diálogo y obtener así mejores resultados con mayores beneficios mutuos.

Por otro lado, en cuanto a los motivos de las partes para incluir estas cláusulas son prácticamente los mismos que los beneficios, primeramente, tenemos el hecho de que las partes al establecer en el contrato que de manera obligatoria primero se tiene que recurrir a etapas con métodos autocompositivos hace que las partes se motiven a incorporarlas porque en estas etapas previas siempre se van a tomar en cuenta los intereses de “todos” los involucrados y a su vez esto les va a permitir obtener una solución equitativa con beneficios mutuos, que es lo ideal para toda relación comercial (Crespo, 2014, p. 32).

Así también, otro motivo puede ser que la solución al problema viene de un acuerdo al que llegan las mismas partes involucradas, por lo tanto, lo incorporan las personas que quieren tener más control del proceso para solucionar sus controversias y que no quieren que la solución sea imputada por un tercero ajeno al problema, ya que esto a su vez acarrearía que la ejecución de dicha solución sea forzada, mientras que al utilizar métodos autocompositivos y al llegar a soluciones en base a acuerdos, hace que la ejecución sea mucho más rápida y fácil, obteniendo así las partes mejores resultados para su relación comercial (Crespo, 2014, p. 33).

Otro motivo, puede ser que los costos y duración de una negociación, mediación o conciliación son mucho más bajos que un arbitraje, e incluso en algunos casos las primeras etapas pueden ser completamente gratuitas a diferencia del arbitraje, por eso las partes intentarían solucionar sus conflictos en las primeras etapas para evitar llegar a un arbitraje.

Sin embargo, es claro que, en caso de no funcionar los métodos autocompositivos para solucionar un determinado conflicto, siempre tiene que haber la etapa de arbitraje como un método de ultima ratio, ya que no todos los conflictos pueden resolverse mediante el diálogo y no siempre las partes logran ponerse de acuerdo (Crespo, 2014, p. 33-34).

Por estas razones, es que hemos visto necesario que se analice más sobre este tema en nuestro país, para poder incentivar más su uso a nivel nacional, mejorar así las soluciones de controversias en el ámbito mercantil y a su vez ayudar con la descongestión de la administración de justicia ordinaria, haciendo mucho más efectiva la justicia en nuestro país.

7. POSIBLES RIESGOS DE SU APLICACIÓN EN CONTRATOS MERCANTILES.

Por el contrario, después de haber hablado de todas las ventajas que conlleva incorporar estas cláusulas a los contratos mercantiles, es importante también mencionar la otra cara de la moneda que son los posibles riesgos que podría conllevar la incorporación de estas cláusulas de multinivel a los contratos mercantiles.

En primer lugar, la mayoría de inconvenientes que se pueden presentar es al momento de redactar estas cláusulas, ya que si no se redacta de buena manera, estas cláusulas pueden llegar a ser poco claras, ambiguas y esto a su vez puede generar confusión al momento de aplicarlas, lo que a su vez va a generar inseguridad jurídica para las partes involucradas y lo cual puede causar graves consecuencias como; la de evitar que una de las partes pueda acceder al arbitraje, al no ser clara puede también ocasionar que una de las partes haga un mal uso de esta cláusula en su beneficio para perjudicar a la otra parte, puede también dilatar mucho el proceso para resolver una controversia y en vez de cumplir con el objetivo de evitar procesos largos se lograría todo lo contrario, entre otras consecuencias que pueden llegar a ser graves tanto para una sola parte como para ambas (Solano, 2019, p.6).

Brito & Cevallos establece que, uno de los más grandes inconvenientes de las cláusulas escalonadas es la dificultad que se puede generar a las partes de que puedan iniciar el procedimiento arbitral pactado en la última etapa, debido a la falta de claridad, limitaciones o especificaciones para las primeras fases de negociación, conciliación o mediación según sea el caso al momento de redactar la misma (2015, p. 85-118).

En segundo lugar, se encuentra el posible riesgo de que, al tener estas cláusulas distintas etapas obligatorias previas al arbitraje, estas pueden ser únicamente un obstáculo o una manera innecesaria de dilatar la resolución del conflicto; ya que si la disputa en cuestión es demasiado complicada, esta no podrá resolverse mediante los métodos autocompositivos que son más flexibles, y por lo tanto la resolución de ese conflicto obligatoriamente necesitara de un tercero neutral que resuelva dicha controversia como es en el arbitraje, ya que hay que tener en cuenta que este tipo de cláusula no permitirá saltarse las etapas previas pactadas, por lo que, las partes tendrán que pasar obligatoriamente por todas las fases previamente pactadas y esperar que transcurra el tiempo estipulado en caso de haberlo; para recién después de todo este proceso acudir al arbitraje que va a ser el único medio idóneo para resolver el problema. Y en este caso en vez de lograr el objetivo de conservar la relación contractual y de resolver el problema de manera amistosa, lo único que se va a lograr es obtener un mayor desgaste de la relación y obtener una menor efectividad del proceso.

Por estas razones, es muy importante antes de incorporar este tipo de cláusulas escalonadas a los contratos analizar si realmente estas responden al interés de esa relación jurídica a la que se va a aplicar y en el caso de que se tome la decisión de aplicar tomar extremo cuidado en la redacción de la misma, como en los términos que se establezcan para cada etapa; ya que estos son temas fundamentales al momento de ver si estas van a ser realmente beneficiosas para las partes o de lo contrario podrían ser una desventaja para las mismas.

8. RECOMENDACIONES PARA UNA BUENA REDACCIÓN.

Como sabemos, en todos los contratos es imprescindible establecer cláusulas de resolución de conflictos, en las cuales se estipulará la forma en la que se resolverán todos los conflictos futuros que se presenten dentro de una determinada relación; ahí se establecerá los mecanismos a utilizar y por tanto quien tendrá la competencia para juzgar los mismos, viendo así a las cláusulas escalonadas como un tipo de cláusula adicional a las cláusulas de resolución de conflicto, ya que en esta se va a establecer claramente los mecanismos de resolución de conflictos, los plazos para cada uno de estos, lugar en donde se van a llevar a cabo los procesos y los términos en los que deberán cumplirse las mismas.

Por eso y por su carácter obligatorio, vinculante, se debe tener mucho cuidado al momento de redactar una cláusula escalonada, ya que de esta depende la eficacia del proceso de resolución de conflictos a seguir, por eso al redactar estas cláusulas siempre hay que tener en cuenta los intereses y necesidades de las partes involucradas en base a su relación jurídica comercial específica, ya que como se mencionó anteriormente, de no ser así la cláusula escalonada que se redacte podría resultar un inconveniente para las partes al momento de resolver sus controversias (Robleto, 2021, p. 6).

Por esta razón, se ha visto necesario seguir algunas pautas generales al momento de redactar este tipo de cláusulas; así tenemos en primer lugar, como una de las recomendaciones más importantes verificar que sea totalmente claro todo lo estipulado para las diferentes etapas, los pasos a seguir, las limitaciones, los plazos, los efectos, entre otras cuestiones; ya que, cuando las diferentes fases no se encuentran bien definidas el cumplimiento no será el adecuado.

