

TRATADO DE DERECHO ARBITRAL

Carlos Alberto Soto Coaguila
(Director)

El Convenio Arbitral

Tomo II



INSTITUTO PERUANO DE
Arbitraje



COLECCIÓN ESTUDIOS

CLÁUSULAS QUE IMPONEN MECANISMOS DE PREVA CONCIENCIACIÓN – DE SU EJECUCIÓN Y DE LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO

PEDRO METELLO DE NÁPOLES (*)
JOSÉ MIGUEL JÚDICE (**)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El problema. 3. Contexto. 4. Ventajas y desventajas. 5. El límite práctico: Cómo –y en que medida– se puede ejecutar una cláusula que remite a negociación. 5.1. En general. 5.2. La Ley Portuguesa. 5.3. Ejecución de cláusulas que apenas imponían deberes generales. 5.4. Ejecución de cláusulas que imponían deberes específicos. 5.5. Ejecución de cláusulas que remiten a procesos de mediación/conciliación. 6. Conclusión.

“ARBITRATION IS based on the arbitral agreement, which flows from the parties’ common intention. The freedom of the parties may lead to good as well as to bad results”¹.

1. INTRODUCCIÓN

Ya todos hemos oído la denominación de cláusula de arbitraje como “cláusula de media-noche”. Esta es la última cláusula con la que los abogados que redactan el contrato se preocupan. Por eso se redacta de forma rápida y sin grandes preocupaciones. Las consecuencias ya se conocen.

Por otro lado, y a pesar de la tendencia de las instituciones arbitrales

para producir cláusulas-tipo, diariamente nos confrontamos con las cláusulas “originales”, muy desarrolladas y que contemplan una multiplicidad de procedimientos, por lo general poco claros y poco experimentados.

Más allá de las verdaderas cláusulas patológicas², o sea, aquellas que realmente pueden comprometer la posibilidad de constituirse un Tribunal Arbitral (o de que este funcione), existen otras que,

(*) Sócio, PLMJ – Sociedade de Advogados RL, Portugal.

(**) Sócio y Coordinador del Grupo de Arbitraje, PLMJ – Sociedade de Advogados RL, Portugal.

¹ DEBATTISTA, Charles. *Drafting Enforceable Arbitration Clauses*, in *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International Vol. 24 nº 4, 2008, p. 562.

² CRAIG, W.L.; PARK, W. and PAULSSON, J. *International Chamber of Commercial Arbitration*. 3ª New York: Ed. Oceana, 2000, p. 127.

aunque no susciten problemas tan graves en un principio, pueden generar obstáculos importantes.

Uno de esos casos es precisamente el de las cláusulas que estipulan que las partes participen en cualquier procedimiento previo de conciliación, formal o no, antes de desencadenar el procedimiento arbitral. Eso ha sido internacionalmente designado como *Multi-tiered Dispute Resolution Clauses*.

La cuestión que se plantea cada vez más sobre tales cláusulas —cuya complejidad ha evolucionado— es la de saber en que medida son vinculantes, que es lo mismo que preguntarse si pueden impedir la inmediata implementación de un proceso arbitral y si su incumplimiento puede causar la anulación de una decisión arbitral. Eso es lo que trataremos de analizar más adelante.

2. EL PROBLEMA

Es frecuente depararnos con cláusulas que exigen el cumplimiento de determinadas condiciones previas para tener la posibilidad de recurrir al arbitraje, relacionadas con la posibilidad de solución del litigio por vía consensual.

Una vez que es imposible abarcar la variedad de soluciones que la creatividad de las partes propone a diario, creemos que es posible aislar las siguientes modalidades:

- (i) Cláusulas que solamente hacen referencia a un litigio, en lo cual las partes no sean capaces de solucionar por vía consensual³ o cláusulas que se refieren generalmente al deber de las partes de recurrir a una conciliación⁴;
- (ii) Cláusulas que determinan deberes específicos o procedimientos concretos tendientes a la conciliación⁵;
- (iii) Cláusulas que remiten a procesos de mediación/conciliación⁶.

Aunque el detalle y la claridad con el que se establecen las obligaciones pueden influenciar decisivamente la eficacia de estas, nos parece que los tres tipos indicados se deberán tratar de forma diferente, dado que conducen a diversos resultados.

3. CONTEXTO

Aunque este tipo de cláusulas se encuentre en contratos celebrados desde

³ Por ejemplo: "En caso de un litigio que las partes no sean capaces de solucionar por vía consensual, el mismo se decidirá mediante arbitraje (...)".

