

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS
AMÉRICAS**

TESIS DE LICENCIATURA EN DERECHO

**“EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS CLÁUSULAS
ESCALONADAS DE RESOLUCIÓN ALTERNA DE
CONFLICTOS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY SOBRE
RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS Y
PROMOCIÓN DE LA PAZ SOCIAL (LRAC)”**

AUTORA: TATIANA MONGE SOLANO

AÑO, 2020

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Monge, Tatiana. *"El carácter vinculante de las cláusulas escalonadas de resolución alterna de conflicto en la aplicación de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (LRAC)"*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad Internacional de las Américas. San José, Costa Rica, 2020.

Agradecimiento:

Primero le agradezco a mi mamá Tatiana, la cual siempre ha estado a mi lado apoyándome en este camino académico y durante toda mi vida, a mi hermana Natalia, a mi papá Oscar y a Andrey.

También agradezco a todos los que me han apoyado y ayudado en este proceso, especialmente a la profesora Zoilamérica, a la profesora Karol F, la profesora Melissa B., el profesor Javier Luna, el profesor Luis Z., a Carlos Picado, a los/as entrevistados/as Laura Ávila, Francisco Gonzales de Cossío, Sergio Artavia y de igual forma a mi tutor Mauricio Rapso, quienes me ayudaron de forma académica y/o emocional en el transcurso de la tesis.

A todos mis compañeros/as de la universidad que me han acompañado durante la carrera, especialmente a Esteban G., Johnny D., Steven S., Esteban P., Andrés B., Jorge J. y Diana P., ya que nos hemos ayudado mutuamente en el proceso de la tesis.

Dedicatoria:

Dedico esta tesis a mi mamá Tatiana que me ha brindado su apoyo incondicional, a mi hermana Natalia, a mi papá Oscar, que siempre han estado ahí para mí y a Andrey.

A mi querido amigo Alberto Hoffman, que siempre recordaré con mucho cariño.

A todos los profesores con la vocación de enseñar, que han formado la educación de muchos profesionales, especialmente los que han sido mis profesores en la universidad, los cuales han hecho que me interese y me apasione el derecho y la educación, en especial a Zoilamérica que me ha recordado la pasión y el valor de la enseñanza, a los primeros profesores que tuve en la universidad como Edwin R., Malena, Bassey y a los más recientes como Karol F., Darcia y Luis Z.

Lista de Abreviaturas

Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social	LRAC o Ley RAC
Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional	LACI
Métodos de Resolución Alterna de Conflictos	RAC, ADR, MASC
Dirección Nacional de Resolución Alterna de Conflictos	DINARAC
Centro de Comercio Internacional	CCI
Dispute Board	DB
Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	UNCITRAL/CNUDMI
Promotora del Comercio Exterior	PROCOMER
Código Procesal Civil	CPC
Multi-tiered Dispute Resolution Clause	MTDRC
Artículo	ART

Resumen

En el presente trabajo de investigación se pretende por medio del estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial tanto nacional como internacional, el análisis de la figura de las cláusulas escalonadas y el carácter obligatorio de dicha figura, siendo que la legislación nacional que regula la materia es la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social (LRAC), la cual será de análisis con el fin de comprender las circunstancias que devienen en la ineficacia de las cláusulas escalonadas en Costa Rica.

Conviene distinguir que el eje central de estudio es la jurisprudencia de la Sala Primera, que es la que resuelve en materia arbitral, su posición hacia a las cláusulas escalonadas y la aceptación de la posición por parte de la Sala Constitucional, que no solo será confrontada con el tratamiento que se le da a nivel internacional a la figura, sino también demostrar la afectación que ocasiona dicha posición, los beneficios de la aplicación de las cláusulas escalonadas y la necesidad de una propuesta de reforma a la ley de resolución alterna de conflictos, con el fin de que se le dé un tratamiento adecuado a las cláusulas escalonadas.

Contenido	
CAPÍTULO I: Introducción	15
Planteamiento del problema	15
Pregunta de investigación.....	18
Antecedentes Internacionales	19
Antecedentes Nacionales.....	39
Objetivo general.....	50
Objetivo específico	50
Justificación.....	50
Proyecciones.....	53
CAPÍTULO II: Marco Teórico.....	54
Evolución jurídica de los Métodos de Resolución Alternativa de Conflictos	54
Origen Jurídico de los Métodos de Resolución Alternativa de Conflictos	55
La implementación de los Métodos de Resolución Alternativa de conflictos en el marco jurídico costarricense	59
Período de 1993-1996	59
Período 1997-2007.....	62
El año 2011	64
Características generales de los métodos RAC	65
Autonomía de la voluntad.....	65
Flexibilidad	65
Rapidez y reducido coste económico	65
La importancia de los intereses de las partes.....	66
La presencia de uno o varios terceros	66
Centros RAC.....	66
El arbitraje como Método de Resolución Alternativa de Conflictos.....	69
Concepto de arbitraje	72
Características del arbitraje	75
Proceso hetero compositivo	75
Mecanismo RAC.....	76
Proceso consensual.....	76
Laudo ejecutable	77
Proceso expedito	77
Confidencialidad	78
Proceso flexible.....	79

Especializado	79
Naturaleza Jurídica del arbitraje: contractualista, jurisdiccional, autónoma y mixta	80
Teoría contractualista o privatista	81
Teoría jurisdiccional o publicista	82
Teoría mixta, ecléctica, intermedia, sincrética, híbrida o realista del arbitraje	84
Teoría autónoma o autonomía científica	86
Los principales principios que rigen el arbitraje.....	88
El principio de la autonomía de la voluntad y el Pacta Sunt Servanda	88
El principio de separabilidad del acuerdo arbitral	92
El principio Kompetenz-Kompetenz.....	93
El principio de la separabilidad del acuerdo arbitral junto con el kompetenz-kompetenz	95
El acuerdo arbitral.....	96
Concepto de acuerdo arbitral	96
Elementos del acuerdo arbitral.....	98
Características del acuerdo arbitral	98
Validez del acuerdo arbitral.....	99
Acuerdo por escrito	100
El acuerdo por escrito en la LRAC	100
El acuerdo por escrito en la LACI.....	100
El acuerdo por escrito en la Convención de Nueva York (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras)	101
Eficacia del acuerdo arbitral	101
Aplicabilidad del acuerdo arbitral.....	102
Arbitrabilidad objetiva	102
Arbitrabilidad subjetiva	103
Alcance material/objetivo	103
Alcance subjetivo	104
Principios del proceso arbitral	104
El principio del debido proceso	104
El principio de intermediación.....	105
El principio de oralidad	106
El principio de informalidad	107
El procedimiento y proceso arbitral	107
Requerimiento arbitral.....	109

Contestación al requerimiento	110
Composición del tribunal arbitral	111
Instalación del tribunal arbitral	112
¿Cuándo se inicia el proceso arbitral?	112
Demanda arbitral	113
Contestación de la demanda arbitral	113
Excepción de Incompetencia	113
Las medidas cautelares dentro del proceso arbitral.....	114
Las audiencias en el proceso arbitral.....	115
Laudo arbitral.....	116
Recurso de nulidad y las causales que determinan la anulación del laudo arbitral ...	118
Los métodos autocompositivos de Resolución Alterna de Conflictos.....	119
La negociación	119
La conciliación.....	120
La mediación.....	121
Conciliación/mediación judicial y extrajudicial según lo dispuesto en la LRAC	126
El conciliador/mediador según lo dispuesto en la LRAC	127
La inexistencia de diferenciación del concepto mediación y conciliación en Costa Rica	128
Mini trial	133
Los métodos que las partes pueden constituir como autocompositivos o heteros compositivos	134
Experto neutral.....	135
Dispute Boards.....	135
La figura de la cláusula escalonada y sus aspectos adyacentes	136
Concepción de la figura de la cláusula escalonada de Resolución Alterna de Conflictos	136
Elementos que deben contener las cláusulas escalonadas	138
Procedimiento obligatorio	138
Certeza.....	139
Período.....	140
Tipología de las cláusulas escalonadas	140
Negociación-Arbitraje	140
Negociación-Mediación-Arbitraje	141
Mediación/conciliación-Arbitraje	141

Otras formas de composición	142
La utilidad de la figura de la cláusula escalonada.....	143
La posibilidad de resolver el conflicto por métodos autocompositivos	143
Menos costos y duración	145
El carácter de las etapas previas: obligatorio y facultativo	146
Facultativo	146
Obligatorio.....	146
La negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje	147
Criterio negativista	147
Teoría de futilidad	148
La aceptación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje	148
La etapa previa como un requisito sustancial	148
La etapa previa como un requisito de competencia	149
La etapa previa como un requisito de admisibilidad.....	150
La posibilidad de medidas cautelares con cumplimiento de paso previo pendiente.....	151
La modificación o renuncia mutua tácita o expresa a la etapa previa al arbitraje	153
Argumentos a favor del cumplimiento de la etapa previa obligatoria	154
Efectos del incumplimiento de la etapa previa de una cláusula escalonada.....	159
Suspensión del proceso arbitral o interponer de nuevo el proceso arbitral	159
Daños y perjuicios.....	159
Anulación del laudo en caso de negar el carácter vinculante del paso previo al arbitraje y negación del reconocimiento y ejecución del laudo.....	160
Las problemáticas que se suscitan en torno a las cláusulas escalonadas	161
Directrices del International Bar Association para las cláusulas escalonadas	167
La figura de las cláusulas escalonadas en Costa Rica.....	168
CAPÍTULO III: Marco Metodológico	169
Enfoque de investigación	169
Diseño metodológico	170
Tabla de operaciones de las variables	171
Tabla de técnicas e instrumentos	173
Técnicas e instrumentos de la investigación.....	174
Revisión documental	174
Revisión bibliográfica	175
Entrevista a profundidad.....	175
Cuestionario	175

Estudio de casos.....	175
Fuentes de información	176
Fuentes de información primarias	176
Fuentes de información secundarias	176
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	177
Análisis de resultados de variables objetivo 1: El alcance de los métodos autocompositivos y hetero compositivos en el desarrollo de las cláusulas escalonadas.....	177
Regulación de los métodos RAC	177
La autonomía de la voluntad como rector de las cláusulas escalonadas	178
La tendencia de los métodos autocompositivos previos al método hetero compositivo	180
Formaciones de las cláusulas escalonadas.....	181
La cláusula escalonada en los diferentes sectores.....	188
Análisis de resultados de variables objetivo 2: Las diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinales en relación con la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas. ..	190
Naturaleza de la etapa previa al arbitraje	190
Las posiciones hacia la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje	190
La repercusión del criterio negativista	190
La errónea negación del carácter vinculante de la etapa previa bajo la teoría de futilidad.....	194
La negación del carácter vinculante en el caso de Colombia y su comparación con Costa Rica en relación con el tratamiento de las cláusulas escalonadas	195
La implicación de la concepción de la etapa previa como un requisito sustancial	203
La implicación de considerar la etapa previa como un requisito de competencia.....	204
Caso Murphy Exploration and Production Company International vs. República de Ecuador.....	208
La correcta interpretación de la naturaleza de etapa previa como un requisito de admisibilidad.....	210
Caso Him Portland LLC vs Devito Builders Inc	214
Caso White vs Kampner	217
La posición de Francia, Suiza y Costa Rica y su contraste en relación con el tratamiento de las cláusulas escalonadas	219
Tribunal federal suizo, decisión 4A_628/2015 de 16 de marzo de 2016	224
El contraste entre la posición de Suiza, Francia y Costa Rica	231
Caso CODISA en el Tribunal Constitucional de Lima, Perú	233
Efectos del incumplimiento de la etapa previa de una cláusula escalonada en la vía	

arbitral.....	235
El efecto del incumplimiento de la etapa previa al arbitraje en la vía judicial	241
Análisis de resultados de variables objetivo 3: El tratamiento establecido en relación con la figura de las cláusulas escalonadas en la jurisprudencia de la Sala Primera y Sala Constitucional	244
Resoluciones de las cláusulas escalonadas en Costa Rica.....	244
Votos de la Sala Primera de la Corte Suprema y Sala Constitucional en relación con la figura de la cláusula escalonada.....	245
Sala Primera de la Corte Resolución N° 2033-2020	245
Sala Primera de la Corte Resolución N° 1293-2016.....	248
Sala Primera de la Corte Resolución N° 1569-2013	252
Sala Primera de la Corte, Resolución N° 69-2012	255
Sala Primera de la Corte, Resolución N° 1366-2011	256
Sala Constitucional Resolución N° 11460-2013.....	258
Los principios lesionados a través de la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje	271
La autonomía de la voluntad.....	271
La autonomía de la voluntad como derecho constitucional, Sala Constitucional Resolución N° 6519-1996	273
La libertad contractual como elemento de la autonomía de la voluntad, Sala Primera de la Corte Resolución N° 656-2005	274
Protección al derecho constitucional de la autonomía de la voluntad, Sala Constitucional Resolución N° 2448-2006.....	275
Libertad contractual para pactar disposiciones contractuales, Sala Primera de la Corte Resolución N° 872-2007.....	276
El no otorgar efecto vinculante a las disposiciones contractuales infringe la libertad contractual, Sala Primera de la Corte, Resolución N° 388-2008 en el mismo sentido Sala Primera de la Corte, Resolución N° 299-2009	277
La no intervención del Estado ante las disposiciones contractuales pactadas por las partes a través de su autonomía de la voluntad, Sala Primera de la Corte, Resolución N° 478-2020.....	278
Principio de razonabilidad	279
Requisitos del Principio de Razonabilidad Sala Constitucional Resolución N° 8858-1998.....	281
Pacta sunt servanda	282
La regulación del Pacta Sunt Servanda Sala Primera de la Corte, Resolución N° 312-2019.....	286
Parámetros generales que regulan el pacta sunt servanda Tribunal Segundo Civil	

Sección I Resolución N° 311-2001	287
Principio de buena fe contractual.....	288
Manifestaciones del principio de buena fe contractual Sala Primera de la Corte, Resolución N° 261-2009.....	290
Regulación del principio de buena fe contractual Sala Primera de la Corte, Resolución N° 2220-2020	291
Presunción de buena fe Sala Primera de la Corte, Resolución N° 2724-2019.....	291
Principio venire contra factum proprium non valet	292
Principio de igualdad.....	295
Principio de igualdad Sala Constitucional Resolución N° 1925-2010.....	297
La inconstitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa Sala Constitucional Resolución N° 3669-2006	298
La tutela judicial efectiva	305
Errónea interpretación de la tutela judicial efectiva en relación con los métodos RAC Tribunal Contencioso Administrativo Sección III Resolución N° 9887-1999.....	311
La diferencia entre la figura del agotamiento de la vía administrativa y el requisito de admisibilidad Sala Constitucional Resolución N° 1574-2008.....	313
Procedimientos similares aplicados en Costa Rica	314
Proceso de usucapión especial agrario Ley de tierras y colonización art. 94.....	314
La Convención sobre el Código de Conducta de las Conferencias Marítimas Sala Constitucional Resolución N° 1922-2004	316
Agotamiento vía conciliatoria laboral	318
Sala Segunda de la Corte Resolución N° 177-2018	318
Sala Segunda de la Corte Resolución N° 26-2017	318
Sala Segunda de la Corte Resolución N° 267-2011	319
Sala Segunda de la Corte Resolución N°1493-2010	319
La etapa previa al arbitraje como obligación de medio y no de resultado	319
La diferencia entre la obligación de medio y de resultado Sala Primera de la Corte Resolución N° 770-2019.....	321
Análisis de resultados de variables objetivo 4: Reforma legal a la LRAC para la aplicación de la figura de la cláusula escalonada.	322
La mediación/conciliación prejudicial obligatoria como figura similar a la cláusula escalonada.....	322
El paso previo al arbitraje como requisito de admisibilidad y la suspensión del arbitraje	325
La buena fe para la aplicación de la reforma legal propuesta y el abuso procesal	327
La aplicación de una causal de nulidad como parte del control judicial para el	

cumplimiento de las cláusulas escalonadas	332
La condena en costas por acudir al arbitraje sin el cumplimiento de la etapa previa al arbitraje en la cláusula escalonada	336
La sesión informativa en la mediación/conciliación hacia una búsqueda del conocimiento del método autocompositivo	339
Las entrevistas en relación con una reforma a la LRAC	344
CAPÍTULO V: Conclusiones y recomendaciones	348
Conclusiones	348
Recomendaciones	356
CAPÍTULO VI: Propuesta	358
La naturaleza de la etapa previa al arbitraje como requisito de admisibilidad y los efectos del incumplimiento de la etapa previa al arbitraje	358
Adición de requisito del requerimiento arbitral y sus efectos jurídicos	360
Reforma al artículo 5 de la LRAC	361
Referencias	363
Libros	363
Tesis	368
Normativa nacional	369
Normativa internacional	370
Documentos electrónicos	371
Jurisprudencia nacional	378
Jurisprudencia internacional	380
Mesa redonda	381
Apéndices	381
Entrevista a Laura Ávila Bolaños directora de la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos en su opinión en carácter personal	381
Entrevista a Sergio Artavia, Abogado y Arbitro, litigante en vía judicial y arbitral.	385
Entrevista a Francisco Gonzales de Cossío, Abogado Mexicano, Arbitro nacional e internacional y mediador.	389

CAPÍTULO I: Introducción

La presente investigación gira en torno a las cláusulas escalonadas, el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, la posición de la Sala Primera y Sala Constitucional, en cuanto a la negación del carácter vinculante, con el fin de saber los motivos por los cuales se niega el carácter vinculante, contrastarlo con las posiciones que aceptan el carácter vinculante tanto en doctrina como jurisprudencia y los efectos jurídicos que implica el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje.

Por otra parte, a través de la investigación se evidencia las problemáticas suscitadas derivadas de las cláusulas escalonadas, siendo la principal, la negación del carácter vinculante y a través del estudio proponer una reforma legal a la LRAC con el fin de que se le otorgue el carácter vinculante a la etapa previa del arbitraje en una cláusula escalonada, por lo que su contenido no se limitará en la concepción conceptual de la cláusula escalonada, sino que se hará un análisis integral de todos aspectos adyacentes y factores que influyen en el tratamiento y aplicación de las cláusulas escalonadas.

A modo de aclaración, el término "carácter vinculante" y el "carácter obligatorio", significan lo mismo y hacen referencia al principio pacta sunt servanda, siendo que el acuerdo tiene fuerza de ley entre las partes, por lo que el carácter obligatorio/vinculante a la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, se lo otorgan las partes en la forma de redactar dicha cláusula.

Por último, otra aclaración necesaria es que se tomarán como cláusulas escalonadas las que se redacten con uno o más pasos previos, sin distinción, puesto que doctrinariamente se ha realizado una distinción entre las cláusulas escalonadas concibiéndolas como las que tienen más de un paso previo y otras como la med-arb (cláusula mixta) en ocasiones no se les ha llamado cláusulas escalonadas, además que se les ha dado una concepción procesal diferente, pero para los efectos de la investigación el término cláusula escalonada se tomarán en cuenta las que se pactan con un paso previo o más pasos previos.

Planteamiento del problema

Se ha generado un auge en la resolución alterna de conflictos, a causa de la creciente utilización de estos mecanismos para resolver sus conflictos de una forma diferente a la ordinaria, que se adapten a las necesidades de las partes, en donde existen diferentes métodos

RAC, que pueden ser utilizados por las partes que consideren estos mecanismos, con el fin de no recurrir a vía judicial para solucionar sus conflictos, esto debido a la congestión y mora dentro del poder judicial, siendo esto un desgaste para las partes, el tiempo que esperan para que se le otorgue una solución a su conflicto.

De tal forma, esto se encuentra en contradicción con el derecho de una justicia pronta y cumplida, regulada en el artículo 41 de la Constitución Política de Costa Rica, lo que puede generar conflicto también con el principio de la tutela judicial efectiva, incluso que la expectativa de derecho se vuelva nugatoria o que ya no exista interés actual de la pretensión que se había planteado desde un principio por el paso del tiempo, por lo que los métodos RAC son una opción viable para que la solución al conflicto sea de una forma más expedita.

Las ventajas que ofrecen los métodos de resolución alterna de conflictos hacen que las partes quieran optar por esta forma alterna de resolución, en vez de la vía judicial, siendo entonces que para optar a estos métodos RAC de forma extrajudicial, las partes deben pactar en el contrato una cláusula de resolución alterna de conflictos o también esta se puede realizar de forma separada al contrato, estableciendo de igual forma los conflictos los cuales se van a llevar a dicho mecanismo.

Debido al desarrollo de estos mecanismos y la creatividad de las partes para redactar cláusulas de resolución alterna de conflictos, ha generado lo que se le denomina cláusulas escalonadas de resolución de conflictos, que son las cláusulas que se pactan de previo métodos autocompositivos, siendo los más comunes la negociación y la mediación/conciliación y posteriormente un método hetero compositivo como el arbitraje o la vía judicial, en el caso de que no se llegue a una solución del conflicto en la etapa previa, siendo su nacimiento por medio contractual y en Costa Rica, no hay regulación con respecto a dicha figura.

Siendo, que el problema radica en que la Sala Primera, se ha negado en darle el carácter obligatorio a los pasos previos pactados en una cláusula escalonada, a pesar de que las partes pacten dichos pasos como obligatorios, antes de acudir al arbitraje o a la vía judicial, siendo que resuelve únicamente basándose en que los métodos autocompositivos son voluntarios y no existe obligatoriedad, pero dicha obligatoriedad se la dan las partes con

pactar de manera obligatoria dicho paso previo o pasos previos, siendo que el contrato es ley entre las partes contratantes de acuerdo al artículo 1022 del Código Civil, infringiendo así el principio *pacta sunt servanda*.

Además, de infringir el principio de autonomía de la voluntad, regulado en el artículo 28 de la Constitución Política de Costa Rica, puesto que si las personas pactaron que el paso previo es obligatorio, se debe respetar la voluntad de las partes de pactar dicho acuerdo como obligatorio, pero la Sala Primera no le otorga los efectos jurídicos que esta debería de tener, haciendo ineficaces estos pasos previos en las cláusulas escalonadas, cuando la parte quiere y alega que se produzcan los efectos jurídicos pactados, que es la obligación del paso previo.

De esta forma, la Sala Primera está permitiendo así que las partes puedan actuar en contra de sus propios actos, actuando de forma diferente a lo que habían pactado, incumpliendo así el paso previo o pasos previos, siendo que dicho incumplimiento contractual la Sala Primera no lo considera, por lo que no causa ningún efecto jurídico perjudicial para la parte que incumple, además de permitir la modificación unilateral de la cláusula escalonada, puesto que permite a una de las parte la renuncia del paso previo.

A consecuencia de esto, la parte que incumple se aprovecha de dicha situación para interponer el proceso hetero compositivo al instante que el conflicto surja, sin haber realizado el paso previo, lo que va en contra de la doctrina del *venire contra factum proprium non valet*, ya que primero se compromete a dichos pasos previos y luego deja de lado dicha obligación, para realizar una conducta contraria a lo que había pactado, es decir, va directamente a la vía, la cual habían pactado como último paso, en caso de que el paso anterior no haya resuelto el conflicto, sin haber realizado el paso anterior.

Siendo de esta forma, que va en contra de la buena fe contractual, puesto que si la Sala Primera impide darle carácter obligatorio, existe despojo de los efectos de lo pactado, la expectativa de cumplimiento no se da y bajo este principio las partes deben actuar de forma que vaya dirigida al cumplimiento de sus obligaciones, que es lo contrario que sucede en estos casos de cláusulas escalonadas, siendo además que también la Sala Constitucional se ha pronunciado a favor de la posición de la Sala Primera, por lo que se está permitiendo la violación de los principios generales de la contratación privada, tanto la Sala Primera como

la Sala Constitucional.

Cabe destacar, que la Sala Constitucional se ha pronunciado a favor de la posición que ha dado la Sala Primera, con respecto a negar la obligatoriedad de los pasos previos en la figura de las cláusulas escalonadas, surgiendo este pronunciamiento debido a que la parte actora en el recurso de nulidad del laudo ante la Sala Primera, interpuso una acción de inconstitucionalidad ante las sentencias de la Sala Primera que deniegan la obligatoriedad los pasos previos de la cláusula escalonada, la cual resultó ser rechazada, basándose en una interpretación del artículo 5 de la Ley RAC, que resulta ser un artículo que se está interpretando de forma errónea.

Conforme a esto, la situación de las sentencias de la Sala Primera, en vez de fomentar los métodos autocompositivos, les resta importancia, viéndolos como simple requisito formal por cumplir y que resultan innecesarios, siendo esto contrario a la naturaleza y fin de la Ley RAC, ya que su objetivo es fomentar la resolución de conflictos de una manera amistosa y pacífica, siendo que la Sala Primera está yendo en contra de dicha naturaleza, interpretando de una manera errónea el fin de la norma, siendo necesario una reforma legal a la Ley RAC, con el fin de que no quede margen a una interpretación errónea, como está sucediendo actualmente, dando a entender que la única forma eficaz de resolver conflictos es mediante un método hetero compositivo.

Cabe señalar, que la Sala Primera no ha analizado a fondo la figura de las cláusulas escalonadas y basa su decisión de forma meramente conceptual de los métodos autocompositivos, sin reconocer la naturaleza de las cláusulas escalonadas, sin tomar en cuenta que debe realizar un análisis integral y fundamentado, no solo tomando en cuenta un análisis de las características de dichos métodos autocompositivos, sino que se debe realizar un estudio contractual, jurisdiccional y de admisibilidad, siendo que la Sala Primera de cierta forma solo se limita en determinar si es competente o no el tribunal arbitral y en las características de los métodos autocompositivos, dejando de lado el estudio contractual y de admisibilidad, que es necesario para estos casos.

Pregunta de investigación

¿Qué elementos jurídicos intervienen en la aplicación de la figura de la cláusula

escalonada en materia de resolución alterna de conflictos en Costa Rica?

Antecedentes Internacionales

Es de relevancia mencionar en la presente investigación los antecedentes internacionales, relacionados con la figura de las cláusulas escalonadas, el abordaje que se le ha dado internacionalmente y las soluciones que se han propuesto con el fin de realizar un contraste entre el tratamiento que se le ha dado nacionalmente con el tratamiento internacional.

Como primer antecedente internacional:

Fernández, Ana (2017), profesora, doctora de Derecho Internacional privado, de la Universidad de Castilla La Mancha escribe un artículo denominado "Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales", el cual se encuentra contenido en la revista Cuadernos de Derecho Transnacional en Marzo del año 2017, donde detalla diversos aspectos de la figura de la cláusula escalonada dentro de las controversias comerciales internacionales, las cuales se van a comentar.

El estudio anteriormente mencionado de forma introductoria establece que en el comercio internacional se ha visto el auge de las cláusulas escalonadas para la resolución alterna de conflictos, debido a que estas son adaptables a diferentes conflictos que se puedan suscitar en las relaciones contractuales, sin embargo, la falta de uniformidad acerca de la aplicabilidad de estas cláusulas persiste (Fernández, 2017, p. 99).

Se evidencia de lo anterior que, si bien las cláusulas escalonadas son utilizadas en diferentes tipos de conflictos, redactadas de acuerdo con las necesidades de las partes, estas debido a la falta de uniformidad acerca de la aplicabilidad, pueden ocasionar problemas para las partes, que son de necesario análisis para la presente investigación, para identificar los problemas, posibles soluciones y recomendaciones que puedan ser aplicadas a la figura de las cláusulas escalonadas en Costa Rica.

De esta forma, la autora en este estudio plantea analizar la naturaleza de las cláusulas escalonadas, beneficios y problemáticas que se han suscitado en la aplicación de estas cláusulas, que, a pesar de esto, se ha reconocido que es un método de uso común para la

solución de conflictos de los contratos comerciales, en particular en los contratos de construcción (Fernández, 2017, p. 99).

Por otro lado, la autora establece en su estudio que la eficacia o ineficacia de las cláusulas escalonadas dependerá de la interpretación de este, por lo que hay que evitar la ambigüedad, que pueda crear confusión acerca de la intención de las partes, por lo que es necesario que la redacción de la cláusula escalonada muestre que el método establecido se ha pactado de forma obligatoria y no facultativa, utilizando expresiones como "las partes deberán" o "las partes están obligadas a", sino el tribunal o la jurisdiccional podría negar la obligatoriedad del acuerdo (Fernández, 2017, pp. 116-117).

Se denota de lo anterior, que resulta de importancia para la investigación las recomendaciones de la autora, puesto que estas podrían adecuarse de manera complementaria a las formas de solución para que la figura de las cláusulas escalonadas se pueda aplicar de una forma eficaz, por lo que la recomendación resulta relevante a la hora de redactar este tipo de cláusulas, con el fin de que no exista confusión de que si estas tienen o no carácter vinculante para las partes.

En consecuencia, la autora en su estudio recomienda en relación con la problemática, lo siguiente:

Para evitar semejante situación la redacción de la MTDRC en términos imperativos proporciona, en efecto, certidumbre en cuanto a si las etapas previas acordadas por las partes antes de un arbitraje o litigio jurisdiccional son obligatorias. Y, en este caso, inclinar a los tribunales arbitrales o jurisdiccionales, a favor de la admisibilidad de los procedimientos previos y a declarar su incompetencia (Fernández, 2017, p. 117).

Por consiguiente, la autora establece lo siguiente con respecto a la redacción de las cláusulas escalonadas:

Cuanto más detallada, estricta y meticulosa sea la redacción de la cláusula, mayor será la probabilidad del cumplimiento de su contenido, evitándose incertidumbres y confrontaciones acerca de su significado y efectos. Dicho, en otros términos, una redacción clara y convincente con respecto a los mecanismos contemplados en el

primer escalón contribuye a reforzar claramente la intención de las partes de que una violación de la MTDRC constituiría un impedimento efectivo a las acciones judiciales o arbitrales (Fernández, 2017, p. 117).

La recomendación hacia la redacción de las cláusulas escalonadas ayuda a la investigación, para la comprensión de cuán importante es el contenido de la cláusula escalonada, ya que a partir de este es que se puede interpretar la voluntad plasmada por las partes y puede determinar si el paso previo resulta o no obligatorio para las partes, de acuerdo con los términos utilizados por las partes que manifiesten su intención o no de que esos pasos previos sean vinculantes.

Otro consejo que establece la autora es que las cláusulas escalonadas redacten un procedimiento simple y claro, que haga evidente la diferencia entre los cada uno de los escalones, que contemple un plazo y los trámites a seguir en cada escalón, con el fin de que se pueda dar una aplicación efectiva de los procedimientos que se establecen o también que permitan la suspensión del arbitraje hasta que se resuelva el paso previo (Fernández, 2017, p.117).

El consejo anterior resulta relevante para la investigación debido a que a pesar de que se sigue refiriendo a la redacción de la cláusula escalonada, no solo se ha referido a la utilización de términos que evidencien la obligatoriedad de los pasos previos, sino que recomienda que el procedimiento redactado para cada paso sea lo más claro y menos complejo posible, que haga una clara diferencia entre cada etapa y cuando finaliza cada uno, con el fin de que la interpretación no resulte un obstáculo para la aplicación de la figura de la cláusula escalonada.

En consecuencia, la autora en su estudio explica que resulta imperativo el establecimiento de forma clara que las etapas previas son condición obligatoria antes de acceder al arbitraje o vía judicial y la inclusión de obligar a notificar formalmente a la parte al iniciar y finalizar cada etapa, como último aspecto menciona que si en las etapas previas, "se prevé la intervención de expertos deberá determinarse cuál es su retribución y el lugar donde deben realizarse las reuniones; y si lo que se dispone es la intervención de un mediador, deberían explicitarse los mecanismos para su selección" (Fernández, 2017, pp.117-118).

Por lo tanto, en el estudio de comentario se establece que es necesario para la redacción de las cláusulas escalonadas lo siguiente:

Los escalones previos deben en la cláusula ser limitados en el tiempo y precisar en la medida de lo posible, del plazo en que finalizan los mecanismos previos a la jurisdicción o al arbitraje. A ello ayuda la indicación de un hecho inequívoco, como una invitación escrita para negociar o mediar bajo la cláusula, o el nombramiento de un mediador (Fernández, 2017, p. 118).

Otro consejo que resulta evidentemente necesario para la investigación es que exista plazos determinados entre cada paso, con el fin de evitar tiempos indefinidos, ya que esto da seguridad jurídica para las partes de que una vez finalizado el plazo, estos podrán seguir a la etapa siguiente, para evitar métodos que puedan entorpecer y obstaculizar el poder seguir con el paso siguiente, por lo que un modelo de cláusula que contenga los diferentes aspectos mencionados ayudarían a las partes a evitar posteriores conflictos derivados a una deficiente redacción de la cláusula escalonada.

Conforme a lo anterior, concluye la autora que se recomienda que el plazo de la escala o escalas previas, sea de una duración razonable, con el fin de que no resulte dilatoria para el proceso y que la parte no pueda utilizarlo de una forma dolosa, por lo que se debe determinar cuando termina o terminan dichas escalas y que se incluya referencias al funcionamiento del proceso del método escogido de forma previa y las personas autorizadas para llevar a cabo el proceso y lo más importante los requisitos para que se pueda ir al paso siguiente de la escala (Fernández, 2017, p. 124).

Por consiguiente, resulta el estudio importante para la investigación, con el fin de conocer la utilidad, panorama, problemáticas y recomendaciones que se presentan dentro de la figura a nivel internacional, con el fin de que puedan servir como beneficio a la aplicación que se le debería de dar en Costa Rica, puesto que el tratamiento a nivel internacional es diferente al aplicado en Costa Rica, siendo que nacionalmente se denota el estancamiento hacia la evolución de los métodos RAC, por lo que este artículo va en pro al crecimiento de la figura y aconseja para evitar problemáticas a la hora de aplicar la figura.

Como segundo antecedente internacional:

Irra de la Cruz, René y Ibarra, Leticia (2015) autoras del artículo denominado "Cláusulas escalonadas ¿Qué tan obligatorio es el pacto de mediación previa?", que se encuentra dentro de una revista llamada Pauta de la ICC México, en específico el número 75 de agosto del año 2015 la cual se llama "Medios Alternativos de Solución de Controversias", la cual expone diversos temas relacionados con los métodos RAC, por lo que a continuación se comentará el artículo en mención.

De acuerdo con el artículo mencionado anteriormente de forma introductoria establecen que "la evolución de las necesidades de los propios actores de comercio", ha generado la aparición de las cláusulas escalonadas, siendo que "la utilización de las cláusulas escalonadas presenta varias interrogantes y retos técnicos para lograr el fin para el que fueron concebidas: solucionar de manera eficiente las disputas", como la fuerza vinculante del paso previo y el efecto del incumplimiento de este (Irra de la Cruz y Ibarra, 2015, pp. 29-30).

Dentro del estudio las autoras explican la tipología de las cláusulas escalonadas, en sectores específicos, los diferentes modelos de mecanismos escalonados y el carácter obligatorio de la figura de la cláusula escalonada, donde establece que la problemática se presenta para las partes cuando la cláusula escalonada "no determina con precisión la obligación que deben cumplir antes de acudir al juicio o arbitraje, puesto que no quedaría claro en qué momento las partes estarían legitimadas para ejercitar su acción ante un tribunal" (Irra de la Cruz y Ibarra, 2015, p. 38).

Todos los aspectos se exponen en el artículo mencionado resultan relevantes para la investigación, puesto que es importante determinar que existen diferentes modelos de cláusulas escalonadas, que estas son utilizadas en diferentes materias y la problemática que puede surgir derivado de la interpretación de una cláusula escalonada, como es que se ha actuado para combatir dichas problemáticas, siendo que a partir de ahí se puede ver un panorama más amplio de lo que implica la figura de las cláusulas escalonadas.

Por otra parte, aseguran las autoras en su estudio que existe una tensión entre la siguiente situación:

Existe una tensión natural entre el principio pacta sunt servanda, en el que reside la fuerza vinculatoria del pacto de las partes de recurrir a una mediación previa al juicio

o arbitraje, por un lado y, por otro lado, el derecho de una parte de someter su acción a un tribunal, el que estará obligado a no incurrir en un supuesto de negación de justicia (Irra de la Cruz y Ibarra, 2015, p. 39).

Por esta razón, resulta de análisis para la investigación la lucha entre el principio *pacta sunt servanda* y el de someter su acción a un tribunal, haciendo la pregunta de cuál prevalece frente al otro, cual tiene mayor importancia, ¿los dos conviven de forma pacífica? o en este caso de la figura de las cláusulas escalonadas en específico a las etapas previas con carácter vinculante, no infringe ninguno de los dos principios, o infringe uno de ellos o dependiendo de la situación cual principio infringe, por lo que resulta de necesario análisis el responder estas interrogantes en la investigación.

Además, las autoras en el estudio afirman que no existe uniformidad de la siguiente forma:

Los casos reportados en diversas jurisdicciones es posible advertir ciertos elementos de apreciación para considerar cuándo la obligación de cumplir los pasos previos de una cláusula escalonada es exigible y cuál es la sanción de su incumplimiento. Sin embargo, la cuestión está lejos de quedar resuelta de una manera clara y, menos aún, generalizada (Irra de la Cruz y Ibarra, 2015, p. 44).

Por consiguiente, las autoras en el estudio concluyen que en "vista la evolución y sofisticación del comercio, parece innegable que las cláusulas escalonadas en los contratos comerciales serán un recurso que las partes seguirán utilizando para buscar un mecanismo más eficiente para resolver sus disputas" y a pesar que los mecanismos ADR son métodos efectivos de resolver los conflictos, se mantiene aún cierta resistencia en acatar el efecto vinculante en la etapa previa que pacta la mediación (Irra de la Cruz y Ibarra, 2015, p.44)

La conclusión del estudio resulta de importancia para la investigación, porque evidencia que la figura de las cláusulas escalonadas llegó debido a la evolución de los métodos de resolución alterna de conflictos y a la necesidad de las partes para la resolución de diferentes tipos de conflictos, los cuales se adecuan al uso de cláusulas escalonadas y que dicha figura llegó para quedarse, además de evidenciar que existe resistencia con respecto a reconocer la obligatoriedad de los pasos previos en una cláusula escalonada como la

mediación.

Por lo tanto, la importancia de este artículo dentro de la investigación, es que muestra la utilización de la figura de las cláusulas escalonadas en diferentes sectores, el porqué de su utilización, los factores que influyen en diferentes países para determinar el carácter vinculante, la falta de uniformidad, el escepticismo hacía que los métodos autocompositivos son métodos eficaces de resolución de conflictos y la existencia de países que aún se han negado a otorgarle el carácter obligatorio a los pasos previos de la cláusulas escalonada, siendo este uno de los problemas que se presenta en Costa Rica.

Como tercer antecedente internacional:

Crespo, María (2014) autora de la tesis "Actuaciones Arbitrales Frente al Incumplimiento de Cláusulas Escalonadas en el Juicio Arbitral" de la Universidad del Azuay, Facultad de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, en Cuenca, Ecuador, como trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogada, la cual expone los efectos jurídicos del incumplimiento de la figura de las cláusulas escalonadas, que se procederá a comentar.

El estudio anteriormente mencionado establece la autora que "tiene como finalidad analizar las etapas previas de una cláusula escalonada para poder determinar cuál es el posible efecto que generaría su incumplimiento dentro del juicio arbitral", realizando un análisis comparado de los casos de diferentes tribunales arbitrales, así como la legislación nacional e internacional (Crespo, 2014, p. vi).

Por consiguiente, en la tesis de estudio, explica la naturaleza jurídica de las etapas previas, cuáles pueden ser los escalones previos, si dichos escalones previos resultan ser obligatorios o facultativos, además si esta se trata de un requisito jurisdiccional, de procedibilidad o un acuerdo sustantivo, planteando en cada uno cual es el contexto en Ecuador y cuáles son los efectos de incumplimiento dependiendo de la naturaleza que se le considere a la etapa previa y que pasa en el caso de imposibilidad de cumplimiento de las etapas previas (Crespo, 2014, pp. 23, 83).

Lo explicado por la autora resulta importante para la investigación, debido a que es necesario determinar la naturaleza jurídica de las etapas previas dentro de una cláusula

escalonada, ya que estas pueden ser de carácter facultativo u obligatorio, siendo que dependiendo de dicho carácter, cada uno recibe un tratamiento diferente, entre esos aspectos a analizar son los tratamientos que se le dan a las etapas previas obligatorias como si se le considera un requisito de admisibilidad, un acuerdo sustantivo o un requisito jurisdiccional.

Concluye la autora a través de dichos análisis que los particulares y el Estado puede pactar cláusulas escalonas pero, en caso del Estado solo se puede incluir las etapas que la ley permita, las posturas de diferentes tribunales arbitrales internacionales, resultan ser "fluctuantes llegando en ciertos casos a ser contradictorias", las etapas previas se deben de redactar de forma clara y expresa, para que su cumplimiento no se vea frustrado, resulta complejo el determinar si resulta fútil o no el acudir a la etapa previa y finalmente recomienda las cláusulas escalonadas siempre y cuando conozcan sus efectos y su redacción sea la correcta (Crespo, 2014, pp. 100, 108).

La conclusión de la autora resulta sumamente importante para la investigación pues establece supuestos que requieren de análisis para la investigación, como los sujetos que pueden pactar las cláusulas escalonadas, las diferentes posiciones internacionales relacionadas con la figura de las cláusulas escalonadas, la teoría de la futilidad en los pasos previos y los diferentes efectos jurídicos que produce la figura, dependiendo de la interpretación que se le dé a la cláusula escalonada.

Debido a lo anterior resulta relevante la tesis en estudio, debido a que evidencia la poca uniformidad dentro de los diferentes criterios a nivel internacional, lo cual genera que no haya una solución clara de cuál debe ser el tratamiento que se le debe dar a la figura de la cláusula escalonada, por lo cual es motivo de análisis las diferentes posiciones, sus pros, sus contras y qué resulta más factible para Costa Rica, en pro de la inclusión del carácter obligatorio del paso previo en una cláusula escalonada.

Como cuarto antecedente internacional:

Martínez, Hilda (2019) autora de la tesis denominada "La naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas en los métodos alternativos de solución de conflictos", de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Carrera de Derecho, siendo el trabajo de titulación previo a la obtención

del título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, la cual desarrolla la naturaleza jurídica de la figura de las cláusulas escalonadas, que se procederá a comentar.

La autora del estudio mencionado con anterioridad a modo de introducción establece que el arbitraje es uno de los métodos alternos de solución de conflicto el cual ha tomado más importancia en estos años, donde las partes han optado por pactar cláusulas escalonadas, para mantener una relación comercial amena y que en caso de conflicto se procure el método más amigable, que son los pasos previos al arbitraje, pero, que el problema surge cuando estos no se cumplen (Martínez,2019, p. XI).

Lo anterior demuestra la utilidad e importancia de las cláusulas escalonadas, lo que resulta de importante demostración dentro de la investigación, para determinar que es relevante proponer soluciones a la problemática de la aplicación de las cláusulas escalonadas, debido a que la aplicación eficaz de la figura, provoca beneficio a las partes debido a que la utilización de métodos autocompositivos acercan a las partes, se trata de solucionar de una forma más pacífica, con el fin de mantener relaciones contractuales más estrechas y duraderas.

Entre los problemas que se derivan de la figura de la cláusula escalonada la autora menciona lo siguiente:

La redacción de las cláusulas es poco clara o ambigua respecto a los diferentes pasos, sin prever etapas preclusivas, y el carácter imperativo o no de los escalones impidiendo que una de las partes pueda acceder al arbitraje. Del mismo modo, una causa de los problemas es cuando las partes no quieren cumplir el procedimiento previsto (Martínez,2019, p. 6).

Por tal motivo, dichos problemas se deben evidenciar en la investigación con el fin de determinar el origen de los problemas, recomendaciones para evitar dichas situaciones, métodos para enfrentar dichas problemáticas, con posibles soluciones para la interpretación adecuada de la figura de la cláusula escalonada, evidenciando que uno de los mayores problemas surge cuando una de las partes no quiere cumplir el paso previo, cuando este se había pactado de forma obligatoria.

Además, la autora establece que existe muchas formas en que se puede considerar el paso previo en una cláusula escalonada, ya sea un requisito jurisdiccional o de procedibilidad, que bajo el supuesto de que se trate como jurisdiccional implica que "la voluntad de las partes el cumplimiento de dichas etapas para luego otórgales jurisdicción a las partes. Bajo esta premisa, el cumplimiento de las etapas previas es un requisito jurisdiccional para que el tribunal arbitral se pueda declarar competente" (Martínez,2019, p.9).

Las diferentes formas en que se pueden considerar la figura de las cláusulas escalonadas, en específico la naturaleza de las etapas previas, es necesario el análisis, para posicionarse dentro de uno de los supuestos y a su aplicación en Costa Rica, por lo que el conocer las posiciones, permite decidir cual se considera más pertinente para determinar la aplicación de la figura y cual efecto se pueda estimar oportuno para el funcionamiento de la cláusula.

Por otro lado, el estudio a tratar establece que, si se trata de un requisito de procedibilidad, se tendría un tratamiento que "en consecuencia, mientras el primer nivel no se cumpla, el tribunal arbitral tendría que inadmitir la demanda hasta que las partes cumplan dichos escalones" pero, hay tribunales arbitrales que toman las etapas previas de una cláusula escalonada como "requisitos de procedibilidad; pero le dan una sanción distinta a la inadmisibilidad" (Martínez, 2019, pp. 10-11).

Por ejemplo, la autora menciona el caso de Ecuador que aplica una "sanción" distinta a la inadmisibilidad, ya que en Ecuador se considera que "incluso cuando las partes se hubieren comprometido a participar en una negociación previa, si una parte se rehúsa a participar en ella, se entiende que la negociación no tendría éxito y solo implicaría una pérdida de tiempo" (Martínez,2019, p. 12).

El ejemplo anterior evidencia que a pesar de que existen diferentes posiciones acerca de la naturaleza de las cláusulas escalonadas, siendo que cada uno causa un efecto jurídico diferente, debido a la interpretación que se le da al paso previo, se puede ver que en el caso de Ecuador a pesar de determinar que es un requisito de admisibilidad, no aplica el efecto como tal de inadmisibilidad, sino que considera la futilidad como elemento esencial, lo que evidencia que el elegir alguna de las posiciones no siempre asegura que se aplique los efectos

jurídicos que implica esta posición, lo que resulta un análisis importante, con el fin de evitar una situación como esta, que a pesar de posicionarse no otorga los efectos jurídicos.

De tal forma, concluye la autora del estudio en comentario, considerando lo siguiente:

La posición de que las etapas previas son un requisito de procedibilidad, es decir, condiciones sin cuya concurrencia no puede iniciarse un proceso o bien, si ya ha sido iniciado, no puede legalmente continuar; y, por lo tanto, debe declararse inadmisble la demanda al solicitar un juicio arbitral pero solamente en el caso de que las partes haya pacto un tiempo de espera antes de iniciar una contienda legal (Martínez, 2019, p. 13).

La conclusión de la autora evidencia una posición limitada hacia las cláusulas escalonadas, lo cual es de necesaria indagación la razón por la cual considera que únicamente se le debe otorgar los efectos jurídicos, -que deberían tener las cláusulas escalonadas-, cuando estas establezcan un plazo, el cual debe ser tomado en cuenta por un asunto de seguridad jurídica de las partes, por lo que se debe de pensar en qué sucede cuando las partes no pacten plazos para cada una de las etapas.

Por lo tanto, esta tesis resulta importante para la investigación, debido que el caso de Ecuador es de cierta forma similar al caso de Costa Rica, pues considera innecesario el acudir a la etapa previa y un mero formalismo para completar el requisito previo pactado por las partes, siendo que en Costa Rica considera como fracasada la etapa previa de la cláusula escalonada, debido a que la parte fue directamente al arbitraje, por lo que comparten de cierta forma una posición parecida, el cual resulta importante de analizar.

Como quinto antecedente internacional:

Cremades, Anne (2016) autora del artículo "¿Qué sanción en caso de incumplimiento de una cláusula escalonada de resolución de controversias?", contenido en Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje, Wolters Kluwer, del año 2016, revista número 26, donde expone las sanciones ante el incumplimiento en una cláusula escalonada, en los casos de Francia y Suiza, los cuales serán de comentario.

El artículo anteriormente mencionado a modo introductorio establece que es cada vez

más frecuente el uso de las cláusulas escalonadas o "multi-tier dispute resolution clause" que se les llama en inglés, los cuales se basan en un paso o pasos previos al arbitraje, con el fin de que se produzca el acercamiento de las partes para solucionar de una forma más rápida, barata y menos confrontativa (Cremades, 2016, p. 57).

A pesar de que las cláusulas escalonadas suponen una solución pacífica, la autora establece las siguientes interrogantes:

En la práctica, estas cláusulas han generado una problemática compleja en torno a su obligatoriedad y a su sanción. ¿es o no obligatorio agotar los escalones previos antes de iniciar un arbitraje? En caso de no agotamiento de los escalones previos, ¿el tribunal arbitral es competente para adjudicar el caso? ¿tiene que declararse incompetente *ratione temporis*, o declarar la demanda inadmisible, o suspender el arbitraje para permitir a las partes remediar el incumplimiento?, ¿es posible obligar a una parte a cumplir con esta cláusula?, ¿y quién lo puede hacer?, ¿los árbitros, el juez de apoyo o el juez de la anulación?, ¿se puede condenar a la parte incumplidora a daños y perjuicios?, ¿cuál es el control operado por el juez en caso de recurso de anulación?, ¿un laudo arbitral puede ser anulado en caso de incumplimiento del escalón pre arbitral? (Cremades, 2016, pp. 57-58).

Las anteriores interrogantes son de necesaria respuesta para la aplicación eficaz de la figura de las cláusulas escalonadas, debido a que no basta con aplicar la teoría o determinar la naturaleza de la cláusula escalonada, sino conocer los efectos de su aplicación, con el fin de determinar lo que sucederá en la práctica, siendo que la aplicación de la figura resulta tener efectos procesales los cuales hay que determinar y analizar en la investigación.

Expresa la autora en su estudio que las problemáticas, implican la determinación de que, si se trata de un asunto de competencia o de admisibilidad, que esta dependerá de la jurisdicción que la trate, por lo que resulta variante en cada uno de ellos, que pueden implicar que de un lugar a otro se decida un tratamiento a la figura completamente contrario y las decisiones dependerán de la legislación sede del arbitraje (Cremades, 2016, p.58).

Las problemáticas que plantea la autora son importantes para la investigación, debido a que evidencia que todavía no existe un camino por seguir para la aplicación de la figura de

las cláusulas escalonadas, sino que hay diferentes consideraciones por determinar para su aplicación, que dependiendo del país estas varían, puesto que de país en país se ve un tratamiento diferenciado hacia una misma figura, lo que evidencia la falta de uniformidad hacia como tratar la figura de la cláusula escalonada, que obviamente dependerá de la legislación sede de arbitraje y la interpretación que se le dé a esta.

La autora centra su estudio en la posición de Francia y Suiza, siendo que "ambos países, si bien se considera que cuando las partes han pactado un mecanismo pre arbitral obligatorio para la resolución de disputas, dicho mecanismo tiene fuerza obligatoria y su incumplimiento debe ser sancionado, la manera de hacerlo difiere radicalmente" (Cremades, 2016, p. 58).

Las posiciones que expone la autora de los países Francia y Suiza, son de interesante análisis para determinar la determinación que acogen dichos países para la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas, además que evidencia que ambos países tienen un tratamiento diferente hacia la aplicación de dicha figura, por lo que es importante determinar la razón por la cual cada país escoge una posición para la aplicación y su fundamentación.

Explica la autora la posición francesa, establece que esta se inclina por darle el carácter obligatorio a lo pactado, estableciendo que el incumplimiento del paso previo implica un aspecto de admisibilidad de la demanda, pero, según La Corte de Casación francesas se debe volver a iniciar el proceso arbitral una vez declarado la inadmisibilidad, pero, los árbitros no están obligados a acoger la posición de los jueces (Cremades, 2016, pp. 59-60).

Otro aspecto que establece la autora es que el ser una cuestión de admisibilidad implica una problemática, la cual es que no constituye una excepción de incompetencia, por lo que no constituiría una causal de anulación del laudo, es decir no el incumplimiento no derivaría en posteriormente la anulación del laudo, por lo que "el juez francés de la anulación no ejerce ningún control sobre el cumplimiento de las cláusulas escalonadas, al considerarlo una cuestión de admisibilidad y no de competencia", por lo que la falta de sanción por los árbitros en caso de incumplimiento no es sancionada por el juez de anulación (Cremades, 2016, pp. 59-60).

El aspecto que expone la autora hacia la posición de que se trata de una cuestión de admisibilidad es un punto importante por explicar dentro de la investigación, puesto que expone los pros y contras de escoger dicha posición o no, las problemáticas y los vacíos que en la práctica se puedan suscitar a la hora de aplicar la figura de la cláusula escalonada bajo la premisa de que se trata de un requisito de admisibilidad.

Por otro lado, en el artículo de estudio se establece que el caso de Suiza, contrario al caso de Francia no se trata de una cuestión de competencia o admisibilidad sino que estas no deberían de ser excluyentes entre sí, pero, por falta de un motivo más adecuado se utiliza la causal de anulación relativa a la competencia del tribunal arbitral, puesto "que hasta que no se haya cumplido con el mecanismo pre arbitral obligatorio pactado, la cláusula arbitral aún no es obligatoria y, por lo tanto, el tribunal arbitral carece de competencia *ratione temporis*"; además los jueces si controlan si el demandante ha cumplido o no, con la cláusula escalonada o no, antes de acudir al arbitraje (Cremades, 2016, pp. 60-61).

La otra posición que expone la autora de que se trata de una cuestión de competencia, es de necesaria explicación dentro de la investigación, puesto que en esta se deben de exponer las diferentes posiciones que se suscitan dentro de la aplicación de la cláusula escalonada, lo que evidencia además que cada posición tiene sus aspectos positivos y negativos, dentro de la práctica procesal, lo cual se debe analizar con el fin de determinar cual resulta más favorable para Costa Rica.

Concluye la autora, con la recomendación de que las cláusulas escalonadas que se pacten sean expresamente facultativas y no obligatorias, con el fin de evitar la discusión con respecto de que si el paso previo resulta ser de carácter obligatorio o no, ya que "en la práctica, estas cláusulas han sido muchas veces el objeto de controversias largas, complejas y costosas (ante el tribunal arbitral y luego el juez de la anulación) en torno a su obligatoriedad y su cumplimiento" (Cremades, 2016, p. 70).

Por lo anterior, resulta de relevancia el artículo en estudio, debido a que muestra dos posiciones interesantes, la de Suiza y la de Francia, que resultan tener aplicaciones, interpretaciones y problemáticas diferentes, a pesar de ambos aceptan la obligatoriedad del paso previo en una cláusula escalonada, su tratamiento resulta diferente y se producen

dificultades diferentes, lo cual sirve con el fin de análisis teórico y práctico, con base en los resultados obtenidos en ambos países.

Como sexto antecedente internacional:

Arjona, Adán (2018) autor del artículo "Las cláusulas escalonadas en el arbitraje comercial en Panamá" dentro de la revista Métodos Alternos de Solución de Conflictos en Panamá, publicada por el Centro de Solución de Conflictos (CESCON), en su primera edición del año 2018, en donde explica la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas en el arbitraje comercial en Panamá, que será de comentario.

Expone el autor del artículo anteriormente mencionado, que el propósito de su artículo es hacer un acercamiento a la figura de las cláusulas escalonadas "o multinivel en el arbitraje comercial en Panamá, con miras a otear cuáles son sus proyecciones de viabilidad jurídica en el ordenamiento nacional y qué soluciones pueden encontrarse a las cuestiones problemáticas que plantean su adopción" (Arjona, 2018, p. 17).

Establece el autor que "el surgimiento de este fenómeno convencional", refiriéndose a la figura de las cláusulas escalonadas hace que problemáticas en torno a la figura surjan, siendo que existen diferentes posiciones jurisprudenciales como doctrinales al respecto de los efectos jurídicos que estas causan y las dificultades que ha generado la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas, por lo que el autor considera relevante enumerar sus principales problemas (Arjona, 2018, p. 19).

Entre las interrogantes que menciona el autor es si el incumplimiento de las cláusulas escalonadas ¿resulta ser una cuestión sustantiva o procesal?, ¿qué efectos da en el caso que resulte sustantiva o procesal?, si resulta sustantivo ¿cuál sería la sanción por el incumplimiento y si es procesal que debe hacer el tribunal frente al incumplimiento de los pasos previos?, ¿es ejecutable o no los pactos previos en una cláusula escalonada?, ¿resulta ser una cuestión de admisibilidad o de competencia para el tribunal arbitral?, ¿el reconocer el incumplimiento debe ser de oficio o a solicitud de parte? y que efectos implicaría, ¿se podría condenar a daños y perjuicios?, ¿puede ser motivo de anulación del laudo?, entre otras interrogantes (Arjona, 2018, p. 19).

Las interrogantes que menciona el autor demuestra las implicaciones que tiene en la práctica la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas, las cuales resultan relevantes para la investigación y que dependiendo de la posición supone factores diferentes que pueden afectar la aplicación de las cláusulas escalonadas, siendo que como establece el autor dichas posiciones se han interpretado a través de doctrina y jurisprudencia, por lo cual resulta en una falta de uniformidad y que en los países se pueda tener diferentes interpretaciones o incluso se pueda contradecir la sede arbitral con la vía judicial cuando se discuta la nulidad de un laudo, esto debido a la falta de regulación mediante ley de esta figura.

Aprecia el autor mediante sus interrogantes, las diferentes formas, nivel de complejidad, el entendimiento y la decisión para la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas y que es un tema el cual no ha sido resuelto de una forma generalizada, a pesar de haber sido analizado por medio de jurisprudencia y doctrina de diferentes países, que de igual forma dependerá de la ley sede del arbitraje o la ley especial interna que regula la figura del arbitraje, el cómo se procederá ante la figura de las cláusulas escalonadas (Arjona, 2018, p. 19).

La afirmación del autor de que existen diferentes formas de cláusulas escalonadas, que depende de la complejidad de estas el que sea más difícil la interpretación y que evidencia que existe una problemática en torno a la figura, que no ha sido resuelta de una forma generalizada, demuestra la necesidad de estudio que requiere la figura y de que es menester el aportar recomendaciones para evitar los problemas que se suscitan y soluciones a los problemas que se presentan, además evidencia que la regulación de la sede de arbitraje es un elemento esencial para la aplicación de la figura.

Derivado del estudio el autor se inclina más por la posición de que "las cláusulas escalonadas de carácter obligatoria no provoca la inadmisibilidad de la demanda arbitral, sino que plantea problemas que afectan las condiciones para que los árbitros asuman la competencia para decidir la causa" y que debería suspenderse el proceso arbitral o expedir un laudo donde los árbitros se declaren incompetentes hasta que las partes cumplan con los pasos previos, puesto que al no cumplir los pasos previos el tribunal arbitral no puede asumir la competencia (Arjona, 2018, pp. 23-24).

Por lo anterior, resulta importante para la investigación el estudio anteriormente mencionado, debido a que plantea unas interrogantes relevantes de análisis para establecer la forma aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas que más se adecue a la naturaleza del arbitraje y a la autonomía de la voluntad de las partes, en pro de la aceptación del carácter obligatorio de las cláusulas escalonadas, siendo un contraste de opciones las cuales pueden plantear la solución de las problemáticas que suscitan la figura.

Como sétimo antecedente internacional:

Rosero, Nicolás (2017) abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia, asociado del área de arbitraje en Bullar Falla Ezcurra, Perú, profesor adjunto en la Pontificia Universidad Católica del Perú, autor del artículo "Regulación de las cláusulas escalonadas en Colombia: Contradicción de principios entre el derecho procesal y el arbitraje", dentro de la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal número 46 del año 2017, en donde explica la contraposición entre el derecho procesal y el arbitraje, que será de comentario.

A modo de introducción, el autor del artículo anteriormente mencionado establece que pocos países le han puesto atención a la figura escalonada, como Colombia, lo que ha generado disputa con respecto a la figura y discusión con respecto a un artículo del Código General del Proceso, que restringe la eficacia de la figura, por considerar que obstaculiza la administración de justicia pero, dicha concepción contradice los principios de la flexibilidad y autonomía de la voluntad dentro del arbitraje (Rosero, 2017, pp. 71-72).

El autor hace una aclaración de que Colombia tiene un sistema dualista de regulación del arbitraje se ve reflejado la incidencia que tiene el Código General del Proceso, dentro del proceso arbitral doméstico, debido a que un artículo prohíbe el pactar cláusulas escalonadas, "a pesar que dichos pactos son de naturaleza arbitral, como un desarrollo de la libertad contractual de las partes para diseñar el procedimiento", lo ha sancionado con la desaplicación de estas por ser un obstáculo para la administración de justicia (Rosero, 2017, p. 73).

El problema que evidencia Colombia es uno de los casos importante de análisis para la investigación, puesto que tiene supuestos similares al caso de Costa Rica, aunque el origen del problema no sea el mismo, causa la misma violación de principios de la contratación

privada y se evidencia una lucha entre estos principios anteriormente mencionados y el acceso a la justicia, pues se está tomando como un obstáculo para la administración de la justicia, que son elementos esenciales a tener en cuenta para la investigación.

Además, el autor acepta que "no existe consenso a nivel global sobre los efectos del acuerdo arbitral escalonado. Sin embargo, la tendencia mayoritaria de los tribunales judiciales se ha encaminado a aceptar sus efectos vinculantes", por lo que depende de la posición o criterio que tenga el tribunal arbitral o jurisdiccional y la incidencia que tenga el derecho procesal nacional en la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas (Rosero, 2017, pp. 73, 75).

Evidencia el autor que no existe una uniformidad en la aplicación de la figura de la cláusula escalonada y que efectos tiene dicha aplicación pero, evidencia que la mayoría de estos aceptan los efectos vinculantes que tienen las cláusulas escalonadas, lo que demuestra que en el caso de Colombia y Costa Rica, de cierta forma están yendo contra corriente y se niegan en aceptar dichos efectos vinculantes, por lo que significa un retroceso en el desarrollo de los métodos de resolución alterna de conflictos.

Por otro lado, se establece en el estudio que la desaplicación de la figura, negando sus efectos jurídicos vinculantes y tajantemente prohibir la redacción de cláusulas escalonada, vulnera los principios de las partes como "la autonomía privada de la voluntad, el alcance del margen de configuración de los procedimientos judiciales y arbitrales que posee el legislador, las funciones y finalidades de la administración de justicia, el principio de buena fe contractual y su presunción a favor de los contratantes" (Rosero, 2017, pp.81-82).

Concluye el autor que "la tesis prevalente en Colombia sobre el arbitraje nacional es principalmente de orden procesal, anteponiéndose a la visión contractual" y el artículo que prohíbe la redacción de cláusulas escalonadas vulnera derechos y principios del arbitraje, por lo que "el análisis contractual-jurisdiccional debería ser reemplazado por uno de jurisdicción-admisibilidad. Entendiendo por jurisdicción al poder del árbitro/juez para conocer del proceso y admisibilidad, a si existen vicios que afectan, pero no eliminan la jurisdicción del tribunal" (Rosero, 2017, p. 90).

El problema que evidencia el autor es de suma relevancia para la investigación, puesto

que pone en evidencia que existe una falta de interpretación integral de la figura de la cláusula escalonada, siendo que en Colombia solo se está viendo por el lado procesal, dejándose de lado el acuerdo contractual que evidencia el efecto vinculante para las partes, que es una problemática que también aparece en Costa Rica.

A pesar de que el caso de Colombia es diferente a la situación en Costa Rica, resulta relevante porque tiene aspectos similares y lo más importante el mismo efecto jurídico, la ineficacia de la figura de las cláusulas escalonadas, negando la obligatoriedad a los pasos previos, pactados por las partes, que si bien el origen de esta situación no es la misma que Costa Rica, ambos ven afectados por las consecuencias de la desaplicación de la figura, por lo que matizar el tratamiento de la figura en Costa Rica y en Colombia resulta relevante para la investigación.

Como octavo antecedente internacional

Gómez, Miguel (2017) catedrático de Derecho Internacional Privado, UNED, España autor del artículo "El Convenio Arbitral: Statu Quo" dentro de la revista Cuadernos de Derecho Transnacional, volumen 9, número 2 del año 2017, donde analiza el estado actual del convenio arbitral, en donde menciona la figura de la cláusula escalonada entre los temas actuales del convenio arbitral, lo que será de comentario.

De modo introductorio el autor del artículo anteriormente mencionado establece que en su estudio analiza el convenio arbitral en la actualidad bajo la jurisprudencia internacional, comparada y española, en la interpretación de normas internacionales y de fuente interna que regulan el convenio arbitral, su eficacia y la evolución e innovación de los convenios arbitrales como las cláusulas de escalación (Gómez, 2017, p. 7).

Afirma el autor que, con mayor frecuencia, sobre todo internacionalmente, que las partes acuerden un mecanismo en donde existe una fase de cooperación y una posterior de confrontación, que se les denomina cláusulas escalonadas, las cuales suelen empezar por lo siguiente:

Por una primera fase de negociación (mediación) y, llegado el caso, terminando en una fase de confrontación (arbitraje). Dependiendo del tenor de la cláusula, lo anterior

implica en la práctica que las partes sólo podrán plantear la vía arbitral cuando, previamente, hayan intentado o agotado el cauce de la mediación (Gómez, 2017, p. 28).

De lo anterior resulta importante porque evidencia que, en el convenio arbitral actualmente, no solo existe la cláusula simple que pacta únicamente el arbitraje, sino que el convenio arbitral ha evolucionado debido a la necesidad de las partes, por lo que se ha creado la figura de las cláusulas escalonadas, que redactan las partes de forma que se adecue a su relación contractual y la intención de las partes de procurar una solución de forma más amistosa.

Plantea en el autor que existen dos tipos de cláusulas escalonadas, la facultativa y las obligatorias, siendo que la facultativa basta el iniciar el arbitraje, ir a vía judicial, no presentarse al paso previo o renunciar en cualquier momento posterior, para que se dé renuncia tácita unilateral al paso previo, por lo que queda en las partes el momento y la forma en la cual se lleva a cabo el procedimiento de la cláusula escalonada, siendo que quedaría en una cuestión de buena fe el cumplir o no (Gómez, 2017, pp. 29-30).

Por otro lado, el autor establece que la obligatoria supone un tratamiento diferente, ya que en el caso de que se acuda directamente al último escalón, la parte debe alegar la violación del paso previo, siendo que si no lo alega se da por aceptado y por otro lado en el caso de alegar el incumplimiento del paso previo, la solución que plantea la jurisprudencia comparada es el de la incompetencia temporal del árbitro (Gómez, 2017, p. 30).

Un aspecto importante que expone el autor es que la violación del paso previo debe alegarse a petición de parte, siendo que si no se alega se daría por aceptada la condición de que no se cumplió con el paso previo, por lo que no se podría alegar esto de forma posterior a la hora de revisar el laudo, siendo esto un punto importante para tener en cuenta en la investigación.

De conformidad con lo anterior, el autor aclara que "en cualquier caso, al hacerse valer el cauce de la mediación, el árbitro debe declararse incompetente hasta que aquélla, cuanto menos, se intente", siendo que la doctrina comparada participa mayoritariamente de dicho criterio, ya que el no considerar aquella interpretación, "supone vulnerar los principios

de autonomía de la voluntad de las partes y pacta sunt servanda" (Gómez, 2017, p. 30).

Esto asegura el autor tiene su fundamento en que "si las partes acordaron libremente conceder una oportunidad al cauce de la mediación antes que iniciar cualquier otro cauce de confrontación (ya sea arbitraje o jurisdicción), así deberá procederse". siendo que el irrespeto de "ese cauce supondría tanto como un incumplimiento del acuerdo pactado" (Gómez, 2017, p. 30).

La afirmación del autor resulta importante para la investigación, debido que evidencia que el incumplimiento de los pasos previos en una cláusula escalonada supone una violación al acuerdo pactado, violentando el principio de autonomía de la voluntad y pacta sunt servanda, debido a que el acuerdo es fuerza de ley entre las partes, demostrando así que existe una problemática con el no cumplimiento de la fase previa pactada por las partes.

Dicho artículo resulta de mucha importancia para la investigación pues evidencia que la negación del efecto de obligatoriedad en una cláusula escalonada obligatoria infringe el principio de autonomía de la voluntad y el principio pacta sunt servanda, además de establecer el tratamiento que se le ha dado a nivel internacional a la figura de la cláusula escalonada el cual es la incompetencia temporal del árbitro, mientras se realiza el paso previo que las partes pactaron.

Antecedentes Nacionales

Es de relevancia mencionar en la presente investigación los antecedentes nacionales, acerca del tema de las cláusulas escalonadas, para conocer el abordaje que se le ha dado nacionalmente a la figura.

Como primer antecedente nacional:

García, Mario (2006) en artículo publicado en la Asamblea Legislativa, denominado "El Departamento de Servicios Técnicos y su función asesora" establece que el departamento de servicios técnicos, es un equipo que brinda asesoría oportunamente y conforme a los cambios y necesidades de los legisladores, siendo "el órgano técnico que valora todas las iniciativas que ingresan a la corriente legislativa", que dentro de sus funciones es "realizar estudios y rendir informes técnicos relativos a los proyectos de ley que se presenten a la

Asamblea Legislativa" (García, 2006, pp. 6-7).

El anterior artículo mencionado es un preámbulo para la determinación de que es el Departamento de Servicios Técnicos y la función de este para la introducción del informe técnico de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, el cual resulta de interés para la investigación, la razón por la cual se promulgó la ley que regula los métodos alternativos de conflictos en Costa Rica, el cual se aplica a la figura de las cláusulas escalonadas.

El Departamento de Servicios Técnicos realizó un informe acerca de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, bajo el expediente número 12.840, el cual establece que "el objetivo del proyecto es establecer una regulación concreta y detallada de tres institutos jurídicos que cataloga como componentes de la Resolución Alternativa de Conflictos (R.A.C.), la mediación, la conciliación y el arbitraje".

Establece el informe anteriormente mencionado que "la resolución alternativa de conflictos se plantea como una opción ante la falta de respuesta oportuna (pronta y cumplida) de la justicia administrada por el Estado ante los conflictos que diariamente se suscitan en la sociedad".

Por lo anterior, se puede determinar que esta ley se creó ante la necesidad de una justicia que respondiera a las necesidades de la evolución de la sociedad y a los conflictos que surjan de estos, donde la vía judicial, puede no ser satisfactoria para las partes, dando la opción de una forma alternativa de resolución de conflictos y ante dicha necesidad se han visto diferentes figuras de resolución alternativa de conflictos, debido a que las partes lo adecuan a su conflicto, como es el caso de la aparición de las cláusulas escalonadas.

Además, en el informe se establece que "es válida una justicia distinta de la Estatal, mientras se establezca como alternativa u opcional, dependiente de la voluntad de las partes", esto resulta importante para la investigación ya que expresamente por ley se permite una justicia distinta a la vía judicial y mediante esta es que se regula dichas figuras.

Por otro lado, conforme a lo anterior, el referirse que depende de la voluntad de las partes, es que estas deciden a cuál vía ir, si a la judicial o la vía alternativa y que esa voluntad se

ve plasmada en un acuerdo, que expresa el consentimiento de las partes a acudir a dicha vía, como es el caso de pactar una cláusula escalonada, donde las partes expresan dicha voluntad de pactar por etapas la resolución de su conflicto.

De esta forma, lo anterior demuestra la razón por la cual es importante para la investigación el informe del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, ya que se trata del informe técnico de la Ley que regula la materia de resolución alterna de conflictos, por la cual se interpreta la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas.

Como segundo antecedente nacional:

Yglesias, Roberto (2018) abogado y árbitro nacional e internacional, profesor de derecho civil en la Universidad de Costa Rica, doctor por la Universidad Complutense de Madrid autor del artículo "El acceso a la Justicia Arbitral", que se encuentra dentro de la Revista Judicial, del Poder Judicial de Costa Rica, número 123 del año 2018, donde principalmente propone que sea de mayor acceso el arbitraje, pero también impulsa la mediación en las cláusulas escalonadas de mediación-arbitraje, lo cual será de comentario.

El autor del artículo anteriormente mencionado, estableciendo su visión del acceso a la justicia arbitral como un aspecto importante para el proceso arbitral, por lo cual la introducción de la justicia arbitral como derecho fundamental en el artículo 43, es una inclusión que propicia una justicia más expedita y especializada, la cual expresa la libertad de elección de la persona entre la vía judicial o el arbitraje y el ejercicio de la autonomía de la voluntad (Yglesias, 2018, pp. 12-13).

Además, el autor habla acerca de un impulso a la mediación, en donde recomienda que las prácticas para mejorar la redacción y lenguaje dentro de la cláusula y en específico de las cláusulas escalonadas, que comienzan como paso previo la mediación y posteriormente realizado el paso previo se pasa al siguiente escalón que sería el arbitraje (Yglesias, 2018, p. 16).

De tal forma que esa redacción de forma inequívoca demuestre y evidencie que el infringir lo dispuesto en esta cláusula causa un incumplimiento contractual grave hacia las obligaciones contraídas por las partes en el contrato, siendo que dicho incumplimiento pueda

valorarse de tal forma que pueda darse una eventual sanción por parte del tribunal arbitral, el no haber acudido de forma previa a la mediación (Yglesias, 2018, p. 16).

De tal forma, el autor afirma que, mediante dicha recomendación, busca intervenir en la posición actual de la Sala Primera "que estima como inocua, la desaplicación de un acuerdo formal de mediación, por una parte, cuando acude directamente a una vía jurisdiccional", recomendando posteriormente una cláusula modelo de mediación, con el fin de influir y mejorar en la interpretación de la figura de la mediación previa al arbitraje o la vía judicial (Yglesias, 2018, p. 16).

Si bien el autor se refiere al acuerdo de mediación simple y también la cláusula escalonada, se tiene en ambos el mismo problema, ya que se presenta en la cláusula escalonada una problemática que es el no otorgamiento de efecto vinculante de la etapa previa de la cláusula escalonada, que esta puede ser la mediación, por lo que se ve que tanto un acuerdo de mediación simple, -que evidentemente se iría a vía judicial si no se llega a un acuerdo-, como la etapa previa en una cláusula expresamente escalonada carecen de ese efecto vinculante, lo que resulta un análisis de interés para la investigación.

El autor expone además que "la invitación del árbitro a las partes a que acudan a la mediación durante el proceso arbitral popular supone un componente esencial, para la modalidad arbitral que se propone", por lo que el autor propone una cláusula modelo y el propiciar que el árbitro invite a acudir a la mediación, van a mejorar la aplicación de las cláusulas escalonadas mediación-arbitraje (Yglesias, 2018, p. 16).

La recomendación de que el árbitro invite a las partes a acudir a mediación resulta necesaria para la investigación, porque se considera un consejo pertinente para la eficacia de la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas, con el fin de incentivar a las partes a una solución amistosa y cambiar la perspectiva que se tiene acerca de los métodos autocompositivos, por lo que esto significaría un avance, que propiciaría una solución más pacífica entre las partes.

De esta forma resulta importante el estudio para el análisis diferentes recomendaciones que se puedan suscitar para mejorar la interpretación de la figura de las cláusulas escalonadas en Costa Rica, con el fin de que se pueda llegar a influir dentro de la

posición uniforme que ha tenido la Sala Primera y Sala Constitucional con respecto a esta figura, con el propósito de que se aplique de forma eficaz las cláusulas escalonadas.

Como tercero antecedente nacional:

Díaz, Christian (2015) Abogado, Máster en Derecho Empresarial por la UCI y Post Grado en Arbitraje Comercial Internacional por Queen Mary London University, Árbitro y mediador nacional e internacional. Expositor en Congresos de Arbitraje Nacional e Internacional. Secretario del Capítulo Costarricense del Club Español del Arbitraje, miembro del Comité de Arbitraje de ICC Costa Rica autor del artículo "Los Comités de Disputas. Su aplicación en Costa Rica" dentro de la Revista El Foro del Colegio de Abogados y Abogadas en Costa Rica, número 17, que será el artículo que se comentará.

A modo de resumen el autor del artículo anteriormente mencionado expresa que "los métodos de solución alterna de conflictos se han convertido en una opción muy popular para resolver las controversias que se suscitan entre las partes en la industria de la construcción" y entre los más utilizados son la mediación y el arbitraje, en donde también se ha introducido el mecanismo denominado "Dispute Boards" (Díaz, 2015, p. 1).

Sostiene el autor que estos métodos son utilizados por las partes en diversas materias del derecho, tales como comercial y civil, propiedad intelectual, marítimo, bancario, financiero, bienes raíces, deportivo, construcción, entre otros, en donde el autor expresa que el mecanismo de Comité de Disputas se puede encontrar en una cláusula escalonada, en el cual, en primera instancia se debe ir a mediación, segundo al Comité de Disputas y por último el arbitraje (Díaz, 2015, pp.1, 14-15).

De acuerdo con lo anterior se demuestra que existen diferentes tipos de cláusulas escalonas, las cuales se pueden aplicar a diferencias materias de derecho, por lo cual su redacción dependerá de la necesidad de las partes, donde introduce el método del comité de disputas y que este puede estar dentro de una cláusula escalonada, lo cual ayuda a la investigación, con el fin de reconocer el alcance, usos y métodos diversos que se pueden utilizar dentro de una cláusula escalonada.

Manifiesta el autor que la legislación y jurisprudencia comparada, se ha considerado

como un requisito de arbitrabilidad, que las partes hayan sometido su disputa inicialmente al Comité, siendo que en Costa Rica, la etapa inicial o previa de mediación en las cláusulas escalonadas no se le otorga carácter vinculante, por lo que no produce los efectos obligatorios, por lo que menciona una jurisprudencia de la Sala Primera que niega a aceptar la obligatoriedad de la etapa de mediación de forma previa al arbitraje, por ser un método autocompositivo (Díaz, 2015, p. 15).

Expresa el autor con respecto a la jurisprudencia que se niega a dar el carácter vinculante lo siguiente:

A pesar de la jurisprudencia citada, siendo el Comité de Disputas un mecanismo adjudicativo y no simplemente un espacio en que las partes pueden comunicarse voluntariamente para tratar de llegar a un acuerdo, como lo es la mediación, sí sería obligatorio para las partes acudir al Comité de Disputas antes de iniciar el arbitraje, porque es una obligación contractual que es ley entre las partes (Díaz, 2015, p. 15).

Lo anterior demuestra la problemática de la falta de obligatoriedad de los pasos previos en una cláusula escalonada en Costa Rica, haciendo referencia de que se han negado los pasos previos que constituyen métodos autocompositivos, pero, comenta que el método de comité de disputas es un mecanismo hetero compositivo por lo que, si considera que se debe ir de forma obligatoria a este, antes de empezar la siguiente etapa, debido a que es una obligación contractual.

Con base en lo anterior afirma el autor que la figura es novedosa por lo que implica lo siguiente:

Dado lo novedoso de esta figura, no se conoce ningún caso en Costa Rica en que esto haya sucedido, pero es muy posible que pronto suceda, en vista de la línea jurisprudencial en pro de los métodos alternos de resolución de conflictos, los magistrados de la Sala Primera resolverán de conformidad y lo aplicarán como un requisito de arbitrabilidad (Díaz, 2015, p. 15).

De acuerdo con esto, la figura del comité de disputas es una figura novedosa, la cual no ha sido de discusión en Costa Rica, por lo cual no se conoce la posición por la cual se va

a inclinar la jurisprudencia, en caso de que el comité de disputas se pacte como un paso previo en una cláusula escalonada, por lo que abre la interrogante de como interpretaría y que posición tomaría la Sala Primera, ante el incumplimiento de ese paso previo, lo cual resulta un análisis de interés para la investigación.

Por lo tanto, el ensayo es importante e interesante en tener en cuenta para esta investigación, puesto que abre una interrogante, de cómo será la posición de la Sala Primera ante de la figura de Dispute Boards que suele ser de carácter hetero compositivo, como paso previo en una cláusula escalonada, puesto que ha negado los pasos previos en una cláusula escalonada, pero, dando como razón de que estos son un método autocompositivo, por lo que no son obligatorios.

Como cuarto antecedente nacional:

Artavia, Sergio (2014) abogado litigante en arbitraje, arbitro nacional e internacional, Miembro de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje, Miembro de Club Español de Arbitraje, autor del libro "Manual de Arbitraje Nacional Tomo II", de la editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1era edición, San José, Costa Rica, en donde expone aspectos procesales del instituto del arbitraje y los aspectos posteriores al proceso arbitral, siendo algunos aspectos de interés de los cuales se harán mención.

Expone el autor del libro anteriormente mencionado una de las primeras resoluciones dictadas por la Sala Primera, con el cambio en el sistema arbitral, en donde surgieron varios cambios importantes, entre esos desjudicializar en lo posible el arbitraje, para que realmente fuese una alternativa a la vía judicial y potenciar la figura del arbitraje quitando del Código Procesal Civil, el procedimiento arbitral, puesto que estaba plasmado como un proceso civil más pero, además incluyo un cambio muy importante, que es la autorización a las partes "para elegir libremente el procedimiento idóneo frente a la naturaleza del conflicto suscitado", esto, con "la única limitación de respetar los principios constitucionales de derecho de defensa y contradicción" (p. 139).

De acuerdo con lo anterior resulta importante tener en cuenta esto para la investigación puesto, que a la hora de despojar del Código Procesal Civil el proceso arbitral y otorgarle a las partes la libre disposición para el procedimiento idóneo, fue el origen para

que las partes redactaran las cláusulas arbitrales, en especial su procedimiento a la necesidad y conveniencia de estas, por lo que la creatividad de los sujetos, fue lo que implico en la creación de las cláusulas escalonadas y este cambio fue el que dio paso a que esto fuera posible.

Como quinto antecedente nacional:

Artavia, Sergio y Rodríguez, María (2017) autores del libro "Comentarios y jurisprudencia a la Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos", editorial jurídica faro, 4ta edición del año 2017, el cual contiene comentarios de los autores, para el entendimiento de cada artículo y el contenido de este, además de jurisprudencia relacionada con cada uno de los artículos para saber la aplicación de estos, los cuales serán de mención.

Para empezar, los autores en lo que denomina como el resurgimiento de los Rac's, establecen que la búsqueda de estas alternativas, no es una situación que está ocurriendo de forma reciente ni de forma aislada sino que responde a una crisis global de la justicia, que nació en Estados Unidos en los años setenta, por el descontento hacia el sistema estatal en un movimiento denominado critical legal studies, debido a la incapacidad de la justicia para dar soluciones eficaces a los problemas jurídicos (p. 11).

De conformidad con lo anterior en su estudio establecen que debido a eso hoy en día se realiza una actividad más preventiva, procurando la solución del conflicto a través de métodos autocompositivos, por lo que es importante el fomentar estos métodos, ya que lo se trata de integrar una nueva cultura, que no implique una confrontación y dejar de lado el estereotipo del abogado que resuelve solo mediante métodos adversariales, siendo que se debe buscar la forma en que los conflictos se puedan solucionar por una vía alterna de conflictos y no por la vía judicial, que es la que tradicionalmente se ha utilizado (Artavia, Sergio y Rodríguez, María, 2017, p. 13).

El estudio mencionado evidencia la necesidad de cambio hacia una nueva cultura, por lo que denota la necesidad de fomentar los métodos autocompositivos y cambiar el paradigma de que los conflictos solo se pueden resolver mediante los métodos hetero compositivos y que los abogados son únicamente confrontativos, por lo que esto se relaciona con la figura de las cláusulas escalonadas, debido a que estas fomentan el uso y procuran la solución

mediante métodos de solución más amistosas.

Mencionan los autores en su estudio que en el artículo 2 de la Ley RAC, reconoce no solo el arbitraje, conciliación y mediación, sino que abre paso y acepta "otras técnicas similares", como la mediación-arbitraje, mini trial, juicio privado, el oyente neutral, pericia arbitral, evaluación neutral previa, experto neutral, adjudicador, entre otras técnicas similares, por lo cual no se está limitando que solo esos métodos mencionados son los que se pueden utilizar sino que también se pueden pactar mecanismos similares, puesto que incluso pueden ser combinados como el que menciona los autores la mediación-arbitraje, la cual es un tipo de cláusula escalonada (Artavia, Sergio y Rodríguez, María, 2017, p. 20).

De acuerdo con lo anterior, se puede tener certeza de que la introducción del artículo 2 dentro de la LRAC, demuestra la apertura hacia diferentes métodos de resolución alterna de conflictos, diferentes a los mencionados expresamente como el arbitraje, conciliación y mediación, por lo que eso abre la creatividad de las partes para la creación de cláusulas de resolución alterna de conflictos, como es el caso de la figura de las cláusulas escalonadas.

Afirman en el estudio en mención que, todas estas modalidades de métodos, se dan gracias a los principios de autonomía de la voluntad y libertad de contratación, por lo que "pueden ser libremente ejercidos por las partes, y los mismos tendrán el valor que ellas le asignen", siendo entonces que las partes por medio de estos principios pueden pactar una cláusula de resolución alterna de conflictos, que se ajusten a las necesidades y preferencias de las partes contratantes (Artavia, Sergio y Rodríguez, María, 2017, p. 21).

La anteriormente mencionado en el estudio es importante para la investigación debido a que afirma que los principios de autonomía de la voluntad y libertad de contratación son el eje central para pactar cláusulas de resolución alterna de conflictos, por lo que esos principios son los que han dado origen a que las partes puedan pactar cláusulas escalonadas, siendo que lo que pacten tendrán el valor de lo que le asignen, haciendo referencia al principio pacta sunt servanda.

Por otra parte, en su estudio comentan con respecto al artículo 5 de la LRAC, con respecto la libertad para mediación y conciliación el autor siguiendo la línea jurisprudencial establece lo siguiente:

Incluso la mediación y conciliación, aunque se pacte, no son obligatorios -lo que diferencia del arbitraje-, en tanto no es coactiva su imposición, aún en el evento de que la parte se hubiera comprometido a acudir a una fase preliminar de conciliación o mediación, si llegado el momento decide no acudir, no se le puede obligar a concurrir, sin ninguna responsabilidad patrimonial o procesal por tal incumplimiento, incluso sin que se produzca una prejudicialidad (Artavia, Sergio y Rodríguez, María, 2017, p. 47).

De acuerdo con lo anterior, establecen en su estudio referente a la voluntariedad de los métodos autocompositivos lo siguiente:

La mediación y la conciliación no son métodos coactivos, por lo que no puede constituirse en un requisito de admisibilidad de una demanda o condición obligatoria del derecho de acción. El derecho a la tutela judicial es directo e inmediato, no puede estar condicionado ni imponérsele trampas u obstáculos para su acceso (Artavia, Sergio y Rodríguez, María, 2017, pp. 47-48).

Lo anterior evidencia que las cláusulas escalonadas en las cuales se pacta métodos autocompositivos como pasos previos, no se les da el efecto vinculante a pesar de que las partes lo pacten como obligatorio, además de que el artículo 5 de la LRAC es el que utiliza la Sala Primera y Sala Constitucional para no otorgar el efecto jurídico que las cláusulas escalonadas deberían de tener, por lo que resulta de importancia para la investigación, porque es el eje central que se debe analizar.

Por lo tanto, a pesar de que la presente investigación ve como un problema la falta de obligatoriedad de los pasos previos de la cláusula escalonada, es importante conocer los argumentos por los cuales no se está otorgando dicha obligatoriedad, para realizar un análisis entre los argumentos en contra y favor, para llegar a un equilibrio, que no violente los principios generales de la contratación privada y tampoco el principio de la tutela judicial efectiva.

Como sexto antecedente nacional:

Artavia, Sergio (2014) abogado litigante en arbitraje, arbitro nacional e internacional,

Miembro de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje, Miembro de Club Español de Arbitraje autor del libro "Manual de Arbitraje Nacional Tomo I", de la editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 1era edición, San José, Costa Rica del año 2014, donde expone más que todo aspectos sustantivos del arbitraje, de los cuales se mencionarán los más pertinentes.

El autor del libro mencionado anteriormente establece en uno de sus subtítulos denominado: "No es inconstitucional no cumplir el trámite previo de conciliación", la mención acerca de uno de los pronunciamientos de la Sala Constitucional, la cual señala que "no es inconstitucional que una convención establezca una conciliación previa, en tanto no impide el acceso a la jurisdicción, sino más bien permitía su impugnación en sede jurisdiccional" (Artavia, 2014, p. 181).

Lo que demuestra una situación similar a la figura de la cláusula escalonada, puesto que mediante una convención se estableció una conciliación previa, lo que resulta de análisis, el que se permita en una convención la conciliación previa de forma obligatoria, pero, que, en un acuerdo de partes, no se le esté otorgando ese carácter obligatorio, lo que resulta relevante en la investigación.

Señala el autor del libro que se ha visto la posición de la Sala Primera de la siguiente forma:

En el sentido de que la existencia de una fase previa de conciliación, lo que se denominan métodos *rac's* en cascada, por acuerdo de partes, no es necesario cumplirla para acceder e iniciar el proceso arbitral, de manera que la parte, renunciando tácita o expresamente a esa fase de conciliación, puede acudir directamente al arbitraje (Artavia, 2014, p. 181).

Por otro lado, criterio que también ha aceptado la Sala Constitucional en la consulta de constitucionalidad para aprobación de un tratado internacional y una consulta de constitucional sobre la posición de la Sala Primera con respecto a dicha figura (Artavia, 2014, pp. 182-183).

Expone el autor de esta forma la posición de la Sala Primera y la Sala Constitucional,

con respecto a la obligatoriedad de una fase previa, que para esta investigación es importante conocer la posición a nivel nacional y el tratamiento que se le está dando a esta figura, siendo que estas evidencian que es una realidad el que no se esté otorgando el efecto de obligatorio al paso previo.

Objetivo General

Analizar el carácter vinculante de la figura de las cláusulas escalonadas en la aplicación de la Ley RAC para garantizar el tratamiento jurídico eficaz.

Objetivo específico

1. Identificar el alcance de los métodos autocompositivos y hetero compositivos en el desarrollo de las cláusulas escalonadas.
2. Compilar las diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinales en relación con la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas.
3. Examinar el tratamiento establecido en relación con la figura de las cláusulas escalonadas en la jurisprudencia de la Sala Primera y Sala constitucional con respecto a la aplicación de la LRAC.
4. Proponer una reforma legal a la LRAC para la aplicación de la figura de la cláusula escalonada.

Justificación

Los métodos de resolución alterna de conflictos se utilizan cada vez más como una alternativa a la vía judicial, por lo que su crecimiento y desarrollo, es importante, siendo que, entre la evolución de los métodos de resolución alterna de conflictos, se encuentra las cláusulas escalonadas, que en Costa Rica se encuentran de cierta forma limitadas, que, si bien no está prohibida su redacción, no se está otorgando la protección y los efectos jurídicos que estas se merecen.

Debido a que, el no otorgamiento de la protección y los efectos jurídicos hacia la figura de las cláusulas escalonadas, hace que no tenga sentido el pactar cláusulas escalonadas

de resolución alterna de conflictos, ya que estas no se están considerando como obligatorias, negándoles así la eficacia que estas cláusulas necesitan para que surtan efectos jurídicos, siendo de esta forma importante llenar dicho vacío legal, que ha permitido esta situación, en pro del desarrollo de los métodos de resolución alterna de conflictos, en Costa Rica.

Además, desde el punto de vista de la utilidad de la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas, el otorgarle los efectos jurídicos que estas deberían de tener como lo es el carácter obligatorio de los pasos previos, siendo esto a favor de fomentar los métodos autocompositivos, con el fin de que las partes consigan un acuerdo amistoso, mediante un método no adversarial, reforzando las relaciones entre las partes, creando así relaciones contractuales más estrechas y duraderas.

De esta forma, resulta relevante el análisis de la figura de la cláusula escalonada en Costa Rica, porque la posición de la Sala Primera y la Sala Constitucional es una situación que infringe los principios básicos de la contratación privada y la autonomía de la voluntad es necesario, proteger dichos principios.

Por otro lado, resulta beneficioso fomentar el uso de los métodos autocompositivos, con el fin de reconocer sus beneficios y evitar el escepticismo existente acerca de estos métodos, ya que, con las resoluciones de la Sala Primera, se puede interpretar que se les considera como un requisito formal, que no son eficientes y que no darán resultados satisfactorios con respecto a la resolución de un conflicto como lo hacen los métodos hetero compositivos.

Por lo tanto, se podría decir de cierta forma que la Sala Primera prefiere rechazar la obligatoriedad de dichas cláusulas escalonadas, antes que tener que lidiar con problemas que puedan surgir de esto, pero, es necesario afrontar el desarrollo y el futuro en materia de resolución alterna de conflictos, con el fin de generar progresos innovadores en la materia.

Esto debido a que dichas cláusulas escalonadas no van a dejar de existir, sino que cada vez más personas optan por redactar cláusulas escalonadas en sus contratos, por lo que es necesario una regulación que le dé protección y un procedimiento a seguir ante diferentes situaciones problemáticas que puedan surgir, además de sugerencias que eviten dichas problemáticas.

Con el fin de que se respete la cláusula escalonada pactada por las partes, ya que el no otorgar la obligatoriedad de un paso previo pactado en una cláusula escalonada, afecta a las partes que acuerden una cláusula escalonada, además esto fomenta el uso de los métodos autocompositivos de resolución de conflictos, para la promoción de la resolución de una manera pacífica y amistosa.

De esta forma lo que resulta beneficioso para la sociedad, para un cambio de paradigma acerca de cómo resolver conflictos y dejar atrás el escepticismo de que es una pérdida de tiempo los métodos autocompositivos, que estos no solucionan el conflicto y que solo los métodos hetero compositivos son los únicos que pueden brindar una solución efectiva al conflicto.

Siendo que los métodos autocompositivos, son los únicos métodos en los cuales se puede obtener un ganar-ganar, por lo que las partes involucradas obtienen el acuerdo que resulte satisfactorio para todas las partes, siendo caso contrario en un proceso hetero compositivo, que al ser una decisión impuesta, la cual se debe acatar, que resulta ser beneficioso para una parte y para la otra no, puesto que es una realidad en un método adversarial, siempre hay un ganador y un perdedor, no se puede lograr satisfacer los intereses de todas las partes, a diferencia de un método autocompositivo.

De ahí que esta investigación resulta relevante para el derecho, mediante el análisis de la naturaleza de las cláusulas escalonadas y la demostración de que esta puede ser un medio por el cual las partes puedan solucionar sus conflictos, utilizando los métodos autocompositivos de forma previa, dándoles una prioridad a estas, para procurar en la medida de lo posible el solucionar mediante estos métodos, siendo la última opción el método hetero compositivo.

Por lo tanto, resulta innovador para el derecho la propuesta de reforma a la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, debido a que esta va en pro al desarrollo de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, al incluir dentro de la reforma regulación con respecto a la figura de la cláusula escalonada, ya que dicha figura se ha estado interpretando en su mayoría por medio de jurisprudencia y doctrina.

Proyecciones

La presente investigación tiene como objetivo la comprensión de la figura de las cláusulas escalonadas, tomando en cuenta un análisis integral por medio de la doctrina, jurisprudencia, legislación nacional, las diferentes posiciones ante la figura tanto nacional como internacionalmente, el carácter vinculante de esta y demostrar la necesidad de reforma ante la posición jurisprudencial en Costa Rica.

La cual identificará los métodos autocompositivos y hetero compositivos, además de la naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas, con el fin de demostrar la importancia, necesidad de desarrollo, conocimiento y abordaje del tema para Costa Rica, con el propósito de evolucionar en los métodos de resolución alterna de conflictos y dar paso a la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas.

Por otro lado, se dará un abordaje integral a la figura de las cláusulas escalonadas, con el fin de que el lector pueda comprender los diferentes aspectos y posiciones que contempla la figura de la cláusula escalonada, cambiando esa visión de que estas cláusulas solo causan problemas, sino que el problema es el abordaje que se le está dando a las cláusulas escalonadas en Costa Rica, dando énfasis a las cláusulas escalonadas mediación-arbitraje y conciliación-arbitraje (donde se establezca la mediación/conciliación como etapa previa al arbitraje) y a las cláusulas escalonadas que se redacten de forma obligatoria y no facultativa.

De la misma forma, para efectos de la investigación se tomará la cláusula mixta y cláusula escalonada indistintamente, de la misma forma se hace referencia la mediación o conciliación indistintamente, puesto que en Costa Rica no existe distinción conceptual o práctica entre ambos, ya ambas figuras se equiparán en el art. 4 de la LRAC.

Finalmente, se pretende que la reforma legal a Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC y las recomendaciones propuestas puedan llegar a dar una solución viable, para que la figura de las cláusulas escalonadas se le otorgue el carácter obligatorio y se les tome como un requisito de admisibilidad, con el fin de erradicar el escepticismo con relación a que los métodos autocompositivos no son idóneos para la solución del conflicto

CAPÍTULO II: Marco Teórico

Evolución jurídica de los Métodos de Resolución Alterna de Conflictos

Lo primero que hay que tener en cuenta es que los Métodos de Resolución Alterna de Conflictos (de ahora en adelante RAC, MASC o ADR), es que nacieron ante la necesidad de una justicia pronta y cumplida, debido a la mora judicial por los múltiples casos que existen en vía judicial, por lo que el método tradicional se ve saturado, de tal forma se pensó en optar otros métodos los cuales ayudaran a descongestionar el poder judicial, con el fin de cumplir la necesidad, conveniencia, el deseo de un proceso más flexible para las partes que se encuentran en conflicto y sobre todo de darle a las partes la solución del proceso de una forma más expedita.

Gonzáles de Cossío (2004) establece la definición de los métodos RAC de la siguiente forma:

Los Métodos alternativos de solución de controversias (MASC) son medios de resolución de conflictos y en el caso de la Negociación, la Mediación y la Conciliación pueden ser inclusive técnicas para evitar su nacimiento. Son procesos que pueden ser utilizados para la solución de diferencias de forma amigable, flexible y sin la necesidad de recurrir a métodos netamente adversariales (p. 25).

De tal forma, Alvarado y Elina (2003) determina a las formas alternativas de la siguiente forma:

Las formas alternativas corresponden a mecanismos no formales y solidarios que brindan un elemento fundamental en la humanización del conflicto, con la presencia de una tercera persona que actúa como facilitadora especialista en resolución o prevención del conflicto, (...) son una debida opción cuando la convivencia diaria, familiar y comunitaria han sido transgredidas de manera intencional y repetitiva con perjuicios a nivel emocional, social, físico o legal de una persona. Las figuras alternativas también permiten a los individuos ser gestores de cambios propositivos y proactivos que faciliten el bienestar mutuo, así como la satisfacción y el beneficio de los actores involucrados (p. 274).

Por lo tanto, los Métodos RAC, se tratan de una forma alternativa a la vía judicial,

para resolver el conflicto entre las partes de una forma más amistosa y expedita, por lo que debe existir un conflicto como tal para la utilización de estos métodos, siendo de esta forma hay que tener en cuenta que es un conflicto, como nace un conflicto, las características de un conflicto, los tipos de conflicto y los modelos del conflicto, para plantear una solución, que es lo que se comentara a continuación.

Origen Jurídico de los Métodos de Resolución Alterna de Conflictos

El conflicto siempre ha existido dentro de nuestra sociedad, debido a que como personas vivimos como seres sociales que interactúan con diferentes personas, por lo cual la aparición de un conflicto dentro de una relación entre personas resulta normal e inherente a la sociedad, por lo cual la forma en que se aborda el conflicto es de importancia para el desarrollo de las relaciones personales y de la sociedad, por lo que la solución de conflictos implica crecimiento tanto personal como para la sociedad, puesto que en la historia se ha evidenciado que el conflicto lo que causa es más destrucción y deterioro a la sociedad.

Otero (2007), citado por Miranzo de Mateo (2010), distingue tres grandes momentos en la evolución histórica de la resolución de los conflictos, un primer momento inicial en el que encontramos en las culturas la figura de un tercero con autoridad reconocida para resolver los conflictos entre particulares, un segundo momento en el que existieron diferentes foros a los que acudir pidiendo justicia, y un tercero en el que aparece el poder judicial institucionalizado (p. 9).

Por otro lado, de acuerdo con Macho (2013) se tiene en cuenta lo siguiente:

La paulatina formación de esta cultura litigiosa en la ciudadanía, la intensa actividad reguladora de los Estados, junto con el desarrollo social, cultural y económico alcanzado en los últimos tiempos, ha provocado la llamada «jurisdiccionalización» o «hiper judicialización» de las sociedades occidentales contemporáneas. Fenómeno que en EE. UU se denominó «litigation explosion» o «hyperlexis» (p. 16).

De tal forma, de acuerdo con Miranzo de Mateo (2010) se tiene en cuenta el origen de los métodos RAC de la siguiente forma:

Los RAC (ADR en inglés) deben su origen a un movimiento anglosajón iniciado en

la década de los treinta del siglo XX llamado movimiento de libre acceso a la justicia, produciéndose la aparición de los RAC en la década de los setenta del siglo pasado. Esta corriente filosófico-jurídica que buscaba cauces alternativos al Poder Judicial se inicia básicamente en la Universidad de Harvard, es la denominada «critical legal Studies» (p. 10).

