



HACIA UNA PROTECCIÓN MEREcida: LA EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS EN EL MARCO DE UN PACTO ARBITRAL EN COLOMBIA

CRISTHIAN MIGUEL SALCEDO FRANCO*

RESUMEN

*Fecha de recepción: 8 de abril de 2014
Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2014*

El presente escrito tiene como propósito estudiar el artículo 13 del Código General del Proceso que consagra la prohibición de pactar cláusulas que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia. Ello, para luego compaginar este escenario con la importancia y trascendencia en el comercio internacional que han acaparado las cláusulas escalonadas en el marco de un pacto arbitral. Con base a lo precitado, se hace menester esbozar las dificultades que puede traer esta disposición normativa sobre el arbitraje y particularmente la eficacia de las cláusulas escalonadas, razón por la cual se cuestiona la constitucionalidad de esta norma procesal por vulnerar principios superiores como la autonomía de la voluntad privada, la buena fe y el debido proceso; principios que fundan el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias.

Palabras clave: cláusulas escalonadas; acceso a la administración de justicia; arbitraje; buena fe; debido proceso; autonomía de la voluntad privada; comercio internacional.

* Estudiante de noveno semestre de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana. Integrante del grupo de acciones públicas de la misma universidad y miembro del comité editorial de la revista Universitas Estudiantes. Dirección electrónica: crismi93@hotmail.com; Bogotá, Colombia.

TOWARDS A DESERVED PROTECTION: THE EFFECTIVENESS OF THE MULTI-TIERED DISPUTE RESOLUTION CLAUSES UNDER AN AGREEMENT ARBITRATION IN COLOMBIA

ABSTRACT

The present written has the purpose to study the article thirteen of the General Code of Procedure which describes the prohibition of negotiating clauses that establish the exhaustion of proceeding requirements to access to the administration of justice. All this to compare this scenario with the importance and significance in international trades that have grabbed the multi-tiered dispute resolution clauses under an arbitration agreement. Based on the aforementioned is necessary to outline the difficulties that could bring this article about arbitration and particularly the effectiveness of the multi-tiered dispute resolution clauses, that's why the constitutionality of this rule is questioned by higher principles as the party autonomy, good faith and due process; principles underlying to arbitration as an alternative dispute resolution mechanism.

***Key words:** multi-tiered dispute resolution clauses; access to the administration of justice; arbitration; good faith; due process; party autonomy; international trade.*

INTRODUCCIÓN

El presente estudio pretende hacer, en primer lugar, un análisis sucinto sobre los cambios más importantes que trae consigo el Código General del Proceso en Colombia, para luego detenerse particularmente en el acceso a la administración de justicia y la prohibición de pactar estipulaciones que tengan por objeto agotar requisitos de procedibilidad para acudir a cualquier operador judicial (Artículo 13 del Código General del Proceso). Posterior y paralelo a ello, se traerá a colación el concepto, efectividad y trascendencia internacional de las llamadas cláusulas escalonadas en el pacto arbitral, con el fin de contextualizar al lector y hacer ilustrativo un escenario particular en virtud del cual, mientras que la legislación procesal colombiana sanciona estas cláusulas con la ineficacia de estos actos jurídicos, a *contrario sensu*, el uso de estas estipulaciones se produce cada vez con mayor rigor en el derecho internacional privado.

Poniendo de presente esta vicisitud, que pone fuera de órbita a Colombia con respecto al desarrollo del comercio internacional, se cuestionará entonces la constitucionalidad de la disposición normativa en estudio, puesto que esta norma, debido a su algidez y rigurosidad, vulnera principios de raigambre constitucional como la autonomía de la voluntad privada, la presunción de buena fe y el debido proceso, para luego proponer una solución acorde con los postulados del desarrollo del comercio internacional y que armonice coherentemente los principios constitucionales precitados con el derecho al acceso a la administración de justicia, derecho que en últimas quiere garantizar a ultranza el legislador mediante el artículo 13 del Código General del Proceso.

1. ASPECTOS CONCEPTUALES DEL ARTÍCULO 13 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

La implementación del Código General del Proceso en nuestro ordenamiento jurídico obedece a la incorporación de una serie de tendencias del derecho procesal comparado¹ a nuestra cultura jurídica nacional, en aras de garantizar una administración de justicia más expedita y eficiente para el ciudadano común y demás actores que conforman nuestra sociedad. Es por ello que se denotan cambios transversales con respecto al Código de Procedimiento Civil, entre los cuales se identifican los dictados de la oralidad que tienen como finalidad

1 Los países latinoamericanos ofrecen variadas tendencias sobre el desarrollo del proceso; la mayoría de ellos, encabezados por Argentina, Brasil y Chile, se inclinan por una versión clásica que se encarga de establecer un código de procedimiento para cada área del derecho como el civil, laboral, penal y contencioso administrativo, entre otras. Colombia (áreas civil, comercial y familia a futuro) y Uruguay son los dos únicos Estados latinoamericanos que contemplan una legislación general procesal; el caso uruguayo se esboza mediante la Ley 15.982 de 1988, la cual expidió el también denominado “Código General del Proceso”, unificando de esta manera los procedimientos civil, laboral y contencioso administrativo. Sin perjuicio de reformas tendientes a introducir la oralidad y consolidar la celeridad procesal, posiciones ortodoxas señalan la imposibilidad hermenéutica de unificar el proceso para todas las áreas del derecho, puesto que hay principios que les son propios y que al generalizarse pierden su esencia. Por ejemplo, los principios procesales civiles son densos y parten de una base de equidad, por lo cual no conjugan adecuadamente con un proceso laboral expedito y favorable al trabajador. Desde una posición personal, considero que para el caso colombiano, la Comisión Redactora del Proyecto del Código General del Proceso ha sido minuciosa en abogar por la celeridad procesal, la practicidad y la oralidad, respetando los lineamientos dictados por el derecho comercial, civil y de familia. De hecho, para otras áreas del derecho cuyos principios sustanciales y formales son radicalmente distintas al derecho comercial, civil y de familia, existen legislaciones procesales que les son propias, como el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) o el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

verbalizar el proceso, supeditar la competencia del juez a la duración del mismo,² la erradicación de la sustitución de la demanda,³ garantizar a ultranza el acceso a la administración de justicia,⁴ entre otros.⁵

Con respecto a este último cambio suscitado, el que denomino como el acceso a ultranza a la administración de justicia, pueden presentarse discusiones sobre la materia, incluso de raigambre constitucional, pues este radicalismo positivo puede colisionar con una figura tan importante y en pleno furor como lo es el arbitraje, aspecto central de este estudio y que se abordará más adelante.

A la luz del artículo sexto del Código de Procedimiento Civil,⁶ la legislación anterior deja en claro que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento para funcionarios y particulares, empero no cercena a las partes la posibilidad de pactar estipulaciones concernientes en agotar requisitos de procedibilidad para acceder a la administración de justicia sin vulnerar las normas procesales, como por ejemplo, llevar a cabo una mediación o negociación en el marco de una cláusula escalonada en el pacto arbitral. Este vacío normativo, si así se me permite denominarle, fue superado por el Código General del Proceso de una forma que a mi sentir es radical y que también genera discusión; reza el Código precitado en su artículo 13 lo siguiente:

“Artículo 13. Observancia de normas procesales. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia

2 Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012 (Colombia). Artículo 121.

