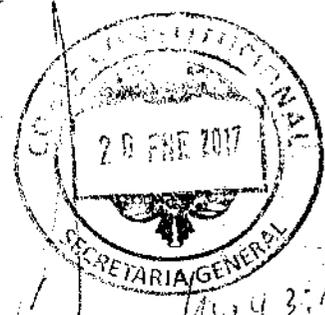


D-11922
OK.

Bogotá D.C., 20 de enero de 2017

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
E. S. D.



Ref.: Acción de
inconstitucionalidad contra
el segundo inciso del
artículo 13 de la ley 1564
de 2012.

NICOLÁS ESTEBAN ROSERO ESPINOSA, ciudadano colombiano mayor de edad, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 1.026.291.481 expedida en Bogotá D.C, y Tarjeta Profesional No. 263.805 del Consejo Superior de la Judicatura, y MARÍA FERNANDA BOTERO RAMÍREZ, ciudadana colombiana mayor de edad, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1.073.511.003 expedida en Funza Cundinamarca, y Tarjeta Profesional No. 248.137 del Consejo Superior de la Judicatura, como ciudadanos colombianos en ejercicio de nuestros deberes constitucionales¹ y de la acción pública de inconstitucionalidad², solicitamos de la manera más respetuosa la declaratoria de inexecutable del inciso segundo del artículo 13 de la ley 1564 de 2012, "por medio de la cual se expide el Código General del Proceso³ -CGP- y se dictan otras disposiciones". Lo anterior toda vez que la aludida disposición vulnera los mandatos de la Constitución Política en sus artículos 13, 16, 29, 83, 116, 150, 228 y 333.

Con el propósito de demostrar que la norma acusada es incompatible con la Constitución, el presente escrito se dividirá en cinco partes a saber. En la primera, (I) se transcribirá el contenido normativo acusado. En la segunda, (II) se pondrá de presente la competencia de la Corte para conocer de esta demanda. En la tercera, (III) se presentarán los principios y derechos constitucionales que desconoce el inciso segundo del artículo 13 del CGP. En la cuarta (IV) se hará referencia a los motivos por los cuales la norma acusada contraría la Constitución y debe ser declarada inexecutable. En último lugar, (V) se presentarán las respectivas solicitudes a la Honorable Corte Constitucional.

I. NORMA ACUSADA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, la norma que se acusa de inconstitucional es el **inciso segundo del artículo 13 de la Ley 1564 de 2012**, "por medio de la cual se expide el Código General del

¹ "Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia". Núm 7 art. 95 C.N.

² Artículos 40.6 y 241.1 C.N.

³ En adelante CGP.

Proceso y se dictan otras disposiciones", publicada en el Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. El texto se encuentra subrayado a continuación:

"LEY 1564 DE 2012
(julio 12)

"CONGRESO DE LA REPÚBLICA

"Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

DECRETA:

"Artículo 13. Observancia de Normas Procesales. Las normas procesales son de orden pública 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 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". (Énfasis agregado)

II. COMPETENCIA DE LA CORTE

Con el fin de dar cumplimiento a los requisitos de la acción pública de inconstitucionalidad, se pone de presente que la Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción en tanto debe decidir "sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicio de procedimiento en su formación"⁴.

El inciso segundo del artículo 13 del Código General del Proceso es una norma promulgada mediante ley ordinaria y su contenido material desconoce varias disposiciones constitucionales, por lo tanto se cumple con el requisito exigido.

III. NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS POR LA NORMA ACUSADA

La disposición acusada por inconstitucional vulnera los siguientes principios constitucionales, a saber:

⁴ "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...)
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación". Núm. 4 Artículo 241 C.N.

Principio de libre autonomía de la voluntad. Este principio constitucional se encuentra consagrado en los artículos 13⁵ (derecho a libertad y a la igualdad), 16 (derecho al libre desarrollo de la personalidad)⁶ y 333 (libertad económica)⁷ de la Constitución Política de Colombia.