Bajo el mismo lineamiento, Artavia y Rodríguez (2017) establecen lo siguiente:

La búsqueda de alternativas al proceso jurisdiccional y la construcción permanente a través de ellos no es un fenómeno reciente ni exclusivo de nuestro entorno, sino que responde a una crisis global de la justicia. Se trata de un fenómeno nacido en Estados Unidos, durante los años setenta, fruto de una conciencia generalizada de fracaso del sistema estatal y de un movimiento denominado Critical Legal Studies (p.11).

Bajo el mismo pensamiento Macho (2014) establece lo siguiente:

El nacimiento del «movimiento ADR (alternative dispute resolution)» se produjo en EE. UU en la década de los años setenta. Sin embargo, antes de tal acontecimiento, la mediación, tal y como se la conoce hoy en día, comenzó a emplearse gracias a un conjunto de factores sociales, políticos y económicos concretos que se produjeron en el citado país durante la década de los treinta (p. 931).

Entre los factores que influyeron en la aparición del movimiento ADR fue la Gran Depresión que condujo a un cambio político y económico radical, materializado en el New Deal. En dicho contexto, la mediación laboral empezó a ser utilizada, luego en los años sesenta, EE. UU sufrió otro período de conflicto generalizado, especialmente, debido a la lucha por los derechos civiles. Dichos acontecimientos influyeron en el inicio de la mediación comunitaria. Además, la introducción del divorcio no culpable en algunos de los Estados ayudó a la expansión de la mediación al ámbito familiar (p. 931).

Este cúmulo de sucesos produjo el nacimiento del «movimiento ADR», esto es, la utilización de la mediación y de otros métodos alternativos de resolución de disputas como una forma de mejorar el derecho de acceso a los tribunales. Desde

entonces, la mediación fue objeto de diversas regulaciones hasta llegar a la importante Uniform Mediation Act de 2001. Asimismo, desde el Reino Unido, este movimiento se extendió a toda Europa (p. 931).

De acuerdo con lo anterior, otro factor que influyó el movimiento de acuerdo con Artavia y Rodríguez (2017) fue lo siguiente:

La incapacidad de la justicia de dar soluciones efectivas a los problemas jurídicos, por causas económicas, lentitud, incremento del litigio y por procesos excesivamente formalistas, fueron la semilla que provocó la germinación del movimiento y bajo la vanguardia de los Estados Unidos de Norteamérica. El año 2000 fue declarado por las Naciones Unidas como el "Año Internacional de la Cultura de la Paz", razón por la cual los medios alternos recobran vigencia (pp.11-12).

De tal manera, los métodos RAC nacieron debido a la necesidad, conveniencia de las partes involucradas en un conflicto, ante la disconformidad de la vía judicial, la cual no daba abasto para la cantidad de conflictos que se suscitan en la sociedad y la búsqueda de una solución más amistosa, por lo que a partir de ahí nació el movimiento hacia la utilización de diferentes métodos RAC, de acuerdo a lo que las partes escogieran, ya sea entre ellos mismos (negociación) o un tercero que facilite la comunicación (mediación, conciliación y otros) o imponga la decisión (arbitraje).

Ahora bien, se debe tener en cuenta que, desde el nacimiento del Estado de Derecho, se ha entendido que el Poder Judicial, independiente y diferenciado del Poder Legislativo y Ejecutivo, es el encargado de aplicar las normas jurídicas con el fin de resolver los conflictos que se le planteen. Dicho principio de independencia trae una consecuencia inevitable: los órganos jurisdiccionales deben detentar el monopolio de la Administración de Justicia, y para ello tienen como instrumento principal el proceso (Macho, 2013, p. 15).

Es decir, desde que surgió el Estado de Derecho, la forma que se escogió para resolver los conflictos fue el Poder Judicial, siendo este la principal forma de solución de los conflictos, quedando como un proceso principal y de forma excepcional los métodos RAC, propiciando como la forma principal de resolución de conflictos la vía judicial, quedando por

fuera de este los métodos RAC, que poco a poco se están introduciendo dentro de la vía judicial como la conciliación judicial.

En otras palabras, garantizar el acceso de todas las personas a los órganos jurisdiccionales para que éstos resuelvan sus conflictos y defiendan sus derechos e intereses se convierte en una obligación para los Estados. En definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva adquiere una posición central en todos los ordenamientos jurídicos, en tanto que asegura la efectividad del resto de derechos reconocidos, ya no sólo de las libertades individuales propias del Estado liberal, sino de los derechos económicos y sociales que, con el Estado social, han ido desarrollándose a través de múltiples leyes (Macho, 2013, pp. 15-16).

De esta forma, el Estado de Derecho, empezó a regular todo bajo el ordenamiento jurídico, con el fin de proteger los derechos de las personas que viven en ese Estado de Derecho, como es el caso de la constitución política de Costa Rica la cual tiene inmerso derechos constitucionales, que para lo que nos es pertinente es importante mencionar el artículo 41, que habla acerca del acceso a la justicia y el 43 acerca del acceso a la justicia arbitral, los cuales serán desarrollados en el próximo apartado.

Por otro lado en Costa Rica, se evidencia como se propicia como proceso principal la vía judicial y los métodos RAC como secundarios ya que en el antiguo Código Procesal Civil se le llamaba formas anormales de terminar el proceso y ahora en el Código Procesal Civil actual se les llama formas extraordinarias de terminación del proceso, por lo cual se evidencia que las formas de solución alternas resultan, se estructuran únicamente como un proceso secundario dentro del Poder Judicial, de ahí que surgió la creación de centros especializados para los métodos RAC.

Lo que denota que falta un largo camino en pro de la evolución hacia el movimiento de los métodos RAC, puesto que existe una falta de cultura acerca de los métodos RAC, sobre todo los métodos autocompositivo, los cuales en ocasiones se revisten de un escepticismo por parte de las personas que creen que solo por medio de un método adversarial pueden solucionar sus conflictos, por lo que el fomentar un cambio de paradigma y cultura, resulta necesario para el desarrollo y evolución de los métodos RAC.

La implementación de los Métodos de Resolución Alternativa de conflictos en el marco jurídico costarricense

El Poder Judicial desde sus inicios ha sido el monopolio de la administración de justicia, siendo la vía principal para la resolución de conflictos, por lo que esta concentración para la tutela de la justicia trajo consigo una serie de problemas como la mora judicial, los formalismos excesivos y la saturación de procesos dentro de la vía judicial, que provoca la insatisfacción de los que acuden a esta vía, por lo que de esta forma se evidencia la necesidad de los métodos RAC como forma de una justicia pronta y cumplida, por lo que es necesario comentar como se desarrollaron los métodos RAC en Costa Rica.

Período de 1993-1996

De tal forma, en 1993 comenzó una ola reformista dentro del Poder Judicial, basado en un plan de modernización por medio de la Corte Suprema de Justicia, la cual se basó en la modernización legal y administrativa, donde hubo importantes acontecimientos como el Primer Congreso de Administración de la Justicia, la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Carrera Judicial, contando con el apoyo del Banco Mundial y el primer préstamo con el BID en 1994 (Feoli, Londoño, Romero, y Villareal, pp. 120-121).

Además, de buscar la modernización e informatización de los despachos, la descentralización del gobierno judicial, la reforma penal, también se buscó la instauración de los métodos RAC y en 1995 se creó lo siguiente:

El proyecto piloto de Conciliación Judicial creado por el acuerdo de Corte Plena en sesión No 19-95 del 3 de julio de 1995, el cual fue desarrollado en el Juzgado Primero de Familia de San José. Permitió distinguir la necesidad de diferenciar las labores de la administración de justicia con las de la conciliación, así como la necesidad de abrir una oficina especializada y dedicada exclusivamente a realizar conciliaciones a través de un (a) conciliador (a) permanente (Gómez y Ruiz, 2011, p. 29).

Con base en lo anterior, se puede decir que resulta interesante que el Poder Judicial haya sido uno de los factores con mayor fuerza para la implementación de los métodos RAC, lo que denota que se percataron de las deficiencias a lo interno que tenían para poder manejar todos los conflictos que acudían a la vía judicial, por lo que de forma diligente pusieron manos a la

obra para que en la medida de lo posible pudieran descongestionar la vía judicial mediante la implementación de los métodos RAC.

De esta forma, la materia de los métodos RAC tomo importancia a partir “del convenio Poder Judicial-USAID y en los dos Congresos de la Administración de Justicia, especialmente en el último, que se realizó en 1995 con el título “Medios alternativos para la resolución de conflictos” (Feoli, et al., 2015, p. 129).

El propósito de este modelo es que las partes de un conflicto se involucren e intervengan de manera directa en su resolución y, como efecto indirecto, disminuya la cantidad de asuntos que se ventilan mediante el proceso judicial tradicional. A diferencia de otros países, en Costa Rica el tema fue promovido desde un principio por el Poder Judicial, al que luego se sumaron el Ministerio de Justicia y el sector privado (Feoli, et al., 2015, p. 129).

De igual forma dentro de esta etapa, mediante Decreto Ejecutivo 24942 del 30 de enero de 1996 se declara el tema de resolución alterna de conflictos como de interés nacional en donde se especificó la necesidad de promover su inclusión dentro de los programas de educación nacional", por lo que "el Ministerio de Educación Pública, todo con el objetivo de incluir dentro del plan de estudio de Noveno Año en el curso de Educación Cívica, el tema de la resolución alternativa de conflictos, produciendo de esta manera la creación de un Manual de Solución Pacífica de Conflictos (Gómez y Ruiz, 2011, p. 29).

En el decreto anteriormente mencionado, se declara de acuerdo a su artículo uno "de interés nacional la promoción y difusión de mecanismos pacíficos para la solución de conflictos, incluyendo entre otros la negociación, la mediación, la conciliación, la concertación y el arbitraje, como formas alternas y participativas de resolver constructivamente los diferendos", creando así la comisión nacional para la promoción y difusión de Mecanismos Pacíficos para la solución de conflictos, adscrita a la Escuela Judicial del Poder Judicial, mediante acuerdo de Corte Plena del 5 de febrero de 1996.

La comisión anteriormente mencionada se encargó de lo siguiente:

De realizar la redacción del proyecto de ley que posteriormente dio paso a la Ley 7727, Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, del 9 de diciembre de 1997. En el marco de dicha ley, al Ministerio de Justicia se le asignaron potestades de autorización, control y verificación de las entidades que constituyen y quisieran dedicarse a la administración institucional de procesos de mediación, conciliación o arbitraje, a título oneroso o gratuito, teniendo entre ellas las Casas de Justicia que se encuentran en la actualidad a lo largo del país (Gómez y Ruiz, 2011, p. 25).

De tal forma, de acuerdo con la página web del Poder Judicial (2017) en el apartado de Antecedentes Históricos de los métodos RAC se establece lo siguiente:

La Corte Suprema de Justicia, suscribe un convenio con la A.I.D. el cual contiene dentro de sus temas prioritarios la Resolución Alternativa de Conflictos. Dicho programa se llevó a cabo con el apoyo de la AID y del Servicio Informático y Cultural de la Embajada de los Estados Unidos de América en Costa Rica, y se constituyó en el primer esfuerzo nacional para incentivar la solución alternativa de los conflictos y la promoción de la paz social (párr. 11-12).

Por lo tanto, el cambio inició a partir de los cambios dentro del Poder Judicial, que incentivaron y fomentaron la utilización de los métodos RAC, además del decreto, la creación de conciencia de la necesidad de implementación de estos métodos y la declaración como interés nacional del tema de resolución alternativa de conflictos, dando mediante estos cambios el inicio para implementación jurídica de los métodos RAC.

Dentro de los principales logros durante este período que se mencionan en el apartado Antecedentes Históricos de la página web del Poder Judicial (2017) están los siguientes:

- Se realizaron 90 actividades de capacitación en las que participaron 3700 personas.
- Se publicaron 6 libros en el país.
- Se redactaron 2 manuales (manual de mediación básica y manual de solución pacífica de conflictos).

- Se diseñaron y montaron sistemas de mediación y conciliación.
- Se realizó un congreso nacional RAC en 1995 con el objetivo de informar y sensibilizar a los participantes de diferentes sectores de la comunidad nacional, sobre los mecanismos de resolución alterna de conflictos y a la vez considerar planes y estrategias que permitieran potenciar su uso.
- Se generó un proyecto de ley de resolución alterna de conflictos.
- Se crea la Unidad RAC de la Escuela Judicial.
- Se crea el Centro de Mediación Familiar en el Patronato Nacional de la Infancia (párr.13).

Período 1997-2007

Este período está marcado por la promulgación de la Ley 7727 Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, el 4 de diciembre de 1997, además se da una serie de actividades tendientes al desarrollo de los métodos RAC en el ámbito jurisdiccional y extrajudicial, con el fin “primordial de enseñar a los costarricenses a enfrentar los conflictos de una manera asertiva, haciendo uso del respeto, la escucha y la comunicación, para así no violentar los derechos de los demás, y convivir de una manera pacífica” (Poder Judicial, 2017, párr. 15, 17).

Posteriormente, Gómez y Ruiz (2011) establece que se procede a difundir el decreto No 27-166 J del 23 de julio de 1998, el cual se encargaría de regular las competencias del Ministerio de Justicia y Gracia en la aplicación y supervisión de los métodos RAC; así como el desarrollo del artículo 72 de la ley (p. 31) que actualmente establece lo siguiente:

Para poder dedicarse a la administración institucional de los mecanismos alternos de solución de conflictos, las entidades deberán contar con una autorización previa del Ministerio de Justicia (...). El Ministerio tiene la potestad de controlar el funcionamiento de los centros. Además, podrá revocar la autorización, mediante resolución razonada y previo cumplimiento del debido proceso.

En 2001, se creó la Unidad de Jueces Conciliadores, conformada por cuatro jueces

adscritos orgánicamente a la Presidencia de la Corte que trabajaban bajo la supervisión de la Comisión de Conciliación y Oralidad. En 2007 la Unidad se transformó en el Centro de Conciliación del Poder Judicial. Desde entonces se observa una tendencia al aumento de casos resueltos por esta vía; sin embargo, si se consideran los volúmenes de asuntos ingresados al sistema, es claro que este mecanismo aún no es plenamente aprovechado por los usuarios (Feoli, et al., 2015, p. 129).

Dentro de los acontecimientos más importantes que se mencionan en el artículo Antecedentes Históricos de la página web del Poder Judicial (2017) del período mencionado, en el área jurisdiccional, se suscitan una serie de eventos y los más relevantes son:

- Se crea la figura del(a) juez(a) conciliador(a).
- Se capacita a la mayoría de las juezas y jueces del país en el tema RAC.
- Se incluye el tema RAC en el plan quinquenal 2000 – 2005 como uno de los ejes de acción que debían potenciarse.
- Se crea la Unidad de Juezas y Jueces Conciliadores.
- Se desarrolla el plan piloto de conciliación en los Juzgados de Familia del Primer Circuito Judicial de San José (2001-2003).
- Se le da una nueva conformación a la Comisión de Resolución Alternativa de Conflictos.
- Se desarrolla el plan de audiencias especiales de Conciliación (2004-2006).
- Se impulsa conjuntamente con el Ministerio de Educación, el proyecto “Resolución Alternativa de Conflictos en el Ámbito Educativo: Hacia Una Cultura De Paz” (párr.18).

El 12 de marzo del 2007, la Corte Suprema de Justicia, en sesión de Corte Plena aprobó la creación del Centro de Conciliación del Poder Judicial, el cual ha venido a coadyuvar a la obtención de una justicia de calidad y promover una cultura de paz, para la solución

constructiva de los diferendos. Dicho centro, responde a un cambio de modelo, luego de conocer los resultados de un plan piloto que se implementó en diferentes circuitos judiciales (Poder Judicial, 2017, párr. 30-31).

Con esta modalidad, la conciliación que se encuentra legitimada desde hace mucho tiempo en los diferentes cuerpos legales, como una etapa procesal obligatoria que debe agotarse, está siendo ejecutada por juezas y jueces conciliadores, quienes desarrollan un modelo comunicacional diferente que permite el modelaje de conductas pacíficas para la resolución de los conflictos, modelo en el que las personas puedan adquirir conciencia de la importancia de su participación en la construcción de mejores alternativas para la solución de sus controversias (Poder Judicial, 2017, párr. 32).

El año 2011

En el año 2011 en Costa Rica se promulgó la Ley Sobre Arbitraje Comercial internacional Ley 8937 (LACI), convirtiendo de esta forma la regulación del arbitraje en un sistema dualista, el cual la LRAC regula el arbitraje doméstico y la LACI el arbitraje internacional, lo que resulta en la forma menos utilizada, puesto que la mayoría de países prefieren el sistema monista, donde una sola normativa regule toda la materia de arbitraje, siendo esto muy criticable porque al tener un sistema dualista el arbitraje doméstico se puede ver influenciado por el derecho procesal interno.

En Costa Rica existe un sistema dualista de regulación del arbitraje. Esto significa que hay una regulación para el arbitraje nacional y otra diferente que regula los arbitrajes internacionales. La tendencia mundial no está conforme con esta regulación que contaos, sino que más bien se tiende a la uniformización y regulación monista del arbitraje en los Estados, es decir, que se cuente con un único cuerpo normativo que regule este instituto, estableciendo, si fuera el caso, normativas particulares que se adapten mejor a las necesidades y a las características de cada uno de ellos (Artavia y Rodríguez, 2017, p. 5).

La LACI, se basa en la ley modelo de la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional, haciendo diferencia de tal forma entre el sistema de arbitraje doméstico y el arbitraje internacional, donde se puede denotar las grandes diferencias entre ambas y que el arbitraje internacional resulta más evolucionado y avanzado, en

contraposición al arbitraje doméstico, el cual se ha quedado rezagado, esto se puede denotar en la diferencia que existe entre las medidas cautelares de la LRAC y LACI y en el contenido que debe tener el laudo, siendo mayores los requisitos en el arbitraje doméstico, el cual será comentado en el apartado de medidas cautelares y contenido del laudo.

De acuerdo al informe del Departamento de Servicios Técnicos (2010) del proyecto de Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), bajo el expediente 17.593, dicho "proyecto de ley está destinado básicamente a que el país adopte la Ley Modelo de Arbitraje Internacional elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI) como un medio de armonizar nuestra legislación en esta materia, con el resto del mundo" (párr. 1).

Características generales de los métodos RAC

Autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad se evidencia en estos métodos porque las partes deciden someterse a estos mecanismos alternativos en vez de la vía judicial, además "las partes son libres para constituir y reglamentar el método alternativo de solución de conflictos que estimen conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público" (Macho, 2013, p. 399).

"Aquellas no sólo deciden el ADR que quieren emplear, sino que pueden moldearlo según sus propias necesidades y circunstancias. A pesar de que cada mecanismo tiene una estructura más o menos definida, las partes pueden configurar sus diferentes extremos" (Macho, 2013, p. 399).

Flexibilidad

La flexibilidad en este tipo de procesos se ve en la forma en la cual se puede llevar a cabo el mecanismo RAC, puesto que este no tiene las rigurosidades y formalismos que tiene la vía judicial, por ello es una de las principales ventajas que tiene frente a la vía jurisdiccional que se caracteriza por el formalismo que implica llevar los procesos hasta una solución.

Rapidez y reducido coste económico

Otra de las grandes ventajas que presentan los métodos RAC es la forma expedita y reducido costo económico, frente al que se incurre en la vía judicial, puesto que la jurisdicción se caracteriza por los largos y tediosos procesos, que producen a largo plazo un

gasto económico importante, en comparación a los mecanismos RAC, incluso ante el arbitraje que de primera impresión no es económico, pero al comparar precio y tiempo, resulta ser un mecanismo más eficiente.

La importancia de los intereses de las partes

Los ADR están diseñados para satisfacer los intereses de las partes, no para resolver los conflictos ajustándose estrictamente a Derecho. Ello no significa que no se tengan en cuenta las normas jurídicas que rigen el conflicto en cuestión, de hecho, aquéllos interactúan y están íntimamente relacionados con éstas. En otras palabras, la solución a la controversia, a través de estos métodos, se basa en los intereses que tengan los sujetos enfrentados, pero sin perder de vista la perspectiva legal. Esta forma de solventar las controversias es mucho más efectiva (Macho, 2013, p. 400).

En el caso de los métodos autocompositivos esta es una de las características más importantes, pues lo importante es llegar a una solución que logre satisfacer a las partes involucradas, por eso se dice que solo mediante los métodos autocompositivos se puede obtener un ganar-ganar, es decir no existe un perdedor ni un ganador, eso no es lo importante dentro de este tipo de mecanismos, sino que lo importante es que todas las partes involucradas quedan satisfechas con la solución.

La presencia de uno o varios terceros

La necesaria presencia de uno o varios terceros también es una característica propia de los ADR. Sus funciones pueden ser muy variadas: desde la emisión de una mera recomendación o una decisión vinculante (heterocomposición); a la simple asistencia a las partes para que sean éstas, exclusivamente, las que lleguen a un acuerdo (autocomposición) (Macho, 2013, p. 401).

El tercero debe ser imparcial con respecto a las partes, por lo que no debe de existir un conflicto de intereses por parte del tercero en relación con las partes y si este conflicto existe el tercero debe apartarse y debe ser reemplazado por otro tercero, es decir, debe recusarse.

Centros RAC

De acuerdo con la página web del Ministerio de Justicia y Paz de la República de Costa Rica (2016) los Centros RAC son:

Entidades creadas exclusivamente para la administración institucional de métodos

alternos para la solución de conflictos, o bien, la dependencia u oficina perteneciente a una entidad, por medio de la cual, ésta administra institucionalmente los citados métodos. Estos Centros deben estar autorizados por la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos.

La regulación que respalda la creación de los centros RAC es el artículo 72 de la LRAC (mencionado en uno de los apartados anteriores), el artículo 73 de la misma ley y el reglamento al capítulo IV de la LRAC, por lo cual por medio de esta normativa se habilita la posibilidad de creación de centros que se encarguen de la administración de los métodos RAC.

Cabe señalar el artículo 73 de LRAC con respecto a la regulación de los centros que establece lo siguiente:

Las regulaciones de los centros deben estar a disposición del público y contener, por lo menos, la lista de mediadores, conciliadores, árbitros o facilitadores, así como las tarifas, los honorarios y gastos administrativos y las reglas propias del proceso. Las entidades que operan con fines de lucro deben mantener disposición del público, además de lo indicado, la información sobre otros rubros que se establezcan vía reglamento. Estas entidades podrán condicionar su servicio al otorgamiento de garantías razonables, las cuales serán establecidas en el reglamento de la presente ley.

Por otro lado, dentro de lo importante que se puede mencionar con respecto al reglamento al capítulo IV de la LRAC se tiene lo siguiente:

- Se crea la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos como Dirección del Ministerio de Justicia y se establecen sus funciones (art. 2-3).
- Establece que puede constituirse y organizarse Centros dedicados a la administración institucional de métodos alternos para la solución de conflictos, los cuales administraran institucionalmente procesos alternos de solución de conflictos, de forma habitual, y no en forma ad hoc, a desarrollar procesos de mediación, conciliación, arbitraje y otras técnicas similares (art. 4).
- Para poder administrar institucionalmente métodos RAC, los Centros, o las Entidades

a que éstos pertenecen, deberán contar con una autorización previa de la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos (art. 5).

- Se establecen las obligaciones, prohibiciones y responsabilidad de los centros (art. 13, 14, 15).
- Establece las sanciones a los centros como advertencias (art.16), suspensión (art.17) y revocación (art. 18).

De esta forma, se desconcentró el monopolio de la administración de justicia que tenía el Poder Judicial pero, aun así existe escepticismo con respecto a la utilización de los métodos RAC por lo que la vía judicial sigue siendo la principal vía por utilizar para la resolución de los conflictos, que si bien es cierto no todo se puede resolver mediante los métodos RAC, gran parte de los conflictos que se suscitan en vía judicial, podrían ser resueltos por un medio más pacífico y expedito como se podría hacer por medio de los métodos RAC.

A pesar de la introducción de estos centros, aún queda mucho por delante para el cambio de paradigma y cultura con respecto a la forma de resolver los conflictos, como Sergio Artavia y María Inmaculada Rodríguez (2017) en su libro, Comentarios y jurisprudencia a la Ley sobre Resolución alternativa de Conflictos explican que, "debe eliminarse el estereotipo de los abogados pleitistas", buscar soluciones más pacíficas que pueden beneficiar a las partes y que la confrontación no dañe la relación, con el fin de que por métodos RAC se pueda mantener en la medida de lo posible las relaciones (p. 13).

Por lo anterior, hay que tener en cuenta que solo por medio de los métodos autocompositivos se puede obtener un ganar-ganar, sin llegar a decir que una parte perdió y otra gana, que esto es una de las razones por la cual las relaciones se dañan, debido a las sentencias judiciales las cuales siempre existe una persona que pierde (disconforme) y una persona que gana (conforme).

Esta situación se puede atribuir debido a que las persona no tienen dicha conciencia y además prefieren ver perder a la parte y solo pensar en ganar u obtener un beneficio propio, antes de conseguir un beneficio para ambos, por lo que existe una falta de disposición interna que dificulta la solución del conflicto por métodos RAC, debido al escepticismo y falta de

conocimiento de cómo funcionan estos métodos a pesar de la mucha o poca difusión de estos pero, de todas formas esta apertura abre la posibilidad para que las personas acudan a una vía diferente a la judicial para resolver sus conflictos.

Cabe mencionar que a partir de esta regulación que dio pie a la apertura de creación de centros para la utilización de métodos RAC se crearon diversos centros, siendo 29 centros RAC privados y públicos y por otro lado existen 4 Centros RAC gubernamentales de acuerdo con la página web Ministerio de Justicia y Paz en el directorio de centros RAC, que entre los privados y públicos, se pueden mencionar los siguientes:

- La Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA), siendo el primer centro RAC autorizado, la cual ofrece servicios de arbitraje nacional, internacional, conciliación y nombramiento de árbitros.
- Centro de Arbitraje y Mediación (CAM), que es del Colegio de Abogadas y Abogados de Costa Rica, ofreciendo servicios de arbitraje nacional e internacional, mediación/conciliación, comités de disputas, dictamen técnico de experto y capacitación de mediadores y árbitros.
- Centro Internacional de Conciliación Arbitraje Cámara Norte Americana (CICA), el cual ofrece arbitraje nacional e internacional y conciliación/mediación.
- Centro de Resolución de Conflictos del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos (CFIA), es un centro especializado en áreas de las ingenierías y arquitectura que ofrece servicio de conciliación, comité de solución de controversias y arbitraje.

El arbitraje como Método de Resolución Alterna de Conflictos

La resolución alterna de conflictos se divide entre métodos autocompositivos y métodos hetero compositivos, siendo los métodos hetero compositivos, los que están compuestos por una tercera persona, elegida por las partes, la cual va a imponer su decisión a las partes, la cual resulta obligatoria (arbitraje) y los métodos autocompositivos son solo las partes (negociación) o un tercero que facilita la solución del conflicto (negociación asistida, mediación, conciliación, entre otros).

Sobre lo anterior la Sala Constitucional en la resolución 2999-2005 (en el mismo

sentido la resolución 12215-2009, resolución 24182-2019) se ha pronunciado de la siguiente forma:

Las formas alternativas de solución de conflictos entre los particulares tienen en común la idea de facilitar la solución célere y eficiente de las controversias, sin necesidad de acudir al proceso judicial. La doctrina suele distinguir entre los métodos autocompositivos y los métodos hetero compositivos para la solución de conflictos de intereses. En los autocompositivos, las mismas partes solucionan el conflicto sin la ayuda de nadie – autocomposición indirecta- o con la ayuda de otra – autocomposición directa – (v.g. mediación, conciliación) (párr. 8).

Los heteros compositivos se caracterizan por la presencia de un tercero que resuelve la controversia mediante la imposición de su criterio. Dentro de estos últimos instrumentos figura el arbitraje, que constituye un proceso de carácter no judicial mediante el cual las partes someten el conflicto a un tercero imparcial denominado árbitro con el objeto de que éste lo conozca y resuelva con carácter vinculante (párr. 8).

De esta forma, los métodos hetero compositivos son una vía adversarial como es el caso del arbitraje, que el árbitro elegido por las partes impone mediante el laudo la decisión para solucionar el conflicto, que, a pesar de ser una vía adversarial, como la vía judicial, de igual manera se le considera un método RAC, puesto que no se da dentro de la vía judicial ni bajo el procedimiento judicial, sino que se utiliza el procedimiento elegido por las partes.

Lo anterior implica que el arbitraje se trata de un procedimiento y proceso flexible, que se basa en la autonomía de la voluntad de las partes, que pactan una cláusula arbitral, la cual contiene los conflictos que se verán en el proceso arbitral, la tercera (unipersonal) o terceras personas (colegiado) que van a resolver el conflicto, la institución (si es institucional) o ad hoc en su defecto y dependiendo de la materia que trate puede ser de equidad o derecho.

Por lo tanto, un método hetero compositivo de acuerdo con Moreno (2017) es cuando "interviene un tercero imparcial cuya decisión, siempre de carácter vinculante, impone la solución del conflicto" (p. 54). Es decir, cuando las partes se someten a un método hetero compositivo, se sujetan a la decisión de ese tercero, la cual debe ser acatada por las partes.

De la misma forma, establece Moreno (2017) que la heterocomposición se caracteriza por lo siguiente:

La heterocomposición se caracteriza por ser un medio que opera a través de la intervención de un tercero imparcial, a quien las partes han acudido. Este sujeto se compromete o viene obligado, por razón de su oficio, a emitir la solución, cuyo cumplimiento deberán acatar las partes, lo que hace que se sitúe o actúe no Inter partes sino supra partes (p. 54).

Origen del arbitraje

El arbitraje es una de las formas más antiguas utilizadas para resolver conflictos, siendo la doctrina unánime en ubicar su génesis en aquellos tiempos en que las relaciones humanas se encontraban en un estado primario, en los cuales aún imperaba el sistema de la venganza privada, mucho antes de existir cualquier organización judicial. Como síntoma de evolución a este estadio surge el arbitraje como forma para solucionar conflictos (Moscoso y Villalba, 2008, p. 141).

En la Edad Media se ve marcado la utilización del carácter arbitral, en donde los burgueses, artesanos y comerciantes buscaban justicia, por medio de los grandes señores, el rey o sus delegados, en donde sometían sus litigios y estos fungían como árbitros. "En los siglos XIII y XIV subsiste al lado de las jurisdicciones estatales, ya en pleno desarrollo, como una práctica enteramente privada, pero de uso muy frecuente", en donde la burguesía utilizó el arbitraje para sus conflictos comerciales al encontrar en esta figura una solución más expedita y segura (Artavia, 2014, pp. 41-42).

A finales de la edad media se comienza a utilizar la homologación ante el juez, "quien provee a la sentencia arbitral de la fórmula de ejecución. En esta época se consolida la distinción entre avenidores que resuelven el derecho, y arbitradores que actúan como amigables componedores" (Artavia, 2014, p. 42).

"Desde esa concepción ideológico-política un argumento esencial imbuyó la defensa del arbitraje: la libertad. Desde ella era posible optar, elegir, asumir el medio oportuno para resolver aquellos litigios que versan sobre lo que era disponible para el ciudadano" (Artavia, 2014, pp. 42-43).

En la edad moderna, el arbitraje, "tomó un leve respiro, que inspiró a nuestros ordenamientos" a codificar en los siglos XVIII y XIX, siendo que en Europa en el siglo XVIII surgieron "los primeros movimientos codificadores". "Fue precisamente la Revolución francesa la que impregnó del espíritu burgués que propugnaba, frente al antiguo poder del

monarca, los principios de igualdad y libertad" (Artavia, 2014, p. 42).

De tal forma, el arbitraje comenzó desde la antigüedad y no tenía una regulación para la utilización de esta figura hasta tiempo posterior, en donde comenzó mediante la legislación interna y la legislación internacional, por lo que la regulación dentro de cada país es muy diferente, pero, se ha tratado mediante la regulación internacional unificar en la medida de lo posible parámetros para la figura del arbitraje.

Entre la normativa internacional cabe mencionar la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, la cual fue adoptada por múltiples países, de la cual se puede establecer lo siguiente:

Este instrumento jurídico le dio un gran empuje al arbitraje internacional al garantizar el reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide su ejecución, garantía de legalidad y ejecutividad que sin duda confirmó la importancia del arbitraje en el campo internacional y convenció a los escépticos sobre la idoneidad y eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el ámbito internacional. En efecto, en la práctica arbitral internacional se habían presentado algunos casos de difícil ejecución de sentencias arbitrales en Estados que se negaban a reconocerles validez (Moscoso y Villalba, 2008, p. 152).

Concepto de arbitraje

El concepto genérico de “arbitraje” (vocablo que proviene del latín *ad biter*, formado por la preposición *ad*, y *arbitr*, que significa “tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia”) se refiere al proceso de solución de conflictos –distinto a la jurisdicción estatal– mediante el cual se dirimen controversias entre intereses particulares y surge de sus voluntades, las que se expresan en un compromiso por medio del cual prefieren concordar sus entredichos con base en el consejo o avenencia de otra persona de su confianza (física o colectiva) a la que regularmente se le llama “árbitro”, “avenidor” o “arbitrador” (González de Cossío, 2020, pp. 23-24).

De tal manera, el arbitraje se considera un método hetero compositivo, el cual una tercera persona neutral y objetiva, es "nombrada por las partes mediante convenio, resuelve con base en una potestad específica el conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos, en caso

de ser la materia susceptible de libre disposición por las personas afectadas por la discrepancia" (Montero, Ortelles y Gómez, 1995, p. 843).

"En este mismo sentido, se entiende que el arbitraje es la resolución de una cuestión o disceptación entre partes por medio de un tercero. Donde este tercero asume el papel de juez y resuelve con su juicio el problema que previamente le han sometido las partes de mutuo acuerdo" (Ramos, 1997, p.1118).

De esta forma, es que el arbitraje resulta "ser un procedimiento privado e informal, por el que las partes acuerdan someter determinada disputa a una o varias personas imparciales (árbitros) a las que autorizan para que resuelvan la controversia mediante una decisión definitiva y obligatoria para las partes" (Ortiz, 2015, p. 1).

Desde el punto de vista de Matheus (2003) "el arbitraje es la institución por la que las partes de una determinada relación jurídica someten voluntariamente a la decisión vinculante de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas que, con ocasión de dicha relación, se suscitan sobre derechos arbitrables" (p. 151).

Sin embargo, señala Matheus (2003) de dicho concepto lo siguiente:

Este recoge sólo los caracteres esenciales de la institución arbitral, razón por la que no deja de ser sólo una aproximación a la misma, dado que no cabe someter a arbitraje cualquier conflicto ni cualquier derecho, que los árbitros pueden ser nombrados por las partes o venir designados por una institución, y que el carácter vinculante del laudo no impide sin embargo su impugnación (p. 151).

Por lo tanto, cuando las partes someten su conflicto a la figura del arbitraje, "excluye el recurso a la Administración de Justicia en relación con esa disputa. Por eso, es imprescindible el consentimiento de ambas partes. Una vez que las partes han pactado el sometimiento a arbitraje, cada parte está vinculada por dicho pacto" (Ortiz, 2015, p. 1).

De esta forma, señala Moreno (2017) lo siguiente:

El arbitraje sólo se pone en marcha cuando media un acuerdo previo de las partes para someterse con carácter voluntario a él. Faltando dicho acuerdo, el Estado no presta la protección que la ejecutoriedad incondicionada supone a la solución dada por un tercero imparcial, fuera de los casos en que quien actúe sea un órgano público establecido a tal fin: un órgano jurisdiccional (p. 60).

Bajo el mismo lineamiento, Moreno (2017) reconoce lo siguiente:

El reconocimiento de la libertad negocial y de la autonomía de la voluntad implica necesariamente que existan ámbitos en los que el individuo pueda buscar sus propios mecanismos de solución de problemas, al margen de las previsiones del Estado, aunque con la posibilidad de acudir a los tribunales en demanda de tutela judicial; por esta razón en los distintos campos del ordenamiento jurídico (civil, penal, administrativo o laboral) se prevén mecanismos de solución extrajudicial de conflictos (p. 60).

Por otro lado, Fouchard, Gaillard y Goldman (1999), conceptualizan el arbitraje de la siguiente forma:

El mecanismo a través del cual se entrega a una o más personas -el o los árbitros- la solución de una cuestión o controversia, en la cual, el poder de tales personas deriva de un acuerdo privado y no de las autoridades estatales, y quienes deben proceder por decir el caso sobre la base de ese acuerdo (p. 9).

Lo anterior denota, que los autores anteriormente citados siguen la teoría contractualista de la naturaleza jurídica del arbitraje, que basa que el origen y la habilitación de este mecanismo se basa en que las partes pacten un acuerdo arbitral, la cual otorga la competencia al tribunal arbitral, para someter sus conflictos mediante el método del arbitraje.

Cabe destacar, de acuerdo con Artavia (2014) otro concepto de arbitraje que implica una concepción más moderna, que no ve al arbitraje únicamente en su carácter de proceso o su naturaleza contractualista, sino que se aparta de esa concepción, estableciendo el arbitraje como un método, institución o mecanismo, esto propuesto por Jarroson (2008) que considera la definición del arbitraje de la siguiente forma:

El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible defieren, su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral (p. 84).

En Costa Rica, de acuerdo con Artavia (2014) se tiene el concepto de arbitraje como lo siguiente:

El arbitraje es un proceso de carácter hetero compositivo, mediante el cual las partes eligen, en forma privada, a unos sujetos que fungirán como árbitros, para la solución de una controversia, y cuya decisión la ley impone como obligatoria y le confiere los

efectos de cosa juzgada. De la armonía de los artículos 2 y 18 de la Ley RAC, se puede decir que, para la ley, el arbitraje es un procedimiento, convenido por las partes para resolver sus controversias o relación jurídica sometida al árbitro (p. 84).

Cabe destacar, que la Sala Constitucional en la resolución 2999-2005 (en el mismo sentido la resolución 12215-2009, resolución 24182-2019) se ha pronunciado con respecto a lo anterior de la siguiente forma:

Las partes eligen, en forma privada, a unos sujetos que fungirán como árbitros, para la solución de una controversia, y cuya decisión la ley impone como obligatoria y le confiere los efectos de cosa juzgada. La esencia que materializa la posibilidad del arbitraje radica en el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos. Tiene sustento contractual porque depende del consentimiento de ambos contradictores, sin embargo, esa libertad tiene límites insuperables provenientes del orden público centrado en ciertas materias que devienen indisponibles para los interesados (párr. 8).

En base a lo anterior, se puede determinar que, en Costa Rica, de acuerdo con la interpretación de la LRAC, la figura del arbitraje se ve como un proceso alternativo a la vía judicial, para la resolución de conflictos presentes o futuros (los conflictos derivados de un contrato), en el cual se le otorga su competencia al tribunal arbitral por medio del convenio de las partes.

De esta forma, se evidencia que no se tiene una definición específica de lo que es la figura del arbitraje, siendo que el concepto de este se recoge a través de las características y naturaleza jurídica del arbitraje, la cual dependerá de cual posición con respecto a la naturaleza jurídica de la figura del arbitraje se tomará en cuenta para establecer su definición.

Cabe señalar, que existe coincidencia en las definiciones con respecto a que la figura del arbitraje se trata de un método hetero compositivo y la habilitación del arbitraje dependerá de la naturaleza jurídica que se tome en cuenta, pero, predomina la tendencia de la naturaleza jurídica contractualista.

Características del arbitraje

La figura del arbitraje es un método RAC y un mecanismo autónomo a la vía judicial, por lo que sus características algunas difieren de esta, siendo las siguientes:

Proceso hetero compositivo

Se trata de un proceso hetero compositivo, pero, de diferente naturaleza a la vía judicial, puesto que, si bien es un tercero que impone una solución al igual que en la vía judicial, el tercero es elegido por las partes, al igual que el procedimiento, ya que las partes han renunciado a resolver su controversia en la vía judicial y han decidido resolverla mediante arbitraje, de esta forma es que el arbitraje se convierte en el proceso que resolverá la controversia de forma definitiva.

Con respecto al arbitraje como método hetero compositivo, citando a Artavia (2014) expresa lo siguiente:

El arbitraje, es un sistema hetero compuesto de solución de conflictos, pues requiere de la participación de un tercero que dé una solución al conflicto intersubjetivo. Ese tercero debe ser un sujeto ajeno a la controversia -imparcial-, cuya decisión debe ser acatada por las partes. La solución que ese tercero da acabará con el conflicto; el ordenamiento jurídico reconoce validez y eficacia a su resolución (p. 143).

Mecanismo RAC

El arbitraje es un mecanismo alternativo donde las partes pueden acudir, en vez de ir a la vía judicial, pero, se debe tener en cuenta que no todos los conflictos son arbitrables, por lo que el arbitraje no es una alternativa a todos los conflictos, por ejemplo, en Costa Rica no es arbitrable la materia relacionada con tributario, por ser potestad de imperio, por lo que las partes pactan los conflictos arbitrables que se van a dirimir en el proceso arbitral.

Como afirma Artavia (2014) con respecto al arbitraje como mecanismo RAC, de la siguiente forma:

Es un sistema alternativo de solución de conflictos intersubjetivo, mediante el cual las partes solucionan sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible -Arts. 2, 3 y 18 Ley de Arbitraje -RAC-. Esto es que, el arbitraje supone la existencia de un conflicto entre dos o más personas, que origina la sumisión ante un tercero que dirime la controversia. La solución, que este tercero da, sustituye la solución judicial tradicional. Por lo demás, esa solución es vinculante, obligatoria y despliega los efectos de cosa juzgada material para los sujetos que participan en ella (p. 143).

Proceso consensual

Es un proceso consensual, es decir, son las partes únicamente las que deciden ir a arbitraje en vez de ir a la vía judicial, para resolver sus controversias, por medio del pacto de

un acuerdo arbitral, en donde renuncia a la vía judicial y establecen la forma en que se va a llevar a cabo el proceso arbitral, por lo cual dicho acuerdo arbitral, debe tener el consentimiento de las partes, sin que medien vicios en este.

Laudo ejecutable

Lo dictado por los árbitros o arbitro se llama laudo, lo cual es equiparable a una sentencia judicial, por lo que resulta ejecutable, con respecto a esto Ortiz (2015) enfatiza lo siguiente:

Ejecutabilidad: los laudos son ejecutables de forma equiparable a una sentencia, y no solo en el país en que se dictan. Gracias al amplísimo número de Estados que son miembros de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, el laudo que se dicte podrá ser reconocido y ejecutado en cualquiera de estos Estados (p. 3).

Citando a Artavia (2014) establece lo siguiente con respecto a la ejecutabilidad de laudos en Costa Rica:

La ley confiere al laudo o sentencia arbitral la potestad de tener la misma fuerza vinculante de una sentencia de un juez ordinario. A pesar de que la solución es dada por sujetos privados, que han sido investidos de árbitros, los efectos que esa resolución produce son los mismos de los de cosa juzgada de la sentencia -Arts. 58 Ley RAC-, de allí su carácter autónomo de función jurisdiccional.

Proceso expedito

Es un proceso más expedito que la vía judicial, ya que la vía judicial se caracteriza por procesos largos, tediosos y llenos de formalismos, sobre esto Ortiz (2015) se ha expresado de la siguiente manera: "la celeridad: el arbitraje conduce generalmente a una resolución de la disputa en un periodo más breve que los procesos judiciales" (p. 3).

En relación con el arbitraje como proceso expedito en Costa Rica Artavia (2014) declara lo siguiente:

El proceso jurisdiccional está lleno de una serie de etapas y plazos que redundan en un proceso lento y retardado. No se cumple en la realidad el anhelado principio de justicia pronta y cumplida, a lo que debemos agregar un sistema desesperadamente escrito que avanza tanto como un procesión o funeral tradicional, un sistema donde no hay concentración ni celeridad (p. 147).

Frente a este problema humano, institucional y material del proceso común, el arbitraje se eleva como una eficaz respuesta, con un proceso sencillo, sin muchos tecnicismos procesales, sin gestiones dilatorias, sin trámites burocráticos en los proveídos o resoluciones judiciales, sin horarios rígidos, pero, especialmente, por un procedimiento rápido en tiempo, que las partes han acordado, y que puede dar respuesta a un litigio en ocho a diez meses, cuando mucho, en su primera fase -hasta el laudo-. Un proceso sin la excesiva recurribilidad de las resoluciones judiciales -en nuestro país, en el proceso civil, casi todo auto tiene apelación- (pp. 147-148).

La celeridad en el proceso arbitral se logra a través de los centros que se dedican a la resolución de controversias mediante arbitraje, ya que su infraestructura y función se dedican a esto, teniendo además árbitros los cuales se especializan en la materia y llevan pocos litigios a la vez, dedicando más tiempo al caso concreto, contrario a lo que sucede con un juez. Esta celeridad también se justifica mediante la sanción de nulidad del laudo (art.67 inciso a) LRAC), en el caso de que se dicte el laudo fuera de plazo (Artavia, 2014, p.148).

Por otro lado, la responsabilidad civil subjetiva de los árbitros al dictar el laudo fuera de plazo y la responsabilidad objetiva del Centro por la función que brinda al usuario, respondiendo de esta forma por el laudo dictado extemporáneamente, situación que no sucede en vía judicial, puesto que solo existe una sanción disciplinaria contra el juez que dicte la sentencia de forma posterior al plazo, dentro de la LOPJ, la cual casi nunca se aplica (Artavia, 2014, p. 148).

Confidencialidad

Es un proceso confidencial, ya que lo que se esté resolviendo en el proceso arbitral, no va a ser develado por las partes del proceso, de lo cual menciona Ortiz (2015) lo siguiente:

"La confidencialidad: frente al principio general de publicidad de los procesos judiciales, en arbitraje las partes pueden optar por la absoluta confidencialidad de todo el procedimiento, por lo que la resolución de la disputa no tiene ninguna repercusión pública" (p. 3).

De acuerdo con Born (2012) citado por Giammattei (2018), con respecto a la confidencialidad se tiene lo siguiente:

El arbitraje es sustancialmente más privado que un procedimiento ante un tribunal de jurisdicción ordinaria, pues las actuaciones dentro de un proceso arbitral son, casi en

su totalidad, confidenciales en ocasiones, incluso el hecho de la existencia de un procedimiento arbitral entre dos partes en conflicto es confidencial. La confidencialidad del arbitraje puede proteger la reputación de las partes y previene la difusión de información confidencial (p. 13).

Proceso flexible

Es un proceso flexible, puesto que las partes pactan de acuerdo con la conveniencia de estas la forma en que se llevara a cabo el proceso arbitral, de esto se ha referido Ortiz (2015) de la siguiente forma:

El antiformalismo y la flexibilidad: las partes tienen amplias facultades para diseñar el tipo de procedimiento que más se adapte a sus necesidades en función de las características de la disputa, lo que permite controlar los costes y la duración, del mismo. Esta flexibilidad incluye libertad de elección del idioma del procedimiento (p. 3).

Especializado

Las partes pueden elegir los árbitros, que resolverán la controversia, por lo que resultan ser especiales para el caso concreto, con respecto a esto Ortiz (2015) ha expuesto lo siguiente con respecto a los árbitros:

La especialización de los árbitros: las partes pueden nombrar árbitros especialistas en la materia objeto de la disputa (construcción, seguros, energía, etc.), asegurándose así una resolución de alta calidad técnica (p. 2).

La disponibilidad de los árbitros: ante una situación de acumulación de asuntos en los tribunales ordinarios, con poca disponibilidad de tiempo por parte de los jueces, los árbitros tienen más disponibilidad para estudiar y conocer del asunto que les es sometido, por lo que su decisión podrá estar mejor fundada y ser de mejor calidad técnica (p. 2).

La elección del número de árbitros: las partes pueden pactar un árbitro único o un tribunal arbitral compuesto por varios árbitros (habitualmente, en número de tres) en función de la complejidad de la controversia (p. 3).

Artavia (2014) enfatiza el carácter de especialización de los árbitros de la siguiente manera:

Es complicado que un juez común pueda ser especialista en todas las ramas del

derecho puesto que este ve diferentes procesos cada día, por lo que dicha situación hace que el juez común no se especialice en un proceso específico, siendo que frente a este problema el arbitraje tiene una ventaja con respecto a esto puesto que se tiene una lista de árbitros especialistas por materia, donde los centros contribuyen con esta función manteniendo especialistas de diferentes materias del derecho (pp. 145-146).

La especialidad de los árbitros trae ventajas a las partes que optan por la utilización de la figura del arbitraje, puesto que se aseguran de que el árbitro soluciona el conflicto en base a su especialidad y conocimiento, por lo que los laudos resultarán en una base fundada y motivada del conocimiento del árbitro (p. 146).

De esta forma, resuelve el caso concreto, no teniendo la misma carga laboral que un juez común, por lo que tiene más tiempo para estudiar el caso, realizando de esta forma una verdadera motivación, contrario a muchas sentencias judiciales que resultan un "copy paste" de otras, sin aplicación al caso concreto (p. 146)

Naturaleza Jurídica del arbitraje: contractualista, jurisdiccional, autónoma y mixta

La concepción de la naturaleza jurídica del arbitraje es un tema que todavía genera debate y no existe una única posición o teoría, sino que existe varias teorías las cuales tratan de determinar la naturaleza jurídica de la figura del arbitraje como es la teoría contractualista, jurisdiccional, autónoma y mixta, que son las que se van a comentar a continuación.

Antes de entrar a la naturaleza jurídica del arbitraje cabe destacar un punto que alude Artavia (2014), siendo el siguiente:

La polémica sobre la naturaleza jurídica del arbitraje data de muchos años. De acuerdo con la solución o posición que se tome, se producirán algunas consecuencias prácticas, tales como las normas supletorias aplicables en primer término, y las facultades del tribunal que conoce del recurso de nulidad del laudo. La discusión se agranda más cuando caemos en cuenta que el arbitraje es una institución compleja y compuesta y que, por eso, una solución simplista a la discusión no aclara el panorama doctrinario. Si agregamos que ésta es una de las pocas materias que ha producido un divorcio importante entre doctrinarios, que se consideraban unidos bajo una misma línea de pensamiento, resulta aventurado dar una posición y solución a esta discusión (p. 86).

De lo anterior, se puede dilucidar que existen diferentes teorías, de las cuales no existe

un criterio unirme acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje y que el estar en una posición concreta de alguna de estas teorías, puede implicar efectos en la práctica del arbitraje, por lo que la escogencia resulta relevante en cuando a la practicidad del procedimiento arbitral.

Teoría contractualista o privatista

Esta teoría postula que el arbitraje tiene naturaleza contractual. Sus orígenes, existencia y regulación dependen de la continuada existencia de la voluntad de las partes. El corazón de esta corriente de opinión consiste en que todo el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales. Ello se observa tanto en el acuerdo como en el laudo arbitral, ya que reflejan el carácter contractual del arbitraje, siendo los mismos un 'conjunto de actos contractuales' (Gonzales de Cossío, 2020, p. 138).

Siendo el arbitraje un resultado de la libertad contractual, es la autonomía de la voluntad la que da origen a dicho sistema de justicia privada. Quienes apoyan esta teoría niegan la supremacía o control del Estado sobre el arbitraje y consideran que la esencia del arbitraje radica en la voluntad y consentimiento de las partes (Gonzales de Cossío, 2020, p. 138).

Para esta posición, el carácter privado del arbitraje deviene no sólo por su origen, sino respecto de la calidad privada de los árbitros. Se sostiene, entonces, que los árbitros no son jueces, por no tener poder de imperio, sino simples particulares que no revisten, por lo tanto, la calidad de funcionarios públicos. La función que realizan y la fuerza ejecutiva de sus laudos sólo se explican por la autorización que las partes dan. Sostienen que las cuestiones que ellos deciden están referidas a derechos disponibles por las partes, pues el Estado no puede privarlos del derecho de escoger el método para resolver la diferencia. Pero, el laudo no tiene fuerza vinculante por su contenido, sino por la sumisión que las partes han dispuesto para acatarlo (Artavia, 2014, p. 86).

También esta tesis sostiene que el componente que enmarca jurídicamente la institución es el convenio arbitral, el contrato entre las partes, a partir del cual y por el cual, existe arbitraje. De él nace el arbitraje, y es en él donde se plasma la voluntad de sometimiento de la disputa a la institución arbitral, amén de conformar, eventualmente, su desarrollo (determinación del órgano arbitral, iniciación del arbitraje, sometimiento a una institución arbitral, reglas del procedimiento, etc.)

(Artavia, 2014, p. 87).

Esta teoría resulta lógica desde el punto de vista que la figura del arbitraje nace por un acuerdo arbitral y que, sin este, el arbitraje no estaría habilitado y es a partir de la voluntad de las partes plasmada en el acuerdo arbitral que se habilita llevar los conflictos a un proceso arbitral, pero, esta teoría se olvida de que no todos los conflictos son arbitrables, por lo cual la ley influye en este sentido.

Por otro lado, con respecto al laudo este es equivalente a una sentencia judicial, por lo tanto, esta teoría se basa solo en los elementos contractuales del arbitraje, olvidándose que existen elementos jurisdiccionales inmersos en el arbitraje, que también son esenciales para la existencia del arbitraje, resultando de esta forma una teoría que no termina de encajar la verdadera naturaleza del arbitraje, por lo que no resulta atinente dicha teoría para establecer la naturaleza jurídica del arbitraje.

Teoría jurisdiccional o publicista

Esta corriente sostiene que el arbitraje tiene, en su esencia, naturaleza jurisdiccional, ya que el origen de la institución, su posibilidad de existencia, apoyo estatal y regulación de los actores principales (el árbitro y el juez) es similar y, en ocasiones, idéntica (Gonzales de Cossío, 2020, p. 137).

Esta concepción del arbitraje postula que es una función del Estado controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro de su jurisdicción. Ello dado que la solución de controversias mediante la interpretación y aplicación del derecho (la función jurisdiccional) es una función soberana normalmente ejercida mediante los tribunales nacionales establecidos para dicho propósito por el Estado. Por consiguiente, si es que puede tener lugar la solución de una controversia por un medio distinto a dicha facultad, ello ocurre puesto que el Estado así lo admite en forma expresa o tácita. Esta autorización (vía el concepto de arbitrabilidad) es un acto de justicia delegada, o paralela, que encuentra su sanción en la ejecutabilidad del laudo en forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal (Gonzales de Cossío, 2020, pp. 137-138).

Esta posición expresa que el arbitraje tiene el carácter de proceso jurisdiccional, y, por ende, tiene naturaleza jurisdiccional. Esta posición publicista sostiene que el arbitraje es un proceso autorizado por ley y reglamentado en ella, y que participa del

carácter público, como derecho procesal que es, de ahí que también se le denominó indistintamente como tesis procesalista del arbitraje. La función de los árbitros y la fuerza vinculante de sus fallos explican por la autorización que la ley brinda a las partes para decidir sus controversias (Artavia, 2014, p. 88).

Si la ley no lo autorizara, la potestad juzgadora de los árbitros se perdería. Sobre el carácter de los árbitros, se afirma que se trata de verdaderos jueces -transitorios-, y que, como tales, ejercen una actividad jurisdiccional del Estado. Desde que son nombrados, quedan revestidos de jurisdicción, no sólo porque las partes los hayan nombrado como tales, sino porque el Estado les ha otorgado, legalmente, esa posibilidad de ejercicio, al asignarles la función de juzgar para un caso determinado (Artavia, 2014, p. 88).

Sobre esta teoría la Sala Constitucional en la resolución 10729-2008 (en el mismo sentido la resolución 10352-2000) se ha pronunciado de la siguiente manera:

Para la Sala la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional, puesto que es un proceso que emana directamente de la Constitución Política, como un medio idóneo y alternativo para que las personas terminen sus diferencias patrimoniales, cuyas decisiones finales tienen las características y la misma fuerza de la cosa juzgada material, puesto que los laudos son obligatorios para las partes y ejecutorios por los medios procesales comunes e imperativos. ...La doctrina más generalizada apunta a que el arbitraje sea voluntario y convenido libremente por las partes, lo que la Sala comparte plenamente, pero eso sí, sin excluir la posibilidad de que el legislador, para materias y casos concretos o especiales, determine que es el único procedimiento de solución de las controversias que surjan entre las partes, siempre y cuando la decisión legislativa sea razonable, proporcionada a los fines que persigue y compatible con los principios y valores de la Constitución Política. Es común que el arbitraje se genere por una manifestación de la voluntad de las partes, consistente en incluir en el vínculo contractual, la norma que las compromete a someterse a tal procedimiento o las remite al mismo (cláusula compromisoria), que resulta, entonces, ser un acuerdo bilateral (contractual) en virtud del cual las partes se obligan a someter las cuestiones de índole patrimonial a la decisión de árbitros, lo que comprende que desde el punto de vista de la doctrina de las obligaciones, sea la manifestación de una voluntad libremente

expresada (consentimiento) (párr. 12).

Esta teoría, al igual a la anterior mencionada, también resulta criticable por los mismos motivos que la anterior, puesto que esta teoría solo menciona los elementos jurisdiccionales tales como la arbitrabilidad, la normativa que regula el arbitraje y la equiparación del laudo con una sentencia judicial pero, se olvida que para que se pueda llevar un conflicto a un arbitraje, debe estar plasmada la voluntad de las partes para llevar el conflicto suscitado mediante el acuerdo arbitral, por lo tanto esta teoría tampoco resulta atinente para determinar la naturaleza jurídica del arbitraje.

Teoría mixta, ecléctica, intermedia, sincrética, híbrida o realista del arbitraje

Debido a las críticas que han recibido las dos teorías expuestas anteriormente, surgió la teoría mixta, que combina elementos de la teoría contractualista y la teoría jurisdiccional, ya que por separado cada una tiene sus elementos positivos, negativos y sus carencias, por lo que se trató de combinar de tal forma que ambas teorías se complementaran y naciera la teoría mixta (Gonzales de Cossío, 2020, p. 138).

De conformidad con esta postura, los árbitros realizan un acto jurisdiccional, pero carecen de poder judicial (estatal) alguno. No existe acto alguno de delegación de poder estatal. Se limitan a resolver, en base a derecho, un conflicto. La función del árbitro es equivalente a la de un juez, pero no de un Estado particular. Mientras que un juez está investido, en principio, de poder público estatal, la decisión del árbitro no tiene dicho poder público. La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público deviene al momento de su ejecución, pero ello no modifica la naturaleza de la institución, solo la enriquece convirtiéndola en una institución híbrida (Gonzales de Cossío, 2020, pp. 138-139).

La teoría mixta o híbrida ha alcanzado dominancia mundial dado que el arbitraje comercial internacional muestra elementos tanto jurisdiccionales como contractuales. De conformidad con la teoría mixta, el arbitraje es un sistema de justicia privada creada contractualmente. Tanto el origen contractual como la función jurisdiccional tienen una influencia importante en el arbitraje. (Gonzales de Cossío, 2020, p. 139).

De acuerdo con Gonzales de Cossío (2004) citado por Artavia (2014), con respecto a la teoría mixta, ha mencionado lo siguiente:

Esta teoría fue desarrollada por Sauser-Hall en 1952 a través de un reporte al instituto de Derecho Internacional. En él argumentaba que: El arbitraje no puede apartarse de todos los sistemas jurídicos; tiene que existir algún derecho que pudiera determinar la validez de la sumisión al arbitraje y la ejecutabilidad del laudo. Cada arbitraje tiene su origen en un contrato privado y los árbitros designados y las reglas para regir el arbitraje dependen en forma primaria del acuerdo de las partes. Así, existen elementos contractuales y jurisdiccionales en el arbitraje que están interrelacionados de forma indisoluble (pp. 90-91).

Esta tesis ecléctica se ubica en una posición intermedia, entre la teoría contractualista y la jurisdiccional. Respecto de la primera, se critica el hecho de no aceptar que la ley es la que le otorga al laudo arbitral la fuerza vinculante. Respecto de la segunda, se dice que se olvida que el origen del arbitraje -salvo que se trate del arbitraje obligatorio- es el acuerdo privado de voluntades y que sin él no puede haber arbitraje (Artavia, 2014, p. 91).

A modo de aclaración, en Costa Rica no existe el arbitraje forzoso, donde se ha pronunciado la Sala Constitucional resolución 11421-2017 de la siguiente forma:

La jurisprudencia constitucional conceptualiza el arbitraje como un instrumento voluntario, de rango constitucional que se configura en un derecho fundamental, con el fin de solucionar diferendos de tipo patrimonial y por esto las partes tienen la opción de acudir a este modo alternativo, de forma facultativa y no forzosa, independientemente de existir un litigio pendiente (párr. 21).

Ahora bien, esta teoría resulta menos criticable que la teoría jurisdiccional y la teoría contractualista, pues esta combina los elementos de ambas teorías para establecer un punto medio, de ahí el nombre teoría mixta, pero, aun así, no logra encajar la naturaleza jurídica del arbitraje, puesto que sigue tratando de encasillar el arbitraje bajo elementos jurisdiccionales y contractuales, que, si bien son propios del arbitraje, no le dan la autonomía que la figura del arbitraje.

Por lo tanto, siguen tratando de encajar bajo un parámetro al arbitraje, sin pensar en el arbitraje en sí mismo que tiene su propio espíritu, es decir es una figura que, si bien tiene elementos similares a otros procesos, el arbitraje como tal no es igual a otras figuras del derecho, siendo que este dependerá de cada parte el cómo y bajo que parámetros se llevará a

cabo el arbitraje, lo que evidencia su carácter flexible y autónomo con respecto a otras ramas del derecho.

Teoría autónoma o autonomía científica

La teoría de más reciente creación argumenta que el arbitraje se desenvuelve en un régimen emancipado y, por consiguiente, autónomo. Sostiene que el carácter del arbitraje podría ser determinado tanto jurídica como prácticamente mediante la observación de su uso y finalidades. Bajo esta luz, el arbitraje no puede ser clasificado como meramente contractual o jurisdiccional, y tampoco como una ‘institución mixta’ (Gonzales de Cossío, 2020, p. 139).

La teoría autónoma es una versión refinada de la teoría mixta. Si bien reconoce los elementos jurisdiccionales y contractuales del arbitraje, cambia el foco de atención de estos. En lugar de darle más peso al papel que el derecho de la sede del arbitraje puede ejercer y a la autonomía de la voluntad de las partes, se enfoca en el medio legal y empresarial donde las partes acuerdan a participar en el procedimiento arbitral. El arbitraje internacional se ha desarrollado puesto que las partes han buscado un sistema flexible, no-nacional, para la solución de sus controversias comerciales (Gonzales de Cossío, 2020, p. 139).

Para ello, los que utilizan el arbitraje buscan un mecanismo que se respete y ejecute, que contemple un procedimiento justo, diseñado para satisfacer ciertas características del caso particular, pero que no emule necesariamente los sistemas procesales nacionales, los cuales son justamente lo que se desea evitar. Al optar por el arbitraje, lo que se desea es que los árbitros sean imparciales y justos, y que el laudo que eventualmente se emita sea final, obligatorio y de fácil ejecución (Gonzales de Cossío, 2020, p. 139).

Artavia (2014) afirma que el arbitraje es arbitraje y que esa es su naturaleza jurídica, pero que el arbitraje no puede separarse de elementos contractuales, procesales y jurisdiccionales, puesto que estos también son inherentes al arbitraje, por lo que se puede establecer que en esta teoría se aceptan elementos de la posición mixta, pero, que el error está en categorizar la figura del arbitraje en una sola categoría, de esta forma se puede afirmar que el arbitraje es una categoría autónoma (pp. 95-96).

El arbitraje, es una disciplina jurídica autónoma y por ello con autonomía científica,

respecto de otras disciplinas o especialidades del derecho. Es una disciplina jurídica autónoma por sus particulares características, método, fuentes y procedimiento propio, tiene su propia naturaleza jurídica y por aunque participe de elementos comunes y su fuente y método deriven de una relación contractual y se satisface con un procedimiento, similar al jurisdiccional, es arbitraje y punto, no es ni contractual ni judicial, ni procesal, ni mixta, pues no depende de otra disciplina, es un organismo complejo, que tiene vida propia, simplemente ciencia arbitral propia y autónoma (Artavia, 2014, p. 96).

De esta forma, sostiene Monroy (2008) citado por Artavia (2014) con respecto a lo anterior lo siguiente:

El arbitraje no es ni contractual, ni procesal, ni una mezcla de ambos. Es una disciplina autónoma que, si bien puede construirse con ayuda de las demás parcelas del derecho, no se identifica con ninguna de ellas. Posee sus propios principios, problemas y especialistas, pero, lejos de aislarse, se integra con las demás ramas del derecho, sin perder su carácter autónomo. Por ello mismo, desde hace algunas décadas muchos juristas convienen en hacer referencia a una rama jurídica específica y diferenciada de las clásicas, cuyo nombre es Derecho del Arbitraje (p.96).

Entre las razones que apoyan esta idea de ser una disciplina autónoma Artavia (2014) alude las siguientes:

- Es un proceso especial, con una justificada autonomía de los procesos del Código Procesal Civil.
- El laudo tiene la misma fuerza ejecutoria y vinculante que el de una sentencia.
- La Constitución Política reconoce el carácter jurisdiccional a la función arbitral, la que ejerce de manera paralela y excluyente.
- El acuerdo arbitral cierra la posibilidad de acudir a la jurisdicción común, incluso, produciendo litis pendencia sobre ésta.
- Aunque en diversa manifestación también se rige por un procedimiento que garantiza un "proceso debido" que respeta el "debido proceso", estructura propia de un proceso con el fin de resolver una contienda o conflicto.
- El proceso arbitral, en su origen y su desarrollo participa de unas particulares características que lo diferencian del proceso civil, especialmente la autonomía de la

voluntad, que permite a las partes, incluso, diseñar la arquitectura del proceso.

- La mayoría de los principios que lo inspiran son diferenciados del proceso civil (pp. 96-97).

Esta teoría es la que resulta más atinente a la situación, evolución y desarrollo actual de la figura del arbitraje, porque mejora la teoría mixta, encajando los aspectos faltantes que resultaban criticables de la teoría mixta, siendo esta la teoría más reciente con respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje, resultado del progreso que ha tenido esta figura tanto a lo interno de los países como internacionalmente, por lo que resulta necesario y pertinente la adopción de esta teoría, con el fin de que el arbitraje se tome en cuenta en sí mismo y no bajo una categorización como tal.

Los principales principios que rigen el arbitraje

El principio de la Autonomía de la voluntad y el Pacta Sunt Servanda

El arbitraje tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad. Como parte de dicho corolario, las partes pueden diseñar el procedimiento en la forma que lo juzguen conveniente y el Tribunal Arbitral tendrá que respetar el acuerdo de las partes. El único límite de la libertad anotada es que el procedimiento diseñado permita a las partes hacer valer sus derechos y se les trate en forma igual. Dicho de otra manera, aunque las partes así lo convengan, un procedimiento no puede ser inequitativo ni carente de debido proceso. La protección que se otorga a esta libertad es que, en caso de que la composición del Tribunal Arbitral o la forma en que se llevó el procedimiento arbitral no respete el acuerdo de las partes, el laudo será inválido (Gonzales de Cossío, 2020, p. 601).

Como plantea, Díez-Picazo y Gullón (1998) citado por Artavia (2014) lo siguiente con respecto a la autonomía de la voluntad en el arbitraje:

La autonomía de la voluntad -de las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto esa autonomía de la voluntad y los intereses en juego conlleva la inclusión y reconocimiento del arbitraje, a la par de la vía judicial, sin estar inmerso en él. El arbitraje no niega ni contradice el principio de exclusividad de la jurisdicción. Se trata de dos jurisdicciones de rango constitucional, concurrentes, en la que el arbitraje tiene mayores limitaciones competenciales -cuestiones patrimoniales- que la jurisdicción estatal que es plena y absoluta. Autonomía de la

voluntad que se manifiesta aquí como el poder de dictarse uno a sí mismo "la ley" o el precepto, el poder de gobernarse uno a sí mismo. Podría también definirse como un poder de gobierno de la propia esfera jurídica, y como está formada por relaciones jurídicas, que son el cauce de realización de intereses, la autonomía privada puede igualmente conceptuarse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte (p. 161).

Señala Artavia (2014) que la autonomía de la voluntad, "como sustrato que justifica muchos de los elementos del arbitraje, tanto en su vinculación del acuerdo arbitral, como para el procedimiento arbitral, presenta algunas características en su concepción moderna" (p.491).

Entre las características que conlleva la concepción moderna de la autonomía de la voluntad, Artavia (2014) refiere las siguientes:

- Constituye una fuente de derecho en las relaciones privadas: la ley la recibe y ordena las manifestaciones, pero el contrato es anterior a la ley.
- La convención es un símil privado de la ley y en ella domina la fidelidad con respecto al cumplimiento de lo pactado.
- No es infinita, ya que aparece bordeada por el derecho imperativo, de manera que, por una parte, existe la limitación derivada del otro contratante (extra determinación) y por otra, queda encuadrada dentro de los derechos de la persona, las buenas costumbres y el orden público (p. 491).

Si los sujetos son libres de determinar la forma en que se relacionan, como se regularán esas relaciones y como se resolverán sus controversias, el prisma que debe guiar esa relación, incluso de cara a los órganos judiciales, cuando directa o indirectamente debe intervenir en el arbitraje, -por ej. recurso de nulidad, medidas cautelares, la determinación de la validez del acuerdo, la competencia del tribunal o la ejecución del laudo- es precisamente el "cuerpo prismático" de la autonomía de la voluntad o autonomía privada, que o conoce más límites que la propia autonomía, el orden público, las "disposiciones prohibitivas o imperativas" de la propia Ley de Arbitraje -RAC-, conforme a los artículos 18 y 67 f) y principios del debido proceso, defensa y contradicción -art.39-. Por eso, enfrentado un órgano judicial -por su vinculación excepcional con el arbitraje- o el propio tribunal arbitral, ante una

decisión, en un punto concreto, la reflexión o punto de vista debe guiarse en primer lugar por el elemento voluntario que subyace en esa autonomía de la voluntad (Artavia, 2014, pp. 491-492).

En el caso de Costa Rica de acuerdo con Artavia (2014) con respecto a la aplicación de la LRAC se tiene en cuenta lo siguiente con relación a la autonomía de la voluntad; "del numeral 39 derivan varios principios procesales, al menos los enunciados expresamente en ella, que guían el proceso arbitral, a saber, autonomía de la voluntad, debido proceso, contradicción, defensa y "equilibrio" procesal" (p.488), dicho artículo en lo que nos interesa establece lo siguiente:

"Con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, las partes podrán escoger libremente el procedimiento que regulará el proceso arbitral, siempre que ese procedimiento respete los principios del debido proceso, el derecho de defensa y el de contradicción".

De la misma forma, se respalda la autonomía de la voluntad y el *pacta sunt servanda* en la normativa costarricense en el artículo 28 párrafo 2 de la Constitución Política y el artículo 1022 del Código Civil, que establecen respectivamente lo siguiente:

Artículo 28: "Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley".

Artículo 1022: "Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes".

Con respecto al principio de *pacta sunt servanda* de acuerdo con Momberg (2013) citado por Accatino (2015) se tiene en cuenta lo siguiente:

El principio de la fuerza obligatoria del contrato o *pacta sunt servanda* es uno de los pilares básicos del derecho de contratos, reconocido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos y consagrado positivamente tanto en las codificaciones decimonónicas como en las contemporáneas. Dicho principio, lo mismo que los principios de libertad contractual y del efecto relativo de los contratos, se considera el corolario necesario del dogma de la autonomía de la voluntad. En términos generales, la fuerza obligatoria del contrato implica que las partes deben respetar las obligaciones que válidamente han contraído, teniendo esta fuerza vinculante para ellas y por tanto exigibilidad para su cumplimiento. En su concepción tradicional supone también la intangibilidad del contrato, de manera que ni las partes (con la obvia excepción del mutuo consentimiento) ni el juez pueden variar los términos de

un contrato válidamente celebrado (p. 37).

Con relación al *pacta sunt servanda*, Álvarez (1979) citado por Garrido (2011) refiere lo siguiente:

A su vez, se ha venido haciendo perceptible que la idea de que los pactos deben ser respetados se aplicaba por el reconocimiento de la autonomía de la voluntad con ciertos límites, conceptuada como libertad del hombre para crear relaciones jurídicas y regular su contenido. En síntesis, lo que se ponía en práctica era la idea de que la relación de hombre a hombre con fines de satisfacer necesidades y conveniencias tiene fuerza vinculante. Además, el contrato creaba entre las partes un vínculo obligacional de ineludible cumplimiento con fuerza de ley, y conforme al axioma *pacta sunt servanda* integrador de la consecución de la seguridad en el tráfico jurídico (pp. 4-5).

Según Soro (2007) citado por Gobbi y Triay (2015) se tiene en cuenta lo siguiente que evidencia la relación entre la autonomía de la voluntad y el principio *pacta sunt servanda*:

La principal consecuencia de la autonomía de la voluntad en la contratación es la fuerza obligatoria del contrato. Se da por hecho que todos los pasos anteriores han sido completados: primero se decidió celebrar un contrato con la o las personas que se eligieron libremente y segundo las partes fijaron el contenido del acuerdo, estableciendo pactos y manifestando su voluntad para la satisfacción de sus intereses. A partir de acá las partes deben cumplir con el compromiso que surge a partir de la creación, modificación o extinción del contrato (pp. 10-11).

La Sala Primera en la resolución 1472-2017, ha aceptado la alegación de la parte que establece lo siguiente:

Los principios de autonomía de la voluntad y *pacta sunt servanda*, los cuales rigen la contratación privada; se quebranta por falta de aplicación, los artículos 10, 1022 y 1023 del Código Civil. Explica de qué forma ocurrió la infracción de éstos. El artículo 10 del Código Civil, en virtud de que el acuerdo arbitral, como norma vinculante que es entre las partes contratantes, no fue aplicado en el sentido propio de sus palabras, como lo manda el precepto citado. Los artículos 1022 y 1023 del Código Civil, al desconocerse la fuerza de ley del convenio arbitral entre las partes contratantes, por no haberse aplicado lo expresado con carácter obligatorio en éste. Lo resuelto,

sostiene, modifica totalmente la voluntad de las partes, desconoce el acuerdo al que arribaron, pilar fundamental del arbitraje y de la competencia de un tribunal arbitral (párr. 4).

Es decir las partes pueden decidir el procedimiento (autonomía de la voluntad) que se llevará a cabo en el proceso arbitral, siempre y cuando dicho procedimiento no infrinja los principios del debido proceso, el derecho de defensa y el de contradicción, por lo que el diseño del procedimiento por las partes, queda en creatividad de estos, el tribunal arbitral debe sujetarse a lo pactado al igual que las partes -salvo que estas quieran modificar por mutuo acuerdo- (pacta sunt servanda), mientras no infrinja los principios anteriormente mencionados.

El principio de separabilidad del acuerdo arbitral

El principio de autonomía, también llamado principio de separabilidad es aquel en virtud del cual el convenio arbitral es considerado como un contrato independiente y diferente del contrato principal. De este postulado se desprende que, en primer lugar, el convenio arbitral no sigue necesariamente la suerte jurídica del contrato principal (Follonier, 2014, p. 147).

Desde el punto de vista de Gonzáles de Cossío (2020) el principio de separabilidad implica lo siguiente:

Las vicisitudes que pueda sufrir el contrato principal no necesariamente impactan al acuerdo arbitral. El destino del acuerdo arbitral está dissociado del contrato principal. El análisis de validez del acuerdo arbitral es jurídicamente distinto del análisis de validez de la relación que lo contiene. Ello significa, en el argot del derecho de las obligaciones, que cuando las partes celebran un contrato con un acuerdo arbitral, jurídicamente entablan no una, sino dos, relaciones jurídicas. Y cada una se cocina aparte (p. 382).

De esta forma se ha pronunciado la Sala Primera en la sentencia 458-2014 al respecto de esta manera: "el hecho que la parte actora cuestione el propio contrato, debe recordarse que la cláusula arbitral cuenta con validez y eficacia independiente del contrato principal, el cual puede padecer de nulidad o ineficacia de acuerdo con el artículo 37, párrafo segundo de la Ley RAC", de acuerdo a esto, entonces el acuerdo arbitral no se ve afectado como tal por los vicios que tenga el contrato en donde está contenido -con excepciones-.

El artículo 37 párrafo segundo de la LRAC establece que "una cláusula arbitral que forme parte de un convenio y disponga la celebración del arbitraje con arreglo a la presente ley, se considerará un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del convenio", bajo dicho numeral se evidencia el principio de separabilidad del acuerdo arbitral, siendo de esta forma que dicho principio se encuentra establecido de forma expresa en la ley que regula el arbitraje.

Con base en Derains (1995) citado por Caivano (2015) se tiene en cuenta lo siguiente con respecto a principio de separabilidad:

Naturalmente, la condición de separable o autónoma que se atribuye a la cláusula arbitral no implica que sea inmune a cuestionamientos sobre su validez, eficacia o subsistencia. Tampoco implica que las causas que afectan la validez del contrato principal nunca puedan afectar la de la cláusula: la posibilidad de que ambos pactos sean nulos existe, ya que, habiendo sido otorgados en el mismo momento, algunos vicios –especialmente los que se refieran a la declaración de la voluntad de las partes– pueden afectar conjuntamente al contrato principal y al acuerdo arbitral, pero también es posible que las causas de nulidad sean específicas y afecten a uno y no al otro (p. 5).

Es decir, el principio de separabilidad no es absoluto, puesto que existen casos en donde existe un vicio que afecta tanto al contrato que contiene la cláusula arbitral, como la cláusula arbitral, un claro ejemplo de este es el que se mencionó anteriormente, si existe un vicio de la voluntad del contrato, este puede afectar directamente al acuerdo arbitral, por lo que existen excepciones para la aplicación de este principio.

El principio Kompetenz-Kompetenz

El principio Kompetenz-Kompetenz, implica que "es el mismo tribunal arbitral el competente para resolver sobre su propia competencia, incluso cuando tal cuestionamiento se funda en aspectos relativos a la existencia, nulidad o validez de la cláusula arbitral" (Artavia, 2014, p. 322).

Si el árbitro está dotado de tal facultad plena para resolver un conflicto, originado en un acuerdo arbitral, no podría negársele la facultad de conocer y resolver los aspectos en los que se le cuestione su competencia y con ello resolver si él es o no competente, para pronunciarse sobre su propia competencia. Un principio en contrario sería el

"suicidio" del arbitraje, pues alegando simplemente que un árbitro o tribunal es incompetente, bastaría para paralizar todo el proceso arbitral y remitir esa cuestión previa al juez ordinario, para que éste se pronuncie si un igual a él, es competente para conocer tal controversia (Artavia, 2014, p. 323).

Con relación al efecto positivo y negativo del principio kompetenz-kompetenz, de acuerdo con Gaillard y Banifatemi (2008) citado por Artavia (2014) se tiene lo siguiente:

El efecto positivo del principio de competencia de la competencia permite a los árbitros ser los primeros en pronunciarse sobre su propia competencia, en tanto que el efecto negativo, impide a los jueces ordinarios pronunciar la competencia y validez del acuerdo que determina esa competencia. De esta forma, se obliga así a los órganos jurisdiccionales a no pronunciarse sobre el fondo de las cuestiones que afectan a la competencia de los árbitros antes de que éstos hayan tenido la ocasión de hacerlo. Desde otra óptica, el principio de Kompetenz-Kompetenz consiste en esa posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral. Esto se conoce como el efecto positivo del principio. El efecto negativo del principio, a su vez, permite que los tribunales judiciales limiten su revisión a una determinación prima facie de la existencia y validez del convenio arbitral para que los árbitros sean los primeros en examinar su competencia y luego los tribunales judiciales ejerzan un control con la anulación o ejecución del laudo (p.323).

La Sala Primera en la resolución 742-2018 se ha pronunciado con respecto al principio kompetenz-kompetenz de la siguiente:

El tribunal arbitral tiene competencia para conocer acerca de su propia competencia, lo que se traduce en el aforismo el juez de la acción es el juez de la excepción. En virtud de esa regla el Tribunal debe examinar, al igual que los jueces ordinarios su competencia para conocer el asunto concreto sometido a su conocimiento, bien sea de oficio o por gestión de parte y de considerar que es incompetente declararlo así. Tal incompetencia puede estar referida a la materia objeto de controversia o la misma conformación, inscripción y habilitación del tribunal arbitral, incluso a la forma en que debe resolver el Tribunal, si es de derecho o de equidad (párr. 6).

En Costa Rica, el principio Kompetenz-Kompetenz se encuentra estipulado de forma

expresa al igual que el principio de separabilidad del acuerdo arbitral, esto en el artículo 37 de la LRAC párrafo primero, que en lo que interesa establece lo siguiente: "el tribunal arbitral tendrá competencia exclusiva para decidir sobre las objeciones referentes a su propia competencia y sobre las objeciones respecto de la existencia o validez del acuerdo arbitral", por lo tanto, los árbitros se rigen por este principio el cual se complementa con el de separabilidad, que se comentará a continuación.

El principio de la separabilidad del acuerdo arbitral junto con el kompetenz-kompetenz

Bajo la perspectiva de Caivano (2015) el principio de separabilidad y el kompetenz-kompetenz se complementan entre sí, con respecto a esto ha expresado lo siguiente:

El principio de la separabilidad, pensado para que los vicios que afecten el contrato no se trasladen a la cláusula arbitral, se complementa con el principio kompetenz-kompetenz, cuyo propósito es evitar la sustracción prematura de la jurisdicción de los árbitros (p. 28).

El principio kompetenz-kompetenz, en pocas palabras, permite a los árbitros decidir los cuestionamientos que se formulen a su propia competencia, aunque ellos se funden en la inexistencia o nulidad de la misma cláusula arbitral (y, por supuesto, con más razón cuando se fundan en la inexistencia o nulidad del contrato que la contiene) (p. 28).

En su correcta formulación, el principio kompetenz-kompetenz manda que los árbitros sean quienes juzguen inicialmente sobre su competencia, cualquiera sea el argumento en que se base el cuestionamiento (la inexistencia o invalidez general del contrato o aun de la misma cláusula arbitral en particular). El principio de la separabilidad sirve para que, al adoptar esa decisión, no tengan que inferir, necesariamente, que la cláusula es inexistente o nula porque el contrato sea inexistente o nulo (p. 29).

Es decir, estos dos principios se complementan de tal manera, para que el proceso arbitral funcione de una forma más eficaz, evitando afectar el proceso como tal por cuestiones externas a la cláusula arbitral, en otras palabras, el principio kompetenz-kompetenz es para que los árbitros decidan sobre su propia competencia, la competencia tiene que ver directamente con la cláusula arbitral, por lo que un vicio en esta puede ser causal de incompetencia.

En esa instancia es donde aparece el principio de separabilidad del acuerdo arbitral, para evitar que, por vicios del contrato, se desvirtúe y se deje sin efecto el acuerdo arbitral, por lo que con base en el principio kompetenz-kompetenz, pueden decidir su competencia y dicha competencia no se ve afectada por vicios del contrato, gracias al principio de separabilidad del acuerdo.

El acuerdo arbitral

Existía con anterioridad diversos conceptos y formas en que se le llamaba al acuerdo arbitral, en donde existía una diferencia entre la cláusula y el compromiso arbitrales, el cual no se va a discutir, pero, se aclara que, para efectos de la investigación, se utilizará los términos acuerdo arbitral, pacto arbitral, convenio o cláusula arbitrales, los cuales se utilizarán sin realizar distinción entre estos, basado en el concepto que se dará a continuación.

Con respecto a la unificación de términos entre cláusula y el compromiso arbitral, que estableció un concepto más general llamado acuerdo arbitral -entre otros términos como los mencionados en el párrafo anterior- la Sala Primera en la resolución 1722-2019 estableció dicha unificación de la siguiente forma:

A partir de la vigencia de la Ley RAC, publicada en el diario oficial “La Gaceta” del 14 de enero de 1998, se superó la distinción entre cláusula y compromiso arbitrales, para unificarlos en el concepto más general de “acuerdo arbitral” (párr.6).

Concepto de acuerdo arbitral

El convenio arbitral puede definirse como un concurso de voluntades por el que las partes acuerdan someter a la decisión vinculante de un árbitro o Tribunal arbitral, todas o algunas de sus controversias derivadas de una determinada relación jurídica existente entre ambas, sea ésta contractual o extracontractual (Jiménez, 2011, p. 45). En relación con el concepto de cláusula arbitral, Artavia (2014a) expresa lo siguiente: La cláusula arbitral es un acuerdo o pacto, expreso y escrito, parte de un contrato o acuerdo autónomo, en virtud del cual, las partes se obligan a someter cuestiones controvertidas que puedan surgir en el futuro, a la resolución de árbitros, por medio de un procedimiento arbitral, con autoridad de cosa juzgada. Aunque se dice que es parte de un contrato, nada se opone a que sea firmado en un acto o documento posterior, o anexo al contrato base o marco para relaciones contractuales que perduran en el tiempo, o bien, tampoco obsta que esté contenido en un facsímil, télex o

cualquier otro medio de comunicación similar -Art. 23 Ley RAC-. No es ni un precontrato ni una oferta de contrato, pues por la precisión que se contienen en la Ley RAC, en cuanto a su naturaleza, contenido, definición, autonomía, informalidad, separabilidad, invalidez y efectos procesales, es un verdadero acto o convenio autónomo -Arts. 23 y 37 Ley RAC- (pp. 266-267).

Dada su naturaleza consensual, al momento de redactar el acuerdo arbitral, las partes tienen mucha libertad para diseñar la manera en que el procedimiento arbitral se llevará a cabo. Existen ciertos aspectos básicos que las partes pueden incluir al momento de redactar el acuerdo arbitral (como son el lugar del arbitraje, la ley aplicable, el reglamento o reglas procesales a seguir, etc.). Las partes también pueden seleccionar si se trata de un arbitraje institucional o un arbitraje ad hoc. Estos elementos son importantes para que el acuerdo sea funcional y no tenga problemas de validez, pero las partes pueden pactar un acuerdo arbitral tan general o detallado como ellas quieran (Armas, Fonseca y Martínez, 2011, pp. 245-246).

Para la Convención de Nueva York, un acuerdo para arbitrar es un acuerdo por escrito en el que las partes se comprometen a someter al arbitraje todas o cualquier diferencia que haya surgido o pueda surgir entre las partes respecto a una relación legal determinada, contractual o no (Adame y Gorjón, 2018, p. 328).

En relación con el concepto de acuerdo arbitral la Sala Primera en la resolución 2254-2019 a establecido lo siguiente:

El convenio o pacto arbitral es el acuerdo de voluntades mediante el cual las partes, sujeto de una relación jurídica o contrato, manifiestan su voluntad de someter el conocimiento de sus controversias patrimoniales a la sede arbitral, abstrayéndose de la jurisdicción y competencia de la justicia ordinaria. Al pactarse el arbitraje, se opta por un método privado de resolución de conflictos, en el cual la decisión del Tribunal Arbitral tiene carácter obligatorio y autoridad de cosa juzgada material. Esta facultad reconocida a las partes, de sustraerse de la justicia estatal para resolver sus controversias ante jueces privados, encuentra su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, y está amparada por los ordinales 43 de la Constitución Política y 2 de la Ley RAC. Los preceptos 18, 21, 22, 23 y 39 de la Ley RAC así lo confirman. En esa línea de pensamiento, la competencia de los árbitros para dirimir

el conflicto emana del acuerdo voluntario y expreso entre partes; de ahí que el presupuesto fundamental de todo proceso arbitral lo constituye el convenio arbitral. En este último, las partes pactan someter a la decisión de árbitros las controversias patrimoniales surgidas ante determinada relación jurídica o contrato, pudiendo adoptar aquel la forma de una cláusula compromisoria contenida como parte de un contrato, o bien, de un acuerdo autónomo. El convenio arbitral entonces se constituye como pieza angular del arbitraje, en dos sentidos, pues no sólo le sirve de fundamento, sino que a la vez le impone sus límites (párr. 6).

Por otro lado, la LACI establece en el artículo 7 inciso 1) una definición del acuerdo de arbitraje de la siguiente forma:

El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

Elementos del acuerdo arbitral

- Alcance objetivo o material.
- Administración del arbitraje: ad hoc o institucional.
- Reglas aplicables al proceso arbitral.
- Lugar del arbitraje.
- Método de nombramiento y sustitución de árbitros.
- Idioma del proceso arbitral.
- La ley aplicable al contrato.

Características del acuerdo arbitral

- Es un pacto entre dos o más personas, que firman el acuerdo arbitral, -con excepción de la aplicación de partes no signatarias, mediante la extensión de la cláusula arbitral-.
- Se determina bajo que controversias determinadas, se llevará acabo el arbitraje, ya sean controversias presentes o futuras (pactadas en el contrato).
- Mediante el acuerdo arbitral se da el efecto positivo (solucionar el conflicto mediante el arbitraje) y un efecto negativo (renunciar a la vía judicial).

- Puede ser ligado o no a un contrato.
- Se ve aparte del contrato, aunque esté redactado en este, esto debido al principio de separabilidad del acuerdo arbitral -la cual no es absoluta como se mencionó anteriormente-.
- Mediante el acuerdo arbitral se dará una resolución definitiva, por la vía arbitral.
- Por medio del acuerdo arbitral, se reconoce la competencia del tribunal arbitral, para esto el acuerdo debe ser válido, eficaz y aplicable.

Validez del acuerdo arbitral

Para la validez del acuerdo arbitral, no basta que se redacte la cláusula arbitral, sino que se necesita que las partes que pacten este, tengan capacidad para suscribir la cláusula arbitral y que dicho pacto sea "escrito", como se desarrollará a continuación.

Capacidad para suscribir la cláusula arbitral

Esto, "se refiere a la capacidad de actuar o de contratar -no a la capacidad jurídica-, que es la posibilidad de realizar personalmente comportamientos que provocan la constitución de efectos jurídicos" (Artavia, 2014a, p. 278).

Mantilla (2005) citado por Artavia (2014a) establece que "refiriéndose a la expresión de voluntad de las partes como único requisito del convenio arbitral, indica que "este requisito, obviamente, presume la capacidad de las partes de quienes presten su consentimiento". Por su parte, Rivera (2007) citado por Artavia (2014a) advierte que "todo aquel que goza de la capacidad de contratar tiene capacidad para otorgar un acuerdo arbitral, salvo previsión expresa en contrario de alguna legislación particular" (p. 279).

En el caso de Costa Rica de acuerdo con Artavia (2014a) se debe tener en cuenta lo siguiente en relación con la capacidad:

Aunque las leyes de arbitraje, ni el Código Civil contengan una regla específica sobre la capacidad exigida para la suscripción de una cláusula arbitral, por remisión de las normas sobre transacción, se deduce que sólo pueden someter un asunto a arbitraje aquellos que tienen libre facultad de disponer y enajenar sus bienes y derechos -aplicación analógica que se hace del artículo 1373 Código Civil según lo permite el artículo 1392 ídem. La Ley RAC habla de "disponibilidad" -Arts. 18 y 2-, concepto que comprende la capacidad de representación y la legitimidad del suscriptor del acuerdo; si es incapaz o su poder es insuficiente, el acuerdo arbitral será nulo (p. 279).

Acuerdo por escrito

El acuerdo arbitral por "escrito" es uno de los requisitos de validez para el acuerdo arbitral, siendo lo que tradicionalmente siempre se ha establecido el acuerdo escrito en su literalidad -en papel a mano- pero, debido a la evolución de la sociedad, dicha concepción ha cambiado -sin embargo, todavía hay resistencia al cambio y poca evolución en los cambios que se han hecho-.

El acuerdo por escrito en la LRAC

De acuerdo con la LRAC, se menciona en el art. 23 párrafo 1, lo siguiente:

El acuerdo arbitral no tendrá formalidad alguna, pero deberá constar por escrito, como acuerdo autónomo o parte de un convenio. Para los efectos de este artículo, se considera válido el acuerdo arbitral suscrito por facsímil, télex o cualquier otro medio de comunicación similar.

Dentro de la LRAC existen 3 posiciones divergentes, si se interpreta literal, si se utiliza la LACI para la interpretación o si se debe utilizar la firma digital, de la siguiente forma:

La interpretación literal, hace referencia, a impreso, firma de puño y letra, esta ha sido la situación predominante, debido a los reglamentos de los centros de arbitraje, que exigen presentar una copia del acuerdo.

La interpretación que se debe utilizar la firma digital, de acuerdo con el art. 9 de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, la cual en términos generales establece que la firma digital tiene el equivalente a lo firmado en manuscrito y tendrá el mismo valor probatorio que esta, por lo tanto, la presencia de firma digital se reconocerá de la misma forma que la manuscrita.

Y, por último, la interpretación bajo el artículo 39 de la LRAC, que establece lo siguiente: "las normas procesales de la legislación costarricense integrarán, en lo que resulte compatible, el procedimiento arbitral", conforme a este numeral se interpreta que se puede utilizar la LACI al ser una norma procesal especial en el material, entonces se utilizaría la concepción de acuerdo por escrito establecida en este.

El acuerdo por escrito en la LACI

En la LACI, se establece el acuerdo arbitral por escrito, en el artículo 7 inciso 2), 3), 4), 5) y 6) respectivamente de la siguiente forma:

- El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.
- Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
- El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica, si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pueden ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
- Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación, en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.
- La referencia hecha en un contrato, a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

El acuerdo por escrito en la Convención de Nueva York (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras)

En la Convención de Nueva York en el art. II inciso 2, se establece el acuerdo por escrito de la siguiente forma: "la expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas".

Eficacia del acuerdo arbitral

La eficacia del acuerdo arbitral, es la capacidad de que dicho acuerdo pueda surtir efectos, que en este caso sería que este pueda dar inicio al proceso arbitral, cuando las controversias pactadas, se susciten entre las partes y estas puedan recurrir a la cláusula arbitral para activar el proceso arbitral y solucionar las controversias por medio de este, por lo cual si la cláusula arbitral es ineficaz no se puede llevar a cabo la figura del arbitraje y se

tendría que ir a vía judicial, para resolver las disputas.

Los factores que influyen en la ineficacia del acuerdo arbitral, es con respecto a la redacción de esta, en donde pueden surgir diferentes situaciones, como cuando una cláusula arbitral de forma originaria es ineficaz como en el caso de que se pacte una condición suspensiva para que la cláusula arbitral se pueda activar -es cuando se establece que la cláusula arbitral se activa hasta que pase "X" acontecimiento-, por otro lado también existe una situación sobreviniente en el caso de que se pacte una condición resolutoria -es cuando se establece que si sucede "X" acontecimiento sucede desaparece la cláusula arbitral-.

Por otro lado, también existen patologías en la redacción de la cláusula arbitral que inducen en error por la deficiente redacción de la cláusula arbitral, como la indicación incorrecta del del centro arbitral o cuando se establecen excesivos requisitos para los árbitros los cuales no pueden ser cumplidos -patología originaria- o cuando se ha redactado correctamente, pero, sucede un imprevisto, como es la desaparición sobrevenida del centro arbitral -patología sobreviniente-.

Aplicabilidad del acuerdo arbitral

Para la aplicación del acuerdo arbitral no solo es necesario que este sea válido y eficaz, sino que efectivamente este se pueda aplicar como tal, por lo que debe cumplir con los parámetros legales de arbitrabilidad objetiva y subjetiva y los parámetros convencionales de alcance material y alcance subjetivo.

Arbitrabilidad objetiva

La arbitrabilidad objetiva se basa en que efectivamente las controversias pactadas en la cláusula arbitral se pueden ventilar dentro del proceso arbitral, debido a que existen controversias las cuales no pueden ser resueltas por medio del arbitraje, por lo que, si las partes pactan controversias, que no se pueden resolver en el proceso arbitral por no tener arbitrabilidad objetiva, la cláusula arbitral resultaría inaplicable.

Por ejemplo, los aspectos en materia de tributación, ya que, al ser potestad de imperio, en el caso de Costa Rica no pueden resolverse por medio del arbitraje, así también los derechos indisponibles de las partes o que no tengan relación con aspectos patrimoniales, ya que se establece constitucionalmente en el artículo 43, se establece "diferencias patrimoniales", limitando así la utilización de la figura del arbitraje.

De igual forma la LRAC, en el artículo 18 segundo párrafo se establece lo siguiente:

Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes.

Arbitrabilidad subjetiva

La arbitrabilidad subjetiva, se basa en que, si las partes que pactaron la cláusula arbitral tienen permitido acudir a arbitraje, en el caso de Costa Rica la arbitrabilidad subjetiva se ve en el artículo 18 de LRAC párrafo final, que "todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3), del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública".

Es decir no solo los sujetos privados, pueden acudir a arbitraje, sino que también los sujetos de derecho público, pueden acudir al arbitraje, siguiendo la normativa de la LRAC y la LGAP, por lo que siempre y cuando se cumpla con los parámetros, existiría arbitrabilidad subjetiva para poder llevar a cabo el proceso arbitral, que en el caso del sujeto de derecho público, el Presidente de la República y el respectivo Ministro de ramo podrán someter a árbitros los asuntos del ramo -art.27 inciso 3)-.

Alcance material/objetivo

De acuerdo con Artavia (2014a) "la controversia materia del arbitraje debe ser expresa y determinada o determinable al menos" (p. 271). Es decir, las partes deben establecer en la cláusula arbitral que controversias son las que se van a resolver mediante el proceso arbitral.

Artavia (2014a) enfatiza que se debe tener en cuenta lo siguiente con respecto a la redacción de la cláusula arbitral:

Hay que entender que, al momento de redacción de la cláusula arbitral, la parte desconoce qué tipo de controversia puede surgir entre ellas, es más, puede que, a pesar de la cláusula arbitral, no surja entre las partes ninguna controversia que origine un arbitraje, de ahí que no se requiere precisar las controversias, en la cláusula o acuerdo. Las partes sí deben precisar la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formulan en su demanda y contestación, pero si el convenio arbitral está contenido en un contrato, si las partes no lo señalan, se entiende que la cláusula abarca cualquier controversia relacionada con el convenio en

el que está inserta. Pero nótese que esas exigencias no se predicán del convenio arbitral, sino de esas actuaciones producidas en el procedimiento arbitral. El convenio arbitral puede referirse tanto a controversias surgidas como a controversias que puedan surgir. En cambio, el procedimiento arbitral únicamente puede ocuparse de controversias ya surgidas (p. 272).

Alcance subjetivo

Las partes que firman el acuerdo arbitral

El alcance subjetivo en este caso se logra a través de la firma de las partes que suscriben el acuerdo arbitral, es decir, el consentimiento expreso, sobre esto Artavia (2014a) sostiene lo siguiente:

El arbitraje supone una declaración de voluntad expresa, exteriorizada, precisa, concreta, manifiesta, explícita, específica, directa, determinante y externada de comprometer a arbitraje una cuestión, de ahí el aforismo latino "nullus contratus potest absque consensu contrahentium consistere" -nulo es el contrato sin el consentimiento de los contratantes- (p. 271).

Partes no signatarias del acuerdo arbitral

El alcance subjetivo, en este caso se logra a pesar de no tener la firma o el consentimiento expreso de la parte o partes, pero al estar la parte involucrada en la relación jurídica, se ve beneficiado por este y resulta necesario que sea parte del proceso para resolver la controversia de forma eficaz, de esta forma es que el sujeto se vuelve una parte no signataria dentro del proceso arbitral, por la extensión de la cláusula arbitral.

Las condiciones en términos generales para que se establezca un sujeto como parte no signataria en el proceso arbitral son las siguientes:

- Presunción de consentimiento.
- Buena fe.
- Participación y determinante.
- Obtención de beneficios a partir del contrato.

Principios del proceso arbitral

El principio del debido proceso

El debido proceso, es un súper-principio general, que tiene diversas manifestaciones, pero que en concreto se refiere al cumplimiento de un mínimo de derechos que

garanticen el desarrollo del proceso en forma legal -de aquellas etapas irrenunciables-, que sea de efectivo conocimiento al demandado y que se permita a las partes el acceso al proceso, el expediente, sus audiencias, la prueba y las impugnaciones regladas (Artavia y Rodríguez, 2017, p. 350).

De acuerdo con Artavia y Rodríguez (2017) en el procedimiento arbitral se tiene en el debido proceso principios de carácter irrenunciable siendo los siguientes:

- Audiencia o emplazamiento previo-denominado también principio de bilateralidad-, no solo la demanda inicial, sino de las pruebas y alegatos de la contraria.
- Contradicción, para rebatir los argumentos de la parte contraria mediante contestación, reconvención y réplica.
- Aportar libremente prueba, rebatir, controlar, audiencia de las aportadas o evacuadas y contradecir la prueba contraria.
- Igualdad de las partes, que se traduce en la igualdad de trato durante la tramitación, las alegaciones, las pruebas, en la decisión y en la concesión de plazos comunes para que las partes puedan ejercer su defensa y recursos (p. 350).