Así también, se ha visto que es recomendable y sumamente beneficioso para las partes establecer tiempos máximos para lograr la resolución del conflicto en cada etapa, ya que de lo contrario se podría tardar un tiempo irrazonable en cada una de ellas y aun así no llegar a resolver sus diferencias, lo que sería totalmente perjudicial para las partes ya que esto no permitiría seguir con el negocio de una manera adecuada y hasta en algunas ocasiones se podrían suspender sus actividades laborales.

Por otro lado, es importante también verificar que el lenguaje utilizado denote una obligación y que no sea facultativo, ya que eso puede generar confusiones después y generar una pérdida de tiempo innecesaria discutiendo acerca de su obligatoriedad, ya que, en la legislación ecuatoriana no se encuentra tipificado nada sobre este tipo de cláusulas y por lo tanto, para evitar futuras confusiones es mejor cerciorarse de que estas desde un inicio demuestren ser obligatorias.

Se deben establecer así mismo quienes serán los encargados de dirigir cada etapa, por ejemplo en el caso de establecer como una etapa previa a la mediación, se deberá también mencionar quien será el mediador y en qué lugar se llevará a cabo la misma, ya que todos estos detalles podrán evitar que en un futuro se generen problemas por no definir previamente estos temas, porque como ya sabemos lo más probable es que las partes al ya tener un conflicto de por medio tampoco van a poder ponerse de acuerdo en estos detalles (Crespo, 2014, p. 105).

Todo esto es de trascendental importancia, ya que si las etapas previas no se encuentran bien definidas, son indeterminadas o ambiguas, la parte interesada podrá demandar el acceso directo a la etapa arbitral y se estaría desnaturalizando a la cláusula escalonada como tal, sin embargo, la decisión final con relación al incumplimiento de una de las fases previas siempre corresponderá al tribunal arbitral o al juez ordinario que sea competente dependiendo del caso.

Y, por último, se recomienda que las partes que vayan a incorporar este tipo de cláusulas primero indaguen y se informen bien sobre este tema, ya que como este tipo de cláusulas no se encuentran expresamente regulado en la ley de arbitraje y mediación, ni en ningún otro código, no se tiene mucha información a disposición de las partes y esto puede generar inconvenientes en un futuro.

En conclusión, podemos establecer que una cláusula escalonada puede ser una herramienta muy importante si la sabemos utilizar adecuadamente; ya que este tipo de cláusulas contienen muchas ventajas para las partes que las incorporan a sus contratos mercantiles, que como vimos a lo largo de este capítulo sirven para resolver los problemas de manera gradual, obligatoria y previamente pactada, evitando así discusiones futuras

sobre cómo se resolverán dichos conflictos, las cuales van a ser difíciles de resolver ya que la relación ya se va a encontrar en un punto de quiebre por el problema de por medio sin resolver; sabiendo también que con este tipo de cláusulas se les permite a las partes usar tanto métodos de resolución de conflictos autocompositivos como heterocompositivos, y así alcanzar soluciones de una manera más amistosa, pacífica y con resultados equitativos que sean beneficiosos para todos.

Capítulo 3: “LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS EN LA REALIDAD ECUATORIANA FRENTE A SU INCUMPLIMIENTO”

El presente capítulo, primero hará alusión al uso de las cláusulas escalonadas en los contratos mercantiles tanto en el Ecuador como a nivel internacional para poder tener una perspectiva más amplia sobre su aplicación en el tráfico mercantil y su importancia debido a la globalización, luego se analizará la relación que tienen este tipo de cláusulas con algunos derechos procesales fundamentales, como es el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva; para en tercer lugar hacer una pequeña referencia a principios fundamentales del derecho que se encuentran relacionados con estas cláusulas y que tienen gran trascendencia dentro de este estudio, así se hablará sobre el principio Kompetenz – Kompetenz y el principio de la autonomía de la voluntad; en cuarto lugar, se hará referencia a la medidas cautelares y las cláusulas escalonadas, ya que esto también es de suma importancia dentro del presente tema.

Para así finalmente analizar el incumplimiento de las cláusulas escalonadas, en donde se hará referencia a las dos teorías más acogidas en la doctrina para ver si dicho incumplimiento es un problema de jurisdicción o admisibilidad arbitral.

1.1. INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS ESCALONADAS EN CONTRATOS MERCANTILES

1.1.1. Las cláusulas escalonadas en el Ecuador.

La legislación ecuatoriana no regula de manera expresa a las cláusulas escalonadas o de multinivel, ya que su uso en este país no es grande, sin embargo, al reconocer la constitución la aplicación de métodos alternativos de resolución de conflictos hace posible también la incorporación de estas cláusulas escalonadas en los diferentes contratos que se celebren en nuestro país.

No obstante, sí existe un cuerpo legal vigente en el cual se reconoce un tipo de cláusula escalonada para contratos de gestión que tengan la modalidad de asociación público-privada y esta es la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas publicada en el registro oficial el 18 de diciembre del 2015, en donde se establece que,

ante cualquier conflicto dentro de esta relación contractual, la “parte afectada” deberá informar a la otra sobre los inconvenientes presentados para así poder resolver sus diferencias mediante diálogos directos o mediante el método de mediación (Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas, 2015), luego las partes deberán agotar la vía administrativa, para por último en caso de no funcionar las fases anteriores poder iniciar el arbitraje a nivel nacional o internacional según se haya estipulado en el contrato (Larco, 2021 p.4).

Y por otro lado, tenemos también un artículo derogado del código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones del 2010, que en este caso en su Art. 27 establecía otro tipo de cláusula escalonada similar a la que establece hoy en día la (LOIAPP), pero esta se aplicaba en casos de conflictos entre el estado ecuatoriano con inversionistas extranjeros, en donde establecía agotar primero la vía administrativa, luego en el término de 60 días las partes debían intentar arreglar de manera amistosa mediante Métodos alternativos de solución de conflictos autocompositivos, según se pacte en cada caso y por último aplicar la fase de arbitraje nacional o internacional en caso de no funcionar las etapas previas (Larco, 2021 p.5).

Viendo a estas dos normas como las únicas expresamente estipuladas en nuestro ordenamiento jurídico, y aun así son normas que solo establecen un tipo de cláusula escalonada para una relación jurídica determinada, sin embargo, nos sirven como un antecedente del uso que se le ha dado a este tipo de cláusulas en el Ecuador.

De esta manera, podemos ver que no existe un gran uso de este tipo de cláusulas en los contratos mercantiles en nuestro país, ya que al no estar reguladas estas cláusulas en la Ley de arbitraje y mediación ni en ninguna otra, estas no son tan conocidas a nivel nacional y por lo tanto, no pueden ser utilizadas en gran medida; ya que la falta de regulación sobre el concepto, tipos, aplicación e incumplimiento de estas cláusulas genera una gran inseguridad jurídica para quienes lo aplican y lo que hace que, quien quiera aplicarlas se tenga que remitir a la doctrina para poderlas incorporar en sus contratos adecuadamente, evitando así que esta les perjudique por la falta de legislación aplicable.