La estructura de la administración de justicia y derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. La correcta administración de justicia es un principio transversal a la Constitución, que se encuentra de manera estructural en los artículos 228⁸ (administración de justicia), 116⁹ (estructura de la rama judicial), 29¹⁰ (derecho fundamental al debido proceso)

Principio de buena fe. La buena fe se encuentra consagrada en el artículo 83 (presunción de buena fe) de la Constitución. Según este principio constitucional "[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán

⁵ "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan". Artículo 13 C.N.

⁶ "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico". Artículo 16 C.N.

⁷ "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación". Artículo 333 C.N.

⁸ "La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo". Artículo 228 C.N.

⁹ "La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". Artículo 116 C.N.

¹⁰ "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso." Artículo 29 C.N.

ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".¹¹

Excede el margen de libertad de configuración del legislador. Parte de las funciones del legislador es la creación de normas establecida en el artículo 150¹² de la Constitución. Sin embargo, esta función no puede ser ejercida de

¹¹ Artículo 83 C.N.

¹² "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.
2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.
3. Aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos.
4. Definir la división general del territorio con arreglo a lo previsto en esta Constitución, fijar las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales y establecer sus competencias.
5. Conferir atribuciones especiales a las asambleas departamentales.
6. Variar, en circunstancias extraordinarias y por graves motivos de conveniencia pública, la actual residencia de los altos poderes nacionales.
7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.
8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.
9. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. El Gobierno rendirá periódicamente informes al Congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones.
10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar las decretas leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias. Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.
11. Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración.
12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.
13. Determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio, y arreglar el sistema de pesas y medidas.
14. Aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional, hubiere celebrado el Presidente de la República, con particulares, compañías o entidades públicas, sin autorización previa.
15. Decretar honores a los ciudadanos que hayan prestado servicios a la patria.
16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.
17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar.
18. Dictar las normas sobre apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías.
19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:
 - a) Organizar el crédito público;
 - b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;
 - c) Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;

manera arbitraria, sino que debe obedecer a los límites que la Constitución misma impone a las normas de inferior jerarquía:

IV. FUNDAMENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Con el fin de exponer las razones por las cuales la norma debe ser declarada inexecutable, este acápite se dividirá en dos partes. En la primera, (A) se hará referencia al alcance de la disposición acusada de inconstitucionalidad. Y en la segunda, (B) a los motivos por los cuales el inciso segundo del artículo 13 del CGP debe ser declarado inexecutable.

A. ALCANCE DE LA NORMA ACUSADA

La disposición normativa que se demanda por contrariar los principios constitucionales enunciados con anterioridad regula lo que en la doctrina se ha denominado como *cláusulas escalonadas*. Dicha reglamentación excluye la posibilidad de celebrar este tipo de acuerdos.

Las *cláusulas escalonadas* poseen naturaleza contractual. Como su nombre lo indica este acuerdo contractual crea unos escalones que se deben agotar previamente a la vía litigiosa. Este tipo de pactos pretenden solucionar de manera amistosa las controversias contractuales, o por lo menos activar este tipo de mecanismos antes de acudir a la vía litigiosa. Normalmente, los escalones inician con mecanismos de solución de controversias auto-compositivos, como la negociación (o trato directo) o la mediación. Estos ascenderán hasta que en última instancia se habilite el procedimiento judicial o arbitral.

El éxito y efectividad de estas disposiciones se encuentra en el carácter vinculante que las partes les imprimen en virtud de la autonomía de la voluntad que les corresponde. Prohibir que este tipo de cláusulas tengan efectos jurídicos implica impedir la celebración de las mismas. Esta disposición normativa, tal como se advierte a lo largo de este escrito, vulnera varios principios constitucionales como se explicará más adelante.

-
- d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;
 - e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.
 - f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.
- Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogárselas.
- 20. Crear los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras.
 - 21. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.
 - 22. Expedir las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que compete desempeñar a su Junta Directiva.
 - 23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.
 - 24. Regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual.
 - 25. Unificar las normas sobre policía de tránsito en todo el territorio de la República. Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional". Artículo 150 C.N.