En cumplimiento de ese principio, la Ley RAC consagra con carácter irrenunciable, ciertas fases o actos del arbitraje, cuya violación haría anulable el proceso. Así por ejemplo, el idioma debe ser el español -art 41-, el que los árbitros sean abogados tratándose de arbitraje de Derecho -arts.20 y 25-, el derecho de objetar la competencia del tribunal, el derecho al emplazamiento de la demanda -art. 47-, el derecho a una demanda exhaustiva para saber lo que se demanda -art. 46-, el derecho de recusar a árbitros no imparciales -art. 31-, el derecho a un plazo mínimo para contestar la demanda arbitral -art.47-, el derecho de la audiencia y contradicción de la prueba, el derecho a formular conclusiones, el derecho irrenunciable al recurso de nulidad contra el laudo y el derecho al recurso extraordinario de revisión del laudo, por los mismos motivos previstos para las sentencias comunes (Artavia y Rodríguez, 2017, pp. 350-351).

El principio de intermediación

El principio -regla o máxima- de intermediación procesal implica la comunicación personal del tribunal con las partes y el contacto directo de aquél con los actos de adquisición, fundamental de las pruebas, como instrumento para llegar a una íntima

compenetración de los intereses en juego a través del proceso y de su objeto litigio (Artavia y Rodríguez, 2017, p. 355).

El poder-deber del tribunal de escuchar y fundamentalmente dialogar con las partes, los letrados, los testigos y demás personas que actúen en el proceso le permite ponderar no solo las palabras, sino también -y lo que es más importante- las reacciones y gestos, de fundamental importancia para apreciar la verdad o la mentira en una declaración (Artavia y Rodríguez, 2017, p. 357).

Uno de los efectos más importantes de la inmediación es la imposibilidad de que se produzcan cambios en las personas físicas que componen el órgano jurisdiccional durante la tramitación de la causa, y, sobre todo, que solo pueden concurrir a dictar el laudo, el tribunal físico ante el que se ha evacuado la prueba (Artavia y Rodríguez, 2017, p. 359).

Artavia y Rodríguez (2017) señalan como los caracteres de la inmediación, los siguientes:

- La presencia de los sujetos procesales ante el tribunal que juzga.
- La falta de un intermediario entre las cosas y personas del proceso y el tribunal.
- La identidad física entre el tribunal que tuvo contacto con las partes y el que dictará el laudo. Este punto es fundamental para evitar que el tribunal que sentencia lo haga en base a una versión mediata de la realidad que le proporcione otro juez o árbitro (p.359).

La ley RAC avanzó significativamente en materia de inmediación, con la consagración de reglas claras que obliguen al tribunal arbitral, las partes y a los sujetos de prueba, a un contacto directo, sin intermediarios, a viva voz, permitiendo un mejor desarrollo del arbitraje, un conocimiento más exacto de los elementos fácticos y probatorios, pero en especial, una justicia más humana al ser los propios árbitros los que evacuarán las pruebas, oirán a las partes en sus alegatos y conclusiones, los que emitirán el fallo (Artavia y Rodríguez, 2017, p. 360).

El principio de oralidad

El artículo 39 de la Ley RAC señala que el proceso arbitral será guiado por el principio de oralidad. La oralidad implica la supremacía de un sistema de incorporación del contradictorio, la celebración de audiencias, la forma de evacuación

y resguardo de las pruebas, la dirección del debate, la forma prevaleciente del dictado de resoluciones y de la interposición oral de los recursos y su resolución, el dictado inmediato de la sentencia. Se conservarán en este sistema oral, algunos actos escritos: la fase inicial siempre será escrita -demanda, traslado, contestación y reconvención-, el dictado de las resoluciones -incluyendo el laudo- que no sean apreciadas en la audiencia, en cuyo caso si son orales y la interposición de los recursos que siempre serán escritos, excepto los que se interpongan en las audiencias, que se deben formular y sostener oralmente. Por eso no puede decirse que un proceso es oral, porque no existe un sistema oral puro, hay predominio de la palabra o la escritura, pero no un sistema puro (Artavia y Rodríguez, 2017, p. 366).

El principio de informalidad

Consagrado en el artículo 39 de la Ley RAC, consiste en dotar al proceso arbitral de la mayor informalidad en su desarrollo, quitándole todo el ropaje de excesivos formalismos que caracterizan a los procesos judiciales. Es la potestad de las partes de borrar viejos esquemas, excesivos y burocráticos del proceso común, para dar entrada a un sistema abierto, más consensual, más expedito, sencillo y práctico. La informalidad se manifiesta en la amplia facultad concedida a las partes para fijar sus propias reglas de procedimiento que regirá su arbitraje; o bien, la amplia potestad de que las partes remitan la solución de su contienda a las reglas de un centro arbitral, quien ha fijado vía reglamentaria las reglas de procedimiento, de manera sencilla, informal y expedita (Artavia y Rodríguez, 2017, pp. 366-367).

Finalmente, hay una manifestación concreta de este principio, cual es la subsanación de los vicios o defectos que producen una actividad procesal defectuosa. En efecto, el artículo 56 de la Ley RAC consagra el principio de que "renuncia al derecho de objetar" la parte que sigue adelante con el arbitraje, a sabiendas de que no se ha cumplido alguna disposición convenida o algún requisito de la presente ley, sin expresar su objeción a tal incumplimiento dentro del término de diez días, contados a partir del momento en que sepa de ese incumplimiento (Artavia y Rodríguez, 2017, p. 367).

El procedimiento y proceso arbitral

Lo primero que hay que tener en cuenta es la diferencia que existe entre

procedimiento y proceso, de acuerdo con Antillón (2001) citado por Centro de Información Jurídica en Línea [CIJUL] (2015), "el proceso jurisdiccional podría ser clasificado y definido como una de las especies del género procedimiento, es decir, como una secuencia de actos humanos regulada por la ley, que tendría, además, las siguientes características":

- Se pone en marcha por iniciativa de una de las partes, que plantea al juez una cierta pretensión de tutela de sus intereses.
- Las partes se encontrarán contrapuestas en posiciones de simétrica paridad, tanto en lo que atañe a su posición con respecto al objeto litigioso, como respecto a sus facultades, expectativas y cargas.
- El proceso avanza dialécticamente, de modo que cada iniciativa proveniente de una de las partes es trasladada a la otra, a fin de que se pronuncie sobre ella y ofrezca, si es preciso, su contraprueba.
- El juez, al dictar la resolución final acerca de las pretensiones de las partes, debe tomar en cuenta las pruebas y argumentos producidos por ellas en el proceso (p. 3).

Por otro lado, el procedimiento de acuerdo con CIJUL (2015) "es meramente formal y consiste en una serie de actos que deben cumplirse dentro del proceso para llegar a su fin".

El procedimiento dentro del arbitraje es el que eligen las partes de acuerdo con el art.39 de la LRAC -el cual se ha mencionado en apartados anteriores-, que se basa en el principio de la autonomía de la voluntad, por lo que las partes al redactar la cláusula arbitral pueden establecer el procedimiento a su conveniencia, siempre y cuando se respete el debido proceso, derecho de defensa y contradicción.

De esta forma, el tribunal arbitral va a adoptar las normas de procedimiento, que hayan sido establecidas por las partes, siempre y cuando respete lo mencionado anteriormente sino el tribunal podrá modificar o ajustar las normas de procedimiento, que no se ajusten a los principios, para restablecer el equilibrio procesal de las partes, a falta de acuerdo se utilizará la normativa arbitral para establecer el procedimiento -art.39 de la LRAC-.

De acuerdo con Artavia (2014a), el proceso y procedimiento son diferentes, pero, la LRAC los utiliza indistintamente (p. 485), que según Barona (2004) citada por Artavia (2014a) lo siguiente con respecto al procedimiento:

El procedimiento se refiere a la forma, a la sucesión de actos, a la actividad arbitral propia, y éste queda en la Ley de Arbitraje conformado con diversas reglas, siendo la

primera de ellas la autonomía de la voluntad, de manera que las partes pueden pactar las reglas de sucesión de las actuaciones en el arbitraje (p. 486).

Por otro lado, está el proceso que como señala Montero (2004) citado por Artavia (2014a) lo siguiente:

Es necesario tomar en consideración la estructura y los nexos que median entre los actos, los objetos que los realizan, la finalidad a que atienden, los principios a que responden, las condiciones que los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorga (p. 486).

De esta forma establece Artavia (2014a) que una vez se plantea la controversia, el método de resolución es procesal y durante el desarrollo del proceso se sigue un procedimiento arbitral, por lo tanto, el arbitraje es un proceso en el cual su desarrollo se da por una serie de actos procesales (p. 486).

Bajo el mismo lineamiento, Artavia (2014a) afirma lo siguiente:

Quienes niegan al arbitraje el carácter de proceso, entienden y limitan el estudio del arbitraje a uno de los aspectos, como es su contenido material, pero no responden a la innegable condición de proceso, puesto que el arbitraje -en su aspecto procesal- tiene principios y presupuestos procesales, tiene contradicción, demanda, emplazamiento, pruebas, contestación, reconvención y al final del camino, una decisión que pone fin a los elementos propios de un proceso jurisdiccional, lo que lo convierte en un verdadero equivalente y sustituto de éste, con igual rango y efectos (p. 487).

Requerimiento arbitral

El requerimiento arbitral es, de ser necesario, la siguiente etapa a la existencia de una cláusula arbitral, es la manifestación escrita cuando se produce el surgimiento del conflicto previsto en ésta. Es el documento donde una de las partes, ya en conflicto, concreta y avisa a la otra, directamente o a través de un Centro Arbitral, la solicitud para iniciar o someterse a un arbitraje (Artavia, 2014a, p. 507).

El requerimiento arbitral o anuncio del futuro arbitraje supone entonces la existencia actual del conflicto, ya no la simple posibilidad que la partes previeron en la cláusula -situación preexistente-; como acto jurídico es más amplio y específico que la cláusula arbitral, pues en él se incluyen entre otros, las cuestiones que se desean

someter a la decisión de los árbitros, el nombre y calidades de las partes, propuesta de árbitros, referencia al contrato base y demás requisitos que señala el artículo 43 Ley RAC (Artavia, 2014a, pp. 507-508).

El artículo 43 de la LRAC, regula el requerimiento arbitral de la siguiente forma:

La parte que requiera someter a arbitraje una controversia deberá informar tal circunstancia a la otra parte, por cualquier medio escrito.

Se considerará que el procedimiento arbitral se inicia en la fecha en que una parte comunica a la otra, mediante un requerimiento, la solicitud de someter la controversia a arbitraje.

El requerimiento de someter una controversia a arbitraje contendrá:

- La petición de que la controversia se someta a arbitraje
- El nombre y la dirección de las partes
- Copia auténtica del acuerdo arbitral invocado
- Una referencia al contrato base a la controversia o del contrato con el cual está relacionada, si fuere procedente
- Descripción general de la controversia que se desea someter al arbitraje
- Una propuesta sobre el número de árbitros, cuando las partes no hayan convenido antes en ello
- Señalamiento de oficina para atender notificaciones, en el lugar del arbitraje
- Las propuestas relativas al nombramiento del tribunal arbitral unipersonal, de acuerdo con el artículo 26
- La notificación relativa al nombramiento del árbitro, según el artículo 28.

En el arbitraje, el requerimiento o aviso de arbitraje interrumpe la prescripción, siempre que se comunique a la otra parte -de manera efectiva y que la reciba-, en su domicilio legal, laboral, empresarial o de cualquier otra naturaleza, o si se envía el requerimiento por facsímil, fax, télex, notarial o por cualquier otro medio de comunicación similar de que razonablemente pueda determinarse, con certeza, que se hizo y que se recibió de forma efectiva la comunicación y su fecha -Arts.42 y 43 Ley RAC- (Artavia, 2014a, p. 536).

Contestación al requerimiento

No existe regulación de la contestación al requerimiento dentro de la LRAC pero, se

puede establecer que la contestación al requerimiento es la primera oportunidad procesal para hacer valer sus derechos y no tiene requisitos como el requerimiento arbitral, en esta contestación la parte puede establecer propuesta en el número de árbitros -en el caso de que no se haya establecido en la cláusula arbitral la cantidad de árbitros- y la elección del árbitro o árbitros, además de señalar el medio de notificaciones.

Composición del tribunal arbitral

La composición del tribunal arbitral es conforme a la voluntad de las partes, en donde pueden elegir un árbitro (unipersonal) o varios árbitros, que sea una cantidad impar (colegiado), la forma de elección en primer término es directamente por las partes o pueden elegir una autoridad nominadora, para que mediante una lista elija un árbitro o árbitros para las partes.

En caso de que no se pacte los aspectos referentes a la composición del tribunal dentro de la cláusula arbitral, primero se tiene en cuenta el acuerdo entre las partes, es decir, lo que las partes escojan, segundo se revisará el reglamento elegido por las partes y por último la LRAC, en caso de que no elijan expresamente si será unipersonal o colegiado, en el caso de la LRAC será colegiado por defecto -art.24- y en la LACI será unipersonal por defecto -art.10-.

Cuando se deban escoger tres árbitros, cada parte nombrará uno de ellos y el tercer árbitro será elegido, por los otros dos árbitros escogidos, esto de acuerdo con el artículo 28 de LRAC y en el caso de que sea unipersonal cada parte puede elegir un árbitro o varios árbitros, para que entre las partes escojan uno de ellos, en caso de que no se pongan de acuerdo, la autoridad nominadora deberá nombrar al árbitro, de acuerdo con el artículo 26 ídem.

Los árbitros deben cumplir los requisitos establecidos en el art. 25 que en términos generales establece lo siguiente:

- Debe ser una persona física que se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles
- Debe ser imparcial, por lo que no debe existir ningún nexo con alguna de las partes, sus apoderados o abogados
- En el arbitraje de derecho debe ser abogado con un mínimo de 5 años de incorporación al Colegio de Abogados.
- Los centros pueden designar de su propia lista árbitros de conciencia y de derecho,

que de igual forma deben cumplir con los requisitos establecidos

- Los órganos jurisdiccionales no pueden ser investidos como árbitros de equidad ni de derecho, haciendo de esta forma la separación con la vía judicial.

El árbitro o árbitros designados tienen el deber de revelación, es decir, el árbitro o árbitros deben revelar si tienen conflicto de intereses con las partes del proceso arbitral, por lo que pueden recusarse de estar en el proceso o a petición de parte se pide la recusación, de acuerdo con el art. 31 de la LRAC.

Instalación del tribunal arbitral

Una vez establecido el tribunal arbitral por aceptación de los árbitros escogidos, produce la resolución de instalación del tribunal arbitral, esta es la primera resolución que emite el tribunal arbitral, en donde determina los parámetros del arbitraje, estos pactados por las partes o en falta de esto lo resuelve el tribunal junto con las partes, estableciendo así el calendario procesal, esto de acuerdo con el art. 32 de LRAC.

¿Cuándo se inicia el proceso arbitral?

De acuerdo a Artavia (2014a) existe confusión y contradicción con respecto a cuando se da inicio como tal el proceso arbitral, puesto que el art. 43 de la LRAC referente al requerimiento arbitral, establece que inicia el procedimiento arbitral -la LRAC no distingue procedimiento y proceso, pero bajo la diferenciación hecha anteriormente se puede determinar que se refiere a proceso y no a procedimiento- y por otro lado el art. 32 ídem, establece que da inicio al proceso una vez se instala el tribunal, por lo cual no se tiene claro cuando realmente inicia el proceso arbitral (pp. 532-533).

De tal forma Artavia (2014a) ante dicha confusión considera seis momentos en los cuales se podría considerar el inicio del proceso arbitral, siendo los siguientes:

- Cuando una parte comunica a la otra el aviso o requerimiento arbitral
- Cuando el tribunal arbitral se instala, esto es cuando el último de los miembros aceptó el cargo o nombramiento
- Cuando se da plazo a la parte para que presente la demanda
- Cuando la parte presente de forma efectiva la demanda ante el tribunal arbitral o el centro
- Cuando el tribunal da curso a la demanda y emplaza al demandado
- Cuando el demandado, de forma efectiva, es notificado del emplazamiento de la

demanda (p. 533).

Artavia (2014a) descarta cada una de las hipótesis hasta llegar a la última y establece que "para evitar esas discusiones es regla general aceptada, especialmente en los reglamentos arbitrales nacionales, que el cómputo del plazo inicia cuando se notifica formalmente la demanda al demandado, antes no, pues antes no está "trabada la litis" (p.535).

Demanda arbitral

Una vez instalado el tribunal arbitral la parte interesada debe presentar su demanda de acuerdo con lo establecido por la LRAC -art.32-, por lo que la parte deberá presentar, por escrito, sus pretensiones dentro del término que corresponda, según lo hayan convenido las partes, lo que disponga el tribunal arbitral o lo que establezca la normativa sobre procedimiento aplicable, los requisitos de la demanda arbitral se establecen en el art. 46 que dispone lo siguiente:

- Identificación de las partes
- Los puntos de la controversia sometida al arbitraje
- Los hechos en los que se basa la demanda
- Las pretensiones del proceso
- La prueba con la que se pretende probar los hechos o fundar sus pretensiones.

Contestación de la demanda arbitral

Dentro del término convenido por las partes o, en ausencia de ellas, dentro del que determine el tribunal arbitral que en ningún caso podrá ser menos de quince días, el demandado deberá contestar por escrito, según lo dispuesto en el art. 47 que establece también los requisitos de la contestación, siendo los siguientes:

- Debe contestar los hechos de la demanda aceptando o negando cada uno de estos y la interposición de excepciones.
- Debe contestar las pretensiones aceptando o rechazando cada una de ellas
- Debe fundamentar la contestación mediante las disposiciones legales que correspondan
- Puede la parte establecer reconvencción, mediante la formulación de pretensiones fundadas, en las cuales se aplicarán los mismos requisitos que la demanda inicial.

Excepción de Incompetencia

Lo primero que se debe tener en cuenta es que la excepción de incompetencia es con

el fin de declarar incompetente o no el tribunal arbitral, en el caso de que se acoja la excepción se terminaría el proceso arbitral mediante la resolución de aceptación de la excepción de incompetencia y en caso de que se rechace la excepción de incompetencia, se continúa con el proceso arbitral.

La excepción de incompetencia debe ser opuesta, a más tardar, en la contestación a la demanda de arbitraje, sin embargo, también puede el tribunal arbitral también declararse incompetente de oficio, por otro lado, dentro de la excepción de incompetencia existe una revocatoria ante el mismo tribunal arbitral y una apelación ante la Sala Primera, pero, esta debe ser admitida primero por el tribunal arbitral, esto de acuerdo con el art. 38 de la LRAC.

Las medidas cautelares dentro del proceso arbitral

Las medidas cautelares se definen como aquellas medidas de aseguramiento o conservación ordenadas por el tribunal, a solicitud de parte, antes o iniciado el proceso, con la finalidad de evitar que desde el inicio del proceso y al dictado del laudo, el derecho reclamado se pueda tornar incierto o se dañe gravemente, por un acto u omisión del demandado o de un tercero, que implique, entre otras cosas, un perjuicio irreparable o irreversible, el dictado de un laudo inocuo o una ejecución ineficaz, un peligro inminente, reducir la eficacia práctica del futuro laudo e incluso alterar lo pretendido (Artavia, 2014b, p. 80).

Las medidas cautelares presentan características propias como lo son las siguientes:

- **Instrumentalidad:** la función de las medidas cautelares es favorecer el proceso, son un instrumento a favor del proceso principal, siendo accesorias a este y su existencia depende del proceso principal.
- **Provisionalidad:** las medidas cautelares no son permanentes ni definitivas, por lo que, si se declaran con lugar las medidas cautelares, estas vivirán en el tanto y en cuanto el proceso principal exista.
- **Mutabilidad:** las medidas cautelares no son rígidas, por lo que la medida cautelar se puede modificar, adaptándose a las nuevas necesidades.
- **Homogeneidad:** las medidas cautelares deben estar relacionadas como tal al proceso principal, para garantizar la efectividad del laudo, pero, no se puede confundir con las pretensiones del proceso como tal (Artavia, 2014b, pp. 81, 86).

Los presupuestos para decretar las medidas cautelares se basan en la apariencia de

buen derecho y peligro en la demora, los cuales establecen lo siguiente:

- **Apariencia de buen derecho:** esto hace referencia a que la medida cautelar se debe fundamentar de tal forma que se evidencie de forma aparente que es pertinente y seria, en relación con la pretensión del proceso principal.
- **Peligro en la demora:** este se refiere a que se evidencie la gravedad de no tomar la medida cautelar, siendo que si esta no se lleva acabo se puede producir un peligro para la efectividad del laudo (Artavia, 2014b, pp. 87-88).

Dentro de las medidas cautelares en el proceso arbitral en Costa Rica, estas dependen si se trata de un arbitraje doméstico o un arbitraje internacional, puesto que ambas normativas regulan las medidas cautelares, pero lo hacen de una forma diferente, en el caso de la LRAC de una forma más restrictiva y la LACI de una forma más abierta.

Con respecto a la LRAC, Artavia (2014b) denomina a las medidas cautelares del arbitraje doméstico como semiabiertas, ya que no prohíbe las medidas cautelares dentro del proceso arbitral, pero, da la competencia exclusiva al juez estatal para ordenar y ejecutar la medida cautelar, en cambio la LACI establece una apertura atribuyendo la competencia para otorgar, ordenar y ejecutar las medidas cautelares, sin que tenga que intervenir un juez.

Esto se evidencia en una comparación con el art. 52 de la LRAC y el art. 17 inciso 1) de la LACI que establecen lo siguiente:

- **Art. 52 LRAC:** en cualquier etapa del proceso, las partes pueden solicitar a la autoridad judicial competente medidas cautelares. Además, de oficio o a instancia de parte, el tribunal arbitral **podrá pedir, a la autoridad competente**, las medidas cautelares que considere necesarias.
- **Art. 17 inciso 1) LACI:** el tribunal arbitral **podrá otorgar**, a instancia de una de ellas, medidas cautelares.

Las audiencias en el proceso arbitral

Conforme el art. 39 de la LRAC se establece lo siguiente:

El tribunal celebrará las audiencias necesarias para recibir y evaluar cualquier tipo de prueba o presentar alegatos orales. A falta de tal petición, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias o si las actuaciones se substanciarán únicamente sobre la base de documentos y demás pruebas existentes.

Otro art. que establece aspectos con respecto a las audiencias es el 51 que en términos

generales establece que si se celebra una audiencia oral se le debe dar aviso a las partes quince días antes con los aspectos relativos a esta, además dichas audiencias son privadas, salvo que las partes acuerden lo contrario, por otro lado en la audiencia se verá las pruebas presentadas y se determinará la admisibilidad, pertinencia e importancia de cada una de ellas y el contenido de la audiencia se transcribirá al expediente.

Por último, se menciona el art. 55 de la LRAC acerca de la conclusión de la etapa probatoria, que establece que, una vez recibida la prueba, se dará por terminado la etapa probatoria y dará un plazo para que las partes formulen por escrito sus alegatos finales o fijará una audiencia para que lo hagan oralmente.

Por lo tanto, en términos generales se podría dar las audiencias bajo el siguiente esquema:

- Primero una **audiencia preliminar**, con el fin de que se admita o deniegue la prueba ofrecida.
- Segundo una **audiencia de evacuación de las pruebas**, con el fin de que la prueba admitida se evacue en la audiencia.
- Y, por último, la **audiencia de conclusiones**, donde las partes ofrecerán sus alegatos finales.

Laudo arbitral

Mantilla (2005) citado por Artavia (2014b) establece una definición de laudo de la siguiente forma:

Puede considerarse laudo toda decisión tomada por los árbitros, después de haber considerado los argumentos de las partes y analizado minuciosamente los fundamentos invocados por ella, que de manera definitiva y motivada ponga fin a una cuestión litigiosa que las partes les han sometido, relacionada con el fondo del asunto (p. 172).

De acuerdo con la LRAC en el art. 58 se establece que el laudo "se dictará por escrito; será definitivo, vinculante para las partes e inapelable, salvo el recurso de revisión. Una vez que el laudo se haya dictado, producirá los efectos de cosa juzgada material y las partes deberán cumplirlo sin demora".

Dentro del contenido que debe tener el laudo, el mismo art. mencionado anteriormente lo establece siendo lo siguiente:

- Identificación de las partes.
- Fecha y lugar en que fue dictado.
- Descripción de la controversia sometida a arbitraje.
- Relación de los hechos, que indique los demostrados y los no demostrados que, a criterio del tribunal, resulten relevantes para lo resuelto.
- Pretensiones de las partes.
- Lo resuelto por el tribunal respecto de las pretensiones y las defensas aducidas por las partes.
- Pronunciamiento sobre ambas costas del proceso.
- Aunque las partes no lo hayan solicitado, el laudo debe contener las pautas o normas necesarias y pertinentes para delimitar, facilitar y orientar la ejecución.

Por otro lado, la LACI establece en el art. 31 la regulación relativa al contenido que debe tener el laudo sienta el siguiente:

- El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.
- El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes, conforme al artículo 30.
- Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el párrafo 1) del artículo 20. El laudo se considerará dictado en ese lugar.
- Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros, de conformidad con el párrafo 1) del presente capítulo.

Lo anterior evidencia una diferencia en relación del contenido que debe tener un laudo dictado en un arbitraje nacional y el dictado en un arbitraje, denotando que la LRAC establece más requisitos y formalismos para el contenido del laudo en comparación a la LACI, demostrando que la LACI contempla una regulación más actual, yendo a favor de la progresión de la figura del arbitraje, mientras que la LRAC da señales de estar quedando

atrás.

Recurso de nulidad y las causales que determinan la anulación del laudo arbitral

De acuerdo con el art. 64 de la LRAC los únicos recursos que se pueden interponer contra el laudo es el recurso de nulidad y de revisión, en el caso del recurso de nulidad es conforme lo dispuesto a la LRAC, en cambio el recurso de revisión será conforme al que se regula en el Código procesal civil.

El recurso de nulidad se deberá interponer ante la Sala Primera conforme a los causales previstos en la LRAC, dentro de los quince días siguientes a la notificación del laudo, dicho recurso no tendrá formalidad, sin embargo, deberá indicar la causal de nulidad -art.65-; las causales de nulidad están previstas en el art. 67 ídem, que son una lista taxativa.

Por otro lado, en el caso de la LACI, solo existe el recurso de nulidad contra el laudo, establecido en el art. 34 ídem, que establece las causales de nulidad en un arbitraje internacional, por lo cual es importante realizar un cuadro comparativo entre las causales que establece la LRAC y las que establece la LACI, siendo el siguiente:

Art. 67 LRAC/ Arbitraje Doméstico	Art. 34 LACI/ Arbitraje Internacional
a) Laudo dictado fuera de plazo	No existe esta causal
b) Omisión de pronunciamiento sobre asuntos sometidos a arbitraje (infra petita)	No existe esta causal
c) Resolución de temas no sometidos a arbitraje (se ve como extra petita y ultra petita)	No existe esta causal
d) Controversia que no es arbitrable	b) El tribunal compruebe: i) el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje
e) Violación al debido proceso	ii) Referente a que no pudo ejercer el derecho de defensa, esto relacionado directamente con la violación del debido proceso
f) Decisión contraria al orden público o normas imperativas	b) El tribunal compruebe: ii) que el laudo es contrario al orden público de Costa Rica
g) El tribunal carecía de competencia para resolver la controversia	iii) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo arbitral (se ve como un asunto de competencia y no de incongruencia a pesar de que encaja en los dos supuestos) i) Invalidez del acuerdo arbitral

No existe esa causal	iv) Composición del tribunal arbitral y/o procedimiento arbitral no se ajusta al acuerdo de partes
----------------------	--

Creación propia a partir de la LRAC y LACI.

Los métodos autocompositivos de Resolución Alterna de Conflictos

Los métodos autocompositivos son los mecanismos por los cuales las personas involucradas en un conflicto buscan una solución por medio de un tercero, ya sea conciliador o mediador, siendo que el tercero no impone una solución, sino que sirve como un canal de comunicación para las partes o también esta puede proponer soluciones, sin embargo, estas no son impositivas y al final son las partes por sí mismas quienes deciden llegar a una solución.

La autocomposición representa un mecanismo intermedio para la solución de los conflictos que se caracteriza por ser las partes en litigio quienes, bien por un sacrificio unilateral, bien por mutuo acuerdo en sus respectivas posiciones iniciales mantenidas al tiempo del planteamiento del conflicto, deciden ponerle fin (Moreno, 2017, p. 50).

El conflicto es solucionado por los propios interesados, sin que altere la naturaleza autocompositiva la eventual intervención de un tercero, cuya función se limita a aproximar a las partes al objeto de favorecer el consenso (tercero Inter partes y no supra partes) (Moreno, 2017, pp. 50-51).

La intervención puede consistir bien en intentar que los contendientes, reconociendo la posición del contrario, puedan por ellos mismos obtener la solución, bien sugerir, proponer o plantear diferentes salidas al conflicto, manejando cualquier posibilidad, con el fin de que las partes puedan acoger alguna de ellas y, de ese modo, poner fin al litigio (Moreno, 2017, p. 52).

Los sistemas autocompositivos, tienen como finalidad, gestionar mejor los intereses de las partes en conflicto, al ser ellas mismas las que conociendo sus intereses y pretensiones, resuelven su litigio (solas o con la ayuda de un tercero), a través de un acuerdo o transacción (Reales, 2013, p. 59).

La negociación

La negociación es la forma de autocomposición en la que las partes discuten por sí mismas la resolución de su conflicto y controlan el resultado. La negociación puede

realizarse entre las partes o entre sus representantes legales. En otros sistemas, como el estadounidense, es muy frecuente la negociación asistida; en la que las partes son auxiliadas por facilitadores (Moreno, 2017, p. 66).

Su instrumentalización procesal será la transacción: cuando las partes lleguen a un acuerdo, lo harán valer ante los tribunales a través de la transacción, aunque también posiblemente de la renuncia, el allanamiento o el desistimiento (Moreno, 2017, p. 66).

Si la negociación consigue sus fines se pondrá fin al litigio entre las partes por medio de un acuerdo de transacción, que puede ser anterior al proceso jurisdiccional y evitaría el mismo (transacción pre procesal), o puede producirse iniciado el citado proceso (transacción extraprocesal), lo que lleva a la pérdida de su objeto. También podría ser homologada por el juez convirtiéndose en una transacción procesal (Reales, 2013, p. 94).

Es decir, la negociación es la base de todos los métodos autocompositivos, siendo que en la negociación parte de la comunicación entre las partes involucradas en las controversias, con el fin que las mismas lleguen a resolver el conflicto, siendo que en el caso de la negociación no interviene un tercero, como es el caso de la mediación o conciliación, sin embargo, se ha visto el término de negociación asistida, que en realidad sería una forma de mediación.

La conciliación

En principio, la distinción entre conciliación y mediación no es evidente: ambas figuras se confunden en distintas legislaciones y doctrina, aunque en los últimos tiempos se observa una mayor definición de la mediación, al identificarse con un tipo de autocomposición en el que el tercero mediador tiene una formación específica y utiliza determinadas técnicas. La conciliación quedaría entonces en el campo genérico de la resolución amigable o autocompositiva, así como en aquellos casos en los que la ley prevea el acceso a un acto en el que se procure el acuerdo de las partes (Moreno, 2017, p. 67).

De acuerdo con Junco (1994) citado por Artavia y Rodríguez (2017) se entiende la conciliación como lo siguiente:

Es un acto jurídico y, más exactamente, un acto o instrumento por medio del cual las

partes en conflicto y en el transcurso del proceso, o antes de él, se someten a un trámite conciliatorio para lograr un convenio, teniendo como intermediador al tribunal, el conciliador o acuerdo directo, quién procura allegar a las partes a fin de ponerle término en forma anticipada (p. 15).

La solución de su conflicto se llevará a cabo mediante un acuerdo de las partes alcanzado ante un tercero, ya sea un Juez de Paz o un letrado de la Administración de Justicia –en la conciliación intra judicial pre procesal– o un juez –en la conciliación intra judicial intraprocesal–. Y podrá tener lugar antes del proceso de declaración o una vez iniciado éste, bien en la audiencia previa del juicio ordinario o bien en la vista del juicio verbal. En estos casos, el tercero no decide nunca, sino que son las partes quienes resuelven sus conflictos. Asimismo, en el marco de una conciliación extrajudicial pueden llevarla a cabo notarios y registradores (Almudena, 2019, pp. 206-207).

A partir de las definiciones encontradas se podría decir que la conciliación es una forma de solución de conflictos autocompositiva donde las partes son las que resuelven el conflicto como tal, con ayuda de un tercero, que sería el conciliador, que este suele ser un juez conciliador dentro de un proceso jurisdiccional, por lo cual no puede ser intervencionista, sino podría acarrear problemáticas en el caso de que fracase la conciliación y se siga el proceso judicial.

La mediación

La mediación es un medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual las dos o más partes de un conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador, que con su formación ofrece a las partes nuevas vías de diálogo y entendimiento (Moreno, 2017, p. 66).

Entre las características principales de la mediación se encuentran la voluntariedad y la igualdad entre las partes, pudiéndose acceder a ella de forma autónoma respecto de la jurisdicción, así como una vez planteado el conflicto ante la jurisdicción y, de parte del mediador, la neutralidad e imparcialidad, así como la confidencialidad de todo el procedimiento (Moreno, 2017, p. 69).

De la misma forma, señala Barona (2014) citada por Moreno (2017) con respecto a

la mediación de la siguiente forma:

La mediación es un cauce que no sólo se dirige a la solución del conflicto o diferencia, sino que también pretende alcanzar su posible gestión, asumiendo que el conflicto va a perdurar, lo que abre un sinfín de posibilidades que no se encuentran, evidentemente, ni en el proceso judicial ni en el proceso arbitral, y tras señalar cuáles son sus características esenciales, destaca que la mediación comporta una visión diversa de la existencia de conflictos, que desde la realización del diagnóstico, se consigue analizar una serie de elementos básicos para configurar el conflicto y a partir de él, evaluar con criterios de objetividad, si el conflicto de verdad existe, su naturaleza, sujetos implicados, coste o soportabilidad económica y personal del conflicto, desgastes, riesgos, tiempo dedicado y energías empleadas en el conflicto, aspectos colaterales etc. (p. 70).

La mediación supone, en suma, una bocanada de aire frente a un monolítico planteamiento de que los conflictos deben plantearse en su caso en sede judicial. Superadas barreras que veían la mediación como un mero juego psicológico, parecen encontrar los operadores más ventajas que inconvenientes en la mediación. El lenguaje en mediación, donde no hay ganadores ni perdedores, la menor sensación de insatisfacción, la mayor confianza en la justicia, la disminución de la litigiosidad, servir como instrumento que economiza, entre otra, son razones que presentan la mediación como un buen procedimiento para los ciudadanos, para la sociedad y para el sistema de justicia en su conjunto (p. 70).

A partir de las definiciones anteriores se puede establecer que la mediación al igual que la conciliación es un método autocompositivo, siendo que las partes por sí mismas resuelven el conflicto con ayuda de un tercero, que sería el mediador, en donde las partes pueden acudir de forma extrajudicial, donde el mediador de forma inherente debe ser imparcial y neutral, manteniendo en todo momento la confidencialidad de lo relativo a la mediación.

Principios del mediador

Imparcialidad

La imparcialidad del mediador hace referencia a la necesaria posición de equidistancia que el mismo ha de mantener respecto de las partes. El mediador habrá

de oír y respetar las posiciones de todas las partes en conflicto, no pudiendo decantarse por ninguna de ellas o dar algún signo de conformidad o disconformidad con las mismas (Carretero, 2017, p. 146).

La imparcialidad, en consecuencia, implica que el mediador debe abstenerse de realizar valoraciones o críticas a ninguna de las posiciones u opiniones vertidas por las partes y esta actitud habrá de conservarla a lo largo de todo el procedimiento, habiéndose de cuidar mucho de observar hasta el más mínimo detalle, porque las partes en el momento que perciban cualquier síntoma de parcialidad en el mediador hacia alguna de las mismas posiblemente recelen de su labor profesional (Carretero, 2017, p. 146).

Ahora bien, este deber de imparcialidad no significa que el mediador no pueda apoyar o reforzar a las partes, es más, debe hacerlo cuando así sea oportuno, pero habrá de hacerlo sin comprometer en ningún caso su posición de tercero neutral. Dar una opinión en un momento determinado sobre una cuestión en concreto no tiene por qué implicar la pérdida de la imparcialidad si se hace adecuadamente (Carretero, 2017, p. 146).

Neutralidad

En el caso de la mediación, el mediador ha de mantener en todo momento la neutralidad, en el sentido de que no puede dejar que sus convicciones personales primen sobre las de las partes, que, en definitiva, son las protagonistas del conflicto. Puede que las afirmaciones, valoraciones, incluso los acuerdos que las partes pretendan concluir no coincidan con los que el propio mediador personalmente adoptaría, pero, en cualquier caso, ha de respetar los mismos, salvo que sean contrarios al ordenamiento jurídico (Carretero, 2017, pp. 147-148).

Es muy difícil, por no decir imposible, ser totalmente aséptico y tener la capacidad de abstraerse absolutamente sin formarse una opinión propia en base a toda la información que se percibe durante el proceso de mediación. La neutralidad tampoco es eso y, es más, tampoco es bueno que el mediador se comporte con un automatismo impropio de una persona cuya labor es la de tratar de ayudar a las personas a buscar una solución a sus problemas. De lo que se trata es de que el mediador entienda que no puede imponer su propia escala axiológica frente a las de

las propias partes que son las verdaderas protagonistas del conflicto (Carretero, 2017, p.148).

Confidencialidad

La confidencialidad del mediador se trata de que las actuaciones e información que se obtenga a partir del mecanismo de mediación debe ser guardado en secreto, de ahí que exista el secreto profesional, el cual cubre al mediador, siendo que incurre en responsabilidad por los daños y perjuicios, al revelar contenido expuesto durante la mediación.

Mediador facilitador y mediador evaluador

El mediador facilitador es el que actúa únicamente como un tercero que facilita y mejora la comunicación entre las partes, siendo que "el mediador no realiza evaluaciones o valoraciones de la situación, opciones, criterios, ofertas...", por otro lado, el mediador evaluador es más intervencionista, dado que "supone un tipo de mediación en la que el mediador valora y verbaliza su opinión sobre la situación de las partes, opciones, criterios y ofertas" (Soleto, 2017A, p. 307).

Etapas de la mediación

Premediación

De acuerdo con Moore (2003) citado por Marques (2011) la etapa de la premediación es la fase introductoria a la mediación, en la cual el mediador obligatoriamente tendrá que informar, organizar y validar la mediación, resultando en lo siguiente:

Facilitar informaciones a los mediados

El mediador debe informar a las partes sobre el procedimiento de mediación, explicando en qué consiste, sus principios y objetivos, es esencial para cumplir el principio de igualdad de las partes, exigiéndose que los mediados posean el mismo nivel de información. El propósito del mediador residirá aquí en que, entre los mediados, el nivel de conocimientos con respecto a este método sea uniforme. En el supuesto de que uno de los participantes ya haya recurrido a la mediación, es importante que la contraparte no se sienta privada de información, de forma que no se fomente ninguna desconfianza o sentimiento de desigualdad o desventaja (p.271).

Organizar la mediación

Después de ilustrar a las partes sobre las metodologías y técnicas aplicables, el mediador deberá planificar el desarrollo de las sesiones. El diseño inicial y previo

de las reglas de la mediación podrá ser fundamental para la productividad de las futuras sesiones y actuaciones. Algunas de las reglas que deberán ser establecidas afectan: al orden en los mediados intervendrán; a las interrupciones del discurso de la otra parte; a los intervalos y pausas; al tiempo (duración) de la mediación (debiendo cada parte indicar de que tiempo dispone); a la intervención de otras personas como peritos, testigos, familiares o amigos; a la forma en que los desacuerdos deberán ser superados; a las reglas relativas al caucus o encuentros privados con las partes (p. 273).

Validar la mediación

El mediador habrá de percibir si la mediación es posible y el conflicto es mediable. Este profesional deberá solicitar a las partes que presenten su versión de la disputa, principalmente si no tiene conocimiento de los hechos, intentando observar si existe un verdadero conflicto o si el problema necesitará, por contra, de tratamiento terapéutico que no podrá ser alcanzado en la mediación. Deberá asimismo percibir si los mediados son de hecho los principales intervinientes del conflicto, especialmente si una parte es una entidad colectiva. En esta situación el mediador deberá asegurarse que el representante es la persona que tiene facultades para negociar el acuerdo y conoce los asuntos en disputa (p. 274).

Mediación

Una vez terminada la etapa de premediación, se da inicio a la mediación como tal, donde empezará la función del mediador como tercero que planteara las técnicas para el abordaje del conflicto, de acuerdo al caso concreto, necesidad y conveniencia de las partes, con el fin de llegar a una solución satisfactoria para las partes involucradas en la controversia, siendo que el mediador deberá "investigar los hechos inherentes al conflicto para percibir las razones de la disputa, realizando resúmenes de las versiones narradas por las partes, diseñando la agenda de las cuestiones a resolver, con el objetivo de crear opciones de solución del conflicto" (Marques, 2011, p. 276).

Acuerdo de mediación y su ejecución

Una vez finalizada las sesiones de mediación mediante las técnicas utilizadas por el mediador, la medición puede finalizar de dos formas: se llega a un acuerdo de mediación o no se llega a un acuerdo, en el caso de que se llegue a un acuerdo de mediación, se procede

al cumplimiento del acuerdo al que llegaron las partes, que en el caso de que se incumpla se puede dar la ejecución forzosa del acuerdo, cabe recalcar que en los diferentes países se tienen requisitos para la validez del acuerdo.

Por otro lado, en el caso de que no se llegue a un acuerdo en la mediación o sea un acuerdo parcial del conflicto, se puede ir a la vía judicial o a la vía arbitral para los extremos que no hayan sido mediados entre las partes, por lo tanto, siempre queda la opción de que las partes vayan a la vía hetero compositiva para buscar la solución de los conflictos que no hayan podido ser resueltos por medio del método autocompositivo, como lo es la mediación.

Conciliación/mediación judicial y extrajudicial según lo dispuesto en la LRAC

En el caso de Costa Rica lo primero que hay que tener en cuenta es que la conciliación y mediación, se toman como términos iguales y los principios y reglas se aplicarán de la misma forma, según lo dispuesto en el art. 4 de la LRAC, además la mediación/conciliaciones extrajudiciales podrán ser utilizadas por los particulares libremente y decidir quiénes serán sus mediadores o conciliadores de acuerdo con el art. 5 ídem.

La conciliación judicial se puede dar en cualquier etapa del proceso judicial, el tribunal puede proponer una audiencia de conciliación y fungirá como conciliador el mismo juez de la causa o un juez conciliador, la corte suprema de justicia designa a los jueces conciliadores, según lo dispuesto en el art. 6 de la LRAC, además para efectuar dicha audiencia será necesario que estén presentes el conciliador, las partes o sus apoderados, y sus abogados si las partes solicitan, en el caso de que se llegue a un acuerdo el juez conciliador debe homologar dicho acuerdo -art.7 ídem-.

En el supuesto de que el acuerdo de conciliación fuera parcial, se dictará resolución para poner fin a los extremos los cuales se llegó a una conciliación, los cuales serán ejecutables de forma inmediata, ya que serán homologados por el juez en el momento -art.9 LRAC- y con respecto a los extremos los cuales no se llegó un acuerdo, se seguirá el proceso judicial, según lo dispuesto en el art. 8 ídem.

Por otro lado, si se llega a dar una conciliación extrajudicial, deben ser homologados por el juez -al igual que los acuerdos judiciales-, para que estos tengan autoridad y eficacia de cosa juzgada material, volviéndose ejecutorios en forma inmediata, de acuerdo con el art. 9 de la LRAC, además dichos acuerdos conciliatorios, ya sean judiciales o extrajudiciales deben cumplir con los siguientes requisitos establecidos en el art. 12 ídem:

- Indicación de los nombres de las partes y sus calidades.
- Menció clara del objeto del conflicto y de sus alcances.
- Indicación del nombre de los mediadores, los conciliadores y, si se aplica, el nombre de la institución para la cual trabajan.
- Relación puntual de los acuerdos adoptados.
- Si hubiere proceso judicial o administrativo iniciado o pendiente, indicar, expresamente, la institución que lo conoce, el número de expediente y su estado actual y la mención de la voluntad de las partes de concluir, parcial o totalmente, ese proceso.
- El conciliador o mediador deberá hacer constar en el documento que ha informado a las partes de los derechos que se encuentran en juego y les ha advertido que el acuerdo puede no satisfacer todos sus intereses. También deberá hacer constar que ha advertido a las partes sobre el derecho que las asiste de consultar, el contenido del acuerdo, con un abogado antes de firmarlo.
- Las firmas de todas las partes involucradas, así como la del mediador o conciliador.
- Indicación de la dirección exacta donde las partes recibirán notificaciones.

El conciliador/mediador según lo dispuesto en la LRAC

Existen deberes los cuales debe acatar todo conciliador/mediador que llevará a cabo una conciliación/mediación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 13 de la LRAC siendo lo siguiente:

- Mantener la imparcialidad hacia todas las partes involucradas.
- Excusarse de intervenir, en los casos que le representen conflicto de intereses.
- Informar a las partes sobre el procedimiento de mediación o conciliación, así como de las implicaciones legales de los acuerdos conciliatorios.
- Mantener la confidencialidad sobre lo actuado por las partes en el procedimiento de mediación o conciliación y sobre los actos preparatorios del acuerdo conciliatorio.

Bajo el mismo lineamiento del art. 13 de la LRAC, acerca de la confidencialidad, en el art. 14 ídem se dispone el secreto profesional, que establece que es absolutamente confidencial el contenido de las actividades que se lleven a cabo en la conciliación/mediación como preparatorias, conversaciones y convenios parciales del acuerdo conciliatorio, además el conciliador/mediador no podrá relevar contenido de las discusiones ni los acuerdos

parciales que llegue a tener con las partes, por lo que es inherente del conciliador/mediador el secreto profesional.

En el mismo art. 14 de la LRAC se establece además que las partes no pueden excusar al mediador/conciliador, el deber de mantener el secreto profesional, por lo que no tendrá valor probatorio el testimonio de las partes ni de los mediadores/conciliadores, lo relativo a las audiencias que se haya tenido, salvo que sean procesos penales o civiles donde se discuta la responsabilidad del mediador o conciliador o la interpretación de los alcances del acuerdo al que se haya llegado, además de los documentos que resultan ser públicos, por lo cual no los acoge la confidencialidad, estos establecidos en el art. 15 ídem.

Por otro lado, expresamente en el art. 16 de la LRAC se establece que el mediador/conciliador queda inhabilitado para ser tercero neutral en cualquier proceso, posterior, judicial o arbitral, que tenga relación con el conflicto en el cual fue mediador o conciliador, salvo pacto en contrario de las partes, es decir en el caso de pactar mediación primero y luego arbitraje, el mediador podría ser también árbitro en el proceso arbitral -si cumple los requisitos como árbitro-.

Por último, en el art. 17 de la LRAC, establece que el mediador/conciliador es civilmente responsable de los daños y perjuicios que sufran las partes del acuerdo conciliatorio, cuando este haya infringido los principios éticos que rigen la materia o cuando el mediador/conciliador ha incurrido en una conducta dolosa en daño de alguna de las partes del proceso conciliatorio o de mediación.

La inexistencia de diferenciación del concepto mediación y conciliación en Costa Rica

El art. 4 de la LRAC establece a la mediación y conciliación como figuras iguales a nivel de conceptos y aplicación, ya que expresa lo siguiente: "los principios y las reglas establecidas para la conciliación judicial o extrajudicial se aplicarán, igualmente, a la mediación judicial o extrajudicial".

A nivel doctrinario, no ha existido mucho auge con respecto a establecer de una forma marcada la diferencia entre conciliación y mediación, siendo que en muchos países se aplica sin diferencia estas figuras, entendiéndolas como lo mismo, evidenciando de esta forma que exista la pérdida de uno de estos mecanismos como tal, su verdadera naturaleza y funcionalidad para la resolución de conflictos.

En el derecho comparado no existe una distinción absoluta entre mediación y

conciliación; ambos términos pueden referirse a la intervención de un tercero para llegar a un acuerdo, así como a la propia posibilidad de un acuerdo entre las partes. En general, en los sistemas anglosajones, la conciliación engloba a la mediación, y, por otra parte, se considera que la actividad de conciliación es más intervencionista (Soleto y Avilés, 2017, p. 570).

Se podría distinguir mediación de conciliación en cuanto que la mediación es un procedimiento en el que el mediador utiliza determinadas técnicas y sigue unas reglas, y la conciliación es la ocasión en la que las partes pueden llegar a un acuerdo, sin embargo (Soleto y Avilés, 2017, p. 570).

Por otro lado, Albuquerque (2017) establece la distinción de la conciliación y mediación de la siguiente forma: "la conciliación (el conciliador no efectúa propuestas, limitándose poco más que a garantizar que el acuerdo reviste la forma adecuada), o la mediación, con participación más activa del mediador" (pp. 678-679).

De la misma forma, Montero (1981) citado por Marques (2011) establece que en la mediación:

El tercero no sólo intenta acercar a las partes, sino que asume la dirección de las negociaciones, haciendo proposiciones que las partes pueden o no aceptar, mientras que el conciliador se limita a aproximar a las partes, pero, sin proponer solución concreta al litigio (p. 217).

Bajo el mismo lineamiento, Santor (2006) citado por Marques (2011) refiere al conciliador como el que "limita a propiciar el contacto y el entendimiento, correspondiendo a las partes la búsqueda de soluciones" y mediador quien "formula una propuesta razonada y fundada" (p. 217).

La distinción expuesta anteriormente de acuerdo a Marques (2011) resulta confusa, incoherente, contradictoria y criticable, puesto que si la diferencia se trata de la función del tercero, en cuanto a la intervención, resulta ilógico puesto que en la mediación existen diferentes tipos, como la mediación facilitadora, en donde el mediador no intervine sino que solo facilita la comunicación y por otro lado, la mediación evaluadora en donde tiene una función más intervencionista, influyendo en la decisión final, siendo que bajo este supuesto, entonces la conciliación sería una forma de mediación facilitadora (pp. 219-220).

Otra distinción a nivel doctrinaria entre la mediación y conciliación con respecto al

órgano responsable de desarrollar cada método, de acuerdo con Cernelutti (1944) citado por Marques (2011) consideraba que la conciliación se realizaría por medio de un órgano del Estado, sea un juez, sea incluso un encargado judicial. Bajo el mismo lineamiento Montero (1981) citado por Marques (2011) refiere a la conciliación como una "comparecencia, obligatoria o facultativa de las partes ante una autoridad estatal para que en su presencia traten de solucionar amistosamente el conflicto de intereses que las separa" (p. 220).

De esta forma, Marques (2011) establece lo siguiente con respecto a la anterior distinción expuesta:

La utilización del término conciliación como la tentativa de resolución por acuerdo del conflicto que enfrenta a dos o más partes, desarrollada en el ámbito de un proceso jurisdiccional, administrativo o arbitral, sea por el decidendi responsable del mismo, o sea por tercero con conexión o vinculación directa con el proceso, como son los secretarios judiciales, pero también respecto de los abogados o procuradores de las partes. Es por ello, que los abogados o procuradores podrán intentar obtener un acuerdo con la parte contraria del conflicto con el objetivo de evitar un proceso judicial. Si no tuvieran éxito en sus intentos, tendrán que seguir la vía judicial, participando en el proceso judicial, lo que nunca ocurrirá con el mediador, cuya participación termina con el procedimiento y sesiones de mediación. De esta forma abarcamos en nuestro enfoque tanto la conciliación judicial como la conciliación convencional, puesto que incluimos las tentativas de obtención del acuerdo en procedimientos judiciales administrativos o arbitrales a través de los órganos designados para ello, así como también las situaciones en que las partes aceptan intentar el acuerdo a través de sus abogados. El término mediación, al contrario, deberá ser atribuido al método de resolución de conflictos a través del acuerdo de las partes auxiliadas por un tercero sin conexión con la disputa y externo al proceso judicial, arbitral o administrativo (pp. 224-225).

En este mismo lineamiento, Marques (2011) bajo el enfoque anterior extrae diferencias en cuanto a la confidencialidad y voluntariedad, en cuanto a la conciliación y mediación, a través de la distinción de carácter procesal, siendo que la confidencialidad es inherente a la mediación, en la conciliación no se exige dicha confidencialidad, lo que iría acorde a que los procesos jurisdiccionales son públicos, por consiguiente la conciliación al

estar inmerso en un proceso jurisdiccional resulta difícil exigir la confidencialidad, lo que sería un obstáculo en el caso de que no prosperará la conciliación (ya que esta puede ser previa al proceso o durante el proceso) (p. 226).

Ahora con respecto a la distinción con respecto a la voluntad establece Marques (2011) que la voluntad en la mediación se plasma por medio de un contrato de mediación, aceptando este mecanismo de esta forma, en cambio en la conciliación con solo presentarse las partes ante el tercero, sea juez, árbitro, secretario judicial, abogado o procurador u otro tercero (p. 226).

Es decir, bajo este supuesto la diferencia entre la mediación y conciliación sería una diferencia de carácter procesal donde, la conciliación sería llevada a cabo en la vía jurisdiccional a cargo de las partes involucradas en el proceso jurisdiccional, donde el proceso terminaría si se llega a una conciliación, siendo de esta forma quien llevaría a cabo una conciliación sería un juez conciliador, por otro lado la mediación no se haría bajo la vía jurisdiccional sino que fuera de esta con un mediador, el cual no está involucrado con el proceso jurisdiccional.

Bajo esta perspectiva, si bien Costa Rica no hace una diferencia entre conciliación y mediación bajo la LRAC, parece ser que los términos los utilizan de cierta forma similar a la distinción mencionada anteriormente, puesto que el término conciliación se utiliza en la vía jurisdiccional y se habla de un juez conciliador, por otro lado, el término mediación se ve más utilizado en los Centros RAC, pero igual los Centros RAC hacen referencia al término conciliación.

Sin embargo, el acuerdo al que llegan siempre hace referencia a un acuerdo conciliatorio y no de mediación, además de que se hace referencia a la mediación/conciliación judicial y extrajudicial, sin distinguir a la conciliación como un proceso dentro de la vía judicial y a la mediación como extrajudicial, sino que ambos los considera en los dos ámbitos.

Por lo tanto, no solo conceptualmente se toman como iguales en Costa Rica, sino que en la práctica se refieren a mediación/conciliación como lo mismo, siendo que a pesar de que realicen una "mediación", el acuerdo que lleguen se llama acuerdo conciliatorio, por lo tanto, no se puede establecer una distinción ni práctica ni conceptual en Costa Rica, que para efectos de la investigación entonces se utilizará los términos indistintamente en aplicación de la

actual normativa que rige.

Con respecto, a la diferenciación que hace Marques de la mediación y conciliación, a través de los principios de voluntariedad y confidencialidad, en el caso de Costa Rica, dicha diferencia no se puede establecer, puesto que tajantemente el art. 4 de la LRAC establece que los términos son iguales y se aplicarán las disposiciones de igual forma, siendo que en el art. 13 se establecen deberes para el conciliador y mediador por igual, entre esos la confidencialidad.

En cuanto a la voluntariedad en la LRAC se establece la mediación/conciliación judicial o extrajudicial sin hacer distinción alguna, solo estableciendo que la extrajudicial cualquier persona la puede practicar, pero no se establece bajo que medio si contractual o simplemente comparecen ante un tercero.

Por otro lado, en Costa Rica los mecanismos RAC únicamente se pueden utilizar para controversias patrimoniales, excluyendo así conflictos que no son patrimoniales, como lo establece el art. 2 de la LRAC que menciona lo siguiente: "toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible", bajo este supuesto literal no se permitiría la mediación de lo cual es necesario referirse a la siguiente entrevista.

El mediador Luis Ignacio Zúñiga Solís, menciona a través de una entrevista por medio de correo electrónico, con fecha del 6 de noviembre del 2020 con respecto a la mediación y conciliación lo siguiente:

La conciliación es para conflictos de carácter económico, derivado de una relación contractual, la mediación es para asuntos de índole social como los círculo social (lo más ajustado a la mediación que existe en Costa Rica), los conflictos vecinales, un tema de familia como el régimen de visitas, por lo que el acuerdo en el caso de la conciliación si resulta coercitivo al ser de carácter patrimonial, creando así cosa juzgada material al homologar el acuerdo, en cambio en el caso de la mediación no tiene ese poder coercitivo al ser soluciones de índole social, basándose solamente en la buena fe de las partes en cumplir con el acuerdo de mediación.

Por otro lado, en el caso de la conciliación al ser de carácter patrimonial, el conciliador no puede ser intervencionista, puesto que podría beneficiar a alguna de las partes

del conflicto, en cambio en la mediación puede haber una intervención más activa al ser conflictos de índole social, donde el principal fin es llegar a un acuerdo que logre satisfacer a ambas partes.

Establece el mediador Zúñiga que al no existir una distinción entre la conciliación y mediación en Costa Rica se está perdiendo un mecanismo que podría ser usado eficazmente para la solución de conflictos, puesto que en el caso de la violencia doméstica no se permite la conciliación, siendo que al no permitirse la conciliación en materia violencia doméstica, se pierde la posibilidad de llegar a una solución alterna, ya que la violencia doméstica puede ser mediable, más no se está permitiendo, perdiendo así un recurso que enriquecería a la sociedad con respecto a la solución de conflictos sociales.

Una crítica que refiere el mediador Zúñiga es que existe muchos profesionales en psicología dentro de la resolución alterna de conflictos, que, si bien tienen mayor empatía y cumplen con su función, no tienen el conocimiento jurídico para saber si el acuerdo al que llegaron es ilegal o no, pues el mediador es responsable solidario de los efectos negativos que generen ese acuerdo y por dicho desconocimiento puede incurrir en responsabilidad.

Otro problema que evidencia es que se realiza mediaciones bajo el marco de una conciliación, por lo que el acuerdo de índole social aceptado por las partes, no es coercitivo por lo que no puede ser exigido el cumplimiento en vía judicial, sin embargo se hace el acuerdo bajo el marco de la conciliación como si fuera coercitivo, siendo que en el momento de reclamar el incumplimiento se percatan que no puede ser forzado su cumplimiento, no obstante muchos de estos acuerdos de mediación, por ser satisfactorios para las partes, no llegan a la vía judicial.

Por ello, recomienda el mediador Zúñiga un modelo conjunto de mediación con un abogado mediador y un psicólogo mediador o en el caso del Centro de Resolución de Conflictos del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, para ser mediador/conciliador debe ser ingeniero en los temas de ingeniería y arquitecto en los temas de arquitectura, por lo que se tiene esa exigencia de conocimiento técnico, sin embargo no tienen el conocimiento jurídico para saber si los acuerdos son legales o no, por lo que recomienda que se haga una mediación con un mediador experto en la materia relacionada al conflicto y un mediador abogado que se refiera a las cuestiones jurídicas del caso.

Mini trial

Señala Cueto Rúa citado por Artavia y Rodríguez (2017) lo siguiente con respecto al mini trial:

El mini trial consiste en un procedimiento informal mediante el cual las partes interesadas o sus representantes de más elevada jerarquía, toman conocimiento detallado de la disputa mediante su concurrencia a reuniones organizadas por los respectivos abogados. En ellas, estos últimos exponen sus posiciones y producen las pruebas en las que apoyan sus respectivas pretensiones (p. 23).

De este modo los directamente involucrados en el problema toman conocimiento no solo de la argumentación y prueba de que ellos mismos disponen, con el consiguiente apoyo fáctico y jurídico, sino también de la argumentación y prueba de su contendiente, para así evaluar, de modo más objetivo, la real situación de conflicto. Incluso, dado lo informal del procedimiento, los interesados pueden pedir aclaraciones, hacer preguntas o requerir elementos adicionales (pp. 23-24).

Los abogados acuerdan, previamente, las modalidades del encuentro, tiempos de exposición, replicas, forma de producción de las pruebas. Así se obtiene una percepción de la fortaleza o debilidad de los argumentos, lo que implica una visión más objetiva del problema, que ayuda a encontrar una solución mutuamente satisfactoria, con ahorro de gastos, tiempo y esfuerzos (p. 24).

De acuerdo con Fernández (2014) citado por Almudena (2019) señala lo siguiente con respecto al mini juicio o mini trial:

Realmente, el mini juicio no es un juicio, sino una forma mixta de avenencia en la que intervienen elementos propios de una negociación combinados con otros propios de un litigio. Entre sus características cabe destacar: una controversia relevante y fácticamente compleja; un compromiso de los altos directivos de profundizar en el conocimiento del asunto; una intención real, apoyándose en la información y en las percepciones directamente obtenidas, de negociar de inmediato y de forma ininterrumpida con el propósito de llegar allí mismo a un acuerdo; poner las bases para que el pacto sea posible; y mantener una buena y estable relación empresarial (p. 217).

Los métodos que las partes pueden constituir como autocompositivos o heterocompositivos

Existen métodos donde las partes pueden pactar el mecanismo como autocompositivo o hetero compositivo con respecto al carácter vinculante que tiene la decisión de ese tercero, es decir las partes pueden decidir si el tercero impone o no su decisión de forma vinculante/obligatoria para la solución del conflicto.

Experto neutral

De acuerdo Doyle (1991) citado por Rodríguez (2017) "la experticia neutral es un procedimiento informal en el cual un tercero somete un asunto determinado a un nuevo examen que servirá de herramienta para la presentación de un informe" (p. 814).

Bevan (1992) citado por Rodríguez (2017) establece lo siguiente con respecto al experto neutral:

La experticia neutral parte del problema que surge cuando las partes se sirven de expertos o peritos que mantienen posiciones que son diametralmente opuestas. El experto neutral puede ser nombrado por el órgano jurisdiccional o por las partes. La idea de esta forma de resolver conflictos es reevaluar la evidencia técnica presentada y estimular que las partes analicen con sentido crítico la posición adoptada por sus expertos (p. 815).

Según Doyle (1991) citado por Rodríguez (2017) señala lo siguiente:

La experticia neutral es, quizá, más efectiva al momento de resolver problemas en materia de un contrato colectivo o de carácter científico, técnico, comercial o económico; y en los que la obtención de los medios de prueba es una tarea compleja, costosa y dilatada (p. 815).

Cuando las diferencias entre las partes giran en torno a cuestiones técnicas acerca de las cuales ellas no logran ponerse de acuerdo, pueden designar de común acuerdo a un experto o perito en cuyos conocimientos o aptitudes profesionales ambas confían. En cuanto a la fuerza del dictamen, las partes pueden acordar previamente que éste sea obligatorio, en cuyo caso su opinión es vinculante a los efectos de la solución de la diferencia. Pero si acuerdan que su dictamen no es vinculante, éste solo servirá como pauta o referencia a los fines de llegar a un eventual acuerdo (Artavia y Rodríguez, 2017, p. 27).

Dispute Boards

Para la solución de controversias en megaproyectos de construcción, como represas,

industrias, complejos constructivos, estadios o canales transoceánicos -como sucedió con la ampliación del Canal de Panamá-, las partes pueden acordar, como método preventivo la figura del "dispute boards", mecanismo creado por la industria de la construcción en Estados Unidos, pero en el 2004 llegó a la Cámara de Comercio Internacional [CCI] en París, que aprobó un Reglamento (Artavia y Rodríguez, 2017, p. 28).

La CCI los define como: el Dispute Board (DB) es un comité encargado de resolver las desavenencias que generalmente se establece desde el inicio del contrato y se mantiene con permanencia y remunerado durante toda la duración, del mismo. Compuesto por uno o tres miembros que conocen en profundidad el contrato y su ejecución, el DB ayuda de manera informal a las partes que lo desean a resolver los desacuerdos que puedan surgir durante la ejecución del contrato y emite recomendaciones o decisiones con respecto a cualquier desavenencia que le planteen una u otra de las partes. Los DB constituyen un mecanismo común para la resolución de desavenencias contractuales en el ámbito de contratos a mediano o largo plazo (Artavia y Rodríguez, 2017, p. 28).

La figura de la cláusula escalonada y sus aspectos adyacentes

Concepción de la figura de la cláusula escalonada de Resolución Alterna de Conflictos

Las cláusulas escalonadas son una forma de redacción de cláusula de resolución alterna de conflictos que se compone usualmente por un método autocompositivo antes del método hetero compositivo, ya sea una o varias etapas previas al método hetero compositivo (arbitraje), cabe destacar que existe doctrinariamente la concepción de cláusula mixta como la que se compone por un solo paso previo y cláusula escalonada la que se compone por más de un paso previo, que para efectos de la investigación se utilizará el término cláusula escalonada para ambos supuestos.

Una definición para la figura de la cláusula escalonada empleada por Arjona (2018) establece lo siguiente:

Las cláusulas escalonadas en el arbitraje constituyen una expresión de la práctica contractual internacional que se caracterizan por el establecimiento de una serie de pactos acordados por los partes, encaminados a reglamentar de manera jerárquica, fórmulas pre arbitrales complementarias para la solución autocompositiva de futuras

controversias que puedan surgir. Las etapas, según estas cláusulas, deben ser agotadas antes de considerar la formulación de un reclamo ante un arbitraje propiamente dicho. En el ámbito contractual, suelen adoptar diversas denominaciones tales como cláusulas multifunción o multinivel, cláusulas sobrepuestas, cláusulas en cascada, multi -tires dispute resolution clause, MDR clauses, entre otras. El calificativo, escalonadas, que se les atribuye a estas cláusulas, se utiliza para designar que la resolución de los conflictos debe pasar por varios niveles o etapas (step by step) que las partes deben agotar, antes de activar el arbitraje siendo los más empleados la negociación directa, mini trials, expertise, dispute boards, conciliación y mediación (p. 17).

Bajo el mismo lineamiento Fernández (2017) establece lo siguiente con respecto a la figura de la cláusula escalonada:

Con la adopción de “cláusulas multifunción”, en el contexto indicado, las partes requieren un elenco de mecanismos de resolución de conflictos de una manera escalonada (step by step) y no alternativa, antes de acudir al arbitraje. Son también conocidas como cláusulas de resolución de conflictos de varios niveles o cláusulas en cascada. El carácter escalonado hace referencia al hecho de que las partes acuerdan escalar la resolución a la siguiente etapa una vez que se ha intentado o se ha agotado sin éxito el mecanismo fijado en el escalón anterior (p. 106).

De la misma manera Fernández (2017) refiere lo siguiente con respecto a las cláusulas escalonadas:

Las “cláusulas escalonadas multifunción” o “cláusulas en cascada” de resolución de controversias (Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses) (MTDRC) conducen a las partes redactoras de un contrato a fijar la resolución de futuros litigios de una manera escalonada en diferentes niveles empleando para ello cauces diversos: negociación, mediación, u alguna otra forma, o combinando éstos, con carácter previo antes de iniciar un proceso ante un juez o ante un árbitro. Estamos, pues, ante una cláusula para la resolución de controversias incluidas en un contrato que recurre a mecanismos distintos del arbitraje, sin prescindir en principio de este último si la controversia no ha sido resuelta mediante los procedimientos anteriores. Sentado esto no debe perderse de vista que el recurso al arbitraje posee en la MTDRC un carácter

esencialmente residual, debiendo ponerse el acento en las posibilidades de resolver la controversia mediante los escalones anteriores; la mejor manera de evitar la última opción es una buena redacción de la MTDRC que evite posibles problemas y situaciones de incertidumbre (p. 107).

De esta forma, las cláusulas escalonadas se tratan de una forma de resolución de conflictos donde se prioriza y se procura la solución en primera instancia de un método autocompositivo, que en el caso de no llegar a un acuerdo se acuda a la siguiente etapa que es el método hetero compositivo, siendo que el paso previo es de agotamiento previo al último escalón que puede ser un arbitraje o vía judicial, dependiendo de cómo las partes redacten la cláusula escalonada.

Por lo tanto, la cláusula escalonada no se trata de que se escoge el método autocompositivo o hetero compositivo sino que debe llevarse a cabo primero el método autocompositivo y en caso de no llegar a una solución se pasa al método hetero compositivo, por lo tanto el solo acudir al método autocompositivo no implica que se está renunciando al método hetero compositivo (al menos que se llegue a un acuerdo, aun así en caso de incumplimiento del acuerdo se acudiría al método hetero compositivo) y el acudir directamente al método hetero compositivo no implica tampoco que se renunció al método autocompositivo (al menos que de mutuo acuerdo se renuncie).

Elementos que deben contener las cláusulas escalonadas

Procedimiento obligatorio

La cláusula escalonada debe ser redactada de tal forma que no se dude que los pasos o paso previos (el método autocompositivo) es obligatorio de forma anterior a ir al arbitraje, de igual forma el arbitraje se debe pactar como obligatorio, puesto que resultaría ilógico e innecesario el pactar un paso previo facultativo, puesto que las partes durante el proceso arbitral de igual forma pueden acudir a los métodos autocompositivos sin haber pactado una cláusula escalonada previamente.

Por otro lado, si no se pacta el arbitraje de forma obligatoria, entonces las partes no estarían obligadas a acudir, por lo que si no se llegó a un acuerdo en el método autocompositivo la única opción sería acudir a la vía judicial, por pactar un arbitraje facultativo, lo que eliminaría el beneficio o ventaja de pactar cláusulas escalonadas, que es procurar la solución amistosa por medio de los métodos autocompositivos y en el caso de no

llegar a un acuerdo o que haya sido un acuerdo parcial, se pueda acudir al arbitraje a resolver los extremos en los que no se haya podido llegar a un acuerdo.

Certeza

La certeza se trata de la seguridad jurídica que debe crear la cláusula escalonada en el momento de ser redactada, por lo que las partes tienen que redactar la cláusula de tal forma que se entienda de forma clara la intención de las partes y de que se trata la disposición jurídica con el fin de que no se dificulte su interpretación, por lo tanto, las partes deben evitar la ambigüedad o términos confusos en la redacción de la cláusula escalonada.

De acuerdo con Fernández (2017) para evitar la incerteza de las cláusulas escalonadas se debe tener en cuenta lo siguiente:

La redacción de la MTDRC en términos imperativos proporciona, en efecto, certidumbre en cuanto a si las etapas previas acordadas por las partes antes de un arbitraje o litigio jurisdiccional son obligatorias. Y, en este caso, inclinar a los tribunales arbitrales o jurisdiccionales, a favor de la admisibilidad de los procedimientos previos y a declarar su incompetencia. Cuanto más detallada, estricta y meticulosa sea la redacción de la cláusula, mayor será la probabilidad del cumplimiento de su contenido, evitándose incertidumbres y confrontaciones acerca de su significado y efectos. Dicho, en otros términos, una redacción clara y convincente con respecto a los mecanismos contemplados en el primer escalón contribuye a reforzar claramente la intención de las partes de que una violación de la MTDRC constituiría un impedimento efectivo a las acciones judiciales o arbitrales (p. 117).

Otro consejo que refiere Fernández (2017) para la redacción de las cláusulas escalonadas, para evitar la incertidumbre es lo siguiente:

Resulta aconsejable que las cláusulas determinen un procedimiento sencillo y claro que permita la distinción entre los distintos escalones, su duración y los trámites a seguir en cada uno de ellos. Esto se facilita a través de una redacción precisa que garantice la viabilidad de los procedimientos de solución en ellas incluidos, o que permita suspender el recurso al arbitraje hasta que se resuelva el mecanismo previsto en el escalón inferior. Su eficacia se facilita, además, si la redacción establece claramente que cada una de las etapas es una condición previa al arbitraje o al litigio

ante los tribunales y si se incluye la obligación de notificar formalmente a la otra parte el comienzo y el final de cada una de las etapas. Por último, si en los escalones inferiores se prevé la intervención de expertos deberá determinarse cuál es su retribución y el lugar donde deben realizarse las reuniones; y si lo que se dispone es la intervención de un mediador, deberían explicitarse los mecanismos para su selección (pp. 117-118).

Período

Un elemento común a este tipo de cláusulas, además de los escalones previos, es la existencia de plazos entre las distintas etapas, a fin de evitar que las negociaciones se prolonguen indefinidamente. De suerte tal que al cumplimiento del plazo cualquiera de la parte puede activar el arbitraje. La duración de dichas etapas suele ser corta, entre uno o dos meses aproximadamente (Rosero, 2017, p. 74).

Sin embargo, existen cláusulas las cuales no pactan plazos entre un paso y otro, lo que puede conducir a maniobras dilatorias del proceso, por lo que siempre se recomienda que las partes pacten en la cláusula escalonada plazos para cada una de las etapas, para evitar dicha problemática, pero el hecho de que no se haya pactado un plazo no vuelve la cláusula escalonada patológica, siendo que el tribunal arbitral en estos casos debería establecer un plazo para el cumplimiento del paso previo, en caso de que se acuda directamente al arbitraje.

Tipología de las cláusulas escalonadas

Las partes en el uso de su autonomía de la voluntad puede redactar cláusulas escalonadas de acuerdo con la necesidad de estas, de forma adecuada a los conflictos que se puedan suscitar, por lo tanto, existen diferentes variantes de cláusulas escalonadas compuestas por uno o dos métodos autocompositivos antes del método hetero compositivo.

Negociación-Arbitraje

Esta forma de redacción trata de que en primera instancia las partes involucradas en el conflicto inicien una negociación entre estas con el fin de llegar a una solución amistosa y solo en caso de no llegar a una solución se acude al arbitraje, por lo que se trata de una formación de un método autocompositivo previo a un método hetero compositivo.

De acuerdo con la variante de negociación previa al arbitraje, Fernández (2017) ha expresado lo siguiente:

La negociación impuesta, con carácter previo a la eventual puesta en marcha de un

arbitraje, en una cláusula específica que puede adoptar formas variadas, desde una redacción simple (“antes de iniciar el arbitraje las partes se comprometen a realizar todos los esfuerzos posibles para llegar a un acuerdo”), a otra mucho más compleja que contemple extremos tales como el plazo máximo para las negociaciones, el nombre de las personas que participarán en la misma o el número de reuniones que han de celebrarse (p. 103).

Negociación-Mediación-Arbitraje

Esta formación es la más común y utilizada en la figura de las cláusulas escalonadas, debido a que comienza con la negociación entre las partes, si entre ellos no logran un acuerdo y necesitan de un tercero para facilitar dicho acuerdo, posteriormente a la negociación se involucra a un tercero que sería el mediador que facilitara el acuerdo entre las partes, las cuales deciden si llegan a un acuerdo o no, siendo el caso de que no lleguen a un acuerdo pueden ir a la vía arbitral a resolver el conflicto pero, esta vez a diferencia del mediador, el árbitro si impone la solución del conflicto, la cual debe ser acatada por las partes.

Mediación/conciliación-Arbitraje

La mediación o conciliación previa al arbitraje se trata de dos procesos vinculados los cuales su intención inicial es que sean llevados a cabo en el mismo proceso, por lo que una vez que no se llegue a un acuerdo en el método autocompositivo se interponga el arbitraje en el mismo sitio, de tal forma es que se recomienda que sea en la misma institución, para ahorrar tiempo y costos, sin embargo, esto queda en la decisión de las partes.

Sobre el método de mediación/conciliación vinculados Saiz (2017) menciona lo siguiente:

El Medarb (Med-Arb) es un procedimiento encuadrado dentro de los métodos alternativos de resolución de conflictos o ADR. Su característica principal se encuentra en su naturaleza híbrida, al combinar un período de mediación tras el cual, en el caso de no haberse llegado a un acuerdo total sobre los asuntos litigiosos, se procede a realizar un arbitraje sobre los elementos que quedan en disputa. (p.116)

Dentro de las variantes del Med-Arb expuestas por Saiz (2017) se encuentran las siguientes:

Medarb (con el mismo tercero)

Nos encontramos ante la fórmula pura de medarb, el procedimiento se inicia con una

fase de mediación, en la que el mediador desarrolla diferentes sesiones privadas y conjuntas con las partes fomentando el diálogo y facilitando un acuerdo entre las mismas. Si el acuerdo no es total, una vez llegada la conclusión de la mediación el mismo tercero cambia su rol y pasa a ser el árbitro en la fase que comienza en ese momento, emitiendo la decisión final de obligado cumplimiento para las partes (p.120).

Medarb (con diferente tercero)

En este supuesto los papeles de mediador y árbitro van a ser desarrollados por personas diferentes. Así, el mediador llevará a cabo la primera fase y, una vez concluida, hará llegar al árbitro los posibles acuerdos parciales alcanzados por las partes y la información y documentación que le haya sido facilitada, pero no aquella de la que se le haya dado traslado de forma confidencial en su papel de mediador (p.120).

El principal problema de esta variante es el incremento del coste y del tiempo que la presencia de dos personas diferentes genera. Por el contrario, viene a salvar los problemas de uso de información confidencial y de posible parcialidad que el medarb con un único tercero acarrea (p. 121).

Medarb con posibilidad de opción

Este supuesto funciona como el medarb puro, con la importante salvedad de que cualquiera de las partes puede una vez concluida la fase de mediación, solicitar la remoción del tercero y el nombramiento de otro para la fase de arbitraje. Este elemento permite mantener a las partes el control sobre la persona que ejercerá funciones decisorias, cuestión de gran trascendencia si alguna de ellas no tuviera la confianza necesaria en el mediador al pensar que éste puede actuar de forma parcial en la fase de arbitraje (pp. 121-122).

Otras formas de composición

No solo existen las combinaciones tradicionales de las cláusulas escalonadas, como utilizar de paso previo la negociación, conciliación/mediación, sino que esto puede quedar en la creatividad de las partes y también depender del surgimiento de nuevos métodos autocompositivos, que pueden ser utilizados por las partes por medio de la redacción de una cláusula escalonada, como, por ejemplo: negociación-dispute boards-arbitraje.

En el caso del dispute boards este se suele utilizar en controversias relacionadas a infraestructura, por lo que se demuestra que la forma de redacción dependerá de la conveniencia de las partes, buscando la forma de solución de conflictos que consideren más eficiente para resolver la disputa.

La utilidad de la figura de la cláusula escalonada

Hay diferentes razones por las cuales las partes deciden incluir cláusulas escalonadas de resolución de conflictos dentro de su negocio jurídico, esto es principalmente por sus beneficios y la utilidad que se obtiene para las relaciones jurídicas entre las partes, esto siempre y cuando se utilice el mecanismo conforme a como realmente funciona y que se le otorgue la eficacia jurídica a la figura, situación que no sucede en Costa Rica, por lo que no se puede apreciar la utilidad debido a la utilización incorrecta de la figura y la negación de los efectos jurídicos.

La posibilidad de resolver el conflicto por métodos autocompositivos

Dentro de las ventajas de la utilización de los métodos autocompositivos Caivano (2011) señala las siguientes:

- Un acuerdo sobre las cuestiones controvertidas es la solución ideal, ya que, si el conflicto es una divergencia de intereses, un acuerdo que armonice esos intereses hace desaparecer el conflicto, lo elimina desde su propia raíz.
- Estos métodos buscan un acuerdo –por definición, una solución aceptada por las partes–, mientras en el arbitraje la solución es impuesta por el laudo.
- La posibilidad de lograr una solución “ganador-ganador” sólo existe en los métodos de autocomposición.
- En una negociación la relación entre las partes se preserva mucho más que en un arbitraje.
- Los costos y la duración de una negociación –y aun de una mediación– son significativamente menores que los de un arbitraje.
- En cualquier método de autocomposición, las partes conservan el poder de decisión (lo que significa que controlan el resultado), mientras que en un arbitraje ese poder está en manos del árbitro.
- Encarado el problema desde el inicio, es posible que se evite una escalada que haga luego inmanejable el conflicto (pp. 70-71).

De la misma forma, cuando se redacta la etapa previa al arbitraje de forma obligatoria, para su cumplimiento las partes deben acercarse, entonces procura el acercamiento de las partes fomentando y priorizando una solución amistosa, antes que del método hetero compositivo.

Bajo el mismo lineamiento, Fernández-Ballesteros citado por Arjona (2018) establece las siguientes razones por las cuales las partes incluyen las cláusulas escalonadas, para resolver sus controversias:

La razón que justifica la inclusión en un contrato de una cláusula escalonada es la eficacia o, si se prefiere, la eficiencia en la resolución de eventuales controversias. En la práctica, la decisión de incluir un pacto escalonado suele obedecer a una de estas razones: a) El deseo de trocear o separar en lo posible los diversos tipos o clase de conflictos que puedan derivarse de un mismo contrato, buscando para cada uno de ellos (cuando efectivamente lo haya) el mecanismo de resolución que resulte más conveniente. V.g. se piensa que es más eficiente sentarse a negociar (y no iniciar un arbitraje) cuando la diferencia es de poca cuantía o de escasa complejidad o afecta a un área de negocio marginal, o está en un estado inicial en el que aún son muy fluidas las relaciones entre las partes. O se piensa que, cuando la controversia es- o tiene muchos elementos- de carácter técnico (de ingeniería, financieros, contable, de calidad de un suministro) puede ser útil, al menos en un primer momento, contar con la opinión de peritos o expertos. b) El deseo de cada una de las partes- juntas lo pueden todo- de mantener el conflicto bajo control, intentando resolverlo de forma escalonada o progresiva, evitando la confrontación directa y dejando para el final el uso de instrumentos más adversariales (como la litigación o el arbitraje) que desembocan siempre en una resolución final e irrevocable (pp.17-18).

En sectores específicos como en proyectos de infraestructura y construcción se derivan múltiples beneficios como lo establece Jenkins (2013) citado por Irra e Ibarra (2015) de la siguiente forma:

Entre las ventajas que los propios actores del sector identifican en el uso de cláusulas escalonadas, podemos enumerar que se permite a las partes: (i) resolver las diferencias con un costo menor que en el litigio o arbitraje; (ii) resolver las diferencias sin detener la ejecución del proyecto, con lo que se minimiza el impacto de las

disputas en la fecha de terminación del proyecto y (iii) tener acceso a un paso siguiente para el caso de disputas que requieran un mayor análisis de las circunstancias en que surgieron (p. 35).

Por lo tanto, de acuerdo con Carmigniani, Cepeda y García (2016) la ventaja de estas cláusulas escalonadas es la siguiente:

Las cláusulas escalonadas tienen por objeto conservar la relación comercial de las partes a largo plazo, prefiriendo así los mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos a los heteros compositivos. En este sentido, una cláusula escalonada prevé que, previo al inicio de un arbitraje se agote, por ejemplo, una instancia de mediación (p. 182).

Es decir, las cláusulas escalonadas su fin es propiciar, procurar, fomentar y favorecer la utilización de los métodos autocompositivos de resolución de conflictos, con el fin de que por medio de estos las partes tengan la posibilidad de solucionar de una forma amistosa la controversia, para evitar el deterioro de la relación contractual, especialmente cuando estas son a largo plazo, que de igual forma una relación contractual reciente puede recurrir al uso de estas.

Menos costos y duración

El menor costo y duración, en la utilización de las cláusulas escalonadas es debido a que se procura en un principio de solucionar el conflicto mediante un método autocompositivo que en el caso de llega a un acuerdo implica un ahorro económico y de tiempo muy significativo en comparación a ir a un método hetero compositivo, sin embargo no se puede asegurar a llegar a un acuerdo, pero a pesar de no llegar a un acuerdo, aún se puede acudir al método autocompositivo, refiriéndose a este aspecto Júdice y Mentello de Nápoles (2011) establece lo siguiente:

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) (p. 787).

De la misma forma, Bernal, Puyo y González (2012) citado por Rosero (2017), establecen que las cláusulas escalonadas plantean un costo-beneficio favorable para las partes, en el cuanto generan "un acercamiento entre las partes para que solucionen el conflicto

con menores costos y en menor tiempo y que sólo acudan al arbitraje en caso de que sea completamente necesario" (p. 75).

El carácter de las etapas previas: obligatorio y facultativo

Facultativo

El establecer la etapa previa en una cláusula escalonada de forma facultativa, implica que las partes pueden o no ir a la etapa previa, estableciéndolo como una mera opción antes de acudir a arbitraje, lo que no resulta relevante puesto que de igual forma pactando o no la cláusula escalonada con la etapa previa facultativa, de todas maneras, las partes pueden acudir a los métodos autocompositivos de forma previa al arbitraje de forma facultativa, sin haber pactado la cláusula escalonada.

De acuerdo con Caivano (2011) esto resulta carente de sentido y efectos en la vía jurídica debido a lo siguiente:

Una etapa previa de negociaciones, si es facultativa, no sirve de mucho. No es necesario poner en una cláusula que las partes pueden intentar una solución negociada al conflicto antes de llegar al arbitraje. Lo diga o no lo diga, es obvio que siempre va a ser posible que las partes no inicien o suspendan el arbitraje mientras exploran las posibilidades de lograr un acuerdo que, si se obtiene, evita el arbitraje (p. 72).

Obligatorio

El pactar la etapa previa al arbitraje como obligatoria implica otorgarle efectos vinculantes a dicha etapa, convirtiéndola en un requisito de admisibilidad (esto dependerá de cual naturaleza jurídica se considere) para al arbitraje, es decir debe acudir al método autocompositivo de previo a acudir al método hetero compositivo que en caso de incumplimiento surgen los efectos jurídicos pertinentes.

Pactarla como obligatoria es la única forma de garantizar que exista un espacio en el que se intente llegar a un acuerdo antes de comenzar un proceso de naturaleza adversarial. Y aun podría pensarse que esta es una buena forma de evitar demandas arbitrales intempestivas o sorpresivas (Caivano, 2011, p. 72).

Por otro lado, hay que tener en cuenta que se trata de una obligación de medios y no de resultados, puesto que nadie está obligado a llegar un acuerdo dentro del método autocompositivo, pero sí a intentarlo, siendo que para descubrir o determinar si será o no satisfactorio el método autocompositivo primero este debe iniciarse (Zambrano, 2013,

p.197).

La negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje

En la naturaleza jurídica de la etapa previa al arbitraje, existen 2 posiciones, la que considera vinculante la etapa previa, ya sea como requisito de admisibilidad, de competencia o sustancial y la que niega otorgarle el carácter vinculante a esta por considerarla lesiva para el acceso a la justicia o la que estima la etapa previa como un requisito formal e innecesario, donde el método autocompositivo fracasara a pesar de no haber sido intentado.

A partir de este punto se deja en claro que se apoya la posición positiva de otorgarle carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje, considerándola como un requisito de admisibilidad y se considera carente de fundamentación las razones por las que se niega el carácter vinculante, lo cual se desarrollará a lo largo de esta investigación.

Criterio negativista

El criterio negativista implica la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, por considerar que el pacto se extralimita en el uso de la autonomía de la voluntad, puesto que está limitando el acceso a la justicia, sobre esto Arjona (2018) establece dos corrientes de opinión (la que acepta y la que niega el carácter vinculante) con respecto al otorgamiento del carácter vinculante del paso previo al arbitraje en una cláusula escalonada, entre estos el criterio negativista que establece lo siguiente:

Lo que denomino la tendencia negativista o contraria al reconocimiento de validez y eficacia de las cláusulas escalonadas, se inclina por pensar que tales pactos carecen de viabilidad en nuestro sistema jurídico, por cuanto considera que esos pactos recaen sobre una materia no disponible; ya que los particulares no pueden con base en la autonomía de la voluntad, condicionar o restringir el ejercicio del derecho de acción ni tampoco el derecho de contar con un franco acceso a la justicia, para reclamar tutela judicial efectiva. El planteamiento indicado atiende a la naturaleza ius fundamental del derecho acceso a la justicia, que, por su indiscutible raigambre constitucional, no es susceptible de ser objeto de pactos o convenciones privadas (p.20).

Acorde con ello, quienes simpatizan con esta corriente adversa, rechazan la posibilidad legal de reconocer valor vinculante y fuerza ejecutiva a estas cláusulas escalonadas que buscan agotar mecanismos previos como la conciliación o la

mediación, por ejemplo, antes de que las partes puedan formalizar pretensiones contenciosas sea ante la justicia común o los tribunales arbitrales (p. 20).

Teoría de futilidad

La teoría de futilidad para negar el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, se basa en que dicha etapa previa carece de relevancia, al ser un requisito meramente formal, siendo que si la parte acudió directamente al método hetero compositivo significa que si se obliga a las partes a acudir al método autocompositivo no van a encontrar a una solución, por lo tanto fracasara el mecanismo lo que implicara solo un cumplimiento por formalismo y hará perder tiempo a las partes.

En relación con la teoría de la futilidad de acuerdo con Gutiérrez (2012) citado por Crespo (2014) "una de las partes alega que obligar a las partes a someterse a lo establecido en los escalones iniciales de una cláusula multinivel sería fútil, puesto que una solución al problema no se lograría y lo único que se haría sería alargar injustificadamente la resolución del conflicto" (p. 80).

La aceptación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje

La etapa previa como un requisito sustancial

Se le considera a la etapa previa al arbitraje como requisito sustancial, cuando se le considera una obligación contractual como cualquier otra disposición contractual, sobre esto Fernández (2017) menciona lo siguiente:

Si se trata de un acuerdo de carácter sustantivo, al igual que las demás disposiciones contractuales, en cuyo caso una violación de las obligaciones de primer nivel deberían ser consideradas como un incumplimiento de contrato, pero sin consecuencias adversas a la competencia del tribunal arbitral (p. 118).

Si se considera que estamos ante un incumplimiento contractual sería obligado el establecimiento de una indemnización con la consiguiente dificultad de establecer la cuantía de los daños. Pero semejante solución no se acomoda al espíritu de la cláusula que no es otra cosa que la puesta a disposición de las partes de un elenco de mecanismos de solución de controversias. Si el asunto llega al juez o al árbitro éstos deberán limitarse a estudiar la procedencia de la puesta en marcha del último escalón (p. 119).

Por otro lado, conforme a Walther (2001) citado por Fernández (2017) establece lo

siguiente en sustento a considerar la etapa previa al arbitraje como un requisito sustancial:

Existen posiciones contrarias que argumentan que los requisitos de admisibilidad de la acción ante los Tribunales son una cuestión de Derecho público, destinada a garantizar el buen desarrollo de los litigios; por el contrario, los acuerdos de negociación previa y / o conciliación son acuerdos privados para ser tratados como cualquier otro contrato privado. Por tanto, en caso de incumplimiento debe estarse a las reglas generales que regulan el incumplimiento de cualquier otra obligación sustancial (p. 119).

De la misma forma, de acuerdo con López de Argumedo Piñero (2010) citado por Crespo (2014) "hay quien considera que la obligación de negociar debe considerarse como una obligación puramente sustantiva, sin trascendencia procesal alguna, por lo que su incumplimiento ha de resolverse -al igual que el de cualquier otra obligación material- en una mera indemnización de daños" (p. 77).

Bajo el mismo lineamiento, Caivano (2011) citado por Crespo (2014) menciona que "algunos consideran que se trata de una cuestión de naturaleza sustancial y, por lo tanto, el incumplimiento contractual, aunque sin afectar la admisibilidad de la demanda" (p. 67).

Por lo tanto, el considerar la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada como requisito sustancial, implica que dicha obligación es como cualquier otra obligación contractual, resultando sustancial para la relación contractual, por lo tanto, su incumplimiento implica una sanción de daños y perjuicios, de tal forma no se obliga al cumplimiento sino un resarcimiento por su incumplimiento.

La etapa previa como un requisito de competencia

El considerar la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada como requisito de competencia implica que se considera que es necesario agotar la etapa previa para que el tribunal arbitral tenga competencia para la resolución del conflicto, siendo que hasta que se haya cumplido dicho paso previo, no se activa la obligación de acudir al arbitraje, por lo tanto, carecen de competencia por razón de tiempo.

En criterio de Arjona (2018) establece que "las cláusulas escalonadas de carácter obligatorio no provocan la inadmisibilidad de la demanda arbitral, sino que plantea problemas que afectan las condiciones para que los árbitros asuman la competencia para decidir la causa" (p. 23), esto debido a lo siguiente:

Si se parte de la premisa de que la competencia de los árbitros está en cierta medida definida por la voluntad de las partes, es claro que la inobservancia de los compromisos y obligaciones asumidos o acordados tienen que ser respetados también en lo que atañe a los pactos escalonados (p. 23).

En relación con considerar como requisito de competencia a la etapa previa al arbitraje Fernández (2017) establece lo siguiente:

Como regla general, si una cláusula MTDRC obliga a las partes a participar en una o más formas de negociación o en otro ADR como condición previa al arbitraje, el tribunal arbitral no tendrá competencia para conocer del litigio hasta que las partes hayan cumplido con lo estipulado (p. 115).

Por lo tanto, la posición de considerar la etapa previa al arbitraje como un requisito de competencia se basa en que la voluntad de las partes es la que otorga la competencia para que el tribunal arbitral resuelva la controversia suscitada, por lo que, si la voluntad de las partes es que sea competente el tribunal arbitral posteriormente de cumplir el método autocompositivo, se debe respetar, siendo que si no se ha cumplido aún no son competentes los árbitros o árbitro para resolver.

La etapa previa como un requisito de admisibilidad

La etapa previa como un requisito de admisibilidad implica considerarlo como una condición sine qua non para pasar a la etapa siguiente que es el arbitraje, por lo tanto, se trata de que el método autocompositivo debe cumplirse para que se pueda llevar a cabo el proceso arbitral, puesto que las partes pactaron una etapa previa con la cual se va a iniciar y en caso de no resolver el conflicto se sigue con la etapa siguiente es decir el método heterocompositivo.

De acuerdo con Gutiérrez (2012) citado por Roca (2019), considera la cláusula escalonada como requisito de admisibilidad de la siguiente forma:

Las cláusulas escalonadas son requisitos previos a un procedimiento arbitral, requisitos asimilados como requisitos de procedibilidad y, en consecuencia, mientras el primer nivel no se cumpla, el tribunal arbitral tendría que inadmitir la demanda hasta que las partes cumplan dichos escalones. No obstante, menciona que los tribunales no deberían pronunciarse de oficio sobre esta cuestión, sino que debería ser a petición de parte. Esta línea de pensamiento se basa en que se puede considerar

que es el deseo de continuar con el arbitraje de la parte que no objeta el cumplimiento de las cláusulas escalonadas (p. 10).

De la misma forma, conforme a Berger (2006) citado por López de Argumedo (2011) menciona lo siguiente en relación con el requisito de admisibilidad:

Los que consideran que estas cláusulas impiden acceder al arbitraje en tanto en cuanto el proceso de negociación no se haya llevado a cabo. La configuran, así como una suerte de condición suspensiva (o, en la terminología norteamericana, condition precedent). Esta postura ha sido particularmente mantenida por los Tribunales norteamericanos cuando las partes han querido claramente establecer la obligación de negociar como una condition precedent. También ha sido considerado como un pactum de non petendo o una renuncia temporal a iniciar el arbitraje hasta que no haya finalizado la negociación (p. 71).

Bajo el mismo lineamiento, Fernández (2017) refiere lo siguiente con respecto a la concepción de la etapa previa al arbitraje como requisito de admisibilidad:

El acuerdo entre las partes para negociar primero y /o mediar después, siempre con anterioridad al arbitraje (escalones iniciales), constituye un acuerdo de procedimiento, en cuyo caso se trataría de una condición previa al arbitraje y a la admisibilidad formal de la reclamación (p. 118).

Por lo tanto, establece Caivano (2011) que son mayoría los que conciben a la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, como un requisito de admisibilidad, siendo que esto se trata de una cuestión de naturaleza procesal que conduce a la inadmisibilidad de la demanda arbitral (p. 77).

Por consiguiente, la etapa previa al arbitraje es un requisito de admisibilidad, siendo que, si se acude directamente al arbitraje, este debería inadmitir la demanda y suspender el proceso, dirigiendo a las partes al cumplimiento de la etapa previa (lo que creemos es lo más correcto) o terminar el proceso arbitral, remitiendo al cumplimiento del paso previo y posteriormente vuelvan a instaurar el proceso arbitral, siendo que esto dependerá del criterio del tribunal arbitral.

La posibilidad de medidas cautelares con cumplimiento de paso previo pendiente

De acuerdo con Caivano (2011) sí se pueden pedir medidas cautelares ante el tribunal arbitral o en sede judicial, citando a Lew, Mistelas, Loukas y Kroll (2003) y al caso de la

Corte de Apelaciones de París del 23 de mayo del 2001, Port-Royal c. Pebay et Samper, mencionando lo siguiente:

Esta es una de las excepciones al deber de no iniciar procedimientos adversariales antes de haber agotado las etapas negociales pactadas como previas. Y encuentra fundamento en que una medida cautelar no es una acción tendiente por resolver el conflicto en cuanto a sus méritos, sino un remedio temporal, justificado por razones de urgencia. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de París juzgó que la cláusula de mediación previa no limitaba el derecho de las partes a recurrir a los tribunales en caso de urgencia (p. 79).

De la misma forma menciona Caivano (2011) que esto se evidencia en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre conciliación, en el art. 13 contempla esto como excepción de la siguiente forma: "el tribunal arbitral de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan" (p. 80).

Ello implica, por un lado, que la prohibición de iniciar procedimientos adversariales cede cuando sea necesario, siendo el caso de las medidas cautelares uno de los contemplados en esta situación; y, por el otro, que la solicitud de una medida cautelar no es causa para evitar, luego de trabada la medida, la etapa previa de mediación (p. 80).

En el caso de Costa Rica, no se establece una normativa tan específica que se dirija a las cláusulas escalonadas, sin embargo si se regula las medidas cautelares, las cuales se tienen claro que su adopción es por causa de necesidad y urgencia por la parte solicitante, por otro lado, existe una diferencia entre la LRAC y LACI, siendo que la primera establece que el tribunal arbitral le pedirá a la vía judicial las medidas cautelares, mientras que la LACI el mismo tribunal arbitral puede decretar la medida cautelar o también puede solicitarlas al juez (art.52 LRAC y art. 17 de la LACI).

De lo anterior, se podría razonar que no se prohíbe la adopción de medidas cautelares mientras se cumple la etapa previa, pero esto no se ha visto visualizado en Costa Rica, pues se le ha negado el carácter vinculante a la etapa previa del arbitraje, por otro lado, la LRAC establece en su art. 52 que : "la solicitud de adopción de medidas cautelares dirigida a una autoridad judicial, por cualquiera de las partes, no será considerada incompatible con el

proceso arbitral, ni como renuncia o revocación del acuerdo arbitral".

Otro aspecto importante por mencionar es la caducidad de las medidas cautelares que Caivano (2011) establece como un problema en el derecho argentino por lo siguiente:

Las medidas cautelares solicitadas a un tribunal judicial (regla que podría, asimismo, ser aplicable a un procedimiento arbitral) antes del inicio del juicio, caducan de pleno derecho a los 10 días de haberse hecho efectivas, si dentro de ese lapso no se interpone la demanda (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 207). Para evitar esa situación, el solicitante debería promover la demanda a fin de evitar la caducidad de la medida cautelar, pidiendo al mismo tiempo la suspensión del trámite hasta tanto se haya dado cumplimiento a la etapa previa de mediación (p. 80).

A diferencia de Argentina, en Costa Rica el plazo de caducidad es más largo, un mes de acuerdo al art. 83 del CPC, sin embargo los plazos para que las partes realicen el paso previo, podría ser más largos (pactados por las partes), por lo que podrían necesitar más tiempo, por lo que habría que adecuar la norma ante dicha necesidad o dar la potestad al árbitro en un arbitraje nacional de decretar medidas cautelares al igual que al arbitraje internacional, sin embargo por ese mismo motivo se recomiendan plazos cortos.

La modificación o renuncia mutua tácita o expresa a la etapa previa al arbitraje

Cuando las partes modifican la cláusula escalonada, volviéndola una cláusula arbitral simple, con la obligación únicamente de acudir al arbitraje, se extingue la obligación de acudir a el paso o pasos previos que habían pactado previamente, por la modificación de la cláusula de mutuo acuerdo.

Por otro lado, otra causa de extinción de la obligación al cumplimiento de la etapa previa al arbitraje es cuando existe una renuncia mutua ya sea expresa, mencionando al tribunal que desean renunciar (todas las partes involucradas en el conflicto) a la etapa previa al arbitraje o de forma tácita si ninguna de las partes se opone a la continuación del arbitraje, dando por entendido a que renuncian a dicha obligación.

En el caso de Costa Rica, la renuncia tácita se evidencia en el art. 56 de la LRAC que establece lo siguiente:

Considerarse que renuncia al derecho de objetar la parte que sigue adelante con el arbitraje, a sabiendas de que no se ha cumplido alguna disposición convenida o algún requisito de la presente ley, sin expresar su objeción a tal incumplimiento dentro del

término de diez días, contados a partir del momento en que sepa de ese incumplimiento.

De la misma forma, en relación con la renuncia tácita de la obligación al cumplimiento del paso previo al arbitraje, López de Argumedo (2011) refiere lo siguiente:

La falta de este presupuesto o requisito de procedibilidad es necesaria su alegación por la parte demandada. En efecto, como es bien sabido, el arbitraje es, en esencia, un producto de la voluntad de las partes. Por tanto, si aquélla que puede plantear la excepción no la formula, habrá que entender que ambas partes están de acuerdo en eliminar el requisito. Habría un consentimiento tácito a la modificación de la cláusula de resolución de disputas (p. 81).