3 Código de Procedimiento Civil. Decretos 1400 y 2019 de 1970 (Colombia). Artículo 88. A la luz del Código General del Proceso se elimina la figura de la sustitución de la demanda sin perjuicio del retiro de la misma (Art. 92 CGP).

4 Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012 (Colombia). Artículo 13.

5 *Ibid.* Se incorporan la notificación electrónica consagrada en los artículos 291-292; medidas cautelares innominadas, artículo 590; la creación del litisconsorcio cuasinecesario, artículo 62, entre otros.

6 Código de Procedimiento Civil. Decretos 1400 y 2019 de 1970 (Colombia). Artículo 6: “Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas”.

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 escritas⁷⁷ (subrayado fuera del texto original).

Referente a la norma en comento, puede denotarse a simple vista que la mutación de este artículo con respecto al Código de Procedimiento Civil estriba en que además de resaltar la obligatoriedad de las normas procesales, elimina de plano cualquier pacto o estipulación que tenga por objeto el agotamiento de etapas de procedibilidad para acudir a *cualquier operador de justicia*. Este escenario contraviene tendencias modernas del comercio y los negocios internacionales, concretamente las cláusulas escalonadas que se estipulan en litigios comerciales sometidos a un tribunal de arbitramento, cláusulas cuya eficacia a la luz de este artículo se encuentra cercenada, conculcando de esta manera los intereses del comercio nacional e internacional.

En esa medida, para efectos ilustrativos de este estudio, a continuación analizaremos la figura de las cláusulas escalonadas, su trascendencia en el derecho comercial y los negocios internacionales y finalmente, su importancia para el derecho comparado.

2. LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS Y SU IMPORTANCIA PARA EL COMERCIO Y LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES

Las cláusulas escalonadas, según el profesor Francisco González De Cossío, son aquellas que “contemplan en etapas distintas más de un mecanismo para resolver una controversia. Un ejemplo típico es una cláusula que, de surgir una controversia, activa el deber de negociar durante un periodo determinado”.⁸

A su vez, la Cámara de Comercio de Medellín las define como un pacto arbitral que contempla varias etapas de medios alternativos de resolución de conflictos en donde se resalta la importancia de estipular una preclusión de estas etapas para evitar que una parte renuente dificulte el acceso al arbitraje o pueda cuestionar posteriormente su validez.⁹

7 Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012 (Colombia). Artículo 13.

8 Francisco González De Cossío. Arbitraje. Pág. 302. Ed. Porrúa. (2011).

9 Tomado de: <http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Biblioteca/>

Desde un estadio práctico y como bien lo describe el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (*ICDR por sus siglas en inglés*), las cláusulas escalonadas rescatan su importancia en el comercio nacional e internacional cuando las partes, que generalmente son personas jurídicas, han tenido una larga y estable relación comercial que supera a todas luces el ámbito de una mera disputa particular, motivo por el cual conscientes de la supremacía de su relación comercial genérica, las partes deciden incluir una mediación o negociación como paso previo al arbitraje.¹⁰

El desarrollo de esta negociación consiste, como bien lo indica el profesor Francisco González De Cossío, en “que en dicha negociación participen altos funcionarios de cada una de las partes involucradas. Agotada dicha instancia, de no existir acuerdo, se establece que las partes deberán seguir un procedimiento conciliatorio o de mediación. De nuevo, de no existir un acuerdo en un periodo determinado, se establece la posibilidad de acudir al arbitraje”.¹¹

Con base a lo descrito por el profesor Francisco González De Cossío, las partes pueden pactar por conducto de una cláusula escalonada una primera fase de negociación. Esta fase supone un escenario más consensual que contencioso y se refiere al encuentro de ofertas y contraofertas de arreglo emanadas por altos directivos con funciones gerenciales de las partes. A su turno, las partes pueden pactar una segunda fase llamada mediación, por la cual interviene un tercero llamado mediador, quien propone fórmulas de arreglo sobre la base de los intereses de las partes; esta fase, como bien lo afirman Paul Friedland y Rafael Llano, tiene *un mayor índice de éxito que la negociación, dada la intervención del mediador externo*.¹² La diferencia entre estas dos fases prearbitrales, concatenadas con los autores precitados, estriba en que “la primera involucra únicamente a las partes, en tanto que la mediación cuenta con la intervención y

memorias/IMPORTANCIA-DE-LAS-CL%C3%81USULAS-COMPROMISORIAS.pdf
(Cámara de Comercio de Medellín).

10 International Centre for Dispute Resolution. Guía para la redacción de cláusulas internacionales de solución de disputas:

“Una preocupación legítima con respecto a las cláusulas escalonadas, es que pueden prestarse para que una parte retrase innecesariamente la resolución de un arbitraje que podría ser contrario a sus intereses. Sin embargo, este problema puede ser resuelto si se establecen plazos para cada una de las etapas previstas en la cláusula”. Tomado de: https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_014213

11 Francisco González De Cossío. Arbitraje. Pág. 303. Ed. Porrúa. (2011).

12 Paul Friedland y Rafael Llano. Cláusulas de arbitraje para contratos internacionales. Pág. 190. Ed. Abeledo Perrot. (2010).

el apoyo de un tercero (el mediador) como facilitador del esfuerzo de las partes por resolver su controversia".¹³

De lo anteriormente expuesto resulta entonces que las cláusulas escalonadas son de gran utilidad para resolver controversias por medio del pacto de etapas previas al arbitraje, pues mediante estas las partes pueden beneficiarse mediante una concesión recíproca de pretensiones al llegar a un acuerdo, sin necesidad de acudir a un tribunal de arbitramento, deteriorar su relación comercial e incurrir en mayores costos de transacción,¹⁴ escenarios que en últimas obstaculizan el tráfico y el dinamismo propios del comercio.

Se concluye pues, antes de estudiar su importancia en el comercio, que las cláusulas escalonadas son una serie de pactos que estipulan las partes, cuya piedra angular consiste en obligarlas a transitar por etapas de negociación y/o mediación antes de dar inicio a un proceso arbitral. Desde un prisma económico, esta figura irradia una solución lógica y eficiente, pues en caso de obviar estas etapas previas las partes incurrirían en costos de búsqueda y contratación para estructurar su defensa jurídica, costos de coordinación que desequilibran sus prioridades comerciales y empresariales, y finalmente, debido a la naturaleza del litigio, probablemente el proceso arbitral no culminará en los mejores términos, finiquitando de esta manera relaciones comerciales que hasta entonces eran estables y duraderas.

2.1. Importancia de las cláusulas escalonadas en el comercio internacional

El auge y la eficiencia que han traído consigo las cláusulas escalonadas en el comercio internacional han conllevado a que su existencia ya no solo se encuentre legitimada en la costumbre mercantil internacional, sino que también se encuentre plasmada en reglamentos que contienen su regulación. A continuación traigo a colación de manera sucinta y concreta tres referentes que ilustran el impacto y desarrollo de estas cláusulas en el comercio internacional.