Por esa razón, estas cláusulas no tienen gran acogida en el Ecuador y a su vez es el motivo del presente trabajo poder motivar el uso de estas debido a sus grandes beneficios a la hora de solucionar controversias y más a nivel comercial, en donde es de trascendental

importancia cuidar que no se desgaste la relación de las partes y que de esta manera logren encontrar soluciones con beneficios mutuos.

1.1.2. Las cláusulas escalonadas a nivel internacional.

Según Ana Fernández Pérez (2016 p. 99): *“el derecho de los negocios internacionales es testigo de una creciente preferencia hacia las cláusulas escalonadas multifunción para el arreglo de controversias”*, gracias a su característica de flexibilidad y adaptabilidad de los procesos de resolución de controversias a los diferentes conflictos que se pueden presentar dentro de las relaciones comerciales.

A todo esto, se une también el hecho de que tanto los países que aplican el common law como los países que aplican el derecho civil, cada vez han reconocido más la importancia de los MASC y a su vez han reconocido también los beneficios de la aplicación de las cláusulas escalonadas (Pérez, 2016, p.124); es por esta razón que este tipo de cláusulas han tenido mayor acogida en la incorporación en contratos mercantiles a nivel internacional.

Así también, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en el tráfico mercantil a nivel internacional se encomienda a las partes que cuando celebren contratos mercantiles, las mismas sometan la resolución de los conflictos que provengan de esa relación mercantil a medios alternativos como es el arbitraje, negociación, mediación, los dispute boards o de ser posible a todos estos en conjunto; y para eso la CCI vio necesaria la incorporación de una cláusula que este destinada exclusivamente a regular el proceso a seguir para solucionar las controversias con todos estos MASC en conjunto y de manera escalonada.

Por esto, hoy en día el reglamento citado anteriormente de la CCI ya establece expresamente que, lo más adecuado es incluir estas cláusulas multinivel para que de esta manera proporcionen una combinación de varios métodos alternativos para aplicar al momento de presentarse un conflicto en dicha relación jurídica mercantil y así poder resolver los conflictos de una manera mucho más organizada y amistosa (Brito, 2019, p.256).

Viendo como consecuencia que, debido a sus grandes beneficios dentro del tráfico mercantil, el cual ha crecido cada vez más gracias a la globalización, estas cláusulas han sido de gran ayuda para las relaciones comerciales a nivel internacional, proveyendo un procedimiento de solución de conflictos organizado, gradual, eficaz y pacífico para las controversias que se puedan presentar a lo largo de dicha relación.

Sin embargo, es importante también mencionar que a nivel internacional se ha discutido bastante sobre la obligatoriedad de este tipo de cláusulas, debido a la naturaleza híbrida que tiene, y la realidad es que las decisiones al respecto de los diferentes países no han logrado ser unánimes, por lo que, esto dependerá mucho del país en el que se aplique y de la ley de arbitraje aplicable a cada caso.

Así, podemos ver que, en Estados Unidos se sigue la corriente que establece que, al existir esta cláusula en un contrato esta se vuelve una clara obligación para las partes que la incorporaron y por tanto se tiene que cumplir con todas las fases previas como ahí se establece para luego poder aplicar la fase arbitral en caso de no obtener resultados con las anteriores; por el contrario, Inglaterra ha declarado que al estipular estas cláusulas en los contratos mercantiles estas no se vuelven una obligación para las partes, a menos que se determine con absoluta claridad expresamente tanto la obligatoriedad de esta cláusula como los que tendrán la competencia como terceros imparciales en cada etapa pactada, viendo que Inglaterra sigue totalmente otra corriente diferente a la que sigue U.S.A y por último, tenemos a la postura de Francia, que también ha reconocido la validez de este tipo de cláusulas, pero a su vez ha manifestado que en caso de que no se hayan cumplido sus fases pre arbitrales como se estipulo en el contrato, esto no es causal de incompetencia del tribunal arbitral ni tampoco de anulación del laudo. (Brito, 2019, p. 257) Teniendo así a nivel internacional diversas posturas acerca de la obligatoriedad de este tipo de cláusulas y por lo tanto, varias teorías sobre cómo se debe proceder ante un incumplimiento de las mismas.

Siendo así, podemos decir en resumen que, estas cláusulas tienen mayor uso a nivel internacional pero su uso a su vez va a depender de cada legislación o país en el que se vayan a aplicar las mismas, ya que al menos con respecto a su obligatoriedad y por lo tanto, también con respecto a las consecuencias de su incumplimiento no existe una postura clara a la cual deberíamos adherirnos; Viendo de esta manera que a pesar de que el uso de estas cláusulas a nivel internacional es mucho más grande que el uso en nuestro

país, de igual manera no quita el hecho de que exista una gran ambigüedad sobre su aplicación y de la existencia de lagunas normativas acerca de este tema.

1.2. RELACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS CON DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES.

Como sabemos, las cláusulas escalonadas o de multinivel han adquirido gran importancia debido a sus grandes beneficios dentro de las relaciones mercantiles; sin embargo, hay que tener en cuenta que al incorporarlas en los diferentes contratos mercantiles, estas se vuelven un proceso de resolución de conflictos obligatorio para las partes en cuestión y esto a su vez hace que sea necesario satisfacer ciertos derechos procesales fundamentales como el debido proceso y la tutela judicial efectiva al aplicarlas.

1.2.1. El debido proceso

Las cláusulas escalonadas o de multinivel tienen gran relación con el derecho fundamental del debido proceso que se encuentra consagrado en nuestra constitución.

Ya que en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) se establece que *“en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso”*; viendo así que este derecho fundamental es inherente a todos los procesos y por lo tanto, es inherente también a las cláusulas escalonadas; ya que como se mencionó anteriormente estas establecen un proceso escalonado compuesto de una mezcla de varios métodos alternativos de solución de conflictos, mediante los cuales se van a declarar tanto derechos como obligaciones para las partes en cuestión.

Siendo así, es importante primero hacer referencia al concepto del debido proceso, que según Martín Agudelo Ramírez, *“es un derecho fundamental de carácter instrumental, dentro del cual se resguardan numerosas garantías a las personas para tutelar sus*

derechos dentro de un determinado proceso”¹⁰ (p.90), permitiendo así este derecho que todos los procesos se desarrollen de manera equitativa e igualitaria. (p.92)

Es decir, este derecho tiene como objetivo principal que, en todo proceso se respeten siempre todos los principios y derechos en el ámbito procesal y de la jurisdicción; que en este caso en específico hace referencia a la jurisdicción que tienen las diferentes personas que llevan a cabo la dirección de los diferentes MASC en cada una de las etapas pactadas previamente, como los mediadores, árbitros, tribunales arbitrales, según sea el caso; para lo cual, de igual manera que en la justicia ordinaria, en la aplicación de los MASC también se tienen que proteger ciertos derechos fundamentales a las partes a través de la aplicación de este derecho fundamental llamado “debido proceso”, por medio del cual se verificará que el tercero neutral sea realmente competente para resolver la controversia, que el mismo sea imparcial, que cumpla con los requisitos que la propia ley especializada en la materia determine, también que en el proceso establecido en la cláusula escalonada con los diferentes MASC se respete el derecho a la defensa de las partes en cada una de las fases pactadas, que se cumplan las etapas conforme a lo estipulado en cada caso concreto, que se cumplan con los términos establecidos para cada caso, entre muchos otros aspectos, que resultan de suma importancia al momento de administrar justicia; ya que como mencionamos anteriormente, estas cláusulas imponen un verdadero proceso jurisdiccional compuesto por diferentes métodos alternativos de resolución de conflictos para así poder solucionar todas las controversias que resulten de una determinada relación jurídica.