Por lo tanto, la cláusula escalonada puede ser modificada de mutuo acuerdo ya sea de forma tácita o expresa, para dejar sin efecto los pasos previos al arbitraje, lo que resulta lógico y comprensible, puesto que, si las partes están de acuerdo con renunciar a las etapas previas deben tener la potestad de hacerlo, yendo en respuesta lógica de la formación contractual de cualquier cláusula contractual, la cual puede ser modificada o excluida por las partes.

Argumentos a favor del cumplimiento de la etapa previa obligatoria

A pesar de que son varios los países que han aceptado el carácter vinculante del paso previo al arbitraje como Francia, Suiza y varios Tribunales en Estados Unidos, todavía existe países reacios a aceptarlo como Costa Rica y Colombia, sin embargo existen muchos argumentos a favor de que se deba cumplir dicha etapa, debido a que esta se trata de una disposición contractual consagrada bajo la autonomía de la voluntad que produce en consecuencia el pacta sunt servanda, teniendo además esta disposición en particular efectos procesales, siendo diferente a cualquier otra disposición contractual común.

El efecto procesal que produce la etapa previa al arbitraje es que esta se debe cumplir para seguir con el arbitraje, pues es un requisito de admisibilidad, siendo que si no se ha cumplido no se puede seguir con el proceso arbitral y los árbitros no pueden desconocer los efectos que produce la cláusula escalonada, puesto que es esa misma cláusula la que le otorga la potestad de decidir en relación con la controversia suscitada entre las partes.

Como lo establece Arjona (2018) que destaca en relación con el incumplimiento del paso previo al arbitraje lo siguiente:

El referido incumplimiento a las cláusulas escalonadas también produce

consecuencias en el plano procesal puesto que no es posible admitir que se desconozca la fuerza vinculante de esos pactos, siendo que el arbitraje también encuentra su origen en la voluntad expresada por las partes de conformidad con los compromisos concertados. Los árbitros, en ese sentido, tienen en mi opinión, el deber de proteger el cumplimiento de las obligaciones y compromisos convenidos por las partes y no es factible que ellos desconozcan esa voluntad que es la que, en últimas, les ha conferido su investidura (p. 23).

Por otro lado, de acuerdo con File (2007) citado por Caivano (2011) establece lo siguiente con respecto a la posición a favor de otorgar el carácter vinculante del paso previo al arbitraje:

El componente negocial de una cláusula escalonada contra una parte que no quiere siquiera intentarlo no es razón suficiente para dar por cumplida una etapa que las partes previeron como obligatoria, pues ello equivaldría a privar de todo sentido y efecto a una estipulación convencional (p. 73).

En base a lo anterior, es cierto no es suficiente que una de las partes no quiera cumplir con la etapa previa que voluntariamente se obligó a ello y tampoco el fundamentar que al no querer esa parte acudir a la etapa previa, el método autocompositivo será un fracaso, puesto que se trata de un hecho futuro e incierto, solo intentando se podrá conocer el resultado, siendo que el negar el carácter vinculante permite que la parte modifique unilateralmente la cláusula "renunciando" a la etapa previa, siendo que para modificar una disposición contractual se necesita de las partes involucradas en el contrato.

Por otra parte, conforme a Montéran (2004) citado por Caivano (2011) la negación del carácter vinculante de la etapa previa ocasionaría lo siguiente:

Sería, lisa y llanamente, negar la fuerza vinculante de un compromiso contractualmente asumido, en violación a los principios fundamentales del derecho de los contratos. Elementales razones de buena fe y respeto a lo pactado llevan a concluir que, si las partes convinieron que debían intentar una solución acordada a través de negociaciones directas o asistidas, una de ellas no puede luego evadir esa primera instancia.

De la misma forma la Corte Suprema de New South Wales en 1992, en el caso *Baillie Associated Ltd. vs. Natcon Group Pty Ltd.*, citado por Caivano (2011) establece que la

posición de otorgar el carácter vinculante a la etapa previa es la tendencia actualmente prevaleciente esto debido "fundamentalmente a partir de reconocer que, en definitiva, lo que se ordena ejecutar no es una obligación de cooperar y acordar, sino "la participación en un proceso dentro del cual la cooperación y el acuerdo pueden surgir" (p. 74).

Lo anterior se relaciona directamente con que la obligación de la etapa previa al arbitraje se trata de una obligación de medios y no de resultados, por lo que el carácter vinculante de la etapa previa se trata de instar a las partes al método autocompositivo y no el obligar que las partes lleguen a un acuerdo, puesto que esto cambiaría la naturaleza de autocompositiva a hetero compositiva.

Bajo el mismo lineamiento, establece Torterola (2011) que se demuestra la existencia clara de una tendencia jurisprudencial con respecto a rechazar la ejecución de un laudo arbitral cuando no se ha cumplido los parámetros pactados por las partes a través de la cláusula arbitral mencionando lo siguiente:

Esta posición ha sido ratificada en casi todas las culturas jurídicas, incluso en aquellas que son extremadamente respetuosas del arbitraje como medio de solución de controversias y que, inclusive, tienen un mandato en su propia jurisdicción para favorecer la solución arbitral. Los tribunales han dejado claro que el *favore arbitri* no implica que el tribunal se pueda apartar de lo acordado por las partes (pp.288-289).

En la High Court of Justice (Queen's Bench Division) en Inglaterra con el caso *Cable & Wireless Plc vs. IBM United Kingdom* (2002), citado por Caivano (2011) en Inglaterra se considera que la presencia de una cláusula escalonada con un paso previo al arbitraje de intentar de buena fe resolver el conflicto mediante negociaciones de la siguiente forma:

En Inglaterra, en presencia de una cláusula mediante la cual las partes se comprometieron a intentar de buena fe resolver el conflicto a través de negociaciones ante una entidad que provea este servicio, antes de llevar el caso a los tribunales judiciales, la Corte Comercial interpretó que la cláusula era obligatoria y debía ser ejecutada, ordenándose la suspensión del procedimiento judicial y la remisión de las partes a la instancia negocial convenida. Consideró que esta no era una mera promesa de negociar, sino una cláusula que definía un método específico, susceptible de ser ejecutado (p. 74).

Una cláusula en la que las partes se comprometen a seguir un método

alternativo de resolución de disputas es análoga a una cláusula arbitral y, como tal, es un acuerdo que puede hacerse cumplir mediante la suspensión del procedimiento judicial iniciado en contravención a ella. Aunque esta es una facultad discrecional de los jueces, si las partes previeron que el litigio judicial sería el último eslabón de una cadena de métodos tendientes a resolver el conflicto, deben existir buenas razones para que un tribunal no suspenda el procedimiento y remita a las partes a la instancia pactada como previa (p. 74).

Por otro lado, Inglaterra en su ley especial de arbitraje de 1996, establece que en los procedimientos judiciales, debe suspenderse en el caso que se alegue la existencia de un acuerdo arbitral que se refiera a las cuestiones que se hayan planteado en sede judicial, "se aclara que la suspensión del juicio, aun existiendo cláusula arbitral, sólo podrá invocarse luego de agotados otros procedimientos que pudiesen haberse pactado como previos para resolver las diferencias" (Caivano, 2011, pp. 74-75).

En el caso de Costa Rica si bien existe en el Código Procesal Civil la excepción procesal de la cláusula arbitral en el art. 37.3, la diferencia radica que en Costa Rica solo se toma en cuenta el proceso arbitral como tal y no los pasos previos a este, por lo que no protege de los pasos anteriores al arbitraje ni tampoco cubre las cláusulas simples como una de mediación, sino únicamente el cumplimiento del arbitraje como tal, siendo que en la sede judicial se limitan a remitir al arbitraje el conflicto y no a las etapas previas al arbitraje en caso de una cláusula escalonada.

De igual forma, en sede arbitral, tampoco remiten a las partes a realizar el paso previo al arbitraje, a pesar de que se haya pactado como obligatorio, únicamente se limitan en empezar el proceso, si la cláusula escalonada que establece el arbitraje, resulta válida, eficaz y aplicable, dejando de lado la obligación de acudir a la etapa previa, siendo que posteriormente en la interposición de nulidad del laudo, la Sala Primera solo ratifica lo resuelto por el tribunal arbitral, al no remitir a las partes a la etapa previa.

Por otra parte, en Estados Unidos algunos tribunales han fundado la ejecutabilidad de las cláusulas de mediación, como la Corte de Tennessee (2003) en el caso *Fisher vs. GE Medical Systems* citado por Caivano (2011) de la siguiente forma:

Se ha fundado la ejecutabilidad de las cláusulas de mediación en los principios y reglas previstas para el arbitraje. En esa línea, se hizo notar que la Federal Arbitration

Act (FAA) define al arbitraje como un procedimiento para resolver (settle) un conflicto, y los acuerdos para recurrir a la mediación buscan el mismo propósito y deben caer dentro de su ámbito. Más explícitamente, algún tribunal señaló que la política favorable al arbitraje, contenida en la FAA, es sólo una parte del objetivo más amplio de favorecer la resolución de disputas por métodos no judiciales, de modo que no es únicamente el arbitraje lo que el Congreso quiso estimular, sino la solución extrajudicial de las controversias por métodos escogidos por las partes: la política legislativa que favorece el arbitraje comprende también a la mediación (pp. 75-76).

Otra perspectiva utilizada para la aceptación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, de acuerdo a la Corte Especial de Apelaciones de Maryland citada por Caivano (2011) establece que se han basado en los principios generales de contratación privada y en el texto de la cláusula escalonada, incluso refieren que no es necesario forzar la interpretación y aplicación a partir de normas del arbitraje, como el caso mencionado en el párrafo anterior, sino que "las propias leyes locales en materia contractual eran suficientes para llegar al mismo resultado: un acuerdo mediante el cual las partes se someten a un método de resolución de controversias es obligatorio y ejecutable como cualquier otro contrato" (p. 76).

Por otra parte, Arjona (2018) establece argumentos que apoyan el carácter obligatorio del paso previo al arbitraje de la siguiente forma:

- El arbitraje es una institución que deriva su apoyo en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales por expresa licencia constitucional pueden crear y utilizar ese mecanismo, para la solución de controversias que pueden ser empleadas tanto por los particulares como por el Estado.
- El propósito que explica el origen convencional de las cláusulas escalonadas descansa en la voluntad de las partes, lo cual constituye exactamente el mismo fundamento sobre el que se apoya el arbitraje. Si a la cláusula compromisoria se le reconocen efectos sustantivos y procesales que reflejan su fuerza vinculante, resulta perfectamente válido y congruente reconocer esos mismos atributos a las cláusulas escalonadas, creadas por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad
- El reconocimiento de la licitud constitucional de estos pactos pre arbitrales, no constituye obstáculos para el posterior acceso a la justicia arbitral, puesto que la finalidad que ha justificado su creación no es más que la consecución de objetivos de

pacificación de las relaciones sociales y económicas que es una aspiración perfectamente congruente con el espíritu constitucional (pp. 22-23).

En relación a lo anterior se apoyan dichos argumentos, ya que el arbitraje nace de la autonomía de la voluntad, la cual le da el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, conforme el pacta sunt servanda, por lo tanto si las partes decidieron por su propia voluntad establecer un paso previo al arbitraje en una cláusula escalonada, las partes deben respetar los acuerdos, siendo que si se niega el carácter vinculante se está permitiendo que las partes desconozcan de sus obligaciones contractuales.

Por lo tanto, negar el carácter vinculante a los métodos autocompositivos, es negar también el valor e importancia de estos mecanismos, al considerarlos fútiles, por lo tanto, el otorgarle el carácter vinculante implica dar el valor que estos se merecen y fomentar la utilización de estos con el fin de resolver los conflictos de una forma más amistosa.

Efectos del incumplimiento de la etapa previa de una cláusula escalonada

Suspensión del proceso arbitral o interponer de nuevo el proceso arbitral

Cuando se le considera a la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, como requisito jurisdiccional/competencia o como un requisito de admisibilidad, la práctica ha presentado que ambos pueden ocasionar el efecto ya sea de suspensión del proceso arbitral mientras se cumple con la etapa previa o de terminar el proceso y que posteriormente al cumplimiento se vuelva a instaurar el proceso arbitral, esto dependerá del criterio del tribunal arbitral.

Con respecto al efecto de suspensión del proceso arbitral mientras se cumple la etapa previa Fernández (2017) menciona lo siguiente:

El tribunal debe suspender el procedimiento hasta el cumplimiento de los compromisos de primer nivel. Para evitar estos inconvenientes, la generalidad de las cláusulas incluye de manera explícita o implícita un pactum de non petendo, que se traduce en la obligación a las partes a abstenerse de presentar demandas jurisdiccionales o arbitrales durante este período (p. 119).

Daños y perjuicios

En relación con la sanción mediante daños y perjuicios, de acuerdo con Caivano (2011) establece que "algunos consideran que se trata de una cuestión de naturaleza sustancial y, por lo tanto, el incumplimiento da lugar a daños y perjuicios, como cualquier otro

incumplimiento contractual, aunque sin afectar la admisibilidad de la demanda" (p.76).

Bajo el mismo lineamiento, conforme a Walther (2001) citado por López de Argumedo (2011) "la obligación de negociar debe considerarse como una obligación puramente sustantiva, sin trascendencia procesal alguna, por lo que su incumplimiento ha de resolverse –al igual que el de cualquier otra obligación material– en una mera indemnización de daños" (p. 74).

Por otro lado, "existen, además, otras especificaciones de mayor sofisticación como la previsión de que en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en la MTDRC, se establezca la necesidad de pagar los costes derivados de tal incumplimiento" (Fernández, 2017, p. 124).

Por lo tanto, la sanción ante el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje, al considerarla como un requisito sustancial, implica el resarcimiento por medio de daños y perjuicios, puesto que se establece como una obligación contractual como cualquier otra, lo que implicaría el otorgamiento de daños y perjuicios y la continuación del proceso arbitral, sin embargo esto se a quedado en la teoría, puesto que los daños y perjuicios no son de posible determinación ante un hecho futuro e incierto.

Anulación del laudo en caso de negar el carácter vinculante del paso previo al arbitraje y negación del reconocimiento y ejecución del laudo

La consecuencia que podría acarrear el negar el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, es la anulación del laudo por la causal que se adecue a la naturaleza de la etapa previa por ejemplo si se considera requisito de competencia la causal sería dictar el laudo sin tener la competencia y en el caso de que se considere requisito de admisibilidad podría adecuarse la lesión al debido proceso, al no respetar el procedimiento elegido por las partes.

Conforme a Arjona (2018) "el desconocimiento de las cláusulas escalonadas obligatorias puede dar lugar a la anulación del laudo arbitral" (p. 24). Lo cual dependerá de la legislación de cada país, que establece las causales de anulación de los laudos, que, en caso de la negación del carácter vinculante del paso previo del arbitraje, las causales más comunes que se pueden adecuar a este incumplimiento es la falta de competencia del tribunal arbitral la violación del debido proceso o si el tribunal arbitral no se ajustó al acuerdo arbitral pactado por las partes (al menos que este no se adecue al ordenamiento jurídico).

Por otro lado, la Convención sobre el Reconocimiento y la ejecución de las Sentencias

Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) establece siete razones por las que se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo, entre esas las irregularidades procesales que se podría argumentar como irregularidad procesal el incumplimiento del paso previo al arbitraje como requisito de admisibilidad de la demanda arbitral y la otra razón es la falta de competencia del tribunal arbitral, que se adecuaría en el caso de que se considere el incumplimiento de la etapa previa como un requisito de competencia/jurisdiccional.

Las problemáticas que se suscitan en torno a las cláusulas escalonadas

Los problemas que surgen en torno a las cláusulas escalonadas es que naturaleza jurídica constituyen los pasos previos y que efectos jurídicos producen, siendo que se pueden considerar como requisito jurisdiccional/competencia, requisito de admisibilidad, requisito sustancial o la negación del carácter vinculante de la etapa previa, que dependiendo de cual naturaleza jurídica se considere se tendrán diferentes efectos jurídicos.

Dentro de los efectos jurídicos, puede ser la incompetencia del tribunal arbitral en caso de que se considere requisito jurisdiccional/competencia que dicha incompetencia puede implicar la finalización del proceso arbitral y posteriormente tendrían que volver a interponer el proceso o la suspensión de este, lo cual dependerá del criterio del tribunal arbitral o la vía judicial que deba revisar el laudo.

Otro efecto jurídico es la inadmisibilidad de la demanda, cuando se considere el paso previo como un requisito de admisibilidad, que, de igual forma con el requisito jurisdiccional, se termina el proceso o se suspende el proceso y se remite a las partes al cumplimiento del paso previo al arbitraje; por otro lado, si se le considera como requisito sustancial se resolvería conforme a un incumplimiento contractual, reclamando daños y perjuicios.

Por último, en el caso de que se niegue el carácter vinculante, esto significaría que el proceso arbitral continuaría a pesar de que la etapa previa se haya pactado de forma obligatoria, siendo que si una de las partes acude a arbitraje no se tomará como obligatoria la etapa previa, esto se considera porque es fútil el paso previo y solo se le considera como un formalismo u obstaculiza el acceso a la justicia, lo que resulta contrario a los principios de contratación privada, además que determinar fútil un método autocompositivo sin haberse primero intentado resulta ilógico, ya que no se puede establecer que no va a funcionar si no se ha intentado, debido a que es un hecho futuro e incierto.

Por otro lado, también la determinación en sí mismo si la etapa previa se constituyó

o no como obligatoria también es un problema debido a la redacción de la cláusula escalonada como establece Caivano (2011) de la siguiente forma:

Una primera dificultad suele presentarse a la hora de determinar si la instancia negocial previa es obligatoria o facultativa. En buena parte de los casos que han derivado en instancias judiciales ese era, precisamente, el tema principal a decidir. Esta dificultad, con todo, no es insalvable: si las partes se preocuparon por reflejar con claridad en la cláusula el carácter facultativo u obligatorio de la etapa previa, este problema puede reducirse significativamente. Aunque, anoto, tal vez no pueda evitarse si, no obstante, la precisión de la cláusula, una de las partes insiste tozudamente en pretender que tiene un significado diferente del que surge de su propia formulación (p. 81).

Sin embargo, no solo la determinación de la obligatoriedad, naturaleza y los efectos jurídicos de la etapa previa en una cláusula escalonada, causan problemáticas en torno a su aplicación, sino que también la determinación de cuándo o como se completa dicha etapa previa y cuando queda legitimada la parte para poder interponer el proceso arbitral, en el caso de que las partes no hayan pactado un plazo entre una etapa y la otra.

Bajo la premisa anterior, Caivano (2011) establece que es difícil determinar si se ha cumplido la etapa previa al arbitraje de acuerdo con lo ha pactado de la siguiente manera:

Si la cláusula hace referencia a la obligación de las partes de intentar una solución a través de “negociaciones” ¿cuándo se considera que hubo negociaciones? ¿Basta, para ello, con probar que las partes se reunieron? ¿Cómo se acredita el cumplimiento de esta etapa? Ya se vio que, desde un punto de vista técnico, no existe negociación si las partes no buscaron, efectivamente, un acuerdo, aunque se hubiesen reunido. Sin embargo, creo que debe adoptarse una posición flexible y considerar, salvo inequívoca prueba en contrario, que la existencia de comunicaciones o reuniones entre las partes hace presumir que hubo negociaciones: por un lado, porque no es razonable interpretar que al aludir en la cláusula a “negociaciones”, las partes estuvieran refiriéndose al significado técnico de la palabra; por el otro, porque es dable presumir que esas conversaciones tuvieron por objeto intentar un acuerdo que pudiera evitar el pleito (p. 81).

Se comparte dicha posición de Caivano, en cuanto a que la interpretación debe ser

flexible, ya que si hubo un intento del paso previo de negociación, debería comprobarse mediante las comunicaciones y reuniones, tendientes a derimir el conflicto, pero, que no se llegó a un acuerdo, por lo tanto, se da por cumplido la etapa previa y se puede acudir al arbitraje, salvo que existan pruebas que demuestren que no hubo intentos de llegar a resolver el conflicto, es decir, si las conversaciones tuvieron por objeto resolver el conflicto, se debería de considerar como negociación.

Por otro lado, también se debe tener en cuenta que si las partes redactaron la cláusula escalonada utilizando términos simples como negociación, sin establecer un procedimiento específico se debe interpretar de forma flexible como expone Caivano, sin embargo en el caso de que se trate de una negociación estructurada, por ejemplo que establezca como proceder con las negociaciones, deben las partes sujetarse al procedimiento pactado, por lo tanto las partes deben tener el conocimiento de las implicaciones de pactar una cláusula escalonada y si resulta idónea los términos y forma de redacción, para evitar confusiones.

Otro caso que expone Caivano (2011) es en caso de que la etapa previa sea conciliación o mediación estableciendo lo siguiente:

En una etapa previa de “conciliación” o “mediación” la prueba de su cumplimiento es, en principio, más sencilla. En estos casos habrá existido un tercero designado que, presumiblemente, habrá convocado a las partes a alguna audiencia o habrá realizado gestiones específicamente tendientes a buscar un acuerdo, y es probable que existan declaraciones escritas de las partes o del propio tercero neutral que documenten la realización de las gestiones y la imposibilidad de lograr un acuerdo. De todas formas, debe tenerse presente que el tercero neutral está, usualmente, sometido a un estricto régimen de confidencialidad, que le impide ser luego citado como testigo o aportar información sobre el contenido de las conversaciones mantenidas durante el proceso de conciliación o mediación (pp. 82-83).

En base al supuesto establecido por Caivano se coincide y discrepa en algunos aspectos, siendo que se coincide con que el determinar y comprobar que existió una conciliación o mediación, es más fácil, que el comprobar que existió una negociación entre las partes (puesto que solo las mismas partes pueden acreditarlo), puesto que existe un tercero, que puede acreditar que se llevó a cabo una mediación o conciliación, que si bien es cierto que el principio de confidencialidad es inherente al tercero neutral, el cual no puede

aportar contenido de las conversaciones llevadas a cabo en la mediación/conciliación, no se considera que el solamente acreditar que existió la mediación o conciliación vulnere dicho principio, sin embargo esto quedaría a interpretación del tribunal arbitral o el tribunal judicial.

Otro aspecto problemático que se debe tener en cuenta es que la parte puede alegar el incumplimiento del paso previo al arbitraje, siendo que si el tribunal niega el carácter obligatorio posteriormente se podría alegar la posible nulidad del laudo, por la causal que se adecue, que suele ser falta de competencia (cuando se le considera requisito jurisdiccional/competencia) o violación al debido proceso (cuando se le considere como requisito de admisibilidad) como es el Caso de CODISA que se expondrá en el presente trabajo, en el caso de que se le considere como requisito sustancial la sanción está en los daños y perjuicios.

Sin embargo, en el caso de Costa Rica como no se le otorga el carácter vinculante a la etapa previa en una cláusula escalonada por parte del tribunal arbitral, las partes pueden alegar la causal de nulidad acorde que podría ser falta de competencia o violación al debido proceso, siendo la interpretación a cargo de la Sala Primera, que resuelve de materia arbitral, no obstante actualmente la Sala Primera confirma la posición del tribunal arbitral de no considerar vinculante la etapa previa, por lo cual el incumplimiento al paso previo no causa nulidad del laudo, que en conclusión implica que no existe sanción alguna al incumplimiento.

Bajo otra perspectiva, una problemática presente en la aplicación o no del carácter obligatorio del paso previo en una cláusula escalonada es la tensión que existe entre el principio *pacta sunt servanda* y el derecho de una parte a someter su acción a un tribunal (Irra de la Cruz y Ibarra, 2015, p. 39).

Lo anterior abre la interrogante si chocan los dos principios, que implicaría establecer cual prevalece siendo que si se respeta el *pacta sunt servanda* sería otorgarle el carácter obligatorio al paso previo y si prevalece el derecho de acción a un tribunal, significaría negarle el carácter vinculante a la etapa previa o si estos principios pueden coexistir entre sí.

Bajo el supuesto de que los principios coexistan entre sí, en una perspectiva propia, se piensa que pueden coexistir entre sí, bajo la premisa de aceptar y aplicar el carácter vinculante de la etapa previa en la cláusula escalonada, ya que esto no implica necesariamente la obstrucción a la justicia ni la dilatación del proceso, en el supuesto de que la persona que alegue el incumplimiento lo realice sin abusar del derecho, lo que tendría que analizar el

tribunal arbitral si es pertinente o no, lo cual se desarrollara en el apartado que presenta la propuesta de reforma.

Por otro lado, Fernández (2017) refiere a las problemáticas en torno a las cláusulas escalonadas de la siguiente forma:

Durante muchos años, los tribunales estatales han sido reacios al reconocimiento de los términos previstos en estas cláusulas, entre otras cosas porque las normativas nacionales no proporcionan el apoyo suficiente para interpretarlas o hacerlas cumplir, sobre todo si están redactadas en términos muy genéricos o se limitan a alentar a las partes a negociar de manera amistosa antes de iniciar un procedimiento arbitral o judicial. El tribunal puede considerar que la intención de las partes se limite a destacar sus buenas relaciones en lugar de impedir realmente el acceso a los procedimientos judiciales. Y esta tendencia ha sido acompañada por una práctica no unánime por parte de los tribunales arbitrales, aunque en los últimos tiempos esta propensión está comenzando a cambiar (p. 105).

En relación con lo anterior existe un caso citado por Irra de la Cruz e Ibarra (2015) que denota la necesidad de regulación de la figura de las cláusulas escalonadas en el ordenamiento jurídico, siendo que la ausencia de normativa está causando la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, siendo el siguiente:

En el caso *Aiton Australia Pty Ltd. v. Transfield Pty Ltd.*, el contrato para la construcción de una planta de cogeneración en el sur de Australia contenía un mecanismo de tres etapas: negociación, mediación y finalmente determinación de expertos o litigio. Aiton demandó el pago de daños y Transfield solicitó una suspensión con reenvío al mecanismo contractual. Lo relevante del caso es que tribunal señaló que no existía base legislativa para ordenar el cumplimiento forzoso de las cláusulas de solución de disputas, salvo en el caso de la obligación de acudir al arbitraje (p. 40).

El caso anteriormente citado demuestra que es pertinente el comenzar a legislar la figura de la cláusula escalonada, para evitar la falta de uniformidad que existe en cuanto a la naturaleza jurídica de la etapa previa al arbitraje y los efectos jurídicos ante su incumplimiento, lo que acarrea inseguridad jurídica, además de parámetros que sirvan para su aplicación, con el fin de que se le otorgue el carácter vinculante y el efecto pertinente al

escalón previo al arbitraje, conforme al pacta sunt servanda y la autonomía de la voluntad, al someterse por sí mismas a dicha obligación la cual deben cumplir.

Otro problema en la aplicación de la figura de la cláusula escalonada que se pueden evidenciar es con respecto a la redacción de la cláusula escalonada donde Fernández (2017) establece lo siguiente:

La complejidad de la cláusula, al establecer mecanismos diversos exige que esté redactada con especial atención pues cualquier inflexión o redacción oscura podría conducir a una inaplicabilidad. Una cláusula mal redactada no sólo crea incertidumbre, sino que puede convertirse en ineficaz o inaplicable (p. 111).

Una mala redacción o una imprecisión de la cláusula, como cuando no especifica un límite de tiempo para completar un proceso de ADR preliminar puede permitir que una parte retrase en su propio interés el arbitraje. Ante el riesgo de sí los árbitros declaran su competencia, el laudo ulterior podría ser anulado ante los tribunales estatales (p. 115).

Por otra parte, una problemática que influye en la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas es el escepticismo hacia los métodos autocompositivos como establece Irra de la Cruz e Ibarra que "a pesar de que la mediación y otros mecanismos ADR son considerados como herramientas adecuadas para resolver conflictos, algunas jurisdicciones aún tienen cierta reticencia en reconocer el efecto vinculante de los pactos de mediar" (p. 44).

Por lo tanto, a forma de recopilación se pueden establecer las siguientes problemáticas:

- La falta de uniformidad de criterios en cuanto a la naturaleza jurídica de la etapa previa al arbitraje
- La falta de uniformidad de criterios en cuanto a los efectos jurídicos de la etapa previa al arbitraje
- La falta de regulación de la figura de las cláusulas escalonadas
- Dependiendo de la interpretación podría afectar los efectos de la cláusula arbitral (ver problemática de considerar el paso previo como requisito de competencia)
- La negación del carácter obligatorio del paso previo al arbitraje
- Escepticismo de la utilidad de los métodos autocompositivos para la resolución de conflictos

- La inejecutabilidad de la cláusula escalonada
- Deficiente redacción de la cláusula escalonada
- La posible anulación del laudo por dictar laudo sin que se haya cumplido la etapa previa al arbitraje
- Determinar si se cumplió o no la etapa previa.

Directrices del International Bar Association para las cláusulas escalonadas

Dentro de las directrices del International Bar Association (IBA) del año 2010 para la redacción de las cláusulas escalonadas se tiene los siguientes aspectos:

- La cláusula debe señalar un período de tiempo para la negociación o mediación, desencadenado por un hecho definido e indiscutible (i.e., una invitación escrita), después del cual cualquier parte puede acudir a arbitraje.
- La cláusula debe evitar la trampa de presentar el arbitraje como facultativo y no como obligatorio.
- La cláusula debe definir las controversias que deben ser sometidas a negociación o mediación y a arbitraje en términos idénticos (pp. 33-34).

Por otro lado, el IBA dentro de las directrices del año 2010, también estableció un modelo de cláusula escalonada, de negociación-arbitraje, mediación-arbitraje y negociación-mediación-arbitraje, siendo esta última la que se va a mencionar:

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

A) Negociación

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

B) Mediación

Cualquier Controversia no resuelta mediante negociación de conformidad con el párrafo (A) dentro de los [30] días siguientes a que cualquiera de las partes haya

solicitado por escrito la negociación establecida en el párrafo (A), o dentro de otro período que las partes acuerden por escrito, será resuelta amigablemente a través de mediación bajo el [reglamento de mediación seleccionado]

C) Arbitraje

Cualquier Controversia que no haya sido resuelta por la mediación prevista en el párrafo (B) dentro de los [45] días siguientes al nombramiento del mediador o dentro de otro período que las partes acuerden por escrito, serán resueltas definitivamente de acuerdo con [el reglamento de arbitraje seleccionado] por [uno o tres] árbitro[s] nombrados de conformidad con dicho reglamento. El lugar del arbitraje será [ciudad, país]. El idioma del arbitraje será [...]. [Todas las comunicaciones durante la negociación y mediación conforme a los párrafos (A) y (B) serán confidenciales y se considerarán como efectuadas en el curso de negociaciones de transacción y avenimiento a los fines de las normas aplicables en materia probatoria y de confidencialidad y secreto profesional previstas en el derecho aplicable.]

La figura de las cláusulas escalonadas en Costa Rica

En Costa Rica, no existe regulación con respecto a la figura de las cláusulas escalonadas en la LRAC o LACI, sin embargo, no existe prohibición para pactarlas como en el caso de Colombia, pero al no existir normativa parece ser un problema en Costa Rica, para la aplicación de la obligatoriedad del paso previo, puesto que se está negando el carácter vinculante del paso previo al arbitraje.

Las razones por las cuales se puede establecer que se está negando el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje es la interpretación de la Sala Primera y Sala Constitucional, dicha consideración podría verse influenciada en que no existe normativa y están interpretando en base a lo que se tiene en la LRAC, por otro lado la Sala Primera y Sala Constitucional no entran a valorar el caso como tal ni analizar la naturaleza de las cláusulas escalonadas, afectando directamente la aplicación, lo cual se expone en el análisis de la resolución de la Sala Constitucional 11460-2013 y de la Sala Primera múltiples resoluciones como 2033-2020, 1293-2016, 1569-2013, 69-2012 y 1366-2011, que se desarrollaran en la variable 3 del presente trabajo.

En consecuencia, de lo anterior, no se está considerando vinculante los pasos previos de la cláusula escalonada, violentando así la naturaleza del arbitraje que implica un

procedimiento flexible, basado en el principio de la autonomía de la voluntad, que es la piedra angular del arbitraje, de la misma forma afectando los principios generales de contratación privada, yendo en contra del pacta sunt servanda, que ocasiona la inaplicación de la figura de las cláusulas escalonadas.

Por otro lado, cualquier sujeto puede pactar cláusulas escalonadas según lo dispuesto en el art. 2 de la LRAC, que establece que toda persona tiene derecho a acudir a los métodos RAC, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible, es decir mientras el conflicto sea arbitrable, se puede utilizar la figura de la cláusula escalonada cuyo último escalón es el arbitraje.

De la misma forma, de acuerdo al art. 18 de la LRAC los sujetos de derecho público también pueden pactar una cláusula escalonada, siendo que establece lo siguiente: "todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3), del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública", es decir el Presidente de la República y el respectivo Ministro deberán comprometer en árbitros los asuntos de ramo, mientras sea materia arbitrable.

CAPÍTULO III: Marco Metodológico

En el presente trabajo de investigación se va a plantear el marco metodológico, por lo que se expondrán los lineamientos que se utilizarán con respecto a la metodología de la investigación, los cuales se llevarán a cabo mediante diferentes instrumentos para la recolección de información.

Enfoque de investigación

Es necesario para cualquier investigación el determinar el enfoque de esta, debido a que es el eje central, el cual va a regir, dirigir y orientar la forma en que se realizara la investigación, por lo que resulta imperante determinar el enfoque de la investigación, siendo que la presente investigación tiene un enfoque cualitativo, el cual se puede definir de la siguiente forma:

"La investigación cualitativa es el procedimiento metodológico que utiliza palabras, textos, discursos, dibujos, gráficos e imágenes para construir un conocimiento de la realidad social, en un proceso de conquista-construcción-comprobación teórica desde una perspectiva

holística, pues se trata de comprender el conjunto de cualidades interrelacionadas que caracterizan a un determinado fenómeno. La perspectiva cualitativa de la investigación intenta acercarse a la realidad social a partir de la utilización de datos no cuantitativos" (Pérez, Olguín, Maldonado y otros, 2014, p. 1).

Debido a lo anterior, resulta adecuado la investigación cualitativa porque "proporciona profundidad a los datos, dispersión, riqueza interpretativa, contextualización del ambiente o entorno, detalles y experiencias únicas. Asimismo, aporta un punto de vista "fresco, natural y holístico" de los fenómenos, así como flexibilidad", siendo además que "el método cualitativo se ha empleado más bien en disciplinas humanísticas como la Antropología, la Sociología y la Psicología social" (Fernández y Baptista, 2014, p. 16).

Conforme a lo anterior, resulta adecuado y pertinente que la investigación tenga un enfoque cualitativo, debido a que el objetivo de la presente investigación es el análisis de la figura jurídica de la cláusula escalonada, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal y determinar la aplicación e interpretación que se le otorga a la LRAC, la cual incide en la aplicación de la figura de la cláusula escalonada.

Diseño metodológico

Son diferentes diseños los cuales abarcara la presente investigación, debido a que se necesitan utilizar diferentes aspectos para abarcar a cabalidad los objetivos de la presente investigación, entre los diseños de la presente investigación están el diseño transversal, diseño analítico y el diseño prospectivo.

"Los diseños de investigación transeccional o transversal recolectan datos en un solo momento, en un tiempo único. Su propósito es describir variables, y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado" (Hernández, Fernández y Baptista, 1997, p. 247).

El diseño anterior fue elegido puesto que se quiere investigar desde la promulgación de la ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social, es decir desde un hecho específico, siendo que, si bien se va a mencionar hechos históricos anteriores a la promulgación de la ley, el análisis no se va a realizar desde un punto anterior a la promulgación, porque no es el eje central de la investigación.

Por otro lado, también se utilizará el diseño analítico siendo que "este proceso cognoscitivo consiste en descomponer un objeto de estudio, separando cada una de las partes del todo para estudiarlas en forma individual" (Bernal, César, 2010, p. 60).

Cabe destacar que se utilizará el diseño analítico, debido a que en la presente investigación se analizaran los diferentes elementos que influyen en la aplicación de la cláusula escalonada.

Por último, se tiene el diseño prospectivo, ya que este se utiliza "cuando el fenómeno a estudiarse presente la causa en el presente y efecto en el futuro" (Calderón y Alzamora, 2018, p. 74).

Conforme a lo anterior, se evidencia la importancia de este diseño debido a que el problema jurídico de la aplicación de la figura de la cláusula escalonada es una problemática actual, la cual no ha sido solucionada, por lo que repercute en un futuro el que no se solucione dicha problemática.

Tabla de operaciones de las variables

Objetivo	Variables	Definición Conceptual	Definición Operacional	Definición Instrumental
Identificar el alcance de los métodos autocompositivos y hetero compositivos en el desarrollo de las cláusulas escalonadas.	El alcance de los métodos autocompositivos y hetero compositivos en el desarrollo de las cláusulas escalonadas	Son las formas por las cuales se pueden combinar las cláusulas escalonadas Es la implicación de estos métodos en el desarrollo de las cláusulas escalonadas	Métodos autocompositivos Métodos hetero compositivos Formas de combinación en las cláusulas escalonadas Mediación-arbitraje Conciliación-arbitraje	Análisis documental
Compilar las diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinales en relación con la aplicación de la figura	Las diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinales en relación con la aplicación de la figura	Son los diferentes análisis dentro de la aplicación de las cláusulas escalonadas en el contexto jurisprudencial y doctrinal	Posición en contra del carácter vinculante Requisito de admisibilidad Requisito jurisdiccional Requisito sustancial	Análisis documental Derecho comparado Análisis jurisprudencial Entrevista a profundidad con Francisco

aplicación de la figura de las cláusulas de las cláusulas escalonadas.	de las cláusulas escalonadas.			Gonzales de Cossío
Examinar el tratamiento establecido en relación con la figura de las cláusulas escalonadas en la jurisprudencia de la Sala Primera y Sala constitucional con respecto a la aplicación de la LRAC.	El tratamiento establecido en relación con la figura de las cláusulas escalonadas en la jurisprudencia de la Sala Primera y Sala constitucional con respecto a la aplicación de la LRAC.	Es el tratamiento en relación con la figura de la cláusula escalonada en la jurisprudencia costarricense	La negación del carácter vinculante La interpretación del artículo 5 de la ley RAC Jurisprudencia de la Sala Primera Jurisprudencia Sala Constitucional Aplicación de la cláusula escalonada en Costa Rica	Análisis documental análisis jurisprudencial Entrevista Sergio Artavia, Francisco Gonzales de Cossío y Laura Ávila
Proponer una reforma legal a la LRAC para la aplicación de la figura de la cláusula escalonada.	Reforma legal a la LRAC para la aplicación de la figura de la cláusula escalonada.	Es la proposición de modificar la LRAC para que se dé la aplicación de la cláusula escalonada.	Analizar los puntos críticos de la aplicación actual de la figura de la cláusula escalonada Mostrar que el retroceso de la LRAC en comparación a la LACI. La necesidad de reforma de la LRAC para que se aplique la cláusula escalonada	Análisis documental Entrevista a Sergio Artavia, Laura Ávila y Francisco Gonzales de Cossío.

Tabla de técnicas e instrumentos

Objetivos	Variables	Técnica	Instrumento	Sujetos y Fuentes de Información Y muestra
Identificar el alcance de los métodos autocompositivos y hetero compositivos en el desarrollo de las cláusulas escalonadas.	El alcance de los métodos autocompositivos y hetero compositivos en el desarrollo de las cláusulas escalonadas.	Revisión documental	Matriz de análisis	Doctrina en relación con los métodos autocompositivos y hetero compositivos, con respecto a la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas.
Compilar las diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinales en relación con la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas.	Las diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinales en relación con la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas.	Revisión documental Estudio de casos Entrevista profundidad	Guía de estudios de casos Matriz de análisis comparativa Entrevista	Análisis de casos internacionales de diferentes formas de aplicación de la cláusula escalonada como requisito jurisdiccional, admisibilidad, la posición en contra del carácter vinculante y los efectos jurídicos ante el incumplimiento. Doctrina de derecho comparado con respecto a la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas y sus efectos jurídicos. Entrevista a Francisco Gonzales de Cossío.
Examinar el tratamiento establecido en relación	Tratamiento establecido en relación	Revisión documental	Matriz de análisis Cuestionario	Análisis de jurisprudencia

con la figura de las cláusulas escalonadas en la jurisprudencia de la Sala Primera y Sala	con la figura de las cláusulas escalonadas en la jurisprudencia de la Sala Primera y Sala constitucional con respecto a la aplicación de la LRAC.	Entrevista a profundidad Estudio de casos	Guía de estudios de casos	entrevista: Sergio Artavia, Francisco Gonzales de Cossío, y Laura Ávila.
Proponer una reforma legal a la LRAC para la aplicación de la figura de la cláusula escalonada.	Reforma legal a la LRAC para la aplicación de la figura de la cláusula escalonada.	Revisión documental Entrevista a profundidad	Matriz de análisis Cuestionario	Doctrina Jurisprudencia Entrevista: Sergio Artavia, Francisco Gonzales de Cossío y Laura Ávila

Técnicas e instrumentos de la investigación

Las técnicas de investigación e instrumentos son las formas y medios que se utilizan para realizar una investigación, los cuales permiten y ayudan a la recopilación, análisis e interpretación de la información pertinente para la investigación, con el fin de cumplir a cabalidad con los objetivos propuestos en la investigación, siendo las técnicas la forma en general para dirigir la investigación y los instrumentos los medios por los cuales se va a lograr el objetivo planteado.

Revisión documental

"La investigación documental, que consiste en un análisis de la información escrita sobre un determinado tema, con el propósito de establecer relaciones, diferencias, etapas, posturas o estado actual del conocimiento respecto al tema objeto de estudio. Las principales fuentes de información en este tipo de investigación son: documentos escritos (libros, periódicos, revistas, actas notariales, tratados, conferencias escritas, etcétera), documentos

fílmicos (películas, diapositivas, etcétera) y documentos grabados (discos, cintas, casetes, disquetes, etcétera)" (Bernal, César, 2010, p. 122).

Revisión bibliográfica

"La revisión bibliográfica construye el marco teórico, integrando las ideas y los resultados de los distintos documentos revisados, siguiendo algún criterio metodológico según temas o aspectos tratados en esa bibliografía, que tengan relación con el objeto de estudio y en particular con el problema de investigación, los objetivos y las hipótesis por probar, si las hubiere" (Bernal, César, 2010, p. 126).

Entrevista a profundidad

La entrevista es una técnica que consiste en recolectar información por medio de la comunicación directa, siendo el investigador el entrevistador de una persona que sería el entrevistado, en donde dependiendo del interés y método utilizado por el entrevistador, le hará preguntas o planteará ideas de las cuales quiere saber la opinión del entrevistado, con el fin de obtener de este una fuente de información.

En la presente investigación se realizará una entrevista a profundidad con Sergio Artavia, Francisco Gonzales de Cossío y Laura Ávila, expertos en la materia de resolución alterna de conflictos.

Cuestionario

"En fenómenos sociales, tal vez el instrumento más utilizado para recolectar los datos es el cuestionario. Un cuestionario consiste en un conjunto de preguntas respecto de una o más variables a medir (Chasteauneuf, 2009). Debe ser congruente con el planteamiento del problema e hipótesis (Brace, 2013)" (Fernández y Baptista, 2014).

Estudio de casos

"El estudio de caso, también conocido como el método del caso, consiste en estudiar en profundidad o en detalle una unidad de análisis específica, tomada de un universo poblacional. El caso o unidad de análisis puede ser una persona, una institución o empresa, un grupo, etcétera. Las principales fuentes para la obtención de la información, en el estudio de caso, son las personas directamente relacionadas con el caso o la unidad de análisis y documentos de toda índole válidos que contengan información sobre el caso" (Bernal, César, 2010, p. 122).

En la presente investigación el estudio de casos se basará en la jurisprudencia de la Sala Primera y Sala Constitucional, además de las figuras similares a las cláusulas escalonadas que se aplican en Costa Rica y casos internacionales.

Fuentes de información

Las fuentes de información para un investigador implican la forma por la cual se puede obtener conocimiento de diversos autores, los cuales ya sea de fuente originaria o por medio de interpretación, que ayudan a originar la presente investigación.

Fuentes de información primarias

"Este tipo de fuentes contienen información original es decir son de primera mano, son el resultado de ideas, conceptos, teorías y resultados de investigaciones. Contienen información directa antes de ser interpretada, o evaluado por otra persona. Las principales fuentes de información primaria son los libros, monografías, publicaciones periódicas, documentos oficiales o informe técnicos de instituciones públicas o privadas, tesis, trabajos presentados en conferencias o seminarios, testimonios de expertos, artículos periodísticos, videos documentales, foros" (Maranto y González, 2015, p. 3).

Para la presente investigación las fuentes primarias serán entrevistas a profundidad con Sergio Artavia, Laura Ávila y Francisco Gonzales de Cossío, expertos en la materia de resolución alterna de conflictos, para obtener criterios con respecto a la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas y la necesidad de reforma a la LRAC, además de libros, tesis, entre otros.

Fuentes de información secundarias

"Este tipo de fuentes son las que ya han procesado información de una fuente primaria. El proceso de esta información se pudo dar por una interpretación, un análisis, así como la extracción y reorganización de la información de la fuente primaria" (Maranto y González, 2015, p. 3).

Para el presente trabajo de investigación se tienen como fuente secundaria la recopilación de información y el análisis de información, mediante la revisión de la información obtenida y la revisión de jurisprudencia.

Recopilación de información

"Un primer tipo de tareas que deberá afrontar el investigador para el tratamiento de la información acerca de la realidad sobre la cual centra su trabajo consiste en la reducción de los datos, es decir, en la simplificación, el resumen, la selección de la información para hacerla abarcable y manejable" (Saiz, s. f., p. 2).

Análisis de información

"La primera tarea de un investigador es conocer la documentación sobre el problema que está desarrollando; por ello una fase fundamental en toda Investigación es el análisis de los documentos referentes al tema estudiado" (López, 2002, p. 172).

"Algunos métodos se centran en el análisis externo. Este enfoque procura colocar el documento en su contexto, o sea, en el conjunto de circunstancias entre las que surgió y que permiten explicarlo. Así, se constituyen en necesarios para interpretar los hechos y estudiar, también, los factores sociales, políticos, económicos, culturales, científicos, tecnológicos, etc.; descubriendo así el valor del mensaje y el impacto que puede ejercer" (López, 2002, p.172).

"Otros, por el contrario, se basan en el análisis interno de los documentos, procurando destacar su sentido y caracteres fundamentales. La crítica interna se centra en una interpretación personal y subjetiva, en la intención e intuición del investigador" (López, 2002, p. 172).

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE RESULTADOS

Análisis de resultados de variables objetivo 1: El alcance de los métodos autocompositivos y hetero compositivos en el desarrollo de las cláusulas escalonadas

Para identificar el alcance de los métodos autocompositivos y hetero compositivos en el desarrollo de las cláusulas escalonadas se utilizó una revisión documental a 5 documentos y la LRAC de la siguiente manera:

Regulación de los métodos RAC

Lo primero que hay que tener en cuenta es que los métodos RAC están regulados en la LRAC, donde esta no se limita únicamente a la negociación, mediación, conciliación y el arbitraje, de acuerdo con el art. 2 que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 2.- Solución de diferencias patrimoniales

Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la

conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible.

A partir del art. 2 de la LRAC se tiene como resultado los siguientes hallazgos:

Lo anterior implica un *numerus apertus* al no limitar los métodos RAC que puedan ser utilizados por las partes, lo que significa que se pueden utilizar mecanismos menos comunes como *mini trial*, *experto neutral*, *dispute boards*, entre otros, puesto que la evolución de los métodos RAC implica también la creación de nuevos mecanismos para la solución de conflictos, es por ello por lo que incluso se ha optado por combinar mecanismos como el *med-arb*.

En consecuencia también acarrea nuevos retos para el funcionamiento de los métodos RAC, que al surgir diversos mecanismos para la solución de conflictos diferentes a los tradicionalmente utilizados se necesita disminuir el escepticismo en cuanto a la efectividad de los métodos RAC, especialmente los métodos *autocompositivos* que al estar la solución en manos de las partes y no de un tercero que impone la solución, dudan de su eficacia para la solución de conflictos, lo que implica también un necesario cambio de cultura en cuanto a cómo solucionar conflictos, ya que los métodos *hetero compositivos* no son los únicos que pueden solucionar la controversia suscitada por las partes.

La autonomía de la voluntad como rector de las cláusulas escalonadas

Fernández (2017) establece la relación de la autonomía de la voluntad y las cláusulas escalonadas de la siguiente forma:

Al carecer las legislaciones nacionales, de una regulación específica sobre esta materia, el establecimiento de este tipo de cláusulas se rige por el principio de la libertad de contratación: las partes tienen total libertad en orden al establecimiento de los mecanismos efectivos de resolución de las controversias derivadas de un contrato (p. 107).

No existe, *prima facie*, ninguna limitación en la elección de los ADR más apropiados. Las partes en un contrato tienen total disponibilidad para su establecimiento, salvo en ciertas circunstancias específicas, como que una de las partes en el contrato sea una entidad pública que tengan prohibido por la ley acudir a determinados procedimientos alternativos de solución de controversias (p. 108).

Sin embargo, se ha negado el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje en una

cláusula escalonada, se está lesionando la autonomía de la voluntad, lo que invita a preguntarse ¿es necesario legislación con respecto a la figura de las cláusulas escalonadas para evitar dicha lesión al principio de la autonomía de la voluntad?, a lo que se responde afirmativo, puesto que se ha alegado que por falta de legislación es la razón por la cual no otorgan el carácter vinculante, lo que se expondrá a profundidad en la variable 4 de esta investigación.

De la misma forma, Tercier (2011) citado por Fernández (2017) refiere que la autonomía de la voluntad evoluciona a partir de las nuevas necesidades, que en el caso de los métodos RAC las nuevas formas de solucionar conflictos dependerán de como las partes lo redacten y del conflicto que se pueda suscitar entre las partes, por lo tanto las partes están legitimadas para solucionar el conflicto combinando varios métodos, donde el fin es procurar y priorizar los métodos autocompositivos para una solución amistosa y de último el método hetero compositivo en caso de no llegar a una solución en el primer escalón (p. 100).

Conforme a la relación establecida entre la autonomía de la voluntad y las cláusulas escalonadas se da como resultado los siguientes hallazgos:

- Las cláusulas escalonadas nacen gracias a la autonomía de la voluntad, flexibilidad de los métodos RAC, necesidad y conveniencia de las partes, ya que ante las nuevas necesidades y evolución de los métodos RAC ha surgido las denominadas cláusulas escalonadas, combinando de esta forma un método autocompositivo o varios y un método hetero compositivo, donde las partes redactan dicha cláusula de acuerdo con las controversias que se puedan suscitar de la relación jurídica.
- Se debe tener en cuenta que el arbitraje es el tipo de RAC más cercano o parecido al procedimiento judicial, por ser un método hetero compositivo, a diferencia de los métodos autocompositivos los cuales son las mismas partes que resuelven el conflicto y el tercero no impone una solución sino que se debe limitar a ser canal de comunicación o proponer soluciones las cuales no se pueden imponer a las partes sino que estas escogen si desean o no acoger la propuesta del tercero, debido a esto es que las partes desean que la última ratio sea el arbitraje o la vía judicial y por lo tanto lo pactan así en la cláusula escalonada haciendo uso de su autonomía de la voluntad.
- Se tiene claro que es una de las razones por la cual las cláusulas escalonadas se pactan, para tratar en primera instancia de solucionar sus conflictos de una forma más pacífica

y amistosa, siendo el caso de que no lleguen a una solución en dicha instancia, se acuda al último escalón que sería el arbitraje, además al combinar procedimientos como el med-arb se pueden llevar a cabo en el mismo centro ahorrando costos y tiempo o llevar a cabo la mediación en un lugar diferente al arbitraje, siendo que dicho aspecto dependerá de lo que pacten las partes.

La tendencia de los métodos autocompositivos previos al método hetero compositivo

La tendencia de los métodos autocompositivos anteriores al método hetero compositivo se evidencian también con la implementación del requisito previo en los procesos judiciales, como lo establece Fernández (2017) de la siguiente forma:

Como derivación de esta tendencia, en relación con ciertas materias, se contempla la conciliación/mediación, frecuentemente con carácter obligatorio, como requisito previo a la tramitación del proceso jurisdiccional, proyectándose también esta tendencia en el arbitraje. Las ventajas del empleo de técnicas de este tipo son muy variadas, pero tienen un denominador común: alcanzar la solución al litigio de la forma más rápida con el menor coste económico posible (p. 102).

De la misma forma, se evidencia el crecimiento, fomentación de las cláusulas escalonadas, por la implementación u ofrecimiento de cláusulas modelos, por parte de diversos centros que administran los métodos RAC, recomendando de igual forma elementos los cuales son necesarios para la redacción, con el fin de evitar confusiones o problemas con respecto a la interpretación que se le debe de dar a la cláusula escalonada, siendo lo principal que se evidencie el carácter obligatorio de los pasos previos y del arbitraje y se recomiendan plazos específicos entre cada etapa.

Por lo tanto, establece Fernández (2017) que cada vez es más habitual que las partes pacten negociación, mediación, conciliación o algún otro método RAC como paso previo a un método hetero compositivo, siendo en el caso de que fracase el primer paso se dirige al siguiente paso, siendo que "la práctica se inclina mayoritariamente por poner en marcha el proceso arbitral como último escalón", combinando el arbitraje con otros métodos RAC de forma previa como la cláusula med-arb (p. 103).

Conforme a la tendencia de los métodos autocompositivos previos al método hetero compositivo se tiene como resultado el siguiente hallazgo:

Existe una tendencia de los métodos autocompositivos previos al método hetero

compositivo, como las cláusulas escalonadas en el ámbito privado y los mecanismos previos al proceso judicial, siendo por ley, lo que significa una aceptación a que exista una obligación de un método autocompositivo anterior al método hetero compositivo, ya sea por ley o por el pacto entre las partes, es decir al existir esta aceptación, implica que se otorgue el carácter vinculante a la etapa previa.

De esta forma, el que se acepte por ley y no en el pacto entre partes, resultaría contrario al principio de igualdad, siendo sustancialmente la misma obligación pero, diferente origen, como sucede en los países donde se acepta por ley procedimientos similares, sin embargo en el pacto entre las partes no se acepta dicho carácter vinculante, lo que demuestra que el paso hacia el progreso de los métodos RAC es seguir la línea de la tendencia hacia la aceptación y no el rechazo, con el fin de adaptarse a las necesidades de las partes de solucionar el conflicto de la forma que consideren conveniente haciendo uso de su autonomía de la voluntad, como pactar una cláusula escalonada.

Formaciones de las cláusulas escalonadas

De acuerdo con lo expuesto anteriormente se evidencia que a partir de la autonomía de la voluntad nacen los mecanismos combinados, de lo cual primero aclarar que únicamente se mencionaran los que tienen como última etapa el arbitraje para fines de esta investigación, sin embargo, cabe esclarecer que los que tienen como última etapa la vía judicial también son cláusulas escalonadas, por lo que se mencionaran las siguientes:

Negociación-Arbitraje

Una de las cláusulas usuales que se pactan en los contratos es donde primero se da una negociación entre las partes y posteriormente el arbitraje, pero así como puede ser una negociación simple entre las partes del conflicto suscitado, se puede establecer también de previo una negociación con altos funcionarios de la empresa, estableciendo un mecanismo más complejo, por lo tanto la cláusula escalonada no solo mencionaría que se debe realizar una negociación, sino que establecería un procedimiento de cómo se debe llevar a cabo la negociación.

Como lo menciona Witkin (2010) citado por Fernández (2017) son más las ventajas que las desventajas, el pactar una negociación antes del arbitraje, estableciendo lo siguiente:

Sea cual fuere la opción entre una u otra existen unos elementos comunes: la rapidez y el ahorro de los costes que entrañaría un eventual arbitraje, la posibilidad de

verificar los hechos que originan la controversia apurando las posibilidades de alcanzar un acuerdo amistoso, la mayor garantía de confidencialidad, el control del procedimiento por las partes o la posibilidad del restablecimiento de las relaciones entre éstas en caso de un resultado positivo. Estas ventajas suelen imponerse a los inconvenientes derivados de la dedicación de un tiempo suplementario, y de los costes producidos, en caso de un resultado negativo. Ni que decir tiene que la negociación utiliza métodos diversos, unos de gran sencillez y otros mucho más sofisticados (p. 103).

De la misma forma, Fernández (2017) evidencia la ventaja de la utilización de la negociación previa al arbitraje de la siguiente forma:

La posibilidad de negociación, donde no existe la participación de un tercero, sino que son las propias partes las que deben alcanzar el acuerdo por sí mismas, atañe especialmente a los directivos de las empresas contendientes, los cuales no solamente tienen capacidad para negociar, sino que un resultado exitoso a través de una solución rápida al contencioso que los implica directamente, sin entrar en una confrontación de carácter jurídico, supone un importante incentivo. Pero también puede involucrar, en determinados litigios, a los técnicos o ingenieros que han participado en la ejecución del proyecto controvertido; no cabe duda de que estos profesionales tienen más conocimientos con respecto a ciertas cuestiones que los abogados y por eso la negociación es susceptible de prosperar. Es esta una de las bondades que se apuntan de la negociación respecto a la solución judicial o arbitral, apuntándose en su defensa que cuando el litigio pasa a manos de los abogados, como ocurre en estos últimos casos, el litigio escapa del control de los litigantes adquiriendo una vida propia que puede distorsionar la realidad. Por el contrario, el éxito de una negociación tiene la ventaja de que no da lugar a vencedores ni perdedores y no produce una sensación de derrota (pp. 103-104).

Negociación-Mediación/Conciliación-Arbitraje

La formación negociación-mediación-arbitraje es la cláusula escalonada más comúnmente utilizada contractualmente por las partes, empezando por una negociación entre las partes involucradas que en caso de no llegar a un acuerdo, pasan a la mediación ahora con ayuda de un tercero que facilite la comunicación entre las partes, siendo al final ellas mismas

que deciden la solución de la controversia, pudiendo aceptar o rechazar alguna propuesta realizada por el mediador y por último el arbitraje donde la decisión pasa a ser del árbitro, perdiendo de esta forma las partes el poder de decisión.

Como podemos ver en un ejemplo que presenta Fernández (2017) acerca de la jurisprudencia canadiense, donde se denota la utilización de esta formación de cláusula escalonada de la siguiente forma:

La jurisprudencia canadiense deja constancia del empleo cada vez más frecuente de este tipo de cláusulas en los contratos comerciales y su utilidad, tanto para el interés público, como para el interés de las partes en la búsqueda de soluciones eficaces constructivas, oportunas y económicas a sus controversias. En la decisión del Tribunal Supremo de Nueva Escocia de Canadá (Minister of Transport) v. Marineserve.MG Inc. (2002), las partes habían acordado un escalonado en tres cláusulas de resolución de disputas, que requiere: (i) negociaciones de buena fe entre los individuos de alto nivel de cada parte con autoridad para la toma de decisiones; (ii) la mediación, si dentro de diez días de la reunión de las partes no habían podido resolver el conflicto; y (iii) en última instancia, el arbitraje, si el proceso de mediación no tuvo éxito. Sin embargo, una de las partes entabló un procedimiento judicial, mientras que la otra consideraba que no había agotado el primero de los escalones. El tribunal consideró que las partes debían seguir el camino trazado por su propia elección (“follow the path of their own choosing”) y que, por tanto, la cláusula debía cumplirse en su totalidad, incluyendo la fase de negociación (p. 121).

Más allá de que es conveniente porque incrementa las posibilidades de alcanzar un acuerdo, negociar lealmente y de buena fe puede evitar cuestionamientos futuros acerca del cumplimiento de la instancia. Sobre todo, si a ello se comprometieron las partes. Negociar a desgano requiere el mismo tiempo y esfuerzo que hacerlo con verdaderos deseos de llegar a un acuerdo. Apenas “asistir” a una mediación o conciliación “para cumplir” insume idéntico esfuerzo que “participar” realmente en ella. Adoptar una actitud positiva y conciliadora es triplemente beneficioso: aumenta las chances de lograr un acuerdo, honra la palabra empeñada y ayuda a minimizar las objeciones acerca del cumplimiento de la fase negocial. El consejo para la etapa negocial, pues, es simple: atégase a lo pactado y documéntelo (Caivano, 2011, pp.

90-91).

Mediación/conciliación-Arbitraje

El Medarb es el mecanismo donde el primer paso es la mediación y posteriormente el arbitraje en el caso de que no se llegue a un acuerdo, además se puede conformar por diferentes variantes, ya sea que las partes elijan al mismo tercero para la mediación y el arbitraje o con diferente tercero, por otro lado incluso las partes pueden pactar que exista la posibilidad de opción de mantener el mismo tercero o cambiarlo en caso de duda con respecto a la confidencialidad e imparcialidad del tercero para resolver el conflicto mediante arbitraje.

Como puede comprobarse, el Medarb se beneficia de la aplicación de dos grandes métodos alternativos de resolución de conflictos: la mediación y el arbitraje. El uso de estos métodos se ha visto incrementado de una forma notable en las últimas décadas, debido fundamentalmente a la insuficiencia mostrada por la justicia tradicional para dar una respuesta rápida y eficaz a las cuestiones planteadas (Saiz, 2017, p. 116).

Con relación a la confidencialidad dentro de los med-arb cuando el mediador fungirá como árbitro, de acuerdo con el caso U.S. Steel Minigun Company vs Wilson Down-hole Services, citado por Cobo y Mesías (2018) se estableció lo siguiente:

La Corte del Distrito de Pensilvania reconoció la importancia del consentimiento de las partes para otorgar al mediador las facultades de árbitro. Además, estas acordaron que el árbitro podría utilizar toda la información obtenida durante la mediación para tomar una decisión final; es decir, solo a través del acuerdo de las partes se puede eludir la confidencialidad de la mediación (p. 46).

En relación a que el tercero sea mediador y árbitro del mismo conflicto, hay países en donde se prohíbe que el mediador sea posteriormente un árbitro, esto en relación a la imparcialidad y confidencialidad del mediador, sin embargo si las partes pactan la misma persona, se debe respetar ese pacto, conforme a la autonomía de la voluntad de las partes, en el caso de Costa Rica se prohíbe que el mediador sea árbitro del mismo conflicto, salvo que exista un pacto en donde las partes establezcan a la misma persona, esto de acuerdo al art. 16 de la LRAC.

A diferencia de Ecuador que en la normativa que regula la materia prohíbe que el mediador sea posteriormente arbitro, sin existir excepción como es el caso de Costa Rica,

siendo que si las partes lo pactan si puede el mediador fungir como árbitro, pero en Ecuador aunque las partes lo pacten esto está expresamente prohibido sin hacer salvedad alguna (Cobo y Mesías, 2018, p.45), por lo que el funcionamiento del med-arb con el mismo tercero no podría ser llevado a cabo en Ecuador, pero si en Costa Rica, sin embargo el problema de Costa Rica radica en la negación del carácter vinculante de la mediación.

Por otro lado, establece Caivano (2011) lo siguiente en relación con la cláusula med-arb, cuando existe duda con respecto al cumplimiento del paso previo:

En presencia de una cláusula “med-arb” o similar, son los árbitros quienes deben resolver sobre la admisibilidad de la demanda arbitral cuando una de las partes pone en tela de juicio el cumplimiento de la primera etapa, la decisión de aquellos debe ser cuidadosamente sopesada. Aunque los árbitros no deberían atender planteos que aparezcan como manifiestamente dilatorios o tendientes a obstaculizar el arbitraje, tampoco deben perder de vista que seguir adelante con el arbitraje y dictar el laudo si no existen evidencias de que la etapa previa se ha cumplido, puede perjudicar la validez o la ejecutabilidad del laudo: la omisión de respetar lo pactado en relación con el procedimiento puede dar pie a un planteo de nulidad, o a una defensa para oponerse a su reconocimiento o ejecución (p. 79).

Otras combinaciones de cláusulas escalonadas

Como se mencionó anteriormente, no solo las que contemplan el arbitraje como escalón final son cláusulas escalonadas, sino que también los que establecen la vía judicial como última vía, por lo tanto pueden ser las mismas combinaciones mencionadas anteriormente pero, con la vía judicial como última ratio, por otro lado, además no solo los métodos autocompositivos mencionados son los que se pueden incluir y ser consideradas como cláusulas escalonadas, sino que se pueden incluir otros mecanismos autocompositivos menos comunes como el mini-trial, experto neutral, entre otros.

De acuerdo con las formaciones de las cláusulas escalonadas se da como resultado los siguientes hallazgos:

En relación con la Negociación-Arbitraje

Existen diferentes modelos de negociación los cuales las partes pueden elegir el que más se ajuste a la controversia suscitada, que en primer lugar hay que tener en cuenta que son los mismos sujetos los mayores interesados en resolver la controversia y son los que

mejor conocen la situación, por lo tanto la negociación se ve incentivada a llegar a una solución que logre satisfacer a todas las partes, siendo caso contrario lo que sucedería en la vía arbitral, provocando un "perdedor" y un "ganador".

Con relación a la Negociación-Mediación/Conciliación-Arbitraje

Este tipo de cláusula escalonada redactada de esta forma da más oportunidad a las partes de resolver por sí mismas la controversia procurando y priorizando la utilización de métodos autocompositivos, con el fin de conseguir una solución más satisfactoria para todas las partes, por otro lado, también resulta beneficiosa para las partes el acortar gastos y tiempo.

Cabe destacar, que la etapa de negociación debe cumplirse al igual que la mediación para acudir al arbitraje, ya que no se trata de una cláusula med-arb sino una que también incluye la negociación, no como un elemento decorativo, sino que realmente se trata de una etapa previa que debe cumplirse, siguiendo "el camino trazado por su propia elección".

Por lo tanto, da una doble oportunidad para que la decisión se lleve a cabo por las partes del conflicto suscitado, sin llegar a darle a un tercero el poder de decisión hasta que los dos pasos previos sean cumplidos y no se llegue a una decisión por medio de estos, dejando como última ratio el arbitraje.

En relación con la Mediación/Conciliación-Arbitraje

A partir de las variantes, se evidencia que existen diversas formas por las cuales se puede llevar a cabo la cláusula med-arb, dependiendo de la necesidad y conveniencia de las partes, ya sea el med-arb puro en donde el tercero será mediador y árbitro, cabe resaltar que para que esto sea posible, dicho tercero debe cumplir los requisitos para poder ser mediador y árbitro también para lograr cumplir la doble función, siendo que en el caso de que en la mediación no se llegue a un acuerdo o este sea parcial, el mediador tendrá que pasar a ser árbitro.

Cabe destacar que podría ser una desventaja la utilización del med-arb puro, puesto que podría existir un conflicto en relación a la parcialidad y confidencialidad del mediador que se volverá árbitro, puesto que su decisión obligatoria, como árbitro, podría verse influenciada por las comunicaciones que tuvo con las partes durante la mediación, viéndose de cierta forma prejuiciada su decisión final, sin embargo si las partes así pactaron y eligieron de mutuo acuerdo (así debe de ser) al tercero que fungiría como mediador y árbitro, se entendería que están conscientes de dicha posibilidad, pero aun así confían en este tercero

para dicho rol.

La otra variante presentada es la med-arb con diferente tercero, es decir un tercero que fungirá como mediador y otro tercero diferente que fungirá como árbitro, dicha variante evita los posteriores conflictos que puedan surgir con respecto a la imparcialidad y confidencialidad del tercero, al ser personas diferentes las que se involucran en la mediación y arbitraje, por otro lado, es evidente que esto implica un coste mayor para las partes puesto que se trata de dos personas diferentes, además incluso dicho procedimiento podría ser llevado a cabo en dos instituciones diferentes, lo que significaría un costo mucho mayor.

Sin embargo, se recomienda de forma obvia que la mediación y el arbitraje sean llevados a cabo en la misma institución, con el fin de evitar mayores costes e implicaciones para las partes, por otra parte, el considerar tener diferentes personas como terceros, sería una decisión que tendrían que considerar las partes, si estiman que el costo-beneficio, realmente valdría la pena, con el fin de evitar los problemas con respecto a la imparcialidad y confidencialidad.

Por último, la última variable mencionada, es la que se considera la más idónea para las partes, puesto que si bien se pacta como med-arb puro, la diferencia es que este da la posibilidad a las partes de que si existe duda de la imparcialidad o confidencialidad del tercero, este podría ser cambiado en el momento del arbitraje, por lo que este podría funcionar como med-arb puro o en caso de dudas sobre el tercero se podría convertir en med-arb con diferente tercero.

Esta posibilidad resulta lógica, porque si bien las partes eligieron de mutuo acuerdo quien sería el mediador y árbitro, confiando en éste, cabe la posibilidad que durante o posteriormente a la mediación se percaten de una situación que afecte la imparcialidad o confidencialidad de este, por lo que dejar esta opción en caso de que esto ocurra, resulta bastante razonable.

Por otro lado, la forma de evitar los conflictos en relación con la confidencialidad es que las personas reconozcan las implicaciones de estas cláusulas escalonadas y pacten de la forma más clara la cláusula estableciendo en casos donde sea la misma persona el mediador y árbitro, si esta puede utilizar la información confidencial obtenida durante la mediación o no, ya esto implicaría una situación que deberán valorar las partes a la hora de redactar la cláusula escalonada.

Por lo tanto, med-arb es uno de los mecanismos combinados que ahorra más tiempo y gasto a las partes puesto que estas pueden pactar que se lleven en el mismo centro ambos mecanismos, siendo primero el método autocompositivo, que en caso de no llegar a un acuerdo se sigue al arbitraje, en el cual se pueden pactar de diferentes formas, puesto que existen diversas variantes, las cuales las partes deben elegir la que más se ajuste a sus necesidades.

Con relación a las otras formas de redacción

Debido a que las cláusulas escalonadas nacen a partir de la autonomía de la voluntad de las partes, se pueden redactar de formas variadas utilizando diferentes métodos, siendo que los métodos RAC evolucionan creando métodos novedosos o dando auge a métodos que no se utilizaban de forma frecuente, por lo tanto, las cláusulas escalonadas implican un desarrollo para los mecanismos RAC, la cual implicara nuevos retos en el derecho, para la aplicación de las cláusulas escalonadas, respondiendo a la necesidad de la sociedad de resolver sus conflictos.

La cláusula escalonada en los diferentes sectores

Las cláusulas escalonadas pueden ser utilizados en diferentes sectores, entre esos los que menciona Jenkins (2013) citado por Irra e Ibarra (2015) estableciendo que las cláusulas escalonadas se utilizan de forma frecuente en proyectos de infraestructura y construcción estableciendo lo siguiente:

Los contratos de infraestructura, que, por su propia naturaleza, requieren de mecanismos de solución de controversias previos a la instauración de un arbitraje o juicio. Ello porque todos los que intervienen en un proyecto de construcción tienen un solo objetivo: ver la obra terminada en tiempo y sin sobrecostos. La práctica ha demostrado que las cláusulas escalonadas en este tipo de proyectos facilitan la identificación, investigación y discusión de los problemas que aparecen en una obra en una etapa temprana (pp. 34-35).

De acuerdo con Hernández (2014) citado por Fernández (2017) establece donde las cláusulas escalonadas son más utilizadas siendo lo siguiente:

Estas cláusulas se insertan especialmente en los contratos de ingeniería o de construcción, caracterizados por su larga duración, la indeterminación de su objeto en el momento de concluir el contrato, el gran número de personas que intervienen

en su ejecución y el deseo de que una eventual controversia perjudique lo menos posible el transcurso normal de las obras o la ejecución del contrato.

De la misma forma, Connerty (1997) citado por Fernández (2017) menciona un gran proyecto en donde fue utilizado una cláusula escalonada de la siguiente forma:

Algunos grandes proyectos de construcción han adoptado procedimientos complejos, de múltiples niveles de ADR, para resolver los conflictos futuros, a menudo con un arbitraje vinculante como el procedimiento de último recurso. Dos ejemplos ilustran esta práctica. El primero fue el proyecto Túnel del Canal creando un procedimiento de dos niveles en caso de controversia; en el primer nivel intervendría un panel de tres expertos independientes que haría una decisión por escrito dentro de los 90 días, y si alguna de las partes no estaba satisfecha con la decisión de los expertos, se podría iniciar un procedimiento de arbitraje.

Bajo el mismo lineamiento Tsin (1997) citado por Fernández (2017) menciona otro gran proyecto que utilizo la figura de la cláusula escalonada de la siguiente manera:

El segundo, el Airport Core Programme de Hong Kong que fijó un procedimiento alternativo de solución de cuatro niveles: la decisión de un ingeniero independiente, la mediación, la adjudicación a través de un procedimiento formal de prueba con una decisión por escrito dentro de los 42 días, y, por último, el arbitraje.

A partir de los diferentes sectores donde pueden implementarse las cláusulas escalonadas se denota el alcance de la figura y da como resultado los siguientes hallazgos:

Las cláusulas escalonadas si bien suelen ser utilizadas en proyectos de infraestructura, ingeniería y construcción, donde resultan eficientes por tratarse de disputas técnicas que requieren una adecuación mejor para la resolución de conflictos, estas también pueden ser utilizadas en cualquier parte que considere pertinente la utilización de estas cláusulas puede hacerlo, suelen ser en relaciones contractuales largas, sin embargo esto no significa que solo en esos casos pueda pactarse, sino que también relaciones contractuales nuevas pueden pactarlo, ya que esto depende de la autonomía de la voluntad.

Por otro lado, esto también se puede pactar en cualquier materia que sea arbitrable de derecho disponible por las partes, para procurar el acercamiento a las partes, incluso que después de resolver el conflicto, continúen teniendo más relaciones contractuales entre estas,

puesto que uno de los fines de las cláusulas escalonadas es que se mantengan las relaciones contractuales, que estas se vuelvan más fuertes y que perduren con el tiempo, por lo que realmente las cláusulas escalonadas pueden utilizarse en cualquier sector.

Por lo tanto, el desarrollo de los métodos autocompositivos y hetero compositivos, hacen que exista variedad de formas en las cuales se puede redactar una cláusula escalonada, diversificando las maneras por las cuales las partes en conflicto pueden solucionar las controversias, conforme a las necesidades de las partes y adecuándose al conflicto en el caso concreto, donde ciertas áreas han encontrado en las cláusulas escalonadas una solución que se ajusta a las controversias suscitadas, donde pueden redactar la combinación de cláusula que consideren pertinente.

Análisis de resultados de variables objetivo 2: Las diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinales en relación con la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas.

Para compilar las diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinales en torno a la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas se aplicó la revisión documental a 7 casos, 8 doctrinas, la ley 7727, la ley 8937, la Ley Modelo de CNUDMI sobre conciliación y entrevistas a profundidad, a partir de dicha revisión se realizó un análisis de la siguiente forma:

Naturaleza de la etapa previa al arbitraje

Lo primero que hay que tener en cuenta para entender las diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinarias en la aplicación de la cláusulas escalonadas, es que existen 2 vertientes, la que niega el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje por diferentes circunstancias dependiendo de cada país, siendo usualmente por considerarlo obstáculo de la justicia y por otro lado, la aceptación de dicho efecto jurídico por considerarlo requisito de admisibilidad, de competencia o sustancial como se expondrá a continuación.

Las posiciones hacia la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje

La repercusión del criterio negativista

Con respecto a esta teoría Arjona (2018) establece un ejemplo de su país Panamá donde explica la razón por la cual se niega el carácter vinculante de la etapa previa del arbitraje de la siguiente forma:

En base al supuesto de los que apoyan esta posición que establecen que no hay

posibilidad legal de reconocer el carácter vinculante, expone el autor que en su país existen criterios los cuales parecen apoyar esta posición siendo que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en sede de Tribunal Constitucional en la sentencia 23 de noviembre de 1995, se promovió la inconstitucionalidad de un art. del Código de Familia que establecía que en unos supuestos era obligatorio que hicieran una comparecencia previa ante un Orientador y Conciliador de Familia, siendo un trámite que implicaba un requisito de admisibilidad de la acción judicial, donde se tenía que acreditar dicho cumplimiento (p. 20).

Los accionantes en este caso establecieron que infringía arts. constitucionales, al lesionar el derecho individual de acceso a la justicia, el principio de igualdad, entre otros relacionados con la materia de familia, en donde el Pleno de la Corte Suprema de Justicia concluyó lo siguiente de acuerdo con Arjona (2018):

La instauración de ese trámite de conciliación obligatorio de índole pre litigioso constituía una limitación inadmisibles tanto a la garantía constitucional del debido proceso como al derecho de acceso a la justicia. El fallo en comento, aunque versa sobre una materia muy particular como es el derecho de familia, sí expresa una serie de valoraciones constitucionales que resulta conveniente reproducir seguidamente para los efectos de identificar los criterios que en esa ocasión sirvieron de fundamento a la declaratoria de inconstitucionalidad, a fin de deducir si es factible que ella condense una suerte de doctrina constitucional con capacidad de ser extrapolable al tema que plantean las cláusulas escalonadas (p. 21).

De esta forma, se evidencia la influencia del fallo con respecto a la figura de las cláusulas escalonadas, mencionando Arjona (2018) lo siguiente:

Es posible que pueda argumentarse que esta decisión es un parámetro orientador, que no puede pasarse por alto ya que el mismo afectó la constitucionalidad de un precepto legal y ello tiene una significación más intensa frente a la cuestión de los pactos escalonados creados por la voluntad de las partes en un contrato. En este fallo, nuestro máximo intérprete de la Constitución adoptó una posición decididamente favorable a la protección del derecho fundamental al acceso a la justicia para el reclamo de una tutela judicial efectiva (p. 22).

De la misma forma, en Costa Rica se ha negado el carácter vinculante de la cláusula escalonada, pero a diferencia de Panamá el criterio mayormente utilizado para la negación

en Costa Rica es la naturaleza de los métodos autocompositivos y que no se puede obligar a las partes a llegar a un acuerdo, lo que denota la errónea interpretación de la naturaleza de la obligación de la etapa previa, puesto que se trata de una obligación de medios y no de resultados, sustentado en la libertad absoluta en materia contractual de cumplir o no con la obligación que predica la Sala Constitucional, lo cual será de comentario en la variable 3 de esta investigación.

Cabe resaltar que Costa Rica también posee una sentencia que declaró inconstitucional una norma, que podría haber influido pero, en menor medida en relación a lo expuesto en el párrafo anterior, en la aplicación de las cláusulas escalonadas como la inconstitucionalidad del agotamiento administrativo preceptivo, sin embargo se tratan de procedimientos diferentes como tal, por lo que no debería influir, como se expondrá en la variable 3 de esta investigación, de la misma forma antes de dicha resolución que declaro inconstitucional el agotamiento de la vía administrativa ya se había negado el carácter vinculante de la cláusula escalonada, sin embargo se podría razonar que esta resolución reforzó la posición de la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje.

Por otra parte, esta posición se evidencia también en un ejemplo que establece Fernández (2017) con respecto a la jurisprudencia danesa de la siguiente forma:

La jurisprudencia danesa, que se ha decantado por permitir a las partes iniciar el litigio jurisdiccional, a pesar de la existencia de una cláusula que imponía como escalón previo un mecanismo de mediación. El Tribunal Marítimo y Comercial de Copenhague (SH2015.H-0041-10) descartó la excepción de incompetencia e incluso a suspender el procedimiento haciendo prevalecer la acción interpuesta por el demandante frente al contenido de la cláusula (p. 123).

Sobre esta posición Sergio Artavia por medio de la entrevista realizada ha referido lo siguiente en relación con Costa Rica:

No se le debe otorgar el carácter vinculante y esa ha sido la tesis jurisprudencial de la Sala Primera, esto es un tema complejo y esto tiene que ver con una parte filosófica de los medios alternos, es decir en qué medida los medios alternos, fuera del arbitraje, son o no obligatorios y en qué medida entonces al estar establecidos en una cláusula escalonada, si se deben o no cumplir con esos trámites previos de conciliación, negociación o mediación o cualquier otro mecanismo, en mi opinión si uno va a la

base de los métodos autocompositivos o hetero compositivos, estos requisitos, tramites o etapas previas, no deberían de ser obligatorias, precisamente porque si una de las partes renuncia finalmente a ella y no la ejerce, de alguna forma lo que está diciendo es vea sabe que vamos al método hetero compositivo, vamos a solucionar el conflicto, por muchas razones, porque ya se desgastó una relación, ya se intentó una fase de negociación directa o a través de intermediarios y porque ya llegado el momento se tiene que ir al arbitraje, ahora esta posición no es uniforme en algunos otros países se les ha dado incluso en procesos jurisdiccionales y en procesos arbitrales por supuesto también, se les ha dado el carácter obligatorio y algunos países por ejemplo Brasil, Alemania y otros países europeos, establecen la obligatoriedad en ciertas materias de pasar antes de presentar una demanda jurisdiccional o arbitral, el cumplimiento de estas etapas conciliatorias, sin lo cual incluso, no permiten el inicio de un proceso hetero compositivo, entonces uno se podría preguntar, bueno entonces si en esos países existe porque no establecerlo como obligatoria y si está incluida en un acuerdo, un contrato, la parte deba cumplir, mi opinión es que no, pero como te decía hay posiciones, inclusive normativa en otros países que si le dan el carácter obligatorio.

Bajo el mismo lineamiento, en la misma entrevista anteriormente mencionada, refiere el siguiente efecto ante el incumplimiento:

En esa misma posición, yo creo que no tendría ninguna consecuencia jurídica, porque si es un acto facultativo, voluntario, no vinculante, que parte de la autonomía de la voluntad de los sujetos y que la ley no lo hace imperativo, no debería de tener ninguna consecuencia, ahora como le decía en otros países que se ha implementado con carácter obligatorio, por ejemplo se sanciona con el rechazo de plano de la demanda, se considera una conducta impropia, de hecho en algunos casos hasta para la imposición de una sanción, pero en mi opinión no debería de ser, por ser un método totalmente autocompositivo, donde las partes se pusieron de acuerdo, pero si alguna de ellas decide ya no seguir adelante, no debería de imponérsele ninguna sanción.

Por último, cabe destacar que el caso más evidente del criterio negativista denominado por Arjona (2018) es Colombia a pesar que este no lo menciona, debido a que bajo la premisa del criterio negativista, son los supuestos que ocurren en Colombia, pues en

dicho país está prohibido por ley pactar cláusulas escalonadas, careciendo de cualquier validez, puesto que la norma establece que se tendrán por no escritas las disposiciones que supongan un requisito previo al acceso a la justicia, el cual será desarrollado en uno de los apartados posteriores.

La errónea negación del carácter vinculante de la etapa previa bajo la teoría de futilidad

La teoría de la futilidad hace referencia a que el ir a la etapa previa es innecesario, fútil y solo atrasaría el proceso, siendo que el paso previo fracasaría ante la evidencia de que una de las partes acudido a arbitraje, sin que haya cumplido la etapa previa, denotando de esta forma su negativa a ir al método autocompositivo, siendo que mediante esta teoría se niega el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje.

En relación con la teoría de la futilidad Caivano (2011) expone la fundamentación que sustenta dicha teoría de la siguiente forma:

Podría argumentarse que, si una de las partes decidió llevar la controversia a arbitraje, esa sola circunstancia resulta claramente demostrativa de la inutilidad de forzar una instancia negocial. Siendo que un acuerdo conciliatorio es, por definición, voluntario, la aquiescencia para entrar en negociaciones es condición sine qua non para que el acuerdo sea posible: si una de las partes no estaba siquiera dispuesta a intentar un acuerdo, las posibilidades de que ese acuerdo se logre mediante la imposición a negociar son prácticamente nulas (p. 73).

En contra de esta teoría se refiere el caso Murphy Exploration and Production Company vs Ecuador CIADI No. ARB/08/4, estableciendo que no se puede determinar y asegurar la futilidad de una negociación si esta ni siquiera se ha intentado, por lo que la única forma de saber si es fútil una negociación es intentándolo primero, señalando de esta forma que carece de fundamentación y sentido el considerar y rechazar por dicho motivo la obligatoriedad del paso previo (Zambrano, 2013, p. 197).

Conforme la teoría de la futilidad y el criterio negativista mencionado anteriormente permite identificar los siguientes hallazgos:

- Son diferentes las razones por las cuales se ha negado el carácter vinculante, siendo el criterio negativista de una forma general, al existir una influencia por parte de la normativa o jurisprudencia nacional y la teoría de la futilidad por considerar que es

innecesario el recurrir porque no dará frutos el método autocompositivo, ambos carentes de validez, puesto que en el caso del criterio negativista por medio de una norma o jurisprudencia nacional se niega el carácter vinculante esto implica que el Estado está interviniendo más allá de sus potestades en la esfera de la autonomía de la voluntad, lesionando dicho derecho y por otro lado en el caso de la teoría de la futilidad, se está desvalorizando el método autocompositivo al interpretar que no será idóneo para la solución de conflictos, puesto que fracasará, que de igual forma infringe la autonomía de la voluntad, al no respetar el procedimiento escogido por las partes.

- Considerar la teoría de futilidad como forma para negar el carácter obligatorio, resulta carente de sustento, puesto que no se puede argumentar que algo es inútil o que no va a funcionar, si no se ha intentado, siendo que no pueden tener certeza que fracasará el método autocompositivo, ya que es un hecho futuro e incierto, podría tanto tener fracaso como tener éxito el método autocompositivo, para la solución del conflicto suscitado por las partes.
- En Costa Rica se apoya la teoría de la futilidad puesto que considera que si la parte acude directamente al arbitraje, implica que si se remite a las partes al cumplimiento de la etapa previa al arbitraje este fracasará, sin embargo carece de fundamento suficiente para asegurar que tendrá un resultado negativo, por lo tanto, la fundamentación utilizada por Costa Rica en base de la teoría de la futilidad, no resulta suficiente para negar el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada.
- El negar el carácter vinculante por parte del tribunal arbitral puede acarrear la inejecutabilidad y anulación del laudo, por el incumplimiento del procedimiento escogido por las partes o por falta de competencia del tribunal arbitral, de acuerdo con la naturaleza jurídica que se le considere a dicho paso previo, sin embargo, en el caso de Costa Rica ningún laudo se ha anulado por esta razón, ya que la Sala Primera y Sala Constitucional apoyan la posición de negar el carácter vinculante.

La negación del carácter vinculante en el caso de Colombia y su comparación con Costa Rica en relación con el tratamiento de las cláusulas escalonadas.

Por medio del derecho comparado se van a establecer 2 países los cuales niegan

el carácter vinculante a partir del documento de Rosero, la resolución del Tribunal Constitucional de Colombia y el Código Procesal Civil de Costa Rica y Colombia de la siguiente forma:

Lo primero a destacar es que en Colombia existe una discusión latente con respecto a la aplicación de las cláusulas escalonadas y en relación a si se le debe o no otorgar el carácter vinculante del paso previo al arbitraje, siendo que en un principio se le consideraba como un requisito jurisdiccional, pero al surgir posición contraria a la Corte Constitucional y Tribunal Superior de Bogotá, por parte del Consejo de Estado, que tajantemente considera a las cláusulas escalonadas como un obstáculo para el acceso a la justicia (Rosero, 2017, pp. 76, 78).

En consecuencia, establece Rosero (2017) la discusión surge de tal forma que el legislador al final decide establecer una norma que prohíbe la redacción de las cláusulas escalonadas siendo el art. 13 del Código General del Proceso (p.78) que establece lo siguiente:

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda. Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.

Por otro lado, en el caso de Costa Rica, no existe una prohibición para pactar las cláusulas escalonadas, sin embargo, de igual forma no se le otorga el carácter vinculante a etapa previa al arbitraje, por medio de la jurisprudencia al utilizar la teoría de la futilidad y la interpretación de la naturaleza de los métodos autocompositivos, pero al igual que Colombia existe una posición jurisprudencial que apoya la negación del carácter vinculante del escalón previo al arbitraje.

La influencia del sistema dualista en la aplicación de las cláusulas escalonadas

Lo primero que hay que tener en cuenta es que, en Colombia, al igual que Costa Rica, tiene un sistema dualista, mediante una ley que regula el arbitraje nacional y otra el arbitraje internacional, esto a pesar de lo siguiente que menciona Rosero (2017):

Muchas legislaciones han incentivado esa independencia del arbitraje frente a la jurisdicción nacional, mediante regímenes legales que son abiertos a la aplicación de estándares internacionales. Donde la flexibilidad del procedimiento es aún mayor, incluso en controversias con alcance eminentemente nacional (p. 72).

Dicha división plantea efectos prácticos. Uno de ellos, en el caso de las legislaciones dualistas, es la reducción del carácter alternativo del arbitraje nacional respecto de los procedimientos y formas de la justicia estatal. A tal punto que las normas de procedimiento general suelen tener un papel protagónico en la administración del procedimiento arbitral nacional (p. 73).

Prueba de lo anterior es la restricción para pactar cláusulas escalonadas que hace el artículo 13 del Código General del Proceso en Colombia. A pesar de que dichos pactos son de naturaleza arbitral, como un desarrollo de la libertad contractual de las partes para diseñar el procedimiento; el legislador colombiano, basado en consideraciones de naturaleza jurisdiccional/procesal, ha sancionado este tipo de pactos con la ineficacia jurídica por considerarlos un obstáculo para la administración de justicia (p. 73).

Por otro lado, en el caso de Costa Rica, si bien si influye el sistema dualista en el arbitraje nacional, puesto que supletoriamente se utiliza el Código Procesal Civil, no existe normativa en el Código que prohíba o limite la redacción de las cláusulas escalonadas, siendo que el art. 3.5 relacionado a las normas procesales establece lo siguiente:

Indisponibilidad de las normas procesales. Las partes no podrán, por acuerdo entre ellas y ni siquiera con la autorización del tribunal, disponer o renunciar de manera anticipada a las normas procesales, salvo los supuestos de mecanismos alternos de solución de conflictos, sumisión de competencia admisible, ejecuciones extrajudiciales o actos jurídicos expresamente previstos en el ordenamiento jurídico.

Es decir, no se puede renunciar a las normas procesales establecidas por ley, excepto en los supuestos mencionados, entre esos la resolución alterna de conflictos, lo que da potestad a las partes de crear el procedimiento que consideren más adecuado para resolver su conflicto a través de los métodos RAC, como es el caso de pactar cláusulas escalonadas.

A partir de la determinación de la influencia del sistema dualista en Costa Rica y en Colombia se da como resultado los siguientes hallazgos:

Existe una clara influencia del sistema dualista para la aplicación de las cláusulas escalonadas, puesto que en Colombia mediante la legislación interna se ha prohibido tajantemente la redacción de las cláusulas escalonadas, por considerarlo un obstáculo para la administración de la justicia, dando como resultado la inaplicación de los pactos de las cláusulas escalonadas, negando completamente su carácter vinculante.

En consecuencia, esta es la causa por la cual en Colombia se niega el carácter vinculante de las cláusulas escalonadas, a diferencia de Costa Rica, esta no es la causa de la negación de la obligatoriedad de la cláusula escalonada, sino que en Costa Rica se basa en la teoría de la futilidad y en la interpretación del art.5 de la LRAC por medio de la Sala Primera y Sala Constitucional, lo cual se desarrollara más adelante en el apartado de las cláusulas escalonadas en Costa Rica.

Por lo tanto, si bien en Colombia y en Costa Rica, se ha negado el carácter vinculante a los pasos previos en una cláusula escalonada, el origen de esta negación es diferente, sin embargo, se dan los mismos efectos jurídicos, que es la negación del carácter vinculante, la violación de los principios de contratación privada y el estar en contra de la propia naturaleza del arbitraje, siendo la autonomía de la voluntad que es la piedra angular del arbitraje.

La influencia de la naturaleza del arbitraje en la figura de las cláusulas escalonadas

En Colombia existe una posición dividida entre si el arbitraje es de naturaleza contractualista o jurisdiccional, en donde en ocasiones se inclina por una posición o por la otra, esto de acuerdo con Rosero (2017) mencionando lo siguiente con respecto a la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia T-058/09:

Esto se ejemplifica a la perfección tomando los criterios adoptados por las altas cortes. La Corte Constitucional y el Tribunal Superior de Bogotá, soportan una tendencia contractualista, en tanto es la voluntad de las partes la que da origen y esencia al arbitraje, por ende, los particulares poseen plena libertad para requerir el agotamiento de etapas previas sin que por ello se vulnere el acceso a la administración de justicia (p. 80).

Por su parte, el Consejo de Estado pone énfasis en el lado jurisdiccional del arbitraje. En esa lógica, interpreta los escalones previos establecidos en las cláusulas escalonadas como "requisitos de procedibilidad", los cuales únicamente podrían ser establecidos por el legislador, mas no por particulares (p. 80).

El que esta última posición se privilegiara en la legislación colombiana es muestra del marcado sentido jurisdiccional del arbitraje en el país, máxime cuando es la normativa procesal general la que se encarga del tema, y no el estatuto de arbitraje como estaba inicialmente previsto. De esta manera, se desconoce que el arbitraje es ante todo una "criatura del contrato", y en cuanto tal, las partes lo moldean a la conveniencia de ambas (p. 80).

En contraste con Costa Rica, la naturaleza jurídica considerada por la Sala Constitucional es meramente jurisdiccional, esto comentado anteriormente en el apartado de la naturaleza jurídica del arbitraje y su naturaleza jurisdiccional, citando la jurisprudencia de la Sala Constitucional, donde lo establece la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, siendo que esto implica que el arbitraje nace gracias a que el Estado permite la utilización del arbitraje, por la delegación de la justicia de la vía judicial a la vía arbitral.

A través de la influencia de la naturaleza jurídica del arbitraje en las cláusulas escalonadas en Costa Rica y Colombia se da como resultado los siguientes hallazgos:

La naturaleza jurídica del arbitraje puede influir de forma positiva o negativa a la aplicación de las cláusulas escalonadas, puesto que, si se considera contractualista, se tomará más en cuenta lo pactado por las partes y se dará mayor libertad a las partes de pactar una cláusula escalonada, interpretando de una forma positiva la autonomía de la voluntad de las partes de pactar una cláusula escalonada, de esta forma respetando más el acuerdo llegado por las partes.

Por otro lado, al considerarse la naturaleza jurídica del arbitraje como jurisdiccional, se tomará más en cuenta que el arbitraje nace debido a que el Estado ha dado la potestad para que el arbitraje pueda funcionar, por lo tanto se tomará más en cuenta en lo que está establecido en el ordenamiento jurídico, que lo pactado dentro de la cláusula arbitral, siendo que si no existe legislación para la aplicación de las cláusulas escalonadas, podría ocasionar la desaplicación de esta o como es el caso de Colombia al existir una normativa que las prohíbe no se pueden considerar ni validas, ni eficaces y mucho menos aplicarlas.

En el caso de Costa Rica podría razonarse de cierta forma que existe una influencia de la naturaleza jurídica jurisdiccional del arbitraje, para la aplicación de las cláusulas escalonadas, puesto que se evidencia que se le da menor importancia a lo pactado por las partes en función de su autonomía de la voluntad, violentando de esta forma los principios

de contratación privada y la naturaleza también contractualista del arbitraje, siendo que no se puede privar al arbitraje de los elementos contractualistas inherentes.

La constitucionalidad de la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje

Se acusó de inconstitucional en Colombia el art.13 del Código General del Proceso, el cual fue resuelto el 11 de diciembre bajo el expediente D-11922 Sentencia C-603/19, estableciendo como exequible la norma bajo el siguiente fundamento:

La Sala Plena señaló que, si bien la autonomía de la voluntad privada es un principio que comprende la decisión de contratar la clase de negocio jurídico, el contenido, del mismo u objeto y con quién se pacta, así como la potestad de elegir los mecanismos jurisdiccionales o alternativos para dirimir los conflictos que surgen en la relación contractual, dicho postulado encuentra límites en las normas procesales de orden público. Sobre este aspecto, sostuvo que las partes de un negocio jurídico no están facultadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad para acceder a los operadores de justicia, pues ello comprometería el espacio de configuración del Legislador y, en tal sentido, los contratantes no pueden fijar el agotamiento de presupuestos o mecanismos para acudir a la jurisdicción a través de la diversidad de sus operadores, porque se estaría obstruyendo el acceso a la administración de justicia.

A partir de lo anterior, la Corte precisó que las cláusulas escalonadas, también conocidas como “multi-tiered clauses o multi-step clauses”, al estar comprendidas por acuerdos de resolución de conflictos celebrados entre las partes contratantes que disponen un sistema de agotamiento gradual, progresivo y multinivel de etapas previas para la solución de las eventuales diferencias que surjan entre ellas, parten de la aplicación, entre otros, de diversos métodos para la resolución de controversias, tales como la negociación o la mediación directa (autocomposición) y que en caso de resultado infructuoso culmina, por ejemplo, con el acceso a la jurisdicción ordinaria del Estado, o a la conciliación o al arbitraje (heterocomposición), si bien tienen la eficacia de generarles compromisos contractuales, dichas estipulaciones no pueden convertirse en una barrera de acceso a la justicia, toda vez que la inobservancia de los requisitos de procedibilidad convencionales no puede impedirle al juez o al árbitro

asumir competencia en el asunto.

De esta suerte entonces las estipulaciones de las partes que surjan de la autonomía de su voluntad podrían solo producir efectos entre estas, en la medida en que deseen honrarlas y asumir su cumplimiento. Pero si llegaran a establecerse como requisito de procedibilidad para acceder a la justicia no son de obligatoria observancia, y su inobservancia no constituirá incumplimiento del negocio jurídico.

De esta manera, la Corte Constitucional en Colombia basa esta decisión en que este art. no infringe la autonomía de la voluntad, puesto que el legislador tiene la potestad de regular cuestiones procesales como esta, siendo que la autonomía de la voluntad tiene límites, como es el art. 13 una norma procesal de orden público, estableciendo la prohibición de la redacción de cláusulas escalonadas considerándolas como un obstáculo a la justicia, poniendo en una balanza el acceso a la justicia vs la autonomía de la voluntad.

En el caso de Costa Rica la Sala Constitucional en la resolución 11460-2013 basa su decisión en que no se puede obligar a las partes a que lleguen a un acuerdo en el método, el acceso a la justicia arbitral debe ser libre sin condicionamientos y que el contrato es una manifestación en la cual el cumplimiento depende de la voluntad de las partes, si no quieren cumplirlo, pueden hacerlo, resolución que será desarrollada en la variable 3.

A partir de la determinación de constitucionalidad en Costa Rica y Colombia en relación con las cláusulas escalonadas se da como resultado los siguientes hallazgos:

Conforme a la decisión de la Colombia esta resulta desacertada, debido a que toma a la cláusula escalonada como un obstáculo a la administración de justicia, lo cual resulta errónea, puesto que el acceso justicia también son los métodos autocompositivos, no solo la vía judicial, lo que demuestra el escepticismo con respecto a los métodos RAC y su eficacia para resolver conflictos, siendo que lo único que provoca esta decisión es un claro retroceso en el progreso de estos métodos.

Por otro lado, el que se tenga que recurrir de previo a un método autocompositivo antes de un método hetero compositivo, no significa que las partes no puedan acudir al método hetero compositivo, sino que la parte debe acudir primero al método autocompositivo, de igual forma como en una conciliación judicial previa a la audiencia, es decir no quiere prohibir el acceso sino, hacerlo una vez se haya intentado el método autocompositivo.

De la misma forma, se debe tener en cuenta que son las mismas partes las que decidieron dicho procedimiento, conforme a la autonomía de la voluntad, además ignorar dicho aspecto iría en contra de la propia naturaleza del arbitraje, siendo que la autonomía de la voluntad es la piedra angular del arbitraje, por otra parte, existe esa flexibilidad de procedimiento dentro de los métodos RAC, por dicha razón es que las partes escogen un método RAC en vez de la vía judicial.

En consecuencia, la decisión de la Corte Constitucional Colombiana no hace más que restringir el uso de los métodos RAC, su flexibilidad en el procedimiento, la autonomía de la voluntad y los principios de la contratación privada, extralimitando su función pensando en que "protege" el acceso a la justicia, sobreponiendo este pensamiento sobre la propia naturaleza del arbitraje, que es la autonomía de la voluntad.

De forma similar, ocurre en Costa Rica con la Sala Constitucional, que se ha pronunciado al respecto de la figura de la cláusula escalonada, estableciendo que el árbitro lo único que realiza con su actuar es apegarse a la ley basado en la interpretación del art.5 de la libertad de los métodos autocompositivos concluyendo que no infringe la autonomía de la voluntad, por lo cual causa las mismas consecuencias que están sucediendo en Colombia, que es la negación del carácter vinculante y los efectos jurídicos hacia el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje.

Por lo tanto, si la propia Sala Constitucional en el caso de Costa Rica y Tribunal Constitucional en el caso de Colombia infringe la autonomía de la voluntad, que es el órgano que protege los derechos constitucionales, ¿cuál es la forma para proteger las cláusulas escalonadas?, se podría razonar que una protección por medio de la ley, que en el caso de Costa Rica sería viable puesto que no están prohibidas, sin embargo de igual forma resultan ineficaces, así que por medio de ley se les debería otorgar la eficacia o esperar a que el criterio jurisprudencial cambie y vaya conforme a la evolución de la utilización de los métodos RAC.

Por otra parte, en Colombia resulta más difícil porque la misma ley es la que desprotege las cláusulas escalonadas, al prohibirlas, siendo que en el caso de dicho país la única forma sería derogar dicha disposición, lo cual parece estar lejos de suceder puesto que a finales de 2019 se discutió dicha posibilidad y fue negada, por lo tanto, tendría que esperar un cambio de criterio jurisprudencial para que se elimine la prohibición de redactar cláusulas escalonadas.