13 Paul Friedland y Rafael Llano. Cláusulas de arbitraje para contratos internacionales. Pág. 187. Ed. Abeledo Perrot. (2010).

14 Dentro de los costos de transacción, además de los de búsqueda, contratación y coordinación, se identifican el tiempo incurrido para llevar el proceso arbitral, el cual, advirtiendo que es mucho menor con respecto a un proceso llevado a cabo ante la jurisdicción ordinaria, significa un desgaste importante para las partes. Además del tiempo se incurre en los honorarios y las costas del arbitramento. Todos estos costos se evitarían llegando a un acuerdo por medio de la mediación y/o negociación como etapa previa al arbitraje.

El primer referente que abordaremos se manifiesta en la Cámara de Comercio Internacional. Esta conocida institución internacional ofrece dos mecanismos para dar solución a controversias internacionales: el primero de ellos se refiere al arbitraje de conformidad con el Convenio de Nueva York, y el segundo, a la solución amigable de disputas denominada en inglés *amicable dispute resolution*,¹⁵ ADR. Este segundo mecanismo consiste en que las partes, antes de acudir a la institución del arbitraje, tienen la obligación de proceder a reunirse con un tercero neutral de la Cámara de Comercio Internacional, quien propondrá fórmulas de arreglo en aras de llegar a un acuerdo.

Ambos mecanismos que ofrece la Cámara de Comercio Internacional son complementarios y utilizados conjuntamente en el mundo del comercio internacional, pues los esfuerzos de las partes por resolver su controversia se encuentran enmarcados bajo el principio de la buena fe y el espíritu de cooperación, razón por la cual prefieren acudir al arbitraje como *ultima ratio* y no obvian las etapas de solución amigable de disputas, puesto que estas son expeditas para poner fin al conflicto y de esta manera útiles para continuar con proyectos empresariales y comerciales.

El segundo referente aduce a una figura conocida en el comercio internacional como el *Expertise*.¹⁶ El profesor Francisco González De Cossío la define como procedimientos utilizados “en contratos en los que se vislumbra la posibilidad de que existan controversias sobre aspectos técnicos y no jurídicos: especialmente cuando la velocidad de la decisión es importante”.¹⁷ Con base en lo anterior, se hace perentoria la presencia de un experto cuyo conocimiento sea metajurídico para que determine técnicamente, por ejemplo, una situación defectuosa o de mal funcionamiento de un producto. La decisión que emita el

15 Reglamentos de arbitraje y de ADR:

“Según el Reglamento ADR de la CCI, busca facilitar una solución negociada con la ayuda de un tercero independiente. El procedimiento por defecto bajo el Reglamento ADR es la mediación, pero sus disposiciones también incluyen la conciliación, la evaluación por el tercero, así como una variedad de combinaciones de estas y otras técnicas”. Tomado de: http://www.cgsh.com/files/News/7557b65e-c477-427b-868a-c77bc023db57/Presentation/NewsAttachment/fe47dc95-326d-48a5-8f3d-cb2185cd0a51/Regolamento%20ICC_2012%20-%20Spagnolo.pdf

16 Son conocidos como expertos y son aquellas personas dotadas de un conocimiento técnico en concreto y ajeno del jurídico; su utilidad radica en que hay ocasiones en que es complicado determinar la fuente de un incumplimiento, porque el funcionamiento del objeto material del contrato resulta complejo y difícil de entender, razón por la cual se acude a estas personas, quienes gracias a su conocimiento técnico sobre la materia podrán determinar la razón del daño, percance, defecto o disfuncionalidad del objeto material.

17 Francisco González De Cossío. Arbitraje. Pág. 305. Ed. Porrúa. (2011).

experto es en principio obligatoria y la doctrina la ha denominado como una solución *prearbitral*.¹⁸

En el plano internacional, cuyo fundamento rector es la buena fe, la parte cuyo concepto del experto no le es favorable, puede proceder a corregir los defectos correspondientes o de lo contrario puede acudir al tribunal arbitral para que este dirima la controversia en caso de que a su sentir el concepto técnico sea erróneo¹⁹ y vaya en contra de sus intereses. Estas cláusulas resultan muy útiles si la naturaleza y contenido del contrato resultan ser complejos, junto con su objeto material.²⁰

El tercer y último referente hace alusión al reglamento de la Cámara de Comercio Internacional para procedimientos prearbitrales de réferi, denominado en inglés *ICC Rules for Pre-Arbitral Referee Procedure*. Este mecanismo opera en el evento de un incumplimiento contractual y consagra un procedimiento en el que en un periodo de tiempo muy corto,²¹ un tercero denominado réferi está facultado para tomar decisiones con el objeto de ordenar medidas cautelares, medidas que busquen preservar u obtener pruebas, medidas que eviten un daño o pérdida irreparable, entre otras.²² Todas estas deben tener un carácter de urgencia y son de obligatorio cumplimiento para las partes.²³ Cabe anotar que

18 Ibid.

19 Ibid. Es menester acotar que si bien el concepto técnico del experto es obligatorio para las partes, este no es vinculante para los árbitros que vayan a dirimir la controversia, de hecho es jurídicamente válido que ellos tomen una decisión contraria. Sin embargo, lo que se vislumbra en la práctica es que dichos conceptos técnicos tienen un impacto a la hora de tomar la decisión arbitral que pone fin a la controversia.

20 En el caso del Expertise, por ejemplo, existen alimentos perecederos que para su durabilidad y salubridad requieren de empaques y cuidados especiales a la hora de su transporte marítimo o aéreo. Frente a un deterioro de la mercancía cuyo origen sea difícil de determinar por las partes, un tercero experto en la materia puede determinar de manera más expedita y certera que un árbitro si este deterioro se debe a un vicio de la mercancía, a un empaque defectuoso, a una refrigeración inadecuada, etc.

21 Ibid. La parte cumplida o allanada a cumplir puede presentar la solicitud de réferi ante la Cámara de Comercio Internacional, la contraparte, en ejercicio de su derecho de defensa, tiene un lapso de ocho días para contestar y anotar observaciones sobre dicha solicitud. Una vez designado el réferi, este debe tomar las decisiones a las cuales fue facultado por las partes en un lapso de treinta días.

22 Cámara de Comercio Internacional. Reglamento Réferi. Artículo 2. Las partes previamente acuerdan las facultades que puede ejercer el réferi, además de las precitadas, puede tomar medidas tendientes a salvaguardar derechos de las partes u ordenar a una parte a pagar a otra un pago debido.

23 Francisco González De Cossío. Arbitraje. Pág. 307. Ed. Porrúa. (2011). Además de ser de obligatorio cumplimiento, frente a las decisiones que tome el réferi no proceden recursos. Salvo pacto en contrario, el réferi no puede fungir como árbitro.

dichas medidas por su misma naturaleza cautelar no fungen como la decisión definitiva del litigio, ya que esta será tomada por el tribunal de arbitramento en donde el réferi no puede hacer como árbitro.