Por consiguiente, cada que se incorporen este tipo de cláusulas a los diferentes contratos mercantiles, es necesario tener en cuenta que es fundamental verificar que no se vulnere este derecho en estos casos tampoco, debido a que las partes que lo incorporen se verán obligadas a resolver todas sus controversias dentro de ese proceso gradual previamente pactado.

1.2.2. La tutela jurisdiccional efectiva.

¹⁰ <file:///C:/Users/Marcia%20Ca%C3%B1ar/Downloads/Dialnet-ElDebidoProceso-5238000.pdf>

Por otro lado, tenemos el derecho fundamental de la tutela jurisdiccional efectiva que, es un derecho que garantiza a todos los ciudadanos el acceso a la justicia y que garantiza que esta a su vez sea eficaz ¹¹; de esta manera, podemos decir que este derecho no es más que “*garantizar que tanto jueces como tribunales, apliquen el derecho para dirimir conflictos y hacer efectivo el derecho declarado o constituido*” (Medina, 2017, p.4); implicando a su vez este derecho que, el operador de justicia que en este caso pueden ser tanto jueces, árbitros, tribunales, entre otros, resuelvan un determinado conflicto de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento jurídico aplicable a cada caso y viendo también que se garanticen todos los principios y derechos que configuran el derecho fundamental del debido proceso mencionado anteriormente (Sentencia No. 108-15-SEP-CC del 08 de abril del 2015. CASO N.º 0672-10-EP).

Según Martel Chang (2002) el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva “*es aquel por el cual, toda persona que sea parte de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos, a través de un proceso con las garantías mínimas para su efectiva realización*”. Ya que, la verdadera garantía de los derechos que tenemos las personas dentro de una sociedad se encuentra primordialmente en la protección procesal.

Dicho de otra forma, este derecho fundamental implica que el órgano jurisdiccional competente, asegure el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados tanto en la Constitución de la República como en las demás leyes vigentes, para así obtener una resolución judicial motivada y efectiva. (Sentencia No. 108-15-SEP-CC del 08 de abril del 2015. CASO N.º 0672-10-EP).

Así también, en el Art. 75 nuestra Constitución de la República del Ecuador (2008) establece que: “*Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.*” Viendo como este es un derecho fundamental para todos los ciudadanos que permite a su vez que todos los conflictos sean resueltos de manera adecuada, oportuna y eficaz. Siendo así este un derecho que debe

¹¹ Sentencia No. 108-15-SEP-CC del 08 de abril del 2015. CASO N.º 0672-10-EP. Recuperada de: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=108-15-SEP-CC>

aplicarse a todos los procesos de resolución de conflictos, como es el proceso obligatorio que se establece en base a una cláusula escalonada.

De esta manera, podemos ver que las cláusulas escalonadas o de multifunción se relacionan en gran medida con este derecho fundamental también, porque como mencionamos anteriormente estas al establecer un proceso obligatorio de resolución de conflictos hace que se deba cumplir y garantizar todos los derechos que se establezcan en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, es importante tener en cuenta que, al tener una falta de regulación sobre este tema a nivel nacional, es imprescindible recurrir a la doctrina, en donde podemos ver que en caso de incumplimiento a algunas de las fases previas pactadas en la cláusula escalonada da como resultado dos posturas; la primera, que habla sobre un problema de jurisdicción y la otra, sobre un problema de admisibilidad, lo que hace que se vea afectado en cierta medida el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no se estaría garantizando el debido proceso y al haber esta laguna normativa sobre que se debería hacer en esos casos también se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva.

1.3. TEORÍAS SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS

Como sabemos en toda relación contractual puede pasar que una de las partes no cumpla con lo pactado en los contratos y así también puede pasar que no cumplan con lo que establece la cláusula escalonada, ante lo cual la contraparte que si quiere cumplir con lo estipulado realizará las respectivas objeciones que tenga al respecto al árbitro o tribunal arbitral y esta objeción va a tener dos vías; la primera, que objeta la jurisdicción del tribunal y la segunda, que objeta la admisibilidad de la demanda (Larco, 2021, p.12).

De esta manera, los argumentos que sostienen a la primera tesis sobre la objeción de la jurisdicción del tribunal sostiene que el incumplimiento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que se encuentran incorporados en las fases previas al arbitraje, son justamente condiciones previas que se deben cumplir de manera obligatoria antes de activar la fase final del arbitraje y por lo tanto este último escalón va a estar condicionado a ese cumplimiento de las fases previas, por lo que en caso de incumplimiento a una de

estas etapas precedentes al arbitraje, se entenderá como que la cláusula no ha sido activada y por lo tanto el tribunal arbitral no tendrá jurisdicción para resolver dicha controversia (Larco, 2021, p.12).

Y por otro lado, la segunda corriente, manifiesta que el incumplimiento a las fases previas pactadas son solo un problema de admisibilidad, por lo que, en este caso el árbitro o el tribunal arbitral según sea el caso sí va a tener jurisdicción para escuchar la controversia suscitada, ya que las partes al pactar la cláusula ya le reconocieron esa jurisdicción, sin embargo, el incumplimiento a uno o más de las etapas previas pactadas al ser parte de un procedimiento obligatorio, son solo un factor procesal que hay que subsanar y por lo tanto, no debe afectar al fondo del asunto (Larco, 2021, p.12).

Para esto, el profesor Jan Paulsson (2005, p.617) creó dos preguntas que servirían para esta clasificación y nos expone que; en caso de que el objetivo sea que la demanda no pueda presentarse en el foro concreto por el cual se ha optado en la cláusula y más bien este sujeta a un recurso posterior, estaríamos hablando de que se aplicaría la tesis de que el incumplimiento es una cuestión de jurisdicción, y por el otro lado, en caso de que el objetivo sea que la demanda no se pueda oír todavía, es una cuestión de admisibilidad y en este caso la decisión del tribunal será definitiva.

Viendo así que estas dos posibilidades son las más importantes teorías doctrinarias acerca del incumplimiento de este tipo de cláusulas y por lo tanto, se van a analizar con mayor detenimiento a continuación, para entender mejor sobre las consecuencias que cada una acarrea, sus fundamentos y así poder ver qué postura es la más adecuada.

Sin embargo, algunos doctrinarios también hablan de que hay una tercera postura acerca de este tema, que establece que el incumplimiento de estas cláusulas no se trata de una cuestión de jurisdicción ni de admisibilidad, sino es una cuestión que se debe tratar desde una perspectiva de incumplimiento contractual (Larco, 2021, p.13-14); ya que esta tercera teoría establece que las fases previas al arbitraje que se estipulan en este tipo de cláusulas son conocidas como obligaciones meramente contractuales y que en caso de incumplimiento, esto da derecho a la contraparte a demandar dicho incumplimiento contractual y así recibir una indemnización por daños y perjuicios, estableciendo esta última vertiente que no se les debe tener a estas fases previas como condiciones cuyo incumplimiento imposibilitaría iniciar la fase arbitral (Born y Šćekić, 2016, p. 249).