La implicación de la concepción de la etapa previa como un requisito sustancial

Cuando se le considera un requisito sustancial a la etapa previa al arbitraje, en una cláusula escalonada, esto implica que se estima como cualquier otra obligación contractual, como otra disposición contractual, que si se incumple su sanción implica daños y perjuicios, por lo que en este caso si se considera con esta naturaleza, no se insta a las partes al cumplimiento, sino que se otorga daños y perjuicios.

López de Argumedo (2011) realizando una crítica a la concepción de la etapa previa al arbitraje como un requisito sustancial establece lo siguiente:

A mi juicio, esta aproximación no es acertada. No sólo porque el pacto de negociar forma parte del esquema de resolución de conflictos de las partes (y por ello tiene una indudable trascendencia procesal), sino también porque, de anudar como única consecuencia de su incumplimiento una indemnización de daños, ese incumplimiento quedaría en la práctica sin sanción alguna, puesto que no se acaba de vislumbrar cómo podrían determinarse los daños por no haber negociado (p. 74).

Por otra, Francisco Gonzales de Cossío a través de la entrevista realizada, si bien considera la etapa previa al arbitraje como una obligación contractual, como cualquier otra, menciona lo siguiente:

Considero que es un contrato, un acuerdo de voluntades, la visión de muchas jurisdicciones, incluyendo Costa Rica por lo que escucho, que la obligación de mediar es inexistente, es decir, la obligación de acudir a la mediación, es un imposible, porque mediar es un acto voluntario, ósea el que la mediación sea exitosa y derive en una transacción, es algo totalmente dentro de las manos de las partes y como eso es un acto voluntario, la obligación de mediar, significaría que estas obligado a hacer algo voluntario, lo cual es un sin sentido jurídico, esa visión es una que ha animado a la mayoría de las jurisdicciones durante mucho tiempo y personas que han analizado el tema, de hecho el reglamento ADR de la ICC, se enfrentó a ese dilema.

Sin embargo, Francisco Gonzales de Cossío a través de la entrevista planteada, no establece como sanción los daños y perjuicios como usualmente se tiene al considerarlo un requisito sustancial, como cualquier otra obligación contractual, sino que considera que la sanción correcta es la pérdida de derecho de cobrar costas y eso es lo que propone para propiciar la mediación.

Por medio de la concepción de la etapa previa al arbitraje como un requisito sustancial se da como resultado los siguientes hallazgos:

Desde otra perspectiva, se puede dudar con respecto a que, si se trata de un requisito sustancial, considerando la etapa previa como una obligación contractual al igual que las otras disposiciones contractuales, se podría dar una resolución contractual en caso de incumplimiento siendo que la resolución contractual está dispuesta en el art. 692 del Código Civil que menciona: "en los contratos bilaterales va siempre implícita la condición resolutoria por falta de cumplimiento. En este caso la parte que ha cumplido puede exigir el cumplimiento del convenio o pedir se resuelva con daños y perjuicios".

Desde este punto de vista, se podría pensar entonces que se puede dar una resolución contractual del contrato que contiene la cláusula escalonada y se puede llegar a poner en tela de duda, si esto implicaría la resolución también de la cláusula arbitral e ir a cobrar daños y perjuicios en vía judicial, dando como consecuencia lo que se quería evitar precisamente, la vía judicial.

Sin embargo, dicha premisa se solucionaría al razonar conforme al principio de separabilidad de la cláusula arbitral, no se daría la resolución de la cláusula y bajo el mismo supuesto de considerar la etapa previa como requisito sustancial, se debería considerar que se cobren los daños y perjuicios en la vía arbitral y se siga con el procedimiento arbitral, no obstante lo difícil radica en como determinar esos daños y perjuicios, lo que no resulta práctico y tampoco correcto considerarlo como tal, apoyando la posición de López de Argumedo.

Por otro lado, no se considera correcto el considerar la etapa previa al arbitraje como un requisito sustancial, puesto que, si bien es una disposición contractual, esta no es como las demás, puesto que esta tiene efectos procesales para las partes y al considerarse de tal forma no se remite a las partes al cumplimiento, sino que se otorga daños y perjuicios indeterminables.

La implicación de considerar la etapa previa como un requisito de competencia

En primer lugar hay que tener en cuenta que la competencia de los árbitros no es permanente sino que este es temporal, cuando las partes le conceden la competencia al árbitro o árbitros para resolver el conflicto, siendo que si no existe dicho consentimiento, el tribunal arbitral no es competente para conocer el conflicto, incluso aunque exista una cláusula

arbitral si no se genera el conflicto o conflictos pactados en esta, la cláusula arbitral no se "activa" hasta que la controversia surja.

Bajo la premisa anterior, si existe una cláusula escalonada donde la etapa previa es obligatoria para pasar a la siguiente etapa, resulta ser una condición de competencia el que se haya cumplido o no esa etapa previa, puesto que si no se ha cumplido los árbitros deben declararse incompetentes por razón de tiempo, siendo incompetentes hasta que se cumpla la etapa previa, siendo que una vez cumplida, se reestablece su competencia para conocer la controversia.

De tal forma, aunque si es materia arbitrable, la cláusula arbitral no se ha "activado" por la falta de cumplimiento del paso anterior, por lo que se procede a declarar la incompetencia del tribunal arbitral ya sea suspendiendo el proceso por incompetencia temporal o terminando el proceso arbitral por incompetencia del tribunal, hasta que se cumpla con la etapa previa al arbitraje pactada por las partes.

Cabe destacar que el tribunal arbitral decide sobre su propia competencia de acuerdo al principio kompetenz-kompetenz, ya expuesto en apartados anteriores, siendo que la competencia del tribunal radica a raíz de la cláusula arbitral, se debe determinar que la persona sometida al arbitraje haya dado su consentimiento expreso -excepto en caso de partes no signatarias, dando la extensión de la cláusula arbitral-, de la misma forma se debe determinar si es arbitrable o no el conflicto que se quiere llevar a cabo por medio de arbitraje y por último si el acuerdo arbitral esta "activo" o no.

Por otro lado, Fernández (2017) menciona en relación con la etapa previa al arbitraje como un requisito de competencia lo siguiente en la práctica:

La práctica demuestra que las controversias en los escalones inferiores no quedan limitadas al contenido del contrato en el que se inserta la cláusula, sino que se extiende al contenido de esta última y a su eficacia jurídica cuando exigen que los procedimientos de arreglo de controversia se cumplan con carácter obligatorio. El ejemplo ejercido por la decisión de la High Court de Inglaterra en el asunto *Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Private Ltd.* afirmando que el incumplimiento de los procedimientos de resolución de conflictos pre arbitrales puede eliminar la competencia de un tribunal arbitral ha sido determinante (p. 116).

De la misma forma, Irra de la Cruz e Ibarra (2015) citando el caso *Emirates Trading*

Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Limited establece lo siguiente:

La corte sostuvo que el acuerdo de negociar era vinculante y debía de cumplirse, apoyando su razonamiento en dos premisas: (i) el acuerdo no estaba incompleto, puesto que no faltaba ningún término y (ii) el acuerdo no era incierto. En este último punto, la corte afirmó que la obligación de resolver una disputa a través de un debate amistoso comprendía un estándar identificable de discusiones justas, honestas y genuinas que apuntan a resolver la disputa. La dificultad de probar el incumplimiento de dicha obligación no necesariamente debe ser entendido como falta de certeza en la cláusula ADR. La ejecución de este tipo de acuerdo de negociación es de interés público, primero, porque los comerciantes esperan que la corte de efectos a dichos acuerdos tomados de manera libre y, segundo, porque el objeto del acuerdo es evitar lo que, de otra manera, sería un arbitraje en el que habría que invertir tiempo y dinero (pp. 43-44).

El caso anteriormente mencionado demuestra el respeto al *pacta sunt servanda*, autonomía de la voluntad y la seguridad jurídica que deben tener los contratos de que sus disposiciones no serán modificadas o eliminadas unilateralmente, excepto en cláusulas abusivas, puesto que por sí mismos decidieron obligarse a cumplir una etapa primero y en caso de que en el método autocompositivo las partes no lleguen a un acuerdo se pasa al método hetero compositivo, las partes deben cumplirlo y el tribunal arbitral o la vía judicial (cuando se recurra a esta) deben instar al cumplimiento de la etapa previa al arbitraje.

Por otro lado, un problema acerca de considerar un requisito de competencia al paso previo al arbitraje se puede evidenciar en el caso *Kemiron Atlantic Inc vs Aguakem Internacional Inc* en la US Court of Appeals for the Eleventh Circuit citado por Caivano (2011) que menciona lo siguiente:

En un caso, se resolvió que, aunque la cláusula también contenga un pacto arbitral, este último no es ejecutable si las partes lo condicionaron a una etapa previa de mediación, pues es claro que las partes quisieron que el arbitraje fuese el último recurso. La cláusula contemplaba una primera etapa de negociaciones directas, luego una de mediación por 15 días y, finalmente, arbitraje, previa notificación de la parte que solicitaría el arbitraje a la otra. Una de ellas demandó judicialmente a la otra por falta de pago, y el demandado pidió la suspensión del juicio a razón de la cláusula

arbitral contenida en el contrato. La Corte consideró que para que la cláusula arbitral fuese operativa –y pudiese suspender el proceso judicial– las partes debían primero cumplir con la mediación: en su opinión, la obligación de arbitrar todavía no había nacido, pues la cláusula arbitral nunca había sido “activada”. Explicó la Corte que, bajo los términos claros de la estipulación contractual, para invocar la cláusula arbitral, cada parte debía dar dos pasos: primero, pedir la mediación y notificar a la otra parte; luego, notificar su deseo de iniciar el arbitraje. Luego de ello –y sólo luego de ello– la cláusula arbitral produciría efectos (p. 83).

Conforme a la concepción de la naturaleza jurídica del paso previo como requisito de competencia se produce los siguientes hallazgos:

El caso *Kemiron Atlantic Inc vs Aguakem Internacional Inc.* demuestra una problemática transcendental, que implica una afectación directa a los efectos que la cláusula arbitral debe tener, eliminando todos los beneficios de pactar una cláusula arbitral y sobre todo el principal fin de este, que es escoger la vía arbitral en vez de la vía judicial, que es precisamente lo que no se está evitando en este caso, siendo que no se logró suspender el proceso judicial a pesar de existir una cláusula escalonada, con el último escalón de arbitraje.

Dicha interpretación se debe a que la cláusula arbitral como tal no ha sido "activada", siendo bastante alarmante dicha consideración, porque lo que debería primar es la existencia como tal de la cláusula arbitral válida, eficaz y aplicable, solo que con pasos previos los cuales no se han cumplido, pero al considerar como requisito de competencia se toma como que esta no ha sido "activada" por lo cual, sus efectos tampoco.

Sin embargo, dicha concepción es errónea puesto que la "activación" como tal hace referencia a la competencia del tribunal arbitral por razón de tiempo, más no se niega la existencia de la cláusula arbitral sino que se rechaza por un asunto de que los árbitros no tienen competencia en dicho momento para resolver el conflicto, pero si es un conflicto de lo cual se pactó para que fuera resuelto por el tribunal arbitral, solo que posteriormente a los pasos previos, por lo cual la decisión implica un irrespeto a la cláusula escalonada y a la autonomía de la voluntad de las partes, de acudir a una vía alternativa a la judicial, lo que demuestra la ilógica consideración que se realizó en el caso de comentario.

Por otro lado, no se considera correcto el considerar la naturaleza de la etapa previa al arbitraje como un requisito de competencia, puesto que no se trata de un aspecto que afecte

la competencia, sino que tiene un efecto procesal, que implica la inadmisibilidad de la demanda, además es el tribunal arbitral el que debe decidir con respecto al cumplimiento de la etapa previa, por lo tanto tienen la competencia para decidir en ese aspecto con el fin de determinada la admisibilidad o no de la demanda.

Caso Murphy Exploration and Production Company International vs. República de Ecuador

El caso Murphy Exploration and Production Company International vs República de Ecuador resulta un caso de relevancia en cuanto considera un requisito de competencia a la etapa previa al arbitraje y lo más importante es que ataca a la negación del carácter vinculante, demostrando la insuficiencia de fundamentación que tiene la teoría de la futilidad para negar el carácter vinculante, caso que Zambrano (2013) analiza en su artículo "El principio Pacta Sunt Servanda en las controversias derivadas de los Tratados Bilaterales de Inversión: Análisis del caso Murphy Exploration and Production Company vs. República del Ecuador (CIADI No. ARB/08/4)" la cual será de comentario.

Conforme el caso Murphy vs Ecuador, citado por Zambrano (2013) el 3 de marzo del 2008, Murphy Exploration and Production Company presentó ante el CIADI una solicitud de Arbitraje en contra de la República del Ecuador, por incumplimiento contractual, en donde los representantes de Ecuador alegaron excepción a la jurisdicción por el siguiente motivo:

Murphy 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. Únicamente cuando se han realizado dichos intentos y no han dado resultado es que un tribunal establecido adquiere jurisdicción en virtud del Tratado Bilateral de Inversión, por lo que la demandante no hizo esfuerzo para consultar o negociar su reclamo, habiendo notificado a Ecuador la existencia de una controversia relacionada con el Tratado Bilateral de Inversión el 29 de febrero de 2008 y presentando la solicitud de arbitraje el 3 de marzo de 2008 y Murphy no cumplió con el período obligatorio de seis meses de espera requerido por el Tratado Bilateral de Inversión antes de poder someter sus reclamo a arbitraje (p. 186).

En relación con la reclamación de la excepción a la jurisdicción anteriormente mencionada, Zambrano (2013) citando el caso menciona que por mayoría los árbitros decidieron acoger la alegación de Ecuador en cuando que Murphy inobservó el plazo de seis

meses de consultas y negociaciones establecido en el Tratado Bilateral de Inversión, por lo tanto, se resolvió que "el CIADI no tiene jurisdicción para tramitar la demanda y el Tribunal carece de competencia para resolverlo" (p. 187) siendo los siguientes fundamentos por los cuales decidieron acoger dicho alegato:

- Murphy realizó un reclamo con respecto al Tratado Bilateral de Inversión que fue notificado a Ecuador el 29 de febrero de 2008, sin embargo, Murphy accionó el arbitraje casi inmediatamente, siendo el 3 de marzo del 2008, sin darle tiempo prudencial para contestar a Ecuador e iniciar las negociaciones conforme a lo establecido en el tratado (p. 194).
- La cláusula escalonada establece lo siguiente: "Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla podrá optar por someterla a una de las siguientes vías para su resolución" (p. 194).
- La presunta violación del TBI debe obligatoriamente ser conocida por la parte demandada, para poder computar efectivamente el plazo de los seis meses y permitir a las partes resolver sus diferencias de manera negociada (p. 196).
- Murphy alegó que las negociaciones con Ecuador iban a ser inútiles, a lo que el tribunal estableció 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 las negociaciones serán exitosas o no, lo primero que deben hacer las partes es iniciarlas. La obligación de consultas y negociaciones es de ambas partes (p. 197).
- El Tribunal consideró como inaceptable la posición de Murphy de que los requisitos procesales son de una categoría inferior a los jurisdiccionales y, en consecuencia, su inobservancia no tiene consecuencias jurídicas, ya que el incumplimiento conduce a la incompetencia del tribunal para conocer el caso (pp. 196-197).

En base al caso expuesto se evidencia el incumplimiento de Murphy al acudir casi inmediatamente al arbitraje, sin haber realizado la etapa previa de consultas y negociaciones, prevista en el Tratado Bilateral de Inversión, siendo que el derecho internacional se rige por el *pacta sunt servanda*, si se pactó como etapa previa esta debe cumplirse puesto que produce

efecto vinculante, siendo esta la posición que toma el CIADI, considerando la naturaleza de la etapa previa como requisito de competencia, concluyendo que el tribunal carece de competencia para resolver, debido a que se ha incumplido la etapa previa.

Conforme al caso expuesto anteriormente se tiene como resultado los siguientes hallazgos:

Se considera erróneo el considerar como requisito de competencia a la etapa previa al arbitraje, puesto que se trata de un asunto de admisibilidad y no de competencia, debido a que las controversias poseen arbitrabilidad legal y convencional, siendo el problema de admisibilidad y no de competencia, puesto que si no fuera competente el tribunal no podría resolver el conflicto así se cumpliera la etapa previa al arbitraje, en cambio al tratarse de un asunto de admisibilidad, una vez cumplido la etapa previa se puede continuar con el arbitraje.

Por otra parte, la resolución es acertada en cuanto que la etapa previa al arbitraje se trata de una obligación de medios y no de resultados, puesto que se puede obligar a la parte a instar más no a llegar a un acuerdo, debido a que se trata de un método autocompositivo, de esta forma no violenta la naturaleza del mecanismo al no obligar a las partes a llegar a un acuerdo, por lo tanto se debe interpretar de dicha manera, siendo que muchos de los casos se han negado a otorgar el carácter vinculante interpretando de forma errónea, considerando dicha obligación como una obligación de resultados.

Además, ataca la teoría de la futilidad, la cual considera que es innecesario realizar la etapa previa puesto que el método autocompositivo no dará frutos, es decir fracasará y no se llegará a un acuerdo, contrario a esa premisa la resolución de comentario considera que no se puede asegurar que fracasará el método autocompositivo si este ni siquiera se ha intentado, por lo tanto, para determinar el éxito o no del mecanismo, primero debe intentarse, lo que resulta una fundamentación acertada, en cuanto se trata de un hecho futuro e incierto, entonces es imposible dar certeza que no dará frutos el método autocompositivo.

La correcta interpretación de la naturaleza de etapa previa como un requisito de admisibilidad

Cuando el paso previo en una cláusula escalonada se toma como un requisito de admisibilidad del proceso arbitral este implica que el paso previo debe realizarse para poder continuar el proceso arbitral, por lo que no se trata de un aspecto de competencia porque el tribunal arbitral tiene competencia para conocer del conflicto pues es materia arbitrable y son

los conflictos que pactaron las partes, pero para seguir con el proceso se debe completar el paso anterior.

En defensa a esta posición de considerar la etapa previa al arbitraje como requisito de admisibilidad se encuentra Caivano (2011) citando Paulsson (2005) y a Jarronsson (2001) estableciendo lo siguiente:

Es evidente que no se trata de una cuestión de competencia que ponga en tela de juicio la jurisdicción de los árbitros. Una objeción jurisdiccional, que impugna la competencia de un tribunal arbitral, consiste en plantear que ese tribunal no puede conocer del caso por carecer de competencia; una objeción diferente, que cuestiona la admisibilidad de la demanda, es la que se presenta cuando el demandado plantea que el tribunal no debe (o no debe ahora) conocer del caso. Cualquiera sea la interpretación que se dé a la objeción en análisis, no está en tela de juicio que el tribunal arbitral es competente, sino únicamente si puede o no admitir la demanda en ese momento. En definitiva, la omisión de cumplir la etapa previa de conciliación o mediación no excluye ni perjudica la jurisdicción conferida a los árbitros en la misma cláusula, la cual –inclusive– se mantiene a efectos de decidir sobre las consecuencias del incumplimiento de aquella etapa: conforme el artículo 13 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre conciliación es el tribunal arbitral quien “dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado” (p.78).

Ello significa que los árbitros tienen jurisdicción aun para hacer cumplir el acuerdo de entablar un procedimiento autocompositivo previo, o para determinar si éste se ha cumplido, lo cual es congruente con el principio kompetenz kompetenz consagrado por la mayoría de las legislaciones sobre arbitraje (pp. 78-79).

Entre los casos más relevantes de la prevalencia de lo pactado en los escalones inferiores están, en la jurisprudencia china, los asuntos de Pepsi Cola (2008). Dos laudos arbitrales dictados por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo –laudo No. SCC 76 (2002) y laudo No. 111 (2003)– fallaron a favor de la entidad Pepsi Cola contra dos empresas conjuntas chinas en un litigio que versaba sobre un contrato de licencia. Entablado en China el correspondiente procedimiento de executur al amparo de la Convención de Nueva York de 1958, el Tribunal Popular Intermedio de Chengdu (Sichuan) denegó el reconocimiento y subsiguiente ejecución

de los laudos alegando que debía prosperar la causal del art. V.1º.a), toda vez que la cláusula incorporada por las partes al contrato establecía una negociación previa presidida por el gobierno local durante un periodo de 90 días. El tribunal verificó que las partes no habían llevado a cabo la referida negociación y, en consecuencia, al poner en marcha el arbitraje habían incumplido la cláusula y el tribunal no debía haber admitido las solicitudes de arbitraje (Fernández, 2017, p.121).

De igual forma, los tribunales franceses se han decantado por la posición de que la etapa previa al arbitraje es un requisito de admisibilidad, esto citado por Caivano (2011) de la siguiente forma:

La Corte de Casación resolvió que si el contrato contiene una cláusula mediante la cual las partes se obligaron a someter sus diferendos a dos conciliadores antes de iniciar cualquier acción contenciosa, la promoción de esta última sin haber dado cumplimiento a lo pactado es inadmisibile. Y luego ratificó este concepto, señalando que una cláusula contractual estableciendo una instancia de mediación obligatoria previa al litigio judicial constituye un acuerdo que impide el recurso directo a los tribunales (p. 76).

Por otro lado, Caivano (2011) también establece otro país el cual se ha establecido la etapa previa al arbitraje como requisito de admisibilidad siendo el siguiente:

En los EE. UU. los tribunales han comenzado, de manera creciente, a reconocer el efecto vinculante y ejecutable de las cláusulas de negociación o mediación. En algún caso, se ordenó la suspensión de un juicio arbitral, al considerar que la cláusula que establecía el previo paso por una mediación era una “condición precedente” para recurrir al arbitraje. En otro, el tribunal declaró inadmisibile la acción y remitió a las partes a cumplir con el procedimiento previo de mediación pactado (p. 75).

De lo anterior, se denotan dos efectos jurídicos que pueden ocurrir al considerar la etapa previa al arbitraje como un requisito de admisibilidad, el declarar inadmisibile, suspendiendo el proceso arbitral, remitiendo a las partes a cumplir la etapa previa al arbitraje o declarar inadmisibile, terminando el proceso arbitral, remitiendo a las partes a la etapa previa para su cumplimiento y posteriormente vuelvan a instaurar un proceso arbitral.

Por último, dentro de las entrevistas realizadas, Laura Ávila directora de la DINARAC en su posición personal, apoya el considerar el carácter vinculante de la etapa

previa al arbitraje como un requisito de admisibilidad, además de considerarlo más allá que una simple etapa que agotar de la siguiente forma:

Cuando hablamos de la conciliación o la mediación como una etapa previa, más que una etapa previa por quemar, por agotar, la magia de la conciliación y la mediación, no es quemar una etapa, es esa capacidad y esa posibilidad que tienen las partes de conversar y de resolver ellas mismas la situación, esa oportunidad de que las mismas partes sean las que resuelvan, construyan la solución, a partir de su contexto, de sus vivencias y su relación, eso hace que los acuerdos, no solo sean mucho más sostenibles y duraderos en el tiempo, sino que mucho más participativos y colaborativos, entonces desde ahí yo creo que más que una etapa procesal de admisibilidad o competencia, debería de ser visto como una grandísima oportunidad, la conciliación y la mediación son una gran oportunidad de reconstruir o reformar situaciones jurídicas, esto es la parte holística de la mediación.

Desde el punto de vista procesal esa etapa previa de la cláusula escalonada te diría que es un requisito de admisibilidad, desde el punto de vista de principios y de técnica yo creería que es una gran oportunidad, pero desde el punto de vista procesal es un requisito de admisibilidad, yo creo en las cláusulas escalonadas y hemos visto como aplicándolas ya sea desde un punto de vista contractual o en otros países aplicada como una prejudicialidad obligatoria, que hay que agotar una conciliación antes de ir a tribunales, ha sido mucho más amigable con la mora judicial, porque la prejudicialidad obligatoria se ha establecido en algunas materias, para ponerte un ejemplo en Argentina por ahí del 2010 se hizo un estudio el 65% de los casos se quedaba en conciliación prejudicial, porque estaba establecido como una etapa prejudicial obligatoria, como un requisito de admisibilidad para poder ir a tribunales, si bien nosotros estamos hablando de una cláusula escalonada, no estamos hablando de un requisito prejudicial para ir a tribunales, yo creería que tiene un poco la naturaleza de ese requisito de admisibilidad, desde el punto de vista de la cláusula escalonada.

A partir de la concepción de la etapa previa al arbitraje como requisito de admisibilidad se da como resultado los siguientes hallazgos:

La naturaleza de la etapa previa al arbitraje se trata de un efecto procesal, no de una

cuestión de competencia o un incumplimiento contractual -requisito sustancial-, por lo que se procedería a inadmitir la demanda arbitral, en donde puede tener diversos efectos que dependerá de lo que considere el tribunal arbitral, ya que puede inadmitir la demanda y remitir a las partes a cumplir la etapa previa, siendo que posteriormente tendría que interponer de nuevo la demanda arbitral, lo que implicaría mayor tiempo y costos para las partes.

Por otro lado, también se podría suspender el proceso arbitral, dando a las partes un plazo para cumplir la etapa previa (en el caso de que no haya pactado un plazo las partes) o el plazo pactado por las partes, siendo que una vez cumplido dicho plazo se puede retomar el proceso arbitral sin tener que volver a interponer de nuevo la demanda arbitral, siendo que este efecto es el que se considera más pertinente, por el ahorro de tiempo y costos, para las partes.

Por lo tanto, se considera que el considerar la etapa previa como requisito de admisibilidad es la concepción correcta, en cuanto a que se trata de un efecto procesal, que no afecta la competencia debido a que si se trata de materia arbitrable, no hay razón para considerar que no tienen competencia, además el tribunal arbitral es el que debe pronunciarse con respecto al cumplimiento o no de la etapa previa, de tal modo entonces debe tener la competencia para determinar el incumplimiento de la etapa previa.

Por último, con relación a la entrevista con Laura Ávila, apoya la posición de considerarlo un requisito de admisibilidad, en lo referente al aspecto procesal, pero lo visualiza más allá, posición que comparto, ya que no se trata de un simple requisito con efecto procesal, sino que se trata de la oportunidad de las partes para resolver sus conflictos por medio de un método autocompositivo, siendo la única forma de poder conseguir un resultado satisfactorio para todas las partes.

Cabe destacar, de igual forma en la entrevista de Laura Ávila que analógicamente trata la mediación prejudicial obligatoria con las cláusulas escalonadas (posición que comparto), exponiendo de esta forma las ventajas que han implicado la implementación de la mediación prejudicial obligatoria en varios ordenamientos jurídicos, lo que ha sido un auge para los métodos RAC y la oportunidad para que las partes conozcan del mecanismo, fomentando de esta forma la mediación, lo que de igual forma haría el otorgar el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje en las cláusulas escalonadas.

Caso Him Portland LLC vs Devito Builders Inc

El caso Him Portland LLC vs Devito Builders Inc expone la naturaleza de requisito de admisibilidad de la mediación pactada en una cláusula escalonada al considerarla una condición previa al arbitraje, en el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Primer Circuito, No. 02-1955, el 17 de enero del 2003 que menciona lo siguiente que contiene una traducción no oficial:

Hechos

Him Portland LLC contrato a Devito Builders Inc para la renovación de un motel, contrato que contenía una cláusula escalonada con mediación previa al arbitraje, siendo que a raíz de este contrato posteriormente Him presenta una demanda en vía judicial por daños y perjuicios causados por incumplimiento contractual, donde Devito presenta su contestación, que inmediatamente Him alega que el asunto se debe resolver mediante arbitraje, por lo cual se debe obligar a la parte a acudir a arbitraje y suspender el procedimiento en vía judicial, hasta que se lleve a cabo el proceso arbitral alegando la cláusula arbitral pactada.

Cláusula escalonada

La cláusula escalonada pactada por Him Portland LLC y Devito Builders Inc establecía en términos generales primero acudir a un ingeniero para un dictamen, después de esta decisión o 30 días después de la presentación del asunto al arquitecto, se tendrá como condición previa al arbitraje una mediación por un período de 60 días desde la presentación de la mediación o en el caso de que se presente al arbitraje, este se suspenderá por 60 días al menos que se acuerde un plazo mayor o por orden judicial.

Posición de Him Portland LLC

Him Portland LLC acude a la vía judicial reclamando daños y perjuicios y que se le obligue a Devito Builders INC a ir al proceso arbitral, suspendiendo el proceso en la vía judicial, hasta que termine el proceso arbitral conforme a lo dispuesto en la cláusula arbitral, afirmando que el contrato requiere del arbitraje y la mediación no, ya que la mediación es una sugerencia y no una condición previa al arbitraje.

Posición Devito Builders Inc

Devito Builders Inc se opone a la alegación de Him de suspender estos procedimientos en espera del arbitraje, estableciendo que las reclamaciones no son arbitrables y las que son arbitrales estas no pueden ser resueltas todavía por esa vía, debido a que ninguna de las partes ha realizado la etapa previa al arbitraje y, además, que este

Tribunal no tiene autoridad bajo la Ley Federal de Arbitraje para obligar a las partes a realizar cualquier forma de resolución alternativa de disputas.

Posición del tribunal

Finalmente, el tribunal a partir de la cláusula escalonada decide que el lenguaje utilizado manifiesta la intención de las partes de pactar la mediación como condición previa al arbitraje, por lo tanto, no se puede llevar a cabo el arbitraje hasta que se realice la etapa previa, denegando de esta forma la petición de Him Portland de obligar a la parte a ir a un arbitraje sin haber acudido a la etapa previa al arbitraje.

En relación al caso de comentario, Him acude directamente a la vía judicial, para que posteriormente en esta misma vía solicitar obligar a la parte a acudir a arbitraje conforme a la cláusula escalonada, alegando que no es necesario realizar la etapa previa, a lo que Devito refuta estableciendo que debe realizarse la etapa previa conforme a lo pactado, siendo que el Tribunal no puede obligar a la parte a ir al arbitraje, siendo que en relación a la posición de Him esta no puede inobservar la cláusula escalonada pactada, siendo que la etapa previa fue redactada como un requisito previo al arbitraje, como requisito de admisibilidad.

Por otro lado, en la posición de Devito es cierta en relación a que debe realizarse la etapa previa antes de acudir al arbitraje, puesto que es un requisito de admisibilidad, sin embargo el tribunal si tiene la potestad de obligar a la parte a acudir a los mecanismos RAC en el caso de que las partes lo hayan pactado como obligatorio, en conformidad con el pacta sunt servanda, por lo que el tribunal debió instar a las partes a la mediación y en el caso de que fuera una cláusula arbitral simple debió remitir a las partes al arbitraje, por lo que ese aspecto de la fundamentación de Devito es errónea.

Por último, el tribunal considera como naturaleza jurídica de la etapa previa al arbitraje un requisito de admisibilidad, como una condición previa al arbitraje, es decir debe realizarse el método autocompositivo antes de acudir a la vía arbitral, con base en lo pactado por las partes, sin embargo, dentro de la resolución no se determina si el tribunal insto o no a las partes al cumplimiento de la etapa previa.

A través del caso anteriormente mencionado se obtiene como resultado los siguientes hallazgos:

Si bien considero de forma correcta la naturaleza de la etapa previa como un requisito de admisibilidad, el tribunal se limitó a considerarlo como tal, pero, no a aplicar los efectos

jurídicos pertinentes, siendo que debió instar a las partes y remitirlas al cumplimiento de la etapa previa, solo se limitó a decir que no se puede obligar a las partes a acudir a arbitraje por no cumplir el paso previo.

Lo que implica que el solo otorgar el carácter vinculante de la etapa previa no asegura los efectos jurídicos pertinentes para la aplicación de la figura de la cláusula escalonada, conforme el acuerdo que pactaron las partes en su autonomía de la voluntad, lo que deriva en la ineficacia de las cláusulas escalonadas, dejando el acuerdo como simplemente puesto en el "papel".

Caso White vs Kampner

Hechos

White y Kampner realizaron 2 contratos, uno de administración y un contrato de compras, donde debían administrar y tener la opción de compra de una empresa llamada State Paint Inc, una empresa propiedad de los Kampner; en dichos contratos se pactó una cláusula escalonada negociación-arbitraje, siendo que posteriormente Kampner demanda a White por incumplimiento contractual en vía arbitral, siendo que, las partes se encontraron en una disputa contractual, donde los demandados, alegando que el demandante había sido deshonesto en su gestión del negocio, despidieron al demandante. Inicialmente, ambas partes deseaban negociar, pero después de una demora que no fue culpa exclusiva de ninguna de las partes, el demandante presentó una demanda por escrito de arbitraje ante la Asociación Americana de Arbitraje y a pesar de que se alegó la falta de cumplimiento de la negociación, se continuó con el proceso arbitral, por lo cual se presentó ante el Tribunal Superior de Connecticut para la anulación del laudo, siendo este el caso White v. Kampner, 229 Conn. 465, 467 (Conn. 1994), que se expone de la siguiente manera con una traducción no oficial:

Cláusula escalonada

KAMPNER y los ADMINISTRADORES [White y Larson] acuerdan que intentarán negociar de buena fe cualquier disputa de cualquier naturaleza que surja bajo este Arrendamiento. Las partes deberán negociar de buena fe en no menos de dos sesiones de negociación antes de buscar cualquier resolución de cualquier disputa bajo las disposiciones del Párrafo 26. Cada parte tendrá derecho a representación legal en dicha sesión de negociación.

Cualquier disputa o pregunta que surja bajo las disposiciones de este Contrato de

Administración que no haya sido resuelta bajo el Párrafo 25 de este Contrato de Administración será determinada por arbitraje ante un (1) árbitro designado por la Asociación Americana de Arbitraje. Los procedimientos de arbitraje se llevarán a cabo en un lugar neutral en Waterbury, Connecticut, y se llevarán a cabo de acuerdo con las reglas aplicables en ese momento de la Asociación Americana de Arbitraje. La decisión del árbitro será definitiva y podrá presentarse en cualquier tribunal que tenga jurisdicción sobre la misma. Cada parte pagará la mitad de todos los costos y gastos de dicho arbitraje.

Posición del Tribunal

El tribunal concluye como cuestión de derecho que los Kampner nunca renunciaron al requisito contractual de dos sesiones de negociación. De los contratos se desprende claramente que la celebración de dos sesiones de negociación fue una condición previa al arbitraje. Está bien establecido que, cuando un contrato contenga una estipulación de que la decisión de los árbitros sobre ciertas cuestiones será una condición previa al derecho de acción en el contrato mismo, dicha estipulación se hará cumplir y, hasta que se haya llevado a cabo el arbitraje, o se haya dado alguna razón suficiente por no perseguirlo, no se podrá interponer ninguna acción sobre el contrato.

Las negociaciones son parte de la vida cotidiana en el mundo comercial, judicial y político moderno. Incluso cuando las partes están a una distancia proverbial de distancia, el éxito, aunque no es invariable, a menudo puede ocurrir, como saben todos los hombres de negocios, abogados y diplomáticos. Si se hubieran celebrado negociaciones en este caso, es posible que hayan dado fruto o no. Eso, por supuesto, es incognoscible. Pero las partes se habían comprometido con el proceso de negociación por contrato, y la negociación era una condición previa expresa al arbitraje. Los Kampner no renunciaron a esta disposición. En estas circunstancias, el laudo violó el acuerdo de las partes.

De acuerdo con el caso anteriormente expuesto se da como resultado los siguientes hallazgos:

El tribunal anula el laudo, por la inobservancia del cumplimiento de la etapa previa al arbitraje, debido a que esta fue pactada como requisito de admisibilidad, es decir una

condición previa para acudir al arbitraje, por lo tanto se debió cumplir con las negociaciones para pasar al arbitraje, cumpliendo lo dispuesto en la cláusula escalonada, estableciendo también una fundamentación similar a la del caso *Murphy vs Ecuador* en cuanto que se desconoce como tal si fracasarán o no las negociaciones, puesto que si estas se hubieran celebrado es posible que hayan dado exitosas o no.

Por lo tanto, se considera acertada la apreciación del tribunal con respecto a considerar la etapa previa como un requisito de admisibilidad y la anulación del laudo, sin embargo no se observó en la resolución que instaran a las partes al cumplimiento de las negociaciones, solo se anuló el laudo (no se sabe si parcial o totalmente), pero no se logró apreciar el efecto como tal que este produjo como fue el caso de suiza de un laudo anulado, en el cual decidió suspender el arbitraje, remitiendo a las partes al cumplimiento de la etapa previa, que será de comentario en los próximos apartados.

La posición de Francia, Suiza y Costa Rica y su contraste en relación con el tratamiento de las cláusulas escalonadas.

Mediante el documento de Cremades se establece la posición de Francia y Suiza, para luego comparar con Costa Rica de la siguiente forma:

La posición de Francia

De acuerdo con Corte de Casación francesa, *Chambre mixte. Poiré c. Tripier*, *Revue de l'arbitrage*, citado por Cremades (2016) en la jurisprudencia francesa desde el 14 de febrero de 2003 considera que la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada que haya sido redactada de forma obligatoria es un requisito de admisibilidad de la demanda, siendo esta decisión la que unifico el criterio, donde estableció que los motivos de admisibilidad en el Código de procedimientos civiles no son taxativos, sino que las partes también pueden pactarlos (p. 58).

A partir de esta decisión la Corte de Apelación de París, el 4 de marzo del 2004, *Société Nihon Plast Co. c. Société Takata-Petri Aktiengesellschaft*, *Revue de l'arbitrage*, citado por Cremades (2016) establece dos consecuencias:

- La primera es que por considerar la etapa previa al arbitraje un requisito de admisibilidad implica que no constituye una causal de nulidad puesto que no se trata de incompetencia del tribunal arbitral sino la inadmisibilidad de la demanda, por lo tanto, no acarrearía una causal de nulidad en caso de inobservancia del requisito de

inadmisibilidad.

- Lo segundo la inadmisibilidad se puede subsanar al cumplir el requisito por la cual la convierte en inadmisibile, por lo tanto, si cumple con la etapa previa al arbitraje, se convierte en admisible la demanda, por lo que es un estado temporal, que implica la continuación inmediata del proceso arbitral una vez se cumpla con el requisito de admisibilidad (p. 59).

Con respecto a estos dos puntos el primero estamos de acuerdo con que debe constituir un requisito de admisibilidad, pero no con que la inobservancia del requisito de inadmisibilidad, es decir negar el carácter vinculante de la etapa previa, no acarree una nulidad (cuando la parte haya alegado el incumplimiento de buena fe), siendo que esta podría adecuarse a la violación del debido proceso, por no seguir las reglas del procedimiento elegido por las partes como es el caso CODISA en Perú citado por Irra de la Cruz e Ibarra (2015) que establece lo siguiente:

No por tratarse de una etapa de carácter pre procesal, quiere ello significar que las reglas incorporadas a un contrato tengan un carácter meramente indicativo. Aquellas son ley para las partes y si por consiguiente y de acuerdo con estas últimas, existe una etapa de previas negociaciones, aquellas asumen un efecto plenamente vinculante respecto de las partes que generaron dicha relación. Su inobservancia por tanto es análoga a la vulneración que opera cuando se desacata el llamado procedimiento preestablecido por la ley en cuanto variante del debido proceso. Por esta razón, la falta de cumplimiento del periodo de negociaciones, identificado como requisito de procedibilidad, habría violado en perjuicio de la promovente del amparo el derecho al debido proceso (p. 43).

Con respecto al segundo punto se considera correcto el que se subsane el incumplimiento, puesto que determinar daños y perjuicios como sanción resulta difícil de cuantificar, puesto que el resultado es del método autocompositivo es incierto, por lo que se debe instar el método autocompositivo, suspendiendo el arbitraje mientras se cumple con el requisito de admisibilidad y reanudando el proceso cuando este se cumpla.

De esta forma, si se aplica la jurisprudencia al proceso arbitral, implicaría que el alegar el incumplimiento del requisito de admisibilidad causaría la suspensión del proceso arbitral mientras se remite a las partes al cumplimiento de la etapa previa al arbitraje en un

plazo definido, por lo tanto, no es necesario que se vuelva a instaurar un nuevo tribunal arbitral, sino que el proceso arbitral continúa en caso de que en el paso previo no se llegue a un acuerdo (Cremades, 2016, p. 59).

Sin embargo, la Corte de Casación Francesa modificó su decisión el 12 de diciembre del 2004, estableciendo que no se puede subsanar por el inicio del paso previo durante el procedimiento, puesto que se debe considerar la inadmisibilidad de la demanda en el momento de la interposición de la demanda y no cuando se decide de la controversia, por lo que el incumplimiento lleva a la inadmisibilidad definitiva de la demanda, siendo que deberá volver a interponer la demanda una vez cumplido el requisito de admisibilidad (Cremades, 2016, p. 59).

Con base en la reconsideración de la Corte francesa, se considera que dicho cambio de criterio es perjudicial para las partes, puesto que si bien es correcto remitir a las partes al cumplimiento de la etapa previa al método hetero compositivo, el terminar el proceso arbitral, mientras cumplen el método autocompositivo, implica mayor tiempo y costo para las partes puesto que se debe volver a constituir un tribunal arbitral para que conozca de la controversia suscitada entre las partes, como establece Cremades (2016) de la siguiente manera:

La introducción de un segundo arbitraje implica una dilación del proceso y un incremento de los costos; la prescripción no queda interrumpida cuando la demanda es declarada inadmisibile; pone en tela de juicio la cuestión de saber si se podrían volver a nombrar a los mismos árbitros (p. 60).

Por otro lado, cabe destacar que la jurisprudencia no es vinculante para el tribunal arbitral con sede en Francia, debido a que este solo debe seguir las normas de orden público internacional y las leyes de policía francesas, por lo tanto el tribunal arbitral puede actuar como considere ya sea aplicando dicho criterio o no, incluso puede ignorar el cumplimiento de la etapa previa, puesto que el Juez francés en el recurso de anulación no puede ejercer ningún control, porque no es una causal de nulidad, al ser un asunto de admisibilidad y no de competencia (Cremades, 2016, p. 60).

Una crítica acertada y relevante realizada por Cremades (2016) es que a pesar de que las cláusulas escalonadas si tienen fuerza obligatoria entre las partes y debería ser sancionado su incumplimiento por parte del tribunal arbitral, al no tener el árbitro sanción alguna al dictar un laudo sin haber cumplido el requisito de admisibilidad, este puede simplemente ignorar

dicha disposición y al llegar al juez este no puede ejercer ningún control con respecto al incumplimiento, por lo que la eficacia de estas cláusulas se ve afectada en el caso de que el árbitro ante el reclamo de la parte haga caso omiso (p. 60).

En base a la posición de Francia se da como resultado los siguientes hallazgos:

Si bien Francia establece correctamente la naturaleza de la etapa previa como un requisito de admisibilidad, este país no adaptó el incumplimiento a una causal de anulación, como el debido proceso, siendo que establecen que solo si fuera un requisito de competencia se podría anular el laudo, puesto que existe la causal de falta de competencia del tribunal arbitral.

Es decir, queda en manos de las partes que decidan cumplir sus disposiciones por sí mismas o del tribunal arbitral que en caso de reclamo actuar de tal forma que haga cumplir a las partes la disposición que por sí mismos decidieron imponerse, por lo tanto dicha cláusula podría verse ineficaz en la práctica, debido a la omisión del tribunal arbitral y el incumplimiento de la parte, lo que abre la siguiente interrogante ¿se necesita estar dispuesto por ley la figura de la cláusula escalonada para que se cumpla su disposición por parte de los árbitros? o ¿se le debe considerar un requisito de competencia?, para que se pueda ejercer control por medio del juez de anulación?, interrogantes que se responderán en la variable 4.

La posición de Suiza

En la decisión A4_18 6 de junio del 2007 el Tribunal federal suizo citado por Cremades (2016) estableció el control del cumplimiento de la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, al ser esta vinculante para las partes, por medio de la anulación del laudo en caso de incumplimiento de la etapa previa, por la causal de falta de competencia del tribunal arbitral, por no existir otro motivo más adecuado, puesto que debe ser sancionado de alguna forma (p. 60).

Por otro lado, el Tribunal federal suizo no se posiciona por considerar a la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada como un requisito de admisibilidad o un requisito de competencia, sino que dichas figuras no se deberían de excluir y existe una relación entre ambos, debido que se considera que "la competencia del tribunal constituye una condición de admisibilidad de la demanda y, correlativamente, la falta de competencia es un motivo de inadmisibilidad de la demanda" (Cremades, 2016, p. 61).

En relación con la posición del Tribunal federal suizo, se considera que tiene sus

aciertos y desaciertos, ya que con respecto a considerar el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje y adecuarlo a una causal de anulación, es un acierto, no se considera que la admisibilidad y la competencia sean conceptos equiparables puesto que su similitud implicaría únicamente la terminación del proceso, en ciertos casos puesto que la admisibilidad se trata de un requisito subsanable al solucionar la causal que implica su inadmisibilidad, por lo que se podría suspender el proceso en vez de terminarlo (aunque de igual forma se ha suspendido en caso de considerarlo requisito de competencia).

Por otro parte, en el caso de la competencia se trata de un aspecto que a nivel general no se puede subsanar, ya que si no tiene competencia implica que no puede conocer de la controversia como tal, por ello se cree que no se debe considerar un requisito de competencia puesto que no se trata de materia in arbitrable, que no exista la cláusula o que esta sea inválida, se trata que todavía no se ha cumplido el paso previo para acudir al arbitraje, por lo que se debe considerar como un requisito de admisibilidad, que se debe suspender hasta el cumplimiento de este.

El razonamiento anterior podría abrir la interrogante de que, si se considera como requisito de admisibilidad, ¿implicaría que no se puede anular el laudo porque no existe causal?, ¿es necesario añadir una causal de nulidad la inobservancia del requisito de admisibilidad por parte del tribunal arbitral o adecuarla a la violación del debido proceso?, son interrogantes las cuales se abordarán en la variable de la propuesta de reforma a la LRAC.

Cabe destacar, que existe un límite con respecto al carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, puesto que en el caso de que se reclame el incumplimiento de dicha disposición de forma abusiva, se considera abuso del derecho, siendo que, si de forma manifiesta resulta de mala fe, esto no puede ser exigido por la parte a pesar de ser reconocido por un contrato (Cremades, 2016, p. 61).

El fundamento mencionado anteriormente resulta relevante e importante para la interpretación y aplicación de las cláusulas escalonadas, puesto que si bien se está de acuerdo en que poseen carácter vinculante, no se está de acuerdo en que se utilicen como tácticas dilatorias, es decir que la parte se aproveche de dicha disposición para obrar de mala fe, por lo tanto debe quedar al criterio y discreción del tribunal arbitral, la buena o mala fe de la reclamación, lo que posteriormente podría ser analizado por el juez en una acción de nulidad ante el rechazo del reclamo de incumplimiento, lo cual será abordado a mayor profundidad

en la propuesta de reforma a la LRAC.

De forma posterior a la decisión del 2007, surge una resolución relevante del Tribunal federal suizo, decisión 4A_628/2015 de 16 de marzo de 2016 citado por Cremades (2016), el cual establece los hechos, la defensa del laudo y la posición del Tribunal de la siguiente forma:

Tribunal federal suizo, decisión 4A_628/2015 de 16 de marzo de 2016

Hechos

- Dos sociedades, X e Y, firmaron un contrato en materia de hidrocarburos con una cláusula de arbitraje ad hoc en Suiza bajo el reglamento UNCITRAL. El contrato preveía que, antes de ser sometida al arbitraje, cualquier controversia tenía que ser el objeto de “un intento de conciliación de acuerdo con el Reglamento ADR de la Cámara de Comercio Internacional” (“CCI”) de 2001.
- El 8 de setiembre de 2014, X presentó una solicitud de conciliación ante la CCI. El Centro ADR de la CCI invitó las partes a contestar algunas preguntas procesales antes de designar a un conciliador el 16 de octubre de 2014. El 14 de noviembre de 2014, el conciliador mandó algunas preguntas a las partes sobre la conducta del procedimiento y sugirió organizar una reunión. El 20 de noviembre de 2014, X contestó a las preguntas del conciliador y solicitó que la reunión se hiciera por vía de conferencia telefónica. El mismo día, Y contestó a las preguntas e indicó sus disponibilidades para la conferencia telefónica. Casi un mes después, el 16 de diciembre de 2014, el conciliador fijó la conferencia telefónica para el día siguiente.
- Poco tiempo antes de la conferencia telefónica, el abogado de la demandante mandó un email al conciliador y al abogado de la contraparte ofreciendo su sistema de conferencia telefónica para facilitar la participación de su cliente. El abogado de la demandada objetó alegando que la conferencia telefónica había sido prevista entre el conciliador y los abogados exclusivamente y que no había tomado medidas para que participara su cliente. Proponía, por lo tanto, o bien mantener la conferencia telefónica tal como prevista originalmente (con los abogados únicamente), o bien posponer la reunión a otra fecha con los representantes de las partes, pero en este caso que la reunión tuviera lugar físicamente. El abogado de la demandante contestó que nunca había sido decidido que la conferencia telefónica fuera solo entre abogados, pero

aceptó que se pospusiera la reunión.

- El 8 de enero de 2015, el conciliador preguntó a las partes cómo querían proceder. El 16 de enero de 2015, X presentó una demanda de arbitraje e informó al conciliador que, en vista del fracaso de la conciliación debido a Y, no tenía intención de proseguir la conciliación.
- El conciliador respondió que no podía cerrar el procedimiento hasta que tuviera lugar la discusión prevista por el artículo 5 del Reglamento ADR, que dispone lo siguiente: El artículo 5 del Reglamento ADR dispone que el Tercero y las partes deberán discutir con prontitud y buscar un acuerdo sobre (i) la técnica a utilizar para resolver el litigio y (ii) el procedimiento específico a seguir. La discusión del artículo 5 es por lo tanto puramente procesal; no es relativa al fondo de la controversia. Por otro lado, el artículo 6 del mismo Reglamento prevé que el proceso ADR terminará, inter alia, por la notificación escrita por una de las partes al Tercero, en cualquier momento después de que la discusión prevista al artículo 5 haya tenido lugar, de su decisión de no proseguir con el proceso ADR.
- Posteriormente, propuso entonces nuevas fechas para una reunión. X mantuvo que la conciliación se había terminado. En estas circunstancias, el conciliador y el Centro ADR consideraron que la conciliación no se había terminado de conformidad con el Reglamento y que la conducta de la demandante debía interpretarse como una retirada de su solicitud de conciliación (pp. 62-63).

Posición del Tribunal arbitral

- En el arbitraje, Y objetó que el tribunal arbitral era incompetente *ratione temporis* porque el escalón de conciliación obligatoria no se había cumplido puesto que la discusión prevista por el artículo 5 del Reglamento ADR no había tenido lugar.
- En un laudo preliminar sobre la competencia, el tribunal arbitral rechazó esta excepción y afirmó su competencia. Constató que el artículo 5 del Reglamento ADR no exige que la discusión se desarrolle durante una reunión física o una conferencia telefónica, sino que puede resultar de varios intercambios de correos, emails y conversaciones telefónicas entre las partes y el conciliador, como fue el caso. Por lo tanto, discrepó de la opinión del conciliador y del Centro ADR y consideró que había tenido lugar un intento de conciliación real, de buena fe y de conformidad con el

Reglamento ADR (p. 63).

Posición de la parte accionante del recurso de anulación

- Y interpuso un recurso de anulación contra el laudo, alegando que el tribunal arbitral se había declarado competente de forma incorrecta. Argumentó que la discusión del artículo 5 del Reglamento ADR no había tenido lugar, tal como lo habían confirmado el conciliador y el Centro ADR. El tribunal arbitral hubiera debido declinar su competencia *ratione temporis* o, por lo menos, suspender el arbitraje para permitir la organización de una reunión entre las partes y el conciliador (p. 63).

Defensa del laudo

- Y invocaba el incumplimiento de la cláusula de conciliación de manera abusiva, en vista de la actitud pasiva u obstruccionista que había mantenido durante la conciliación y del hecho que todo nuevo intento de conciliación estaría condenado al fracaso.
- En todo caso, el tribunal arbitral había afirmado su competencia con razón, puesto que el convenio arbitral requiere un “intento de conciliación” y que los árbitros han debidamente constatado que había habido tal intento de conciliación, de buena fe, durante cuatro meses.
- La posición del conciliador y del Centro ADR según la cual no había tenido lugar la discusión del artículo 5 del Reglamento no se impone al tribunal arbitral, el cual queda libre de apreciar si ha habido, o no, un intento de conciliación.
- Para saber si un “intento de conciliación” ha tenido lugar, es irrelevante saber cómo ha terminado (en particular, si se ha terminado de conformidad con los artículos 6 y 5 del Reglamento ADR); solo importa que haya habido un intento de conciliación de buena fe, lo que había sido el caso.
- Además, aunque el conciliador y el Centro ADR consideraran que X había retirado su solicitud de conciliación, tal retirada solo producía efectos para el futuro. No ponía en causa los cuatro meses de conciliación habidos, de manera que X había cumplido con el requisito de un “intento de conciliación”.
- En todo caso, el artículo 5 del Reglamento ADR había sido respetado puesto que el contrato prevé la fórmula que había que utilizar para resolver la controversia (la conciliación) y que las partes habían intercambiado correos sobre el procedimiento

que había que seguir (pp. 62-63).

Posición del Tribunal

- Primero, el Tribunal Federal rechazó la interpretación de X según la cual lo único que exigía el convenio arbitral era un “intento de conciliación”, desconectado del Reglamento ADR. Al contrario, para el Tribunal Federal, resulta del convenio arbitral que la voluntad de las partes era encerrar el intento de conciliación dentro del marco institucional y el procedimiento previsto por el Reglamento ADR. Por lo tanto, las partes han subordinado la validez del inicio del arbitraje a la obligación de realizar previamente un intento de conciliación conforme en todo punto al procedimiento previsto por el Reglamento ADR.
- Segundo, sobre la cuestión de saber si se había respetado dicho Reglamento, el Tribunal Federal constató que, bajo este Reglamento, las partes no pueden terminar el proceso de conciliación antes de haber discutido con el Tercero la manera en la que se llevará a cabo la conciliación. Si el artículo 5 del Reglamento no exige una reunión física, es preferible que la discusión tenga lugar de manera simultánea, o por lo menos sucesiva. En todo caso, la discusión debe versar sobre el procedimiento específico que seguir. Tal discusión nunca tuvo lugar en este caso, según el Tribunal Federal. La casi totalidad de los intercambios intervenidos entre las partes tenían como propósito fijar una conferencia telefónica para precisamente discutir del procedimiento, pero esta discusión no tuvo lugar porque X acudió al arbitraje. Por lo tanto, el Tribunal Federal concluye que no ha habido un intento de conciliación de conformidad con el Reglamento ADR y que el arbitraje ha sido iniciado de manera prematura.
- Tercero, el Tribunal Federal consideró que Y no abusaba de su derecho de invocar el incumplimiento de la cláusula de conciliación. Distinguió este caso del caso anterior de 2007, en el cual (i) no existía ninguna posibilidad de conciliar a las partes y (ii) el demandado invocaba pasivamente el incumplimiento de la cláusula de conciliación sin ni siquiera haber intentado iniciar él mismo una conciliación. Mientras que, en este caso, no se podía reprochar a Y ninguna pasividad u obstruccionismo: había participado de manera activa en la conciliación. Después del malentendido relativo a la reunión del 17 de diciembre de 2014, le correspondía a X como demandante, y no

a Y, hacer lo necesario para proseguir la conciliación. Cuando X inició el arbitraje, Y objetó inmediatamente tanto en la conciliación (solicitando que continuara) como en el arbitraje (presentando una excepción de incompetencia *ratione temporis* del tribunal arbitral, que fue decidida de manera preliminar por los árbitros). En estas circunstancias, no se le puede reprochar a Y no haber iniciado una nueva conciliación, ni siquiera para sus demandas reconvenzionales. En cuanto al argumento que una nueva conciliación estaría condenada al fracaso, el Tribunal Federal observó (i) que, Y sostenía lo contrario, (ii) que si bastaba alegar este argumento para excluir todo control a posteriori del cumplimiento de los escalones pactados, sería hacer caso omiso del principio *pacta sunt servanda* y (iii) que no hay que menospreciar la influencia benéfica que puede tener un tercero neutral para encontrar una solución amistosa, incluso en una fase avanzada del arbitraje.

- Cuarto, en la medida en que el Tribunal Federal había considerado que X no había cumplido con la cláusula de conciliación obligatoria y que, Y no abusaba de su derecho de invocar este incumplimiento, el Tribunal Federal no tenía más remedio que pronunciarse sobre la cuestión de la sanción del incumplimiento de una cláusula escalonada obligatoria.
- El Tribunal Federal confirmó que este incumplimiento debe ser sancionado, contrariamente a una opinión doctrinal. Le pareció dudoso que esta cuestión pudiera recibir una respuesta única adaptada a todas las situaciones. Consideró, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, por lo menos suiza, que los daños y perjuicios no constituyen una sanción apropiada, por la dificultad de justificar la cuantía del daño sufrido y porque esta sanción llegaría demasiado tarde, dejando sin sentido la obligación de recurrir a la mediación antes de acudir al arbitraje. Las únicas sanciones eficaces son de naturaleza procesal, y no contractual. Sin embargo, declarar la demanda inadmisibile por incompetencia *ratione temporis* y terminar el procedimiento arbitral no le pareció la solución más adecuada porque pone fin a la competencia de los árbitros con los consiguientes inconvenientes (obligación de reconstituir un nuevo tribunal arbitral en caso de fracaso de la mediación; duda sobre la posibilidad/oportunidad de volver a nombrar a los mismos árbitros; prolongación del procedimiento y aumento de los costos; falta de interrupción de la prescripción).

- El Tribunal Federal concluyó que la sanción más adecuada, en este caso, es la suspensión del arbitraje y la fijación de un plazo para permitir a las partes proceder a una conciliación (si el demandante ha acudido al arbitraje sin respetar este escalón previo) o continuar y finalizar una conciliación (que haya sido terminada prematuramente). La suspensión deberá ser invocada in limine litis por el demandado. En cuanto a las modalidades de esta suspensión (en particular, el plazo conferido a las partes para reanudar el arbitraje en caso de fracaso de la conciliación), el Tribunal Federal decidió, para mayor eficiencia, que serán fijadas por el tribunal arbitral, que tiene un mejor conocimiento del expediente.
- Por todas estas razones, el Tribunal Federal anuló el laudo y, en vez de constatar la incompetencia *ratione temporis* del tribunal arbitral, suspendió el procedimiento arbitral, en virtud del aforismo jurídico que quien puede lo más, puede lo menos (pp. 64-65).

Del caso expuesto anteriormente se tiene como resultado los siguientes hallazgos:

- Lo primero para tener en cuenta es que las comunicaciones entre las partes eran para reunirse de hablar del procedimiento, en ningún momento se habló del procedimiento como tal, por lo tanto, no constituye un intento de conciliación.
- Si bien no era requisito reuniones físicas, las reuniones a distancia tampoco se llevaron a cabo, ni tampoco comunicaciones tendientes al procedimiento, solo a fijar las reuniones que no se llevaron a cabo, por lo que, si en realidad hubiera existido comunicaciones que se refirieran al proceso como tal en una conversación con todos los involucrados o en una reunión a distancia, el intento de conciliación si hubiera sido llevado a cabo.
- Las partes se comprometieron al cumplimiento de la conciliación a un procedimiento específico del centro ADR, por lo tanto, para que fuera llevado a cabo y finalizado, debía seguir el procedimiento previsto, teniendo en cuenta que esto no implica que lleguen a un acuerdo, sino que únicamente conocieran del procedimiento y una vez puestos en conocimiento, estos podían decidir si continuar o no el proceso.
- El Tribunal Suizo hace una distinción entre el incumplimiento por no iniciar una conciliación y el incumplimiento por terminar de forma prematura la conciliación, siendo que X inició la conciliación pero, la termino de forma prematura al no cumplir

con la reunión para que fueran puestos en conocimiento de lo que implica la conciliación (se podría llamar la etapa de pre conciliación), es decir, donde se da la información pertinente, se organiza la conciliación y le preguntan a las partes una vez conociendo la figura de la conciliación si desean o no llevar a cabo la conciliación.

- La posición del tribunal de qué Y no actuaba de mala fe, es correcta puesto que este esperaba después del mal entendido surgido, el comenzar la reunión para poner en conocimiento a las partes, sin embargo X decidió acudir al arbitraje antes de dicha reunión, que de cierta forma es comprensible puesto que pasaron 4 meses, pero dicho tiempo no fue directamente debido a las partes sino al Centro ADR, siendo algo a tener en cuenta con respecto al Centro ADR que escojan deben tener en cuenta los plazos de estos o fijar un plazo entre las partes, con el fin de evitar plazos extensos y una vez finalizado ese plazo daría por terminado el método autocompositivo, conforme al procedimiento escogido por las partes.
- La anulación del laudo por dicho motivo (el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje) es un precedente importante con el fin de que el tribunal arbitral, temiendo por la anulación del laudo (siendo el efecto de suspensión la ejecución del proceso arbitral y remitir a las partes al cumplimiento en este caso), considere la reclamación de la parte en relación al incumplimiento de la etapa previa e incentive a las partes hacia el cumplimiento de la etapa previa, con el fin de no tener complicaciones posteriores, puesto que el incumplimiento si acarrearía efectos jurídicos como el presentado en este caso y lo más importante fomentaría la utilización de métodos autocompositivos, dándoles el valor, importancia y la confianza que se les ha negado, al rechazar su carácter vinculante, por lo que bajo dicha resolución se da a entender que los métodos autocompositivos si son idóneos para la solución de controversias, siendo que las partes deberían confiar en dar la oportunidad de intentar por estos medios resolver los conflictos suscitados.
- De tal forma, el efecto que decide el Tribunal suizo para la anulación del laudo se cree es el correcto y el más adecuado, puesto que la suspensión del proceso arbitral (la ejecución de este) para remitir a las partes al cumplimiento de la etapa previa es el más pertinente, puesto que de dicha forma cumplen con su obligación sin mayores perjuicios para las partes, puesto que se reanuda el proceso una vez haya finalizado

la conciliación, sin llegar a un acuerdo o si este fuere parcial.

- Por lo tanto, en caso de no llegar a un acuerdo o que haya sido un acuerdo parcial, donde únicamente se resolverá los extremos que no hayan sido conciliados y en el caso de haber llegado a un acuerdo (de tal forma que se haya redactado y firmado el acuerdo, cumpliendo todos los requisitos para que en caso de incumplimiento se pueda acudir a ejecución de la sentencia), sobre todos los extremos el arbitraje se tendría por terminado.
- Por último en cuanto a la causal de anulación se considera que se trata de un requisito de admisibilidad y no de competencia, conforme se expuso en el caso de anterior de comentario, sin embargo la razón por la cual se escogió dicha causal de acuerdo al tribunal federal suizo fue porque no existía otra más adecuada, lo que no se cree correcto puesto que podría encajar en la violación del debido proceso como se mencionará en un caso de comentario en esta investigación (caso CODISA), pero esto dependerá de la interpretación del juez de anulación, puesto que podría considerarse o no dentro del debido proceso, no obstante los efectos jurídicos impuestos por el tribunal suizo son los correctos, por lo que la elección de la causal podría no tener tanta relevancia, más que resultar criticable por no tratarse de un requisito de competencia sino un requisito de admisibilidad.

El contraste entre la posición de Suiza, Francia y Costa Rica

Con base en la posición de Suiza y Francia expuesta anteriormente se puede realizar una comparación entre ambas y Costa Rica, donde primero se debe establecer de forma superficial la posición de Costa Rica, siendo que en el apartado de la variable 3 se hablará a profundidad de esta, de esta forma lo primero que se debe tener en cuenta es que la Sala Primera y Sala Constitucional han negado el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, a todos los casos sin importar las circunstancias del caso concreto, por lo cual ha resultado ineficaz la figura de las cláusulas escalonadas.

Con respecto a la vía judicial en Suiza el juez de anulación controla el cumplimiento de las cláusulas escalonadas, al "considerar" que la etapa previa al arbitraje es un requisito de competencia, por no existir otra causal más adecuada utiliza la falta de competencia, pero no considera que se trate de un asunto de competencia o admisibilidad, por otro lado, Francia no controla el cumplimiento de las cláusulas escalonadas al considerar la etapa previa como

un requisito de admisibilidad y al no adecuar está a una causal de anulación, mientras que Costa Rica no considera que la etapa previa al arbitraje sea vinculante por ser un método autocompositivo.

Los efectos que cada una de esas consideraciones son diferentes en cada uno de los países, en el caso de Suiza implica que al anular el laudo causa la suspensión del proceso arbitral, remitiendo a las partes al cumplimiento de la etapa previa, que en caso de que no se llegue a un acuerdo se reanuda el proceso arbitral, mientras que en Francia al no tener control el juez de anulación, queda a criterio del tribunal arbitral el cómo aplicar la cláusula escalonada y que efectos debe tener esta, a pesar de que el tribunal de Francia considere la cláusula escalonada como un requisito de admisibilidad, por lo tanto el tribunal arbitral podría simplemente ignorar la existencia de la etapa previa.

Por otro lado, en Costa Rica en la vía judicial no se otorga el carácter vinculante a la cláusula escalonada y de igual forma queda en criterio del tribunal arbitral el cómo actuar, pero al llegar a vía judicial en múltiples ocasiones por el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje significa que el tribunal arbitral en Costa Rica tampoco considera vinculante la etapa previa al arbitraje, siendo que no insta a las partes al cumplimiento de la etapa previa, sino que continúa el proceso arbitral.

A partir del contraste entre Suiza, Francia y Costa Rica, se obtiene como resultado los siguientes hallazgos:

Suiza	Francia	Costa Rica
Naturaleza jurídica Suiza considera la naturaleza jurídica de la etapa previa al arbitraje como un requisito de competencia.	Naturaleza jurídica Francia considera la naturaleza jurídica de la etapa previa al arbitraje como un requisito de admisibilidad.	Naturaleza jurídica Costa Rica niega el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje en las cláusulas escalonadas.
Efecto jurídico El efecto jurídico que considera Suiza ante el incumplimiento es la nulidad del laudo con la suspensión del proceso arbitral, remitiendo a las partes al cumplimiento, esto al considerar	Efecto jurídico El efecto jurídico que considera Francia ante el incumplimiento es la inadmisibilidad absoluta, es decir se debe instaurar de nuevo el proceso arbitral, pero como no es una causal de anulación no existe	Efecto jurídico En Costa Rica el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada no produce efectos jurídicos, al no considerar vinculante el escalón previo, por lo tanto, resultan

requisito de competencia a la etapa previa, constituyendo la causal de falta de competencia del tribunal arbitral al dictar el laudo.	control por parte del juez de anulación, por lo que los efectos dependen del tribunal arbitral, el cual podría ignorar dicha obligación.	ineficaces al menos que el propio tribunal arbitral exija su cumplimiento, porque al igual que Francia no existe control, al no constituir una causal de nulidad.
Aspecto destacado Suiza toma en cuenta la buena fe o mala fe de la parte que reclama el incumplimiento del paso previo al arbitraje, por lo tanto, aunque se pacte de forma obligatoria, si abusa del derecho no se exigirá el cumplimiento.	Aspecto destacado A pesar de considerar correctamente la etapa previa al arbitraje como requisito de admisibilidad, Francia no adecua la situación a una causal de nulidad, como en el debido proceso al no respetar el procedimiento elegido por las partes.	Aspecto destacado Existe un criterio uniforme con respecto a la negación del carácter vinculante por parte de la vía judicial y al llegar a dicha vía por consiguiente también el tribunal arbitral, al considerar que no se puede obligar a las partes a un método autocompositivo.

Tabla basada en las posiciones anteriormente expuestas

Caso CODISA en el Tribunal Constitucional de Lima, Perú

Si bien el Tribunal Constitucional declara improcedente el amparo, la razón por la cual lo declara es porque no puede entrar a aspectos de fondo del laudo, al estar limitado la forma en que se puede proceder contra un laudo, sin embargo, presenta fundamentación en apoyo a otorgar el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje que es importante destacar, siendo el caso bajo el expediente 05311-2007 que establece lo siguiente:

Lo primero a mencionar son los hechos que formaron el caso siendo que CODISA interpuso una demanda de amparo contra el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú, solicitando que se declare inaplicable o se deje sin efecto el laudo de derecho expedido el 20 de agosto de 2004, bajo ciertos presupuestos, sin embargo, se mencionará solo el que nos es pertinente al tema de las cláusulas escalonadas.

CODISA alega que el procedimiento arbitral se desarrolló de una forma irregular, vulnerándose el debido proceso y la tutela judicial efectiva, puesto que se inobservó la negociación como requisito previo señalado en el acuerdo arbitral, por lo tanto, no se realizó la negociación pactada por las partes de forma vinculante, donde a pesar de alegarlo en el momento oportuno, el tribunal arbitral ignora dicho reclamo y continuo con el proceso

arbitral.

En respuesta a dicha alegación realizada por CODISA, el Tribunal Constitucional estableció que la cláusula efectivamente establecía el requisito como paso previo al arbitraje una negociación entre las partes en un plazo máximo de 30 días, del cual en el laudo no se mencionó dicho aspecto como tal, sin embargo el tribunal arbitral pretendió que la entrega de una Carta Notarial relacionada con el conflicto, era suficiente para el cumplir con el requisito previo, lo que resulta errónea puesto que es insuficiente el considerar que la negociación se ha cumplido con solo realizar una advertencia relacionada con el incumplimiento, puesto que la negociación prevista es un "imperativo vital a los efectos de prevenir una futura controversia" (párr. 11).

De la misma forma, expresa el Tribunal Constitucional en la resolución de comentario, en relación con la etapa previa al arbitraje lo siguiente:

Debe quedar plenamente establecido que no por tratarse de una etapa de carácter pre procesal, quiere ello significar que las reglas incorporadas a un contrato tengan un carácter meramente indicativo. Aquellas son ley para las partes y si por consiguiente y de acuerdo con estas últimas, existe una etapa de previas negociaciones, aquellas asumen un efecto plenamente vinculante respecto de las partes que generaron dicha relación. Su inobservancia por tanto es análoga a la vulneración que opera cuando se desacata el llamado procedimiento preestablecido por la ley en cuanto variante del debido proceso (párr. 12).

Bajo el mismo lineamiento, el Tribunal Constitucional en la sentencia de comentario, expone que el derecho al debido proceso garantiza que al resolver una controversia sea bajo un procedimiento preestablecido por la ley, siendo que si no se sigue lo dispuesto, el derecho se vería lesionado, que en el proceso arbitral "adquiere una particularidad, consistente en que las partes pueden pactar válidamente la realización de algún trámite previo, siempre que no resulte arbitrario, irrazonable o imposible de efectuar". (p. 11), por lo tanto, el Tribunal Constitucional establece lo siguiente:

En este contexto, los trámites previos al proceso arbitral, al ser producto de la autonomía de la voluntad de las partes, devienen exigibles por el juez o tribunal arbitral antes de admitir a trámite la demanda arbitral e iniciar el proceso, toda vez que se constituyen en requisitos de procedibilidad, que si no resultan arbitrarios,

irrazonables o imposibles de realizar, tienen que cumplirse por formar parte del procedimiento preestablecido por las partes, que de una manera particular estaría tutelado por el derecho al debido proceso (p. 11).

De acuerdo con la resolución anteriormente expuesta se tiene como resultado los siguientes hallazgos:

El Tribunal Constitucional de Perú concluye que el paso previo al arbitraje pactado por las partes tiene carácter vinculante, el cual debe ser cumplido, siendo el procedimiento que las partes escogieron en su autonomía de la voluntad, que al ser un procedimiento para resolver conflictos, donde el último escalón es arbitraje o la vía judicial, el tribunal arbitral o el juez debe velar por el debido proceso, por lo tanto debe asegurar el cumplimiento de la forma en que las partes decidieron dirimir sus conflictos, resultando un requisito de admisibilidad para poder continuar con el proceso arbitral o judicial.

De tal forma, no se trata de un requisito formal solamente, sino que es un requisito procesal, que incide en el debido proceso, como los procesos por ley, que al ser pactado por las partes produce el *pacta sunt servanda*, es decir los acuerdos tienen fuerza de ley entre las partes, por lo que no se puede simplemente ignorar el requisito al tener carácter vinculante y al no ser un requisito meramente formal el cumplimiento se debe constatar y si realmente este no ha sido cumplido, no se puede seguir con el procedimiento.

Sin embargo, en este caso se denota que el Tribunal arbitral inobservo el requisito previo y no lo considero relevante al no mencionarlo como tal en el laudo que se solicitó que se inaplique, lo que demuestra aun resistencia en cuanto a tomar en consideración el otorgar el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, a pesar de que se trata de un acuerdo entre las partes que produce *pacta sunt servanda*, siendo además que la autonomía de la voluntad es la piedra angular del arbitraje y que mayor muestra de voluntad que el pactar una disposición contractual que en este caso es la cláusula escalonada.

Efectos del incumplimiento de la etapa previa de una cláusula escalonada en la vía arbitral.

Con base en 3 documentos y la ley modelo de CNUDMI sobre la conciliación se analizó los efectos del incumplimiento de la etapa previa de una cláusula escalonada de la siguiente forma:

Suspensión del proceso arbitral o interponer de nuevo el proceso arbitral

Dentro de los efectos que se pueden producir al considerar la etapa previa del arbitraje como un requisito de competencia o de admisibilidad, el tribunal arbitral puede considerar suspender el proceso arbitral para el cumplimiento del paso previo o remitir a las partes al cumplimiento del paso previo, dando por terminado el proceso arbitral, siendo que las partes deberán interponer de nuevo el proceso arbitral.

Con respecto al efecto de suspensión del proceso arbitral mientras se cumple la etapa previa Fernández (2017) menciona el siguiente caso:

En Australia, los tribunales están dispuestos en principio a cumplir lo previsto en las cláusulas procediendo a una interpretación favorable al cumplimiento de los escalones inferiores cuando la redacción de la cláusula no está suficientemente clara. Concretamente en el asunto *Hooper Bailie Asociados Ltd v. Grupo NATCON Pty Ltd*.100 GILES J. (1992) se sostuvo que el acuerdo para mediar debía imponerse y que el procedimiento de arbitraje debía suspenderse hasta que el procedimiento de mediación concluyera (p. 120).

Otro de los casos que menciona Fernández (2017) relacionados con la suspensión del proceso arbitral es la sentencia del Tribunal Federal Suizo del 16 de marzo del 2016, que refiere lo siguiente:

En una controversia entre dos empresas implicadas en la investigación y explotación de yacimientos de petróleo se había pactado una cláusula que preveía dos momentos para la resolución, de la misma. Una conciliación, de acuerdo con el Reglamento ADR de la CCI, y fracasada ésta, un arbitraje de acuerdo con el Reglamento UNCITRAL. Surgida la controversia una de las partes recabó la conciliación ante la CCI, nombrándose el correspondiente conciliador. No obstante, tras una serie de conferencias telefónicas, la otra parte consideró que la misma había fracasado y procedió a remitir a la primera una solicitud de arbitraje. Constituido el tribunal arbitral, tras admitir la demanda, se apresuró a rechazar la incompetencia de jurisdicción al estimar que la tentativa de conciliación había tenido lugar. Semejante solución fue recurrida ante el Tribunal Federal, que ordenó la suspensión del proceso arbitral para permitir la conciliación acordada contractualmente con antelación al arbitraje. Dicho Tribunal interpretó, frente a las tesis de la demandante arbitral sustentada en un eventual abuso del derecho, que la cláusula contractual condicionaba

la validez del arbitraje UNCITRAL a la obligación de hacer un intento previo de conciliación por el Reglamento ADR y que la demandante no había cumplido con la pre conciliación obligatoria. En consecuencia, decidió suspender el arbitraje, ordenando al tribunal arbitral establecer una fecha límite para que las partes procediesen a la conciliación; sin embargo, no consideró oportuna una sanción en forma de daños por el alargamiento de la duración y el costo del procedimiento (p. 121).

En relación con la suspensión del proceso arbitral, dicho efecto es el que se considera más oportuno, puesto que insta a las partes al cumplimiento del paso previo bajo un plazo establecido y sin que las partes deban nuevamente instaurar el proceso arbitral, sino que el proceso arbitral se reanuda una vez cumplido el paso previo en caso de que las partes no hayan llegado a una solución en el método autocompositivo.

Por otra parte, establece Caivano (2011) que no existe un consenso con respecto a que efecto jurídico acarrea el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje estableciendo lo siguiente:

Existen discrepancias en torno al efecto específico: no es claro si el tribunal debe desestimar la acción por prematura o si debe suspender el juicio hasta tanto se cumpla con la etapa previa. La primera de estas soluciones ha sido adoptada por alguna sala de la Corte de Casación francesa, que rechazó la acción judicial iniciada por una de las partes sin haber cumplido la estipulación que obligaba a las partes a una instancia previa de conciliación; por los tribunales alemanes, que declararon inadmisibles sin prejuzgamiento la acción judicial iniciada sin haber cumplido la conciliación previa que habían pactado; y por algún tribunal arbitral, que juzgó que el arbitraje sería inadmisibles, por prematuro, si no se cumple la instancia previa. Por la segunda se ha pronunciado alguna doctrina, que interpreta que el tribunal arbitral no pierde su jurisdicción por no haberse cumplido la etapa previa, y que debe suspender el procedimiento hasta tanto se acredite el cumplimiento de la instancia conciliatoria; y parece ser la posición sugerida por la Ley Modelo de UNCITRAL sobre conciliación (p. 77).

Con respecto a la Ley Modelo de UNCITRAL/CNUDMI sobre conciliación esta prevé en el art. 13 lo siguiente:

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

Dicha legislación plantea una de las soluciones que los países deberían implementar con el fin de unificar el criterio en cuanto a la naturaleza jurídica de la etapa previa al arbitraje y el efecto jurídico que debe producir el incumplimiento, además dicha norma asegura que se le otorgue el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje, siendo que uno de los problemas principales es que no existe legislación que regule las cláusulas escalonadas, por lo que queda en la interpretación del tribunal arbitral o la vía judicial, lo que provoca que en muchos casos se alegue que no existe norma que lo sustente.

Caivano (2011) se inclina más por la suspensión del proceso arbitral mientras se cumple la etapa previa (posición que compartimos) por las siguientes razones que establece el autor:

Es la que mejor se compadece con la intención común de las partes, y con sus intereses: en caso de dar por finalizado el procedimiento arbitral, sobrevendrán luego –en caso de fracasar las negociaciones– varios problemas. Aun dejando de lado los costos que ello supone, la terminación del proceso implica que cuando sea necesario recurrir nuevamente al arbitraje deberá “reconstituirse” el tribunal (lo cual plantea dudas, por ejemplo, en torno a si los primeros pueden ser nuevamente designados) y “replantearse” la demanda (lo cual puede producir efectos adversos sobre la prescripción de la acción). Además, crea un importante incentivo para utilizar la objeción con fines obstruccionistas. La suspensión del procedimiento arbitral mientras dure la instancia de mediación previa, en cambio, es una solución más razonable, que satisface los dos objetivos: dar efecto a lo pactado, sin perjudicar los derechos de las partes (p. 78).

Daños y perjuicios

Cuando se considera a la etapa previa del arbitraje como un requisito sustancial, el efecto que produce es la condenatoria en daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación contractual, siguiendo con el proceso arbitral, por lo cual no remiten a las partes al cumplimiento, sino que el único efecto es el otorgamiento de daños y perjuicios.

Conforme a Júdice y Metello de Nápoles (2011) cabe destacar la siguiente crítica con respecto a considerar el efecto de incumplimiento del requisito sustancial de la siguiente forma:

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 incierto (p. 792).

Por otro lado, en base a la entrevista realizada a Laura Ávila directora de la DINARAC en su opinión establece que debe constar la asistencia o inasistencia de la parte, pero, se debe instar, pero la inasistencia no produce incumplimiento ni sanción (a pesar de que considera la etapa previa al arbitraje como un requisito de admisibilidad) sino que, apuesta a la educación, estableciéndolo de la siguiente forma:

Siempre los procesos previos, deben estar bajo el principio de la voluntariedad, ahora que es lo voluntario, aquí es donde entra la confusión de los conceptos, una cosa es que yo vaya obligatoriamente, agote obligatoriamente y otra cosa es que yo quiera conciliar, son dos muy distintas, una cosa es agotar la etapa, asistir a la audiencia y otra cosa es obligarme a conciliar, yo puedo ir a todas las etapas previas y no conciliar, pero estoy cumpliendo la etapa previa, yo te diría que propiamente, jurídicamente, no creo que pueda haber un incumplimiento de la etapa si no asisten, la voluntariedad es un principio para conciliar pero, no para asistir, nos obligan a asistir no hay problema, porque hay que agotar la etapa, pero queda en las partes en su autonomía de la voluntad si concilian o no, yo creería que nada más se agotó la etapa y debería que como en otros países que ocurre se hace una constancia se llevó a cabo la audiencia de mediación, las partes no asistieron o una de ellas no asistió, habiendo sido notificado, en el caso de México la inasistencia acarrea multas, la gente terminaba yendo para evitar la multa, era una forma de invitar e instar, en la importancia de asistir, era basado en multas y no en educación, yo apuesto

más a la educación, a la información al derecho de saber porque me conviene más ir que no ir, se puede obligar a ir, pero no a conciliar.

Sin embargo, Laura Ávila, está de acuerdo en que se puede suspender el proceso arbitral, remitiendo a las partes a la etapa previa al arbitraje, posteriormente reanudando el proceso arbitral y que ha sucedido hasta en casos donde no existe cláusula escalonada, sino que el árbitro intuye que podría ser resuelto mediante mediación y remite a las partes, ahora bien en congruencia a la educación y al derecho a saber porque me conviene, bajo esa premisa podría considerarse una opción viable para eso la sesión informativa de mediación.

De otra forma, Francisco Gonzales de Cossío en la entrevista realizada establece que el efecto jurídico debe ser el siguiente:

El efecto jurídico que debe acarrear el incumplimiento es la pérdida de derecho de cobrar costas, del universo de opciones, es que la consecuencia que logra el propósito y que es fácil de implementar es el derecho a costas, es decir, A demanda a B, se brinca la obligación de mediación y si hay un arbitraje o litigio, que el árbitro o juez, cuando conozca de ese asunto y una de las partes diga, B le diga a A, porque no mediaste y si A le dice, porque era necesario, este asunto no era apto para mediación, bueno, pero eso no lo sabes, porque no mediaste y pactamos mediación y eso es una obligación, ejercicio razonable de buena fe, señor arbitro condene a costas y el árbitro cuando analice el asunto o el juez, entonces digan pues veo que efectivamente A demando muy rápido, A no le importo que había un deber de mediar, A por ende desdijo la voluntad de las partes de obligar a mediar, por ende las costas que van a distribuirse, que el juez ejerza discreción o el árbitro y diga a ver A ganó, pero A no cumplió el deber de mediar, por ende aunque A gana el monto de costas se lo voy a reducir un poco, eso creo que puede ser útil, porque es lo que han hecho o cuando esto se empezó a hacer en Inglaterra en el caso Halsey, cuando se hizo en el art. 21 del Código canadiense de proceso civil, cuando se hizo en Hong Kong y recientemente en Ecuador, que hay una obligación, que impacta costas, si no la cumples, entonces las partes empiezan a mediar, las personas empiezan a respetar la obligación de mediación, cuando las partes lo han pactado, yo creo que esto es digno de comentar, porque entonces permites que las partes, antes de sacarse los ojos en

una batalla jurídica legal, puedan dialogar.

En otro extremo, Sergio Artavia, considera que no debe operar ninguna sanción en este aspecto, en cuanto a que no considera que sea vinculante la etapa previa al arbitraje, en una cláusula escalonada, posición que no comparto, ahora en cuanto a la posición de Laura Ávila hay una posición que comparto en cuanto que ella acepta la suspensión del arbitraje, remitiendo a las partes a la etapa previa al arbitraje, ahora bien el efecto que plantea Gonzales de Cossío es una posición que comparto en el sentido de las costas, donde complementaría la posición de Laura Ávila y Gonzales de Cossío, donde se suspenda el proceso arbitral, se remita a las partes al cumplimiento y se pueda condenar en costas si este actúa de mala fe, situación que se expondrá en la variable 4.

El efecto del incumplimiento de la etapa previa al arbitraje en la vía judicial

El efecto del incumplimiento de la etapa previa al arbitraje que se puede acarrear en la vía judicial es la anulación del laudo, conforme a las causales de nulidad que podría ser el debido proceso en el caso de que se considere requisito de admisibilidad o falta de competencia cuando se considera requisito de competencia, con los efectos que la vía judicial considere como la suspensión del proceso arbitral, como fue el caso del tribunal de Suiza mencionado en los apartados anteriores.

Por otra parte, en relación con la entrevista realizada a Laura Ávila directora de la DINARAC, en su opinión establece lo siguiente conforme a este punto:

Las situaciones dependen del tipo de árbitro que lleva el caso, hay árbitros que además son mediadores, entonces están muy casados, con el concepto de la mediación de abrir ese espacio, he visto árbitros que en la audiencia preliminar inclusive abren un espacio de conciliación o mediación o refieren a las partes aunque no haya cláusula escalonada, refieren a las partes a una mediación o conciliación y nos pasó en el CAM donde fui directora por 5 años, donde dieron una suspensión del proceso arbitral para que las partes fueran a conciliador, con un conciliador de la lista del CAM, algunas cosas se conciliaron, a veces el árbitro lo hace o prefiere que lo haga un tercero.

La anulación del laudo por no haberse observado, habría que ponerlo como causal, yo te diría que nuestra ley permitiría eventualmente sea una causal de nulidad, yo lo vería en dos términos, primero que un árbitro diga antes de evitarme a exponer mi laudo, de que este sea anulado, invite a las partes a ese espacio a cumplir esa etapa,

considerarla pre arbitral, yo creo que la competencia de los árbitros da para eso, el tema es si quieren hacerlo, un buen árbitro que defienda las cláusulas escalonadas podría basarse en que no quiere violentar o abrir una posible nulidad del laudo y mande a las partes a agotar la etapa previa, una cosa que nos pasó en el centro en el CAM era que había una cláusula escalonada, una de las partes consulto al centro si primero agota antes de ir a arbitraje y yo le recomendé, mejor agote porque así está la cláusula, siguiendo la voluntad de las partes, si la parte no quiere conciliar que no venga, pero mejor agote lo que la cláusula dice y recuerdo que lo agotaron, efectivamente la parte no llegó a conciliar, pero se hizo la constancia, el acta de no acuerdo por inasistencia de una de las partes y eso fue parte de lo que él adjunto a la hora de presentar el requerimiento arbitral, yo creo también que no solo pasa por el árbitro sino incluso por directores de centros.

Por otra parte, Sergio Artavia en relación con la anulación del laudo por la inobservancia del cumplimiento de la etapa previa al arbitraje menciona lo siguiente:

El tema es complejo, eso tiene que ver con dos figuras bastante interesantes una figura francesa, de los astreintes y en los países de habla hispana, los conocemos como cargas procesales, ósea hasta donde el incumplimiento de una obligación o de una carga procesal, debiera de originar una sanción económica contra la parte, es complicado porque habría que determinar, las razones por las cuales, una parte no asistió a la fase previa, es decir las circunstancias del caso concreto, que lo justificaron, porque no se acudió, si ya se habían agotado fases previas, si hay una relación desgastada o si no tiene ninguna intención la parte, además las sanciones procesales en estos casos, tienen que interpretarse de manera restrictiva, porque de alguna forma tienes la libre autodeterminación y las circunstancias del caso concreto, que pudieran no justificar siempre una condena automática por el incumplimiento de una cláusula de esta naturaleza.

En otro extremo, Francisco Gonzales de Cossío establece que suficiente sanción es la pérdida de derecho a cobrar costas y que la única sanción debe ser esa, ya que es de fácil aplicación y cumple con su propósito de hacer que las partes cumplan con la obligación de mediar pactada, a través de esa sanción ya sea que la última etapa sea vía judicial o arbitral, que el juez o árbitro determinen ese aspecto, bajo el incumplimiento de la etapa previa y a

petición de parte.

Lo anterior denota una falta de uniformidad en cuanto al pensamiento de si se requiere o no la anulación del laudo como sanción ante el incumplimiento, a lo cual coincido en ciertos puntos con Laura Ávila y con Sergio Artavia, en cuanto a Laura Ávila coincido y considero que si se debe adecuar a una causal de anulación del laudo el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje, para que esto pueda operar y coincido con Sergio Artavia, en cuanto que la anulación del laudo no puede operar de forma automática, por el incumplimiento de la etapa previa del arbitraje, ya que se debe ver el caso concreto y las circunstancias por la cual se incumplió, tema que se desarrollara en la variable 4 de esta investigación.

Con base en los efectos jurídicos del incumplimiento de la etapa previa al considerarla vinculante se tiene como resultado los siguientes hallazgos:

El considerar como efecto ante el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje los daños y perjuicios resulta errónea, debido a que el otorgar daños y perjuicios por incumplimiento del paso previo a la cláusula escalonada puede convertirse en un daño punitivo, puesto que no se puede demostrar realmente cual es el perjuicio de la inobservancia del paso previo, puesto el resultado se trata de un hecho futuro e incierto, así como puede tener éxito el método autocompositivo, este puede fracasar.

Bajo el mismo lineamiento, hay que tener en cuenta que ambos supuestos (tener éxito o fracasar) serían perjuicios diferentes y no se puede determinar cuál de los dos será el verdadero resultado, hasta que se intente y si este se intenta se dará por cumplido el paso previo, por lo tanto resulta poco práctico e incongruente con el derecho la concepción de la naturaleza de la etapa previa del arbitraje como requisito sustancial y que este acarree la sanción de daños y perjuicios para la parte que incumple.

Por otro lado, el considerar remitir a las partes al cumplimiento de la etapa previa, terminando con el proceso arbitral, tampoco resulta conveniente, puesto que implicaría para un mayor costo económico y de tiempo, al tener que volver a instaurar el proceso arbitral posteriormente al cumplimiento del paso previo, desconociendo si se puede volver a elegir los mismos árbitros o no, además el terminar con el proceso arbitral implica que no se interrumpe la prescripción por la presentación del requerimiento arbitral porque este terminó, no se suspendió.

En otras palabras, el suspender el proceso arbitral es el efecto pertinente ante el

incumplimiento de la etapa previa al arbitraje en cuanto a que suspende el proceso arbitral remitiendo a las partes al cumplimiento, siendo que una vez se da el cumplimiento se reanuda el proceso arbitral, sin tener que volver a instaurar el tribunal arbitral, lo que implica menor costo económico y de tiempo para las partes, además que el suspender el proceso arbitral, si interrumpe la prescripción al recibir el requerimiento arbitral.

En relación con la entrevista con Laura Ávila, se denota que considera que un buen arbitro instaría a las partes a la etapa previa y que se podría considerar una posible causal de anulación del laudo el no hacerlo, pero habría que adecuarse a una causal, por otro lado también puede influir los directores de centro de acuerdo con la entrevistada, debido a que estos en base a una consulta pueden recomendar o no el agotar la etapa previa, siendo que lo correcto es instar a las partes a la etapa previa puesto que así lo dispusieron.

En otro extremo se encuentra Francisco Gonzales de Cossío que menciona que es suficiente sanción la pérdida de derecho de cobrar costas, mientras que Sergio establece que es un tema complejo, habría que ver el caso concreto para determinar si se puede o no anular el laudo por dicho motivo.

Por lo tanto, las 3 posiciones se tratan de opiniones distintas, lo que denota que no se trata de un tema donde exista uniformidad en cuanto a los efectos jurídicos que debe acarrear el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje, ya que dentro de los profesionales que se dedican a los métodos RAC, es un tema que divide, en donde no se encuentra un consenso o acuerdo, por ello el tema es de compleja aplicación, ya que no se tiene clara la forma en que se debe sancionar el incumplimiento o si este debe ser sancionado.

Análisis de resultados de variables objetivo 3: El tratamiento establecido en relación con la figura de las cláusulas escalonadas en la jurisprudencia de la Sala Primera y Sala Constitucional

Resoluciones de las cláusulas escalonadas en Costa Rica

Para examinar el tratamiento establecido en Costa Rica, en relación a las cláusulas escalonadas se aplicó un análisis jurisprudencial a 30 resoluciones, 22 documentos, la ley 7727, ley 6734, ley 2825, ley 6074, entrevistas a profundidad y la Constitución Política para conocer la posición y fundamentación jurisprudencial costarricense, con respecto a la negación del carácter vinculante a las etapas previas al arbitraje, aspectos que podrían influir como la inconstitucionalidad del agotamiento de

la vía administrativa, la tutela judicial efectiva, las consecuencias de la negación del carácter vinculante y finalmente procedimientos que se llevan a cabo en Costa Rica similares a la figura de la cláusula escalonada.

Votos de la Sala Primera de la Corte Suprema y Sala Constitucional en relación con la figura de la cláusula escalonada

Sala Primera de la Corte Resolución No. 2033-2020

La resolución más reciente que se encuentra en relación con la figura de la cláusula escalonada, con respecto al carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, es la número 2033 del año 2020 de la Sala Primera, siendo que en lo pertinente a mencionar los siguientes aspectos:

Posición de la parte

- Al contestar la demanda arbitral, en lo que a la competencia atañe, la parte demandada indicó que en la especie no se ha cumplido con la etapa de mediación o conciliación prevista en la cláusula arbitral incorporada al contrato privado.

Posición de la Sala Primera

- Con respecto al aducido incumplimiento de la cláusula escalonada para la resolución del conflicto, consideró que la conciliación y la mediación son mecanismos voluntarios, a excepción de dos casos: la conciliación en los asuntos regulados por la Ley del IDA (actual INDER) y por la Convención sobre el Código de Conducta de las Conferencias Marítimas. Apuntó, la Sala Constitucional, en su sentencia 11460-2013, al conocer de la acción de inconstitucionalidad planteada contra la línea jurisprudencial de la Sala Primera en torno a la voluntariedad de la conciliación, señaló que nuestra legislación solo tiene dos procesos obligatorios -mencionados supra-, y, por consiguiente, la fórmula que las partes hayan convenido en un contrato de esta naturaleza sobre mediación o conciliación es voluntaria, no obligatoria. De ahí que, entiende el Tribunal Arbitral, la cláusula escalonada convenida por las partes de este proceso es voluntaria, debiéndose rechazar el alegato formulado, con fundamento en los artículos 43 de la Carta Magna, 5 y 18 de la Ley RAC, 627 y siguientes del Código Civil.

El resultado a partir de la revisión de la sentencia en comentario permite identificar los siguientes hallazgos:

Lo primero que se puede denotar de dicha sentencia es la actualidad del problema, siendo que hasta la fecha no existe una solución para la negación del carácter vinculante de la etapa previa del arbitraje, donde las personas todavía alegan el incumplimiento del paso previo y la Sala Primera de forma uniforme se ha negado a otorgarle el carácter vinculante, privando de efectos jurídicos a la figura de la cláusula escalonada, además de que tampoco produce ninguna sanción el incumplimiento.

Por otro lado, la fundamentación utilizada por la Sala Primera para la negación del carácter vinculante ha sido homogénea, estableciendo que el único mecanismo obligatorio es el arbitraje, siendo los métodos autocompositivos voluntarios, a excepción los establecidos por el ordenamiento jurídico, de acuerdo con el art. 43 de la Constitución Política y el art. 5 y 18 de la LRAC, además de los art. 627 y siguientes del Código Civil.

Mediante un análisis del articulado mencionado por la Sala Primera para fundamentar la negación de la etapa previa en una cláusula escalonada primero refiriéndonos al art. 43 de la Constitución Política, esta establece que "toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente", es decir, tiene rango constitucional la figura del arbitraje, pero no solo el arbitraje sino que también los métodos RAC de forma general, como lo ha mencionado la Sala Constitucional en diferentes resoluciones como la 1825-2011 y la 11153-2007.

Conforme a lo anterior, entonces se puede afirmar que no solo constituye la institución del arbitraje como tal, sino también la utilización de los métodos RAC, con la única limitación de que debe de tratarse de derechos disponibles para las partes, por lo cual evidencia que están inobservando el valor que tienen los métodos autocompositivos, los cuales pueden ser pactados por las partes de forma voluntaria, tal y como lo expresa el mismo art. mencionado por la Sala Primera, el art. 5 de la LRAC.

Por otro lado, el art. 43 está relacionada directamente con el acceso a la justicia del art. 41 de la Constitución Política, siendo que las sentencias anteriormente mencionadas también establecen que el acceso a la justicia también es el poder recurrir a los métodos RAC, sin embargo, se contradice en la resolución No. 18709-2019 de la Sala Constitucional que se comentará en el apartado de la tutela judicial efectiva.

Con relación al art. 5 de la LRAC, parece ser una interpretación de voluntariedad absoluta, que debería entenderse realmente como que las partes pueden pactar o no de forma

voluntaria una cláusula de resolución de conflictos, conforme la autonomía de la voluntad, por lo cual no se le puede obligar a pactar dichas cláusulas, sin embargo, una vez pactada la cláusula de resolución alterna de conflictos, se da por entendido que las partes plasmaron su voluntad de esta forma.

De tal forma, si las partes pactaron de forma obligatoria un paso previo al arbitraje, por sí mismas decidieron obligarse a lo allí pactado, siendo la interpretación correcta, sin embargo la Sala Primera interpreta el art. 5 de forma tal que no se le puede obligar a los métodos autocompositivos por su propia naturaleza, siendo que no se puede ni obligar a pactar estas cláusulas y aunque estas se pacten con carácter obligatorio, no se puede obligar al cumplimiento de estas por ser de carácter voluntario, lo que se contradice con los procesos similares permitidos en Costa Rica.

La contradicción encontrada en los procesos similares, son los mencionados en dicha sentencia como excepción, siendo ilógico puesto que dichos procesos causan el mismo efecto jurídico que pretenden evitar o negar, que es el carácter vinculante de un método autocompositivo por su naturaleza jurídica, de tal forma obligan en dichos procesos a ir al método autocompositivo antes de la vía jurisdiccional, siendo sustancialmente los mismos efectos jurídicos que produciría la aceptación del carácter vinculante de la etapa previa de una cláusula escalonada.

Por otro lado, el otro art. mencionado en la sentencia es el 18 de la LRAC, establece lo siguiente:

Cuando las partes hayan convenido por escrito que las controversias relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje, tales controversias se resolverán de conformidad con la presente ley, sin perjuicio de lo que las partes acuerden por escrito, siempre y cuando no se oponga a las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley.

En relación con el art. 18 de la LRAC, se establece autonomía de la voluntad de las partes, siendo que pueden redactar su cláusula arbitral, de la forma que consideren siempre y cuando no infrinja las disposiciones prohibitivas o imperativas de la misma ley, bajo este supuesto, las cláusulas escalonadas no están prohibidas de ninguna forma en la LRAC, por lo que se desconoce la razón por la cual la Sala Primera invoca dicho articulado.

Por otra parte, los arts. mencionados del Código Civil 627 y siguientes, refiere a las

obligaciones, con respecto a la validez, que debe existir capacidad contractual, que existe objeto posible y causa justa (art.627), con respecto a la capacidad para obligarse esta se presume (art.628), la obligación debe de estar dentro del comercio de los hombres, es decir, derechos disponibles (art.630), es ineficaz la obligación que fuere imposible, la obligación nace de los contratos, cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley (art. 632) y las obligaciones se extinguen por: por el pago, por la compensación, por la novación, por la remisión, por la confusión, por el evento de un obstáculo que haga imposible su cumplimiento, por la anulación o rescisión y por la prescripción.

De acuerdo, a los arts. mencionados del Código Civil se puede interpretar que mientras que la obligación sea válida (capacidad, objeto y causa), las personas se pueden obligar en una cláusula escalonada al paso previo del arbitraje, siempre que se traten de derechos disponibles, ya que la cláusula escalonada al ser un pacto entre partes es un contrato y el contrato es una causa productora de obligación, siendo que al menos de que haya un obstáculo que haga imposible su cumplimiento se podría incumplir dicha obligación, ya sea por razón física o legal, siendo que la física debe ser absoluta y permanente (art.631).

Por lo tanto, la razón y fundamentación por la cual la Sala Primera niega el carácter vinculante de la etapa previa a una cláusula escalonada no resulta suficiente ni coherente para privar de efectos jurídicos la cláusula escalonada, infringiendo así la autonomía de la voluntad de las partes al querer pactar estas cláusulas, permitiendo además el incumplimiento de una obligación contractual sin causar sanción alguna, mismos efectos tendría el que las partes no pactaran una cláusula escalonada, yendo en contra de los principios de contratación privada que se comentarán en los apartados correspondientes.