⁴ Por ejemplo: "1. En caso de litigio, las partes tratarán de encontrar una solución que de común acuerdo permita la finalización del litigio. 2. En caso de no encontrarse una solución consensual para el litigio según los términos del número 1, el mismo se decidirá mediante arbitraje (...)".

⁵ Por ejemplo, cláusulas que impongan la obligatoriedad de reuniones de alto nivel o que establezcan un periodo mínimo para la duración de tales negociaciones.

⁶ Hablaremos en forma general de mediación/conciliación sin tomar partido sobre si se trata de mecanismos diversos o apenas de subespecies del mismo tipo de procedimiento.

ya varios años, la concepción tradicional indicaba que la mediación/conciliación debía considerarse como una facultad de las partes, que debía ejercerse o no ante un litigio. Con efecto, dependiendo la posibilidad de que las partes lleguen a una conciliación de su propia voluntad, la intención manifestada *a priori* por una de las partes de recurrir directamente al arbitraje sería la evidencia de que cualquier otro tipo de solución no sería posible. No habría sentido tratar de imponer a esa parte la obligación de pasar previamente por cualquier otro mecanismo de resolución de conflictos.

Este abordaje no siempre se consideró tan lineal⁷, pero esa interpretación –tendencialmente pacífica– sufrió una alteración radical con la decisión propuesta el 11 de octubre de 2002 en el proceso *Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd*⁸.

De manera muy simplificada, el contrato establece una cláusula de resolución de litigios con diversas etapas, comenzando por conversaciones entre los representantes de las partes, luego recurriendo a la mediación (u otro ADR) y, sólo después, a los tribunales. El tenor de la cláusula contractual era el siguiente:

“If the matter is not resolved through negotiation, the Parties shall attempt

in good faith to resolve the dispute or claim through an Alternative Dispute Resolution (ADR) Procedure as recommended to the Parties by the Centre for Dispute Resolution. However, an ADR procedure which is being followed shall not prevent any Party or Local Party from issuing proceedings”.

Con respecto al caso en análisis, el Tribunal concluyó que las partes estaban obligadas a seguir el recorrido trazado en la cláusula arbitral, con base en 3 órdenes de argumentos:

- (i) Era clara la intención de las partes de vincularse a aquel tipo de solución;
- (ii) El contrato era suficientemente preciso para que no hubiera dudas sobre el método (o bien, la forma de selección del método) de resolución alternativo de litigios a seguir;
- (iii) Los tribunales ingleses tienen el deber de participar activamente en la gestión efectiva de los procesos, debiendo remitir las partes a mediación/conciliación cuando sepan que dicha medida es viable.

La decisión en causa generó enorme controversia en la comunidad

⁷ El problema se suscitó en el ámbito de la decisión propuesta en 1974 en el ámbito del Proceso de CCI N°2138 (SIGVARD JARVIN, YVES DERAIS, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985*, Kluwer/ICC Publishing USA, 1990, p. 424), pero el Tribunal entendió que en aquel caso específico la cláusula de conciliación no era aplicable, por lo que no existirían problemas de preferición.

⁸ No obstante, en Inglaterra desde hace 70 años se encuentran decisiones respectivas a ese sentido - English Court of Appeals, *Courtney & Fairbairn Ltd. v. Tolani Brothers (Hotels) Ltd.* [1975] 1 W.L.R. 297. En sentido contrario se puede mencionar el proceso *Channel Tunnel v. Balfour Beatty* (1993) HL.

⁹ [2002] E.W.H.C. 2059 (comm);

internacional, aunque se deba resaltar que las circunstancias subyacentes a aquel proceso eran bastante precisas, lo que permitió al Tribunal Inglés acabar por la ejecución de la cláusula que imponía la ADR, contrariando la premisa más o menos asentada en el derecho inglés de que el simple compromiso de establecer negociaciones no es ejecutable.

Como se indica anteriormente, esta decisión constituyó un paso importante en la consagración de las ADR, pero no resolvió los casos en los cuales los contratos imponen un deber de negociación, previo a la aplicación del litigio arbitral¹⁰.

De cualquier forma, es importante recordar que la decisión mencionada no se tomó en el ámbito de acciones de anulación, pero sí, en una etapa de proceso arbitral, donde el Tribunal Arbitral determinó el *Stay of Proceedings*:

"I therefore conclude that the appropriate course in the present case is for the hearing of the claim for declaratory relief to be adjourned until after the parties have referred all their outstanding disputes to ADR. In the event that this reference is unfruitful, the parties can re-instate this claim, provided that the issue of the validity of the Benchmarking Report is by that time the subject of further proceedings which this court can consider in the course of its overall responsibility

*to manage the existing proceedings. Hopefully this will prove unnecessary in view of a successful mediation"*¹¹.