1.3.1. El incumplimiento de una cláusula escalonada como una cuestión de jurisdicción.

En primer lugar, la cuestión de jurisdicción nos habla sobre una consecuencia mucho más grave que la tesis de la admisibilidad, ya que, como se mencionó anteriormente en esta corriente se sostiene que en caso de incumplimiento a una de las fases previas al arbitraje generan que el tribunal arbitral o el árbitro en cuestión no tenga la jurisdicción para conocer ese conflicto y por lo tanto, hablamos de que en caso de que decida sobre dicha controversia ese laudo va a ser nulo de nulidad absoluta.

Esta tesis intenta, motivar a que las partes que estipulen este tipo de cláusulas en sus contratos mercantiles, cumplan con las fases previas al arbitraje según se haya pactado en cada caso y así ante la falta de cumplimiento de las mismas que se entienda que dicha cláusula no ha sido activada y por lo tanto, el árbitro o tribunal arbitral no tendrá jurisdicción para escuchar y resolver sobre dicha controversia; sosteniendo así esta teoría que los mecanismos incorporados en las cláusulas escalonadas o de multinivel, son obligatorios para las partes y por tanto, acarrearán una consecuencia grave que sería la falta de jurisdicción del tribunal arbitral.

1.3.1.1. Caso Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador. Caso CIADI No. Arb/08/4

Para entender mejor esta teoría, es menester mencionar un caso emblemático en el cual se reconoce al incumplimiento como una cuestión de jurisdicción.

El 3 de marzo de 2018, Murphy presentó una solicitud arbitral en contra de Ecuador, sobre la base del tratado de inversión entre Ecuador y Estados Unidos. En la solicitud de arbitraje, Murphy manifestó que Ecuador no le otorgó un trato justo y equitativo a su inversión. Ante esto, Ecuador presentó siete objeciones a la jurisdicción del tribunal arbitral, dentro de las cuales, en lo que concierne a este trabajo académico son dos. Una de las objeciones de Ecuador fue que “Murphy International no ha cumplido con el requisito de que las partes busquen un acuerdo amigable de las controversias mediante consulta y negociación antes de someterlas a arbitraje”(Murphy

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

“Aún en el caso de que no hubiera cumplido con ello, cualquier otra negociación con el Ecuador hubiera fracasado... las disposiciones que establecen un periodo de espera para la consulta y la negociación son procesales por su naturaleza y por lo tanto no constituyen un impedimento jurisdiccional para este Tribunal”

(Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, 2009).

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

“La obligación de negociar es una obligación de medio, no de resultado. Nadie está obligado a llegar a un acuerdo pero sí a intentarlo. Para determinar si una negociaciones serán existosas ono, lo primer que deben hacer las partes es iniciarla”

(Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, 2010).

El tribunal también toma en consideración la posición de Murphy, al indicar que, dado que Ecuador y otra compañía, Burlington, no llegaron a un acuerdo y, considerando -en palabras de Murphy- que dicha relación se asemeja a la suya con Ecuador, estima que

tampoco hubiera llegado a un arreglo con Ecuador, por lo que negociar no hubiera tenido resultados (Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, 2010). El tribunal consideró que esa posición es inaceptable; señaló que “el hecho de que en circunstancias similares, (...) Burlington no haya sido exitosa en sus negociaciones con la República del Ecuador no significa, necesariamente, que Murphy International tampoco lo habría sido” (Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, 2010).

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

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

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

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

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

(Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, 2010).

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

1.3.2. El incumplimiento de una cláusula escalonada como una cuestión de admisibilidad.

Por el contrario, la tesis que establece que el incumplimiento de una cláusula escalonada es una cuestión de admisibilidad, nos habla sobre una consecuencia mucho menos grave que la cuestión de jurisdicción; ya que la cuestión de admisibilidad es mucho más flexible, porque esta establece que si bien las partes decidieron pactar mecanismos de resolución de conflictos previos al arbitraje, su incumplimiento a estos mecanismos previos no deben privar en ningún momento de jurisdicción al tribunal arbitral designado (Larco, 2021, p.19).

Algunos autores expertos en este tema, establecen como fundamento que sustenta esta teoría que, el arbitraje fue acordado como última fase a aplicar en la cláusula y de cualquier manera, las partes en cuestión llegarían a aplicar ese método como última instancia (Larco, 2021, p.19), por lo que la jurisdicción de dicho tribunal arbitral en ningún momento está en juego y desde un comienzo ya se le reconoció jurisdicción a ese tribunal al momento de estipular dicha cláusula.

Así también es importante mencionar que, algunos doctrinarios agregan la idea de que las cláusulas escalonadas son únicamente orientativas y no obligatorias (Larco, 2021, p. 19), lo que es de gran trascendencia al momento de analizar las consecuencias de su incumplimiento. Sin embargo, este es otro aspecto que genera cierta inseguridad sobre este tema en nuestro país, ya que, al no estar expresamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico, no se puede saber con certeza si a esta cláusula se le debe entender realmente como obligatoria o simplemente como orientativa como establecen los que defienden esta teoría.

De esta manera, esta teoría instituye que en caso de incumplimiento a las fases previas pactadas en este tipo de cláusulas, el tribunal arbitral sí tiene jurisdicción; pero establece que no se deberá admitir la demanda porque el tribunal no va a tener competencia de conocer el mismo, hasta que se cumplan con todas las fases previamente pactadas, ya que estas llegan a constituir un requisito procesal sin el cual el procedimiento no puede seguir y por lo tanto, para que el tribunal pueda admitir la demanda, se deben subsanar estos errores y así el tribunal arbitral podrá conocer el conflicto en cuestión.

Esta teoría se basa en una objeción distinta a la objeción jurisdiccional, ya que el fundamento de esta teoría se encuentra en el hecho de que estas etapas previas deben ser conocidas como “requisitos de procedibilidad” los cuales son una condición indispensable para que pueda iniciarse un proceso; por lo tanto, en caso de no cumplirse con esas fases previas el tribunal no pierde su jurisdicción, sino que el proceso debe suspenderse hasta que se cumpla con dicho escalón (Crespo, 2014, p.74).

Siendo así la cuestión de admisibilidad una objeción que se presenta en el caso de que la parte que ha sido perjudicada por el incumplimiento establezca que, el tribunal no debe, o no debe todavía conocer el caso en cuestión. Viendo que esta teoría tiene como consecuencia al incumplimiento únicamente que el tribunal arbitral puede no admitir la demanda en ese momento; ya que como sabemos quiénes deben decidir acerca de la admisibilidad de una demanda arbitral son los mismos árbitros (Crespo, 2014, p.75).

Para entender mejor esta teoría, al igual que en la anterior, se citará dos casos en los cual se falla a favor del incumplimiento como una cuestión de admisibilidad.