Teniendo en cuenta el acápite anterior y una vez estudiados de manera sucinta estos tres referentes utilizados en el comercio internacional, es evidente que existe una amplia gama de mecanismos que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, pueden escoger e incorporar en sus pactos arbitrales como etapas previas, mecanismos que incluso han sido reconocidos y utilizados por instituciones tan importantes para el comercio internacional como la Cámara de Comercio Internacional.

A la luz del derecho nacional, estos referentes no lesionan contenidos constitucionales, “*legales*”²⁴ o derechos ajenos, por el contrario, buscan agilizar la circulación del tráfico comercial, razón por la cual es loable afirmar que en principio estos referentes incorporados en cláusulas escalonadas son válidos en Colombia. Sin embargo, debido al artículo 13 del Código General del Proceso, ello no es así y se entienden por no escritas, pues estas cláusulas se conciben como estipulaciones que hacen las partes para agotar requisitos de procedibilidad antes de acceder a *cualquier operador de justicia*, como lo es un árbitro.²⁵

Con beneficio de inventario de lo anterior, no podemos marginar el gran impacto positivo que han traído consigo las cláusulas escalonadas en el comercio internacional para la solución de conflictos. Un estudio estadístico²⁶ realizado en el año 2005 por Fulbright & Jaworski LLP arrojó que el 60 % de las empresas participantes del Reino Unido y el 51 % de las empresas participantes de los Estados Unidos de América resolvieron sus controversias mediante un acuerdo surtido en varias etapas que comprendían: (i) negociaciones directas entre altos ejecutivos; (ii) mediación, y (iii) arbitraje; ahorrando en las dos primeras etapas costos de búsqueda, contratación, coordinación y transacción ya estudiados en páginas precedentes. En consecuencia, considero que la disposición normativa en discusión es un error apresurado del legislador colombiano, quien tratando de asegurar un acceso a la administración de justicia al ciudadano común, contraviene y desconoce los avances que en materia de resolución de conflictos ha venido sentando el comercio internacional en todas sus latitudes.

24 Pongo en entredicho el término “*legales*”, porque a la luz del artículo 13 del Código General del Proceso, las cláusulas escalonadas contravienen las normas procesales, obstaculizan el acceso a la administración de justicia y se entienden por no escritas, crítica principal de este estudio.

25 Remítase al inciso segundo y tercero del artículo 13 del Código General del Proceso.

26 Fulbright & Jaworski LLP, Second Annual Litigation Trends Survey. (2005). P. 34.

3. CRÍTICAS AL ARTÍCULO 13 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

A continuación, ya rescatada la importancia de las cláusulas escalonadas, desarrollaremos los argumentos por los cuales la disposición en comento de nuestra legislación procesal no solo transgrede los intereses del comercio internacional, sino que también vulnera principios rectores constitucionales como la autonomía de la voluntad privada, la buena fe y el derecho de defensa, motivo por el cual de antemano ponemos en tela de juicio la constitucionalidad de la disposición en estudio.

3.1 Las cláusulas escalonadas no traspasan las fronteras de la Autonomía de la Voluntad Privada, entendida esta como fuente del arbitraje

El principio de autonomía de la voluntad privada se encuentra ligado al concepto de libertad en general, y desde una definición personal, si se me permite, la autonomía de la voluntad se refiere a la potestad que el Estado confiere a los particulares para que estos autorregulen libremente sus relaciones jurídicas con los demás asociados, de acuerdo con sus intereses.

La Constitución Política de 1991 consagra este principio en varios preceptos como el mismo derecho a la libertad (Art. 13), a la personalidad jurídica, a la libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad (Art.38), entre otros.²⁷ De hecho, la Corte Constitucional, como guardiana de la Carta Política, ha desarrollado este concepto, resaltando su importancia y raigambre constitucional; ha dicho la Corte en la Sentencia T-388 de 1993:

“La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: **consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de negocios jurídicos.** (...) el ordenamiento jurídico reconoce que la iniciativa y el esfuerzo privados, mientras obren con el debido respeto al derecho ajeno y al interés general, representan decisiva contribución al progreso y al bienestar de la sociedad. Por ello pone especial cuidado **en garantizar la mayor libertad posible en las**

27 Constitución Política de Colombia. Artículos 58 y 133.

transacciones entre particulares y, en general, en todos sus actos jurídicos de contenido económico...²⁸ (Negrillas fuera del texto original).

Ahora bien, en el estadio del arbitraje, cuyo sustento constitucional se encuentra en el artículo 116 superior, no hay duda de que el principio de habilitación²⁹ que rige esta figura tiene como fuente el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, a fin de que las partes libre y voluntariamente puedan someter sus controversias a un tribunal arbitral cuyas decisiones tienen la misma fuerza de una sentencia proferida por juez competente de la jurisdicción ordinaria estatal. De la misma manera, la jurisprudencia constitucional ha señalado en materia de autonomía de la voluntad, que el arbitramento es un instrumento jurídico que:

“Tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar.

Así, el fundamento de esta figura procesal es, entonces, la **determinación voluntaria de acudir a una forma alternativa de resolver conflictos**, con la garantía de que, como acontece en los demás procesos, los derechos consagrados en la Constitución y la ley tienen plena vigencia. **Es deber de las partes, con el propósito de dotar de eficacia a sus determinaciones, establecer con precisión los efectos que se siguen de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas subsiguientes a su decisión**; solo así se puede hablar de un verdadero acuerdo³⁰ (Negrillas fuera del texto original).

En esa medida, es apropiado señalar categóricamente que la autonomía de la voluntad privada es un requisito *sine qua non* para poder habilitar a los árbitros para que ejerzan funciones jurisdiccionales transitoriamente, con el objeto de resolver la controversia suscitada. Empero, es menester acotar que la autonomía de la voluntad privada no es absoluta, existen ciertas limitaciones a las actuaciones de los particulares que deben ser revisadas y reguladas por el legislador. Uno

28 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388 de 1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

29 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-330 de 2012 (M.P. Humberto Sierra Porto). La habilitación cuyo fundamento constitucional es el artículo 116 de la Constitución, consiste en que las partes voluntaria y conjuntamente facultan a un árbitro para que pueda impartir justicia con relación al conflicto en concreto. *“En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares”*.

30 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-163 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

de los límites³¹ que el ordenamiento impone a la autonomía privada es el orden público, figura que no se resume en una concepción meramente legal, sino que como bien lo dice el profesor Sergio Muñoz Laverde, es una concepción de orden público ampliada.³²

Entonces, aterrizando en nuestro estudio, concretamente en el 13 procesal, si una de las limitantes de la autonomía privada es el orden público, es el legislador quien tiene la tarea de protegerlo y defenderlo cabalmente, pero no debe actuar deliberadamente frente a un derecho fundamental como la autonomía de la voluntad para consolidar el orden público a ultranza, pues suprime de esta manera el núcleo esencial³³ de la voluntad privada, como es la garantía de libertad a los particulares de regular sus propias relaciones, y entre ellas el acordar cláusulas escalonadas en el pacto arbitral. Las etapas previas al arbitraje no constituyen ninguna clase de causal o razón que permita erradicarlas de nuestro ordenamiento jurídico, por el contrario, como ya se estudió, son de vital importancia para el comercio internacional, pero el legislador caprichoso en garantizar el orden público en el estatuto procesal las elimina en su totalidad.