Una decisión más osada fue la propuesta el 3 de junio de 2009 por Court of Appeal de New South Wales, en Australia, en el ámbito del proceso *United Group Rail Services Ltd. v. Rail Corp. New South Wales*¹². En ese proceso, el Tribunal concluyó que un acuerdo en el que las partes negocian de buena fe era ejecutable y que obligaba a las partes, en caso de litigio, a reunirse y negociar en buena fe.

Aunque, en este caso, la cláusula contractual también fuera bastante detallada y permitiéndole al Tribunal llegar a una resolución por la existencia de la voluntad de las partes de solicitar una oportunidad previa de conciliación, no deja de ser verdad que la decisión puede tener un alcance extraordinario, principalmente si tenemos en cuenta que muchos contratos determinan obligaciones de negociación, antes de recurrir a la vía arbitral (o judicial).

Por otro lado, es importante debatir en qué medida un contencioso en el que se discute cual de las partes negoció de buena fe, podrá contribuir para una mejor y más rápida solución del desacuerdo en su totalidad¹³.

¹⁰ KARL MACKIE, *The Future for ADR Clauses After Cable & Wireless v. IBM*, in *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, Vol. 19, n° 3, 2003, pp. 347-350.

¹¹ *Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd.* (Ver nota 9).

¹² [2009] N.S.W.C.A. 177.

¹³ CHAPMAN, Simon. *Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith*, *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, Vol. 27 N° 1, 2010, p. 98.

En Portugal, no conocemos decisiones que hayan tratado el asunto¹⁴, lo que se explicará por el incipiente papel de la mediación/conciliación y por la tendencia de desvalorizar obligaciones de carácter general, como las de establecer negociaciones reales y de buena fe. Volveremos a este asunto más adelante.

4. VENTAJAS Y DESVENTAJAS

Existe un conjunto de ventajas e inconvenientes que tradicionalmente se adjudican a las cláusulas que determinan los mecanismos previos de conciliación.

Comenzando por las ventajas, se indican normalmente los costos del arbitraje. Obviamente, estos podrán ser sustancialmente reducidos en el caso de que haya una negociación o conciliación exitosa (aunque no se pueda llegar a un consenso respecto a todas las cuestiones litigiosas).

Existe también quien mencione los beneficios de imponer un periodo de calma (“cooling-down”) antes de someterse a la etapa litigiosa propiamente dicha¹⁵. De hecho, en la mayoría de las situaciones, previamente al desencadenar de un proceso arbitral, los ánimos normalmente están muy exaltados, por lo que un intervalo de tiempo puede serenar las partes.

En caso de mediación/conciliación, la intervención de un tercero que sea ajeno al caso puede resultar positiva, en la medida en que las partes son confrontadas con la que podrá ser la visión de un árbitro o juez sobre el motivo de la causa.

Todos los beneficios indicados son reversibles: El ahorro adquiere un costo elevado si el mecanismo alternativo no resulta eficaz; en cuanto a la calma, es probablemente necesario más de un mes para que los ánimos de las partes pueda serenarse, por lo tanto, no es razonable imponer periodos de espera superiores; con respecto al papel del tercero, su propósito es conciliar a las partes, por lo tanto el juicio que este haga sobre la razonabilidad de las posiciones confrontadas siempre será relativo.

Aún así, se puede afirmar que en los últimos 15 años la mediación/conciliación ha ganado popularidad, por lo menos en la comunidad internacional, demostrando además la práctica diaria, que la mayoría de los contratos establecen determinados pasos en esa dirección antes que una parte pueda desencadenar el proceso arbitral.

Por otro lado, tratándose de una cláusula deseada por las partes¹⁶, su voluntad no puede simplemente descartarse (salvo que las partes estén de acuerdo en hacerlo).

¹⁴ La cuestión se estableció en la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, el 27 de mayo de 2008 (www.dgsi.pt, N° doc. SJ20080527008472) pero no fue discutida, dado que simultáneamente se trataba de una preterición del Tribunal Arbitral.

¹⁵ CRAIG, W.L.; PARK, W. and PAULSSON, J. *International Chamber of Commercial Arbitration*. 3ª New York: Ed. Oceana, 2000), p. 105.