Sala Primera de la Corte Resolución No. 1293-2016

Posición de la parte

- En el segundo reclamo aduce, las partes suscribieron una cláusula escalonada para la solución de la controversia a la cual no puede negársele eficacia, pues voluntaria y expresamente se comprometieron a agotar una fase previa de mediación. Reprocha, no es lo mismo el deber de instar y propiciar una mediación, que la obligación de llegar a un acuerdo conciliatorio; de ahí que la cláusula escalonada suscrita no violenta la libre voluntad de las partes. Empero, lo actuado por el Árbitro, en el sentido de darle trámite al arbitraje sin cumplirse la fase previa, no sólo vacía de

contenido la cláusula, sino que además agrede la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. En criterio de la promovente, la falta de procedibilidad es una omisión procesal que genera la incompetencia del Árbitro

Posición del Tribunal Arbitral

- El árbitro desestimó el alegato de incompetencia con fundamento en tres motivos principales. Primero, porque los acuerdos de arbitraje y mediación son independientes entre sí. Segundo, porque la conciliación es una forma de resolución que se puede utilizar incluso durante el trámite del proceso arbitral, sin que exista sanción en caso de no ejercerla. Tercero, porque la posibilidad de conciliar queda librada a la autonomía de la voluntad de las partes y por ende carece de sentido práctico obligarlas a negociar cuando ya han decidido someter su diferendo a un proceso de arbitraje.

Posición de la Sala Primera

- Estima esta Sala, lo resuelto por el Árbitro se encuentra plenamente ajustado a derecho. Según el criterio jurisprudencial mantenido por este Órgano, el numeral segundo de la Ley RAC reconoce a toda persona el derecho de recurrir a la mediación como una forma alternativa de solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible. Acorde a la esencia de ese instituto autocompositivo, es indispensable que las partes en disputa tengan la voluntad de someterse a ese mecanismo para intentar alcanzar un arreglo. Desde esa lógica, si esa voluntad no existe, resulta infructuosa la convocatoria a audiencias con ese fin.
- Ahora bien, el hecho de que una de las partes, en este caso la señora Tourneau y Bernabella Town Enterprises Ltda. haya formalizado el requerimiento arbitral en contra de Punta Bahía S.A. para que la controversia se dirima en sede arbitral, es un signo inequívoco de la inexistencia de ese interés para conciliar de parte de las co demandantes.
- El no haberse llevado a cabo ninguna negociación previa es un hecho que no enerva el derecho de plantear la demanda arbitral, así como tampoco incide en la competencia del Árbitro designado para conocer del asunto. No tiene sentido práctico obligar a una de las partes a participar en una audiencia de conciliación si es evidente su renuencia para alcanzar un acuerdo de ese tipo, amén de que sería inadmisibles imponerle el cumplimiento de una etapa previa como la descrita con el único fin de

observar una mera formalidad.

- A mayor abundamiento de razones, la Ley RAC prevé en su canon 63 la posibilidad de que, antes del dictado del laudo y con efecto suspensivo del proceso arbitral, las partes en disputa puedan acudir a la mediación para solucionar la controversia existente entre ellas. De ahí que, la oportunidad para optar por un acuerdo conciliatorio no ha precluido como parece entenderlo la recurrente, sino que aún en este estadio procesal las partes pueden someterse a ese método autocompositivo de resolución de conflictos, si a bien lo tienen. En consonancia con lo expuesto, se desestimaré el reparo planteado.

A través de la revisión de la sentencia anteriormente mencionada se logra establecer los siguientes hallazgos:

La anterior resolución de la Sala Primera, denota la alegación de la parte hacia el cumplimiento del paso previo de la cláusula escalonada, siendo que se interpuso el arbitraje directamente sin acudir a la etapa previa de agotamiento obligatorio, según lo pactado en la cláusula escalonada, por lo que alega que debió haberse cumplido con dicha obligación, de tal forma de acuerdo a lo alegado la inobservancia del cumplimiento, influye en la competencia del tribunal arbitral (lo que en realidad consideramos como un requisito de admisibilidad).

De tal manera, el tribunal arbitral al seguir con el proceso arbitral implica una violación de la autonomía de la voluntad, siendo que por sí mismos decidieron pactar la cláusula escalonada con una etapa de agotamiento previo al arbitraje, reprochando además que esto no infringe la naturaleza de los métodos autocompositivos puesto que se trata de instar y propiciar la mediación, no de obligar a mediar, lo que denota que se trata de una obligación de medios y no de resultados.

Por otro lado, el tribunal arbitral no aceptó la excepción de incompetencia debido a que estima que los acuerdos de arbitraje y mediación son independientes entre sí, posición que no compartimos puesto que cuando se redactan en conjunto en una misma cláusula de resolución alterna de conflictos, resultando en una cláusula escalonada estos se encuentran ligados puesto que la mediación se tiene como de etapa previa antes de acudir al arbitraje.

Bajo el mismo lineamiento, también se debe destacar que en la figura de med-arb, existen diferentes modalidades donde puede que las partes hayan pactado la mediación y

arbitraje con la misma persona o con opción de cambio, por lo que demuestra lo ligado que se encuentran ambas figuras, al pesar de ser diferentes, esto gracias a la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que la alegación del tribunal supone un desconocimiento total de la figura del med-arb.

Otro alegato del tribunal arbitral es que la conciliación/mediación es una forma de resolución que de igual forma se puede realizar durante el trámite del proceso arbitral, lo que devendría en una figura diferente a la pactada por las partes un Arb-Med, en vez de un Med-Arb, además si así lo hubieran querido las partes no era necesario pactar una cláusula escalonada, sin embargo, las partes si lo pactaron en el disfrute de su autonomía de la voluntad.

El último alegato que el tribunal arbitral establece para la negación de los efectos jurídicos del arbitraje es que la posibilidad de conciliar queda en la voluntad de las partes si llegan o no a un acuerdo, por lo que carece de lógica obligarlas a negociar si han decidido someter el conflicto a un proceso arbitral, posición que no compartimos, puesto que se están basando en la teoría de la futilidad, siendo que no pueden afirmar que no llegaran a un acuerdo y que resulta ilógico instar al método autocompositivo, donde desconocen en realidad el resultado del método, siendo este futuro e incierto.

Por otro lado, la Sala Primera estima que la posición del tribunal arbitral es adecuada y ajustada a derecho, conforme a la posición uniforme que ha tenido la Sala, debido a que los métodos autocompositivos requiere la voluntad de las partes para llegar a un acuerdo, por lo que si no existe voluntad resultará infructuosa, siendo que en el caso concreto el que se haya ido directamente al arbitraje, muestra el desinterés en llegar a un acuerdo, posición que no compartimos debido a la insuficiente fundamentación y bases que tiene la teoría de la futilidad.

De la misma forma, la Sala Primera alega que es una mera formalidad, subestimando y desvalorizando la figura de los métodos autocompositivos, dando a entender que no es un método idóneo para la resolución de conflictos, estableciendo de forma tajante que será infructuosa el método autocompositivo, a pesar de que este ni siquiera se ha intentado, por lo que no puede asegurar un resultado de una situación jurídica que no ha iniciado.

Otra alegación de la Sala Primera es que se puede antes del dictado del laudo llegar a un acuerdo por lo que todavía tienen oportunidad de llegar a un acuerdo, que si bien es cierto

como se comentó anteriormente eso es otra figura Arb-Med y no se ajusta como tal a lo pactado por las partes, permitiendo además de esta forma que las partes puedan incumplir una obligación contractual, por lo que entonces una cláusula escalonada pactada de forma obligatoria no tendría sentido puesto que se le está negando el carácter vinculante y la fuerza de ley según lo dispuesto en el art. 1022 del Código Civil.

Sala Primera de la Corte Resolución No. 1569-2013

Posición de la parte

- Alega un único motivo. Dice, la resolución del Tribunal sostiene la tesis de que el pacto de conciliación previo no tiene fuerza obligatoria. Expresa, los árbitros consideraron que aún y cuando conste en el contrato, esto no genera deberes o consecuencias legales, entendiéndose que esa cláusula sería opcional. No obstante, lo anterior, indica, la parte de ese acápite que se refiere al proceso arbitral sí debe leerse como obligatoria, razonamiento que a todas luces no se ajusta a derecho, pues confunde un derecho sustantivo con una carga procesal.
- Señala, no son la parte actora ni el Tribunal, los llamados a descartar la posibilidad de acceder a una conciliación, deben ser las dos partes involucradas. En el caso particular, apunta, esa etapa es requisito para poder acudir al proceso arbitral. Con el proceder de los árbitros, menciona, se conculcaron los numerales 632 y 1022 del Código Civil, ya que las partes están obligadas a cumplir con lo que dice el contrato y seguir los procedimientos allí pactados, esto es un deber contractual. En el pacto negocial por ellos firmado, refiere, se estableció un acápite que tiene fuerza de ley, en donde se estipuló que cualquier disputa o reclamo, sobre el contrato será solucionado por las partes, en un plazo de 30 días y en caso de que no pudiesen llegar a un acuerdo, la disputa será solucionada por medio de un arbitraje en Costa Rica. Es claro, manifiesta, que dicha cláusula impone el agotamiento de la fase previa de negociación; siendo esta un requisito, lo que significa que, de no cumplirse, hay un impedimento para acceder a la vía arbitral.
- De tal manera, asegura, es absolutamente válido exigir la aplicación de la literalidad de la cláusula arbitral que exige un requerimiento "sine qua non" como lo es la conciliación para poder acceder al arbitraje. Así, asevera, si bien ninguna parte está obligada a aceptar el resultado de una fase de negociación previa, al haber prometido

que lo intentaría, debe naturalmente participar en dicho esfuerzo y hacerlo de buena fe.

- Las partes cuentan con la posibilidad de establecer propias normas para solucionar sus controversias; y es por ello, se convino que previo a que la controversia la conociera un tribunal arbitral, iban a intentar llegar a un acuerdo. Aunado a lo anterior, alega el recurrente, errónea aplicación de la jurisprudencia de esta Sala, ya que los árbitros no comprendieron que, en el caso de estudio, no se está ante dos cláusulas independientes, sino, que se trata de un acuerdo que tiene una sola, en la cual se estipula el deber de llevar a cabo un procedimiento conciliatorio previo a acudir a la vía arbitral. Entonces, arguye, no se trata de enfrentar dos cláusulas independientes y hacer prevalecer una sobre la otra; lo que se requiere es que se haga cumplir el procedimiento establecido por los negociantes.

Posición de la Sala Primera

- La parte actora dejó constancia expresa que renuncia en el requerimiento arbitral a cualquier fase o procedimiento previo de conciliación, lo que evidencia su desinterés por acudir a esta etapa.

Dato de interés

- En base a esta resolución fue que la empresa demandada interpuso una acción de inconstitucionalidad en contra de la jurisprudencia de esta Sala, en relación con la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, la cual fue rechazada por la Sala Constitucional, lo cual se comentará en apartados posteriores.

A partir de la resolución de comentario se detectan como resultado los siguientes hallazgos:

La parte alega que la resolución del tribunal arbitral está negando la fuerza obligatoria del paso previo al arbitraje, ya que los árbitros estiman que aún que exista un pacto entre las partes este no genera obligación para las partes ni consecuencias legales ante el incumplimiento, entendiendo esta como una opción y no obligación, a pesar de haber pactado la cláusula escalonada de forma vinculante, tomando el tribunal arbitral como una simple carga procesal, posición que no apoyamos puesto que se trata de una obligación contractual, un requisito de admisibilidad que pactaron las partes por sí mismas.

Por otro lado, la parte alega que no son ni la parte actora ni el tribunal, los legitimados

para descartar la obligación de la etapa previa al arbitraje, siendo que deben de ser las dos partes involucradas las que deben de mutuo acuerdo desistir de la etapa previa ya sea de forma expresa o tácita en el caso de que no se alegue el incumplimiento de la etapa previa, posición que compartimos pues la Sala Primera está permitiendo de esta forma la modificación unilateral de una obligación contractual que implica un requisito de admisibilidad, infringiendo el 632 y 1022 del Código Civil que establece el pacta sunt servanda.

De esta forma, la parte alega que la cláusula tiene un plazo de 30 días para tratar de solucionar sus conflictos, siendo que una vez agotado el plazo y que no se haya llegado a un acuerdo puede pasarse al paso siguiente siendo el proceso arbitral, lo que no sucedió en el caso concreto, puesto se acudió al arbitraje sin haber pasado el plazo, siendo este un requisito de admisibilidad para acudir a la vía arbitral, puesto que se trata de un requisito sine qua non, posición que se comparte puesto que se trata de un requisito de admisibilidad pactado por las partes, con un plazo establecido, el cual debe ser cumplido, para acudir al arbitraje, de acuerdo a la cláusula pactada por las partes.

Bajo el mismo lineamiento, la parte continúa alegando que no se trata de una obligación de aceptar el resultado del acuerdo, sino a participar en el método autocompositivo, que en el caso de que falle se pueda acudir al arbitraje, denotando de esta forma que se trata de una obligación de medios y no de resultados como se ha estado exponiendo.

Por otro lado, como último alegato la parte establece que existe una interpretación errónea de la cláusula escalonada, estableciendo como si fueran dos cláusulas independientes, cuando en realidad se trata de un solo acuerdo que establece un requisito de admisibilidad para acudir al proceso arbitral, por lo que no se debe de enfrentar dos cláusulas independientes y decidir cual prevalece sobre la otra, sino que se trata de dos mecanismos vinculados, uno de agotamiento previo al arbitraje y el otro (arbitraje) en el caso de que el anterior no haya resuelto el conflicto, posición que compartimos en su totalidad.

En caso de la Sala Primera esta alego en la sentencia de comentario que la parte actora renuncio en el requerimiento arbitral de cualquier procedimiento previo al arbitraje, lo que consideramos que esta situación permite la modificación unilateral de una disposición contractual y el incumplimiento de la obligación pactada entre las partes sin ninguna

consecuencia legal.

Sala Primera de la Corte, Resolución No. 69-2012

Posición de la parte

- Alega un único motivo, en el que aduce que el Tribunal no puede privarle de su derecho a tener a la mediación. Agrega, el que las partes no puedan llegar a un acuerdo constituye una exteriorización del pensamiento de quienes resolvieron, sin ningún razonamiento objetivo, ya que desacreditan la funcionalidad práctica y legal del citado proceso. Refiere que esta etapa fue convenida por las partes basadas en el principio de autonomía de la voluntad. Concluye, el omitir la mediación conllevaría a la nulidad de cualquier actuación que se dé.

Posición de la Sala Primera

- Ahora bien, así lo ha analizado esta Sala en anteriores ocasiones, incluyendo una resolución en que se discutió este aspecto entre las mismas partes la mediación es una forma autocompositiva de solución de conflictos, en donde un requisito esencial es la voluntad de todos los interesados. Desde esta perspectiva, en la medida en que alguno de los sujetos intervinientes en el diferendo manifieste su oposición a recurrir a este mecanismo, este resultaría infructuoso, y, por ende, no resultaría exigible. Dada la naturaleza de la figura, esta no puede imponerse, máxime cuando de antemano se tiene conocimiento de que se trata de una mera formalidad ante la renuencia de uno de los contratantes a transar el asunto.
- Así las cosas, aún y cuando la cláusula arbitral establezca la mediación como etapa previa, lo cierto es que, ante la negativa de una de las partes a participar, la vía quedaría expedita para acudir al arbitraje pactado. Esta es la situación que se presenta en el caso concreto, en el que, además de que la negativa a acudir a la mediación se puede colegir del hecho de que el arbitraje fue presentado en forma directa.

El resultado de la revisión de la sentencia anteriormente expuesta arroja los siguientes hallazgos:

En la sentencia anteriormente mencionada, la parte alega que el negarle el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje es desacreditar la funcionalidad práctica y legal de los métodos autocompositivos, siendo además que dicha negación violenta la autonomía de la voluntad, puesto que mediante esta es que se pactó la cláusula escalonada, posición que se

comparte puesto que la autonomía de la voluntad es la piedra angular del arbitraje y de todos los métodos RAC, de esta forma que si en el uso de esta las partes deciden pactar una cláusula escalonada, esta se debe respetar.

Por otra parte, la Sala Primera ha alegado en múltiples ocasiones como se puede ver en diversa jurisprudencia expuesta en esta investigación, que los métodos autocompositivos, por su naturaleza no se pueden obligar a que se recurra a esta puesto que se trata de un proceso voluntario, siendo que si existe oposición resultará infructuoso el mecanismo, puesto que se trata de una mera formalidad, posición que rechazamos en todos sus extremos como se ha venido exponiendo, puesto que la teoría de la futilidad no tiene fundamentos ni coherencia para poder negar el carácter vinculante de una obligación contractual, que resulta en un requisito de admisibilidad.

Por lo tanto, en esta sentencia se reitera la teoría de la futilidad como fundamento principal para negar el carácter vinculante del paso previo a la cláusula escalonada de forma tajante sin analizar el caso concreto y a pesar de que la cláusula sea pactada de una forma obligatoria por la voluntad de las partes, además de considerar dicho paso previo como una formalidad, lo que conduce al escepticismo de la utilidad de los métodos autocompositivos para la solución de conflictos, lo que retrasa el desarrollo de los mecanismos RAC, siendo realmente una vía que si soluciona conflictos al igual que los métodos hetero compositivos.

Sala Primera de la Corte, Resolución No. 1366-2011

Posición de la Sala Primera

- La presentación de la demanda arbitral es un signo inequívoco de que Calcento, Sociedad Anónima no tenía interés en someter el asunto a mediación. Así, este órgano decisor estima, que la no realización de la audiencia de mediación previa no repercute en la competencia del Tribunal Arbitral. En todo caso, se advierte, que el canon 43 de la Constitución Política, determina el derecho de toda persona a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun dándose un litigio pendiente. Se entiende esta figura, como la renuncia de las partes a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de acudir ante árbitros, quienes serán, los que, en definitiva, resuelvan la contienda. Se trata entonces de una forma hetero compositiva de resolver el litigio, a través de un tercero imparcial que valorará el caso y decidirá conforme a derecho o a criterios de equidad, quien impondrá la decisión a las partes.

- Por lo anterior, mediación y arbitraje son dos formas de resolución alterna de conflictos, pero difieren en que, en la primera, participa un tercero, pero únicamente con la finalidad de acercar a las partes a un acuerdo, quienes son las que, en definitiva, decidirán cómo solucionar el asunto; mientras que, en el arbitraje, el tercero resuelve la litis, quedando lo concerniente a su ejecución, a control jurisdiccional.
- El precepto 23 de la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, establece que el acuerdo arbitral no tendrá formalidad alguna, pero deberá constar por escrito, como pacto autónomo o parte de un convenio. A su vez el canon 37 Ibidem, señala que "una cláusula arbitral que forme parte de un convenio y disponga la celebración del arbitraje con arreglo a la presente ley, se considerará un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del convenio." Valgan las anteriores consideraciones para arribar a la conclusión, de que la cláusula arbitral, contenida en los contratos objeto de este proceso, es independiente de la "promesa de conciliación" y "compromiso de conciliación".

A partir de la anterior revisión se da como resultado el encontrar los siguientes hallazgos:

Como en las diversas resoluciones de la Sala Primera que se han comentado, esta de igual forma denota que si se acude directamente al arbitraje, este puede continuar sin necesidad del cumplimiento de la etapa previa pactada de forma vinculante, puesto que el acudir directamente al arbitraje demuestra el desinterés de acudir a la etapa previa, posición que como repetimos negamos rotundamente, por lo expuesto en comentarios anteriores.

Por otro lado, la sentencia en comentario realiza una interpretación alarmante, puesto que en base del art. 43 de la Constitución Política que determina el derecho de acudir a arbitraje, renunciando de esta forma a la jurisdicción ordinaria, la Sala interpreta de esta forma que al estar contenido dentro de la cláusula escalonada el arbitraje, se renuncia no solo a la vía judicial sino que a cualquier otro método de solución de conflictos, puesto que el arbitraje va a ser la forma por la cual las partes de forma definitiva va a resolver el conflicto.

De la misma forma, sostiene dicho argumento en base al principio de separabilidad de la cláusula arbitral, considerando independiente a la "promesa de conciliación" y "compromiso de conciliación", siendo una concepción equivocada y desconociendo totalmente la figura y los efectos que implica una cláusula escalonada.

En consecuencia, se trata de una sola cláusula, la cual implica un requisito de admisibilidad para el proceso arbitral, de la misma manera resulta alarmante que mediante este argumento se alegue que se renuncia a todos los métodos de resolución de conflictos, incluyendo los métodos RAC, a pesar de que se ha pactado uno de forma previa al arbitraje, con carácter previo al arbitraje, dando prioridad a esta conforme a lo pactado por las partes.

Sala Constitucional Resolución No. 11460-2013

Posición del accionante

- La posición jurídica impugnada permite a una de las partes desconocer una obligación contractual expresa de forma unilateral. Tal flexibilidad no debió permitirse vía jurisprudencia pues el mecanismo pactado para dirimir una disputa fuera de los tribunales es extraordinario y se asienta en el principio del mutuo consentimiento. Así, las partes libre y voluntariamente deciden el procedimiento que debe seguirse en caso de surgir una controversia en relación con el contrato suscrito. Atendiendo al principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden acordar que, de previo a que se encuentre habilitada la vía arbitral, someterán el conflicto a una conciliación, negociación, diálogo o a un simple intento de entendimiento por un determinado plazo.
- La jurisprudencia de la Sala Primera ha avalado que una de las partes desconozca lo estipulado en la cláusula arbitral y pueda acceder a un arbitraje, desconociendo unilateralmente lo pactado en el contrato, que jurídicamente tiene fuerza de ley entre las partes. El derecho al arbitraje es un derecho fundamental, cuyo ejercicio permite a las personas resolver sus diferencias por medio del arbitraje. La Sala Constitucional ha establecido que la esencia del arbitraje se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido, si las partes han convenido que de previo a tener habilitada la vía arbitral se debe realizar una fase de negociación por un plazo determinado, la autorización de la Sala Primera que permite que una de las partes unilateralmente cambie el procedimiento previamente pactado en la cláusula arbitral, lesiona severamente la esencia misma del arbitraje y lo vacía de contenido.
- El criterio jurídico formulado por la Sala Primera resulta inaceptable y contrario al derecho fundamental al arbitraje, pues lo vacía de su contenido esencial. La libertad de contratación, manifestación del principio de libertad, permite a los particulares

celebrar contratos con otras personas, de su elección y establecer libre y voluntariamente los términos y condiciones que regirán su relación contractual. Dentro de la esencia misma de la libertad de contratación, las partes, además de tener libertad para fijar las normas que regularán su relación, deben respetar lo pactado. Así, si dos o más partes se obligan en forma voluntaria, a través de un contrato, a seguir un determinado procedimiento para resolver cualquier disputa que se desprenda de la ejecución del contrato, resulta inconstitucional que un Tribunal acepte y autorice que una de las partes unilateralmente y de forma arbitraria, desconozca la letra del acuerdo de voluntades.

- Existen en el ordenamiento situaciones análogas a la descrita, en las que se han establecido procedimientos de negociación o conciliación como requisito obligatorio, de previo a acceder a un método hetero compositivo para resolver la disputa. Está el caso de la Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas, aprobada mediante Ley No. 6074, donde se establece una fase de Conciliación Internacional Obligatoria, procedimiento que fue analizado por la Sala Constitucional en el voto 2004-1922. Se trata de una situación idéntica a la referida, pues existe una fase de conciliación obligatoria, en un caso por ley y en el otro por contrato, donde se exige de previo a acudir a un tercero para resolver la controversia que se agote una fase de negociación. Debe resaltarse que el resultado de esa conciliación o negociación no es vinculante, sino que la obligación consiste en someterse al proceso, de buena fe. Se trata de abrir un espacio para el caso de que una de las partes, quiera proponer alguna solución amigable para terminar la controversia, pueda hacerlo.
- Otra situación similar analizada por la Sala Constitucional (voto No. 1574-2008) es la que se da en materia agraria, a partir del artículo 94 de la Ley de Tierras y Colonización. Es importante recordar que para que una diferenciación de trato sea constitucionalmente legítima debe tener una justificación razonable y que sea conforme con el sistema de valores constitucionalmente propugnado. En el caso en cuestión, no hay justificación válida que permita realizar un trato diferenciado ante iguales circunstancias.
- Aduce que, es preciso determinar si la posición adoptada por la Sala Primera en la jurisprudencia cuestionada cumple los criterios generales de razonabilidad exigibles

a toda actuación jurisdiccional. La falta de voluntad de una de las partes, a participar en la conciliación pactada, no invalida el acuerdo inicial de dar oportunidad a esta fase, de previo a acudir a la vía judicial o arbitral. Negar validez a una disposición contractual voluntariamente pactada, conlleva a restar valor a la voluntad libre de las partes, quienes concluyeron en la conveniencia de la conciliación inicial.

- Entonces, no resulta razonable, que a jurisprudencia de la Sala Primera niegue la posibilidad de que se realice el proceso previo obligatorio de conciliación, contractualmente pactado, bajo la premisa errónea de que la indisposición de una de las partes impediría una negociación exitosa. Dicho criterio jurisprudencial impone como única posibilidad de resolución del conflicto, la intervención de una autoridad jurisdiccional o arbitral, mediante un proceso que no solo es costoso, sino, además, lento, con el potencial de ocasionar el deterioro de una relación contractual que se pretende se desarrolle en términos de cordialidad, buena fe y confianza entre las partes.
- Otra situación similar en que se ha impuesto vía jurisprudencia, la necesidad de agotar las vías conciliatorias deriva del contenido del artículo 83 del Código de Trabajo, cuando el trabajador da por terminado su contrato de trabajo con responsabilidad laboral. El desarrollo jurisprudencial de esa norma establece la necesidad de acudir a las vías conciliatorias de previo a dar por finalizado el contrato laboral. La conciliación previa obligatoria es una tendencia que va en aumento. Si por imperio legal y jurisprudencia se exige que se agote alguna vía alternativa de solución de conflictos, de previo a acudir a la vía jurisdiccional, con más razón resulta razonable y necesario exigir que las partes respeten la condición previamente pactada por ellas mismas para la conformación de la competencia de un Tribunal Arbitral. Una interpretación en contrario resulta inconstitucional y lesiona el principio de razonabilidad.

Posición de la Sala Constitucional

- Además de ser un procedimiento, la conciliación es un acto jurídico en el cual intervienen sujetos con capacidad jurídica y distintos intereses y en donde su consentimiento y voluntad están dirigidos directamente a dar por terminada una obligación o una relación jurídica, a modificar un acuerdo existente o a crear

situaciones o relaciones jurídicas nuevas que beneficien a ambas partes. La conciliación presenta algunas características propias, dentro de las cuales hay dos que son fundamentales: su ejercicio es libre, es decir, se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes. Por ello, cualquier ciudadano puede acudir a la conciliación como una alternativa para solucionar sus conflictos. Además, es de libre negociación: el acuerdo conciliatorio al que llegan las partes es el resultado de discusiones y negociaciones para lograr la solución a la controversia. Las partes pueden o no llegar a un acuerdo, el conciliador no puede obligar a las partes a conciliar, las fórmulas de arreglo son de libre discusión y aceptación.

- La esencia del derecho al arbitraje está en la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, en el derecho que tienen estas de ejercer o no ese derecho. Tal y como lo señaló este Tribunal en la sentencia parcialmente transcrita, el contenido material del derecho se manifiesta en su condición de ser un derecho potestativo, que se ejerce en libertad. La circunstancia de que una de las partes no esté interesada en lograr un acuerdo conciliatorio, cuyo ejercicio es absolutamente voluntario, de previo a ir al arbitraje, en nada afecta la esencia de este último. En ese sentido, en tanto el acceso a la justicia arbitral sea libre, sin condicionamientos u obstáculos, no hay violación alguna. La jurisprudencia vertida por la Sala Primera que el accionante impugna, no interfiere, limita, ni obstaculiza el derecho fundamental de resolver los conflictos a través del arbitraje. Por el contrario, o que la Sala Primera hace es aplicar el artículo 5 de la Ley No. 7727, que dispone sobre la Libertad para mediación y conciliación.
- El accionante alega que las partes, además de tener el derecho de fijar las condiciones que regularán su relación contractual en libertad, deben respetar lo pactado, salvo casos excepcionales. Agrega que el derecho a determinar en libertad el contenido de un contrato, tiene como límite que este no sea contrario al orden público, la moral ni los derechos de terceros (artículos 28 de la Constitución Política). Lo expuesto por el accionante es correcto. Precisamente, dentro de ese contenido, las partes pueden o no incluir cláusulas que permitan resolver las disputas de carácter patrimonial, a través de la mediación, la conciliación o el arbitraje. Es claro que nadie puede ser obligado a someterse a ninguno de estos medios de resolución de conflictos, si previamente no lo ha consentido.

- En cuanto a la libertad de contratación, es oportuno recordar que el contrato es la manifestación de un acuerdo de voluntades cuyo cumplimiento queda condicionado a la voluntad de las partes. Si una de ellas no puede o no quiere cumplir con alguna de sus cláusulas, puede hacerlo. Claro está que ese incumplimiento puede generar responsabilidades, que la parte que ha cumplido su compromiso puede tener derecho a una indemnización frente al incumplimiento de la otra. Sin embargo, esos temas no son relevantes en este análisis.
- Lo que es cierto, es que siendo una de las características de estos medios alternativos que su ejercicio es estrictamente voluntario, no se puede obligar a una parte a llegar a un acuerdo, si aquella no tiene interés en ello. De ahí que el Tribunal considere que la jurisprudencia de la Sala Primera no lesiona ninguno de los derechos referidos: no impide el desarrollo de ninguna actividad comercial legalmente establecida, no impide que las partes lleguen a acuerdos y menos aún interfiere en la formación de las voluntades que luego darán origen al contrato.
- El accionante pretende ilustrar la lesión al principio de igualdad a partir de dos situaciones, a su juicio análogas, donde la ley ha establecido que el procedimiento de conciliación es requisito obligatorio de previo a acceder a otro tipo de proceso. Al efecto cita dos casos: El primero, la Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas, aprobada por Ley No. 6074. Esta Convención prevé un procedimiento que expresamente dispone una fase de conciliación obligatoria, de previo a acudir a la vía jurisdiccional correspondiente, denominada Conciliación Internacional Obligatoria. Al analizar la norma, la Sala señaló que «el mecanismo de resolución amistosa de controversias previstos en el Código de Conducta, así como la obligatoriedad de su empleo en caso de aumentos de fletes y recargos no resultan contrarios a las normas contenidas en los artículos 43, 152 y 153 de la Constitución Política. Los procedimientos aquí previstos no sustraen los conflictos surgidos en el tráfico mercantil conferenciado del conocimiento de los tribunales de justicia del país correspondiente. Si bien se debe acudir a la conciliación en ciertos casos, dicha medida tiende a evitar la realización de prolongados procesos jurisdiccionales, cuya duración podría perjudicar el sano una etapa previa de conciliación; sin embargo, la naturaleza y regulación de la conciliación, constituye un tema independiente del

proceso arbitral. Es evidente que estamos frente a situaciones que no son similares. El Código de Conducta de las Conferencias Marítimas, contiene normas expresas que obligan a acudir a la conciliación de previo a ir a la vía jurisdiccional; además, se trata de un instrumento de Derecho Internacional privado.

- El segundo ejemplo se refiere a la aplicación del artículo 94 de la Ley de Tierras y Colonización, norma que dispone que, de previo a interponer una acción judicial, deberá acudir a una fase de conciliación en que interviene el Instituto de Desarrollo Agrario. Al igual que en el primer ejemplo, hay una norma que dispone expresamente que el procedimiento a seguir; además, la naturaleza de la materia agraria es totalmente diferente a la de los contratos privados. No es cierto entonces, como dice el accionante que no hay una justificación válida que permita realizar un trato diferenciado ante iguales circunstancias. En ambos supuestos, existen normas que expresamente prevén la fase de conciliación como paso previo obligatorio a acudir a otra instancia. Ciertamente, a la luz de las circunstancias propias de cada materia, este Tribunal determinó que ello no lesionaba la Constitución Política. Sin embargo, ello no significa que esa sea la regla para seguir siempre, en todas las ramas del Derecho. Por otra parte, que este Tribunal haya avalado ese procedimiento, no significa que deba ser aplicado siempre, máxime cuando no existe una norma que así lo disponga. Tal y como se indicó atrás, la jurisprudencia impugnada tiene sustento en el artículo 5° de la Ley RAC, según el cual, el ejercicio de tales derechos es libre; no hay una sola disposición normativa que indique lo contrario.
- La jurisprudencia impugnada no hace otra cosa que aplicar el artículo 5° de la Ley RAC. De ahí que, al resolver la Sala Primera en el sentido impugnado, solo está aplicando lo que la ley dispone. Otra solución resultaría contradictoria con lo que es la esencia de estos procesos, que es la libertad total que tienen las partes de participar o no en ellos.

En base a la posición del accionante, este alega la inconstitucionalidad de la jurisprudencia de la Sala Primera que niega el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada bajo la siguiente fundamentación:

- Se trata de una obligación de medio y no de resultado
- La Sala Primera no está respetando el pacta sunt servanda

- Esto permite a una de las partes desconocer una obligación contractual expresa de forma unilateral
- Pretende que solo los métodos hetero compositivos pueden resolver el conflicto, restándole utilidad a los métodos autocompositivos.
- No se está respetando el procedimiento de resolución de conflictos escogido por las partes en su autonomía de la voluntad, siendo que la Sala Constitucional ha establecido que la esencia del arbitraje es la autonomía de la voluntad
- Se infringe el principio de igualdad y razonabilidad, al permitir las situaciones análogas por ley y jurisprudencia, pero no otorgar los mismos efectos jurídicos a lo pactado por las partes, a pesar de que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes
- Existen situaciones análogas que establecen un método autocompositivo como requisito obligatorio, de previo a acceder al método hetero compositivo, como la convención sobre el Código de Conducta de las Conferencias Marítimas, la Ley de Tierras y Colonización y además de la necesidad de agotar las vías conciliatorias cuando el trabajador da por terminado su contrato de trabajo con responsabilidad laboral, esto jurisprudencialmente.

Por último, en base a la entrevista con Laura Ávila directora de la DINARAC en su opinión en relación con la sentencia de comentario establece lo siguiente:

Me parece que lo que dice el recurrente es lo correcto y lo que dicen los señores magistrados no es correcto, es decir no estoy de acuerdo con la opinión que ellos externan, porque yo sí creo que al ser una cláusula que las partes firmaron, hay una voluntad, hay ley entre partes y debería de cumplirse la cláusula como la establecieron las partes, sino sería una derogación unilateral de la cláusula, entonces restarle ese carácter vinculante a la etapa previa me parece que es un criterio equivocado de la Sala.

Yo creo que ellos entienden el artículo 5 totalmente diferente a como lo entendemos todos los demás, el artículo 5 lo que dice es que las partes pueden acudir a la mediación, no habla de la voluntariedad para nada, dice la mediación y conciliación extrajudicial podrán ser practicadas libremente por los particulares, libremente es que pueden mientras sea patrimonial y disponible, pueden acudir a la mediación o conciliación, yo no veo ahí el tema de la voluntad, interpretan una norma que nadie la entiende como ellos la entendieron, solamente ahí lo he leído y lo he visto.

Por otra parte, Sergio Artavia haciendo referencia en general a la jurisprudencia de la Sala Primera y Sala Constitucional en relación con la negación del carácter vinculante considera que esta posición es acertada estableciendo lo siguiente:

Si, ya por lo que te dije considero que sí, de hecho es la posición de la Sala, que en mis libros de arbitraje, yo incluso he apoyado, que debería de ser la tesis correcta, es por esa razón que la redacción del Código Procesal Civil, incluso el procesal agrario, también se debatió que nos llamaron para unas discusiones y querían introducir el agotamiento previo de la conciliación en ciertos procesos en materia arbitral y civil, incluso en esas materias que uno diría son materias sensibles, sociales, que convendría, al final la posición de las comisiones y de los asesores que participamos es que no convenía porque se puede convertir en una táctica dilatoria, porque al final del día vas a la audiencia, simplemente decir no me interesa conciliar y entonces la víctima, la persona que está sufriendo el perjuicio, perdió quizás con la agenda del tribunal o el despacho uno, dos o tres meses, que se pudo haber ganado ya con el inicio del proceso, todo tiene sus pros y sus contras, pero en este caso me parece que si es correcta la posición de la Sala.

De la misma forma, Sergio Artavia considera acertada la posición de la Sala en cuanto a la interpretación del art.5 puesto que “al ser facultativo las partes pueden renunciar tácitamente, en este caso”, sin embargo, considera la obligación de mediar, como una obligación de medios.

En otro extremo, Francisco Gonzales de Cossío expresa que la negación del carácter vinculante no es acertada, mencionando lo siguiente:

No es acertada, cuando A y B, pactan mediar obligatoriamente, significa que deben de hacer un ejercicio razonable y de buena fe, para intentar llegar a un resultado positivo, si hecho este ejercicio razonable y de buena fe, no llegan a un acuerdo, haz agotado el contenido obligacional del deber de medios de mediar, porque no es de resultados, por ende haz cumplido la voluntad contractual de mediar, no la cumples cuando A y B habiendo pactado en un contrato, surge una disputa y una de las partes inmediatamente demanda sea en litigio sea en arbitraje a la otra parte, si eso ocurre, sin intentar la fase de mediación, propongo que se ha incumplido la obligación de mediación, porque las partes pactaron que debe intentarse antes un ejercicio razonable

y de buena fe.

De igual forma, Francisco Gonzales de Cossío establece que es errónea la interpretación del artículo 5 en cuanto a que se trata de una obligación de medios y no de resultados, como lo hace ver de forma errónea la sentencia de comentario, ya que no se puede obligar a que lleguen a un acuerdo, sin embargo, esa no es la obligación de la que se trata el pactar una obligación de mediación, sino el intentarlo.

Por medio de la sentencia comentada es que se permite dar como resultado los siguientes hallazgos:

La posición anteriormente mencionada por el accionante se comparte en su totalidad, puesto que los principios de autonomía de la voluntad, razonabilidad, igualdad y pacta sunt servanda se ven violentados mediante la posición de la Sala Primera y la Sala constitucional al negar el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, lo cual será expuesto en cada apartado correspondiente al principio mencionado.

Por otro lado, en base a la posición que defiende la Sala Constitucional para avalar la actuación de la Sala Primera y rechazar la inconstitucionalidad de la jurisprudencia de la Sala Primera ante la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje se estableció bajo la siguiente fundamentación:

- La naturaleza de los métodos autocompositivos se basa en la autonomía de la voluntad, no se puede obligar a que pacten una cláusula de resolución alterna de conflictos, ni se puede obligar a las partes a llegar a un acuerdo.
- Si la parte no está interesada en ir a la etapa previa al arbitraje, siendo el método autocompositivo absolutamente voluntario, en nada afecta al arbitraje.
- El acceso a la justicia arbitral debe ser libre sin condicionamientos u obstáculos, siendo que la decisión de la Sala Primera no limita el acceso de la vía arbitral, de tal forma no violenta la esencia de esta figura.
- El contrato es una manifestación del acuerdo de las partes cuyo cumplimiento queda condicionado a la voluntad de las partes si quieren cumplir o no con la obligación, siendo que si no quiere cumplir con la obligación puede hacerlo, con indemnización en caso de incumplimiento, sin embargo, considera que este último aspecto no es relevante en el caso.
- No se lesiona ninguno de los derechos que alegan, puesto que no impide el desarrollo

de ninguna actividad comercial, ni impide que las partes lleguen a acuerdos y no interfiere en la voluntad contractual.

- Con respecto a la lesión al principio de igualdad, la Sala Constitucional establece que no existe tal lesión en cuanto a que los procedimientos "similares" expuestos no son similares, puesto que la Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas, la naturaleza y regulación de la conciliación es independiente del proceso arbitral, ya que esta es previa a la vía judicial y no a la vía arbitral, además se trata de un instrumento de Derecho Internacional Privado.
- Ahora con respecto a la Ley de Tierras y Colonización, existe una norma expresa que faculta el requisito previo a la vía judicial, con un proceso establecido, además de que la naturaleza de la materia agraria es diferente a los contratos privados.
- No existe norma para la aplicación de la figura de la cláusula escalonada, que la Sala Primera y Sala Constitucional apliquen dichos requisitos obligatorios antes de la vía judicial, no significa que se apliquen siempre, estas se aplican por disposición de ley.
- Se aplica el art.5 de la LRAC que establece el ejercicio libre de los métodos autocompositivos, siendo que no existe normativa que indique lo contrario, de tal manera la Sala Primera lo único que hace es aplicar dicho artículo, una resolución contraria iría en contra de dicho art. y a la naturaleza de los métodos autocompositivos.

En relación con cada uno de esos puntos expuestos que hacen comentario a la fundamentación de la Sala Constitucional en apoyo a la decisión de la Sala Primera, con respecto a la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, se debatirá cada uno de estos en los siguientes puntos:

- Si bien es cierto que la naturaleza de los métodos autocompositivos se basa en la autonomía de la voluntad y no se le puede obligar a las partes a pactar o a llegar a un acuerdo, esto no es lo que se está discutiendo o contradiciendo por parte del accionante, sino que este alega que se debe instar y propiciar el método autocompositivo el cual las partes por voluntad propia decidieron pactarlo de forma obligatoria previo al arbitraje, siendo que se trata de una obligación de medio y no de resultado, por lo cual el pedir dicho cumplimiento no infringe la autonomía de la voluntad ni tampoco la naturaleza de los métodos autocompositivos, sino que se pide

el cumplimiento de la voluntad plasmada por las partes.

- El que la parte no esté interesada en ir a la etapa previa al arbitraje y acudir directamente al arbitraje, no impide el cumplimiento de lo que voluntariamente pactaron las partes, pues no se le obliga a llegar a un acuerdo sino a intentarlo, siendo que si no se llega a un acuerdo se puede acudir al arbitraje, una vez cumplido el paso previo en el cual no se llegó a un acuerdo o se llegó a un acuerdo parcial, siendo que si afecta el arbitraje, debido que se trata de un requisito de admisibilidad.
- La Sala Constitucional al parecer hace referencia que se infringe el acceso a la justicia, el que se condicione el acceso al arbitraje al cumplimiento del paso previo, lo cual resulta una concepción alarmante, debido a que entonces implica a que los métodos autocompositivos no son una vía idónea para resolver los conflictos, siendo los métodos hetero compositivos los únicos que pueden otorgar justicia a las partes, siendo además la esencia del arbitraje la autonomía de la voluntad, esta si se ve lesionada, debido a que no se toma en cuenta el procedimiento escogido por las partes para resolver sus conflictos.
- Resulta alarmante la posición de la Sala Constitucional con respecto a las obligaciones contractuales, puesto que establece una libertad total con respecto al cumplimiento de las obligaciones, haciendo referencia prácticamente que aunque se pacte contractualmente una relación quedará en las partes si quieren cumplirla o no, esto parecería en verdad una obligación natural, que queda meramente en la voluntad de las partes si quieren cumplirlo o no, en vez de una obligación civil, donde lo principal es el cumplimiento de la obligación que pactaron, siendo que las partes siempre que pactan obligaciones, estas son con el fin de cumplirlas, por lo cual esto lesiona el principio de buena fe contractual, puesto que si fuera solo por la voluntad de cumplirlo no sería necesario el realizar un contrato que le otorgue fuerza de ley entre las partes, por lo que se exige la ejecución forzosa o resolución contractual con daños y perjuicios, pero siempre con un efecto jurídico ante su incumplimiento, siendo que en el caso del incumplimiento del paso previo en una cláusula escalonada no produce ningún efecto jurídico ante su incumplimiento, incluso la Sala Constitucional considera irrelevante el discutir este punto.
- Debido a la fundamentación de la Sala Constitucional esta alega que no existe lesión

a ninguno de los principios que establece el accionante, puesto que no interfiere en la voluntad contractual, que como se ha estado exponiendo no es una posición correcta puesto que lesiona el pacta sunt servanda, la autonomía de la voluntad, la buena fe contractual, entre otros principios de la contratación privada que se establecen en los apartados siguientes.

- Con respecto a la Convención sobre el Código de Conducta de las Conferencias Marítimas, los efectos jurídicos que causa son sustancialmente iguales a lo que sucede en la cláusula escalonada, puesto que se trata de un requisito obligatorio previo al método hetero compositivo, la única diferencia es que está dispuesta por ley, pero la razón por la cual la Sala Primera y Sala Constitucional niega el carácter de la etapa previa al arbitraje es porque los métodos autocompositivos son de voluntad absoluta, siendo contradictorio el permitir entonces la conciliación obligatoria en dicha convención, puesto que permite el mismo efecto jurídico por el cual se le niega a otro, solo porque esta está dispuesta por ley, resultando incongruente puesto que lo pactado entre las partes tiene fuerza de ley, siendo un equivalente entonces a la ley solo que esta no tendrá efecto general sino que solo entre las partes contratantes, de acuerdo al art. 1022 del Código Civil.
- Ahora en relación con la Ley de Tierras y Colonización, bajo el mismo fundamento anterior, se trata de igual forma un requisito de admisibilidad obligatorio previo al método hetero compositivo, que en este caso es la vía judicial y está dispuesto por ley, pero de igual forma causa el mismo efecto jurídico que se le otorgaría a la cláusula escalonada, que es otorgar carácter vinculante a un método autocompositivo como requisito previo al método hetero compositivo.
- Si bien es cierto que no existe norma expresa para la aplicación de la figura de la cláusula escalonadas, tampoco existe prohibición para pactar estas cláusulas escalonadas, respondiendo de tal forma a la autonomía de la voluntad, los sujetos privados pueden pactar cualquier disposición contractual, siempre y cuando no infrinja los límites establecidos por el art. 28 de la Constitución Política, que son la moral, orden público y que no perjudiquen a terceros, siendo que la figura de la cláusula escalonada no infringe los límites de la voluntad privada, por lo cual no tiene sentido privar de efectos jurídicos a la figura, por otro lado establece que se aplican

los procedimientos similares es por disposición de ley, que como se comentó anteriormente el contrato tiene fuerza de ley entre las partes, resultando ilógico la fundamentación utilizada por la Sala Constitucional para aplicar dichos procedimientos y negar la aplicación por disposición contractual.

- En relación con la aplicación del art.5 de la LRAC este establece la voluntad de las partes de pactar o no una cláusula de resolución alterna de conflictos y de elegir al tercero que será conciliador o mediador, sin embargo la Sala Primera y Sala Constitucional lo interpretan de tal forma que si las partes pactar una cláusula vinculante de un método autocompositivo, este no es obligatorio por la naturaleza del proceso puesto que no se puede obligar a las partes a llegar a un acuerdo, que si bien es cierto que no se puede obligar a llegar a un acuerdo, esto no es lo que implica la obligación de requisito previo al arbitraje, sino que se trata de instar el método autocompositivo, sin estar obligado a llegar a un acuerdo o aceptar un acuerdo, siendo una obligación de medio y no de resultado, por lo tanto el otorgar el carácter vinculante no implica obligar a las partes a llegar a un acuerdo, sino a intentarlo, de tal forma si fracasan pueden ir al método hetero compositivo, por lo tanto no infringe el art.5 de la LRAC, a como la Sala Constitucional lo interpreta.

Por último, en relación con las entrevistas, Laura Ávila, considera acertada la posición del recurrente, en cuanto a que la posición de la Sala Constitucional resulta errónea al negar el carácter vinculante, interpretando el art.5 de la LRAC, de una forma diferente a las personas que ejercen los métodos RAC, siendo que no se trata el aspecto de voluntariedad como la Sala Constitucional lo está estableciendo, sino que el art. 5 solo establece que las partes pueden usar los mecanismos RAC y elegir el tercero mediador o conciliador, posición que comparto en su totalidad.

Por otra parte, de igual forma Francisco Gonzales de Cossío considera erróneo negar el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada y que la interpretación del art. 5 es equivocada, en cuanto a que interpretan bajo la premisa de que se trata de una obligación de resultados y no es así, sino que la concepción correcta es de que se trata de una obligación de medios.

En otra perspectiva, Sergio Artavia, apoya la posición de la Sala Constitucional, en cuanto a que los métodos autocompositivos son meramente voluntarios, cualquiera de las

partes puede renunciar a esta, además de que se puede utilizar como táctica dilatoria, por lo que considera correcta la posición de la Sala, por otra parte, considera acertada la interpretación del art. 5 bajo la premisa de que cualquiera puede renunciar a la etapa previa, pero aun así considera que se trata de una obligación de medios y no de resultados.

Los principios lesionados a través de la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje.

Para examinar la lesión de la autonomía de la voluntad por negar el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, que es parte de las consecuencias del tratamiento jurisprudencial costarricense hacia las cláusulas escalonadas, se aplicó revisión documental a 4 documentos y 6 jurisprudencias y a partir de esto se realizó un análisis.

La autonomía de la voluntad

En Costa Rica el principio de la autonomía de la voluntad está plasmado constitucionalmente en el art. 28 que establece que "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley".

Conforme al art.28 anteriormente mencionado, este quiere decir que todo sujeto privado puede mediante sus acciones realizar lo que considere haciendo uso de su autonomía de la voluntad, siempre y cuando no infrinja los límites dispuestos, por lo que el Estado no puede tener injerencia con respecto a lo que el sujeto privado realice al menos que este violente los límites impuestos constitucionalmente.

Como principio, implica que, dentro del poder regulatorio de las relaciones jurídicas patrimoniales, lo contratado, acordado o concertado por las partes o por los sujetos de la relación obligatoria es expresión de la libertad humana, ejercida, por supuesto, en las fronteras o límites que la ley impone, especialmente entre las disposiciones de carácter imperativo y las de índole dispositiva. Se obliga a quien otorga su voluntad en forma expresa o tácita, mediante el acto o negocio jurídico seleccionado y autorizado por el ordenamiento (Tolosa, 2017, p. 16).

De esta forma Brito (2019) establece que la autonomía de la voluntad implica que "las partes puedan válidamente: i) celebrar contratos o abstenerse de hacerlo, creando en el primer caso vínculos obligacionales; y ii) determinar el contenido de las obligaciones que se contraen, teniendo en cuenta los límites mencionados" (p. 263).

De esta manera, se estaría hilando demasiado delgado al considerar que un límite válido a la autonomía privada es catalogar de nulas las cláusulas multinivel en todos los casos y bajo cualquier supuesto, con el pretexto de que estas vulneran el libre acceso a la administración de justicia. No se entiende cómo en materia arbitral se le da una importancia suprema a la voluntad de las partes, incluso en aspectos relacionados con el procedimiento (Brito, 2019, p. 264).

De la misma forma, Salcedo (2015) expresa lo siguiente en relación con la voluntad privada para pactar cláusulas escalonadas:

La voluntad privada se erradica per se y de forma automática al momento de que las partes quieran acordar cláusulas escalonadas. La autonomía de la voluntad debe ser es el conducto para que las partes acudan a etapas o procedimientos previos al arbitraje que no tengan como fin trasgredir el orden público o derechos fundamentales, pero no es permisible que el legislador la excluya de los particulares para todos los escenarios posibles (pp. 103-104).

De acuerdo con Rosero (2017) la autonomía de la voluntad se ve vulnerado en eliminar los efectos jurídicos de las cláusulas escalonadas al no otorgarle el efecto vinculante al paso previo al arbitraje y tampoco consecuencias legales a su incumplimiento (p. 82).

Dentro de los elementos de la autonomía privada que menciona Soto (2003) está la libertad contractual, estableciéndola de la siguiente forma:

La libertad contractual es la facultad que tienen las partes contratantes para determinar libremente el contenido del contrato, es decir, estipular el conjunto de cláusulas que van a regir la relación contractual creada por el contrato. Mediante el ejercicio de esta libertad, las partes acuerdan libremente cómo va a ser el contrato, adecuándolo a los intereses que buscan satisfacer mediante la conclusión, del mismo. Es pues, la libertad que tienen los contratantes para determinar entre sí la forma y el contenido del contrato que han convenido en celebrar (p. 530).

Mediante los documentos anteriormente mencionados se puede visualizar el resultado bajo los siguientes hallazgos:

Dentro de los elementos que componen la autonomía de la voluntad existe la libertad contractual, donde faculta a las partes a acordar y pactar acuerdos de mutuo acuerdo, entre esos las cláusulas, como la cláusula escalonada, la cual redactan las partes mediante el uso

de su libertad contractual, viéndose lesionado con la negación de los efectos jurídicos de lo pactado por las partes, que es el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, siendo no solo la negación de este, sino que no existe efectos jurídicos ante el incumplimiento de esta cláusula contractual.

Por lo tanto, se logra razonar que se limita la libertad contractual de las partes al no resultar eficaz la cláusula escalonada ante la negación de los efectos jurídicos que esta debería de tener, a pesar de haber sido pactada de forma voluntaria por las partes, causando de esta forma los mismos efectos que si no se hubiera pactado la cláusula escalonada.

La autonomía de la voluntad como derecho constitucional, Sala Constitucional Resolución No. 6519-1996

El artículo 28 de la Constitución Política preserva tres valores fundamentales del Estado de Derecho costarricense: a) el principio de libertad que, en su forma positiva implica el derecho de los particulares a hacer todo aquello que la ley no prohíba y, en la negativa, la prohibición de inquietarlos o perseguirlos por la manifestación de sus opiniones o por acto alguno que no infrinja la ley; b) el principio de reserva de ley, en virtud del cual el régimen de los derechos y libertades fundamentales sólo puede ser regulado por ley en sentido formal y material, no por reglamentos u otros actos normativos de rango inferior; y c) el sistema de la libertad, conforme el cual las acciones privadas que no dañen la moral, el orden público o las buenas costumbres y que no perjudiquen a tercero están fuera de la acción, incluso, de la ley. Esta norma, vista como garantía implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones, de ese artículo en su párrafo 2º, el cual crea, así, una verdadera “reserva constitucional” en favor del individuo, a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público.

Con la ayuda de la sentencia anteriormente comentada es que se puede dar como resultado el siguiente hallazgo:

A través de esta resolución de la Sala Constitucional, se establece que el art.28 de la Constitución Política es donde se le considera un derecho constitucional la autonomía de voluntad, siendo que todo sujeto privado tiene la libertad de actuar de la forma que considere,

siempre y cuando no infrinja el ordenamiento jurídico, por lo que el poder público no puede eliminar, lesionar o limitar la autonomía de la libertad (excepto en lo establecido en el ordenamiento jurídico).

Sin embargo, esto es lo que sucede en el caso de la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, puesto que se está limitando la autonomía de la voluntad sin que haya causa justa (los límites establecidos en el ordenamiento jurídico) al no otorgarle los efectos jurídicos a las cláusulas escalonadas, puesto que su desaplicación no está fundamentada en base a los límites que debe tener la autonomía de la voluntad, puesto que el pactar cláusulas escalonadas no infringe los límites de dicho derecho.

La libertad contractual como elemento de la autonomía de la voluntad, Sala Primera de la Corte Resolución No. 656-2005

Esta facultad de relacionarse y contraer obligaciones encuentra su concreción en el contrato, entendido como pacto o acuerdo mediante el cual uno o varios sujetos de derecho, ejerciendo su libertad, deciden entablar relaciones jurídicas a fin de crear una situación generadora de derechos y obligaciones, lo que presupone libertad para definir si desean o no realizar el negocio, sus condiciones relativas, en caso de que el mismo se lleve a cabo, así como la forma contractual más adecuada a sus intereses e incluso la posibilidad de optar por modelos atípicos. Esto es, la potestad para ir más allá de las formas clásicas de contratación previstas por el legislador sin quebrantar por ello el Ordenamiento Jurídico. Así las cosas, todos estos aspectos quedan sometidos, única y exclusivamente, a la voluntad de las partes. Es este el principio consagrado como libertad contractual.

Conforme a la sentencia anteriormente mencionada se permite identificar los siguientes hallazgos:

La Sala Primera mediante la resolución anteriormente descrita expone el elemento de la libertad contractual como parte de la autonomía de la voluntad, estableciendo que las partes tienen la libertad de elegir con quién y cómo van a establecer disposiciones contractuales, las cuales van a acarrear derechos y obligaciones, entre las partes contratantes y si estas quieren finalmente crear una relación jurídica.

De esta forma, se establece que tienen la libertad de no solo optar por modelos típicos de disposiciones contractuales, sino que debido a su libertad contractual pueden establecer

modelos atípicos, mediante una redacción que dependerá de la creatividad, conveniencia y voluntad de las partes, que mientras esto no infrinja los límites de la autonomía de la voluntad las partes perfectamente pueden pactar las cláusulas que consideren pertinentes, como es el caso de las cláusulas escalonadas, que la libertad contractual faculta su uso.

Por lo tanto, si se faculta su uso, resulta ilógico la negación del carácter vinculante de la etapa previa, debido a que esto infringe la libertad contractual, al no respetar el acuerdo tal y como lo pactaron las partes, siendo que si las partes no hubieran querido una etapa previa al arbitraje, las partes no lo pactarían de esa forma, siendo que por medio de la autonomía de la voluntad es que se expresa la libertad contractual, la cual se ve lesionada por el tratamiento establecido a la cláusula escalonada.

Protección al derecho constitucional de la autonomía de la voluntad, Sala Constitucional Resolución No. 2448-2006

El artículo 28 constitucional establece lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado como "el sistema de la libertad", según el cual el ser humano, no sólo puede hacer todo lo que la ley no le prohíba, sino que tiene también la garantía que ni siquiera la ley podrá invadir su esfera intangible de libertad y, por ello, de autonomía e intimidad, fuera de los supuestos previstos taxativamente por la propia Constitución Política (orden público, moral y la necesaria protección de los derechos de terceros), los cuáles son de naturaleza excepcional, y por ende, de interpretación restrictiva. Se trata de conceptos que como indeterminados, autorizan una cierta flexibilidad, pero que no implican en ningún caso arbitrariedad, según lo han reconocido invariablemente la jurisprudencia y la doctrina, pues tienen que ejercerse según criterios de racionalidad y razonabilidad. En consecuencia, el orden público, la moral y los derechos de terceros deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin licencias que permitan extenderlos más allá de su sentido específico; sentido que, a su vez, debe verse en armonía con el principio pro libertate, el cual, junto con el principio pro homine, constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos.

El resultado que arroja la Sala Constitucional en la resolución anterior permite realizar los siguientes hallazgos:

La resolución expuesta por la Sala Constitucional, demuestra la protección que se otorga a la autonomía de la voluntad, siendo que no debe de limitarse dicho derecho de forma

arbitraria, sin haber constatado que realmente se está infringiendo los límites establecidos por el ordenamiento jurídico, siendo que debe de interpretarse de forma restrictiva los límites establecidos por la Constitución Política, para no lesionar el derecho sin ajustarse al principio de razonabilidad, por lo que debe realizarse un examen para determinar si el comportamiento del sujeto privado está extralimitando el marco jurídico de la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, si las cláusulas escalonadas no infringen lo determinado por el ordenamiento jurídico, no tiene razón de ser el que se limite la autonomía de la voluntad, siendo que no se ha comprobado a través de ninguna jurisprudencia que las cláusulas escalonadas se extralimiten en la libertad otorgada constitucionalmente a las partes para establecer disposiciones contractuales.

En virtud de que la Sala Primera y Sala Constitucional no ha realizado un análisis para determinar este punto, por lo que debería prevalecer el principio pro libertate y pro homine, de tal forma entonces debería aceptarse los efectos jurídicos de lo pactado en una cláusula escalonada a través de la libertad que se le otorga a las partes en el art.28 de la Constitución Política, que al negar el efecto vinculante están estableciendo mediante jurisprudencia límites a la libertad contractual que están fuera de los que se estableció constitucionalmente.

**Libertad contractual para pactar disposiciones contractuales, Sala Primera de la Corte
Resolución No. 872-2007**

Según los principios de libertad contractual y autonomía de la voluntad, lo acordado en el contrato tiene fuerza de ley y efectos entre las partes (artículos 1022 y 1025 del Código Civil). En el caso concreto, las partes convinieron las formalidades para hacer el requerimiento de pago, para luego proceder a su cobro. De no hacerlo, la gestión cobratoria es prematura.

A través de la resolución de la Sala Primera mencionada, se puede lograr establecer los siguientes hallazgos:

Por medio de la resolución mencionada en el párrafo anterior, se demuestra la protección de la libertad contractual, permitiendo disposiciones contractuales atípicas, que las partes decidieron pactarlas de forma obligatoria por si mismos haciendo uso de su autonomía de la libertad, por lo cual deben cumplir dichas disposiciones, como establece el ejemplo anterior al pactar una formalidad para el requerimiento de pago, la cual debe ser

cumplida conforme a lo pactado, puesto que acarrea efectos vinculantes, debido que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes.

Es decir, se permite utilizar condiciones especiales para el cumplimiento contractual, como es el ejemplo de la jurisprudencia señalada, que resulta similar a la condición especial que someten las partes para la resolución de sus conflictos, estableciendo de previo el método autocompositivo y en caso de no llegar a un acuerdo pasar al método hetero compositivo, por lo tanto, las partes deben seguir el mecanismo elegido por sí mismas.

El no otorgar efecto vinculante a las disposiciones contractuales infringe la libertad contractual, Sala Primera de la Corte, Resolución No. 388-2008 en el mismo sentido Sala Primera de la Corte, Resolución No. 299-2009

Nota de la Magistrada Carmenmaría Escoto Fernández

Podría, plantearse la hipótesis de un quebranto al párrafo primero del numeral 1023 del Código Civil, si un tribunal arbitral indicara que los contratos carecen de obligatoriedad o que no puedan ser integrados, en cuanto a sus efectos, con las consecuencias que deriven de la equidad, el uso o la ley, hacen nacer de la obligación, según su naturaleza; desconociéndose el principio fundamental de libertad contractual y de plenitud hermenéutica que deriva del anterior. La Constitución Política reconoce a toda persona, como derecho fundamental, su libertad para autodeterminarse y regular sus intereses de la forma que estime conveniente (ordinales 20 y 28 párrafo segundo). En el ámbito contractual, esta libertad se encuentra de manera implícita reconocida en los cardinales 1022 y 1023 del Código Civil, el primero confiere fuerza vinculante a los acuerdos celebrados entre las partes. El segundo en su párrafo primero otorga dicha obligatoriedad, tanto a lo contenido expresamente en los acuerdos, cuanto a las consecuencias que de ellos conlleven, según la equidad, el uso o la ley, conforme a la naturaleza de lo pactado en tanto no dañen la moral, normas imperativas o de orden público o perjudiquen a terceros, según lo dispuesto por la ley, conforme a los cánones 28 constitucional y 627 incisos 2) y 3), así como el 631 ambos del Código Civil. Por ende, sería violatorio a este principio fundamental el negar validez o eficacia a un acuerdo libremente dispuesto por las partes o negar aquellos efectos inmersos en su contenido o provenientes de la equidad, el uso o la ley.

A partir de la nota dejada por la magistrada en la resolución de comentario se puede dar como resultado el siguiente hallazgo:

La magistrada Carmenmaría Escoto Fernández realiza una nota en la resolución de comentario, debido que el asunto no se puede tratar mediante la sentencia como tal ni en un voto salvado, puesto que ya entraría al fondo del conflicto resuelto por vía arbitral, estando limitados únicamente a referirse a las causales de nulidad del laudo, sin embargo la magistrada, ante la situación quiso dejar en claro que en el caso de que un tribunal arbitral niegue el efecto vinculante de las disposiciones contractuales pactadas entre las partes, constituye una violación a la libertad contractual.

Bajo esta premisa, entonces se razona que el tribunal arbitral al negar el efecto vinculante a cualquier disposición contractual está infringiendo la libertad contractual de las partes y el no otorgar efectos jurídicos pertinentes a la disposición contractual de acuerdo con lo pactado por las partes lesiona la libertad contractual, de igual forma el no otorgar una sanción en cuanto al incumplimiento de lo pactado.

Exactamente lo que ocurre en el caso de las cláusulas escalonadas donde niegan el carácter vinculante a una disposición contractual, siendo esta la etapa previa al arbitraje como parte del procedimiento de resolución de conflictos, donde las partes decidieron de forma obligatoria de previo acudir a un método autocompositivo, que la Sala Primera y Sala Constitucional al negar el carácter vinculante, están lesionando la libertad contractual que es la expresión de la autonomía de la voluntad de las partes por medio de un contrato.

La no intervención del Estado ante las disposiciones contractuales pactadas por las partes a través de su autonomía de la voluntad, Sala Primera de la Corte, Resolución No. 478-2020

Las partes se asumen libres, en igualdad jurídica y económica y en pleno ejercicio de su autonomía de la voluntad. Esta última les permite la mejor gestión de sus propios intereses, a efecto de lo cual podrán auto someterse, de manera voluntaria, a la realización de determinadas conductas jurídicamente exigibles, lo cual se constata luego de la emisión del consentimiento. Éste último es el elemento medular y distintivo de los contratos respecto de las demás fuentes obligacionales. Su manifestación -expresa o tácita- de forma libre y espontánea, hace surgir obligaciones de carácter relativo y su ausencia o manifestación imperfecta o viciada genera un

problema de validez del vínculo. Tal estructura ideológica y teórica permitía a la doctrina afirmar que el balance o equilibrio del contrato devenía como consecuencia natural de la interacción -autónoma y libre- de los negociantes. En este entendido, el contrato se concebía como intrínsecamente “justo”, pues se entendía como el resultado del “querer” voluntario de personas no obligadas a vincularse, pero que consentían en hacerlo en resguardo de sus intereses y necesidades. Por ello, no correspondía al Estado entrometerse en el balance o equilibrio de las prestaciones surgidas al abrigo de la autonomía de la voluntad.

De acuerdo con el extracto de la sentencia anteriormente mencionada de la Sala Primera se da como resultado el siguiente hallazgo:

El Estado no debe intervenir en las disposiciones contractuales pactadas por las partes en su uso de la libertad contractual, siendo que por sí mismas decidieron obligarse a estas, por lo que no corresponde al Estado discutir, modificar o limitar los efectos de las cláusulas contractuales contraídas por las partes de forma voluntaria.

En consecuencia, la negación del carácter vinculante de la etapa previa de la cláusula escalonada, siendo una disposición contractual, es una violación a la libertad contractual de las partes que por mutuo acuerdo decidieron pactar una cláusula escalonada, evidenciando la errónea intromisión de la Sala Primera, Sala Constitucional y el Tribunal arbitral al no otorgar el efecto vinculante a la cláusula escalonada.

Principio de razonabilidad

Para examinar la razonabilidad de la negación del carácter vinculante de la etapa previa a la cláusula escalonada se utilizó el documento de Rosero y 2 jurisprudencias de la siguiente forma:

Conforme a la Sala Constitucional en la sentencia 3933 del año 1998 ha establecido lo siguiente con relación al principio de razonabilidad:

El principio de razonabilidad extiende la protección del principio de legalidad, por cuanto toda intervención del Estado que lesione los derechos del ciudadano no sólo requiere de una base legal, sino que además necesita ser realizada de tal manera que estos derechos sean afectados lo menos posible. Dicho con otras palabras, la injerencia del Estado en la esfera privada es constitucional hasta tanto sea indispensable para una razonable protección de los intereses públicos.

Rosero (2017) realiza un examen de razonabilidad mediante los conceptos de adecuación, necesidad y proporcionalidad, pues hay que determinar si es adecuado, necesario y proporcional la negación de los efectos jurídicos a la figura de la cláusula escalonada (p. 85).

Considera Rosero (2017) que el efecto que genera no otorgarle el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje en las cláusulas escalonadas es el siguiente:

Es totalmente adverso pues fomenta que las partes litiguen, en lugar de solucionar sus conflictos amistosamente. Ello se traduce en arrebatarles la solución de la controversia a las partes, para entregársela a un tercero (juez o árbitro), incluso cuando dichas partes de antemano habían acordado procurar primero una solución consensuada (p. 84).

De la misma forma, Rosero (2017) refiere que es inadecuado el medio utilizado para proteger el derecho puesto que, las cláusulas escalonadas no representan un obstáculo para el acceso a la justicia, por lo que él no otorgar los efectos jurídicos no contribuye en nada a la protección a ese derecho, siendo además que esta posición difiere del propósito buscado, ya que provoca escepticismo de la utilización de los mecanismos RAC, "los cuales desarrollan una visión más amplia de justicia, que las tradicionales vías litigiosas" (p. 85).

Por otro lado, Rosero (2017) con respecto la necesidad, establece que "el concepto de necesidad exige que los medios utilizados, sacrifiquen en la menor medida posible los principios constitucionales afectados para proteger el fin legítimo buscado", siendo que la negación de los efectos jurídicos a la cláusula escalonada vulnera la autonomía de la voluntad "sin que se demuestre cómo ello beneficia al acceso a la administración de justicia" (p. 86).

Con respecto al concepto de proporcionalidad "en sentido estricto entre medios y fines", el cual de acuerdo a Alexy (1997) citado por Rosero (2017) este "busca evitar que los principios que dotan de fundamento al fin pretendido, no sacrifiquen otros principios constitucionalmente más importantes", por lo que se "busca evitar la colisión de derechos, y ponderación entre ellos", por lo cual no resulta proporcional negar el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, para "proteger" el acceso a la justicia (p. 86).

Rosero (2017) fundamenta que no resulta proporcional el medio usado para proteger el acceso a la justicia en tanto este no se ve lesionado como tal, por su parte la autonomía de la voluntad se ve gravemente lesionado al negar en su totalidad los efectos jurídicos que

debería de tener la cláusula escalonada, por otro lado, establece que la autonomía de la voluntad es sustancialmente superior a la administración de justicia (p. 86).

Conforme a la sentencia mencionada anteriormente y el documento de Rosero se puede establecer como resultado los siguientes hallazgos:

La forma para que el Estado pueda intervenir en los comportamientos privados, estos deben infringir los límites de la autonomía privada o debe existir un motivo razonable por la cual se interviene, como la protección de los intereses públicos, que, en el caso de las cláusulas escalonadas, su estipulación y aplicación, no infringe ni los límites de la voluntad ni los intereses públicos, por lo cual la intervención del Estado mediante la negación del carácter vinculante resulta irrazonable.

Por otro lado, en base al examen de razonabilidad utilizado por Rosero resulta inadecuada, innecesaria y desproporcional, la forma por la cual se pretende proteger el acceso a la justicia, siendo en el caso de Costa Rica que la principal razón por la cual no se otorga el efecto vinculante es por la voluntariedad de los métodos autocompositivos, por considerarlos un formalismo y por estimar que remitir al método autocompositivo resultara infructuoso, por otro lado de forma secundaria por proteger el acceso a la justicia, por lo tanto con mayor razón resulta inadecuada la medida de no otorgar los efectos jurídicos a la figura de la cláusula escalonada.

Requisitos del Principio de Razonabilidad Sala Constitucional Resolución No. 8858-1998

Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que, si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La in idoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo

algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad.

Conforme a la sentencia de la Sala Constitucional da como resultado a partir de su revisión los siguientes hallazgos:

Para realizar un examen de razonabilidad de acuerdo a la Sala Constitucional se debe determinar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida impuesta de lesionar un bien jurídico, que en el caso de las cláusulas escalonadas se lesiona la autonomía de la voluntad sin necesidad de proteger otro bien jurídico, siendo que el único mencionado en la jurisprudencia y con carácter secundario es el acceso a la justicia, que realmente no se ve lesionado por el requisito de admisibilidad, puesto que el acceso a la justicia no implica solamente a la vía judicial sino que los métodos RAC también son una forma obtener justicia, siendo la vía decidida por las partes en el momento de pactar una cláusula escalonada.

Por lo tanto, no resulta idónea la medida, pues esta no está atendiendo a ninguna necesidad, puesto que el otorgar efectos jurídicos a la cláusula escalonada no infringe ningún interés público y el único interés alegado de forma secundaria es el acceso a la justicia, que como se mencionó anteriormente la cláusula escalonada no infringe dicho derecho, como se expondrá ampliamente en el apartado de la tutela judicial efectiva, por otro lado con respecto a la proporcionalidad no resulta proporcional negar en su totalidad de efectos jurídicos la cláusula escalonada, para en la práctica no proteger ningún bien jurídico.

Pacta sunt servanda

Para examinar la relación entre el pacta sunt servanda y la cláusula escalonada, la cual es una lesión producto del tratamiento establecido en Costa Rica, se utilizó la legislación costarricense, 2 documentos y 2 jurisprudencias de la siguiente forma:

El pacta sunt servanda implica el carácter obligatorio de los contratos, según lo dispuesto en el art. 1022 del Código Civil que establece que "los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes", es decir las partes deben sujetarse a lo que están haciendo uso de su autonomía de la voluntad pactaron, de la misma forma el 1023 ídem establece que

"los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación".

De acuerdo con Solarte (2004) el *pacta sunt servanda* empieza a surgir de la siguiente forma:

Con el perfeccionamiento de un negocio jurídico las partes contratantes buscan satisfacer una determinada necesidad de tipo práctico y establecen las principales reglas de conducta que habrán de regir en el futuro su particular relación. El negocio jurídico se celebra con el fin de producir unos determinados efectos que son intencionalmente queridos por las partes. Dicha regulación, por regla general, entrará en vigor inmediatamente se perfeccione el consentimiento o, excepcionalmente, lo hará en un momento posterior, al vencerse el plazo convenido o acaecer la condición suspensiva acordada. Lo convenido entre las partes será una "ley" para ellas (principio de normatividad), en el sentido de que las partes estarán constreñidas al cumplimiento (p. 291).

De la misma forma Soto (2012) establece el *pacta sunt servanda* como principio inherente a los contratos por lo que debe acatarse de la siguiente forma:

El principio de la obligatoriedad del contrato o *pacta sunt servanda*, conforme al cual los contratos obligan a las partes contratantes y, por lo tanto, los pactos deben cumplirse. Este principio es consustancial al origen del derecho contractual, lo cual hace que no se cuestione su presencia (p. 201).

El *pacta sunt servanda* es la intangibilidad o irrevocabilidad del contrato. Que el contrato sea intangible significa que una vez celebrado válidamente no podrá ser modificado o dejado sin efecto. La única forma de privar de efectos jurídicos al contrato será por un nuevo acuerdo, por la vía de la novación, la compensación (voluntaria), la condonación o el mutuo disenso (p. 205).

En este sentido, un contrato válidamente celebrado y no sujeto a ningún vicio de voluntad o defecto extrínseco no puede ser alterado por un tercero o, unilateralmente, por una de las partes, tampoco por el juez (salvo situaciones específicas como, por ejemplo: cláusulas abusivas) o por el legislador (p. 205).

Si dos personas celebran un contrato, en ejercicio de su autonomía privada y conforme a los mandatos de la buena fe, dicho contrato será obligatorio. Así, si uno

de los contratantes no cumple con sus obligaciones asumidas en el contrato, el Estado faculta al contratante perjudicado con el incumplimiento para que solicite el cumplimiento (p. 205).

Por otra parte, conforme a la entrevista de Laura Ávila en relación con los principios de contratación privada, establece en su opinión que el negar el carácter vinculante al paso previo en una cláusula escalonada lesiona dichos principios, mencionando lo siguiente:

Sí creo, porque va en contra de la voluntad de las partes, las partes dispusieron algo en el momento de negociar, el negocio es ley entre partes para ellos y el que no solamente una de las partes obvie o vulnere, se vaya directamente al arbitraje, no respete o derogue de forma unilateral y además la Sala también me parece que más bien es doble lesión, desde la parte que no acudió a la mediación pese haber firmado y contraído una obligación, a mi criterio los magistrados infringen los principios de contratación privada.

Por el contrario, Sergio Artavia mediante la entrevista realizada en relación con si se lesiona o no los principios de contratación privada, al negar el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje opina lo siguiente:

Yo creería que no, porque en todo caso no estas invadiendo la esfera de la autonomía de la voluntad groseramente y ahí hay otros factores como los principios y garantías, que quizás en circunstancias particulares, son más relevantes, el principio de justicia pronta y cumplida, el principio del derecho de un proceso sin dilaciones, etc., que vos podrías decir, sopesar los dos principios o reglas y decir bueno el principio de la libertad de contratación, pero ese no es absoluto porque frente a este tenemos a otros como la solución pronta de los conflictos, el principio de eficiencia jurisdiccional, que la misma Sala lo ha desarrollado.

Bajo otra perspectiva, Francisco Gonzales de Cossío, no da un rotundo sí o no en cuando a si considera que el negar el carácter vinculante vulnera los principios de contratación privada, sin embargo, expresa su disconformidad de la siguiente forma:

Pienso que no es la mejor visión de las cosas, te propondría que hay una visión mejor que simplemente aplicar a decir no sirve de nada establecer la obligación de mediar, yendo desde el punto, aceptando de que mediar es un acto voluntario, porque no puedes forzar a alguien a que acepte los términos de una transacción, ¿quiere eso

decir que la obligación de mediar no significa nada?, propongo que la mejor visión no es esa, hay una visión alternativa que es superior y es aceptar que no es una obligación de resultados sino una obligación de medios, donde hay una voluntad contractual que se debe respetar.

Por medio de la normativa, documentos y entrevistas los cuales se han revisado se logra identificar los siguientes hallazgos:

El pacta sunt servanda es propio de cualquier contrato en el momento que este se perfecciona y cumpla con los elementos esenciales de los contratos (sin que exista vicios en dichos elementos) se vuelve vinculante para las partes las disposiciones contractuales que decidieron por sí mismo obligarse a estas, resultando de acatamiento el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en el contrato, siendo que la modificación o eliminación de estas disposiciones solo se podrán hacer de mutuo acuerdo, al menos que resulten en cláusulas abusivas, las cuales si debe intervenir el Estado.

Por lo tanto, el pactar una cláusula escalonada produce pacta sunt servanda, que provoca que exista el carácter vinculante, de tal forma se debe respetar la disposición contractual realizada por las partes, que en este caso es establecer una etapa previa al arbitraje, por consiguiente el que una de las partes "renuncie" de forma unilateral a dicha disposición no resulta válida en cuanto no es posible la modificación o eliminación de la obligación, debido a que se necesita todas las partes contratantes.

De tal forma, el pactar un contrato otorga en teoría seguridad jurídica a las partes que se cumplirá el contrato, puesto que esa es la intención de realizar un contrato, por otro lado aunque una parte podría incumplir de igual forma existe seguridad jurídica que se indemnizara de la forma pertinente lo provocado ante el incumplimiento, por lo tanto el que se le niegue todos los efectos jurídicos pertinentes a la cláusula escalonada, está infringiendo el principio de pacta sunt servanda consagrado en el art. 1022 y 1023 del Código Civil.

Por otra parte, en relación con las entrevistas, Laura Ávila, considera que si se lesiona los principios de contratación privada, en cuanto que la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada es una voluntad contractual y si se niega el carácter vinculante de las cláusulas escalonadas, permitiendo a la parte incumplir, ya sea que se discuta en vía arbitral o judicial, se está lesionando los principios de contratación privada, los lesiona el tribunal arbitral y la vía judicial, posición que comparto en su totalidad.

Bajo otra perspectiva, un poco más tenue, está la posición de Francisco Gonzales de Cossío, que considera que no es la mejor visión de ver las cosas, es decir negar el carácter vinculante no es un accionar correcto, sin embargo, no define si se infringe o no los principios de contratación privada, pero no está de acuerdo con que se niegue el carácter vinculante y que se debe respetar la voluntad contractual.

En otro extremo Sergio Artavia, establece que realmente no se está lesionando de forma grosera los principios de contratación privada, puesto que la autonomía de la voluntad tiene límites y cuando esta se enfrenta a otros principios, se debe ponderar la relevancia de estos, como la justicia pronta y cumplida.

De esta forma se denota la posición de los entrevistados, donde Laura Ávila, establece un rotundo sí en cuanto a que si lesiona los principios de contratación privada, mientras que Francisco Gonzales de Cossío nada más externa que se debe respetar esa voluntad contractual, que la forma en que lo están viendo no es la más correcta y en el otro extremo Sergio Artavia, que bajo la premisa que expone entonces considera que el negar el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje no infringe de forma grosera los principios de contratación privada, puesto que hay un principio que prevalece como el de la justicia pronta y cumplida, es decir considera que interfiere con la solución del conflicto.

La regulación del Pacta Sunt Servanda Sala Primera de la Corte, Resolución No. 312-2019

Estima el Tribunal, conforme lo dispone el artículo 1022 del Código Civil, los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y ese acuerdo de voluntades no puede ser contrario a principios rectores de la moral, orden público, la ley, la buena fe y la equidad, con reconocimiento de la condición de persona y la libertad para autorregularse y auto responsabilizarse

Por medio del extracto anteriormente mencionado de la resolución de la Sala Primera se da como resultado el siguiente hallazgo:

La regulación del Pacta Sunt Servanda en el art. 1022 del Código Civil, reconoce que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, siempre y cuando no se infrinja el ordenamiento jurídico, en el uso de su autonomía de la voluntad, siendo relacionados directamente el principio del pacta sunt servanda con la autonomía de la voluntad, debido a que en el uso de la autonomía de la voluntad es que se pacta un contrato con las disposiciones

que consideren en el margen de los límites de dicho derecho, que una vez perfeccionado se produce el *pacta sunt servanda* con base en lo pactado en el uso de la voluntad privada.

Lo que permite establecer que la cláusula escalonada produce carácter vinculante a partir del *pacta sunt servanda* producto del uso de la autonomía de la voluntad de las partes, siempre y cuando dicha disposición se realice conforme a la moral, orden público, la ley, la buena fe y la equidad, es decir mientras no infrinja el ordenamiento jurídico, siendo que no existe prohibición de pactar cláusulas escalonadas, significa que estas están permitidas, siempre y cuando el reclamo de incumplimiento se haga bajo el parámetro de la buena fe y no abusando del derecho.

**Parámetros generales que regulan el *pacta sunt servanda* Tribunal Segundo Civil
Sección I Resolución No. 311-2001**

- De la relación entre los artículos 632, 692 a 700, 702, 1022 y 1023 del Código Civil, se deriva el llamado principio de obligatoriedad de los contratos, que se expresa con la fórmula latina *pacta sunt servanda* o bien *pacta, etiamque nuda, sunt servanda* (también el pacto nudo obliga, en alusión al principio de libertad de formas que paulatinamente permeó el Derecho Romano). Dicho de otra forma, la ley dispone que los contratos que se ajusten al principio del artículo 28 párrafo segundo de la Constitución Política, deben ser cumplidos. El principio de obligatoriedad de los contratos es consecuencia directa e inmediatamente derivada del más importante principio de autonomía de la voluntad privada. "El deudor de una obligación contractual está obligado a ejecutar lo que prometió en el convenio. Esa es la esencia del contrato, entendido como fuente de obligaciones (artículo 632 del Código Civil). El cumplimiento o la ejecución del contrato debe producirse en los términos específicamente acordados, porque sólo así queda satisfecho el interés de los contratantes. Por esa razón, el acreedor no está obligado a admitir ejecuciones diferentes a la que se pactó. El acreedor tiene el derecho de exigir que se cumpla la prestación prometida, tal y como se convino, sin alteraciones ni sustituciones..." (Baudrit Carrillo, Diego, Derecho Civil (Teoría General del Contrato, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1990, pp. 64-65).
- De conformidad con lo que establece el artículo 1023 del Código Civil: "Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la

equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta...". Esto significa que el contrato no es solo la declaración de voluntad exteriorizada y plasmada en la manifestación oral o escrita, sino, también, la voluntad real para contratar, tenida en mente por cada uno de los contratantes intervinientes. Además, el contrato se ve completado, tanto en sus tratativas preliminares, su formación, su ejecución y su extinción, por los principios de buena fe y por las consecuencias que la equidad hace nacer de la obligación. En principio, el contrato debe ser cumplido en la forma pactada y querida por las partes.

A través de la revisión realizada a la sentencia de comentario se logra establecer el siguiente hallazgo:

La regulación y los parámetros del principio pacta sunt servanda, están ligados directamente de la autonomía de la voluntad, al ejercer las partes su libertad contractual, por medio de un contrato, el cual es fuente productora de obligaciones, siendo que las partes están obligadas a cumplir de acuerdo a las disposiciones contractuales, por lo tanto el desarrollo y ejecución de la obligación debe ser acorde a lo pactado, es decir la parte puede exigir el cumplimiento de la forma en que fue convenida.

En base a lo anterior se puede determinar que la parte tiene derecho a reclamar el incumplimiento de la etapa previa a la cláusula escalonada y que se puede exigir su cumplimiento, conforme a lo dispuesto por las partes, de tal forma debe surtir efectos jurídicos la figura de la cláusula escalonada otorgándole el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje y consecuencias jurídicas ante su incumplimiento.

Principio de buena fe contractual

Para examinar la lesión del principio de buena fe contractual como consecuencia del tratamiento establecido a la cláusula escalonada se utilizó la normativa costarricense, 4 documentos y 3 jurisprudencias de la siguiente forma:

El Código Civil en el art. 21 establece que "los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe", estableciendo de esta manera el principio de buena fe de forma general, que, adecuándose a la buena fe contractual, se puede razonar que las partes contratantes se deben ajustar de acuerdo con lo convenido, actuando de buena fe, siendo que "el principio de buena fe es utilizado como eje del sistema de obligaciones" (Solarte, 2004, p. 284).

De acuerdo con Díez-Picazo y Ponce de León (1963) citado por Solarte (2004) refieren que la buena fe implica "fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos" (p. 286).

Según el principio de buena fe contractual, las partes vinculadas por un acto jurídico actúan bajo los parámetros de la recta disposición de la razón, dirigida al cumplimiento fiel de las obligaciones derivadas del acto. Se trata de reconocer que una parte que ha asumido obligaciones procederá con honestidad, lealtad y moralidad a fin de cumplirlas (Rosero, 2017, p. 89).

Como expresa Rosero (2017) si se impide el cumplimiento de sus obligaciones, "mediante el despojo de los efectos de lo pactado", como sucede en la figura de las cláusulas escalonadas, "tal expectativa se verá defraudada" (p.89), siendo que lo ideal, para el seguimiento del principio de buena fe de acuerdo con López (1985) citado por Rosero (2017) sería lo siguiente:

La parte que invoca la obligatoriedad y el cumplimiento de los escalones iniciales de una cláusula multinivel tiene derecho a que se decrete tal obligatoriedad y a que se cumpla con dichos escalones, así el resultado vaya a ser fútil o no se vaya a solucionar efectivamente el conflicto (p. 89).

Conforme a Tolosa (2017) existe la buena fe objetiva de carácter activo y pasivo, entendiéndolo de la siguiente forma:

La buena fe objetiva de carácter activo implica que el sujeto interviniente en la relación obligatoria o contractual ejecute los deberes u obligaciones de conducta impuestos por el ordenamiento o por el contrato con probidad, honestidad y buena fe cumpliendo sus deberes jurídicos (p. 43).

La buena fe objetiva de carácter pasivo, por otro lado, significa que esa misma parte en el vínculo obligacional tiene el derecho para esperar, confiar y obtener que el otro vinculado en el nexo obligacional actúe conforme a la buena fe, y cumpla correlativamente sus deberes de conducta obrando con lealtad, rectitud, es decir, ajustado a la buena fe objetiva, y del mismo modo, los terceros que de una u otra manera ingresen en el complejo mundo de las relaciones obligatorias interpersonales

(p. 43).

Por otro lado, Solarte (2004) refiere que la buena fe contractual no solo tiene aplicación en la ejecución del acto jurídico, sino que también durante el desarrollo de este, por medio del deber de información, siendo que a través de este se manifiesta en el "deber de no interrumpir intempestivamente y sin causa los tratos preliminares al contrato", por otro lado en la etapa de ejecución, este principio sale a relucir creando deberes de conducta, conforme al acto jurídico que hayan pactado y por otra parte la buena fe delimita el ejercicio de los derechos evitando así el abuso e "impulsa a las partes a ser coherentes en su comportamiento, evitando contradecir sus actos propios" (pp. 289-290).

En el caso de las cláusulas escalonadas se presume la mala fe, en vez de la presunción de buena fe que es inherente en las relaciones contractuales, esto debido a que se considera un requisito innecesario y que lo único que conllevaría es en atrasar el proceso limitando el acceso a la justicia, por lo que se presume que todo el que exige el cumplimiento del requisito de admisibilidad es para ocasionar perjuicios a la otra parte como lo expone Salcedo (2015) de la siguiente forma:

Ello ilustra claramente una presunción de mala fe, pues cualquier cláusula escalonada por bien hecha que esté, dentro de los más altos cánones del derecho privado, la buena fe y los deberes secundarios de conducta, obstruye el acceso a la administración de justicia y no es razonable si tenemos de presente que la finalidad de estos pactos no es otra que llegar a un acuerdo previo al inicio del proceso arbitral (pp. 105-106).

A su vez, no distingue situaciones particulares o concretas que permitan verificar la excepcionalidad de la presunción de la mala fe, toda cláusula escalonada es ineficaz, sin excepción alguna e independientemente de su objeto, lícito o no. Esto resulta anacrónico; la presunción de mala fe, como ya se explicó, debe delimitarse de manera clara y expresa, y a su turno, debe tener un propósito o una finalidad. ¿Qué propósito o que finalidad tiene censurar toda cláusula escalonada? A mi sentir ninguno, y ello evidencia la mala fe que presume el legislador para las partes que deciden pactar estas cláusulas (p. 106).

Manifestaciones del principio de buena fe contractual Sala Primera de la Corte, Resolución No. 261-2009

La buena fe, dice, es un principio importante en materia contractual. Implica, añade,

la sujeción a los términos del contrato según la voluntad de las partes. El principio de la buena fe en los acuerdos explica, tiene dos manifestaciones: 1) la obligación de lealtad, donde la parte debe ser fiel a su compromiso a pesar de las dificultades materiales que pueda encontrar y; 2) el deber de cooperación, facilitándose mutuamente la ejecución de las responsabilidades contraídas para cada uno de ellos.

Regulación del principio de buena fe contractual Sala Primera de la Corte, Resolución No. 2220-2020

Sobre la Buena Fe. El Tribunal Arbitral, considera de especial interés e importancia el análisis de la buena fe en la ejecución de los contratos a fin de llegar a una decisión sobre la disputa que conoce, en ese sentido, conforme a las normas del Derecho civil, específicamente los numerales 19, 20, 21 y 22, en relación con el artículo 1023, tanto en la formación, como en su etapa de ejecución y cumplimiento del Contrato, las partes deben obrar con buena fe y con diligencia.

Sumado a esos enunciados normativos, se fortalece el principio de buena fe contractual, con la exigencia normativa de que los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de la obligación convenida. [...]. En la medida en que cada parte se comporte de buena fe y respetando el principio de diligencia, se evitará la producción de un daño generado por esa relación conductual, pues como resultado de ese comportamiento cada uno impide que su contraparte se vea perjudicada y afectada en su patrimonio, no tanto con la finalidad de beneficiarla, sino con la intención de no causarle daño, para no asumir las consecuencias indemnizatorias de esa conducta, ya que la mala fe tiene sus consecuencias jurídicas y económicas, si de ella se deriva una afectación a los intereses patrimoniales de la parte contraria.

Presunción de buena fe Sala Primera de la Corte, Resolución No. 2724-2019

A la luz del principio de la buena fe, es claro que el hecho que las partes hayan incluido una cláusula arbitral en el contrato conjetura una presunción de que su intención fue la de establecer un mecanismo eficaz para solucionar las disputas que surgieran durante la ejecución del contrato. Sería ilógico pensar en su inclusión si no fuera esa la verdadera voluntad de las partes. No tiene sentido una cláusula arbitral

que no obligue a las partes a acudir al arbitraje ante el surgimiento de un conflicto de intereses, pues igual efecto tendría no haberla incluido.

A partir de la documentación y jurisprudencia anterior se logra como resultado los siguientes hallazgos:

- El principio de buena fe implica que las partes deben cooperar y facilitar el cumplimiento de las obligaciones pactadas por las partes, es decir en el caso de las cláusulas escalonadas las partes deberían procurar, facilitar y cumplir la obligación de la etapa previa al arbitraje, según lo dispuesto, por lo cual actuar de buena fe implica asumir las obligaciones y cumplirlas de acuerdo con cómo se ha convenido.
- Existen consecuencias jurídicas ante el actuar de mala fe de la parte para el cumplimiento de la obligación que este contrato, que en el caso de las cláusulas escalonadas, han rechazado la reclamación del cumplimiento de la etapa previa al arbitraje, sin que exista una causa justa para que la parte incumpla dicha obligación y que ante dicho incumplimiento no se le otorgue los efectos jurídicos correspondientes, por lo que dicha negación infringe la buena fe contractual, permitiendo que la parte incumpla sin consecuencia legal alguna.
- En relación con las cláusulas escalonadas de forma analógica se le podría aplicar el mismo criterio establecido en la resolución 2724-2019 de la Sala Primera, que bajo la interpretación de la buena fe, si la intención de las partes fue pactar una cláusula escalonada donde existe una etapa previa al arbitraje de forma obligatorio, sería ilógico interpretar lo contrario, puesto que al negar el carácter vinculante causa los mismos efectos que el no haber pactado ninguna cláusula escalonada, por lo tanto queda claro que en la correcta interpretación si las partes decidieron pactar de forma obligatoria se le debe otorgar el carácter vinculante.
- En el caso de Costa Rica, al rechazar de forma tajante el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje, sin importar ni analizar el caso y sin tener en cuenta las particularidades del caso, está infringiendo la presunción de buena fe en materia contractual.

Principio venire contra factum proprium non valet

Para establecer la lesión del principio venire contra factum proprium non valet como consecuencia del tratamiento hacia la cláusula escalonada se utilizó 5 documentos

de la siguiente forma:

De acuerdo con Wayar (2004) el venire contra factum proprium non valet implica lo siguiente:

La regla según la cual está prohibido "venir contra el acto propio" significa que cuando los actos de una persona han suscitado en otra una fundada confianza en la realización de determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de los actos anteriores, la primera no debe defraudar la confianza suscitada, y es inadmisibles toda actuación incompatible con lo esperado por la segunda. El "acto propio", es decir, la conducta que genera esa expectativa constituye una obligación para el mismo sujeto, cuya prestación consiste en no contradecir la propia conducta (p. 160).

Con relación a la cláusula escalonada y la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje Brito (2019) conforme el principio venire contra factum proprium non valet establece lo siguiente:

La máxima venire contra factum proprium non valet hace referencia a la prohibición de ir en contra de sus actos propios. En ese sentido, ninguna persona puede, válidamente, ir en contra de sus actos como fundamento de su derecho de contradicción, en virtud de la relevancia jurídica que se les da a sus actos. En ese orden de ideas, en virtud del principio de buena fe se prohíbe ir en contra de los propios actos, toda vez que las conductas realizadas deben respetarse por las partes contratantes. De conformidad con esta teoría, no sería válido ni admisible que un individuo ejercite un derecho de forma claramente incompatible con su conducta precedente ¿no sucedería esto en el supuesto que nos planteamos? La respuesta es afirmativa, las partes deberían observar un comportamiento coherente en cualquier fase del contrato, y no aprovecharse de su comportamiento contradictorio. Ahora, ¿no estaría vulnerándose también el principio de confianza legítima, derivado de la buena fe? Creemos que sí, ya que las partes no pueden súbitamente alterar las reglas que regían su relación jurídica, debiéndose mantener una coherencia en sus actuaciones (pp. 264-265).

Conforme a Arguello (2019) la doctrina de los actos propios implica lo siguiente:

Cuando una primera conducta de una persona despliega efectos de incidencia jurídica

en la esfera existencial de otra, ya no se puede retrotraer mediante tendencias unilaterales ulteriores, que vengan motu proprio a vaciar aquella expectativa o situación creada. La buena fe despliega en esta materia toda su potencialidad derivativa, protegiendo como barrera, la tutela de las personas que confiaron y que, por ende, no deben ser defraudadas. En suma, se trata de una convicción razonable y sustentada, que nace en la esfera existencial del sujeto con ocasión de la credibilidad y seriedad que le merece la conducta de una contraparte, con la cual entabló una situación jurídica que no tiene razón para ser desvirtuada (p.16)

De acuerdo con Tolosa (2017) la importancia y necesidad de que exista este principio es por lo siguiente:

El principio *venire contra factum proprium* se justifica del mismo modo, porque los otros seres humanos tendrán expectativa o confianza razonable de que una persona actuará observando su comportamiento anterior y no de forma contradictoria en el ámbito contractual. Cuando un sujeto de derecho actúa, surgen expectativas legítimas para los otros sujetos de que esa misma persona obrará de igual modo, sin incoherencias, pues de lo contrario afectará los compromisos adquiridos (p. 49).

La prohibición de *venire contra factum proprium* supone que no es lícito que un sujeto de Derecho adopte unilateralmente decisiones o formule pretensiones incompatibles con la conducta que ha mantenido con anterioridad en sus relaciones con otro y con la que ha generado una situación jurídica de algún modo favorable a éste. Se trata de una exigencia de coherencia en el comportamiento, esto es, en las relaciones jurídicas, que enlaza directamente con el principio de buena fe y el de confianza legítima (Sánchez, 2002, p. 228).

Sánchez (2002) establece los parámetros de aplicación del principio *venire contra factum proprium non valet* de la siguiente manera:

La aplicación de la regla implica tres condiciones: a) que un sujeto determinado haya realizado o venga observando cierta conducta, ya se trate de un acto o de varios, ya sean expresos o tácitos, pero que en todo caso sean reveladores de un determinado comportamiento; b) que con posterioridad realice alguna actuación o mantenga una pretensión distinta, con eficacia jurídica; c) que exista contradicción o incompatibilidad objetiva entre una y otra conducta (Sánchez, 2002, p. 228).

Conforme a la documentación revisada anteriormente se establece como resultado los siguientes hallazgos:

En el caso de las cláusulas escalonadas, las partes deben respetar las disposiciones contractuales, como el cumplimiento del paso previo al arbitraje, siendo que posteriormente no pueden desconocer o modificar unilateralmente dicho escalón previo, de tal forma que la parte debe cumplirlo pues así lo dispuso y no debe de actuar diferente a lo que previamente se había comprometido, como sucede cuando la parte se compromete a un método autocompositivo previo al método hetero compositivo y este decide acudir directamente al método hetero compositivo incumpliendo la cláusula escalonada y actuando contrario a los actos propios.

Por lo tanto, la Sala Primera y Sala Constitucional está permitiendo y avalando que la parte pueda actuar contrario a sus actos propios, al negar el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, la cual las partes se habían comprometido a cumplir por medio de una disposición contractual, siendo que además de negar el carácter vinculante, también niega las consecuencias que pueda acarrear el incumplimiento del escalón previo al arbitraje.

Principio de igualdad

Para determinar la lesión del principio de igualdad como consecuencia del tratamiento que se le realiza a la cláusula escalonada en Costa Rica, se utilizó normativa, 2 documentos y 1 jurisprudencia de la siguiente manera:

Conforme el art. 33 de la Constitución Política se establece el principio de igualdad, mencionando lo siguiente: "toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana", por lo cual es importante determinar si determinados actos jurídicos están infringiendo el principio de igualdad, siendo que se debe realizar un juicio para valorar el cumplimiento de este principio.

De acuerdo con lo anterior Ramírez (2013) refiere lo siguiente "todo juicio sobre la igualdad presupone una diferencia entre las cosas que se comparan" (p. 61), de la misma forma Giner (2008) citada por Ramírez (2013) "mediante la igualdad se describe, se instaaura o se prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos que poseen al menos una característica relevante en común".

Bajo el mismo lineamiento, Arauz (1999) establece en relación con la igualdad lo siguiente:

En términos lógicos, la igualdad es una categoría que hace referencia a la existencia de un mismo rasgo o elemento en dos o más personas, desde el cual se establece una relación de comparación entre ellas. Por eso, toda igualdad es siempre relativa, pues sólo puede ser afirmada o negada en relación con un determinado elemento de comparación y desde esa perspectiva sólo puede existir o no existir (p. 31).

Lo anterior sirve para determinar y evaluar si el actuar de la Sala Primera y Sala Constitucional con respecto a la negación del paso previo al arbitraje en una cláusula escalonada, resulta acorde o no al principio de igualdad, en relación con los parámetros que establecen los autores previamente mencionados, por lo que se procederá a mencionar jurisprudencia relacionada al principio de igualdad y la comparación se realizará en el apartado de procedimientos similares a la figura de la cláusula escalonada.

Finalmente, en base a la entrevista con Laura Ávila, ella afirma en su opinión que se lesiona el principio de igualdad en base a los procedimientos similares que se aplican en el país de la siguiente forma:

Me dio la sensación a partir de la jurisprudencia, que si no está por ley no es obligatorio, a grandes rasgos eso es lo que dice, la que es impuesta parece si ser válida, pero la que es consensuada no, según los magistrados, entonces creo definitivamente que si vulnera el principio de igualdad.

De igual forma, Francisco Gonzales de Cossío sigue el mismo lineamiento que Laura Ávila de la siguiente forma:

Sí infringe el principio de igualdad, la distinción entre si la obligación deriva de ley o si la obligación deriva de contrato y si deriva de ley la obligación, la obligación si obliga y si deriva de contrato no, sé que no compartes este razonamiento y yo creo que tú tienes razón, ese razonamiento distingue donde no hay una diferencia, si existe obligación venga de ley o venga de pacto, no cambia que es obligación, yo creo que tú tienes un buen punto ahí.