El legislador debe actuar entonces de forma razonable y proporcional, limitando el comportamiento de los particulares cuando exista una causa manifiesta y suficiente, es decir, cuando el ejercicio de esta ponga en peligro derechos fundamentales o vulnere normas de orden público,

31 Adriana Largo Taborda. Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea. Pág. 28. Ed. Universidad de Antioquia. (2012). Sujeto a varias discusiones doctrinales, la autora precitada rescata que además del orden público, otro de los limitantes de la autonomía de la voluntad privada se refiere a la moral, la dignidad humana, la igualdad, las buenas costumbres, la Constitución y la Ley.

32 Sergio Muñoz Laverde. El postulado de la autonomía privada y sus límites frente al constitucionalismo colombiano contemporáneo. Ponencia en el Congreso Internacional “Neoconstitucionalismo y derecho privado”. (2006). “...lo cierto es que el concepto de orden público es amplio y envuelve no solo a las normas positivas, sino también a los principios, los valores y las creencias predominantemente aceptados en una sociedad determinada como indispensables para la convivencia armónica de sus integrantes”. (1ª ed., Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá. 2008), pág. 236.

33 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-486 de 2003. (M.P. Jaime Córdoba Triviño). Frente al núcleo esencial de la autonomía de la voluntad ha esgrimido la H. Corte Constitucional: “...dicha autonomía se convierte en un **derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona humana**, ya que se erige en el instrumento principal e idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, mediante el poder que le otorga el ordenamiento positivo para regular sus propios intereses en el tráfico jurídico. **De ahí, que en la actualidad, se estime que es indispensable conferir un cierto grado razonable de autorregulación a los asociados, a través del reconocimiento de un núcleo esencial de libertad contractual, destinado a suplir la imposibilidad física, técnica y jurídica del Estado para prever ex ante todas las necesidades de las personas**”. (Negritillas fuera del texto original).

principios y valores generales, escenario que no se vislumbra en las cláusulas escalonadas.

La deliberalidad descrita cala exactamente con el artículo 13 del Código General del Proceso, pues el legislador se excede al restar de total eficacia a las cláusulas escalonadas que estipulen las partes en un pacto arbitral. La Corte Constitucional ha establecido con suma claridad el margen general de configuración legislativa que debe observar el legislador en materia procesal³⁴ y entiende que todo lo que sobrepase ese límite contraría abiertamente la Constitución y el propósito que la misma le otorga al legislador al intervenir en determinadas materias.

Con base a lo anterior, la H. Corte Constitucional ha señalado con respecto al margen de configuración del legislador, que “en el caso de las regulaciones en materia procesal, supone garantizar derechos tales como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia, razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y (iv) permite la puesta en vigencia del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas³⁵”. Teniendo en cuenta ello, el legislador, en ejercicio de su potestad regulatoria puede limitar temas de procedimiento cuando se ponen en tela de juicio los derechos a la administración de justicia,³⁶ debido proceso y defensa,

34 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-378 de 2008. (M.P. Humberto Sierra Porto). La Corte Constitucional, refiriéndose al margen de configuración que tiene el legislador, señaló que: “...la facultad de configuración de la Legislación se ejerce de conformidad con los preceptos establecidos en la Norma Fundamental cuando: (i) observa principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad, entre otros; (ii) vela por la vigencia de los derechos fundamentales de las ciudadanas y de los ciudadanos, (artículos 13, 29 y 229 C. N.); (iii) obra conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y (iv) permite la puesta en vigencia del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C. N.)”. (Negrillas fuera del texto original).”

35 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-378 de 2008. (M.P. Humberto Sierra Porto). Como un segundo argumento pero no menos trascendente, la Corte Constitucional ha señalado en la Sentencia precitada que el legislador debe velar por la consolidación del principio de primacía del derecho sustancial sobre las formas, encomienda que en este caso el legislador omite, pues ya es muy clara la eficacia e importancia de las cláusulas escalonadas en el comercio, pero debido a una formalidad como la del artículo 13 del estatuto procesal, estas cláusulas serían ineficaces, escenario que ilustra una clara prevalencia de las formas sobre el derecho sustancial.

36 Si bien una posición contraria a la adoptada en este estudio podría ser que el legislador redacta el artículo 13 del Código General del Proceso en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia, lo cierto es que el legislador excede su margen de configuración normativa al rechazar de plano cualquier cláusula escalonada sin ni siquiera otorgar al juez la posibilidad de revisarla y concluir si esta tiene como finalidad o no impedir el acceso a la administración de justicia, lo que significa que el legislador presume la mala fe en toda cláusula escalonada, al intuir que tienen por objeto impedir el libre acceso a la justicia, contraviniendo el principio constitucional

y cuando se pretenda garantizar otros derechos fundamentales, pero cuando este supuesto de hecho no se cumpla, como ocurre en el caso en mención, su intervención vulnera la Constitución.

Por lo dicho anteriormente, en mi sentir, el legislador se excede y se extralimita en su actuación al restar eficacia a las cláusulas precitadas, en cuanto a que esta limitación no se acerca siquiera a proteger el orden público o los derechos fundamentales,³⁷ sino que es una intervención caprichosa que rebosa el límite de su actuación claramente determinada por la Constitución, la ley y la misma jurisprudencia constitucional. En aras de reforzar esta posición, cabe invocar a la propia Corte Constitucional, que ha señalado:

“...el legislador dispone de un margen de configuración del proceso arbitral, el cual parte **del respeto a la voluntad de las partes que optaron por habilitar a unos particulares para dirimir sus diferencias**. En virtud del principio de voluntariedad, el legislador puede contemplar varias alternativas de regulación del proceso arbitral, las cuales van **desde dejar en libertad a las partes para definir cuáles serán las reglas procesales aplicables, hasta exigir ciertos requisitos y etapas**, pasando por establecer normas supletorias de la voluntad de las partes”.³⁸ (Negrillas fuera del texto original).

Tal y como puede observarse, el margen de configuración del legislador en materia arbitral parte del respeto a la autonomía de la voluntad, respeto que se conculca en el artículo 13 del estatuto procesal, pues la voluntad privada se erradica *per se* y de forma automática al momento de que las partes quieran acordar

de presunción de buena fe. Por otro lado, la autonomía de la voluntad privada no puede ser erradicada automáticamente por el simple hecho de intentar pactar etapas previas al arbitraje (ello no tiene ningún sentido), aun cuando estas tienen gran auge y aplicación en el comercio internacional, el artículo 13 del estatuto procesal impide su realización y posterior aplicación sin que medie juez alguno que determine su legalidad y conformidad con los principios generales del derecho, motivo por el cual, así en principio se piense que el legislador intenta consolidar la administración de justicia, este objetivo resulta ser maquiavélico, en tanto y cuanto que para lograr dicha finalidad se sobrepone a demás derechos fundamentales constitucionales como la autonomía de la voluntad, la buena fe y la defensa. Mi proposición, y se estudiará en las conclusiones, consiste en ponderar y armonizar todos estos derechos fundamentales, otorgando al juez la competencia de estudiar cada cláusula escalonada y determinar su verdadera finalidad, pero para ello se hace perentoria una reforma o, en su defecto, la exequibilidad condicionada por parte de la Corte Constitucional.