Para establecer el alcance de la norma (1) se hará un análisis integral del contenido de la norma, para luego (2) explicar la importancia de las cláusulas escalonadas para resolver controversias contractuales.

1. Interpretación del inciso segundo del artículo 13 del CGP

La norma acusada establece:

"Artículo 13. Observancia de Normas Procesales. (...)

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". (Énfasis agregado)

El inciso subrayado elimina los efectos jurídicos de los pactos que impliquen el agotamiento de mecanismos alternativos de solución de controversias como requisito para acudir a un operador de justicia. Esto significa que la norma prohíbe la celebración de este tipo de acuerdos, que como ya se dijo, se denominan *cláusulas escalonadas*. Si bien es cierto, el inciso no establece de manera explícita una prohibición, impide que las cláusulas escalonadas tengan efectos jurídicos al establecer una ineficacia jurídica de pleno derecho. Esto significa que en caso de que se pacten no nacerán a la vida jurídica, lo que es equivalente a una prohibición.

Esta norma es una *innovación* del Código General del Proceso. En su antecedente inmediato, esto es, el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil no existía dicho inciso¹³. Así lo confirma el informe de debates del Congreso sobre la norma acusada:

"Artículo 13. Observancia de las normas procesales. Se incluye un inciso 2° en el que se determinan de manera expresa algunas de las estipulaciones que contrarían el carácter imperativo de las normas procesales, conocidas como "cláusulas escalonadas". Tales pactos tienen como propósito o como efecto impedir o restringir el derecho al libre acceso a la administración de justicia a través de la imposición de trámites extralegales previos, en ocasiones sumamente costosos en términos de tiempo y dinero. La disposición adicionada dispone una ineficacia de pleno derecho para este tipo de acuerdos, que como consecuencia de ello no vinculan a las partes del contrato, ni pueden ser invocados por ellas para alegar el incumplimiento del contrato en caso

¹³ "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". Artículo 6 Decreto 1400 DE 1970 "Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil". (Actualmente derogado).

de que se acuda directamente a la jurisdicción sin haber cumplido con el trámite allí dispuesto¹⁴ (Énfasis agregado)

En el inciso 3° se precisa además que las estipulaciones a las que allí se hace referencia son aquellas que han sido pactadas por las partes, para evitar equívocos de interpretación con otras fuentes de derecho.

En una interpretación conjunta del texto acusado y de los informes sobre los debates del legislador, es posible identificar que la norma tiene el siguiente alcance. El inciso acusado regula las denominadas *cláusulas escalonadas* entendidas como pactos que establecen requisitos de procedibilidad para acudir a "cualquier operador de justicia". La reglamentación consiste en limitar la celebración de estas cláusulas al establecer la ineficacia de pleno derecho sobre las mismas, que impide no solo el efecto deseado con la cláusula –acudir a mecanismos alternativos de solución de controversias previo a un litigio–, sino también consecuencias contractuales como el incumplimiento cuando estas no se ejecutan. Dicha regulación es aplicable a todos los casos, es decir, es una reglamentación genérica aplicable a cualquier operador de justicia. La justificación para adoptar esta regulación consiste en que según el legislador, éstas limitan el acceso a la administración de justicia, en tanto, establecen requisitos previos para acudir a "cualquier operador de justicia". Por tanto, la norma excluye la celebración de *cláusulas escalonadas* en cualquier evento.

Así lo reconoce Pablo Felipe Robledo, miembro de la comisión redactora del Código General del Proceso, al manifestar que esta disposición "(...) proscribe, tajantemente, cualquier estipulación, pacto o requisito convencional en virtud del cual, cualquier de las partes, se obligue unilateral o bilateralmente, a agotar un requisito de procedibilidad para acudir ante un operador judicial de indistinta naturaleza (...)".¹⁵

De conformidad con lo anterior, la disposición acusada establece una prohibición implícita para la celebración de las denominadas *cláusulas escalonadas*. Para comprender de manera adecuada lo que significa una prohibición de tal magnitud, es pertinente hacer referencia a la importancia de este tipo de pactos en la celebración de negocios jurídicos, pero especialmente en el ordenamiento jurídico.