1.3.2.1. Caso 1: Ronald S. Lauder c. República Checa, Uncitral, Caso No. 205-2001.

En este caso República Checa cuestionó la jurisdicción del tribunal arbitral, entre otras cosas, por el hecho de que Lauder no cumplió con el periodo de espera de seis meses. En primer lugar, el tribunal empezó aclarando desde qué momento se debe contar el inicio del periodo de enfriamiento: “el plazo de espera no empieza a correr a partir de la fecha en que se produjo la supuesta infracción, sino a partir de la fecha en que se avisa al Estado de que se ha producido dicha infracción” (Ronald S. Lauder c. Czech Republic, 2001).

Luego, el tribunal concluye que el requerimiento de espera de seis meses no es una disposición jurisdiccional sino una norma de procedimiento que debe ser satisfecha por el demandante (Ronald S. Lauder c. República Checa, 2001). Además, el tribunal considera que no existe evidencia de que República Checa haya entrado en negociaciones con el demandante. Más aún, se analiza el hecho de que República Checa nunca propuso el inicio de negociaciones a Lauder y, ni siquiera desde que Lauder presentó la notificación de arbitraje. Este foro asegura que si República Checa hubiera estado interesado en negociar con el demandante, lo hubiera hecho durante los seis meses posteriores a la notificación de arbitraje.

Con este antecedente, el tribunal concluyó que:

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

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

1.3.2.2. Caso 2: Sipetrol c. Enap Sipetrol, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Caso No. 05-13.

En este proceso, el tribunal sigue la tesis de que el cumplimiento a la cláusula escalonada, al menos en cuanto a negociaciones, es obligatorio y que su incumplimiento priva de jurisdicción al tribunal (Carmigniani, Cepeda y García, 2016, p. 183). Aquí, el foro sostuvo que en virtud de la naturaleza de las cláusulas escalonadas y, dado que el arbitraje ya se inició sin cumplir el acuerdo pactado previo al arbitraje, ésta ya no tendría ninguna finalidad, esto es, precaver un litigio (Carmigniani, Cepeda y García, 2016, p. 183). Todo esto, sin perjuicio de la aceptación de que en efecto estos pactos constituyen obligaciones contractuales. En palabras del tribunal: “entendido así la naturaleza jurídica preventiva y el propósito amigable de esta cláusula, solamente tiene sentido en el caso de que efectivamente pueda cumplir su prevista función preprocesal” (Carmigniani, Cepeda y García, 2016, p. 183). A ello agregan que “si se ha iniciado un juicio arbitral que dicha cláusula pretendía evitar, ella ya no puede cumplir su propósito preventivo y se frustra la finalidad que tuvieron en vista las partes” (Carmigniani, Cepeda y García, 2016, p. 183). En definitiva, el tribunal sostiene que “no es razonable exigir que se cumpla un requisito pensado para evitar un proceso cuando esta [sic] ya ha sido iniciado” (Carmigniani, Cepeda y García, 2016, p. 183).

1.3.3. Importancia de clasificar el incumplimiento como una cuestión de jurisdicción y como una cuestión de admisibilidad.

Es muy importante clasificar estas dos teorías sobre si el incumplimiento de una cláusula escalonada conlleva una cuestión de jurisdicción o admisibilidad arbitral, por las consecuencias que acarrea aplicar cada una de ellas. Ya que, como señalo Jan Paulsson (2005, p.601):

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

Lo que quiere decir que, en caso de clasificar de manera errada estas dos posiciones pueden dar lugar a una injustificada ampliación de la aplicación de los laudos y frustrar a su vez la voluntad de las partes de que sus conflictos sean decididos por el tribunal arbitral previamente elegido (Paulsson, 2005, p. 601).

Así también, es importante recordar que no existe una postura definitiva acerca de este tema, lo que genera cierta incertidumbre e inseguridad acerca de la aplicación de estas cláusulas, sin embargo, la mayoría de tratadistas expertos en este tema se apegan más a la teoría de que el incumplimiento es más un problema de admisibilidad que un problema de jurisdicción; ya que, el incumplimiento de las fases previas, son un incumplimiento procesal como tal y por lo tanto, debe ser subsanable; mientras que en el caso de la teoría de la jurisdicción es mucho más grave en cuanto a sus consecuencias, porque le quita la jurisdicción que las partes ya le dieron a un determinado árbitro o tribunal arbitral al momento de estipular la cláusula escalonada.

1.4. LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS Y EL PRINCIPIO KOMPETENZ – KOMPETENZ

Es importante hacer referencia a este principio dentro del presente trabajo investigativo ya que, en virtud de este, los árbitros o tribunales arbitrales tienen la facultad de decidir si una cláusula arbitral puede llegar a ser subsanable o no (Álvarez, 2015, p.9). Lo cual, nos interesa tener en cuenta al momento de analizar si el incumplimiento de una cláusula escalonada conlleva un conflicto de jurisdicción el cual es insubsanable, o si dicho incumplimiento conlleva una cuestión de admisibilidad la cual si es subsanable y en la cual el árbitro sí tiene jurisdicción.

Como su mismo nombre lo establece “Kompetenz - Kompetenz” *significa competencia para determinar a su vez competencia*, lo cual da como resultado una solución circular, sin embargo, hay que tener en cuenta que así como los jueces ordinarios tienen la facultad de revisar su propia jurisdicción, también deben tener la misma facultad los árbitros, ya que esto les permite tener una buena capacidad para desarrollar su función (Jijón, 2014, p.180).

Este principio tiene como objetivo evitar que se den dilaciones de los procesos y así cumplir con la eficacia que les representa a los MASC en general; descongestionar también a la justicia ordinaria, ya que la intención de las partes en cuestión al estipular una cláusula es que justamente todas sus controversias sean sometidas a este método alternativo de solución de conflictos, incluyendo la cuestión de la arbitrabilidad y por último, aprovechar la ventaja que tienen los árbitros por su experticia en la materia y por lo tanto, resulta más beneficioso que ellos mismo juzguen su competencia en base a sus conocimientos (Jijón, 2014, p.180).

Viendo así, que este principio permite a cada tribunal arbitral decidir sobre su propia competencia en caso de haber algún conflicto o duda sobre la misma; para lo cual, el tribunal tiene que conocer la cláusula, analizar la misma y los hechos suscitados y en el caso de cumplir con los supuestos de validez declarar su competencia para resolver dicho conflicto (Álvarez, 2015, p.55- 56).

Siendo así, este principio otro fundamento para aplicar la teoría de que el incumplimiento de la cláusula escalonada es una cuestión de admisibilidad, en la cual, el incumplimiento es subsanable ya que no se trata de una falta de jurisdicción del tribunal arbitral y por lo tanto, podemos decir que se puede aplicar este principio para que el tribunal obtenga dicha competencia si el caso lo permite una vez analizada la cláusula, los hechos y los supuestos de validez y existencia.