37 Con respecto a los derechos fundamentales como óbice para que el legislador pueda modificar asuntos de procedimiento, remítase a la cita anterior.

38 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-174 de 2007. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

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. Así lo ha rectificado tajante y categóricamente el tribunal constitucional de la siguiente manera:

“La Corte Constitucional ha otorgado especial importancia al principio de voluntariedad que rige al sistema arbitral al examinar la constitucionalidad de disposiciones legales que regulan la materia. **En consecuencia, ha declarado en varias oportunidades la inexequibilidad de normas que restringen o impiden la expresión autónoma y libre de la voluntad para acudir al arbitramento y en otras ocasiones ha declarado ajustadas a la Constitución las disposiciones legales acordes con el principio de habilitación voluntaria de los tribunales arbitrales**”.³⁹ (Negrillas fuera del texto original).

Con base en los argumentos jurídicos esbozados, se concluye en esta primera parte de nuestro estudio que la erradicación automática de cualquier cláusula escalonada, por no tener por objeto salvaguardar la administración de justicia,⁴⁰ el debido proceso, la defensa u otros derechos fundamentales, excede el margen de configuración normativa otorgado por la Constitución al legislador y cercena cualquier manifestación mínima del principio de autonomía de voluntad privada,⁴¹ acarreado de esta manera la inconstitucionalidad de esta figura.

3.2 La presunción de buena fe como canon rector de la actividad contractual

En primer término, con el ánimo de dilucidar la inconstitucionalidad del artículo 13 del Código General del Proceso en estudio, es de vital pertinencia invocar el principio de buena fe consagrado en la Constitución Política en su artículo 83⁴²

39 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-330 de 2012 (M.P. Humberto Sierra Porto).

40 En materia de acceso a la administración de justicia remítase a la cita número 35.

41 Como se ha anotado anteriormente, el legislador puede limitar la autonomía de la voluntad privada con el fin de salvaguardar el orden público, la ley imperativa y las buenas costumbres. Empero, en nuestro caso de estudio, las cláusulas escalonadas eliminadas por el legislador no vulneran estos tres limitantes de ninguna manera, por el contrario buscan agilizar el tráfico comercial, traduciéndose en un exceso de su margen de configuración normativa y, a su vez, vulnerando la autonomía de la voluntad privada como un principio constitucional propiamente dicho.

42 Constitución Política de Colombia. Artículo 83. “Las actuaciones de los particulares y de las

y catalogado unánimemente como un principio general del derecho.

La buena fe, en palabras sencillas pero dicentes de Emilio Betti, consiste en “una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte”.⁴³ A su vez, la Corte Constitucional ha sido clara y enfática en rescatar su presunción en todas las órbitas del derecho, empero, excepcionalmente advierte que pueden existir eventos en que el legislador taxativamente decida no presumirla. Ha dicho la Corte sobre el particular:

“Por lo mismo que la Corte ha admitido que no se trata de un principio absoluto, también ha admitido la posibilidad de que, **excepcionalmente**, la ley establezca la presunción de mala fe y le atribuya los efectos que considere en cada caso. En el presente caso, no se trata de una **presunción general de mala fe** para el comprador, sino de una medida de carácter excepcional, que invierte la carga de la prueba.

(..) ello no contraría la **regla general de que la buena fe debe presumirse y la mala probarse**, toda vez que conforme con la jurisprudencia constitucional **el legislador puede de manera excepcional, en ciertas circunstancias y ante la verificación de ciertos elementos, establecer que la mala fe se presume**, máxime si se trata de una presunción legal que admite prueba en contrario”.⁴⁴ (Negrillas fuera del texto).

En el caso que nos ocupa, el legislador tiene un deber general de regular situaciones de hecho jurídicamente relevantes, que deben respetar criterios generales del derecho como la presunción de inocencia y de buena fe y la equidad, entre otros. Como lo reza la sentencia anterior, excepcionalmente el legislador puede presumir la mala fe para situaciones puntuales y particulares por razones de eficiencia o probatorias. A pesar de lo anterior, el artículo 13 del estatuto procesal convierte una situación que debe ser excepcional, en una regla general y absoluta.

Como ya se estudió anteriormente, las cláusulas escalonadas en Colombia, a la luz del artículo en mención, se entienden por no escritas y ello opera de pleno derecho, pues el legislador entiende que todas ellas obstruyen el acceso a la administración de justicia. Ello ilustra claramente una presunción de mala

autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.

43 Emilio Betti. Teoría general de las obligaciones. Pág. 101. Revista de derecho privado. (1969).

44 Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

fe,⁴⁵ 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, según el legislador, lo cual demuestra un exceso en su potestad regulatoria 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.

A su vez, la disposición normativa 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.⁴⁶ 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.

En segundo término, alejados del semblante constitucional y desde una órbita puramente privada, la disposición normativa en comento atenta contra el postulado de la buena fe contractual, ya que fomenta lo que la doctrina ha denominado la prohibición de ir contra los actos propios.

La regla *venire contra factum proprium non valet*, según Adriana Largo Taborda, citando a De La Puente y Fueyo, constituye:

“...un principio general del derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión de un interés ajeno y el daño consiguiente”.⁴⁷

En otras palabras, esta figura consiste en consolidar por conducto de la buena fe la coherencia entre las conductas celebradas en el pasado y su ejecución, y

45 Es pertinente advertir que si bien pueden eventualmente pactarse estipulaciones privadas que generen efectos procesales que tengan como objeto obstruir el acceso a la administración de justicia, no es coherente presumir que toda clase de estipulación privada procesal contenga tal fin; en mi sentir, el juez debe examinar el fondo del acuerdo para determinar si efectivamente hubo una predisposición dirigida a obstruir el acceso a la justicia, pero debido a esta norma, el legislador establece que toda estipulación privada procesal *per se* es ineficaz, generando pues un perjuicio y una inseguridad jurídica abismal frente a la eficacia de las cláusulas escalonadas en un pacto arbitral.

46 Dada la generalidad de esta disposición normativa y sabiendo que la presunción de mala fe debe estar delimitada y ser excepcional, es claro que de nuevo el legislador excede el margen de configuración legislativa que para el particular ha desarrollado la Corte Constitucional.