¹⁶ Aunque no sea necesariamente así en todos los casos, principalmente en aquellos en que la aplicación de la cláusula no es más que un gesto de cortesía en una etapa sensible de la relación entre las partes, como es el de la negociación de un contrato – cfr. *infra*.

La cuestión reside en saber en qué medida la previsión de este tipo de cláusulas es efectivamente ventajosa o si, por el contrario, genera inconvenientes prácticos de tal orden que anulen toda y cualquier ventaja.

Nos referimos al problema de ejecución. Cuando se incumple una cláusula que impone determinados pasos conciliatorios, ¿cuál es la consecuencia? Es lo que trataremos de analizar más adelante.

5. EL LIMITE PRÁCTICO: CÓMO – Y EN QUE MEDIDA – SE PUEDE EJECUTAR UNA CLÁUSULA QUE REMITE A NEGOCIACIÓN

5.1. En general

Si en un contrato se estipula la necesidad de cumplir determinadas condiciones previas antes de someter el litigio a un Tribunal Arbitral, nada impide, desde el punto de vista de los principios, que una parte pueda obligar a la otra a respetar dicha cláusula. ¿Será todavía razonable?

Y cuando la cláusula contractual solamente impone que la parte aplique sus mejores esfuerzos en una solución

consensual, ¿será necesario imponer a una de las partes que se involucre en un proceso de discusión?

En contraposición, ¿será posible sancionar la parte que incumpla una cláusula de este tipo?

Y la decisión que se tome en este proceso, ¿podrá anularse en caso de incumplimiento de esta cláusula?

5.2. La Ley Portuguesa

La Ley Portuguesa no ha atendido, hasta el día de hoy, la mediación/conciliación, por lo tanto, no existe un documento que regule expresamente este mecanismo de resolución de litigios¹⁷.

La Ley Portuguesa¹⁸, al igual que la generalidad de las leyes que conocemos¹⁹, determina que si una causa se aplica en un Tribunal Judicial existiendo cláusula arbitral, el Tribunal deberá remitir las partes a arbitraje. No se realiza referencia alguna a la mediación/conciliación, lo que se considera ser la opción correcta.

No obstante, recientemente, se ha empezado a reglamentar la posibilidad de recurrir a la mediación, existiendo ya regímenes específicos en el ámbito del derecho de familia²⁰ y del derecho penal²¹.

¹⁷ El arbitraje es regulado por la Ley 31/86 del 29 de Agosto. En este momento se discute su sustitución por una nueva ley, pero dicho proyecto no trata la mediación/conciliación.

¹⁸ En el caso, el Artículo 494º. j) del Código de Proceso Civil.

¹⁹ Y según lo previsto en el Artículo II (3) de la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958.

²⁰ En caso de divorcio y desde 2008 (Ley nro. 61/2008, del 31 de octubre), las instituciones intervinientes deben informar a las partes la posibilidad de acceder a mecanismos de mediación familiar (Artigo 1774º do Código Civil).

²¹ En el caso de delitos considerados de menor gravedad, cometidos contra personas o bienes, el Ministerio Público puede remitir las partes a mediación penal (Ley 21/2007 de 12 de junio).

Se trata de mediación de carácter público, realizada por mediadores designados por el Estado, pero en todo caso, representa una apuesta en las ADR.

Además, tras la adopción por parte de la Unión Europea de la Directiva 2008/52/CE del 21 de mayo de 2008 relativa a ciertos aspectos de la mediación en materia civil y comercial, Portugal adaptó su legislación a las imposiciones de dicha directiva.

Así, el 29 de junio de 2009, se aprobó la Ley Nro. 29/2009²², a través de la cual, entre otros aspectos, se procedió a la introducción de algunos preceptos nuevos en el Código de Proceso Civil²³.

Es importante destacar los números 1 y 3 del Artículo 249º-A y el número 1 del Artículo 279º-A:

"Artigo 249º-A.

1 — As partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer a sistemas de mediação para a resolução desses litígios.

(...)

3 — Os prazos de caducidade e prescrição retomam-se a partir do momento em que uma das partes recuse submeter-se ou recuse continuar com o processo de mediação, bem como quando o mediador determinar o final do processo de mediação.

(...)"

"Artigo 249º-A.

1 — Em qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente,

o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa.

(...)"

Parece evidente que el legislador parta de la interpretación de que la mediación es un proceso que, implicando la participación activa de ambas partes, sólo deberá imponerse siempre que las partes no se opongan a eso.