Por el contrario, Sergio Artavia en base con la entrevista realizada niega que se lesiona el principio de igualdad, refiriendo lo siguiente:

No le veo la analogía, el símil, porque son institutos diferentes, me parece que estarías comparando estructuralmente, por su objeto y el método, 2 institutos totalmente diferentes, no me parece que sea un argumento válido para decir que deberían también

admitirlo por las razones que han estado admitiendo esas, porque por ejemplo en materia laboral incluso y si uno ve la jurisprudencia de la Sala muy importante constitucionalmente, sobre el tema de la fase del agotamiento de la vía administrativa y la Sala Constitucional ahí lo que dice en ese voto que declaró inconstitucional el art. 4 del Código Procesal Contencioso Administrativo, lo que dice es precisamente, constituye más bien un obstáculo, para la celeridad de la solución de los conflictos del ser humano y por lo tanto lo declara inconstitucional sin ningún tapujo, dicen, para que se le va a poner al administrado en un procedimiento tortuoso, tedioso, inerte, ineficaz, poco célere y el administrado pierde 6 meses, 1 año, 2 años, para que le resuelvan el agotamiento de la vía y al final estadísticamente no hecha marcha atrás.

Principio de igualdad Sala Constitucional Resolución No. 1925-2010

El artículo 33 de la Constitución Política reconoce normativamente el principio de igualdad, sobre el cual la Sala ha sido conteste en manifestar que se resume en el derecho a ser tratado igual que los demás en todas y cada una de las relaciones jurídicas que se constituyan. Asimismo, se ha definido que la igualdad es, al mismo tiempo, una obligación constitucional que consiste en tratar de igual forma a los que se encuentren en iguales condiciones de hecho, erigiéndose como tal en un límite a la actuación del poder público.

Bajo la revisión documental, jurisprudencial y las entrevistas anteriores se da como resultado los siguientes hallazgos:

La Sala Constitucional de esta forma establece el principio de igualdad como un derecho constitucional en el art. 33 de la Constitución Política, donde interpreta dicho artículo de tal forma que a las personas se les debe tratar por igual en las relaciones jurídicas que estas constituyan, por lo que no se puede tratar diferente una situación en la cual sustancialmente produce los mismos efectos jurídicos, por lo cual resulta incongruente y violatorio, el que se otorguen diferentes efectos jurídicos a una misma situación sustancialmente igual.

En consecuencia, lo que ocurre con las cláusulas escalonadas, resulta lesivo al derecho constitucional de igualdad, puesto que la Sala Primera y la Sala Constitucional permiten procedimientos similares, que sustancialmente implican lo mismo, como es el caso de la conciliación laboral de agotamiento previo, el procedimiento de usucapión especial

agraria y la conciliación internacional obligatoria, estos como requisitos de admisibilidad, los cuales se expondrán en el apartado correspondiente.

De tal forma, si los procedimientos similares implican un método autocompositivo previo a un método hetero compositivo, como requisito de admisibilidad, sustancialmente implica lo mismo, por lo que se les debería otorgar el mismo efecto jurídico, que es el carácter vinculante de la etapa previa como un requisito de admisibilidad.

La desigualdad se denota de una forma más relevante cuando se niega el carácter vinculante a la cláusula escalonada, por no considerar vinculante un método autocompositivo, pero si considerar como requisito de admisibilidad el método autocompositivo en los procedimientos similares mencionados, por lo tanto la razón por la que se niega en la cláusula escalonada, es justo el efecto jurídico que ocurre en los procedimientos permitidos, lo que resulta no solo ilógico e incongruente, sino que completamente violatorio al principio de igualdad.

Por último, en relación con las entrevistas, Laura Ávila, considera que la distinción que se realiza entre si la obligación es por ley o por pacto, infringe el principio de igualdad, en cuanto a que si es por ley si se obliga y si es por pacto no se obliga, de igual forma Francisco Gonzales de Cossío tiene la misma posición al respecto que dicha distinción entre si proviene por ley o por pacto entre partes, donde no existe diferencia, infringe el principio de igualdad, posición que comparto en su totalidad.

En otro extremo, Sergio Artavia, expresa que no existe similitud entre los procedimientos, entonces no se puede pretender que por analogía se otorgue el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, debido a que si es por ley si existe ese carácter vinculante, porque se trata de procedimientos estructuralmente diferentes y de institutos diferentes.

La inconstitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa Sala Constitucional Resolución No. 3669-2006

Para determinar que no debería de influir la inconstitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa en el tratamiento de la cláusula escalonada se utilizara la jurisprudencia que declaro inconstitucional dicha disposición de la siguiente forma:

La inconstitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa podría haber influido

en la aplicación de las cláusulas escalonadas, pero en menor medida a la fundamentación principal de la Sala Primera que es la naturaleza de los métodos autocompositivos, sin embargo podría razonarse que la resolución que se comentará reforzó la posición de negar el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje en la figura de las cláusulas escalonadas, relacionado directamente con la tutela judicial efectiva, que se desarrollará en este apartado.

- En la concepción clásica del Derecho Administrativo sustancial y formal, las administraciones públicas, en cuanto procuran y atienden los intereses públicos o la satisfacción de las necesidades colectivas, deben estar provistas de una serie de prerrogativas extraordinarias. Así, en el ámbito del Derecho Procesal Administrativo, tradicionalmente, se admitió como un privilegio de carácter formal el agotamiento preceptivo de la vía administrativa o la vía gubernativa previa, esto es, que los administrados que se estiman lesionados o agraviados por un acto administrativo deben, de previo a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, agotar todos los recursos administrativos ordinarios procedentes contra el mismo en sede administrativa. Consecuentemente, el agotamiento de la vía administrativa se convierte en un requisito de admisibilidad del proceso contencioso-administrativo en su versión objetiva o revisora clásica y tradicional.
- En la base de este instituto subyace la denominada prerrogativa de la autotutela declarativa y ejecutiva de las administraciones públicas, la cual ha encontrado sustento, al propio tiempo, en principios tales como los de eficacia, eficiencia y buena administración. La autotutela declarativa significa que los entes públicos pueden, por sí y ante sí, sin necesidad de acudir ante un juez, imponerle obligaciones a los administrados o bien suprimirles o modificarles sus situaciones jurídicas sustanciales –llámense derechos subjetivos o intereses legítimos-. La obligación legislativa ineludible del administrado de ejercer o plantear todos los recursos administrativos ordinarios contra un acto administrativo antes de acudir ante el juez contencioso-administrativo, constituye una manifestación específica de la autotutela declarativa de las administraciones públicas, puesto que, el legislador espera que la propia administración pública pueda defender el acto administrativo impugnado o bien anularlo o modificarlo, evitándole tener que comparecer ante la jurisdicción contencioso administrativa. De esta forma, en la vía administrativa la administración

pública se convierte, al mismo tiempo, en juez y parte, puesto que, debe atender las solicitudes o pedimentos formulados por los administrados y resolver los recursos administrativos ordinarios que procedan contra el acto final que ella misma dicte.

- Actualmente, sobre todo a la luz de los principios de la supremacía de la Constitución y de la vinculación más fuerte de los derechos fundamentales, así como de su eficacia expansiva y progresiva e interpretación más favorable, se entiende que el carácter obligatorio o preceptivo del agotamiento de la vía administrativa riñe con el derecho fundamental de los administrados a obtener una justicia pronta y cumplida ex artículos 41 y 49 de la Constitución Política (tutela judicial efectiva) y con el principio de igualdad, puesto que, sólo en el proceso contencioso administrativo –y no así en el resto de las jurisdicciones- se le obliga al justiciable, antes de acudir a la vía jurisdiccional, agotar todos los recursos administrativos ordinarios procedentes. La infracción al derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida deviene de los siguientes aspectos: a) Normalmente, cuando el administrado interpone los recursos ordinarios de revocatoria, apelación o de reposición –entendido este último como el recurso horizontal que cabe contra los actos del jerarca o superior jerárquico supremo-, no logra que el propio órgano o su superior lo modifique o anule, de modo que el agotamiento de la vía administrativa es como sacar agua de un pozo seco, al no lograrse obtener nada de la interposición de los recursos, transformándose así en una pesada carga o especie de vía crucis para el administrado; b) es sabido que el procedimiento administrativo y su etapa recursiva o de revisión, suele prolongarse más allá de los plazos legales y de lo que puede concebirse como un plazo razonable, con lo cual se prolonga indefinidamente, incluso por años, el acceso a la tutela judicial efectiva, sin tener posibilidad de hacerlo inmediatamente y cuando lo estime oportuno; c) la sumatoria del plazo necesario para agotar la vía administrativa con el requerido por la jurisdicción contencioso-administrativa, provoca que los administrados obtengan una justicia tardía, la cual, eventualmente, puede transformarse –según su prolongación y las circunstancias particulares de los administrados justiciables- en una denegación de justicia; lo anterior constituye una clara y evidente ventaja relativa para los entes públicos de la cual, en ocasiones, se prevalecen, puesto que, el administrado o ciudadano pasa –por su condición ordinaria

de persona física- y la administración pública permanece prolongadamente en el tiempo.

- En lo que atañe a la vulneración del principio de igualdad, debe indicarse que el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, derivado del privilegio de la autotutela declarativa, expone al justiciable que litiga contra una administración pública a una situación discriminatoria, puesto que, no existe un motivo objetivo y razonable para someterlo a ese requisito obligatorio, a diferencia del resto de los órdenes jurisdiccionales. Debe tenerse en consideración que, incluso, la libertad de configuración o discrecionalidad legislativa al diseñar los diversos procesos tiene como límite infranqueable el principio de igualdad. Lo anterior, queda reforzado si se considera que las administraciones públicas son un sujeto de Derecho más que no tienen por qué gozar de tales privilegios o prerrogativas y que el eje central en una administración prestacional o en un Estado Social y Democrático de Derecho lo es la persona, esto es, el usuario o consumidor de los bienes y servicios públicos. En esencia, los intereses públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas no pueden tenerse como cláusulas de apoderamiento para enervar los derechos fundamentales de los administrados.
- La interpretación más favorable a la eficacia expansiva y progresiva de los derechos fundamentales de los administrados a una justicia pronta y cumplida y a la igualdad, impone replantearse cualitativamente el carácter obligatorio del agotamiento de la vía administrativa impuesto por el legislador. En efecto, debe entenderse que el agotamiento de la vía administrativa debe quedar a la libérrima elección del administrado, de modo que sea éste quien, después de efectuar un juicio de probabilidad acerca del éxito eventual de su gestión en sede administrativa, decida si interpone o no los recursos administrativos procedentes.
- Por lo anterior expuesto son inconstitucionales por infringir los derechos fundamentales de acceso a la jurisdicción, a una justicia pronta y cumplida, a la igualdad y de control de la legalidad de la función administrativa, por lo que deben ser anulados en lo conducente junto con las normas conexas.

Conforme al voto de la mayoría en la resolución de comentario de la Sala Constitucional se puede dar como resultado los siguientes hallazgos:

En base a la resolución la cual declara como inconstitucional el agotamiento preceptivo se deben tener en cuenta los siguientes puntos:

- La Sala Constitucional consideró como un privilegio para la Administración el agotamiento de la vía administrativa.
- La Sala Constitucional considera que el agotamiento de la vía administrativa resulta lesivo a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad.

Basados en esos dos puntos es que la Sala Constitucional decide declarar inconstitucional la vía administrativa, siendo uno de los antecedentes de los cuales podría tener influencia con respecto a la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje en un cláusula escalonada, pero se debe tener en claro que no son como tal figuras similares, puesto que en la práctica no se trata de un método autocompositivo con la Administración previo a la vía judicial sino que se trata de un proceso de autotutela administrativa previo a la vía judicial.

De tal forma, al ser un proceso de autotutela administrativa obligatoria e implicar en la práctica privilegios, un proceso más largo y un proceso desgastante para las partes, es que no resulta compatible con el principio de tutela judicial efectiva y el principio de igualdad, lo cual difiere de lo que sucede en el caso de las cláusulas escalonadas, puesto que se trata de un método autocompositivo previo al método hetero compositivo, pactado por las partes de forma voluntaria.

Por otro lado, en el caso de las cláusulas escalonadas la decisión queda en poder de estas sin que exista una posición con más poder que la otra, mientras que en el agotamiento de la vía administrativa tiene una posición de poder la Administración frente al administrado, además que el procedimiento como tal ante la Administración en la práctica resulta prologando, en cambio en las cláusulas escalonadas las partes pueden pactar un plazo definido en el cual se llevará a cabo el método autocompositivo.

Por lo tanto, sustancialmente se trata de un procedimiento diferente el agotamiento de la vía administrativa y las cláusulas escalonadas, por lo anterior expuesto, que diferente sería si se tratara de un método autocompositivo previo, como es el caso de los procedimientos similares que serán de comentario, por otro lado, cabe destacar el voto salvado que difiere de considerar inconstitucional el agotamiento de la vía administrativa.

Voto salvado de Luis Fernando Solano C. y Adrián Vargas B

- Analizado el objeto de esta acción, llegamos a la conclusión de que es el legislador positivo, y no la Sala Constitucional, la que debe elaborar un diseño idóneo para la tramitación del procedimiento administrativo, que permita la eficaz gestión de los asuntos públicos sin impedir el pleno ejercicio de los derechos de los administrados. Las normas impugnadas no son inconstitucionales, ya que establecen en principio reglas que permiten una resolución alterna del conflicto, evitando “judicializar” todas las disputas que surjan entre la Administración y los ciudadanos. Si lo inadecuado es la forma como son llevados a cabo los procedimientos de autotutela, será el legislador quien deberá diseñar mecanismos eficaces para conservar el delicado equilibrio que en toda sociedad debe existir entre el interés general y los derechos particulares.
- Se concluye así fácilmente que el agotamiento obligatorio no es el factor que genera esta distorsión, sino que es la forma como están siendo aplicadas en la actualidad, las disposiciones del Código Municipal.
- **Sobre el acceso a la justicia:** resulta difícil aceptar que sea el solo agotamiento obligatorio de la vía administrativa el causante de una violación al principio (derecho) de acceso a la justicia que esta Sala ha potenciado extensamente en su jurisprudencia, particularmente desde la sentencia número 1739-92, de las 11:45 horas del primero de julio de mil novecientos noventa y dos. Los hechos indican más bien que las partes (y muy particularmente el estamento de los abogados) tratan de extender en el tiempo la duración de los procedimientos administrativos, con el ánimo de impedir el dictado del acto final.
- Otro tanto cabe decir de la específica configuración con que la Ley ha dotado hasta ahora al proceso contencioso administrativo, que permite que, en un caso aparentemente simple, como el que sirve de base a la presente consulta, hayan pasado más de nueve años sin un pronunciamiento sobre el fondo. Con lo cual, valdría preguntarse si es la vía administrativa, o la propia jurisdiccional, la que ha estado en deuda con las personas, pues el derecho de acceder a la justicia no se limita a la mera posibilidad de deducir ante un juez o tribunal una pretensión determinada, sino también al derecho de que la justicia se administre en forma cumplida y prontamente, valga decir, en un plazo razonable, sin dilaciones injustificadas –tutela judicial efectiva, tutela judicial plena-. Determinar llanamente que todas las disputas con la

Administración pueden ser resueltas directamente ante los tribunales sin dotar a éstos de herramientas procesales que les permitan brindar un servicio célere y eficaz implica condenar a los administrados a sufrir, ante la justicia, las dilaciones y privaciones que actualmente le brinda la Administración.

En relación con el voto salvado realizado por Solano y Vargas se puede dar como resultado los siguientes hallazgos:

En base al voto salvado que difiere de la inconstitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa de forma preceptiva se tiene en cuenta lo siguiente:

- El legislador debe crear un procedimiento idóneo para el agotamiento de la vía administrativa y no la Sala Constitucional, que no vulnere los derechos constitucionales de igualdad y tutela judicial efectiva.
- El problema es cómo se lleva a cabo el agotamiento de la vía administrativa no la normativa como tal, puesto que en la práctica debería aplicarse como un método de resolución alterna de conflictos, siendo que dicha distorsión en la práctica es la que causa los problemas evidenciados en la resolución de comentario.
- La tutela judicial implica no solamente el acceso a la justicia, sino que dicha justicia resuelva en un plazo razonable, lo que no sucede en la vía judicial, por lo tanto, no se puede establecer que como tal el agotamiento de la vía administrativa de forma preceptiva violente dicho derecho, sino que las prácticas son las que han hecho que resulte de esa forma.

Conforme a los puntos anteriormente mencionados que fundamentan el voto salvado se razona lo siguiente:

- Es cierto el legislador debe crear el procedimiento idóneo y este en la práctica debe resultar efectivo, sin lesionar los derechos constitucionales, como es el caso del procedimiento de usucapión especial agraria, que como tal no constituye un agotamiento de la vía administrativa, sino un requisito de admisibilidad donde la Administración toma su papel como tercero para tratar de resolver el conflicto, que en el caso de que no se resuelva se pueda acudir a la vía judicial.
- Por lo tanto, creando mecanismos que funcionen de esta forma un verdadero mecanismo RAC, es la forma en que puede funcionar sin ser lesivo a los derechos constitucionales, por lo que debe razonarse si es la norma o la práctica la cual está

fallando, puesto que la tutela judicial efectiva implica no solo el acceso a la justicia, sino que esta funcione de forma eficaz en la solución de conflictos.

- De tal forma, se considera que el antecedente de inconstitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa no debería afectar ni influir en la aplicación de las cláusulas escalonadas puesto que sustancialmente se tratan de procedimientos diferentes, siendo que las cláusulas escalonadas implican un método autocompositivo como requisito de admisibilidad, siendo que la diferencia entre ambas se expondrá en el apartado correspondiente.

La tutela judicial efectiva

Para determinar que el otorgar el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje no infringe la tutela judicial efectiva, esto relacionado a una de las razones por las cuales se le da el tratamiento de negar el carácter vinculante en Costa Rica, se utilizó normativa, 2 documentos y 2 jurisprudencias de la siguiente forma:

Lo primero que se debe tener en cuenta es lo que implica la tutela judicial efectiva, esta no solo se trata del acceso a la justicia sino que la justicia debe ser pronta y cumplida, además el acceso a la justicia no solo implica la vía judicial sino que debido a la evolución de la justicia, el descontento con la vía judicial y la desaparición del monopolio de justicia por parte de la vía judicial, al aparecer los métodos RAC, donde las partes pueden acudir en lugar de la vía judicial (sin embargo los métodos RAC pueden ser complementarios dentro de la vía judicial), estos métodos alternativos también se consideran acceso a la justicia.

Castilla (2012) citado por González (2018) tomando una posición tradicional refiere lo siguiente con respecto a la tutela judicial efectiva:

La tutela judicial efectiva requiere del acceso a la jurisdicción, dicho concepto se constituye como un derecho fundamental que tiene, ya no el ciudadano como en el caso del acceso a la jurisdicción, sino los sujetos procesales para que un órgano jurisdiccional resuelva de fondo cualquier controversia, con la excepción de que lo impida una razón fundada y determinada en norma legal, que no infrinja el contenido del derecho fundamental comentado (Gonzales, 2018, p. 35).

De acuerdo con la Sala Constitucional en la resolución No. 18709-2019 establece la tutela judicial efectiva de la siguiente forma:

En el marco de un Estado Democrático como el nuestro, y en atención a lo

preceptuado por el artículo 41 de la Constitución Política, la tutela judicial efectiva se traduce, verdaderamente, en un derecho de acceso a un proceso justo y eficaz, que brinde la obtención de un pronunciamiento por parte de una autoridad jurisdiccional, en estricto respeto de los derechos fundamentales de las partes.

Por otro lado, Barona (1999) citada por Diz (2014) realizando un análisis actual de la tutela judicial efectiva, menciona lo siguiente:

Ahora las circunstancias han cambiado y con ello el propio derecho a la tutela judicial efectiva. La solución en sede judicial de conflictos ya no es la única posibilidad, y el ciudadano puede gestionar y tutelar sus derechos extra jurisdiccionalmente. Como la autora de referencia ya señalaba al respecto «el derecho a la tutela judicial efectiva no supone que la vía del Estado-Juez-Proceso sea obligatoria, ni tampoco que sea la única vía para la resolución de los conflictos; de este modo, el particular puede bien acudir a esta vía u optar por otros cauces diferentes que pueden ir desde las fórmulas autocompositivas hasta el arbitraje, que responde a los mismos parámetros de heterocomposición que el propio proceso jurisdiccional» (Diz, 2014, p. 166).

Empero hay que superar anticuadas posiciones en relación con que el sistema de Administración de la Justicia se pueda ver menoscabado por la incorporación de opciones como el arbitraje, la mediación o la conciliación, restando protagonismo al proceso judicial y al aparato jurisdiccional. La Administración de la Justicia debe ser integradora, puede perfectamente continuar asentada sobre la piedra angular del proceso judicial, pero se puede reforzar y fortalecer con otras opciones que la complementen, hacia las cuales se puedan derivar con total garantía y seguridad jurídica determinados conflictos como pueden ser los supuestos en que no hay contienda jurídico-legal, los supuestos en los cuales por la cuantía o trascendencia de los derechos en juego pueda ser más ágil una resolución extrajudicial o, finalmente, supuestos en los cuales los propios ciudadanos, libremente, consideran más adecuada la solución en un marco no jurisdiccional (Diz, 2014, pp. 166-167).

El universo que integra el acceso a la Justicia ha crecido vertiginosamente. La Justicia actual engloba medios hetero compositivos de solución de conflictos, como son el proceso y el arbitraje. Acoge medios autocompositivos como la conciliación o la mediación. Pero el avance no se ha detenido ahí. Ya se están integrando en los

sistemas jurídicos más avanzados en este sentido, lo que podríamos catalogar como ADR de segunda generación, como son los casos del med-arb, arb-med, la evaluación neutral o los círculos de sentencias. Todos ellos, y siempre cuando estén integrados como mecanismos jurídico-legales de solución de conflictos, confieren al ciudadano capacidad y libertad para decidir, salvo restricciones en materia de derechos indisponibles o por cuestiones de interés público o seguridad colectiva (Diz, 2014, p. 167).

No debe atemorizarnos en absoluto la circunstancia de que el ciudadano disponga de una amplia libertad para decidir la forma en que quiere obtener Justicia, el procedimiento a seguir para solucionar conflictos jurídicos, siempre y cuando se haga dentro de las coordenadas que establece un sistema constitucional de Administración de la Justicia. Al igual que el ciudadano despliega diariamente sus facultades de elección en los diferentes aspectos de su existencia, el hecho de que, conforme a su sentido común, a su razón, a sus preferencias y necesidades, opte voluntariamente por una determinada vía para la tutela jurídica de sus derechos, no debería causar ningún sobresalto ni agitación (Diz, 2014, p. 167).

Por otra parte, Diz (2014) refiere los siguientes principios básicos que debe tener la Administración de la Justicia:

- **Derecho subjetivo público del ciudadano:** su condición de ser uno de los valores democráticos máximos para el ciudadano, con el mayor reconocimiento normativo posible, le situaría en la consagración del derecho de acceso a la Justicia.
- **Legalidad:** sólo aquellas formas de solución del conflicto previamente reguladas por ley y con plena adecuación a las garantías y derechos constitucionales del ciudadano serían válidas para integrarse en la Administración de la Justicia.
- **Disponibilidad:** el ciudadano, salvo en el caso particular de los asuntos penales a razón de la imprescindible observancia de la garantía jurisdiccional del derecho penal, podría optar libremente por la forma de solución del conflicto que considere más adecuada e idónea a sus intereses y a la tutela de sus derechos. En este sentido habría de considerarse el derecho a la tutela efectiva de la justicia.
- **Mínima intervención:** la intervención del Estado y los poderes públicos en la Administración de la Justicia debería ser subsidiaria de la libre autonomía de la

voluntad de los ciudadanos, y su papel fundamentalmente se centraría en facilitar y poner a disposición del ciudadano un sistema de administración de la justicia (en sentido amplio y con todas las posibilidades) óptimo y con los suficientes recursos personales y materiales.

- **Efectividad:** la protección jurídica de los derechos ha de otorgarse desde la integridad y el efectivo funcionamiento de la Administración de la Justicia, sin vincularla inexorablemente con la protección jurisdiccional de los derechos que dispensan jueces y magistrados sino con la consecución de una solución justa y eficaz al conflicto para el ciudadano y en la oferta de una pluralidad de posibilidades para que el ciudadano, por sí mismo, determine cuál es la más eficiente para la tutela concreta de sus derechos e intereses legítimos en cada asunto (pp. 170-171).

En base a los principios mencionados anteriormente y haciendo una relación con el caso de la cláusula escalonada se puede determinar lo siguiente:

En el derecho subjetivo público del ciudadano en Costa Rica se tiene la tutela judicial regulada en el art. 41 de la Constitución Política, por lo que se considera como un derecho constitucional, que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

Con respecto a la legalidad, el acceso a los métodos RAC también tiene rango constitucional al regularse en el art. 43 ídem, por lo tanto, se le considera acceso a la justicia también a los métodos RAC, teniendo en cuenta que la Sala Constitucional ha interpretado que dicho art. cubre no solo al arbitraje, sino que a todos los métodos RAC, por lo tanto, las partes están facultadas para pactar cláusulas de resolución de conflictos.

La disponibilidad hace referencia a que todos los sujetos pueden optar por métodos RAC siempre y cuando se trate de derechos disponibles como se establece de igual forma en el art. 43 ídem y en el art. 2 de la LRAC que establecen lo siguiente:

ARTÍCULO 2.- Solución de diferencias patrimoniales

Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias

patrimoniales de naturaleza disponible.

ARTÍCULO 43.- Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.

En relación con la mínima intervención esta implica que el Estado no debe extralimitarse en sus facultades al involucrarse en la esfera privada, sino que la Administración de Justicia debe otorgarles a las personas un sistema de justicia idóneo para la solución de conflictos, pero si estas en su autonomía de la voluntad deciden solucionar sus conflictos por métodos RAC, se debe respetar su voluntad privada.

Lo anterior relacionado al caso de las cláusulas escalonadas implica que la Administración de Justicia debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes al pactar un requisito de admisibilidad previo al arbitraje o a la vía judicial, puesto que estas decidieron resolver sus conflictos de dicha forma, lo contrario implicaría que el Estado se está extralimitando en su potestad, al intervenir en la esfera privada sin que las partes hayan infringido los límites de la autonomía de la voluntad según lo dispuesto en el art. 28 de la Constitución Política párrafo dos que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 28.- Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

Por último, con respecto a la efectividad, implica que la tutela judicial efectiva no solo es el acceso a la justicia y tampoco significa que sea solo la vía judicial, sino que dentro de ese acceso se le debe otorgar a la persona una solución efectiva a su conflicto y además las partes pueden escoger el mecanismo idóneo para la solución de conflictos en el caso concreto, por lo tanto, se puede elegir la vía judicial o los métodos RAC.

La efectividad se ve manifestada en el caso de las cláusulas escalonadas, al elegir las partes los métodos RAC en vez de acudir a la vía judicial, siendo además que eligen métodos combinados al considerarlos adecuados para la solución de su conflicto, procurando la solución en primera instancia por un método autocompositivo y posteriormente en caso de no llegar a un acuerdo a un método hetero compositivo, por lo tanto si las partes consideraron idóneo dichos mecanismos se le debe otorgar los efectos jurídicos pertinentes a la cláusula escalonada.

Cabe señalar que Zafra (2017) establece que una cláusula de resolución alterna de conflictos mediante la "sumisión expresa adoptada por la parte voluntariamente, no supone

una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva" (p. 392) mencionando lo siguiente:

La naturaleza de las cláusulas contractuales mediante la cual las partes se comprometen a la sumisión de la mediación como primer paso para la resolución del conflicto. Esto puede salvarse determinando que a lo que se le obliga con esta sumisión expresa es al sometimiento a la mediación, pero no que la disputa o conflicto sea finalmente solucionado mediante este mecanismo. Es decir, aplicando la analogía con la conciliación laboral, esta circunstancia no se puede entender como un impedimento al acceso a la jurisdicción y, por ende, no podemos entenderla vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva (p. 392).

De la misma forma Rosero (2017) en relación con las cláusulas escalonadas establece que estas no infringen la tutela judicial expresando lo siguiente:

El pacto de las cláusulas escalonadas es justamente un desarrollo de la libertad, en tanto es una manera de establecer procedimientos y competencias para resolver los conflictos entre las partes. Ello se consigue fomentando la aplicación de MASC como etapas previas a la solución judicial/arbitral de una controversia. Es decir, las partes no auto restringen su acceso a la justicia, ni la posibilidad de solucionar sus controversias, solo establecen mecanismos previos para acceder a la justicia, dejando al juicio arbitral o judicial como ultima ratio (Rosero, 2017, p. 81).

A partir de la revisión anterior se pueden determinar como resultado los siguientes hallazgos:

- Debido a la evolución y progreso de la justicia, resultaría ilógico y hasta contrario al mismo principio, el considerar que un método autocompositivo previo al arbitraje como requisito de admisibilidad pueda ser considerado como lesivo al acceso a la justicia, esto significaría que no se le considera como justicia a los métodos autocompositivos y que estos no son idóneos para la resolución de conflictos, lo que implicaría un retroceso en la evolución de la justicia y los métodos RAC.
- En el caso de las cláusulas escalonadas al negar el carácter vinculante del paso previo al arbitraje, por considerarlo innecesario incluso que obstruya la justicia, implica una posición tradicional que debe ser erradicada, para que se pueda impulsar el desarrollo y utilización de los métodos RAC, con el fin de que no solo se considere acceso a la justicia la vía judicial sino que también los métodos RAC, pero no únicamente al

arbitraje por ser un método hetero compositivo, sino que debe considerarse también los métodos autocompositivos.

- No se debe considerar como lesivo de la tutela judicial efectiva, el que las partes pacten una cláusula escalonada, con un método autocompositivo como un requisito de admisibilidad para acudir al arbitraje, puesto que las partes utilizando su autonomía decidieron por su propia voluntad obligarse a ello, dejando en primera instancia el procurar solución por si mismos (negociación) o con ayuda de un tercero (mediación o conciliación), en el cual si se llega a una solución, esta resultará satisfactoria para todas las partes involucradas, puesto que los métodos autocompositivos son los únicos en los que se puede obtener un ganar-ganar.
- Las cláusulas escalonadas no infringen la tutela judicial puesto que estas no restringen como tal la solución de conflictos sino que priorizan la utilización de un método de resolución sobre otro, siendo que pactan de previo un método autocompositivo en el cual pueden llegar o no una solución, donde en el caso de no llegar a un acuerdo continúan con el método hetero compositivos, por lo que desde un principio se trata de solucionar el conflicto pero, de una forma más amistosa, con el fin de procurar primero llegar a una solución entre las partes o con ayuda de un tercero.
- El poder de decisión sobre la solución en un principio queda entre estos, incentivado por una posible solución de ganar-ganar, mientras que si no llegan a una solución implicaría dejar la solución en manos de un tercero, el cual impondrá la solución de la controversia, pero ambos mecanismos están en la búsqueda de la solución del conflicto, por lo tanto no se obstruye ni se limita el acceso a la justicia siendo que desde un principio están accediendo a ella y en el caso de no llegar a una solución se acude al método hetero compositivo.

Errónea interpretación de la tutela judicial efectiva en relación con los métodos RAC
Tribunal Contencioso Administrativo Sección III Resolución No. 9887-1999

- Ciertamente en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho las partes con intereses contrapuestos pueden intentar zanjar sus diferendos a través de mecanismos alternativos o no institucionales tales como la conciliación, la mediación, la transacción o el arbitraje. En tal sentido, el ordinal 43 de la Constitución Política dispone que "Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por

medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente". Ahora bien, la resolución alterna de controversias de intereses no puede entenderse como un trámite obligatorio o preceptivo para las partes involucradas puesto que, el fundamento de los instrumentos de solución alterna de las controversias se encuentra en la libre voluntad y consentimiento de los sujetos directamente interesados e involucrados.

- Es menester observar que la Constitución Política, también, consagra otro derecho fundamental el cual consiste en la tutela judicial efectiva, al disponer el numeral 41 que "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales...". En suma, el acceso a la tutela judicial efectiva no puede condicionarse a un intento previo de arreglo o conciliación, puesto que, en buena hermenéutica constitucional ambos derechos fundamentales deben coexistir pacíficamente. Esto es, a ningún sujeto de derecho -público o privado- se le puede compeler, antes de acudir a los Tribunales de Justicia, a conciliar, transar o negociar extrajudicialmente los alcances patrimoniales disponibles de un conflicto, puesto que, ello atentaría contra el derecho a la tutela judicial efectiva.

Con respecto a la resolución anteriormente mencionada se puede dar como resultado el siguiente hallazgo:

El apoyo hacia la posición de la Sala Primera y Sala Constitucional en cuanto a la negación del carácter vinculante de la etapa previa al método hetero compositivo, se puede notar que remonta muchos años atrás desde por lo menos 1999, por lo tanto la problemática ha sido prolongada y uniforme en la jurisprudencia nacional, afectando de tal forma a la figura de las cláusulas escalonadas, al negar los efectos jurídicos, tornando en ineficaz la cláusula escalonada, negando el carácter vinculante de la etapa previa y la sanción correspondiente ante el incumplimiento.

Considerando la resolución mencionada esta implica que no solamente por ser un método autocompositivo es que se está negando el carácter vinculante, sino que también porque se considera una obstrucción para la justicia el que se condicione a un intento previo al método hetero compositivo, lo que es una interpretación alarmante ya que supone que el método autocompositivo no es acceso a la justicia y que se debe recurrir al método hetero compositivo para resolver el conflicto.

De la misma forma, dicha interpretación resulta errónea puesto que el acudir al método autocompositivo de forma previa, implica el priorizar la forma de solucionar el conflicto, no significa que se está negando la solución del conflicto, sino que primero se intentará en el método autocompositivo, que en caso de no llegar a una solución se iría al método hetero compositivo, por lo tanto la concepción de dicha resolución menosprecia y desvaloriza la utilización de los métodos autocompositivos como forma de solución de conflictos.

La diferencia entre la figura del agotamiento de la vía administrativa y el requisito de admisibilidad Sala Constitucional Resolución No. 1574-2008

Para determinar la diferencia entre el agotamiento de la vía administrativa y el requisito de admisibilidad, que se relaciona con el tratamiento de la cláusula escalonada, demostrando la razón por la cual no puede influir el agotamiento de la vía administrativa y la apertura hacia considerar un requisito de admisibilidad la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada se utilizó la jurisprudencia de la Sala Constitucional bajo el voto 1574-2008 de la siguiente forma:

Mediante este voto, se logra visualizar la diferencia entre el agotamiento de la vía administrativa y un requisito de admisibilidad, siendo además que en esta resolución se pone en duda la inconstitucionalidad por considerar que el proceso de usucapión especial agrario implicaba agotar vía administrativa de forma preceptiva, lo que resulta erróneo puesto que se trata de un requisito de admisibilidad, tratándose de un método RAC previo a la vía judicial, como se expone en la resolución de la siguiente forma:

- De conformidad con el numeral 94, párrafo segundo, de la Ley de Tierras y Colonización de previo a interponer una acción judicial en la que se discuta un problema de posesión precaria de tierras, los propietarios deben presentar su reclamo ante el Instituto de Desarrollo Agrario. El fin de esta norma es que cuando exista un conflicto entre un poseedor y un propietario registral, el Instituto de Desarrollo Agrario intervenga o medie en el conflicto con el propósito de lograr alcanzar una solución alternativa a la judicial.
- De modo que, es evidente que en el caso del Instituto de Desarrollo Agrario, su intervención en el conflicto, como un tercero ajeno a la posición de las partes en conflicto (hetero tutela administrativa), es para dirimir un conflicto entre el poseedor

en precario y el propietario registral, con lo cual asume una clara posición arbitral o mediadora, que resulta completamente diferente a la que tradicionalmente las administraciones públicas en los procedimientos administrativos lineales, esto es, concomitantemente, la de parte interesada y encargada de resolver el conflicto (autotutela administrativa).

- El IDA en los conflictos de posesión en precario no interviene en su condición de ente público dotado de privilegios y prerrogativas públicas para ejercer una competencia de carácter aflictivo, sino como mediador o arbitro entre los poseedores en precario y los propietarios registrales para asegurar la vigencia de un valor constitucional de primer orden como lo es la paz social.

Basado en la resolución de comentario, se puede determinar como resultado los siguientes hallazgos:

- Al tratarse de un método RAC previo a la vía judicial y no un agotamiento de vía administrativa preceptiva, implica que entonces el proceso es permitido, porque en caso de que fuera agotamiento de la vía administrativa de forma preceptiva, tendría que declararse inconstitucional, conforme a la resolución que declaro inconstitucional la vía administrativa preceptiva y toda la normativa relacionada.
- Por lo tanto, no se permite agotamiento de la vía administrativa preceptiva, pero si se está permitiendo por ley que se realice un método RAC de forma obligatoria previo a la vía judicial como requisito de admisibilidad, es decir debe intentarse la solución mediante el método alternativo, siendo que en el caso de no llegar a una solución se pueda acudir a la vía judicial.
- Da apertura a que, si se permite el requisito de admisibilidad, se pueda otorgar el carácter vinculante a la etapa previa a la cláusula escalonada, puesto que esta se trata de un requisito de admisibilidad.

Procedimientos similares aplicados en Costa Rica

Para establecer los procedimientos similares, los cuales están relacionados al tratamiento de las cláusulas escalonadas, al poder ser utilizados como fundamento a favor de otorgar el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje se utilizó, normativa y 5 jurisprudencias de la siguiente manera:

Proceso de usucapión especial agrario Ley de tierras y colonización art. 94

En la ley de tierras y colonización se encuentra el proceso de usucapión especial agraria, estableciendo de previo a acudir a la vía judicial, la solución de conflictos derivados de la posesión precaria de tierras, entre el propietario y los ocupantes, con intervención del instituto, establecido en el art. 94 de dicha ley:

La solución de los conflictos derivados de la posesión precaria de tierras se buscará fundamentalmente a través de contratos directos de compraventa entre el propietario y los ocupantes, con intervención del Instituto.

Transcurridos tres meses a partir del recibo de la gestión respectiva sin que el Instituto haya declarado la existencia de un conflicto de posesión de tierras, o un año desde esa declaratoria, sin que el conflicto haya sido solucionado, se tendrá por agotado el procedimiento administrativo, y los accionantes podrán dirigirse a los Tribunales.

Conforme a lo anterior se establece un método alternativo de conflictos, antes de poder acudir a vía judicial, estableciéndolo como un requisito de admisibilidad, siendo que en caso de que se vaya a vía judicial sin cumplir dicho requisito se puede interponer la excepción procesal o defensa previa de falta de agotamiento de la vía administrativa (Ley de Jurisdicción Agraria art. 44 inciso d) y Código Procesal Agrario art. 105 inciso 2 que entrara en vigencia el 28-02-2021), adecuándose al presupuesto anteriormente mencionado, sin embargo no se trata de un agotamiento de la vía administrativa sino de un requisito de admisibilidad como lo estableció la Sala Constitucional en la sentencia 1574 del año 2008 mencionada en el apartado anterior.

A través de la revisión realizada anteriormente se puede determinar los siguientes hallazgos:

De forma sustancial se trata de un procedimiento similar a la cláusula escalonada, puesto que se trata de un método autocompositivo previo al método hetero compositivo, siendo ese método autocompositivo un requisito de admisibilidad para poder acudir al método hetero compositivo, por lo que resulta ilógico que se niegue el carácter vinculante en una cláusula escalonada, pero se permita en este procedimiento, puesto que la causa de la negación es porque el método autocompositivo es voluntario, pero si exigen cumplir el requisito en este proceso, de tal forma dan carácter vinculante en este proceso a lo mismo que niegan en la cláusula escalonada.

De la misma forma, se evidencia la incongruencia al considerar la Sala Primera y Sala Constitucional que no se puede obligar a las partes a un método autocompositivo sin que exista voluntad de las partes, siendo que en el caso del proceso de usucapión especial agraria no existe ni si quiera un pacto previo donde se demuestre la voluntad de las partes de solucionar su conflicto por un método autocompositivo, sino que estas deben cumplir el requisito de admisibilidad por estar dispuesto en la ley.

Por lo tanto, por ley se está obligando a la parte al método autocompositivo como requisito de admisibilidad, sin embargo cuando se trata de un pacto entre las partes donde mostraron expresamente su voluntad de acudir de forma previa a un método autocompositivo como requisito de admisibilidad, antes de acudir al método hetero compositivo, se le está negando el efecto vinculante, lo que resulta ilógico el permitir por ley y negar por el pacto de las partes, siendo que este tiene fuerza de ley entre las partes de acuerdo al art. 1022 del Código Civil.

La Convención sobre el Código de Conducta de las Conferencias Marítimas Sala Constitucional Resolución No. 1922-2004

Posición del recurrente

- El artículo 23 inciso 4) del Tratado obliga a las partes en conflicto, a acudir a procedimientos de conciliación internacional, lo cual limita el derecho a la tutela judicial efectiva de los consumidores. Ello constituye una violación no sólo al principio de igualdad, sino que hace nugatorio el derecho de acceso a la justicia administrativa.

Posición de la Sala Constitucional

- El objeto de tales conciliaciones es llegar a una solución amistosa de la controversia mediante recomendaciones formuladas por conciliadores independientes. (Artículo 31) Dispone el numeral 37 que las recomendaciones de los conciliadores no serán vinculantes para las partes, a menos que estas hayan acordado lo contrario, o bien que las acepten. De no ser aceptado el criterio de los conciliadores, queda despejada la vía para el acceso a la vía jurisdiccional de acuerdo con las reglas del Derecho Internacional Privado. A juicio de esta Sala, las disposiciones anteriores llevan a concluir que el mecanismo de resolución amistosa de controversias previstos en el Código de Conducta, así como la obligatoriedad de su empleo en caso de aumentos

de fletes y recargos no resultan contrarios a las normas contenidas en los artículos 43, 152 y 153 de la Constitución Política.

- Si bien se debe acudir a la conciliación en ciertos casos, dicha medida tiende a evitar la realización de prolongados procesos jurisdiccionales, cuya duración podría perjudicar el sano desarrollo del comercio marítimo de cargas. Por ello, las partes primero deben intentar conciliar, y solamente en caso de no aceptar ambas o alguna de las partes lo recomendado, o si se considerara que el procedimiento de conciliación ha estado viciado de nulidad, entonces acudir a los tribunales de justicia. No se invade la competencia de las autoridades jurisdiccionales nacionales, puesto que la decisión de la conciliación no es vinculante a menos que sea aceptada.
- En el presente caso, a pesar de que el recurso al procedimiento de conciliación es obligatorio en determinadas materias, no lo son las recomendaciones de los conciliadores a las partes que no las hayan aceptado. De ese modo, la norma en cuestión es perfectamente compatible con el artículo 43 de la Ley Fundamental, ya que siempre supedita la vinculatoriedad de las recomendaciones a la aceptación previa o posterior de las partes interesadas, en armonía con el referido texto constitucional.

En base a la sentencia de la Sala Constitucional anteriormente mencionada se logra determinar los siguientes hallazgos:

De igual forma que con el proceso de usucapión especial agraria, en este proceso se está otorgando efecto vinculante al requisito de admisibilidad por ley, es decir la conciliación obligatoria debe hacerse de previo a poder acudir a la vía judicial, que en base a la sentencia de comentario defienden en base a los siguiente:

- La conciliación se trata de llegar a una solución amistosa, donde las recomendaciones del conciliador no son vinculantes, las partes pueden aceptarlo o no
- Se trata de evitar prolongados procesos judiciales

En base a los dos puntos anteriores que defienden la constitucionalidad de la conciliación obligatoria son exactamente los mismos que se pueden utilizar para defender el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje en la cláusula escalonada, puesto que se trata de un procedimiento sustancialmente similar, siendo que las partes pactan de forma previa un método autocompositivo como requisito de admisibilidad, en el cual no es

obligatorio el llegar a un acuerdo pero, si instar el método autocompositivo al igual que la conciliación obligatoria expuesta en este apartado, siendo además que el fin de las partes de pactar una cláusula escalonada es evitar prolongados procesos judiciales intentando de forma previa al arbitraje, una solución amistosa.

Por lo tanto, la misma fundamentación utilizada para respaldar la conciliación obligatoria, puede ser perfectamente utilizada para sustentar la reclamación de las partes del cumplimiento de la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, puesto que se le debe otorgar el carácter vinculante como en el procedimiento de mención, ya que si por ley se acepta debería otorgarse de igual forma en el pacto entre partes, por la fuerza de ley que existe.

Agotamiento vía conciliatoria laboral

Sala Segunda de la Corte Resolución No. 177-2018

Se tuvo por demostrado que la suscrita acudió ante la oficina del Ministerio de Trabajo y tuvo una cita de conciliación con el demandado, en busca de una solución a los problemas de falta de pago de los seguros de ley. Al no haber acuerdo en la cita de conciliación, la suscrita cumplió con el agotamiento de la vía conciliatoria con el demandado y podía válidamente dar por terminada mi relación laboral con responsabilidad patronal.

Sala Segunda de la Corte Resolución No. 26-2017

Resalta que la jurisprudencia de esta Sala ha sido clara al establecer que está prohibido los rompimientos sorpresivos y malintencionados y que el trabajador tiene obligación de agotar las vías conciliatorias de previo a romper la relación laboral.

Esta Sala ha indicado en reiteradas ocasiones que deben agotarse las vías conciliatorias, antes que la persona trabajadora pueda dar válidamente por concluida la relación laboral con responsabilidad patronal, lo cierto es que dicha exigencia no aparece en el texto de esas normas, sino que ha sido una creación jurisprudencial, basada en el principio de buena fe que rige en materia Laboral, como se desprende del artículo 19 del Código mencionado: “El contrato de trabajo obliga tanto a lo que se expresa en él, como a las consecuencias que del mismo se deriven según la buena fe, la equidad, el uso, la costumbre o la ley”, interpretado en la jurisprudencia 804 del año 2005 Sala Segunda

Sala Segunda de la Corte Resolución No. 267-2011

Ahora bien, cuando la persona asalariada decide romper la relación con plena responsabilidad patronal, "necesariamente" debe comunicárselo así a su contraparte, indicándole, también, los hechos en que se fundamenta. De igual modo, considerando tanto la necesaria estabilidad del contrato de trabajo, su contenido ético y los principios de buena fe y de equidad, que resultan consustanciales a los vínculos jurídicos laborales o de servicio, como la envergadura de la máxima medida a la que puede recurrir la parte afectada por un despido encubierto, la jurisprudencia ha sido conteste en señalar que, por regla general, de previo a ejecutarla, es preciso procurar el agotamiento de las vías conciliatorias.

Sala Segunda de la Corte Resolución No. 1493-2010

En aras de la indispensable estabilidad de las relaciones de empleo, su contenido ético y, el principio de buena fe previsto en el numeral 19 del Código de Trabajo, se ha considerado, que previamente a la extinción del vínculo, el trabajador o la trabajadora debe agotar las vías conciliatorias, para darle oportunidad, a la contraparte, de reconsiderar su eventual actuación ilegítima y de ajustar su proceder a derecho.

A partir de la jurisprudencia anteriormente mencionada se puede establecer el siguiente hallazgo:

En este último procedimiento similar a la cláusula escalonada de comentario, es el que vuelve aún más ilógica la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, puesto que el agotamiento de la vía conciliatoria laboral surgió a partir de jurisprudencia, es decir ni por ley ni por pacto entre partes, lo que resulta incongruente permitir que por jurisprudencia se otorgue carácter vinculante a un método autocompositivo, pero no permitirlo cuando se trata de un pacto entre las partes, que otorga fuerza de ley entre las partes contratantes.

La etapa previa al arbitraje como obligación de medio y no de resultado.

Para determinar que la etapa previa al arbitraje es una obligación de medios y no de resultados, lo cual se relaciona con el tratamiento de la cláusula escalonada, puesto que sustenta el otorgamiento del carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje, se utilizó 2 documentos y 1 jurisprudencia de la siguiente forma:

Es importante y necesario, dejar en claro que la etapa previa al arbitraje, es decir el

método autocompositivo se trata de una obligación de medio y no de resultado por lo que primero hay que determinar de qué se trata dichas obligaciones, siendo lo siguiente:

Conforme a Escobar (1997), "en las obligaciones de medio (llamadas también de actividad, de prudencia y de diligencia) se promete el medio para cumplirlas y no el resultado", en cambio en las obligaciones de resultado "llamadas también determinadas o específicas existe un fin específico y determinado que el deudor debe procurar al acreedor. Se cumple cuando se ha alcanzado el resultado" (p. 239).

De la misma forma Escobar (1997) establece que "son de medio aquellas en que el deudor se obliga a poner todo su conocimiento, aptitud y diligencia para que en forma normal se realice el resultado deseado por el acreedor. En cambio, en las obligaciones de resultado el deudor garantiza la realización, del mismo" (p. 239), donde el mismo autor establece los siguientes ejemplos en relación con las obligaciones de medio:

Son obligaciones de medio, entre otras, la de los médicos y abogados. El médico se obliga a proporcionar todos sus consejos y cuidados indicados por las normas de su profesión con el propósito de hacer posible la curación del paciente, pero no se obliga a curar. No puede garantizar la curación. Similar cosa sucede con el abogado. No le garantiza al cliente ganar el litigio. Su obligación consiste en emplear todos sus conocimientos, agotar los trámites y recursos necesarios con el propósito de hacer posible el triunfo de su cliente (p. 240).

Para determinar cuando estamos en presencia de una obligación determinada o de prudencia (de medio), es preciso averiguar la intención de las partes. Si no puede averiguarse dicha intención es preciso referirse a la naturaleza aleatoria de la obligación. Si es aleatoria, debe suponerse que es de prudencia; si no es aleatoria, es una obligación determinada (p. 240).

De la misma forma, Albuquerque (2017) respalda la imposición por ley de los métodos autocompositivos de la siguiente forma:

La posibilidad de resolver no jurisdiccionalmente un conflicto es una opción libre de las partes, y la ley no puede obligarles más que a intentar el acuerdo, pero jamás imponerlo: si las partes no alcanzan un entendimiento, o no quieren someter su controversia al criterio de un árbitro, siempre podrán acudir a los tribunales (p. 679). Bajo el mismo lineamiento, Laura Ávila, en una entrevista realizada afirma en su

opinión lo siguiente: “es una obligación de medios, el tema es agotar la instancia y no necesariamente llegar a acuerdos”, de igual forma Sergio Artavia menciona que se trata de una obligación de medios, conforme a la entrevista que se le realizó y Francisco Gonzales de Cossío coincide con ambos mencionando lo siguiente:

Es una obligación de medios no de resultados, ya que cuando A y B, pactan en un contrato que existe la obligación de mediar o conciliar o cualquier mecanismo autocompositivo en el cual un tercero ayuda a las partes a resolver un problema y no tiene facultad para obligar, cualquiera que sea, si las partes pactan la obligación de hacer eso, hay una voluntad contractual, que debe ser respetada, como toda voluntad contractual y que la visión actual se va muy rápido a la conclusión negativa, la visión puede ser que sea una obligación de medios, no de resultados.

Conforme a las entrevistas realizadas se tienen los siguientes hallazgos:

A partir de las entrevistas se denota que existe una uniformidad en cuanto a considerar la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada como una obligación de medios y no de resultados, siendo de esta forma que la interpretación de las Salas en cuanto a negar el carácter vinculante de la etapa previa, bajo la premisa de que no se puede obligar a las partes a llegar a un acuerdo, significa entonces que están tomando la etapa previa como una obligación de resultados y no de medios, negando de esta forma bajo una concepción errónea.

La diferencia entre la obligación de medio y de resultado Sala Primera de la Corte Resolución No. 770-2019

La autonomía de la voluntad, ya que las partes pueden pactar la naturaleza de la obligación que los ligará. Ahora bien, aunque de forma precisa no se le calificara, por el tipo de obligaciones contraídas sería posible determinarlo. Tal y como sucede con el contrato de estudio según se expondrá. Otro de los aspectos que se mencionan en doctrina es el carácter aleatorio, en cuanto mayor sea este, más cercano se estaría ante una obligación de medios, -debido a su obtención incierta-, y de no existir o ser mínimo, entonces se enmarcaría como una de resultados. Importa aquí lo dispuesto en lo concerniente a que, de existir pocas probabilidades de alcanzar el objeto, sería de medios y se acota debe realizarse la diferenciación con la noción de posibilidad.

En el primero, expone, el fin no es aleatorio, y la injerencia del acreedor es mínima, por lo que se está ante una obligación de resultado. El segundo, donde el objeto es

aleatorio y el rol del acreedor es más activo, debido a lo cual se califica como de medios. El tercero, cuando el resultado es aleatorio y la injerencia del acreedor es apenas activa, lo que la convierte en una obligación de medios. El cuarto, donde se está ante una elevada probabilidad de la consecución del fin perseguido por el deudor, pero se requiere una injerencia activa del acreedor, por lo que se califica como obligación de medios.

De acuerdo con la documentación y jurisprudencia mencionada anteriormente se determina como resultado los siguientes hallazgos:

De acuerdo a la concepción de obligación de medios y de resultados, se puede determinar que la obligación pactada entre las partes de la etapa previa al arbitraje como requisito de admisibilidad, constituye una obligación de medios y no de resultados, puesto que no se puede obligar a llegar a un acuerdo en un método autocompositivo, pero si a instar el mecanismo, esto a partir de que se trata de una obligación de naturaleza aleatoria, puesto que no se puede asegurar un resultado específico, ya que se puede llegar a un acuerdo o no dentro del método autocompositivo.

Por lo tanto, se debería otorgar el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje, puesto que la negación de esta por parte de la Sala Primera y Sala Constitucional tiene una concepción equivocada, considerando dicha obligación como una de resultado y no de medios, por lo tanto, que infringe la naturaleza de los métodos autocompositivos al obligar a llegar a un acuerdo, siendo esta la razón es que ha negado la obligatoriedad.

De tal forma, si se le considera de forma correcta la naturaleza de la etapa previa al arbitraje, como una obligación de medios, la Sala Constitucional y la Sala Primera, ya no tendrían motivos por los cuales negar el carácter vinculante, puesto que en los procedimientos similares ha avalado el carácter vinculante de los métodos autocompositivos bajo la concepción que se trata de una obligación de medios.

Análisis de resultados de variables objetivo 4: Reforma legal a la LRAC para la aplicación de la figura de la cláusula escalonada.

Para proponer la reforma legal a la LRAC para la aplicación de la figura de la cláusula escalonada se aplicó una revisión documental de 4 documentos, el Código Procesal Civil y entrevistas a profundidad de la siguiente forma:

La mediación/conciliación prejudicial obligatoria como figura similar a la cláusula

escalonada

Soleto (2017B) establece en relación con la voluntariedad de la mediación prejudicial lo siguiente:

Uno de los elementos esenciales de la mediación es la voluntariedad, evidentemente necesaria para que las partes acepten el resultado de la mediación como un acuerdo. Es conveniente, conforme a la voluntariedad, consecuencia del principio de libre disposición, que las partes acudan voluntariamente a la mediación, sin embargo, ello no puede suceder si no conocen las características de la mediación. Lo primero será entonces recibir información sobre el procedimiento de mediación, lo cual se hace a través de la derivación a una primera sesión de mediación o sesión informativa (p.497).

De esta forma, establece Soleto (2017B) que existe un auge con respecto a la mediación prejudicial siendo que se está utilizando con más frecuencia por parte de la doctrina y operadores jurídicos, implementando de esta forma "la posibilidad de obligatoriedad del intento de mediación pese a que existen importantes obstáculos como la resistencia de sectores jurídicos más tradicionales que promueven el acceso a la justicia como sistema único" (p. 497), estos obstáculos debido a lo siguiente:

Algunos argumentan que el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción es un obstáculo a la obligatoriedad del intento de la mediación, sin embargo, este planteamiento parece superado en general por la doctrina y sistemas jurídicos más modernos, y por el contrario se defiende un sistema de Justicia más amplio que integre estos mecanismos adecuados de resolución de conflictos (Soleto, 2017B, p. 498).

Por otro lado, Soleto (2017B) refiere la forma en que los sistemas quieren fomentar el uso de la mediación de la siguiente manera:

Los sistemas que pretenden fomentar el uso de la mediación haciéndola obligatoria suelen introducir la obligatoriedad del intento de la mediación antes del inicio del proceso: así, exigen como criterio de procedibilidad acudir a una sesión informativa o a la primera sesión de mediación, o incluso a un número mínimo de ellas (p. 489).

Las consecuencias del incumplimiento pueden variar de la denegación del acceso a la jurisdicción (como ocurre en general en los sistemas de resolución de

conflictos laborales con una fase previa de mediación o conciliación), o una limitación de los derechos procesales de la parte que incumpla la obligación, pasando por una multa o sanción o condena en costas (p. 489).

A través del establecimiento de la mediación prejudicial obligatoria como figura similar a la cláusula escalonada se obtiene como resultado los siguientes hallazgos:

El establecer una mediación prejudicial implica el crecimiento y mayor apertura para las personas de acudir a métodos RAC, ya que muchas de estas personas sienten escepticismo con respecto a si son métodos eficaces para solucionar controversias, por lo tanto, esta implementación implica un cambio de cultura y paradigma de cómo solucionar los conflictos, dando oportunidad a las partes de mediar, pero que realmente esto se procure y priorice antes de empezar el proceso judicial.

Lo anterior es lo mismo que las cláusulas escalonadas quieren implementar, la diferencia es que las partes de forma previa lo acordaron, por lo que con mayor razón si se permite una conciliación o mediación impuesta sin acordarla previamente, debería respetarse el acuerdo de las partes y su deseo de priorizar el método autocompositivo sobre el hetero compositivo, siendo que una de las partes no se puede apartar de lo pactado de forma unilateral, ya que la etapa previa al pactarla como obligatoria acarrea un efecto vinculante para las partes.

Cabe señalar, que el acceso a la justicia no se ve limitado por ser un requisito de admisibilidad debido a que los métodos autocompositivos al igual que los métodos hetero compositivos buscan una solución a la controversia, por lo que de igual forma se puede encontrar justicia a la controversia suscitada por las partes en el método autocompositivo, por lo tanto la interpretación de que obstaculiza la justicia es alarmante puesto que implicaría establecer que los métodos autocompositivos no son idóneos para la solución de un conflicto, lo que acarrea un retroceso en la evolución y desarrollo de los métodos RAC.

Por otro lado, la similitud que existe entre la mediación prejudicial obligatoria y la cláusula escalonada, radica en que la mediación prejudicial implica en que el Juez remite a las partes a una mediación antes de iniciar el proceso judicial, como requisito de admisibilidad del proceso, siendo que la obligación radica en participar, más no a llegar a un acuerdo, al igual que en una cláusula escalonada, que la etapa previa al arbitraje es un requisito de admisibilidad del proceso arbitral y la obligación es de medios y no de resultados,

por lo que el participar es la forma de cumplir la etapa previa al arbitraje, lo que no infringe la naturaleza de los métodos autocompositivos.

Cabe señalar, que en relación a las consecuencias del incumplimiento, como primer punto es necesario el considerar vinculante la etapa previa al arbitraje, luego establecer la naturaleza de esa etapa previa, que en el caso de las cláusulas escalonadas al igual que la mediación prejudicial son un requisito de admisibilidad de la siguiente etapa que en el caso de las cláusulas escalonadas es al arbitraje o a la vía judicial y en la mediación prejudicial solo la vía judicial, esto como última ratio en caso de que no se llegue a un acuerdo en el método autocompositivo.

Cabe destacar, que en la mediación prejudicial el juez puede ejercer el control y el cumplimiento directo del requisito de admisibilidad, en cambio las cláusulas escalonadas queda en el criterio del tribunal arbitral que hacer en cuando al incumplimiento de la etapa previa, puesto que en el caso de Costa Rica no existe una regulación en relación a las cláusulas escalonadas, que a pesar de que las partes acudan a la Sala Primera para la anulación del laudo esta es negada por no considerarlo una causal de nulidad.

Lo anterior como tal implica que no hay un control para el cumplimiento en las cláusulas escalonadas, como existe en la mediación prejudicial, ya que en Costa Rica se niega el carácter vinculante y no existe sanción alguna la inobservancia por parte del tribunal arbitral o el incumplimiento de la parte, siendo que en el caso de la mediación prejudicial las sanciones que implica es la denegación de la vía judicial hasta cumplir el paso previo o la condena en costas por el incumplimiento, lo que puede ser utilizado como mecanismo para las cláusulas escalonadas, solo que agregando una sanción también al Tribunal Arbitral lo que implicaría la anulación del laudo por medio del control judicial.

Por último, en Costa Rica existen procedimientos similares a la cláusula escalonada, que implica una conciliación/mediación prejudicial los cuales fueron expuestos en la variable 3, lo cual sustenta que si se acepta por ley un método autocompositivo previo al método hetero compositivo en el cual no existe aceptación previa de las partes, siendo que la Sala Primera y Sala Constitucional alegan la voluntariedad de los métodos autocompositivos, con mucha más razón se debe aceptar en el pacto entre las partes que si ha tenido una aceptación previa de estas.

El paso previo al arbitraje como requisito de admisibilidad y la suspensión del arbitraje.

A partir de la variable 2 se puede determinar que la etapa previa al arbitraje en una cláusulas escalonada es un requisito de admisibilidad, por lo que la línea de la propuesta de reforma versa sobre que el escalón previo es un requisito de admisibilidad, puesto que no se trata de un asunto de competencia del tribunal arbitral, ya que este debe decidir en cuanto el cumplimiento de la etapa previa al arbitraje, siendo que si no tuviera competencia no podría pronunciarse al respecto y no se interrumpiría la prescripción establecida en el art. 44 de la LRAC estableciendo que el "comunicado el requerimiento, se interrumpe la prescripción de cualquier derecho a reclamo sobre el asunto que se pretende someter a arbitraje".

Caivano (2015) apoya la posición de considerar la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada como requisito de admisibilidad de la siguiente forma:

Está claro que cuando las partes ponen una primera fase de negociación obligatoria, esta fase debe cumplirse, porque es condición de admisibilidad del inicio del proceso arbitral, la acción arbitral no está disponible, porque las partes condicionaron su admisibilidad al cumplimiento de una serie de conductas previas, en consecuencia no es este un problema jurisdiccional sino un problema de admisibilidad, la solicitud de arbitraje es inadmisibile por prematuro, no están dadas las condiciones que las propias partes pactaron como previa.

Ahora bien, el efecto que dicha inadmisibilidad debe acarrear en el proceso arbitral es la suspensión del arbitraje debido a como bien dice Caivano (2015) si se diera por terminado el proceso arbitral implicaría no solo que las partes tuvieran que instaurar de nuevo el proceso arbitral, lo cual acarrea mayores gastos, sino que en caso de que se esté al filo de la prescripción de un derecho relacionado con la controversia que se va a resolver mediante arbitraje, dicho derecho podría prescribir al no ser presentado formalmente la demanda arbitral, ya que si se termina el proceso no daría efecto interruptor de la prescripción, en cambio si este se suspende si otorgaría dicho efecto.

Conforme al establecimiento del paso previo al arbitraje como requisito de admisibilidad se obtiene como resultado los siguientes hallazgos:

El considerar la etapa previa al arbitraje como un requisito de admisibilidad es la concepción correcta puesto que no se trata de que el asunto no sea arbitrable, sino que falta una etapa para que se pueda proseguir al arbitraje, siendo que el árbitro debe decidir con respecto a dicho cumplimiento, lo que implica que el tribunal arbitral debe tener competencia

para pronunciarse al respecto.

De la misma forma, también sería un problema considerarlo un requisito de competencia en cuanto a la prescripción del derecho, siendo que, si el tribunal arbitral no tiene la competencia, no puede iniciar de ninguna forma, debido a que se deben de declarar incompetentes, por lo tanto, no se podría interrumpir la prescripción de los asuntos que se vayan a someter a arbitraje.

Por otro lado, el efecto que debe acarrear es la suspensión del proceso arbitral mientras se cumple con la etapa previa al arbitraje, debido a que el terminar con el proceso causa muchos prejuicios a las partes, donde no solo lo económico está en juego sino incluso un derecho podría prescribir, al no establecerse formalmente el arbitraje, si se da por terminado el proceso.

La buena fe para la aplicación de la reforma legal propuesta y el abuso procesal

La buena fe es esencial para toda relación contractual con el fin de que no exista abuso por parte de alguna de estas en el negocio jurídico, aprovechándose del proceso o del derecho que ostentan, por lo tanto, para la aplicación de cualquier norma se debe establecer si realmente el sujeto lo que pide lo hace bajo los parámetros de la buena fe, como es el caso de las medidas cautelares, que uno de los presupuestos para que sea aceptado es que haya apariencia de buen derecho.

En el caso de las cláusulas escalonadas la parte que alega el incumplimiento podría aprovecharse de la obligación que pactaron, para entorpecer, obstaculizar y dilatar el proceso a su favor haciendo uso de su derecho a exigir el cumplimiento, pero a pesar de que exista el *pacta sunt servanda*, este no se puede aplicar de forma tajante, debido a que existen casos donde el sujeto actúa de mala fe en la exigencia del cumplimiento de una obligación, siendo esto congruente ya que el derecho no soporta el abuso de este, como lo establece el art. 4.2 del Código Procesal Civil que establece lo siguiente:

4.2 Deberes. Las partes y los intervinientes deberán ajustar su conducta a la buena fe, a la lealtad, a la probidad, al uso racional del sistema procesal, al respeto debido de los sujetos procesales y al deber de cooperación con la administración de justicia, evitando todo comportamiento malicioso, temerario, negligente, dilatorio, irrespetuoso o fraudulento. Cualquier acto contrario a estos deberes será considerado como abuso procesal y será sancionado con el rechazo de plano de la gestión, sin

perjuicio de las responsabilidades disciplinarias, penales y civiles que correspondan.

Bajo el mismo lineamiento, el art. 2.3 del Código Procesal Civil establece que el Tribunal puede tomar medidas en relación con el abuso procesal, siendo que esta norma también puede ser aplicada en el arbitraje, cabe resaltar la misma que menciona lo siguiente:

2.3 Buena fe procesal. Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso ajustarán su conducta a la buena fe, al respeto, a la lealtad y la probidad. El tribunal deberá tomar, a petición de parte o de oficio, todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso, impidiendo el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

En congruencia a lo que procesalmente establece el Código Procesal Civil, el Código Civil ampara la buena fe, estableciéndolo en los arts. 21 y 22 que establecen lo siguiente:

ARTÍCULO 21.- Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe.

ARTÍCULO 22.- La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

De esta manera, las formas en que la parte en una cláusula escalonada abusa de su derecho y abusa del proceso se pueden apreciar en lo siguiente:

En caso de la CCI 8462 de 199796 la cláusula de arbitraje establecía una primera etapa de negociación (“les parties chercheront une solution à l’amiable”) y, si después de 30 días no se podía llegar a un acuerdo, la controversia sería sometida a arbitraje. Cuando el demandante presentó la solicitud de arbitraje, el demandado se opuso alegando que el demandante no le había notificado al demandado acerca de las cuestiones precisas que se someterían a arbitraje y que no había tenido oportunidad de alcanzar una solución amistosa. Esta pretensión fue rechazada considerando el tribunal que había suficientes indicios para concluir que el demandante había hecho

esfuerzos para cumplir con la obligación de negociación de primer nivel y por lo tanto tenía competencia sobre el litigio. En definitiva, será factible entablar un procedimiento judicial o arbitral cuando una de las partes se mantuviera pasiva u obstaculizará la puesta en práctica del mecanismo contemplado en el escalón inferior (Fernández, 2017, p. 122).

Bajo el mismo lineamiento, en el caso SA v B. SA en el Tribunal Federal Suizo en el 7 julio de 2014 citado por Irra de la Cruz y Ibarra (2015) expresa lo siguiente:

En Suiza, un caso reciente resulta de particular interés porque, a pesar de que el contrato incluía el mecanismo de solución de disputas de FIDIC, el tribunal consideró que dicho procedimiento previo no era obligatorio. En este caso, una empresa de construcción francesa firmó dos contratos con una empresa propiedad del Estado de Rumania. Los contratos fueron sometidos a la ley rumana e integraron las condiciones FIDIC del Libro Rojo de 1999 que en la cláusula 20 establecía un procedimiento DAB previo al arbitraje (p. 42).

Una disputa surgió entre las partes y, en marzo de 2011, el contratista notifica al propietario de su intención de entablar una demanda de 21 millones de euros a una junta ad hoc. El proceso para constituir el DAB resultó particularmente largo (15 meses), debido principalmente a la conducta obstruktiva del cliente. Para el 14 de junio de 2012, las partes acordaron finalmente la constitución del DAB, pero no firmaron el acuerdo de adjudicación de disputas (“DAA”) según lo establecía la cláusula 20.2 de las condiciones FIDIC. Hecho esto, el contratista presentó una solicitud de arbitraje con la ICC. Como era de esperarse, el cliente se opuso a la jurisdicción del tribunal arbitral con el argumento de que el arbitraje no podría iniciarse sino después de la terminación del procedimiento DAB (p. 42).

En un laudo parcial del 21 de enero de 2014, la mayoría del tribunal arbitral ubicado en Ginebra afirmó su jurisdicción. Al interpretar la cláusula 20 de las condiciones FIDIC, concluyó que, en ese caso particular, el procedimiento de la junta ad hoc no era una condición precedente al arbitraje y en ese sentido no era obligatorio, basando su conclusión en los siguientes elementos: (i) el uso de “deberá” en la cláusula 20.2 claramente influye en el carácter obligatorio del procedimiento DAB; (ii) no obstante, el plazo de 15 meses para designar la DAB era excesivo, en particular

para un procedimiento de solución de controversias que debe ser rápido; (iii) en consecuencia, ante la negativa del propietario a firmar el DAA, el único recurso del contratista fue recurrir directamente al arbitraje (p. 42).

Al respecto, el Tribunal Federal Suizo confirmó que el procedimiento previo al arbitraje era imperativo para que el arbitraje pudiera iniciarse. No obstante, ello, en el caso particular sostuvo la existencia de una excepción general derivada de la buena fe procesal a la luz de las circunstancias de constitución del DAB. El tribunal afirmó que “a la luz de las reglas [de la buena fe procesal] y visto el proceso de constitución del DAB, no es posible reprochar a dicha parte el haber perdido la paciencia y haber decidido, cansado de la discusión, de saltarse la etapa del DAB, a pesar de su carácter obligatorio, para someter el caso al arbitraje” (p. 42).

Bajo el mismo lineamiento, Cremades (2016) citando al Tribunal Federal suizo, establece que este considera lo siguiente:

Actúa de manera abusiva una parte que invoca el incumplimiento de un escalón obligatorio que parece manifiestamente condenado al fracaso y/o cuando no ha intentado implementarlo ella misma. Si la intención del demandado es realmente resolver amistosamente la controversia, le corresponde plasmarla en los hechos, de conformidad con el principio de buena fe. No basta con invocar pasivamente la incompetencia del tribunal arbitral. Tiene que iniciar él mismo la mediación pactada y solicitar la suspensión del arbitraje (p. 61).

En el caso de *in re Biloune and Marine Drive Complex Limited vs. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, constituido por un Tribunal Arbitral ad hoc en 1995 citado por Caivano (2011) se estableció lo siguiente:

En el contexto de un contrato de inversión, se había pactado que, en caso de conflictos entre el inversor extranjero y el Gobierno respecto de la inversión, “se harían todos los esfuerzos para lograr un acuerdo amigable a través de negociaciones directas” y si aquellos no pudieran ser resueltos mediante un acuerdo, serían sometidos a arbitraje. El inversor comenzó un arbitraje en reclamo de alegados incumplimientos del Gobierno, y éste objetó la admisibilidad de la demanda bajo el argumento de que no se habían hecho “todos los esfuerzos” posibles. Aunque el tribunal arbitral consideró probado que la fase previa había sido cumplida, debió hacer énfasis en que

el inversor había invitado por escrito al Gobierno a negociar, en reiteradas oportunidades, y que éste nunca había contestado (p. 82).

Conforme a los conceptos de la buena fe y el abuso del proceso se da como resultado los siguientes hallazgos:

La buena fe relacionada directamente con el abuso del proceso, al hacer un pedido carente de buenas intenciones, ayuda a determinar cuándo es o no procedente que la parte pueda alegar el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje, siendo que se puede utilizar de forma maliciosa, por lo que el tribunal arbitral o posteriormente la vía judicial, pueden negar perfectamente el reclamo de la parte con respecto al incumplimiento de la etapa previa al arbitraje.

Derivado de la buena fe en la prevención al abuso del proceso se pueden establecer causales por las cuales se puede negar el reclamo del cumplimiento de la etapa previa a pesar de ser redactada de forma obligatoria, de las cuales se puede establecer las siguientes:

- Si se trata de una táctica dilatoria del proceso, como es el caso expuesto de Suiza donde la parte si bien estaban llevando a cabo la etapa previa, al no querer firmar el acuerdo, la otra parte cansada acude en todo su derecho al arbitraje, puesto que la reclamación del incumplimiento es una alegación meramente dilatoria del proceso.
- Si la parte que reclama no ha instado la etapa previa o si la parte que acude a arbitraje instó la etapa previa, pero, la otra parte decidió ignorar la petición de ir a la etapa previa y posteriormente alega el incumplimiento.
- Si no ha reclamado el incumplimiento en el momento oportuno, en congruencia con la renuncia del derecho a objetar
- Si es irremediablemente inconciliable.
- Si las partes han modificado la cláusula escalonada, volviéndola una cláusula arbitral simple o si ambas renuncian a la etapa previa de forma expresa o tácita (ninguna de las partes reclama el incumplimiento).
- Si la etapa previa es de imposible cumplimiento de acuerdo con lo dispuesto en el art. 631 del Código Civil que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 631.- También es ineficaz la obligación que tenga por objeto una cosa o acto que fuere física o legalmente imposible. La imposibilidad física debe ser absoluta y permanente, y no temporal ni relativa, con respecto a la persona que se obliga.

La imposibilidad legal existe:

1º.- Respecto a las cosas que estén fuera del comercio por disposición de la ley.

2º.- Respecto de los actos ilícitos como contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres.

El obligar a la parte a acudir a la etapa previa al arbitraje en presencia de las causales anteriores, equivaldría apoyar la mala fe, produciendo abuso del proceso, lo que resulta contrario a lo que el derecho busca proteger, como lo establece el art. 2.3 y 4.2 del Código Procesal Civil y en concordancia con el art. 21 y 22 del Código Civil.

La aplicación de una causal de nulidad como parte del control judicial para el cumplimiento de las cláusulas escalonadas.

Lo primero que se debe tener en cuenta son las causales de nulidad de los laudos en la normativa nacional que se adecuen al incumplimiento de la etapa previa al arbitraje como los siguientes:

Art. 67 LRAC/ Arbitraje Domestico	Art. 34 LACI/ Arbitraje Internacional
e) Violación al debido proceso.	ii) Referente a que no pudo ejercer el derecho de defensa, esto relacionado directamente con la violación del debido proceso. iv) El procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes.
g) El tribunal carecía de competencia para resolver la controversia.	iii) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo arbitral (se ve como un asunto de competencia y no de incongruencia a pesar de que encaja en los dos supuestos). i) Invalidez del acuerdo arbitral.

Creación a partir de la LRAC y LACI.

Por otro lado, conforme a la Convención de Nueva York esta establece que se puede negar el reconocimiento y la ejecución por los siguientes motivos:

La Convención especifica razones por las que se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral a instancia de la parte contra la cual es invocada.

Tales razones son la incapacidad de las partes, la invalidez del acuerdo de arbitraje,

irregularidades procesales, extralimitaciones en cuanto al alcance del acuerdo de arbitraje, la incompetencia del tribunal arbitral y la anulación o suspensión de una sentencia en el país en el cual, o conforme a la ley del cual, se ha dictado esa sentencia. La Convención especifica otras dos razones en virtud de las cuales un tribunal puede, por iniciativa propia, negarse a reconocer y ejecutar una sentencia. Estas razones se refieren a la susceptibilidad de arbitraje y al orden público (p. 2).

Por lo tanto, si se considerara como requisito de admisibilidad o competencia, cualquiera de los dos, implicaría una causal de nulidad del laudo, sin embargo, como se consideró a la etapa previa al arbitraje como un requisito de admisibilidad la causal de anulación se trata de la lesión al debido proceso, por la inobservancia del tribunal arbitral del cumplimiento de la etapa previa al arbitraje, como la fundamentación expuesta en el caso CODISA del Tribunal Constitucional peruano bajo el expediente 05311-2007, donde establece que al considerarse requisito de admisibilidad ante el incumplimiento se tiene en cuenta los siguientes puntos:

- Su inobservancia es análoga a la vulneración que opera cuando se desacata el llamado procedimiento preestablecido por la ley en cuanto variante del debido proceso.
- El derecho al debido proceso garantiza que al resolver una controversia sea bajo un procedimiento preestablecido por la ley, siendo que, si no se sigue lo dispuesto, el derecho se vería lesionado, que en el proceso arbitral adquiere una particularidad, consistente en que las partes pueden pactar válidamente la realización de algún trámite previo, siempre que no resulte arbitrario, irrazonable o imposible de efectuar.
- En este contexto, los trámites previos al proceso arbitral, al ser producto de la autonomía de la voluntad de las partes, devienen exigibles por el juez o tribunal arbitral antes de admitir a trámite la demanda arbitral e iniciar el proceso, toda vez que se constituyen en requisitos de procedibilidad, que si no resultan arbitrarios, irrazonables o imposibles de realizar, tienen que cumplirse por formar parte del procedimiento preestablecido por las partes, que de una manera particular estaría tutelado por el derecho al debido proceso.

Por otra parte, la Sala Constitucional de Costa Rica por su lado, no se ha referido a este

aspecto de forma específica hacia las cláusulas escalonadas, sin embargo, ha establecido en la resolución 1739-1992, aspectos en relación con el debido proceso de los cuales cabe destacar los siguiente:

- El debido proceso genera exigencias fundamentales respecto de todo proceso o procedimiento.
- Existe diferentes acepciones en cuanto al debido proceso, como el del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal.
- Un elemento constitutivo del derecho al debido proceso es su generalidad, -*numerus apertus*-, de manera que, ni el texto ni lo que diga la Sala agota necesariamente las posibilidades de un catálogo o tipología de elementos. Entonces será la jurisprudencia las que amplíen sus alcances a la luz de nuevos problemas que plantee cada caso concreto.

De tal forma, en el debido proceso no existe causales taxativas para determinar la lesión de este, sino que esto se debe determinar de acuerdo con el caso concreto, donde de acuerdo a las circunstancias se pueden ampliar las formas en que podría lesionarse el debido proceso, donde de forma general el debido proceso genera exigencias en cuanto al proceso o procedimiento, que en el caso de los métodos RAC el procedimiento es escogido por las partes, por ende dicho proceso debe respetarse y en la vía judicial se tiene por ley el procedimiento o proceso a seguir el cual de igual forma debe ser respetado.

Por consiguiente, en los métodos RAC al ser el procedimiento escogido por las partes, este produce fuerza de ley entre las partes, por lo que analógicamente produce los mismos efectos que el procedimiento que se establece por ley y por ello se relaciona el debido proceso, con el respeto al procedimiento escogido por las partes en un mecanismo RAC, que de igual forma deberá ser valorado por el juez, para determinar si constituye una lesión al debido proceso.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que debe alegarse el incumplimiento (no es de oficio) de la etapa previa al arbitraje, siendo que, en el caso de ser negado dicho reclamo por

parte del tribunal arbitral, puede configurar una casual de nulidad, caso contrario si la parte no alega el incumplimiento este se tiene por subsanado, en congruencia a la renuncia del derecho a objetar establecido en el art. 56 de la LRAC que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 56.- Renuncia al derecho de objetar

Considerase que renuncia al derecho de objetar la parte que sigue adelante con el arbitraje, a sabiendas de que no se ha cumplido alguna disposición convenida o algún requisito de la presente ley, sin expresar su objeción a tal incumplimiento dentro del término de diez días, contados a partir del momento en que sepa de ese incumplimiento.

De igual forma, en relación con la buena fe expuesta en el apartado anterior, el recurso de nulidad interpuesto por la parte de mala fe ocasionando abuso procesal, debe ser negada, por lo tanto, la vía judicial negará el recurso que se sustente de forma maliciosa, lo que provocaría que el laudo realizado por parte del tribunal arbitral no se anule, sino que se rechace la petición y se confirma el laudo.

A partir del análisis realizado con respecto a la nulidad del laudo como control judicial para el cumplimiento de las cláusulas escalonadas se tienen los siguientes hallazgos:

- La inobservancia del incumplimiento de la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada debería ocasionar nulidad conforme las causales establecidas ya sea en la LRAC o la LACI, dependiendo de la naturaleza jurídica que se considere la etapa previa al arbitraje se puede establecer la causal de incompetencia del tribunal arbitral cuando se considere un requisito de competencia o la causal de debido proceso cuando se considere un requisito de admisibilidad.
- A pesar de que no se haya anulado el laudo aun así se podría negar el reconocimiento y ejecución del laudo puesto que existieron irregularidades procesales si se considera un requisito de admisibilidad o la falta de competencia si se considera un requisito de competencia, conforme la CNY.
- Se necesita un control judicial puesto que, si llega a la vía judicial un laudo por recurso de nulidad, implica que el tribunal arbitral pudo haber inobservado el cumplimiento de la etapa previa y si no existe dicho control el tribunal arbitral simplemente puede ignorar el incumplimiento y seguir con el arbitraje sin

consecuencia alguna, al no existir una normativa que lo obligue a actuar de dicha forma, por dicha razón se propone una reforma.

- Al existir la causal de nulidad que se ajusta debería aplicarse, ya que esto contribuye a que por sí mismo el tribunal arbitral ante la posible nulidad del laudo por inobservancia del cumplimiento de la etapa previa del arbitraje, haga cumplir la obligación remitiendo a las partes a la etapa previa.
- La reclamación debe ser a petición de parte dentro del proceso arbitral, siendo que, si no se alega el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje, se tiene por subsanado y la parte ha renunciado al derecho de objetar, por lo tanto, no cabría un recurso de nulidad del laudo.
- La buena fe relacionado directamente con el abuso procesal debe influir en la decisión en cuanto a la anulación del laudo, es decir a pesar de que se haya alegado el incumplimiento en el momento procesal oportuno, haya sido negado en el tribunal arbitral y posteriormente se acuda a la vía judicial para pedir que se anule el laudo, dicha petición debe ser rechazada si se funda en mala fe que provoque abuso procesal, es decir no debe aplicarse una nulidad automática del laudo a causa del incumplimiento de la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada.

La condena en costas por acudir al arbitraje sin el cumplimiento de la etapa previa al arbitraje en la cláusula escalonada.

El tribunal arbitral puede condenar en costas a la parte, como lo establece el art. 58 de contenido del laudo inciso g "pronunciamiento sobre ambas costas del proceso", en donde Caivano (2015) establece que "las costas deben ser pagadas por la parte que promovió el arbitraje sin tener derecho de promoverlo todavía", es decir al sujeto que acudió directamente al arbitraje sin cumplir con la etapa previa al arbitraje, sin embargo, se podría eximir de la condenación de costas a pesar de acudir al arbitraje sin cumplir con el paso previo, cuando la parte que acude lo hace de buena fe, debido a que insto al cumplimiento, sin embargo la parte se negó o si ninguna de las partes insto al cumplimiento de la etapa previa en un plazo razonable en el caso de que no hayan pactado un plazo o una vez terminado el plazo establecido por las partes.

La exención de las costas en el caso de buena fe se ve reflejado en el art. 73.2.4 del Código Procesal Civil que establece lo siguiente:

73.2 Exención. Se podrá eximir, total o parcialmente, de forma razonada, cuando:

4. La parte haya ajustado su conducta a la buena fe, la lealtad, la probidad y al uso racional del sistema procesal.

Bajo el mismo lineamiento, Gonzales de Cossío (2016) refiere lo siguiente en relación con la condena de costas:

- En arbitraje, el tribunal arbitral tiene discreción para decidir cómo distribuir las costas. Propongo que dicha discreción se ejerza utilizando —como uno de los factores que merecen ponderación— la conducta procesal de las partes: si se respetó el deber de mediar. De esta manera, existirá un incentivo (que puede ser poderoso) para por lo menos intentar mediar. Y el esfuerzo no puede ser cualquier esfuerzo, debe ser de buena fe y razonable.
- El que sea ‘de buena fe’ dependerá de determinar si en caso alguna de las partes actuó de una manera que cerró innecesariamente las puertas de entendimiento. Si dijo ‘no’ demasiado rápido. Si en verdad escuchó a su adversario y, después de considerar con cuidado su propuesta, se vio obligado a rechazarla.
- El que sea ‘razonable’ también depende de las circunstancias. El objetivo será discernir si el esfuerzo empleado es proporcional a la consecuencia negativa a evitar o beneficio a obtener. Si, dadas las implicaciones del problema a la luz de las consecuencias de un fallo ganar-perder, la conducta de las partes es demostrativa del deseo de procurar un resultado que evite que una pierda (conjugado con cuánto pierde).
- Ambos elementos exigen discernimiento. Analizar si la conducta de las partes (según se demuestra en el expediente) es demostrativa de un deseo plausible: un esfuerzo razonable y de buena fe para dialogar y acordar (p. 79).

Por otra parte, en algunos países se ha optado por imponer sanciones como costas por la inasistencia de la parte a la mediación, donde establecen como mínimo acudir a la sesión informativa con el fin de que con conocimiento decidan si quieren o no continuar con la mediación, pero ya con el entendimiento de lo que implica el método autocompositivo de la mediación, sabiendo la pertinencia y por qué le conviene o no, continuar con la mediación, siendo que si decide continuar se intentará llegar a una solución satisfactoria para las partes.

En el caso del modelo de Australia se remiten a las partes en procesos civiles a una

mediación con o sin consentimiento de las partes en donde utilizan un mecanismo llamado la declaración de pasos genuinos, que tiene relación con demostrar que se intentó llegar a un acuerdo por medio de la mediación antes de ir a la vía judicial donde deberá establecer dicho documento las medidas que se optaron para resolver la disputa, las razones por las cuales no se tomó tales medidas, esto por la parte actora y la parte demandada podrá referirse al respecto si está o no de acuerdo con los "pasos genuinos" (Jequier, 2018, p.572).

Dentro de las sanciones del sistema de Australia si bien no invalida el inicio del proceso civil, se tomará en cuenta la inasistencia injustificada, en lo que respecta a resolver sobre las costas del proceso civil, donde se determinará si la persona fue requerida a presentar la declaración de pasos genuinos, si tomo realmente intento resolver la disputa, incluso los abogados pueden ser condenados en costas personalmente, cuando no informan al cliente de que este debe presentar la declaración de pasos genuinos o si no colaboran con la parte para cumplir con el requisito señalado, medida no solo adoptada por Australia sino que también por Italia y Filipinas (Jequier, 2018, pp. 572, 575).

Lo anterior, también podría ser adoptado en Costa Rica, con el fin de servir como un incentivo para que las partes acudan a la etapa previa al arbitraje y cumplan con la obligación la cual pactaron, como es el caso de pactar mediación de previo al arbitraje, siendo que de esta forma pueden decidir si desean o no continuar con la mediación pero, con conocimiento de esta, como se desea proponer por medio de una sesión previa, siendo que si no se acude a esta y no existe una causa de justificación para la ausencia, se condene en costas.

En relación con la condena de costas por acudir al arbitraje sin cumplir la etapa previa al arbitraje se tiene como resultado los siguientes hallazgos:

El tribunal arbitral tiene la potestad de condenar al pago de costas a la parte que haya acudido al arbitraje de forma directa, al menos que haya sido de buena fe, siendo que intento la etapa previa la cual fracaso o cuando insto la etapa previa y la parte hizo caso omiso, es decir con justa causa para acudir al arbitraje, por lo tanto, se puede condenar en costas por el incumplimiento de la etapa previa o eximir de las costas en caso de que se haya ajustado a la buena fe.

Por otro lado, la condenatoria en costas, apoyando la posición de Gonzales de Cossío, sería un gran incentivo para que las partes cumplan con la etapa previa al arbitraje y realmente acudan a la etapa previa, además que fomentaría la utilización de los métodos

autocompositivos, como un cambio de cultura, para la búsqueda de soluciones a los conflictos de una forma amistosa, demostrando que es igualmente idónea que los métodos heterocompositivos.

La sesión informativa en la mediación/conciliación hacia una búsqueda del conocimiento del método autocompositivo.

La sesión informativa se trata de que el mediador informe a las partes lo que implica la mediación, características, beneficios y costos, con el fin de que las partes decidan si quieren continuar o no con la mediación, una vez conociendo las implicaciones en relación con este, donde en el caso de la reforma de mediación realizada en la comunidad autónoma de Cataluña adquiere una mayor importancia, al agregarle contenido novedoso, que se trata de que en dicha sesión informativa obligatoria se pueda explorar en relación al conflicto en si cuando las partes así lo consideres y no solo limitarse a informar del mecanismo, lo que genera que las partes conozcan las posiciones de las partes y los posibles acuerdos que podrían llegar entre estos, así las partes podrían considerar la posición de cada una antes de “iniciar” en sí mismo la mediación como tal, reforma que se comparte en su totalidad y se comentará más adelante.

Ante la sesión informativa obligatoria Ortuño (2011) citado por Jequier menciona que este no infringe la voluntariedad de la siguiente forma:

La voluntariedad “comienza después de que el ciudadano asista a una sesión informativa en la que, por un profesional competente, se le expliquen las alternativas posibles y se le haga ver todos los efectos probables de la prosecución del litigio. A partir de entonces puede decidir libremente si prefiere quedarse o continuar, con lo que queda garantizado el principio de voluntariedad” (p. 562).

Bajo el mismo lineamiento, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2017, en el asunto C-75/16, “Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa”, citado por Jequier (2018) en relación con la voluntariedad ha establecido lo siguiente:

El carácter voluntario de la mediación reside, por tanto, no en la libertad de las partes de recurrir o no a este proceso, sino en el hecho de que ‘las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento’ (p. 560).

Asimismo, el Consejo General del Poder Judicial de la comunidad autónoma de Cataluña, en su Guía práctica para implementar la mediación intra judicial menciona lo siguiente:

La voluntariedad de la mediación no es incompatible con la obligatoriedad de asistir a una sesión informativa previa al proceso y advierte, incluso, que la no asistencia a una sesión de este tipo puede ser considerada como conducta contraria a la buena fe procesal, dado que supone rechazar sin fundamento una oportunidad ofrecida por el juzgado desde una perspectiva de una mejor solución. De hecho, consta que el País Vasco ya incorporó, en 2015, el carácter obligatorio de la sesión previa al regular las relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura (Boletín oficial del Estado, Comunidad Autónoma de Cataluña, 2020, p.70349).

Por otra parte, en la sentencia mencionada anteriormente citada por Jequier (2018) menciona el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haciendo referencia a la expresado por la Directiva 2013/11/UE lo siguiente:

La exigencia de un procedimiento de mediación, establecido con carácter previo al ejercicio de las acciones judiciales, será compatible con el derecho fundamental apuntado en la medida que reúna determinados requisitos:

- Que la mediación previa y obligatoria no conduce a una decisión vinculante para las partes.
- Que el procedimiento no implique un retraso sustancial para ejercitar una acción judicial.
- El inicio del procedimiento debe interrumpir la prescripción de las respectivas acciones judiciales.
- No debe ocasionar gastos significativos.
- Debe posibilitar, en todo caso, la adopción anticipada de medidas provisionales urgentes (p. 561).

Lo anterior resulta congruente con la buena fe procesal y la voluntariedad de la mediación en cuanto a que se trata de una obligación de medios y no de resultados, por lo tanto no infringe la voluntariedad, ya que no debe ser una decisión vinculante para las partes, puesto que no se exige a que lleguen a un acuerdo, pero si se puede exigir una sesión informativa obligatoria, por otra parte en cuanto a la buena fe procesal, evidentemente no debe implicar un retraso, es decir no se puede aprovechar de este para realizar una táctica dilatoria del

proceso, siendo que no puede implicar perjuicios para las partes.

En cuanto a interrumpir la prescripción, al considerar la etapa previa del arbitraje como un requisito de admisibilidad, el tribunal arbitral tiene competencia para determinar el cumplimiento de dicha obligación, suspendiendo el proceso arbitral en caso de que no se haya cumplido con la obligación, siendo que en el requerimiento arbitral se interrumpe la prescripción, el acudir al cumplimiento no implica la pérdida de derechos al interrumpirse la prescripción, además de que el tribunal arbitral durante de la suspensión del proceso arbitral se puede realizar las actuaciones que se consideren urgentes o pertinentes, con el fin de evitar perjuicios para las partes, lo que queda previsto en la reforma que se plantea en la investigación realizada.

Por otro lado, como se mencionó al inicio cabe destacar la reforma de la ley 9/2020, de 31 de julio, de modificación del libro II del Código Civil de Cataluña y la ley 15/2009 de mediación en el ámbito del derecho privado, la cual la reforma impulsa la mediación, introduciendo la sesión informativa de mediación obligatoria en caso de que haya un acuerdo previo de las partes o por mandato judicial, donde dicha sesión informativa no se limita solo a la información relativa a la mediación sino que también incluye un elemento exploratorio en cuanto a determinar la pertinencia de la mediación para el conflicto en sí, antes de la mediación como tal (Lauroba, María Elena, 2020, p. 16).

En dicha reforma se explica la razón por la cual se implementa la sesión informativa de dicha forma, la cual cito Lauroba (2020) de la siguiente forma:

En esta sesión previa se informa a las partes del funcionamiento, las características y los beneficios de la mediación, para que, libremente y de forma fundamentada, puedan analizar y decidir si desean iniciar el proceso de mediación. Asimismo, se prevé la posibilidad de que la sesión previa pueda continuar con una exploración del conflicto, si así lo acuerdan las partes, a las que hay que escuchar, opción que puede favorecer el ahorro de tiempo y trámites y acercar aún más a las personas afectadas a la mediación (p. 22).

Dicha reforma se puede encontrar en el boletín oficial del Estado de la comunidad autónoma de Cataluña número 220 del 25 de agosto de 2020, donde en lo que nos es pertinente cabe mencionar los siguientes artículos reformados:

Artículo 233-6. Mediación.

1. La sumisión a la mediación es obligatoria antes de la presentación de acciones judiciales si se ha pactado expresamente.

En vista del artículo anterior, se denota que la intención de la reforma es otorgarle la obligatoriedad a la mediación cuando las partes lo han pactado expresamente de forma previa a la vía judicial, lo cual, en una referencia analógica, también se podría considerar vinculante dentro de una cláusula escalonada, al haber sido pactada de forma previa al arbitraje.

Artículo 11. Sesión previa.

1. En la sesión previa, las personas son asesoradas sobre el valor, ventajas, principios y características de la mediación. En función de este conocimiento y del caso concreto, deciden si optan o no por la mediación. Si lo acuerdan las partes, a las que debe escucharse, la sesión puede extenderse a la exploración del conflicto que les afecta. En el caso de sesión previa de carácter obligatorio, la falta de asistencia no justificada no está sometida a confidencialidad y debe ser comunicada a la autoridad judicial.
2. Las partes pueden designar de común acuerdo a la persona mediadora entre las inscritas en el Registro general del Centro de Mediación de Cataluña. En caso contrario, deben aceptar la que designe el organismo responsable.
3. Las partes que deciden iniciar la mediación regulada por la presente ley deben aceptar sus disposiciones y las tarifas de la mediación, las cuales deben facilitarse antes de su inicio, salvo que disfruten del derecho a la gratuidad.
4. En los términos que establece la legislación procesal, cuando el proceso judicial ya se ha iniciado, la autoridad judicial puede disponer que las partes asistan a una sesión previa sobre la mediación si las circunstancias del caso lo hacen aconsejable. En este supuesto, la sesión previa tiene carácter gratuito para las partes. El órgano público correspondiente facilita la sesión previa y vela, si procede, por el desarrollo adecuado de la mediación. Las partes pueden participar en la sesión previa y en la de mediación asistidas por sus abogados. Esta asistencia es necesaria si lo requieren las partes o si así lo dispone la autoridad judicial y debe desarrollarse siempre con pleno respeto por los principios de la mediación y por la igualdad entre las partes.
5. La sesión previa debe llevarse a cabo en el plazo más breve posible, que no puede exceder de un mes, salvo que la autoridad judicial disponga otra cosa. Si se supera el plazo establecido para llevar a cabo la sesión previa por causas ajenas a las partes, decae

la obligatoriedad de participar, así como las reglas aplicables a la falta de asistencia no justificada que establece el apartado 1.

El artículo anteriormente mencionado se trata de un artículo de relevancia en cuanto a que se trata de un gran paso hacia el desarrollo de los métodos autocompositivos como la mediación, dando la importancia, relevancia y el valor que este realmente se merece, tomando en cuenta la mediación como una forma de justicia al igual que los métodos heterocompositivos, lo cual se ha negado al considerarlo un obstáculo a la justicia, posición que no se comparte y la reforma mencionada niega, al otorgarle el carácter vinculante a la mediación pactada por las partes o instada por el juez.

Lo anterior con el fin de que las partes conozcan la mediación, siendo que la falta de información, falta de cultura y escepticismo en torno a los métodos autocompositivos, hacen que las partes no quieran optar por este medio, ni siquiera intentarlo, por lo tanto el otorgarle la obligatoriedad contribuye a informar, culturizar y a confiar en los métodos autocompositivos, conociendo de que estos pueden ser igual de efectivos e idóneos para resolver los conflictos que se susciten entre las partes.

Cabe señalar que dicho artículo no solo otorga la obligatoriedad de la sesión informativa en la mediación, sino que también establece parámetros para regular dicha disposición, como es el plazo máximo para este, con el fin de evitar la dilación del proceso, que, si bien dicha reforma va más que todo dirigida a la mediación intra judicial, se menciona en el artículo de mediación que esta será obligatoria cuando las partes lo pactan, por lo tanto, también influye en la mediación extrajudicial.

Por lo tanto, no se trata de solo un trámite sino de una oportunidad para mediar los conflictos, donde Quintana (2015) en su ensayo opina lo siguiente:

Si las sesiones informativas se realizan por mediadores profesionales, bien formados, cualificados y conocedores de su trabajo, no tienen por qué convertirse en una rutina. De todos modos, también hay que pensar que, aunque un porcentaje de las personas acudieran a informarse únicamente para “cumplir un trámite”, siempre habrá alguien que se muestre proclive a intentar mediar gracias a la información obtenida (párr. 8).

A partir de la sesión informativa en la mediación se obtuvo como resultado los siguientes hallazgos:

La sesión informativa se trata de una forma de ‘premediación’ con el fin de que las

partes conozcan lo que implica el mecanismo, lo cual resulta relevante puesto que llevando a cabo dicha sesión informativa, las partes tomarían una decisión informada, con conocimiento y de tal forma podrán tomar una sabia decisión con respecto a si quieren seguir con la mediación o no, en lugar de simplemente negar el mecanismo, donde esta negación podría ser a causa de la falta de información en relación al método.

Lo anterior debido también a que se encuentra rodeado de escepticismo con respecto a los métodos autocompositivos, no considerándolos como una forma de justicia al igual que el método hetero compositivo, siendo que en lo sustancial provoca el mismo efecto, cosa juzgada material, siendo la diferencia y ventaja de los métodos autocompositivos, que el acuerdo no se impone, sino que las partes llegan a este, mientras que en los métodos hetero compositivos el tercero impone la solución de forma obligatoria para las partes y estas se sujetan a la decisión del tercero.

Por lo tanto, el incentivar a las partes a la sesión informativa, es con el fin de producir beneficios a las partes y fomentar la utilización de los métodos autocompositivos, por medio del conocimiento de lo que implica el mecanismo, siendo que no se les impondrá a llegar a un acuerdo, sino que conozcan del procedimiento y decidan si quieren continuar o no con este, pero con la información suficiente para saber si le conviene o no continuar con la mediación, siendo que no se trata de un simple requisito formal o una etapa por agotar, sino hacer cumplir con la obligación que se impusieron las partes por medio de una cláusula escalonada, de acudir primero al método autocompositivo y luego al método hetero compositivo, siendo que al mismo tiempo pretende demostrar mediante información que este mecanismo es efectivo, que puede resolver conflictos al igual que los métodos hetero compositivos, en menor tiempo, menor gasto económico y emocional para las partes.

Las entrevistas en relación con una reforma a la LRAC

A través de la entrevista realizada a Laura Ávila en su opinión en relación con una reforma a la LRAC establece lo siguiente:

Te comento que la comisión RAC del Colegio de Abogados ha estado detrás de esto desde hace 2 o 3 años de establecer conciliación prejudicial obligatoria, esto pensando no solo en temas de arbitraje, pensándolo como etapa previa prejudicial y lo ha estado impulsando no con la fuerza que podría haberse impulsado, pero hoy por hoy la discusión que muchos de los que nos dedicamos al RAC por muchos años, que

deberíamos dar ese salto, muchos países ya lo han hecho y quienes más se han visto beneficiados es el poder judicial, además de la sociedad también, el poder judicial ha visto reducido su mora, entonces que reforma legal, bueno de alguna manera lo que dice la misma jurisprudencia, es que no está por ley, a bueno la quieren por ley, si eso ayuda a una reforma, habrá que hacerla, para que los magistrados lo vean y no puedan decir que no, a veces lamentablemente debe ser por ley, cuando resuelves por norma y no por conveniencia, importancia, por el mecanismo en sí mismo, la validez que tienen los métodos autocompositivos y estas convencido de ello, entonces la ley va a tener que sustituir lo que la educación no ha logrado.