47 Adriana Largo Taborda. *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea*. Pág. 66. Universidad de Antioquia. (2012).

como bien lo afirman los autores precitados, esta conducta, prohibida “significa tratar de alguna manera de destruir el efecto producido por un acto jurídico que uno ha celebrado y, en particular, intentar o formular alguna acción dirigida a destruir su eficacia”.⁴⁸

En nuestro objeto de estudio es normal en el comercio internacional que las partes en la negociación de una cláusula compromisoria decidan pactar cláusulas escalonadas, consistentes en intentar primeramente una negociación entre ellas antes de acudir al tribunal arbitral. Una vez se presente la controversia en Colombia, una parte renuente puede invocar el artículo 13 del estatuto procesal con el fin de esquivar esta etapa y acudir directamente al arbitraje, o peor aún, cuestionar la validez del acuerdo fruto de la etapa de la negociación o mediación, porque estas no podían llevarse a cabo debido a su ineficacia según el artículo 13 procesal. Es claro, entonces, el riesgo y la inseguridad jurídica en la que incurren las partes al pactar estas cláusulas en Colombia como sede arbitral.

Resulta relevante señalar entonces que con la disposición normativa en pleno furor se facilita a una parte renuente desplegar acciones dirigidas a destruir la eficacia de acuerdos celebrados anteriormente, referentes en agotar etapas previas al arbitraje, yendo de esta manera en contra de sus actos propios⁴⁹ y lesionando, como consecuencia natural, el postulado de la buena fe, que como patrón de conducta y en razón de la fuerza obligatoria del contrato, las partes deben observar y ejecutar lo que bien han pactado en virtud de la autonomía privada, pues la confianza y la fe depositadas entre ellas generan expectativas certeras, las cuales no pueden ser desconocidas por los contratantes ni por el mismo legislador. Es en todas las etapas del negocio jurídico donde las partes deben seguir aquel patrón de conducta y obrar de tal forma que la otra parte pueda obtener el beneficio que esperaba contratando, sin contingencias y satisfaciendo su expectativa.

3.2.1 El artículo 13 del Estatuto Procesal cercena el

48 *Ibid.*

49 Mariana Bernal Fandiño. *La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato*. Universitat. Enero 2010. Pág. 267.

“La prohibición de ir en contra de los propios actos ha sido utilizada desde el derecho romano para proteger la coherencia en el comportamiento de las partes en el manejo de sus negocios. Si bien es una noción que debe delimitarse muy claramente para evitar su abuso, es una figura útil para la interpretación de los contratos, puesto que siendo una doctrina que se deriva del principio de la buena fe, aplicada con mesura constituye una herramienta importante para desentrañar la voluntad traducida en el acuerdo y no solamente la voluntad de cada contratante de forma independiente”.

derecho de defensa

Otra figura de raigambre constitucional que puede verse efectivamente lesionada por el artículo 13 del estatuto procesal consiste en el derecho de defensa como núcleo esencial del debido proceso. Directamente relacionado con el postulado de buena fe, en mi sentir el derecho de defensa se ve conculcado cuando una parte de la relación jurídica contractual invoca la ineficacia de una cláusula escalonada que ya se ha celebrado y ejecutado, pues debido a que la ineficacia opera de pleno derecho para el caso particular, la contraparte no puede hacer valer ante el juez las pruebas y los argumentos fácticos y jurídicos tendientes a demostrar la mala fe con la que está actuando su extremo contractual.

En el caso del artículo 13 del Código General del Proceso, existe eventualmente una vulneración al derecho del debido proceso, pues a mi juicio, esta disposición normativa se presta para que el principio de la autonomía de la voluntad y el derecho de defensa puedan verse supeditados a una de las partes cuando alegue esta norma ante un juez, lo cual es claramente desproporcionado, porque se entiende que en los contratos debe existir una igualdad jurídica entre los contratantes, quienes entablan entre ellos relaciones de coordinación. Así mismo, la Corte Constitucional ha señalado con respecto a las cláusulas que restringen el acceso a la administración de justicia lo siguiente:

“...los acuerdos entre particulares que restrinjan definitivamente el derecho de acceso a la justicia están proscritos constitucionalmente, ya sea que estos prohíban de **manera absoluta** acudir a la justicia ordinaria o por medio de la imposición de sanciones o cargas **desproporcionadas e irrazonables que imposibilitan el acceso a la jurisdicción**”.⁵⁰ (Negrilla fuera del texto original).

Conforme a lo anterior, en el caso de las cláusulas escalonadas no habría lugar a que estas sean proscritas o inexistentes, pues de ninguna manera ellas buscan vulnerar el acceso a la justicia, sino que a *contrario sensu* buscan solucionar el conflicto mediante una transacción, beneficiando a las partes recíprocamente, motivo por el cual, para que un pacto de etapas previas sea proscrito, debe vulnerar los derechos fundamentales que la honorable Corte anuncia y que ya se han estudiado en páginas precedentes, mas no debe ser proscrito *per se*, pues como lo señala la Corte en la sentencia precitada, aquellas cláusulas que imponen sanciones o cargas desproporcionadas e irrazonables deben proscribirse, empero, las cláusulas escalonadas no

50 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-544 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández).

imponen tales cargas y por lo tanto deben desplegar toda eficacia, siempre y cuando no obstruyan el acceso a la administración de justicia o afecten derechos fundamentales.

Otro factor de vital relevancia consiste en que si bien pueden pactarse estipulaciones privadas que generen efectos procesales que tengan como objeto obstruir el acceso a la administración de justicia, no es coherente presumir que toda clase de estipulación contenga tal fin. El juez, en mi sentir, debe tener cierto campo de acción para revisar el verdadero sentido de estos pactos. Es por ello que el derecho a la defensa se ve lesionado, pues como quiera que el juez no puede revisar la viabilidad de estas cláusulas, la parte que ha actuado bajo el amparo de la buena fe carece de toda posibilidad de probar y reprochar las conductas renuentes de su contraparte tendientes a lograr la ineficacia para perjuicio suyo de un acto jurídico celebrado anteriormente y de demostrar que estas cláusulas se celebraron válidamente y con la manifestación de voluntad cabal de las partes, motivo por el cual no sería desmesurado afirmar que existe una especie de supeditación del derecho a la defensa a la parte que primero invoque el artículo 13 del estatuto procesal, pues la que primero lo haga evitará que su extremo contractual pueda defenderse para evitar la ineficacia de estas cláusulas que en el pasado fueron celebradas en el marco de una negociación en igualdad de condiciones, vulnerando lo que la doctrina ha denominado como el *fair play* procesal⁵¹ y evadiendo así un principio que, aunado con la buena fe, se refiere al solidarismo contractual, figura que ha tenido gran acogida en el derecho moderno y que es definida por Fernando Pico y Sergio Rojas como:

“Una doctrina que propende por la incorporación de los postulados de solidaridad social y, por contera, de los deberes de colaboración, cooperación, lealtad, coherencia y sinceridad en el concreto ámbito de los vínculos jurídicos de naturaleza singular y concreta”.⁵²

CONCLUSIONES

A manera de conclusión y abordando nuestro estudio en su primera parte, las cláusulas escalonadas hacen parte de una estructura contractual edificada por las partes que contemplan diferentes mecanismos para resolver las controversias que puedan nacer de su relación contractual. Su importancia, desarrollo y

51 Joan Picó. La buena fe procesal. Pág. 89. Ibáñez (2011).

52 Fernando Pico y Sergio Rojas. Solidarismo contractual, el deber de cooperación y su repercusión en la responsabilidad civil. Pág. 80. Ibáñez (2013).

aplicación en el ámbito internacional hacen de ellas un mecanismo razonable y económicamente eficiente en un mundo donde el comercio internacional cada vez tiene mayor acogida en los países latinoamericanos, gracias al aumento sin precedentes de las exportaciones chinas y a la celebración de Tratados de Libre Comercio con gigantes asiáticos, los Estados Unidos y la Unión Europea.