No obstante, si es así para los casos presentados ante el Tribunal (Judicial y, *mutatis mutandis*, Arbitral), ¿que debemos decir de los casos en los que la voluntad de someterse a esos mecanismos de ADR ha sido manifestada en el contrato celebrado entre las partes?

Como se mencionó anteriormente, desde el punto de vista de los principios generales nada impide que un compromiso de este tipo sea plenamente válido y, como tal, ejecutable. Otro asunto es saber si, en la práctica, tiene sentido imponer tal obligación.

Analizaremos el asunto de manera separada para cada uno de los tipos de cláusulas que se enumeran anteriormente.

5.3. Ejecución de cláusulas que apenas imponían deberes generales

Es común que las cláusulas de resolución de litigios presupongan que las partes hayan hecho un esfuerzo para

²² Que apenas entró en vigencia el 18 de enero de 2010, y cuya aplicación, en la parte respectiva a mediación, aún depende de publicación de legislación adicional sobre los sistemas de mediación a los que la ley remite.

²³ Se introdujeron los artículos 249º-A, 249º-B, 249º-C y 279º-A.

conciliarse o que impongan deberes generales de empleo del máximo esfuerzo o actuación de acuerdo con la buena fe.

De hecho, cuando los contratos se redactan, el último aspecto del que las partes se quieren preocupar es que sucederá en caso de incumplimiento del contrato. Por tal razón, nos deparamos constantemente con cláusulas que parten del supuesto de buena fe y de razonabilidad de las partes, presupuesto que, luego, ante la mínima señal de litigio se menoscaba. Además, parece que ese tipo de cláusulas no deberán considerarse más que manifestaciones de cortesía²⁴, debiendo ser interpretadas en ese contexto.

También será difícil atribuirle diversas consecuencias a una cláusula que imponga que las partes intenten de buena fe encontrar una solución consensual. Citando otra decisión de los Tribunales Ingleses, emitida por LORD ACKNER:

"[T]he concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations ... In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason. There

*can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a "proper reason" to withdraw. Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content"*²⁵.

Aunque esta posición de la justicia inglesa tiene por base una concepción del principio de buena fe diferente a la concepción vigente en casi todos los sistemas civilistas (en los que se entiende que en la negociación de los contratos y en su ejecución las partes están obligadas a actuar de buena fe)²⁶, las observaciones no dejan de ser pertinentes. ¿Cuándo se considera cumplido el deber de las partes de intentar, de buena fe, encontrar una solución para el litigio?

Todas estas cláusulas pueden suscitar problemas en caso una de las partes resuelva proceder al arbitraje, sin cumplir los deberes generales estipulados en el contrato: ¿La parte contraria podrá objetar a la constitución del Tribunal Arbitral con base en el incumplimiento de ese deber? ¿Tiene sentido impedir la continuación del proceso arbitral?

Creemos que no. Si la obligación impuesta sobre las partes es de carácter genérico y no limitada, no vemos cómo su incumplimiento pueda afectar el funcionamiento de un arbitraje (o de un proceso judicial). No hay que olvidarse que el propósito de las cláusulas de resolución de litigios es de contribuir con la resolución

²⁴ Ver TIBOR VARADY. *The Courtesy Trap: Arbitration 'If No Amicable Settlement Can Be Reached*, in International Bar Association, *Arbitration and ADR* (Newsletter of Committee D), Vol. 6, N° 2, octubre de 2001, pp. 27 y ss.

²⁵ *Walford v. Miles* (Inglaterra), [1992] 2 A.C. 128.

²⁶ Ver CHAPMAN, Simon. *Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith*, in *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, Vol. 27 n° 1, 2010, p. 96.

del litigio y no de generar, ellas mismas, un litigio sobre la forma de resolver el litigio principal²⁷.

5.4. Ejecución de cláusulas que imponían deberes específicos

El segundo tipo indicado respecta a las cláusulas que, sin remitir a procesos institucionales de mediación/conciliación, imponen deberes concretos, como la obligación de que los representantes de las partes se reúnan y de que el período de las negociaciones tenga una duración predeterminada.

Aunque es imperioso recordar que si la cláusula fue incluida en un contrato, es porque fue aceptada por las partes, no tiene sentido, en la mayoría de los casos, tratar de comprender cual fue la voluntad real de las partes en la fecha, ya que se trata del tipo de cláusulas que por lo general, se incluye sin ser objeto de un profundo análisis o consideración: Durante la negociación del contrato es descortés que una parte recuse la inclusión de cualquier procedimiento previo tendiente a la conciliación²⁸.