2. Cláusulas escalonadas: estipulaciones que establecen el agotamiento de requisitos de procedibilidad

Tal y como se indicó con anterioridad la norma regula de manera "negativa" las denominadas cláusulas escalonadas. Para comprender de manera apropiada esta figura jurídica, es necesario conocer (a) su definición y características, (b)

¹⁴ GACETA DEL CONGRESO 261 del 23 de mayo de 2012. Informe de Ponencia Segundo Debate Proyecto de Ley 159 de 2011 Senado y 196 de 2011 Cámara por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=261&v_anog=2012 (visitado el 10 de junio de 2016).

¹⁵ Pablo Felipe Robledo Del Castillo. El Estatuto de Arbitraje y el Código General del Proceso en Comité Colombiano de Arbitraje. Estatuto arbitral colombiano: Análisis y aplicación de la ley 1563 de 2012. Bogotá: Legis Editores, Comité Colombiano de Arbitraje. 2013, p. 333.

la finalidad de este tipo de pactos, (c) la regulación en el ámbito internacional, (d) en otros países y (e) consideraciones en el derecho interno.

a. Definición y características de las cláusulas escalonadas

Las cláusulas escalonadas¹⁶ reciben este nombre por cuanto establecen una serie de peldaños para la solución de una controversia. Mediante estas disposiciones las partes determinan que, en caso de controversia, antes de someter la disputa a una instancia litigiosa como el arbitraje o la justicia estatal, ellas intentarán una solución amigable mediante una negociación directa o con la asistencia de un tercero¹⁷. Un sector de la doctrina las ha descrito en los siguientes términos:

“Estas cláusulas típicamente establecen procedimientos escalonados ante el evento de una controversia. Tales procedimientos a menudo comienzan con la notificación y la descripción de una disputa por la parte perjudicada, seguido de un período de consultas, negociación y/o mediación. En el caso de que las partes no se pongan de acuerdo en una forma de resolver el conflicto, en su totalidad o en parte, [las cláusulas escalonadas] normalmente proveen de un litigio, o, más comúnmente, arbitraje de acuerdo con reglas específicas. Bajo ciertas condiciones, estas cláusulas tienen el potencial de promover la resolución temprana de conflictos con mínimas asperezas facilitando las discusiones iniciales en contextos menos adversarios”¹⁸. (Énfasis agregado).

Se observa entonces que estos pactos obedecen a propósitos constitucionalmente válidos, como la solución pacífica de controversias. Este tipo de cláusulas han sido especialmente desarrolladas en materia de arbitraje. Es por ello que la doctrina y jurisprudencia internacional han identificado tres elementos comunes a este tipo de cláusulas, a saber: (i) establecen Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, con (ii) un plazo entre etapas y (iii) un lenguaje claro. Veamos.

i. Establecen diferentes Mecanismos Alternativos de Solución de Controversia (MASC) como escalones

Como se ha explicado a lo largo de la demanda estas cláusulas se componen por una serie de escalones, en los que se debe ascender, antes de acudir al litigio judicial o arbitral para solucionar la controversia. Dichos escalones están conformados principalmente por Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias¹⁹ -MASC-, elegidos por las partes²⁰ dentro de la libre autonomía

¹⁶ También denominadas multi-tier clauses, escalation clauses o multistep alternative dispute resolution clauses.

¹⁷ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al. Redfern and Hunter on International Arbitration. Kluwer Law International and Oxford University Press. 2015, par. 2.88.

¹⁸ FILE, J. United States: Multistep Dispute Resolution Clauses en IBA Legal Practice Division, Mediation Committee Newsletter, London, 2007, p. 36.