Por otro lado, la norma entre más sencilla es mejor, yo creería que la cláusula escalonada debe estar dentro del capítulo tercero disposiciones del arbitraje 18 en adelante, donde habla de la cláusula, habría que hacer un artículo de cláusula escalonada, para establecer todo un procedimiento puede ser en reglamentos de los centros o en el reglamento de la LRAC.

Por otra parte, conforme a la entrevista con Sergio Artavia en relación con una reforma a la ley RAC hacia la consideración de la etapa previa al arbitraje como vinculante opina lo siguiente:

Sí, si tuviera que hacerse, si considero que es necesario una reforma legal, por aquello que te explicaba, en los países varían su posición respecto a los efectos de las cláusulas escalonadas, entonces si hay experiencia en otros ordenamientos, donde expresamente se establece la obligatoriedad incluso de la conciliación por ejemplo, para acudir a procesos judiciales, sin que eso dice la doctrina afecte el derecho de acción o el derecho a la tutela judicial efectiva, entonces en mi opinión si debería de hacerse una reforma en ciertos procesos y en ciertas material, para que si sea vinculante, pero mientras esa reforma no se haga y estaría de acuerdo que se hiciera, digamos si eso le va a cambiar la tesis a la Sala, que tendría que cambiarla, pero eso sin una reforma, es lo que no creo que sea posible, interpretar en contra de la tesis de la Sala.

En mi opinión con una simple reforma legal que establezca la obligatoriedad y el cierre de la vía judicial o arbitral, hasta tanto no se cumpla esa etapa, sería suficiente.

Las cláusulas escalonadas, es vía jurisprudencial que se han incorporado tanto en Costa Rica como en el derecho comparado.

Por último, Francisco Gonzales de Cossío en relación con que si es necesaria o no la reforma a la LRAC menciona que “una reforma legal puede lograrlo; el cambio de paradigma puede sin embargo provenir de un cambio epistemológico” y conforme bajo que parámetros hacerla expresa lo siguiente:

Propongo que debe de establecerse un ejercicio razonable y de buena fe, ahora que es un ejercicio razonable y de buena fe y cuál es la consecuencia de no seguir este ejercicio razonable y de buena fe, primero el ejercicio razonable y de buena fe debe significar que debas tomar ciertos pasos que comuniquen que hiciste un esfuerzo para buscar un arreglo y que fue imposible, la postura de las partes simplemente no lo permitía, digo ejercicio porque que ejercicio varía dependiendo de la controversia, hay controversias que requieren ciertas cosas y controversias que requieren otras cosas, dependiendo de cuál sea la naturaleza o las características de la disputa entre A y B, el tercero C puede usar ciertas herramientas u otras herramientas, hay una enorme cantidad de herramientas para que el mediador ayude a las partes, pero debe haber algo, ocurrir algo, debe haber un ejercicio razonable y de buena fe, que significa razonable, que haya una correlación lógica entre el nivel de esfuerzo y las características léase tamaño de la controversia, si es una controversia de 5 dólares, el nivel de esfuerzo es muy distinto a que si es una controversia de 5 millones de dólares, el nivel de esfuerzo a emplear debe ser distinto, ¿cuánto?, lo que sea razonable y ante la duda, darle el beneficio de la duda a las partes, intentaron, no pudieron, bueno ni modo, no quiero decir aquí que sea el juez o arbitro, el verdugo sobre que es razonable o no, simplemente que se vea algo que guarde una verosimilitud, dicho negativamente, que no ocurra, el que A cuando demanda a B, se salta por completo olímpicamente la fase previa y se va al litigio o al arbitraje, eso no sería razonable en el sentido del cumplimiento de la obligación de mediar, segundo que significa de buena fe, en México hace unos años la ley de seguros y fianzas, establecía que antes de demandar a una aseguradora tenías que ir a la comisión nacional de seguros y fianzas, pararte enfrente de una secretaria que con su máquina de escribir levantaba un acta y decía esta A y esta B, a ver A vas a demandar a B, sí,

bueno viene A con su representante legal y que quiere demandar a B sí ok, B con su representante legal, entonces levanta el acta y dice bueno partes, ¿quieren mediar?, entonces dicen no, ok no quieren mediar, levanta el acta y le da un ejemplar a cada uno y entonces pueden ir a demandar a tribunales, eso no es un ejercicio de buena fe, eso ejemplifica lo que quieres evitar, quieres que haya algo, un ejercicio, que de buena fe, que significa buena fe, buena fe tiene mala fama porque suena nebuloso, suena amorfo, suena a que no sabes de que están hablando y todo mundo lo primero que dice cuando se pelean, los contratos obligan de buena fe, no queda claro que significa, yo propongo que el concepto jurídico buena fe, es uno valioso y que significa cosas distintas en áreas distintas, contractualmente significa algo, litigiosamente significa algo, en arbitraje significa algo, lo que quiero abundar es que debe significar eso, en el contexto de mediación en la definición que te propongo y es que cuando tú y yo lleguemos a hacer este ejercicio digamos bueno, tenemos una controversia te invito a que sigamos un ejercicio de mediación, bueno ok y si yo digo no, vamos al arbitraje o litigio, eso no es de buena fe, si yo digo a ver que propones y vos dices vamos a proponer a X mediador y nos sentamos con él, dialogamos y hacemos una mañana de ejercicio y después de esa mañana que puede durar 2 o 3 horas, no es algo largo, no es algo complejo, no es algo oneroso, luego si el mediador dice saben que hicieron un intento, pero no lo están logrando, entonces agotamos la obligación, vámonos a arbitraje, porque creo que esta visión merece apoyo, porque si no buscamos de alguna manera la forma de incentivar con teorías como estas la mediación, el resultado es que las partes las privamos de algo y es que cuando las partes, pactan mediación como obligación, desean la voluntad contractual que te propongo, que eso significa, que antes que pelear, quieren dialogar, quieren cerciorar, que se utilizó esta maravillosa, bella y rica, disciplina llamada mediación, para ver si hay una forma de evitar la pelea y si eso ocurrió y aun así hay que pelear, la pelea es como dirían en la teoría de la guerra, una guerra justa, ok hay que tener la guerra, pero si no intentaste, no dialogaste, como sabes que no es una batalla con todo el costo, con todo el dolor, el riesgo, que no intentaste dialogar y esa es la voluntad de las partes cuando pactan mediación, ahora todo esto respecto al punto uno que es la obligación de mediación, punto dos que pasa si incumples esta obligación, hay quien dice que no puede haber

nada, que como vas a obligar, no puede haber sanción, como vas a sancionar, yo lo que propongo, es que del universo de opciones, es que la consecuencia que logra el propósito y que es fácil de implementar es el derecho a costas.

A partir de las entrevistas en relación con la reforma a la LRAC se da como resultado los siguientes hallazgos:

Los entrevistados coinciden en que es necesario una reforma a la LRAC debido al lineamiento que sigue la Sala Primera y Sala Constitucional, para poder lograr que se otorgue el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada en Costa Rica.

Las formas en que se propone la reforma varían en cada uno de los entrevistados, siendo que Laura Ávila establece que debería de ser una simple reforma legal que otorgue el carácter vinculante, sin mencionar los efectos que esto pueda acarrear, siendo que un procedimiento podría ser incorporado en reglamentos de los centros o dentro del reglamento de la LRAC, mientras que Sergio Artavia si bien establece una reforma simple, menciona que además de otorgar el carácter vinculante, se debe establecer que se cierra la vía arbitral o la vía judicial en tanto no se haya cumplido con la etapa previa.

Por otro lado, Francisco Gonzales de Cossío propone de una forma más completa, estableciendo que debe tomarse en consideración la obligación de la mediación como una obligación con un verdadero contenido que implica un ejercicio razonable y de buena fe, teniendo en cuenta los alcances de estos en el contexto de las cláusulas escalonadas, que en caso de existir un incumplimiento exista pérdida del reclamo de costas, aunque esta parte haya ganado el proceso.

Cabe destacar, que el ejercicio razonable es en cuanto a las circunstancias del caso concreto que influyan en la cantidad de esfuerzo que debe hacer la parte para el cumplimiento de la etapa previa del arbitraje y la buena fe, que implica el intentar realmente mediar, no como un requisito formal donde simplemente se les pregunte si quieren o no y si una de las partes dice que no, se continua con el método hetero compositivo, dicha situación no es la naturaleza de la obligación, puesto que no se trata de un formalismo, sino de una obligación con contenido, donde si se hizo el esfuerzo de buena fe de intentar mediar y no se logró, de esta forma se cumplió con la obligación, de lo cual coincido con esa posición.

CAPÍTULO V: Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

La conclusión de la presente investigación, en base al análisis de la normativa nacional e internacional, proyectos de ley, la jurisprudencia nacional e internacional y documentos relacionados a la figura de las cláusulas escalonadas, permiten establecer lo siguiente con respecto a los objetivos específicos:

Con relación al primer objetivo específico de la presente investigación se puede concluir lo siguiente:

A partir de la apertura de los métodos RAC en el art. 2 de la LRAC, se establece que las partes pueden pactar cláusulas de resolución alterna de conflicto de la forma en que crean conveniente, permitiendo además no solo los métodos más comunes, sino que agrega la frase "otras técnicas similares", lo que esto implica que las personas están facultadas de redactar cláusulas escalonadas.

Por lo tanto, alcance de los métodos autocompositivos y hetero compositivos en el desarrollo de las cláusulas escalonadas, implica que mediante los métodos autocompositivos y los heterocompositivos, es que se forman las cláusulas escalonadas, puesto que estas se redactan a partir de un escalón o varios escalones de métodos autocompositivos previos al método hetero compositivo ya sea arbitraje o vía judicial.

De la misma forma, las cláusulas escalonadas surgen gracias a la autonomía de la voluntad de las partes y al surgimiento de métodos diferentes a la vía judicial, por lo que las partes han optado por redactar cláusulas escalonadas ya sea con los métodos autocompositivos más comunes como la negociación, conciliación y mediación o los menos comunes como el dispute board, mini trial o el experto neutral, entre otros, lo cual dependerá de la necesidad de las partes y de la controversia que se pueda suscitar.

Por otro lado, el desarrollo de los métodos RAC ha hecho que surjan las cláusulas escalonadas, ya que la variedad de formas en que se pueden conformar se convierte en atractivas opciones para las partes, eligiendo estas una forma más especializada para la solución de sus controversias, conformando varios métodos RAC y no solo uno, como se hacía antes de empezar a pactarse cláusulas escalonadas.

Cabe destacar que las cláusulas escalonadas resultan beneficiosas para las relaciones jurídicas largas, que quieran mantener relaciones contractuales, por lo cual prefieren resolver sus conflictos priorizando los métodos autocompositivos antes que los métodos hetero compositivos, ya sea con un método autocompositivo previo o varios, además también para

ahorrar costos, puesto que los métodos autocompositivos implican un menor costo en comparación a los métodos hetero compositivos.

De tal forma, la formación conveniente dependerá de la necesidad de las partes, por ejemplo si se trata de un conflicto relacionado con infraestructura, lo más conveniente son los dispute boards, puesto que se tratan de un comité permanente el cual verá los conflictos que se suscitan durante la realización de la infraestructura, sin que esta se suspenda o se vea afectada como tal, siendo que si no se está de acuerdo con lo dispuesto por el dispute boards se puede acudir a la siguiente etapa que suele ser arbitraje.

Por lo tanto, el desarrollo de los métodos RAC, la autonomía de la voluntad, las nuevas necesidades y retos de las partes en una relación contractual, han causado la aparición de las cláusulas escalonadas, las cuales se han visto más que todo en relaciones contractuales largas, con el fin de no volver tensa la relación contractual y seguir haciendo negociaciones con la parte, por lo que en primera instancia se obligan a acudir a un método autocompositivo, para tratar de conservar en la medida de lo posible el negocio, lo que fomenta la utilización de los métodos autocompositivos y el cambio de cultura en cuanto a la forma de resolver conflictos.

Conforme al segundo objetivo específico de la presente investigación se puede concluir lo siguiente:

Existen diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinales en torno a la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas, siendo que no hay uniformidad en cuanto a la naturaleza de la etapa previa al arbitraje ni cuales o cual debe ser el efecto que causa el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje, lo que dependerá de la sede del arbitraje el criterio que este tomará, puesto que a nivel internacional no hay normativa o un consenso en cuanto a estos aspectos.

Lo anterior provoca que en ciertos países se niegue el carácter vinculante como es el caso de Colombia y Costa Rica o que aún en lugares donde se acepte el carácter vinculante no se haya llegado a una uniformidad en cuanto a la naturaleza y los efectos del incumplimiento de la etapa previa, siendo que dentro de la naturaleza se han considerado como requisito sustancial, requisito de competencia o requisito de admisibilidad y por otro lado dentro de los efectos del incumplimiento también han sido diversos desde la suspensión del arbitraje, terminar con el arbitraje e incluso la nulidad del laudo.

En cuanto a la negación del carácter vinculante, esto demuestra aún resistencia en cuanto a la solución de conflictos de forma amistosa por medio de los métodos autocompositivos y el escepticismo que aún existe en cuanto a su funcionalidad para resolver los conflictos, dando a entender que los métodos hetero compositivos son los únicos idóneos para la solución de los conflictos, lo que provoca un retroceso en cuanto al desarrollo y evolución de los métodos RAC en los países que se niegan a otorgarle el carácter vinculante.

Bajo el mismo lineamiento, el no otorgarle el carácter vinculante implica que se desvaloriza los métodos autocompositivos y lesiona los principios de contratación privada, entre esos la autonomía de la voluntad que es el eje central y la esencia misma de los métodos RAC y el pacta sunt servanda emanado de la autonomía de la voluntad de las partes, al pactar por su propia voluntad la cláusula escalonada, la cual deben cumplir según lo dispuesto, al ser fuerza de ley entre las partes según el 1022 del Código Civil.

Por otra parte, si bien el otorgar el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje, trae consigo problemáticas, estas están aparejadas a la falta de uniformidad en cuanto a la naturaleza y efectos del incumplimiento, además de la redacción de las cláusulas escalonadas, por lo que las cláusulas escalonadas en sí no son el problema, el problema radica en la aplicación de estas, siendo que si existen parámetros para la aplicación definidos.

De tal forma, es decir, que si se define la naturaleza y los efectos del incumplimiento, se podrá aplicar la cláusula escalonada de una forma más eficaz evitando las discusiones en cuanto cual debe ser la naturaleza o los efectos que debe acarrear el incumplimiento de la etapa previa, además de establecer cláusulas modelo con el fin de evitar redacciones que puedan provocar problemas de interpretación en cuanto a lo que implica la cláusula escalonada, aspectos tales como si es obligatorio o no, que mecanismo se utilizará y como se dará por cumplida la etapa.

Cabe destacar, en cuanto a los casos si bien algunos afirman que la etapa previa al arbitraje posee carácter vinculante, en cuanto al cumplimiento de este no se logra en su mayoría visualizar la forma en que se remite al cumplimiento, es decir los efectos del incumplimiento no se logran materializar en la mayoría de los casos y queda solo en la doctrina, siendo que se considera que el más correcto es suspender el proceso arbitral y remitir a las partes al cumplimiento del paso previo y reanudar el proceso arbitral en caso de que no se haya llegado a un acuerdo o haya sido parcial, ahorrando tiempo y costos para las

partes.

En cuanto a la naturaleza, el considerar la etapa previa al arbitraje como requisito sustancial aparea problemáticas, puesto que no trata de hacer acudir a las partes al cumplimiento, sino que se otorgan daños y perjuicios y se continua con el proceso arbitral, pero no se puede determinar los daños y perjuicios de una situación que resulta ser incierta, por lo que no es adecuado considerar que sea un requisito sustancial.

En base a lo anterior, mencionando a la naturaleza también se ha considerado como requisito de competencia la etapa previa al arbitraje, pero de igual forma con el requisito sustancial crea problemas, porque el que el tribunal arbitral no sea competente implica que no se puede pronunciar a ningún aspecto relacionado con la controversia, entre esos, con respecto al cumplimiento de la etapa previa, entonces quien se podría pronunciar con respecto al cumplimiento si no es el tribunal arbitral, de esta forma se concluye que tampoco es la forma en que debe ser considerado la etapa previa.

En consecuencia la naturaleza de la etapa previa al arbitraje, se debe considerar como un requisito de admisibilidad debido que se trata de una condición precedente al arbitraje y no una cuestión de competencia, ya que no se discute si el conflicto es arbitrable o no, la controversia si es arbitrable puesto que las partes así pactaron, pero falta cumplir con el requisito para que se pueda escalar a la próxima etapa que es el método hetero compositivo, manteniendo de esta forma la competencia del tribunal arbitral para pronunciarse en relación al cumplimiento de la etapa previa, como sucede en la mediación prejudicial obligatoria, que es un procedimiento similar a las cláusulas escalonadas.

Por otro lado, en cuanto a los efectos del incumplimiento de la etapa previa como se mencionó anteriormente el más adecuado es la suspensión del proceso arbitral remitiendo a las partes al cumplimiento y reanudar en caso de no llegar a un acuerdo, en los extremos en los que no se haya llegado a un consenso, esto debido a que el terminar con el proceso genera más costos económicos y de tiempo para las partes, ahora bien en la vía judicial puede que se lleve a cabo un recurso de nulidad el juez de nulidad en el caso de que se haya inobservado el incumplimiento de la etapa previa (sin que medie las excepciones que se expondrán en la reforma), en el cual el laudo podría ser anulado de acuerdo a la causal de debido proceso congruente a considerar la etapa previa como requisito de admisibilidad.

Con base en el tercer objetivo específico de la presente investigación se puede

concluir lo siguiente:

Los pronunciamientos de la Sala Primera evidencian una situación actual en cuanto a la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje, que deriva en la ineficacia de las cláusulas escalonadas a pesar de haber sido pactadas por las partes de forma obligatoria el acudir a un método autocompositivo de previo al método hetero compositivo, creando de esta forma a partir de la autonomía de la voluntad, el *pacta sunt servanda*.

De tal forma, la Sala Primera ha sido uniforme en cuanto a negar el carácter vinculante de la etapa previa, bajo cualquier circunstancia, de igual forma la Sala Constitucional al apoyar la opinión de la Sala Primera, bajo los supuestos de que no se puede obligar a un método autocompositivo bajo la interpretación errónea de la obligación de resultados, puesto que se trata realmente de una obligación de medios, ya que se puede obligar a instar mas no a llegar a un acuerdo, de ahí radica el por qué no infringe la naturaleza de los métodos autocompositivos.

Otro aspecto que fundamenta la Sala Primera para defender la posición de la negación es el que será un fracaso el método autocompositivo, bajo la teoría de la futilidad, sin embargo, no se puede dar certeza de un hecho futuro e incierto, dando como resultado que ninguna de las posiciones que utiliza la sala logra sostener la razón por la cual se niega el carácter vinculante.

Bajo el mismo lineamiento, la Sala además interpreta de forma errónea el art.5 de la LRAC, en cuanto esta refiere a que los métodos autocompositivos las partes no están obligadas a pactarlas ni a llegar a un acuerdo, sin embargo, si quieren pactarlas lo harán de forma libre y voluntaria, eso es justamente lo que protege dicho art. la libertad de las partes de pactar o no pactar cláusulas de resolución alterna de controversias, de utilizar o no esos métodos, donde la voluntariedad se plasma en la cláusula y se otorga el carácter vinculante cuando se redacta de forma obligatoria.

Cabe señalar, que si bien la Sala defiende dicha posición principalmente por el argumento de que los métodos autocompositivos no son obligatorios, ha resultado contradictoria dicha posición al defender procedimientos similares por ley y jurisprudencia, es decir porque negar por pacto entre partes el carácter vinculante del método autocompositivo, pero si otorgarlo cuando este es por ley incluso por jurisprudencia, si el pacto entre las partes tiene fuerza de ley entre ellas, lo cual resulta incongruente, al realizar

una distinción donde no la hay.

Por otra parte, la negación del carácter vinculante infringe la autonomía de la voluntad donde emana el *pacta sunt servanda* y la libertad contractual al no otorgar la eficacia a la disposición contractual de acuerdo a lo pactado por las partes, además del principio *venire contra factum proprium non valet*, en el cual a partir de la resolución de la Sala Primera se está permitiendo a la parte ir en contra de sus actos propios, es decir que a pesar de que esta haya pactado de forma vinculante la etapa previa, se le permite a la parte incumplir dicha disposición unilateralmente y sin ninguna consecuencia.

Bajo el mismo lineamiento, la posición de la Sala también infringe el principio de igualdad, en cuanto como se comentó anteriormente, permite procedimientos similares por ley o por jurisprudencia y no por pacto entre las partes, además tampoco resulta razonable el negar el carácter vinculante bajo los argumentos que se establecieron anteriormente, debido a que no son suficientes y no protegen un derecho, más bien lesionan la autonomía de la voluntad, el principio de igualdad y el principio de razonabilidad.

Por lo tanto, la decisión de la Sala Primera y Sala Constitucional no protege ningún derecho en cuanto a que la naturaleza del método autocompositivo no se lesiona, puesto que se trata de una obligación de medios y tampoco lesiona el acceso a la justicia ni la tutela judicial efectiva, en cuanto a que no niega el acceso sino que de igual forma los métodos autocompositivos son una forma de justicia y no niega que se pueda acudir posteriormente al método hetero compositivo si no se llega a un acuerdo en el método autocompositivo, simplemente se trata de una forma pactada por las partes de resolver sus conflictos.

A través del cuarto objetivo específico de la presente investigación se puede concluir lo siguiente:

Al ser la mediación/conciliación prejudicial utilizada de forma obligatoria dentro del proceso judicial, se le debe otorgar de igual forma el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, siendo que al ser pactado por las partes tiene fuerza de ley entre estas, pero si en Costa Rica se le está otorgando por ley el carácter vinculante y no por el pacto entre las partes, entonces es necesario que esté dispuesto por ley para que se aplique en Costa Rica, por ello se debe proponer una reforma.

La forma en que debe disponer la reforma es estableciendo el paso previo como un requisito de admisibilidad, dando como efecto en caso de la admisión de este (que será

desarrollado en la reforma) la suspensión del arbitraje mientras se remite a las partes al cumplimiento de la etapa previa bajo el plazo que estos pactaron o un plazo otorgado por el tribunal arbitral en caso de que las partes no hayan establecido un plazo, siendo que posteriormente a ese plazo se da por cumplida la etapa previa, además el tribunal arbitral puede condenar en costas a la parte que ha acudido al arbitraje sin haber cumplido la etapa previa al menos que lo haya hecho bajo los parámetros de la buena fe.

Sin embargo, no se puede otorgar el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje de forma generalizada sin estudiar caso por caso, debido a que si no se ha alegado el incumplimiento en el momento procesal oportuno queda subsanado el incumplimiento, debido a la renuncia del derecho a objetar regulado en la LRAC, además de las excepciones relacionadas con la buena fe y el abuso procesal, como es el caso de que se trate de una táctica dilatoria.

Por otra parte, el incorporar la sesión informativa, es con el fin de que las partes conozcan acerca del método autocompositivo, puesto que el negarse a cumplir la etapa previa, sin conocer el mecanismo y como podría ser el desarrollo de este, implica tomar una decisión sin información suficiente la cual permita una decisión informada, ya que no puede establecerse que no funcionará si no se ha intentado y el solo acudir directamente al método hetero compositivo, sin considerar el método autocompositivo, implica mala fe de la parte de ir en contra de la obligación que se comprometió a cumplir, por ello en la reforma se implementará la sesión informativa.

En cuanto a la vía judicial en una acción de nulidad por el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, esta se adecua a la causal de debido proceso, siendo que no se está respetando el proceso escogido por las partes y de eso se trata el acudir a los métodos RAC, que es elegir la forma en que se resolverán los conflictos, siendo además que la posible nulidad del laudo será un incentivo importante para que el tribunal arbitral no ignore el carácter vinculante de la etapa previa, la cual no se debe aplicar de forma automática ante el incumplimiento, sino que debe analizarse las circunstancias del caso concreto y si la petición de nulidad se trata de un actuar de buena fe o mala fe.

Bajo la misma perspectiva, el que no exista dicho control judicial implica que el tribunal arbitral pueda simplemente ignorar el incumplimiento y seguir con el proceso arbitral sin consecuencia alguna, sin embargo la decisión en cuanto la nulidad no debe ser uniforme

sino que dependerá del caso que se presente y que se ajuste a la buena fe, siendo que se puede rechazar a pesar de que realmente se haya configurado el incumplimiento, por las excepciones como la renuncia al derecho de objetar y la buena fe.

Recomendaciones

A partir de la presente investigación como primera recomendación es que se acepte el carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada y a partir de dicha aceptación se recomienda lo siguiente:

- La redacción de la cláusula escalonada debe ser clara, en la cual se exprese de forma evidente que la etapa previa se trata de una condición previa obligatoria antes de acudir al arbitraje, siendo que pactar una cláusula escalonada facultativa carece de practicidad, debido a que este o no pactada de igual forma tienen la posibilidad de forma facultativa de acudir a los métodos autocompositivos.
- La cláusula escalonada debe especificar el plazo por el cual se llevará a cabo el método autocompositivo, con el fin de que no se vuelva un término perpetuo, que pueda ser utilizado como táctica dilatoria, de igual forma en caso de no especificar plazo se recomienda que el tribunal arbitral fije un plazo en el cual se remita a las partes al cumplimiento, en caso de que se acuda al arbitraje, se compruebe que el paso previo es vinculante y este no se haya cumplido.
- De la misma forma, se recomienda que las partes establezcan las consecuencias ante el incumplimiento de la etapa previa que consideren pertinente para su relación contractual, sin embargo, si estos no lo específico, se someterán a la decisión que determine el tribunal arbitral o el juez de nulidad en el caso de que se determine una causal de nulidad, además que establezca claramente cuando y como se cumple con la etapa previa.
- A si mismo también se recomienda que dentro de la cláusula escalonada prevea que en caso de incumplimiento del acuerdo del método autocompositivo se acuda al arbitraje, si esta es la intención de las partes, de lo contrario se iría a la vía judicial, lo que a un inicio se pretende evitar.
- No redactar exigencias muy específicas o especializadas de difícil cumplimiento, puesto que la cláusula escalonada se puede volver inejecutable la cláusula escalonada u obstaculizar el acceso al arbitraje, que de igual forma el tribunal arbitral deberá

determinar si se trata de una táctica dilatoria del proceso, la cual deberá contrarrestar negando el carácter vinculante conforme a la excepción de buena fe expuesta en la variable 4, de igual forma evitar los términos ambiguos que puedan poner en tela de duda la intencionalidad de las partes en cuanto el proceso previo a acudir previo al arbitraje.

- Se recomienda pactar en el caso del med-arb, que este sea en el mismo centro RAC con el fin de evitar mayores costos económicos y de tiempo, por otro lado, en el caso de acudir directamente al arbitraje se pueda remitir a la parte, ahí mismo, a la mediación pactada.
- Por otra parte, se coincide con el consejo establecido por Caivano (2011) "aténgase a lo pactado y documéntelo" p.90-91 y de igual forma se contempla como recomendación, lo que quiere decir, si las partes pactan una cláusula escalonada deben atenerse a lo pactado puesto que produce *pacta sunt servanda*, además para el cumplimiento de la etapa previa es mejor tener documentado lo realizado con el fin de tener como prueba que se cumplió con la etapa previa y poder seguir con el arbitraje, por ejemplo que se acuda a la audiencia de conciliación y la otra parte no asista, se debe documentar la inasistencia y se da por cumplida la etapa previa.
- Se sugiere que el tribunal arbitral no aplique de forma tajante la aceptación del carácter vinculante, teniendo en cuenta la excepción de buena fe expuesta en la variable 4, además de que debe ser a petición de parte el reclamo de incumplimiento, por otro lado, si este no reclama se configura la renuncia al derecho a objetar.
- También, se recomienda aplicar la reforma propuesta (en el capítulo de reforma), estableciendo la etapa previa al arbitraje como un requisito de admisibilidad, dando como efecto la suspensión del arbitraje, remitiendo a las partes al cumplimiento de la etapa previa, siempre y cuando estas lo aleguen en el momento procesal oportuno, es decir que no se configure la renuncia al derecho a objetar, además que tampoco se configure supuestos de mala fe como los dispuestos en la variable 4, además que el tribunal arbitral puede condenar en costas a la parte que haya interpuesto el arbitraje directamente, al menos que se exima de esto por estar ajustado a la buena fe, por otro lado se configure la causal de nulidad de debido proceso en caso de que el tribunal haya inobservado el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje, cuando no se haya

configurado la renuncia del derecho de objetar o las excepciones de buena fe.

- Por último, se recomienda que se investigue a futuro los aspectos relacionados a la naturaleza jurídica de la etapa previa y los efectos jurídicos ante el incumplimiento de la etapa previa, siendo que no existe uniformidad de criterios con respecto a esos elementos que conforman la figura de la cláusula escalonada y es necesaria la uniformidad en la materia de resolución alterna de conflictos.

CAPÍTULO VI: Propuesta

La naturaleza de la etapa previa al arbitraje como requisito de admisibilidad y los efectos del incumplimiento de la etapa previa al arbitraje.

Lo primero que se toma en cuenta para esta reforma es la naturaleza de la etapa previa al arbitraje, que se determinó a través del análisis de resultado como un requisito de admisibilidad, que conforme a las problemáticas visualizadas durante la investigación una de estas es que no existe un mecanismo como en el caso de que se considere un requisito de incompetencia en el cual existe la excepción de incompetencia, de tal forma se propondrá un mecanismo que se adecue a la consideración de la etapa previa como un requisito de admisibilidad.

De tal forma, se propone agregar mediante reforma a la LRAC un requisito para la admisibilidad en el caso de que las partes redacten una cláusula escalonada, donde exista un paso previo al arbitraje obligatorio, es decir, que se deba acudir al método autocompositivo y en caso de que no se llegue a un acuerdo o se llegue a un acuerdo parcial, se acuda al método hetero compositivo para los extremos en que no se llegue a un acuerdo, por lo tanto si la redacción de la cláusula se refiere a acudir de forma obligatoria a un paso previo, cabe la alegación de inadmisibilidad en caso de que la parte incumpla el paso previo y acuda al arbitraje, esto a petición de parte, es decir de oficio no se revisará el incumplimiento, porque si la parte no alega el incumplimiento implica una aceptación tácita de renunciar ambas partes al paso previo o si la parte no lo alega en la etapa procesal oportuna operaría la renuncia al derecho objetar.

A modo de aclaración, se tendrá como incumplimiento el que la parte acuda directamente al arbitraje sin que haya realizado la etapa previa y esta se tendrá por cumplida cuando las partes acudan a la etapa previa, en el caso de la mediación/conciliación se deberá asistir de forma obligatoria por lo menos a la sesión informativa, con el fin de que conozcan

el método de la conciliación/mediación y decidan con conocimiento, si quieren continuar o no con el método, si no se continua con el mecanismo, se documentará que se realizó la sesión informativa o si se continúa con el método pero, no se llega a un acuerdo, de igual manera se documentará y se dará por cumplida la obligación, también una vez terminado el plazo establecido por la cláusula o por el tribunal arbitral se tendrá por cumplida la obligación.

Basado en lo anterior, si se configura un incumplimiento a la etapa previa al arbitraje, la parte debe alegar dicho incumplimiento, inadmisibilidad, en donde la parte debe demostrar la obligatoriedad de la cláusula escalonada y que realizó intentos para llevar a cabo la etapa previa al arbitraje y la otra parte ignoró o se negó a cumplir y la otra parte debe demostrar que se cumplió con la etapa previa al arbitraje o las razones por las cuales se incumplió de forma razonada la etapa previa, en congruencia a la buena fe.

Conforme a lo anterior, existen formas en que se actúa de mala fe, ya que si se trata de una táctica dilatoria del proceso, si la persona que reclama no ha instado la etapa previa o si la otra parte (la que no reclama) instó la etapa previa y el que reclama ignora la petición, si el conflicto es irremediablemente inconciliable (esto se puede determinar por la expertise de los operadores de los mecanismos RAC), también si las partes han modificado la cláusula escalonada, volviendo la cláusula una simple de acudir solo a arbitraje y la parte aun así alega el incumplimiento de la etapa previa o si la etapa previa es de imposible cumplimiento ya sea por una imposibilidad física o legal según lo dispuesto en el art. 631 del Código Civil.

Bajo el mismo lineamiento, sería incorrecto y contrario a la buena fe el obligar a las partes a acudir a la etapa previa, aunque haya sido redactado de forma obligatoria, por lo tanto, si una parte alega el incumplimiento por medio de la alegación de inadmisibilidad donde media fraude procesal de acuerdo al 2.3 del CPC, este debe ser rechazado, por otro lado, si esta alegación es rechazada sin que exista razón fundada, podría llegar a ocasionar la nulidad del laudo bajo la causal de la lesión al debido proceso.

Por otro lado, en caso de que se acepte la alegación de inadmisibilidad se suspenderá el proceso arbitral y se remitirá a las partes al cumplimiento de la etapa previa conforme a lo dispuesto en la cláusula escalonada, dando un plazo de 5 días para interponer o presentar el paso previo con el procedimiento dispuesto y una vez interpuesto el proceso, iniciado este se dará el plazo dispuesto en la cláusula escalonada para llevar a cabo el procedimiento y en

caso de no estar dispuesto un plazo el tribunal dará el plazo de 30 días a partir del inicio del paso previo para finalizar dicho procedimiento, que podrá ser prorrogado a petición de ambas partes, siendo que finalizado el plazo establecido se da por terminado el paso previo, siendo que en caso de que no se haya llegado a un acuerdo o haya sido un acuerdo parcial, se reanudará el proceso arbitral para resolver los extremos que no se hayan resuelto en la etapa previa.

Cabe destacar, que durante la suspensión del proceso arbitral, se podrá solicitar las medidas cautelares pertinentes y el tribunal arbitral discrecionalmente, puede continuar con las actuaciones del proceso arbitral si estas resultan indispensables, urgentes o convenientes y que no resultaran perjudiciales para las partes en congruencia con el art. 38 de la LRAC, mientras se lleva a cabo la etapa previa al arbitraje, por otro lado desde la interposición del proceso arbitral se suspende la prescripción conforme el art. 44 de la LRAC, por ello el efecto de la alegación debe ser la suspensión y no terminar el proceso arbitral puesto que no otorgaría la "interrupción de la prescripción de cualquier derecho a reclamo sobre el asunto que se pretende someter a arbitraje" (art. 44 LRAC).

Por otra parte, no se tomará como condición previa la etapa previa en una cláusula escalonada cuando en cada paso se constituyan diferentes conflictos, siendo que si se establecen diferentes conflictos para cada etapa se tendrán como independientes y no dependerá una de la otra, para acudir a uno u otro procedimiento, al no existir coincidencia en la causa y objeto, a pesar de estar pactada en el mismo contrato, si las partes se quieren referir a los conflictos de ejecución en el arbitraje y a los conflictos de interpretación del contrato en una mediación, se entenderá que estos quieren tratar los conflictos de forma diferente bajo procedimientos diferentes, por lo tanto al no tratarse del mismo conflicto no debe tomarse como un mismo procedimiento de resolución de conflictos, como una unidad sino de forma separada una cláusula con método autocompositivo y una cláusula arbitral.

Adición de requisito del requerimiento arbitral y sus efectos jurídicos

Basado en todo lo anterior se adicionará un inciso y un art. a la LRAC que establezca el requisito de agotamiento de la fase previa al arbitraje y sus efectos de la siguiente forma:

Artículo 43.-

Inciso J) La parte requirente que invoque un acuerdo arbitral que contenga una fase previa, cuando exista una alegación de inadmisibilidad, deberá presentar la prueba en relación con

el agotamiento de dicha fase, caso contrario no se podrá continuar con el arbitraje, hasta la comprobación del cumplimiento de la fase previa.

Artículo 43 Bis. – Alegación de inadmisibilidad por falta de agotamiento del paso previo.

La alegación de inadmisibilidad por falta de agotamiento del paso previo deberá ser interpuesta en la contestación del requerimiento arbitral, en caso de incumplimiento de la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, sin embargo, será rechazada la alegación si en esta media fraude procesal y/o abuso del derecho.

Artículo 43. Ter- Efecto jurídico de la alegación de inadmisibilidad por falta de agotamiento de la etapa previa al arbitraje.

Se tendrá por efecto de la aceptación de inadmisibilidad por parte del tribunal, la suspensión del proceso arbitral otorgando el plazo de 3 días a la parte reclamante para la interposición de la etapa previa al arbitraje escogido, si la parte no lo interpone en el plazo se entenderá como renuncia a la etapa previa, reanudando el proceso arbitral y dando por cumplido la etapa previa, caso contrario si este se interpone, una vez iniciado se establecerá como plazo el pactado por las partes en la cláusula escalonada, en caso de que no exista acuerdo expreso al respecto, se otorgará el plazo de 30 días a partir del inicio del paso previo, el cual será únicamente prorrogable a petición de ambas partes, una vez finalizado el plazo o acreditada la asistencia o inasistencia de las partes a por lo menos una sesión informativa, se dará por cumplida la etapa previa, si las partes llegan a un acuerdo se dará por finalizado el proceso arbitral, en caso de que no se llegara a este o fuere parcial se reanudará el proceso arbitral en los extremos en los que no se haya acordado, en la situación de que una de las partes no haya asistido a la sesión informativa una vez dictado el laudo se condenará en costas a dicha parte, salvo que exista causa de justificación para la ausencia.

El tribunal podrá continuar durante la suspensión con las actuaciones que considere indispensables, urgentes o convenientes y no resulten perjudiciales para las partes.

Reforma al artículo 5 de la LRAC

Basado en la jurisprudencia de la Sala Primera y la Sala Constitucional, se ha negado el carácter vinculante al considerar que infringe la naturaleza de los métodos autocompositivos al otorgarle el carácter vinculante, al considerar de forma errónea la obligación de la etapa previa al arbitraje como una obligación de resultados, lo cual si

infringiría la naturaleza del método autocompositivo al obligar a llegar a un acuerdo en el método autocompositivo, siendo que la obligación en realidad se trata de una obligación de medios, ya que se debe instar la etapa previa, sin embargo no se está obligado a llegar a un acuerdo, por lo tanto no infringe la naturaleza de la etapa previa.

Bajo el mismo lineamiento, la Sala Primera y Sala Constitucional interpretan el art.5 de la LRAC, bajo la perspectiva de que no se puede obligar a las partes a llegar a un acuerdo, que como se mencionó anteriormente es una concepción errónea, puesto que el otorgar el carácter vinculante de la etapa previa no implica obligar a la parte a llegar a un acuerdo, sino que instar a acudir a la etapa previa, por otra parte no infringe la voluntariedad y la libre práctica de los métodos extrajudiciales, debido a que las partes plasman su voluntad en la cláusula escalonada eligiendo el método RAC y la tercera persona que fungirá como mediador o conciliador en el caso de que se pacte mediación o conciliación, además no se les obliga a pactar dicha cláusula, por lo tanto la interpretación errónea del art.5 está provocando la negación del carácter vinculante.

Por lo tanto, se debe adicionar una oración para que se logre otorgar el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje de la siguiente forma:

Art. 5 original:

ARTÍCULO 5.- Libertad para mediación y conciliación.

La mediación y la conciliación extrajudiciales podrán ser practicadas libremente por los particulares, con las limitaciones que establece esta ley.

Las partes tienen el derecho de elegir con libertad y de mutuo acuerdo a las personas que fungirán como mediadores o conciliadores.

Art. 5 con la adición:

ARTÍCULO 5.- Libertad para mediación y conciliación.

La mediación y la conciliación extrajudiciales podrán ser practicadas libremente por los particulares, con las limitaciones que establece esta ley. **Las partes que acuerden someterse a la mediación y la conciliación en una cláusula de resolución alterna de conflictos contenida en un contrato se sujetarán a lo descrito en esta y deberán entenderse como una obligación de medios.**

Las partes tienen el derecho de elegir con libertad y de mutuo acuerdo a las personas que fungirán como mediadores o conciliadores.

La adición anteriormente mencionada, otorga el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje a una cláusula escalonada, incluso da el mismo efecto a las cláusulas de resolución alterna de conflicto que impliquen solo un método autocompositivo, como una cláusula que solo establece ir a mediación, esto con el fin de que se dé el valor y se considere idóneo la solución del conflicto por métodos autocompositivos al igual que con los métodos heterocompositivos, que también son una forma de justicia para las partes.

REFERENCIAS

Libros

Alburquerque, Román, (2017). Concepto y técnica de la mediación en el conflicto laboral, Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y ámbitos, Madrid: Tecnos.

ÁLVAREZ ROBLES, A., (1979), La seguridad en los negocios jurídicos, Estudios jurídicos del Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona.

Álzate, Ramón (2017). La Dinámica del conflicto, Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y ámbitos. Madrid: Tecnos.

ANTILLÓN MOTEALEGRE, Walter. (2001). Teoría del Proceso Jurisdiccional. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica

Artavia, Sergio (2014a). Manual de Arbitraje Nacional Tomo I. Costa Rica: IJSA.

Artavia, Sergio (2014b). Manual de Arbitraje Nacional Tomo II. Costa Rica: IJSA.

Artavia, Sergio y Rodríguez, María (2017). Comentarios y jurisprudencia a la Ley sobre Resolución alterna de Conflictos.

Artavia, Sergio y Rodríguez, María (2017). Comentarios y jurisprudencia a la Ley sobre Resolución alterna de Conflictos

Avilés, María y Soleto, Helena (2017). La conciliación de los letrados de la administración de justicia, Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y ámbitos, Madrid: Tecnos.

Banifatemi, Yas y Gaillard, Emmanuel (2008), negative effect of competence-competence: The Rule of Priority in favor of the Arbitrators, Enforcement of Arbitration Agreements and

International Arbitral Awards, The New York Convention in Practice, coord. Gaillard-Domenico, Cameron May

Barona, Silvia, (2004). Comentarios a la Ley de Arbitraje. Thomson Civitas

Barona, Silvia. (1999), Solución extra jurisdiccional de conflictos. Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, Valencia.

Barona, Silvia. (2014), Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to Justices, Indret.

Berger, K. (2006), Law and Practice of Escalation Clauses, Arbitration International, Kluwer Law International. Vol. 22, núm. 1

Bevan, A. (1992), Alternative Dispute Resolution: A Lawyer's Guide to Mediation and other Forms of Dispute Resolution Londres.

Born, Gary B, 2012, International Arbitration: Law and Practice, Países Bajos, Wolters Kluwer Law & Business.

CARNELUTTI, Francesco. (1944). Sistema de Derecho Procesal Civil –Tomo I: Introducción y Función del Proceso Civil, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Uteha Argentina, Buenos Aires.

Carretero, Emiliano. (2017). El mediador civil y mercantil tras la aprobación de la ley 5/2012 y el reglamento 980/2013, Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y ámbitos, Madrid: Tecnos.

Connerty, A. (1997). The Role of ADR in the Resolution of International Disputes, Arb. Int'l, vol. 12, nº 1.

Coser, L.A. (1956). The functions of social conflict. Nueva York: Free Press.

De La Puente y Lavalle, Manuel. (2000). Contratos en general, El Código Civil del Siglo XXI. (Perú y Argentina), coordinada por MUÑIZ ZICHES, JORGE; ALTERINI, ATILIO ANÍBAL y SOTO, CARLOS ALBERTO, Ediciones Jurídicas, Lima, Tomo I Castilla Juárez, K. (2012).

Acceso efectivo a la justicia. México DF: Editorial Porrúa

Delahanty, Guillermo, 2009, Constelación y campo Psicología de Kurt Lewin, México, Universidad Autónoma del Estado de Morelos

Derains, Yves (1995) “Le processus arbitral CCI, VIIIeme partie. Le choix du droit applicable au contrat et l'arbitrage international”- ICC Bulletin - Vol.6 - N° 1

Díez-Picaso, Luis y Gullón, Antonio. (1998), Sistema de Derecho Civil, V.I, Madrid

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. (1963). La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona, Bosch.

Dollard, J., Doob, L.W., Miller, N.E., Mowrer, O.H. y Sears, R.R. (1939). Frustration and aggression. New Haven, Conn.: Yale Univ. Press

Doyle, S. et al., (1991) Without the Punches: Resolving Disputes Without Litigation, Minneapolis.

Escobar, Iván. (1997). Derecho de obligaciones, 2da ed., Colombia: Editorial Hispamer

Farré, S. (2004). Gestión de Conflictos: Taller de Mediación. Barcelona, Ariel.

Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel (2014)., Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones, Iurgium, Madrid.

Festinger, León (1957), Teoría de la disonancia cognoscitiva, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

File, Jason. (julio,2007). United States: Multi-step Dispute Resolution clauses, Mediation Committee Newsletter, IBA Legal Practice Division

Fouchard, P., Gaillard, E., y Goldman, B., (1999). International Arbitration. La Haya: Kluwer Law International

González Cossío de, F., 2014. Arbitraje. México: Porrúa.

González de Cossío, F. (2004) Arbitraje. México. Porrúa

González de Cossío, Francisco, 2020, El arbitraje al derecho y al revés, palestra editores, Lima,

primera edición digital.

Gutiérrez-Montoya, Guillermo Antonio (2012). “Un acercamiento a la Teoría de los Juegos” en Científica, Vol. 1, No. 1, época 2, pp. 7, 26

Jenkins, Jane. (2013). International Construction Arbitration Law (Second Edition), Arbitration in Context Series, Volume 3, Kluwer Law International

Junto, Juan José. (1994), La conciliación, 2ºed., Editorial Temis, Bogotá.

Kruglanski, A.W., Bar-Tal, D. y Klar, Y. (1993). A social cognitive theory of conflict, en K.S. Larsen (ed.), Conflict and social psychology (45-56). Londres: Sage.

Lewin, K. (1935). A dynamic theory of personality. Nueva York: McGraw-Hill.

Lewin, K. (1948). Resolving social conflicts: Selected papers on group dynamics. Nueva York: Harper

López, Félix. (1985). Ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros (La aplicación del Convenio de Nueva York). Diario La Ley.

Mantilla, Fernando. (2005), Ley de Arbitraje, Una perspectiva internacional, Madrid

Montéran, Thierry. (2004). Le respect des clauses contractuelles de médiation, Les Cahiers de l'arbitrage. (director: Mourre, Alexis). Ed. Gazette du Palais. Vol. II

MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLOMER, J.L., 1995, Derecho jurisdiccional, vol. II, Bosch, Barcelona

MONTERO AROCA, Juan. (1981). Estudios de Derecho Procesal, Librería Bosch, Barcelona.

Montero, Juan. (2004), Derecho jurisdiccional, El derecho jurisdiccional, Tomo I, 13ºed

Moore, C.W. (1986). The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict. San Francisco: Jossey-Bass

MOORE, Christopher W. (2003). The mediation process: practical strategies for resolving conflict,

3ª edición, Jossey-Bass, São Francisco.

Moreno, Víctor (2017). La resolución jurídica de conflictos, Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y ámbitos, Madrid: Tecnos.

Ortuño, P. (2011). La mediación intrajudicial, en Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, Vol. II (Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada).

OTERO PARGA, Milagros, (2007) Las raíces históricas y culturales de la mediación. /En/ SOLETO MUÑOZ, Helena; OTERO PARGA, Milagros (coords.) Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente. Madrid: Tecnos

RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, 1997, Enjuiciamiento civil, vol. II, José MARÍA Bosch editor, Barcelona

Reales, Susana San Cristóbal. (2013). Sistemas complementarios a la jurisdicción para la resolución de conflictos civiles y mercantiles:(mediación, conciliación, negociación, transición y arbitraje). La Ley.

Rivera, Julio. (2007), Arbitraje Comercial Internacional y Domestico, Buenos Aires

Saiz, Alberto. (2017). El MedArb como procedimiento mixto de resolución de conflictos: Luces y sombras, Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y ámbitos, Madrid: Tecnos.

SANTOR, Helena. (2006). La mediación en los Conflictos de Trabajo: Naturaleza y Régimen Jurídico, 1ª edición, La Ley, Madrid

Sherif, M., Harvey, L., White, B., Hood, W. y Sherif, C. (1961). The Robber's Cave experiment: Intergroup conflict and cooperation. Middletown, CT: Wesleyan University Press.

Soleto, Helena (2017A). El procedimiento de mediación, Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y ámbitos, Madrid: Tecnos.

Soleto, Helena. (2017B). La mediación conectada con los tribunales, Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y ámbitos, Madrid: Tecnos.

- SORO RUSSEL, O. (2007). El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual. Real Pérez, A. (Dir.). Madrid: UCM.
- Tercier, Pierre. (2011), ADR and Arbitration, ADR in Business. Practice and Issues Across Countries and Cultures, A. Ingen-Housz, ed., vol. II, Kluwer Law International.
- Thomas, K.W. (1992). Conflict and negotiation processes in organizations. En M.D Dunnette y L.M. Hougc, Handbook of Industrial and Organizational psychology, vol. 3 2ªed., pp. 651-717, Palo Alto, C.A: Consulting Psychologist Press.
- Tsin, H. (1997). Dispute Resolution Adviser System in Hong Kong - Design & Development, Arbitration, vol. 63, No. 2
- Van de Vliert, E. (1998). Conflict and conflict management, en P.J.D. Drenth, H. Thierry y C.J. de Wolf (eds.), Handbook of Work and Organizational Psychology, vol. 3: Personnel Psychology (2ª ed., 351-376). Hove, East Sussex: Psychology Press
- Vid. K. LOEWENSTEIN, Teoría de la Constitución, Barcelona, 1983, pp. 294, 297.
- Vid. M. BLANCO CARRASCO, Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos una visión jurídica, Madrid, 2009
- Walther, Fridolin. (2001) E-confidence in e-commerce durch Alternative Dispute Resolution, Aktuelle Juristische Praxis
- Wayar, Ernesto C. (2004). Derecho civil: obligaciones. 2da ed., Buenos Aires: Depalma.
- Zafra, Rocío. (2017). La mediación: el acuerdo y su ejecución, Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y ámbitos, Madrid: Tecnos.

Tesis

- Crespo, María (2014). Actuaciones Arbitrales Frente al Incumplimiento de Cláusulas Escalonadas en el Juicio Arbitral. (tesis licenciatura). Universidad del Azuay, Ecuador. recuperado de: <http://201.159.222.99/bitstream/datos/4206/1/10767.pdf>
- Giammattei, Ana, 2018, El arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos: aspectos

sustantivos, tesis licenciatura, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, recuperado de: <http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesisjrctd/2018/07/01/Giammattei-Ana.pdf>

Gómez, Verónica, R. y Ruiz, Mariamalia, 2011, tesis licenciatura, La aplicación de los mecanismos legales para la participación de niños (as) y adolescentes en la resolución alterna de conflictos dentro de la legislación costarricense, recuperado de: <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/La-aplicacion-de-los-mecanismos-legales-para-la-participacion-de-ninosas-y-adolescentes-en-la-resolucion-alterna-de-conflictos-dentro-de-la-legislacion-costarricense.pdf>

Marques Cebola, Cátia 2011, tesis doctoral, La mediación: un nuevo instrumento de la Administración de la Justicia para la solución de conflictos, Universidad de Salamanca, recuperado de: <https://gredos.usal.es/handle/10366/110503>

Roca, María (2019). La naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas en los métodos alternativos de solución de conflictos. (tesis licenciatura). Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador. recuperado de: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/13069/4/T-UCSG-PRE-JUR-DER-362.pdf>

Vargas Montero, Alejandra. (1998). Los principios de razonabilidad y la proporcionalidad dentro de proceso penal. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Normativa nacional

Código Civil

Código Procesal Agrario

Constitución política

Departamento de Servicios Técnicos, 2010, Asamblea Legislativa, Informe técnico, Expediente número 17.593, Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

Departamento de Servicios Técnicos, Asamblea Legislativa, Informe técnico, Expediente número

14.241, 2010, proyecto de ley reforma integral a la ley 7727 Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

Departamento de Servicios Técnicos, Asamblea Legislativa, Informe técnico, Expediente número 17.650, 2010, proyecto de ley reforma integral a la ley 7727 Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

La Convención sobre el Código de Conducta de las Conferencias Marítimas, 6074

Ley de Jurisdicción Agraria, 6734

Ley de Tierras y Colonización (ITCO INDER), 2825

Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

Proyecto de ley reforma a la ley 7727 Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (2001), expediente 14241

Proyecto de ley reforma integral a la ley 7727 Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (2010), expediente 17650

Reglamento al Capítulo IV de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social

Normativa internacional

Boletín oficial del Estado. (agosto, 2020). Comunidad autónoma de Cataluña, La Ley 9/2020, de 31 de julio, de modificación del libro II del Código Civil de Cataluña y de la ley 15/2009 de mediación en el ámbito del derecho privado

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) recuperado de: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>

Ley Modelo de CNUDMI sobre conciliación

Documentos electrónicos

Accatino, Daniela. (2015). LA "TEORÍA CLÁSICA" DEL CONTRATO Y LA DISCUSIÓN SOBRE SU ADAPTACIÓN JUDICIAL. Revista chilena de derecho, pp. 35-56, recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000100003>

Adame, M. y Gorjón, F, 2018, El valor intangible de la cláusula de estilo en los métodos alternos de solución de conflictos. En. Revista Justicia, Barranquilla: Editorial Mejoras - Universidad Simón Bolívar, Vol. 24, No. 34, pp. 323-339. DOI: <https://doi.org/10.17081/just.23.34.2894>

Almudena, Ces, 2019, Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso judicial: otras formas de resolución de conflictos, Cuadernos de Dereito Actual, No. 11, pp. 201, 224 recuperado de: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/381>

Arauz, Ismael. (1999). El principio de igualdad ante la ley. Encuentro, N°49, pp. 31-37, DOI: <https://doi.org/10.5377/encuentro.v0i49.3799>

Arguello, Luis Mariano. (junio-noviembre, 2019), Buena fe y doctrina de los actos propios: origen, premisas elementales y abordaje jurisprudencial, Revista IUS Doctrina, Vol.12, N°1, ISSN-1659-3707, recuperado de: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

Arjona, Adán (enero, 2018). Las cláusulas escalonadas en el arbitraje comercial en Panamá. Revista Métodos Alternos de Solución de Conflictos en Panamá, edición I, pp.17-24. recuperado de: https://www.cescon.org/images/ARTICULOS/cescon_revista_web.pdf

Armas, Oliver, Fonseca, Salvador y Martínez, Carlos, (2011), El acuerdo arbitral, Tratado de Derecho Arbitral / director Carlos Alberto Soto Coaguila, 1a ed., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez: Instituto Peruano de Arbitraje, Tomo II, recuperado de: <https://www.ipa.pe/pdf/Convenio-Arbitral-I.pdf>

Brito, Luisa María. (diciembre,2019). El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia, Revista de derecho (Valdivia), vol. 32, N°2, pp.251-272, Doi: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718->

[09502019000200251](https://doi.org/10.1002/200251)

Caivano, Roque (2011). Las Cláusulas Escalonadas de Resolución de Conflictos (negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje), Tratado de Derecho Arbitral / director Carlos Alberto Soto Coaguila, 1a ed., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez: Instituto Peruano de Arbitraje, Tomo I, recuperado de: <https://www.ipa.pe/pdf/Convenio-Arbitral-I.pdf>

Caivano, Roque J. (octubre, 2015) El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene. Derecho y Ciencias Sociales, No. 13. pp. 13, 39. ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP, recuperado de: <https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/2357>

Calderón, Percy, 2009, Teoría de conflictos de Johan Galtung, revista paz y conflictos, número 2, ISSN: 1988-7221, pp. 60,81, recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3233607>

Carmigniani, Eduardo, Cepeda, Carla y García, Hugo. (2015), Arbitraje en Ecuador: Desarrollo Jurisprudencial y Reformas Legales Recientes, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, No. 7, recuperado de: <http://iea.ec/pdfs/2015/Art6.pdf>

CARRASCO ORTIZ, MIGUEL ÁNGEL, & GONZÁLEZ CALDERÓN, M.^a J OSÉ (2006). ASPECTOS CONCEPTUALES DE LA AGRESIÓN: DEFINICIÓN Y MODELOS EXPLICATIVOS. Acción Psicológica, pp. 7, 38, ISSN: 1578-908X, recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/3440/344030758001.pdf>

Centro de Información Jurídica en Línea. (2015). Proceso y procedimiento: concepto y diferencia, recuperado de: <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/2015/proceso-y-procedimiento-> HYPERLINK "https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/2015/proceso-y-procedimiento-concepto-y-diferencia/"concepto-y-diferencia/

Cobo, Ana Isabel y Mesías, María Paula. (agosto, 2018), Med-Arb, Arb-Med Y Arb-Med-Arb a La Luz De La legislación ecuatoriana, USFQ Law Review, Vol. 5, No. 1, pp.36,60, recuperado de: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/1216>

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), 1958, recuperado de: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>

Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional. (2010). recuperado de: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_directrices_IBA.pdf

Diz, Fernando Martín. (2014). Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia revista europea de derechos fundamentales pp.161,176, ISSN 1699-1524, recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4945876.pdf>

Feoli, Marco, Londoño, Marielos, Romero, Rodolfo y Villareal, Evelyn, Estado de la Justicia, 2015, Capítulo 3: los veinte años de reformas en el Poder Judicial, pp.107,148, recuperado de: <http://hdl.handle.net/20.500.12337/7715>

Fernández, Ana (marzo, 2017). Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales. Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 9, No. 1, pp. 99,124, doi: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3615>

Follonier, Alejandro. (2014), Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz, Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional, Vol.2, No.2, recuperado de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/comercial/article/view/33006>

Fuquen Alvarado, María Elina (2003). Los conflictos y las formas alternativas de resolución. Tabula Rasa, pp. 265,278, ISSN: 1794-2489. recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=396/39600114>

García, V. H. (2000). Johan Galtung: La transformación de los conflictos por medios pacíficos. Cuadernos de estrategia, pp. 125,59, recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/595158.pdf>

Garrido, María Isabel. (2011), Lo que queda del principio clásico Pacta Sunt Servanda, Derecho y Cambio Social, vol. 8, No.25, recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5497978>

Gobbi, Florencia y Triay, Aixa. (2015), trabajo de investigación, El principio de la autonomía de la voluntad en las contrataciones, Universidad Nacional de Cuyo: Argentina, recuperado de:

<https://core.ac.uk/download/pdf/80528336.pdf>

González, José Luis la acción procesal. (2018), La acción procesal, entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia Nuevo Derecho, Vol. 14, No. 23, ISSN: 2500: 672X, recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6742007>

Gutiérrez, Rafael (2012). Las Cláusulas Escalonadas o Multinivel, su Aproximación en Colombia. Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, pp.169,203, recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4042509>

Hernández Rodríguez, A. (marzo, 2014). Los contratos internacionales de construcción llave en mano. Cuadernos Derecho Transnacional, Vol. 6, No.1, pp. 161,235, recuperado de: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1915>

Inmaculada, M., 2017, Algunos "otros" métodos de prevención, resolución y solución adecuada de conflictos, Arbitraje, vol. X, No. 3, pp. 799,847, ISSN 1888-5373, recuperado de: <https://arbitrajeraci.files.wordpress.com/2018/03/rodriguez-robrero-i-raci-2017-2.pdf>

Jequier Lehuédé, Eduardo. (2018). La mediación obligatoria y el deber de colaboración en el ámbito de los conflictos comerciales y civiles en Chile. Una aproximación de lege ferenda. Ius et Praxis, vol. 24, número 3, pp. 553,582. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000300553>

Jiménez, Raúl, 2011, El convenio arbitral: los requisitos para su existencia y validez. fuentes normativas y panorama jurisprudencial español, Tratado de Derecho Arbitral / director Carlos Alberto Soto Coaguila, 1a ed., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez: Instituto Peruano de Arbitraje, Tomo II, recuperado de: <https://www.ipa.pe/pdf/Convenio-Arbitral-I.pdf>

Júdice, José Miguel y Metello de Nápoles, Pedro, Cláusulas que imponen mecanismos de previa conciliación - de su ejecución y de las consecuencias de su incumplimiento, Tratado de

Derecho Arbitral / director Carlos Alberto Soto Coaguila, 2011, 1a ed., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez: Instituto Peruano de Arbitraje, Tomo II, recuperado de: <https://www.ipa.pe/pdf/Convenio-Arbitral-II.pdf>

Lauroba, María Elena. (2020). La Ley 9/2020, de 31 de julio, de modificación del libro II del Código Civil de Cataluña y de la ley 15/2009 de mediación en el ámbito del derecho privado: una reforma prudente con onda expansiva, revista CESCO de Derecho de Consumo, N°36, pp. 16-35, DOI: https://doi.org/10.18239/RCDC_2020.36.1930

López de Argumedo, Álvaro, (2011) Tratado de Derecho Arbitral / director Carlos Alberto Soto Coaguila, 1a ed., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez: Instituto Peruano de Arbitraje, Tomo II, recuperado de: <https://www.ipa.pe/pdf/Convenio-Arbitral-II.pdf>

Macho, Carolina, 2013, Los ADR "Alternative Dispute Resolution" en el comercio internacional, Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2013), Vol. 5, No. 2, pp. 398,427 recuperado de: www.uc3m.es/cdt

Matheus López, Carlos Alberto (2003). Introducción al derecho de arbitraje peruano. Universitas, pp.147,175, ISSN: 0041-9060, recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=825/82510604>

Ministerio de Justicia y Paz, República de Costa Rica, 2016, Centros RAC, recuperado de: <https://www.mjp.go.cr/viceministeriopaz/DepenDinarac?nom=centros>

MOMBERG, Rodrigo. (2013), El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato, Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile (Valdivia), Vol. XXVI, No. 1, pp. 9,27, recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100001>

Montes, Beatriz, 2008, Iniciación a la investigación revista electrónica, Universidad de Jaén, recuperado de: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/ininv/article/download/201/182/#:~:text=La>

[%20teor%C3%ADa%20del%20conflicto%20realista%20\(Sherif%20y%20Sherif%2C%201953%3B,s%C3%B3lo%20un%20grupo%20puede%20lograr.](#)

Moore, C.W. (1994). Negociación y mediación. Gernika: Gernika Gogoratuz, recuperado de: <https://www.gernikagogoratuz.org/wp-content/uploads/2019/03/doc-5-negociacion-mediacion-moore.pdf>

Moreno, Florentino, 2010, Mediación: un método de conflicto, estudio interdisciplinar, Universidad Complutense de Madrid, recuperado de: https://www.ucm.es/data/cont/docs/1742-2019-04-13-La%20mediaci%C3%B3n%20y%20la%20evoluci%C3%B3n%20hist%C3%B3rica%20de%20la%20idea%20de%20conflicto_2010_32.pdf

Ortiz, David, 2015, Aspectos a tener en cuenta en la redacción de cláusulas arbitrales, recuperado de: https://works.bepress.com/david_ortiz/70/

Ortiz, David, 2015, El arbitraje: ¿Qué es y cuáles son sus ventajas e inconvenientes?, CUATRECASAS GONÇALVES PEREIRA, recuperado de: https://works.bepress.com/david_ortiz/70/

París, Mauricio, setiembre 2015, La deseable transición del "reenvío" a la "remisión" en el arbitraje costarricense, Revista Judicial, Costa Rica, N° 117, pp.101-110, recuperado de: <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial117.pdf>

Ramírez, Paula Andrea. (2013). Vindicações del principio de igualdad, Revista Ratio Juris, Vol. 8, No.16, pp.53,76, recuperado de: <https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/120/112>

Resolución de disputas comerciales: arbitraje y métodos alternativos de resolución de conflictos, 2017, Costa Rica Ginebra, San José: ITC/PROCOMER/CCA, recuperado de: https://www.procomer.com/wp-content/uploads/Materiales/resolucion-disputas-comerciales2020-03-24_15-02-15.pdf

Salcedo, Cristhian Miguel. (2015). Hacia una protección merecida: la eficacia de las cláusulas escalonadas en el marco de un pacto arbitral en Colombia, Bogotá: Colombia, No. 12,

pp.89,112, recuperado de:
<https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/6187126/4+Salcedo.pdf/f65f6e91-6fa4-43aa-bac6-8a6cde7cc1a4>

Sánchez, Miguel. (2011). Venire contra factum proprium non valet, Documentación Administrativa, No. 263,264, p.223-246, recuperado de:
<https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5583>

Solarte Rodríguez, Arturo (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. Universitas, pp. 282,315, ISSN: 0041-9060, recuperado de:
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=825/82510807>

Soto, Carlos Alberto (2003). La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Universitas, pp. 519,562, ISSN: 0041-9060, recuperado de:
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=825/82510616>

Soto, Carlos Alberto. (2012). El pacta sunt servanda y la revisión del contrato, Revista de derecho privado, pp.197,235, recuperado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/8969/11019>

Tolosa, Luis Armando (2017). De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo. Estudios Socio-Jurídicos, pp. 13,61. Doi:
<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5701>

Torterola, Ignacio. (2011), Cláusulas Escalonadas en el Arbitraje de Inversión, Tratado de Derecho Arbitral / director Carlos Alberto Soto Coaguila, 1a ed., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez: Instituto Peruano de Arbitraje, Tomo I, recuperado de: <https://www.ipa.pe/pdf/Convenio-Arbitral-I.pdf>

Vázquez, Marta y López, Ángeles María, 2016, La gestión constructiva de conflictos. Propuesta y desarrollo de un taller práctico en el contexto universitario, Revista de Investigación en Educación, No.14, pp.184,204, ISSN: 1697-5200, recuperado de:
<http://reined.webs.uvigo.es/index.php/reined/article/view/213>

Villalba Cuéllar, Juan Carlos, & Moscoso Valderrama, Rodrigo Andrés (2008). ORÍGENES Y

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE. Prolegómenos. Derechos y Valores, pp.141,170, ISSN: 0121-182X., recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=876/87602210>

Zambrano, Pablo. (2013). El principio Pacta Sunt Servanda en las controversias derivadas de los tratados bilaterales de inversión: Análisis del caso Murphy Exploration and Production Company vs. República del Ecuador (CIADI No. ARB/08/4). Revista Ecuatoriana de Arbitraje, pp.183,199, recuperado de: http://iea.ec/pdfs/2013/ART_PABLO_ZAMBRANO.pdf

Jurisprudencia nacional

Sala Constitucional Resolución No. 10729-2008

Sala Constitucional Resolución No. 11153-2007

Sala Constitucional Resolución No. 11460-2013

Sala Constitucional Resolución No. 12215-2009

Sala Constitucional Resolución No. 1574-2008

Sala Constitucional Resolución No. 1825-2011

Sala Constitucional Resolución No. 18709-2019

Sala Constitucional Resolución No. 1922-2004

Sala Constitucional Resolución No. 1925-2010

Sala Constitucional Resolución No. 2448-2006

Sala Constitucional Resolución No. 2999-2005

Sala Constitucional Resolución No. 3669-2006

Sala Constitucional Resolución No. 6519-1996

Sala Constitucional Resolución No. 8858-1998

Sala Constitucional, Resolución No. 11421 - 2017

Sala Primera de la Corte Resolución No. 2220-2020

Sala Primera de la Corte Resolución No. 1293-2016

Sala Primera de la Corte Resolución No. 614-2007

Sala Primera de la Corte Resolución No. 00180 - 2008

Sala Primera de la Corte Resolución No. 00742 - 2018

Sala Primera de la Corte Resolución No. 02254 - 2019

Sala Primera de la Corte Resolución No. 1366-2011

Sala Primera de la Corte Resolución No. 1472-2017

Sala Primera de la Corte Resolución No. 1569-2013

Sala Primera de la Corte Resolución No. 2033-2020

Sala Primera de la Corte Resolución No. 261-2009

Sala Primera de la Corte Resolución No. 2724-2019

Sala Primera de la Corte Resolución No. 312-2019

Sala Primera de la Corte Resolución No. 458-2014

Sala Primera de la Corte Resolución No. 656-2005

Sala Primera de la Corte Resolución No. 69-2012

Sala Primera de la Corte Resolución No. 770-2019

Sala Primera de la Corte Resolución No. 872-2007

Sala Primera de la Corte, Resolución No. 299-2009

Sala Primera de la Corte, Resolución No. 388-2008

Sala Primera de la Corte, Resolución No. 478-2020

Sala Segunda de la Corte Resolución No. 177-2018

Sala Segunda de la Corte Resolución No. 26-2017

Sala Segunda de la Corte Resolución No. 267-2011

Sala Segunda de la Corte Resolución No.1493-2010

Tribunal Contencioso Administrativo Sección III Resolución No. 9887-1999

Tribunal Segundo Civil Sección I Resolución No. 311-2001

Jurisprudencia internacional

Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Primer Circuito, No. 02-1955, el 17 de enero del 2003, recuperado de: <https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1361817.html> y <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/211/230/2572348/>

Tribunal Constitucional de Colombia, Sentencia C-603/19, expediente D-11922 recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2050%20comunicado%2011%20de%20diciembre%20de%202019.pdf>

Tribunal Constitucional de Perú, Exp. No.05311-2007, recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05311-2007-AA.pdf>

Sentencia del Tribunal Supremo de Connecticut de 18 febrero 1994 [229 Conn. 465 (1994)] <http://www.leagle.com/decision/1994694229Conn4651666/WHITE20v.20KAMPNER>

White v. Kampner, 229 Conn. 465, 468 (Conn. 1994) recuperado de https://casetext.com/case/white-v-kampner-1/?PHONE_NUMBER_GROUP=P, <https://www.courtlistener.com/opinion/3341930/white-v-kampner-no-106638-apr-2-1992/>

y <https://www.leagle.com/decision/1994694229conn4651666>

Mesa redonda

Mesa Redonda, 2015, Arbitrajes complejos: Multicontratos, Multipartes y cláusulas escalonadas" Dr. Roque Caivano. Arbitration Day 2015. Auditorio Dr. Pablo Casafont Romero del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. 30 de octubre de 2015 recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=AuSSSeJaqJA>

Apéndices

Entrevista a Laura Ávila Bolaños directora de la Dirección Nacional de Resolución Alterna de Conflictos en su opinión en carácter personal

Variable 2 Compilar las diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinales en relación con la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas.

1. ¿Qué naturaleza jurídica considera usted que es la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, requisito de admisibilidad, de competencia, sustancial o no debe tener carácter vinculante y por qué?

Cuando hablamos de la conciliación o la mediación como una etapa previa, más que una etapa previa por quemar, por agotar, la magia de la conciliación y la mediación, no es quemar una etapa, es esa capacidad y esa posibilidad que tienen las partes de conversar y de resolver ellas mismas la situación, esa oportunidad de que las mismas partes sean las que resuelvan, construyan la solución, a partir de su contexto, de sus vivencias y su relación, eso hace que los acuerdos, no solo sean mucho más sostenibles y duraderos en el tiempo, sino que mucho más participativos y colaborativos, entonces desde ahí yo creo que más que una etapa procesal de admisibilidad o competencia, debería de ser visto como una grandísima oportunidad, la conciliación y la mediación son una gran oportunidad de reconstruir o reformar situaciones jurídicas, esto es la parte holística de la mediación.

Desde el punto de vista procesal esa etapa previa de la cláusula escalonada te diría que es un requisito de admisibilidad, desde el punto de vista de principios y de técnica yo creería que es una gran oportunidad, pero desde el punto de vista procesal es un requisito de admisibilidad, yo creo en las cláusulas escalonadas y hemos visto como aplicándolas ya sea desde un punto de vista contractual o en otros países aplicada como una prejudicialidad obligatoria, que hay que agotar una conciliación antes de ir a tribunales, ha sido mucho más

amigable con la mora judicial, porque la prejudicialidad obligatoria se ha establecido en algunas materias, para ponerte un ejemplo en Argentina por ahí del 2010 se hizo un estudio el 65% de los casos se quedaba en conciliación prejudicial, porque estaba establecido como una etapa prejudicial obligatoria, como un requisito de admisibilidad para poder ir a tribunales, si bien nosotros estamos hablando de una cláusula escalonada, no estamos hablando de un requisito prejudicial para ir a tribunales, yo creería que tiene un poco la naturaleza de ese requisito de admisibilidad, desde el punto de vista de la cláusula escalonada.

2. ¿Qué efecto jurídico considera usted que debería acarrear el incumplimiento de la etapa previa y por qué?

Siempre los procesos previos, deben estar bajo el principio de la voluntariedad, ahora que es lo voluntario, aquí es donde entra la confusión de los conceptos, una cosa es que yo vaya obligatoriamente, agote obligatoriamente y otra cosa es que yo quiera conciliar, son dos muy distintas, una cosa es agotar la etapa, asistir a la audiencia y otra cosa es obligarme a conciliar, yo puedo ir a todas las etapas previas y no conciliar, pero estoy cumpliendo la etapa previa, yo te diría que propiamente, jurídicamente, no creo que pueda haber un incumplimiento de la etapa si no asisten, la voluntariedad es un principio para conciliar pero, no para asistir, nos obligan a asistir no hay problema, porque hay que agotar la etapa, pero queda en las partes en su autonomía de la voluntad si concilian o no, yo creería que nada más se agotó la etapa y debería que como en otros países que ocurre se hace una constancia se llevó a cabo la audiencia de mediación, las partes no asistieron o una de ellas no asistió, habiendo sido notificado, en el caso de México la inasistencia acarrearía multas, la gente terminaba yendo para evitar la multa, era una forma de invitar e instar, en la importancia de asistir, era basado en multas y no en educación, yo apuesto más a la educación, a la información al derecho de saber porque me conviene más ir que no ir, se puede obligar a ir, pero no a conciliar.

3. ¿Considera usted necesario que el laudo dictado con inobservancia del incumplimiento de la etapa previa acarree la anulación del laudo, es decir, es necesario un control judicial para el cumplimiento de la obligación?

Las situaciones dependen del tipo de árbitro que lleva el caso, hay árbitros que además son mediadores, entonces están muy casados, con el concepto de la mediación de abrir ese espacio, he visto árbitros que en la audiencia preliminar inclusive abren un espacio de conciliación o mediación o refieren a las partes aunque no haya cláusula escalonada, refieren

a las partes a una mediación o conciliación y nos pasó en el CAM donde fui directora por 5 años, donde dieron una suspensión del proceso arbitral para que las partes fueran a conciliador, con un conciliador de la lista del CAM, algunas cosas se conciliaron, a veces el árbitro lo hace o prefiere que lo haga un tercero.

La anulación del laudo por no haberse observado, habría que ponerlo como causal, yo te diría que nuestra ley permitiría eventualmente sea una causal de nulidad, yo lo vería en dos términos, primero que un árbitro diga antes de evitarme a exponer mi laudo, de que este sea anulado y que invite a las partes a ese espacio a cumplir esa etapa, considerarla pre arbitral, yo creo que la competencia de los árbitros da para eso, el tema es si quieren hacerlo, un buen árbitro que defienda las cláusulas escalonadas podría basarse en que no quiere violentar o abrir una posible nulidad del laudo y mande a las partes a agotar la etapa previa, una cosa que nos pasó en el centro en el CAM era que había una cláusula escalonada, una de las partes consulto al centro si primero agota antes de ir a arbitraje y yo le recomendé, mejor agote porque así está la cláusula, siguiendo la voluntad de las partes, si la parte no quiere conciliar que no venga, pero mejor agote lo que la cláusula dice y recuerdo que lo agotaron, efectivamente la parte no llego a conciliar, pero se hizo la constancia, el acta de no acuerdo por inasistencia de una de las partes y eso fue parte de lo que él adjunto a la hora de presentar el requerimiento arbitral, yo creo también que no solo pasa por el árbitro sino incluso por directores de centros.

Variable 3 Examinar el tratamiento establecido en relación con la figura de las cláusulas escalonadas en la jurisprudencia de la Sala Primera y Sala constitucional con respecto a la aplicación de la LRAC

1. ¿Considera usted acertada la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, a pesar de que las partes lo redacten de forma obligatoria?

Me parece que lo que dice el recurrente es lo correcto y lo que dicen los señores magistrados no es correcto, es decir, no estoy de acuerdo con la opinión que ellos externan, porque yo sí creo que al ser una cláusula que las partes firmaron, hay una voluntad, hay ley entre partes y debería de cumplirse la cláusula como la establecieron las partes, sino sería una derogación unilateral de la cláusula, entonces restarle ese carácter vinculante a la etapa previa me parece que es un criterio equivocado de la Sala.

2. ¿Considera usted que la decisión de la Sala Primera y Sala Constitucional en cuanto a negarle el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje infringe los principios de contratación privada?

Sí creo, porque va en contra de la voluntad de las partes, las partes dispusieron algo en el momento de negociar, el negocio es ley entre partes para ellos y el que no solamente una de las partes obvie o vulnere, se vaya directamente al arbitraje, no respete o derogue de forma unilateral y además la Sala también me parece que más bien es doble lesión, desde la parte que no acudió a la mediación pese haber firmado y contraído una obligación, a mi criterio los magistrados infringen los principios de contratación privada.

3. ¿Considera usted que la decisión de la Sala Primera y Sala Constitucional en cuanto a negarle el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje vulnera el principio de igualdad en cuanto a que la mismas Salas avalan procedimientos similares a la cláusula escalonada, siendo la diferencia que estos fueron creados por ley y jurisprudencia?

Me dio la sensación a partir de la jurisprudencia, que si no está por ley no es obligatorio, a grandes rasgos eso es lo que dice, la que es impuesta parece si ser válida, pero la que es consensuada no, según los magistrados, entonces creo definitivamente que si vulnera el principio de igualdad.

4. ¿Considera usted que la obligación de la etapa previa al arbitraje es una obligación de medios o de resultado y por qué?

Es una obligación de medios, el tema es agotar la instancia y no necesariamente llegar a acuerdos.

5. ¿En base a la pregunta anterior considera usted correcta la interpretación del art. 5 de la ley RAC que realiza la Sala Primera, en cuanto a que la obligación de un método autocompositivo infringe su naturaleza al obligar a las partes a llegar a un acuerdo?

Yo creo que ellos entienden el artículo 5 totalmente diferente a como lo entendemos todos los demás, el artículo 5 lo que dice es que las partes pueden acudir a la mediación, no habla de la voluntariedad para nada, dice la mediación y conciliación extrajudicial podrán ser practicadas libremente por los particulares, libremente es que pueden mientras sea patrimonial y disponible, pueden acudir a la mediación o conciliación, yo no veo ahí el tema de la voluntad, interpretan una norma que nadie la entiende como ellos la entendieron, solamente ahí lo he leído y lo he visto.

Variable 4 Proponer una reforma legal a la LRAC para la aplicación de la figura de la cláusula escalonada.

1. ¿Considera usted necesario una reforma legal a la LRAC para que se otorgue la eficacia a las cláusulas escalonadas, como el carácter vinculante del paso previo al arbitraje?

Te comento que la comisión RAC del Colegio de Abogados ha estado detrás de esto desde hace 2 o 3 años de establecer conciliación prejudicial obligatoria, esto pensando no solo en temas de arbitraje, pensándolo como etapa previa prejudicial y lo ha estado impulsando no con la fuerza que podría haberse impulsado, pero hoy por hoy la discusión que muchos de los que nos dedicamos al RAC por muchos años, que deberíamos dar ese salto, muchos países ya lo han hecho y quienes más se han visto beneficiados es el poder judicial, además de la sociedad también, el poder judicial ha visto reducido su mora, entonces que reforma legal, bueno de alguna manera lo que dice la misma jurisprudencia, es que no está por ley, a bueno la quieren por ley, si eso ayuda a una reforma, habrá que hacerla, para que los magistrados lo vean y no puedan decir que no, a veces lamentablemente debe ser por ley, cuando resuelves por norma y no por conveniencia, importancia, por el mecanismo en sí mismo, la validez que tienen los métodos autocompositivos y estas convencido de ello, entonces la ley va a tener que sustituir lo que la educación no ha logrado.

2. Si la respuesta es sí o no ¿Cuál considera usted que sería la forma adecuada para que se otorgue el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada?

La norma entre más sencilla es mejor, yo creería que la cláusula escalonada debe estar dentro del capítulo tercero disposiciones del arbitraje 18 en adelante, donde habla de la cláusula, habría que hacer un artículo de cláusula escalonada, para establecer todo un procedimiento puede ser en reglamentos de los centros o en el reglamento de la LRAC.

Entrevista a Sergio Artavia, Abogado y Arbitro, litigante en vía judicial y arbitral.

Variable 2 Compilar las diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinales en relación con la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas.

1. ¿Qué naturaleza jurídica considera usted que es la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, requisito de admisibilidad, de competencia, sustancial o no debe tener carácter vinculante y por qué?

Mi posición es la última, no se le debe otorgar el carácter vinculante y esa ha sido la tesis jurisprudencial de la Sala Primera, esto es un tema complejo y esto tiene que ver con una parte filosófica de los medios alternos, es decir en qué medida los medios alternos, fuera del arbitraje, son o no obligatorios y en qué medida entonces al estar establecidos en una cláusula escalonada, si se deben o no cumplir con esos trámites previos de conciliación, negociación o mediación o cualquier otro mecanismo, en mi opinión si uno va a la base de los métodos autocompositivos o hetero compositivos, estos requisitos, tramites o etapas previas, no deberían de ser obligatorias, precisamente porque si una de las partes renuncia finalmente a ella y no la ejerce, de alguna forma lo que está diciendo es vea sabe que vamos al método hetero compositivo, vamos a solucionar el conflicto, por muchas razones, porque ya se desgasto una relación, ya se intentó una fase de negociación directa o a través de intermediarios y porque ya llegado el momento se tiene que ir al arbitraje, ahora esta posición no es uniforme en algunos otros países se les ha dado incluso en procesos jurisdiccionales y en procesos arbitrales por supuesto también, se les ha dado el carácter obligatorio y algunos países por ejemplo Brasil, Alemania y otros países europeos, establecen la obligatoriedad en ciertas materias de pasar antes de presentar una demanda jurisdiccional o arbitral, el cumplimiento de estas etapas conciliatorias, sin lo cual incluso, no permiten el inicio de un proceso hetero compositivo, entonces uno se podría preguntar, bueno entonces si en esos países existe porque no establecerlo como obligatoria y si está incluida en un acuerdo, un contrato, la parte deba cumplir, mi opinión es que no, pero como te decía hay posiciones, inclusive normativa en otros países que si le dan el carácter obligatorio.

2. ¿Qué efecto jurídico considera usted que debería acarrear el incumplimiento de la etapa previa y por qué?

En esa misma posición, yo creo que no tendría ninguna consecuencia jurídica, porque si es un acto facultativo, voluntario, no vinculante, que parte de la autonomía de la voluntad de los sujetos y que la ley no lo hace imperativo, no debería de tener ninguna consecuencia, ahora como le decía en otros países que se ha implementado con carácter obligatorio, por ejemplo se sanciona con el rechazo de plano de la demanda, se considera una conducta impropia, de hecho en algunos casos hasta para la imposición de una sanción, pero en mi opinión no debería de ser, por ser un método totalmente autocompositivo, donde las partes se pusieron de acuerdo, pero si alguna de ellas decide ya no seguir adelante, no debería de

imponérsele ninguna sanción.

3. ¿Considera usted necesario que el laudo dictado con inobservancia del incumplimiento de la etapa previa acarree la anulación del laudo, es decir es necesario un control judicial para el cumplimiento de la obligación?

El tema es complejo, eso tiene que ver con dos figuras bastante interesantes una figura francesa, de los astreintes y en los países de habla hispana, los conocemos como cargas procesales, ósea hasta donde el incumplimiento de una obligación o de una carga procesal, debiera de originar una sanción económica contra la parte, es complicado porque habría que determinar, las razones por las cuales, una parte no asistió a la fase previa, es decir, las circunstancias del caso concreto, que lo justificaron, porque no se acudió, si ya se habían agotado fases previas, si hay una relación desgastada o si no tiene ninguna intención la parte, además las sanciones procesales en estos casos, tienen que interpretarse de manera restrictiva, porque de alguna forma tienes la libre autodeterminación y las circunstancias del caso concreto, que pudieran no justificar siempre una condena automática por el incumplimiento de una cláusula de esta naturaleza.

Variable 3 Examinar el tratamiento establecido en relación con la figura de las cláusulas escalonadas en la jurisprudencia de la Sala Primera y Sala constitucional con respecto a la aplicación de la LRAC

1. ¿Considera usted acertada la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, a pesar de que las partes lo redacten de forma obligatoria?

Sí, ya por lo que te dije considero que sí, de hecho es la posición de la Sala, que en mis libros de arbitraje, yo incluso he apoyado, que debería de ser la tesis correcta, es por esa razón que la redacción del Código Procesal Civil, incluso el procesal agrario, también se debatió que nos llamaron para unas discusiones y querían introducir el agotamiento previo de la conciliación en ciertos procesos en materia arbitral y civil, incluso en esas materias que uno diría son materias sensibles, sociales, que convendría, al final la posición de las comisiones y de los asesores que participamos es que no convenía porque se puede convertir en una táctica dilatoria, porque al final del día vas a la audiencia, simplemente decir no me interesa conciliar y entonces la víctima, la persona que está sufriendo el perjuicio, perdió quizás con la agenda del tribunal o el despacho uno, dos o tres meses, que se pudo haber ganado ya con

el inicio del proceso, todo tiene sus pros y sus contras, pero en este caso me parece que si es correcta la posición de la Sala.

2. ¿Considera usted que la decisión de la Sala Primera y Sala Constitucional en cuanto a negarle el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje infringe los principios de contratación privada?

Yo creería que no, porque en todo caso no estas invadiendo la esfera de la autonomía de la voluntad groseramente y ahí hay otros factores como los principios y garantías, que quizás en circunstancias particulares, son más relevantes, el principio de justicia pronta y cumplida, el principio del derecho de un proceso sin dilaciones, etc., que vos podrías decir, sopesar los dos principios o reglas y decir bueno el principio de la libertad de contratación, pero ese no es absoluto porque frente a este tenemos a otros como la solución pronta de los conflictos, el principio de eficiencia jurisdiccional, que la misma Sala lo ha desarrollado.

3. ¿Considera usted que la decisión de la Sala Primera y Sala Constitucional en cuanto a negarle el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje vulnera el principio de igualdad en cuanto a que la mismas Salas avalan procedimientos similares a la cláusula escalonada, siendo la diferencia que estos fueron creados por ley y jurisprudencia?

No le veo la analogía, el símil, porque son institutos diferentes, me parece que estarías comparando estructuralmente, por su objeto y el método, 2 institutos totalmente diferentes, no me parece que sea un argumento válido para decir que deberían también admitirlo por las razones que han estado admitiendo esas, porque por ejemplo en materia laboral incluso y si uno ve la jurisprudencia de la Sala muy importante constitucionalmente, sobre el tema de la fase del agotamiento de la vía administrativa y la Sala Constitucional ahí lo que dice en ese voto que declaró inconstitucional el art. 4 del Código Procesal Contencioso Administrativo, lo que dice es precisamente, constituye más bien un obstáculo, para la celeridad de la solución de los conflictos del ser humano y por lo tanto, lo declara inconstitucional sin ningún tapujo, dicen, para que se le va a poner al administrado en un procedimiento tortuoso, tedioso, inerte, ineficaz, poco célere y el administrado pierde 6 meses, 1 año, 2 años, para que le resuelvan el agotamiento de la vía y al final estadísticamente no hecha marcha atrás.

4. ¿Considera usted que la obligación de la etapa previa al arbitraje es una obligación de medios o de resultado y por qué?

En este sentido sería de medios.

5. ¿Con base en la pregunta anterior considera usted correcta la interpretación del art. 5 de la ley RAC que realiza la Sala Primera, en cuanto a que la obligación de un método autocompositivo infringe su naturaleza al obligar a las partes a llegar a un acuerdo?

Sí, al ser facultativo las partes pueden renunciar tácitamente, en este caso.

Variable 4 Proponer una reforma legal a la LRAC para la aplicación de la figura de la cláusula escalonada.

1. ¿Considera usted necesario una reforma legal a la LRAC para que se otorgue la eficacia a las cláusulas escalonadas, como el carácter vinculante del paso previo al arbitraje?

Sí, si tuviera que hacerse, si considero que es necesario una reforma legal, por aquello que te explicaba, en los países varían su posición respecto a los efectos de las cláusulas escalonadas, entonces si hay experiencia en otros ordenamientos, donde expresamente se establece la obligatoriedad incluso de la conciliación por ejemplo, para acudir a procesos judiciales, sin que eso dice la doctrina afecte el derecho de acción o el derecho a la tutela judicial efectiva, entonces en mi opinión si debería de hacerse una reforma en ciertos procesos y en ciertas material, para que si sea vinculante, pero mientras esa reforma no se haga y estaría de acuerdo que se hiciera, digamos si eso le va a cambiar la tesis a la Sala, que tendría que cambiarla, pero eso sin una reforma, es lo que no creo que sea posible, interpretar en contra de la tesis de la Sala.

2. Si la respuesta es sí o no ¿Cuál considera usted que sería la forma adecuada para que se otorgue el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada?

En mi opinión con una simple reforma legal que establezca la obligatoriedad y el cierre de la vía judicial o arbitral, hasta tanto no se cumpla esa etapa, sería suficiente, pero si considero necesario la reforma legal.

Las cláusulas escalonadas, es vía jurisprudencial que se han incorporado tanto en Costa Rica como en el derecho comparado.

Entrevista a Francisco Gonzales de Cossío, Abogado Mexicano, Arbitro nacional e internacional y mediador.

Variable 2 Compilar las diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinales en relación con la aplicación de la figura de las cláusulas escalonadas.

1. ¿Qué naturaleza jurídica considera usted que es la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, requisito de admisibilidad, de competencia, sustancial o no debe tener carácter vinculante y por qué?

Considero que es un contrato, un acuerdo de voluntades, la visión de muchas jurisdicciones, incluyendo Costa Rica por lo que escucho, que la obligación de mediar es inexistente, es decir, la obligación de acudir a la mediación, es un imposible, porque mediar es un acto voluntario, ósea el que la mediación sea exitosa y derive en una transacción, es algo totalmente dentro de las manos de las partes y como eso es un acto voluntario, la obligación de mediar, significaría que estas obligado a hacer algo voluntario, lo cual es un sin sentido jurídico, esa visión es una que ha animado a la mayoría de las jurisdicciones durante mucho tiempo y personas que han analizado el tema, de hecho el reglamento ADR de la ICC, se enfrentó a ese dilema.

2. ¿Qué efecto jurídico considera usted que debería acarrear el incumplimiento de la etapa previa y por qué?

El efecto jurídico que debe acarrear el incumplimiento es la pérdida de derecho de cobrar costas, del universo de opciones, es que la consecuencia que logra el propósito y que es fácil de implementar es el derecho a costas, es decir, A demanda a B, se brinca la obligación de mediación y si hay un arbitraje o litigio, que el árbitro o juez, cuando conozca de ese asunto y una de las partes diga, B le diga a A, porque no mediaste y si A le dice, porque era necesario, este asunto no era apto para mediación, bueno, pero eso no lo sabes, porque no mediaste y pactamos mediación y eso es una obligación, ejercicio razonable de buena fe, señor arbitro condene a costas y el árbitro cuando analice el asunto o el juez, entonces digan pues veo que efectivamente A demando muy rápido, A no le importo que había un deber de mediar, A por ende desdijo la voluntad de las partes de obligar a mediar, por ende las costas que van a distribuirse, que el juez ejerza discreción o el árbitro y diga a ver A ganó, pero A no cumplió el deber de mediar, por ende aunque A gana el monto de costas se lo voy a reducir un poco, eso creo que puede ser útil, porque es lo que han hecho o cuando esto se empezó a hacer en Inglaterra en el caso Halsey, cuando se hizo en el art. 21 del Código canadiense de proceso civil, cuando se hizo en Hong Kong y recientemente en Ecuador, que hay una obligación, que impacta costas, si no la cumples, entonces las partes empiezan a mediar, las personas empiezan a respetar la obligación de mediación, cuando las partes lo han pactado, yo creo

que esto es digno de comentar, porque entonces permites que las partes, antes de sacarse los ojos en una batalla jurídica legal, puedan dialogar.

3. ¿Considera usted necesario que el laudo dictado con inobservancia del incumplimiento de la etapa previa acarree la anulación del laudo, es decir es necesario un control judicial para el cumplimiento de la obligación?

Considero, que la única sanción debe de ser las costas.

Variable 3 Examinar el tratamiento establecido en relación con la figura de las cláusulas escalonadas en la jurisprudencia de la Sala Primera y Sala constitucional con respecto a la aplicación de la LRAC.

1. ¿Considera usted acertada la negación del carácter vinculante de la etapa previa al arbitraje en una cláusula escalonada, a pesar de que las partes lo redacten de forma obligatoria?

No, cuando A y B, pactan mediar obligatoriamente, significa que deben de hacer un ejercicio razonable y de buena fe, para intentar llegar a un resultado positivo, si hecho este ejercicio razonable y de buena fe, no llegan a un acuerdo, haz agotado el contenido obligacional del deber de medios de mediar, porque no es de resultados, por ende haz cumplido la voluntad contractual de mediar, no la cumples cuando A y B habiendo pactado en un contrato, surge una disputa y una de las partes inmediatamente demanda sea en litigio sea en arbitraje a la otra parte, si eso ocurre, sin intentar la fase de mediación, propongo que se ha incumplido la obligación de mediación, porque las partes pactaron que debe intentarse antes un ejercicio razonable y de buena fe.

2. ¿Considera usted que la decisión de la Sala Primera y Sala Constitucional en cuanto a negarle el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje infringe los principios de contratación privada?

Pienso que no es la mejor visión de las cosas, te propondría que hay una visión mejor que simplemente aplicar a decir no sirve de nada establecer la obligación de mediar, yendo desde el punto, aceptando de que mediar es un acto voluntario, porque no puedes forzar a alguien a que acepte los términos de una transacción, ¿quiere eso decir que la obligación de mediar no significa nada?, propongo que la mejor visión no es esa, hay una visión alternativa que es superior y es aceptar que no es una obligación de resultados sino una obligación de medios, hay una voluntad contractual que se debe respetar.

3. ¿Considera usted que la decisión de la Sala Primera y Sala Constitucional en cuanto a negarle el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje vulnera el principio de igualdad en cuanto a que la mismas Salas avalan procedimientos similares a la cláusula escalonada, siendo la diferencia que estos fueron creados por ley y jurisprudencia?

Sí, la distinción entre si la obligación deriva de ley o si la obligación deriva de contrato y si deriva de ley la obligación, la obligación si obliga y si deriva de contrato no, sé que no compartes este razonamiento y yo creo que tú tienes razón, ese razonamiento distingue donde no hay una diferencia, si existe obligación venga de ley o venga de pacto, no cambia que es obligación, yo creo que tú tienes un buen punto ahí.

4. ¿Considera usted que la obligación de la etapa previa al arbitraje es una obligación de medios o de resultado y por qué?

Es una obligación de medios no de resultados, ya que cuando A y B, pactan en un contrato que existe la obligación de mediar o conciliar o cualquier mecanismo autocompositivo en el cual un tercero ayuda a las partes a resolver un problema y no tiene facultad para obligar, cualquiera que sea, si las partes pactan la obligación de hacer eso, hay una voluntad contractual, que debe ser respetada, como toda voluntad contractual y que la visión actual se va muy rápido a la conclusión negativa, la visión puede ser que sea una obligación de medios, no de resultados

5. ¿Con base en la pregunta anterior considera usted correcta la interpretación del art. 5 de la ley RAC que realiza la Sala Primera, en cuanto a que la obligación de un método autocompositivo infringe su naturaleza al obligar a las partes a llegar a un acuerdo?

No, porque se trata de obligación de medios, no de resultados.

Variable 4 Proponer una reforma legal a la LRAC para la aplicación de la figura de la cláusula escalonada.

1. ¿Considera usted necesario una reforma legal a la LRAC para que se otorgue la eficacia a las cláusulas escalonadas, como el carácter vinculante del paso previo al arbitraje?

Una reforma legal puede lograrlo; el cambio de paradigma puede sin embargo provenir de un cambio epistemológico.

2. Si la respuesta es sí o no ¿Cuál considera usted que sería la forma adecuada para que se otorgue el carácter vinculante a la etapa previa al arbitraje en una cláusula

escalonada?

Propongo que debe de establecerse un ejercicio razonable y de buena fe, ahora que es un ejercicio razonable y de buena fe y cuál es la consecuencia de no seguir este ejercicio razonable y de buena fe, primero el ejercicio razonable y de buena fe debe significar que debas tomar ciertos pasos que comuniquen que hiciste un esfuerzo para buscar un arreglo y que fue imposible, la postura de las partes simplemente no lo permitía, digo ejercicio porque que ejercicio varía dependiendo de la controversia, hay controversias que requieren ciertas cosas y controversias que requieren otras cosas, dependiendo de cuál sea la naturaleza o las características de la disputa entre A y B, el tercero C puede usar ciertas herramientas u otras herramientas, hay una enorme cantidad de herramientas para que el mediador ayude a las partes, pero debe haber algo, ocurrir algo, debe haber un ejercicio razonable y de buena fe, que significa razonable, que haya una correlación lógica entre el nivel de esfuerzo y las características léase tamaño de la controversia, si es una controversia de 5 dólares, el nivel de esfuerzo es muy distinto a que si es una controversia de 5 millones de dólares, el nivel de esfuerzo a emplear debe ser distinto, ¿cuánto?, lo que sea razonable y ante la duda, darle el beneficio de la duda a las partes, intentaron, no pudieron, bueno ni modo, no quiero decir aquí que sea el juez o arbitro, el verdugo sobre que es razonable o no, simplemente que se vea algo que guarde una verosimilitud, dicho negativamente, que no ocurra, el que A cuando demanda a B, se salta por completo olímpicamente la fase previa y se va al litigio o al arbitraje, eso no sería razonable en el sentido del cumplimiento de la obligación de mediar, segundo que significa de buena fe, en México hace unos años la ley de seguros y fianzas, establecía que antes de demandar a una aseguradora tenías que ir a la comisión nacional de seguros y fianzas, pararte enfrente de una secretaria que con su máquina de escribir levantaba un acta y decía esta A y esta B, a ver A vas a demandar a B, sí, bueno viene A con su representante legal y que quiere demandar a B sí ok, B con su representante legal, entonces levanta el acta y dice bueno partes, ¿quieren mediar?, entonces dicen no, ok no quieren mediar, levanta el acta y le da un ejemplar a cada uno y entonces pueden ir a demandar a tribunales, eso no es un ejercicio de buena fe, eso ejemplifica lo que quieres evitar, quieres que haya algo, un ejercicio, que de buena fe, que significa buena fe, buena fe tiene mala fama porque suena nebuloso, suena amorfo, suena a que no sabes de que están hablando y todo mundo lo primero que dice cuando se pelean, los contratos obligan de buena fe, no queda

claro que significa, yo propongo que el concepto jurídico buena fe, es uno valioso y que significa cosas distintas en áreas distintas, contractualmente significa algo, litigiosamente significa algo, en arbitraje significa algo, lo que quiero abundar es que debe significar eso, en el contexto de mediación en la definición que te propongo y es que cuando tú y yo lleguemos a hacer este ejercicio digamos bueno, tenemos una controversia te invito a que sigamos un ejercicio de mediación, bueno ok y si yo digo no, vamos al arbitraje o litigio, eso no es de buena fe, si yo digo a ver que propones y vos dices vamos a proponer a X mediador y nos sentamos con él, dialogamos y hacemos una mañana de ejercicio y después de esa mañana que puede durar 2 o 3 horas, no es algo largo, no es algo complejo, no es algo oneroso, luego si el mediador dice saben que hicieron un intento, pero no lo están logrando, entonces agotamos la obligación, vámonos a arbitraje, porque creo que esta visión merece apoyo, porque si no buscamos de alguna manera la forma de incentivar con teorías como estas la mediación, el resultado es que las partes las privamos de algo y es que cuando las partes, pactan mediación como obligación, desean la voluntad contractual que te propongo, que eso significa, que antes que pelear, quieren dialogar, quieren cerciorar, que se utilizó esta maravillosa, bella y rica, disciplina llamada mediación, para ver si hay una forma de evitar la pelea y si eso ocurrió y aun así hay que pelear, la pelea es como dirían en la teoría de la guerra, una guerra justa, ok hay que tener la guerra, pero si no intentaste, no dialogaste, como sabes que no es una batalla con todo el costo, con todo el dolor, el riesgo, que no intentaste dialogar y esa es la voluntad de las partes cuando pactan mediación, ahora todo esto respecto al punto uno que es la obligación de mediación, punto dos que pasa si incumples esta obligación, hay quien dice que no puede haber nada, que como vas a obligar, no puede haber sanción, como vas a sancionar, yo lo que propongo, es que del universo de opciones, es que la consecuencia que logra el propósito y que es fácil de implementar es el derecho a costas.