Por lo tanto, es necesario considerar la propia cláusula y verificar en qué medida impone una conducta determinable y concreta. Es en el rigor y en la claridad de la cláusula que deberá buscarse una solución para su ejecución.

Aún así, a partir de la existencia de procedimientos específicos que deberían adoptarse, ¿qué hacer si la cláusula se incumple?

¿Y cómo saber si hubo incumplimiento? ¿Qué significa negociar en buena fe? ¿Hasta dónde es necesario llegar para que la negociación sea considerada de buena fe?²⁹.

La simple consideración de estas cuestiones nos lleva a evaluar si este tipo de cláusulas puede, en la práctica, generar más problemas de los que pretende resolver.

Aún si consideramos que este tipo de cláusulas posee un verdadero contenido obligatorio, no creemos que una decisión emitida en un proceso arbitral (o judicial), iniciado ante incumplimiento de una cláusula que imponga procedimientos previos tendientes a la conciliación, pueda ser anulada por incumplimiento del compromiso incluido en esa cláusula.

Los mecanismos de conciliación poseen de forma subyacente la voluntad de conciliación de las partes, por lo tanto, es demasiado cuestionar un proceso arbitral en el que una de las partes no respetó una obligación de negociar, cuando ella misma entendía que la negociación no tendría éxito.

De cualquier forma, deberá tenerse en cuenta la clara tendencia de que los tribunales arbitrales valorizan cada vez más, principalmente en procesos

²⁷ DEBATTISTA, Charles. *Drafting Enforceable Arbitration Clauses*, in *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, Vol. 21, N° 2, 2005, p. 240.

²⁸ Cfr. FRIEDLAND, Paul. *Arbitration Clauses for International Contracts*, Juris Publishing, 2ª ed., p. 122.

²⁹ Cfr. BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan and HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ª ed. Oxford, 2009, pp. 44-45.

internacionales, la buena fe de las partes. Además, una parte que en incumplimiento de aquello con lo que inicialmente se comprometió y sin ninguna razón válida, fuerce un proceso arbitral, corre el riesgo de que el Tribunal considere negativamente dicha conducta.

Podrá analizarse la cuestión de si ante cláusulas de este tipo, un Tribunal tiene el deber de encaminar las partes a mecanismos de ADR. Podrá sin duda hacerlo y deberá quizás hacerlo, pero no será necesaria una cláusula de estas para que un Tribunal Arbitral juicioso tome la iniciativa de sugerir ADR, si verifica posibilidades reales de conciliación.

Los nuevos preceptos de la ley procesal portuguesa, anteriormente mencionada, indican en el mismo sentido que: El Tribunal (en este caso, judicial) podrá encaminar las partes a una mediación, y éstas tendrán la posibilidad de oponerse (Artículo 279º-A Nº 1). Nada impide que un Tribunal Arbitral haga lo mismo.

¿La parte que no cumpla con la obligación de intentar previamente una negociación podrá ser responsabilizada?

No cabe duda, desde el punto de vista de los principios, que sí, pero la dificultad siempre será la prueba del perjuicio. La generalidad de los ordenamientos civiles

excluye la posibilidad de atribución de daños punitivos. Por lo tanto, es necesario comprobar la existencia de perjuicios. Además, será virtualmente imposible determinar el perjuicio resultante de la falta de una negociación cuyo resultado era absolutamente incierto³⁰.

5.5. Ejecución de cláusulas que remiten a procesos de mediación/conciliación

En este tercer grupo de casos, nos encontramos con cláusulas que remiten a mecanismos de mediación/conciliación perfectamente determinados y limitados

Aunque en estas situaciones no existen dudas sobre el contenido de la obligación, muchas de las observaciones mencionadas en la sección anterior también se aplican aquí. Aun así, en este caso nos encontramos ante obligaciones claramente definidas que deben ser ejecutadas.

No hay como obligar una parte a contribuir de forma activa y con empeño para el éxito de un proceso de conciliación³¹, pero sí tendrá sentido obligarla a participar. La simple intervención de un tercero en el proceso y los costos incurridos por la parte podrán, eventualmente, ser el estímulo que dicha parte necesita para participar en la mediación/conciliación³².

³⁰ Aún en los casos en que los Tribunales Ingleses concluyeron por la ejecución de cláusulas que imponían deberes de negociación, no dejaron de afirmar que las mismas siempre serían objeto de interpretación restrictiva – cfr. *Petromec Inc. v. Petróleo Brasileiro S.A. Petróbras*, [2005] EWCA (Civ) 891, pt. 114.