Por otro lado, el arbitraje como mecanismo heterocompositivo de resolución de diferencias de carácter privado, bajo el cual las partes se comprometen a someter a la decisión de particulares una determinada disputa de naturaleza transigible que debe dictarse con respeto al debido proceso,⁵³ ha venido desarrollándose internacionalmente en un escenario de *última ratio*, debido a la incorporación de las cláusulas escalonadas que en la práctica vislumbran gran éxito en la solución de conflictos internacionales de forma expedita.

Concatenados con los dos párrafos precedentes, el legislador colombiano ha restringido tajantemente el uso y ejercicio de las cláusulas escalonadas en nuestro ordenamiento jurídico por conducto del artículo 13 el Código General del Proceso. Aun cuando la fuente directa de inspiración para legislar debe ser el derecho extranjero, para el caso en particular hemos retrocedido con respecto a la costumbre mercantil que ha venido construyendo el Derecho Comercial Internacional en materia de resolución de controversias referentes a mecanismos de solución distintos del arbitraje.

Ahora bien, además de contradecir los avances internacionales precitados, desde un prisma interno, el artículo 13 del estatuto procesal vulnera la Constitución, en tanto y cuanto desconoce postulados superiores como la autonomía de la voluntad privada, la buena fe y el derecho de defensa, lo anterior enmarcado en un exceso del margen de configuración legislativa que la misma Carta le ha otorgado al legislador. Si bien es cierto que podría pensarse que la finalidad de esta norma tiene como objetivo consolidar el acceso a la administración de justicia,⁵⁴ lo cierto es que este objetivo no puede sobreponerse sobre los demás derechos fundamentales precitados, y es por ello que hacemos un llamado para reformar este artículo, de manera tal que se armonice en un punto de encuentro el acceso a la administración de justicia, la autonomía de la voluntad privada, la buena fe y el derecho a la defensa.

Para poder llegar al punto de encuentro que he propuesto se hace menester

53 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-466 de 2011. (M.P. Jorge Iván Palacio).

54 Remítase a cita número 37.

una ponderación de estos derechos que tenga como resultado un equilibrio práctico entre todos ellos, motivo por el cual la forma más idónea de armonizar estas prerrogativas fundamentales consiste en otorgar al juez un campo de acción que le permita verificar las cláusulas escalonadas que pacten las partes, a fin de determinar si ellas tienen por finalidad o no obstruir el libre acceso a la administración de justicia, y en caso de que así lo fueren, declararlas nulas absolutamente por vulnerar un derecho de raigambre constitucional. Es el juez quien caso por caso, evaluando el escenario del conflicto, acudiendo a las reglas de la experiencia y bajo su sana crítica, debe estudiar estas cláusulas fruto de la autonomía de la voluntad privada de las partes, y no el legislador, quien presumiendo la mala fe, las suprime de nuestro ordenamiento a todas luces.

Sin perjuicio de lo anterior, en dado caso que no pueda prosperar dicha reforma que con urgencia se reclama, sugiero demandar la disposición normativa en estudio por medio de la acción pública de inconstitucionalidad, pues como ya se ha estudiado, esta norma vulnera disposiciones constitucionales. Lo anterior, sugiriendo que la Corte no debe tomar una posición radical y declarar la norma inexecutable, retirándola del ordenamiento jurídico, sino que más bien abogaría por una exequibilidad condicionada, en donde se propugne por un acceso libre a la administración de justicia, pero que también se permita a un juez de la República estudiar y verificar la verdadera finalidad de una cláusula escalonada pactada por particulares en aras de no trastocar derechos que también son fundamentales. Finalmente, obra la imperiosa necesidad de recordar el avance e importancia que ha venido consolidando el comercio internacional en Colombia; es por ello que el legislador debe estar a la vanguardia de las más recientes vertientes y costumbres que rigen a este derecho, a fin de que la ley colombiana no sea un obstáculo para el empresario, sino que por el contrario sea un instrumento que facilite materializar sus proyectos comerciales; tal vez ello ha hecho de este estudio algo tan difícil como fascinante.

BIBLIOGRAFÍA

Cámara de Comercio de Medellín. Tomado de: <http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Biblioteca/memorias/IMPORTANCIA-DE-LAS-CL%C3%81USULAS-COMPROMISORIAS.pdf>

Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012.

Código de Procedimiento Civil. Decreto 2019 de 1970.

Constitución Política de Colombia. Julio 7 de 1991.

Betti, Emilio. (1969). *Teoría general de las obligaciones*. Edit. Revista de Derecho Privado.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-174 de 2007. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1194 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-330 de 2012 (M.P. Humberto Sierra Porto).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388 de 1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-486 de 2003. (M.P. Jaime Córdoba Triviño).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-466 de 2011. (M.P. Jorge Iván Palacio).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-544 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-163 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- Friedland, Paul y Llano, Rafael. (2010). *Cláusulas de arbitraje para contratos internacionales*. Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot.
- Fulbright & Jaworski LLP. (2005). Second Annual Litigation Trends Survey.
- International Centre for Dispute Resolution. *Guía para la redacción de cláusulas internacionales de solución de disputas*. Tomado de: https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_014213
- González, Francisco. (2011). *Arbitraje*. México D.F, Edit. Porrúa.
- Largo, Adriana. (2012). *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea*. Medellín, Edit. Universidad de Antioquia.
- Oviedo, Jorge. (2008). *Regulación del contrato de compraventa internacional*. Bogotá, D.C, Edit. Ibáñez.
- Olano, Alejandro. (2006). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, D.C, Edit. Doctrina y Ley Ltda.
- Ospina, Fernández y Ospina, Eduardo. (2005). *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá, D.C. Edit. Temis.
- Pico, Fernando y Rojas, Sergio. (2013). *Solidarismo contractual, el deber de cooperación y su repercusión en la responsabilidad civil*. Bogotá, D.C, Edit. Ibáñez.
- Picó, Joan. (2011). *La buena fe procesal*. Bogotá, D.C, Edit. Ibáñez.
- Romero, Héctor. (2006). *La conciliación judicial y extrajudicial*. Bogotá D.C, Edit. Legis.
- Sánchez, Sixto. (2012). *Cláusulas en los contratos internacionales, redacción y análisis*. Barcelona. Edit. Atelier.
- Tur, Nélida. (2011). *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*. Navarra, Edit. Thomson Reuters.
- Velásquez, Camilo. (2004). *Derecho Constitucional*. Bogotá, D.C, Edit. Universidad Externado.