¹⁹ En adelante MASC.

²⁰ Corte Constitucional en Sentencia C-1195 de 2001 establece cómo ejemplo de MASC: La negociación directa de las partes, la mediación, la facilitación, la conciliación, la regulación negociada, la evaluación neutral previa, el descubrimiento de los hechos, el defensor de usuarios, consumidores o empleados, el

de las partes. Algunos de los más utilizados son: la negociación o trato directo²¹, la amigable composición²², la mediación²³ y la conciliación extrajudicial²⁴.

ii. Existencia de un plazo entre etapas

En aras a evitar que cada etapa o escalón se prolongue indefinidamente, las partes acostumbra a pactar plazos razonables entre una y otra. Una vez cumplido el plazo, si no se ha alcanzado un acuerdo, cualquiera de las partes es libre de acudir a la justicia de jueces y árbitros. De igual manera, existe libertad de extender dichos plazos de común acuerdo, sobre toda cuando hay buenas razones para pensar que se alcanzará un acuerdo total o parcial en las etapas previas.

Sobre esta base, el que las partes establezcan plazos hace que los escalones estén restringidos a un tiempo determinado, que una vez terminado da lugar a acceder a la administración de justicia. Por tales razones, la preocupación del legislador, consistente en que las cláusulas escalonadas permitan la dilación de los procesos en contravía de una correcta administración de justicia, carece de fundamento alguno²⁵.

iii. El lenguaje debe ser claro y vinculante

minijudicio, el proceso abreviado ante jurado, la administración del proceso, el arreglo judicial, el arbitraje no vinculante, la mediación-arbitraje y la adjudicación. Cfr. Jan Paulsson, Nigel Rawding, et al. (eds). *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*. 3rd edition. Kluwer Law International 2010, pp. 115 - 120.

²¹ El mecanismo alternativo consiste en que sólo las partes involucradas en el asunto de discusión, participan en el diálogo. Éstas proponen fórmulas de arreglo y adoptan una solución para poner fin al conflicto, sin la intervención de un tercero

²² Según la ley 1563 de 2012, *Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional*, la amigable composición es un MASC mediante el cual las partes, que pueden ser particulares, entidades públicas o funcionarios administrativos, delegan en un tercero (denominado "amigable componedor") la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición. Este acuerdo podrá lograrse mediante cláusula contractual o contrato independiente. (Art. 59). La decisión que en este proceso se adopte producirá los efectos legales de la transacción (Art. 60).

²³ En este caso, un tercero imparcial, denominado mediador, asiste a las partes para negociar su propia solución de la controversia. El mediador es empleado por las partes, no hace recomendación y tampoco rinde decisiones. Cfr. Jan Paulsson, Nigel Rawding, et al. (eds). *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*. 3rd edition. Kluwer Law International 2010, pp. 119.

²⁴ En Colombia la conciliación por mandato constitucional tiene el estatus de un mecanismo de acceso a la administración de justicia (Artículo 116 CP), en consecuencia, ha tenido un papel protagónico. La ley establece expresamente que la conciliación extrajudicial es un requisito de procedibilidad para determinados procesos. Este mecanismo ha sido definido por la Corte Constitucional ha definido a la conciliación extrajudicial como un "procedimiento por el cual un número determinada de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral - el conciliador - quién, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo e imparte su aprobación. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian". Corte Constitucional. Sentencia C-222 de 2013 M. P. María Victoria Calle Correa.

²⁵ "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". International Centre for Dispute Resolution. Guía para la redacción de cláusulas internacionales de solución de disputas en: https://www.adr.org/aa/ShowPDF?doc=ADRSTG_014213.