³¹ Juzgamos que cualquier intento de definir contractualmente lo que es la participación activa y con empeño conducirá a obtener más problemas que resultados.

³² Aún en Inglaterra, donde esta discusión ha abarcado un ámbito más amplio, la solución encontrada por los tribunales, en la práctica, es el «*Stay of Proceedings*», dado que en un

Salvándonos una vez más del texto de la Ley Portuguesa, la cláusula contractual funcionará como manifestación de la voluntad de las partes de recurrir a la mediación/conciliación, por lo que ante una de estas cláusulas, el Tribunal deberá encaminar las partes por esa vía.

El proceso de mediación/conciliación deberá, por lo tanto, iniciarse. Saber si dicho proceso tiene éxito es una cuestión que no se puede regular: No se puede forzar a las partes a llegar a un acuerdo. De este modo, será posible ejecutar la cláusula de mediación/conciliación, pero será una ejecución *sui generis*, ya que si una de las partes boicotea el proceso, la otra parte no podrá hacer nada³³.

Tal no evita que, en función de vehemencia del compromiso asumido en el contrato de recurrir a la mediación/conciliación, el Tribunal pueda imponerle a las partes que además de iniciar el proceso de mediación/conciliación, participen activamente en el mismo. Aún no existirán formas de que el Tribunal castigue a la parte que se rehúse a hacerlo, pero probablemente pocas serán las partes que confrontadas con una instrucción directa de un Tribunal Arbitral decidan incumplirla de manera evidente.

Otra cuestión es la de saber qué sucede si el Tribunal no remite las partes

a la mediación/conciliación. No es difícil admitir que la parte insatisfecha puede disputar incluso la jurisdicción del Tribunal, siempre que no se lleve a cabo una condición de la que dependiera la propia posibilidad de constituir el Tribunal.

No obstante, siempre parecerá excesivo defender la anulación de una sentencia arbitral por no haberse recurrido previamente al proceso de mediación/conciliación que, posiblemente, no habría generado ningún resultado útil.

El arbitraje es un mecanismo que implica una solución final: Independientemente de la voluntad o colaboración de una de las partes, el Tribunal Arbitral puede emitir una decisión que finalice el litigio; ese no es el caso de la mediación/conciliación, siempre que, aparte de la participación de las partes, exista la posibilidad de no llegar a un consenso. No hay, por lo tanto, una finalidad.

Sin embargo, si no es posible encontrar esa finalidad, también entendemos que no tiene sentido cuestionar la validez de una decisión arbitral final³⁴, por no haberse utilizado un mecanismo de mediación/conciliación que, por definición, no fuera final.

principio los tribunales se opusieron a considerar la posibilidad de ejecución específica del deber de acceder a la mediación, como se mencionó anteriormente a propósito del Proceso Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd. - Cfr. MERKIN, Robert. *Arbitration Law*, LLP, London/Singapore, 2004, pp. 182 y ss.

³³ Esta parece ser también la interpretación concedida en Brasil. Cfr. DE PAIVA MUNIZ, Joaquim T. E PALHARES BASILIO, Ana Tereza. *Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure*, Juris Publishing, p. 14.

³⁴ Aunque sujeta a alguna forma de recurso, una decisión Arbitral no deja de contar con ese carácter final, en la medida en que proporciona una solución para el litigio.

Nótese por último que en los casos decididos por Tribunales Ingleses y aquí referidos, se cuestiona, por un lado, el momento del arranque del proceso arbitral o judicial y, por otro, que el sistema Inglés, a pesar de la figura del *Stay of Legal Proceedings*³⁵, contempla formas eficaces de interacción entre el Tribunal Judicial y el Tribunal Arbitral³⁶.

Aunque de esta forma la eficacia de las cláusulas de mediación/conciliación dependa de la iniciativa del Tribunal en remitir las partes a tal proceso, pensamos que esta es la solución que mejor equilibra el interés de la parte que está empeñada en la mediación/conciliación con el interés más amplio de obtener de inmediato una decisión que ponga fin al litigio.

6. CONCLUSIÓN

A partir del breve análisis realizado nos parece posible concluir que las cláusulas que imponen condiciones previas a la instauración de un litigio, arbitral o judicial, deben ser tratadas de manera diferente según el grado de intensidad de los deberes en ellas previstos.

La posibilidad de obligar a alguien a participar en un proceso de mediación/conciliación no existe; sin embargo, estando tal obligación inequívocamente

prevista, creemos que un Tribunal puede obligar las partes a iniciar ese proceso.