BIBLIOGRAFIA:

- Agudelo Ramírez, M. (2005). El Debido Proceso. Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, ISSN 1692-2530, Vol. 4, N°. 7. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5238000>
- Alcalá, Zamora y Castillo, Niceto, Proceso, autocomposición y autodefensa, México, UNAM, 1970
- Alvarez, O. (2012). La Constitución de la República del Ecuador y Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos. (tesis de grado). Universidad del Azuay. Cuenca, Ecuador. Recuperado de: <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/5334/1/08691.pdf>

- Andrade Álvarez, D. (2015). Aplicación del principio favor arbitralis en cláusulas patológicas (tesis de grado). Universidad del Azuay. Recuperado de: <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/5217/1/11597.pdf>
- Bernal, M. (2020). La importancia de los medios alternos de solución al conflicto en una cultura de paz. Diario Poder EDOMEX. México DF, México Recuperado de: <https://poderedomex.com/la-importancia-de-los-medios-alternos-de-solucion-al-conflicto-en-una-cultura-de-paz/>
- 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. Recuperado de: https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/13065/1/Clausulas_Bernal_et_al_Arbitraje_2012.pdf
- Bernardo M. Cremades. (1988). El Proceso Arbitral en los negocios internacionales>>, en: Themis Revista de Derecho, No 11. Lima, Perú. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/50/el-proceso-arbitral-en-los-negocios-internacionales.pdf>
- Born, G. (2014). International Commercial Arbitration (2da ed., Vol. 3). Kluwer Law International.
- Born, G. (2016). Chapter 3: Drafting International Arbitration Agreements. En G. B. Born, International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing (5ta ed., pp.29-114). Kluwer Law International.
- Born, G., y Šćekić, M. (2016). Pre-arbitration procedural requirements. En D. Caron, S. Schill, A. Cohen, & E. Triantafilou, Practising virtue: Inside international arbitration (p. 229). Oxford: Oxford Scholarship Online.
- 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.
- Brito Nieto, L. A. (2018). El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia. Revista de Derecho (Valdivia). Vol: XXXII. No. 2. Diciembre 2019. Pp. 251-272. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502019000200251
- Bustos Jaramillo, M. (2020). Análisis jurídico de la junta combinada de disputas dispute Boards como mecanismo de solución de conflictos de Carácter contractual en la legislación ecuatoriana (tesis de grado). Recuperado de: <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/9680/1/15311.pdf>

- Cámara de Comercio Internacional [CCI] (2018). Cláusulas de Arbitraje de la CCI. Recuperado de: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/Standard-ICC-Arbitration-Clause-in-SPANISH-1.pdf>
- Carmigniani, E.; Cepeda, C. y García, H. (2016). Arbitraje en Ecuador: Desarrollo jurisprudencial y reformas legales recientes. Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 7. P. 182
- Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. (2012). AMCHAM EC. Recuperado el 13 de marzo de 2023, de <http://amchamec.com/arbitraje/index.php/home/convenio-arbitral-escalonado>
- Centro Judicial de Mediación Provincia de Misiones, Argentina. (s/f). Recuperado de: <https://cejume.jusmisiones.gov.ar/index.php/mediacion/caracteristicas>
- Crespo, M. (2014). Actuaciones arbitrales frente al incumplimiento de cláusulas escalonadas en el Juicio Arbitral (tesis de grado). Universidad del Azuay. Cuenca, Ecuador. Recuperado de: <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/4206/1/10767.pdf>
- Díaz, A; Gonzáles, I; Lagos, M. (s/f). Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Academia Judicial Chile. Recuperado de: https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/MASC_MATERIAL_DOCENTE.pdf
- Díaz, L. (1999). La mediación y negociación para resolver conflictos legales. Recuperado de: <https://n9.cl/pqaxo>
- Echandía, D. (1984). Teoría General del Proceso (Vol. i). Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad. Recuperado de: <https://andrescusi.files.wordpress.com/2020/06/teoria-general-del-proceso-devis-echandia.pdf>
- Farber, D. (1996). Common sense negotiation, The Art of Winning Gracefully. Bay Press, Inc., 9 U.S.A. ISBN 0941920453.
- Fernández Pérez, A. (2017). Cláusulas escalonadas multifunción, en arreglo de controversias comerciales internacionales. Cuaderno de derecho transnacional, marzo 2017, Vol. 9, número 1, pp. 99-104. Recuperado de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3615/2183>
- Fisher, R; Ury. W; Patton. B. (1991). Sí de acuerdo como negociar sin ceder. Editorial Norma, 5ta edición. I SBN 958-04-0383-X. Recuperado de: <https://filadd.com/doc/si-de-acuerdo-como-negociar-sin-ceder-fisher-ury-y-1>

- Galindo Cardona, A. (2001). Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador. *Iuris Dictio*, 2(4). Recuperado de: <https://doi.org/10.18272/iu.v2i4.561>
- Galindo Cardona, Álvaro. (2001). Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador. *Iuris Dictio*, Vol. 2 núm. 4. Pág. 123
- García Montufar, J. (2001). Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos. *Revista Derecho & Sociedad*, ISSN 2079-3634, N°. 16, 2001, págs. 141-147. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7792621>
- Gil, M. (2020). Los medios alternativos de solución de conflictos. Recuperado de: <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/3gilmauricio.pdf>
- Goldberg, S. B., Sander, F., & Rogers, N. (2012). *Dispute resolution: Negotiation, mediation, and other processes*. Wolters Kluwer Law & Business.
- González de Cossío, F. (2018). *Arbitraje* (Quinta ed.). México, D.F.: Porrúa. ISBN: 978-607-09-3023-2
- González Morales, M. D. M. & Aguilar, J. L. (2018). *¿Qué es la mediación?..* Editorial Tébar Flores. <https://elibro.net/es/lc/uazuay/titulos/106014>
- Gonzales Pérez, Jesús.- *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. España. Editorial Civitas.- Segunda edición, 1985.- Pág. 27.
- Iglesias, J. (2018). Cláusulas escalonadas: los pros y contras de este método alternativo de resolución de disputas. *Newsletter Arbitraje Internacional Garrigues*. Recuperado de: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/clausulas-escalonadas-pros-contras-este-metodo-alternativo-resolucion-disputas
- International Centre for Dispute Resolution. Recuperado el 15 de marzo de 2023 de https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR%20Guide%20to%20Drafting%20International%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20-%20Spanish.pdf
- Jácome Carrera, J. (2020). *La función de los dispute boards como mecanismos de solución de conflictos en obras de infraestructura estatal que promueven la inversión extranjera (tesis de maestría)*. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito. Recuperado de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7535/1/T3276-MRI-J%C3%A1come-La%20funcion.pdf>

- Jijón Andrade, A. (2014). Reconciliando el principio Kompetenz-Kompetenz con la autoridad supervisora de las cortes nacionales Análisis bajo la Ley Modelo CNUDMI. Revista ecuatoriana de Arbitraje, No.6. Recuperado de: <https://iea.ec/pdfs/2014/10/Jijon.pdf>
- Jiménez-Blanco, G. ; Franco, Ó. El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos. Ed. Madrid: Wolters Kluwer España, 2016. 480 p. Recuperado el 03 de marzo de: <https://elibro.net/es/ereader/uazuay/42650?page=7>
- Larco, K. (2021). Incumplimiento de Cláusulas Escalonadas ¿Un Problema de Jurisdicción o Admisibilidad? (tesis de grado). Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Guayaquil, Ecuador. Recuperado de: <http://201.159.223.180/bitstream/3317/16364/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-638.pdf>
- Ledesma Narváez, M. Jurisdicción y arbitraje (2a. ed.). ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013. 355 p. Recuperado el 23 Feb 2023 de: <https://elibro.net/es/ereader/uazuay/79365?page=4>
- Lema Sisa, M. (2015). La conciliación, como método alternativo para la solución de conflictos, y su aplicabilidad en las investigaciones fiscales (tesis de grado). Universidad Regional Autónoma de los Andes UNIANDES. Babahoyo, Ecuador. Recuperado de: <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/1045/1/TUBAB002-2015.pdf>
- Manzano Noguera. M. (2000). La negociacion una alternativa en la solución de conflictos (tesis de grado). Pontificia Universidad Javeriana. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://n9.cl/z9nd4>
- Martel Chang, R. (2002). Acerca de La Necesidad de Legislar Sobre Las Medidas Autosatisfactivas en El Proceso Civil (tesis de maestría). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, Perú. Recuperado de: https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/martel_ch_r/titulo_2.htm
- Medina Jordan, L. (2017). La tutela judicial efectiva y el principio dispositivo del debido proceso (tesis de grado). Universidad Regional Autónoma de los Andes. Recuperado de: <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/6114/1/TUAEXCOMMCO007-2017.pdf>
- Menkel-Meadow, C. (1997). Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement. Ohio State Journal on Dispute Resolution, 13(1), 1-24.
- Nuviola Lapieza, I. (2019). Los dispute boards como mecanismo jurídico de resolución de conflictos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción. Un análisis desde la perspectiva del derecho transnacional (tesis de grado). Universidad de Zaragoza. ISSN

2254-7606. Recuperado de: <https://zaguan.unizar.es/record/106186/files/TESIS-2021-158.pdf>.

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI. (s/f). ¿Qué es el arbitraje?. Recuperado de: <https://www.wipo.int/amc/es/arbitration/what-is-arb.html>
- Paulsson, J. (2005). Jurisdiction and admissibility. Global reflections on international law, commerce and dispute resolution. ICC Publishing, Publicación 693.
- Poveda Camaccho, G. (2006). Medios alternativos de solución de conflictos en Ecuador: la mediación (tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador. Quito, Ecuador. Recuperado de: <https://n9.cl/z8065>
- Proaño Alcívar, D. E., y M. M. Guevara Ruales. Las Virtudes De Los Dispute Boards Y Su aplicación En Ecuador. USFQ Law Review, Vol. 6, n.º 1, Agosto de 2019, p. 14, doi:10.18272/lr.v6i1.1372. Recuperado de: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/1372/1638>
- Quiroga, M. G. (2015). Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar.. Dykinson. Recuperado de: <https://elibro.net/es/lc/uazuay/titulos/61001>
- Resnik, J. (1995). Many Doors? Closing the Access to Justice Gap or Decentralizing the American Justice System. Michigan Law Review, 94, 183-240.
- Robleto Arana, C. 2021. La cláusula escalonada o multinivel en la resolución alterna de conflictos. Revista de Derecho No. 30 / 2021, 3-25. ISSN 1993-4505 / e ISSN 2409-1685. Universidad Centroamericana. Recuperado de: <https://ni.vlex.com/vid/clausula-escalonada-multinivel-resolucion-876302160>
- Roca Solano, M. (2019). La naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas en los métodos alternativos de solución de conflictos (Tesis de grado). Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Guayaquil, Ecuador. Recuperado de: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/13069/4/T-UCSG-PRE-JUR-DER-362.pdf>
- Rodríguez-Arias, A. (2022). Análisis del tratamiento de las cláusulas multinivel ante un incumplimiento de los escalones previos en el ámbito internacional y nacional. Mención especial al anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia. Universidad Pontificia Comillas. Madrid, España. Recuperado de: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/58081/TFG-Rodriguez-Arias%20Aranguren%2C%20Ana.pdf?sequence=1>
- Salcedo Franco, C. (2015). Hacia una protección merecida: la eficacia de las cláusulas escalonadas en el marco de un pacto arbitral en Colombia. Revista Universitas Estudiantes

N° 12: 89-112. ISSN 1794-5216. Recuperado de:
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/44484/4%20Salcedo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Salvador, I, et al. (2021). Manual de defensa jurídica del Estado. ISBN: 978-9942-834-52-2. Imprenta Dikapsa. Quito Ecuador. Recuperado de:
http://www.pge.gob.ec/images/micrositios/LIBRO_FINAL_PRINT_AFUERA-20211130.pdf
- Sander, F. (1976). The Varieties of Dispute Processing. *Journal of Conflict Resolution*, 20(4), 527-546.
- Ury, W. L., Brett, J. M., & Goldberg, S. B. (1988). *Getting disputes resolved: Designing systems to cut the costs of conflict*. Jossey-Bass.
- Vado Grajales, L. (2006). *Medios alternativos de resolución de conflictos*. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de:
<http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/11177>
- Vidal, F. (2003). El convenio arbitral. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, ISSN 0251-3420, ISSN-e 2305-2546, N°. 56, 2003, págs. 569-582.
- Yano Tsuha, N. D., & Serván Eyzaguirre, N. J. (2020). El gran dilema: el problema de las cláusulas escalonadas en el Perú. *THEMIS Revista De Derecho*, (77), 99-109.
<https://doi.org/10.18800/themis.202001.004>

LEYES Y JURISPRUDENCIA

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2023). *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial Suplemento 145 de 05 de septiembre de 1997. Quito, Ecuador.
- Asamblea Constituyente (2023). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449 de 25 de julio ed 2008. Montecristi, Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2023). *Código del Trabajo*. Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005. Quito, Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2023). *Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ)*. Registro Oficial S. 544 del 09 de marzo de 2009. Quito, Ecuador.
- Corte Constitucional, Sentencia C-378/08. Magistrados ponentes: Humberto Antonio Cierra Porto. República de Colombia, Bogotá, D.C., abril 23 de 2008
- Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia No. 108-15-SEP-CC del 08 de abril del 2015. CASO N.º 0672-10-EP. Recuperada de:

<https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=108-15-SEP-CC>

- *Lauder v. Czech Republic*. Ronald S. *Lauder v. Czech Republic*. (1999). Pp. 20 Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/610>
- Ley No. 000. RO/145 de 4 de septiembre de 1997. Recuperado de: <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/ecuador/larbymed.asp>
- *Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador* (2009). Caso CIADI No. Arb/08/4. Memorial de contestación sobre jurisdicción de *Murphy Exploration and Production Company International*. Centro Internacional de Diferencias relativas a Inversiones. Recuperado de : <https://www.italaw.com/cases/723>
- *Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador* (2010). Caso CIADI No. Arb/08/4. Decisión sobre jurisdicción. Centro Internacional de Diferencias relativas a Inversiones. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/723>
- *Sipetrol c. Enap Sipetrol, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana*, Caso No. 05-13. Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Laudo 28/11/2014, Árbitros Fabián Jaramillo Terán (presidente), Luis Parraguez Ruiz y Vladimir Villalba Paredes (co-árbitros).