Ya no será el caso de las cláusulas que apenas imponían deberes genéricos de conciliación, en la medida en que no será en posible esos casos definir ningún procedimiento específico acordado por las partes.

Aún en situaciones en las que se impongan deberes específicos de negociación, aceptamos con reserva que una parte pueda ser obligada a cumplir con determinados pasos que serán meramente formales, suponiendo que no se traducirán en cualquier solución de fondo. En todo caso, será perfectamente aceptable que un Tribunal, confrontado con una obligación de este tipo, trate de encaminar las partes a una mediación/conciliación.

Iniciado cualquier proceso de mediación/conciliación, su eficacia siempre dependerá de la voluntad de las partes, por lo que si después de desencadenado el proceso una de las partes impide su continuación, no podrá por eso ser específicamente sancionada³⁷. En esa medida, creemos que aún en el caso de cláusulas que impongan mecanismos de mediación/conciliación no se podrá hablar de ejecución específica, dado que esta presupone que el Tribunal se sustituya a la voluntad de las partes. En este tipo

³⁵ Arbitration Act 1996, artículo 9.

³⁶ Como es la posibilidad de, dependiendo de disputa en el Tribunal Arbitral, exigir que un determinado punto legal sea decidido por el Tribunal Judicial - cfr. Arbitration Act 1996, artículo 46.

³⁷ La cuestión podrá valorarse, más tarde, en el momento de la decisión de repartición de cargos de la acción que se pretende aplicar, pero juzgamos que ese será el límite. La Ley Portuguesa ya lo prevé en ciertos casos, aunque de forma no totalmente satisfactoria - cfr. Artículo 447º-D Nro 4 del Código de Proceso Civil: "O autor que podendo recorrer a estruturas de resolução alternativa de litígios, opte pelo recurso ao processo judicial, suporta as suas custas de parte independentemente do resultado da acção, salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio".

de situaciones, eso es imposible: El Tribunal puede desencadenar el proceso de mediación/conciliación (sustituyéndose a las partes), pero no puede asegurar que el mismo produzca resultados.

Sin perjuicio de esa limitación, si el Tribunal adopta una postura proactiva frente a ese proceso de mediación/conciliación, probablemente las partes le darán mayor atención, para no caer en el disfavor del Tribunal.

Independientemente de la confianza que se le tenga a los mecanismos de ADR (y los autores defienden su eficacia), el análisis supra nos lleva a concluir que la inclusión en contratos de cláusulas que impongan precondiciones al desencadenar de acciones deberá ser objeto de mucha ponderación, suponiendo que las cláusulas de resolución de litigios escritas sin gran preocupación son al final susceptibles de, en vez de facilitar la resolución del litigio, generar un foco adicional de discusión³⁸.

Por otro lado, se deberá tener en cuenta que la existencia de este tipo de cláusulas podrá ser aprovechada por una de las partes para fines meramente dilatorios, logrando de este modo retrasar el inicio del proceso arbitral. Por esta razón, creemos que deberá ser el Tribunal, en cada caso, quien decida en qué medida tiene sentido obligar a las partes a utilizar cualquier mecanismo de ADR.

Una última conclusión consiste en que las partes, al redactar contratos, deben darle (por lo menos) la misma atención a las cláusulas de resolución de litigios que a las demás cláusulas contractuales. Aparte del ánimo y de las manifestaciones de buena fe que las partes demuestren durante la negociación de un contrato, es importante recordar que no todo podrá salir bien y que la más perfecta relación entre dos operadores en absoluta buena fe puede siempre ocasionar divergencias.

Cuando eso suceda es preferible contar con cláusulas de resolución de litigio que hayan sido ponderadas y sean adecuadas para su aplicación.

De lo contrario, la parte que vea frustradas sus expectativas en el resultado de previos procedimientos de conciliación previstos en una cláusula contractual, deberá ponderar seriamente en qué medida desea esgrimir ese argumento, en cuanto se arriesga a transferir el centro de la discusión a algo que sólo debería ser una cuestión accesoria.

Para finalizar, y si es loable el propósito de contribuir para las soluciones basadas en la mediación/conciliación, las partes (y los abogados que las asistan) deberán ser conscientes de la decisión que tomen para que, luego, puedan aceptar también sus respectivas consecuencias.

³⁸ Cfr. CHAPMAN, Simon. *Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith*, in *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, 2010 Vol. 27, N° 1, p. 90.