Como todo contrato, la manifestación de la voluntad mediante el acuerdo debe reflejar la intención de las partes a obligarse. Si esta voluntad no aparece lo suficientemente clara, corresponderá al juez o al árbitro interpretar la cláusula correspondiente y conferirle los efectos jurídicos a los que haya lugar.

b. Finalidades de las cláusulas escalonadas

Siguiendo la doctrina autorizada en el tema, existen diferentes finalidades plausibles para celebrar las denominadas cláusulas escalonadas²⁶. En primer lugar, este tipo de cláusulas permiten armonizar los intereses de las partes. Es decir, permite que desaparezca la divergencia de intereses, como solución ideal al conflicto, ya que lo elimina de raíz.

Aunado a lo anterior, se pone de presente que estos métodos buscan un acuerdo —una solución aceptada por las partes—, mientras que en el arbitraje y la justicia estatal la solución es impuesta por el laudo o la sentencia.

Como tercera finalidad relevante, se destaca que la posibilidad de lograr una solución "ganador-ganador" sólo existe en los métodos de autocomposición, como la conciliación, mediación, negociación directa, etc.

En cuarto lugar, la negociación permite que la relación entre las partes se mantenga mucho más que en los litigios judiciales o arbitrales. Contrario a las consideraciones del legislador colombiano, a nivel de costos y duración, los MASC tienen un costo y duración significativamente inferior comparada con los del arbitraje, incluso con los del proceso judicial a pesar de que su acceso no requiere un costo adicional.

El manejo del poder es una de los aspectos importantes, pues en el uso de los MASC el poder se comparte entre las partes quienes conservan el poder de decisión. Por el contrario, los procesos arbitrales y judiciales implican la transferencia del poder de decisión al juez o árbitro, según corresponda. Y por último se resalta la capacidad de manejo del conflicto. Si los conflictos se intervienen a tiempo es posible solucionarlos, de lo contrario es posible que estos lleguen a una dimensión en la que no sea posible una solución adecuada.

En otras palabras, el objetivo de estas cláusulas es "generar un acercamiento entre las partes para que solucionen el conflicto con menores costos y en menor tiempo, y que sólo acudan al arbitraje [o a la justicia estatal] en caso de que sea completamente necesario"²⁷. (Subrayado fuera del texto).

De lo expuesto hasta el momento, se advierte entonces que las cláusulas escalonadas no están dirigidas a restringir el derecho a la administración de justicia, como lo presume el legislador. Esa presunción es equivalente a negar

²⁶ Roque J. Caivano. Las cláusulas 'escalonadas' de resolución de conflictos (negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje) en Soto Coaguila, Carlos Alberto. Tratado de derecho arbitral. Tomo I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana; Grupo Editorial Ibáñez; Instituto Peruano de Arbitraje. 2011, pp. 70-71.

²⁷ Rafael Bernal Gutiérrez, Esteban Puyo Posada, et al. Las Cláusulas Escalonadas o Multinivel: Su Aproximación en Colombia. Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. Vol. 5. 2012, pp. 169-203.

la aplicación de los MASC como forma de acceso a la justicia, por considerar ineficaz cualquier solución de controversia extrajudicial. El derecho de acceso a la justicia tal y como está reconocida en la Constitución Política, incluye el acceso a MASC. En consecuencia, la presunción aplicada por el legislador implica desconocer uno de los fines legítimos amparados por la carta política.

c. Regulación internacional

Las cláusulas escalonadas hacen parte de la práctica internacional en materia de arbitraje. Por ello, gozan de amplio reconocimiento internacional. Por lo tanto, la prohibición de este tipo de cláusulas en el ordenamiento jurídico nacional desconoce la costumbre internacional que constituye un marco jurídico base para las relaciones de comercio. A continuación, se presentan algunas de las regulaciones de derecho privado a nivel internacional sobre cláusulas escalonadas.

Para el año 2010, el Comité de Arbitraje de la International Bar Association²⁸ (IBA), creó las "Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional"²⁹. En ellas dedicó un capítulo de reglas para la redacción de cláusulas escalonadas de resolución de controversias. Si bien es cierto que estas directrices pertenecen al denominado *soft law*, también lo es que ellas reflejan el "entendimiento de las mejores prácticas internacionales actuales y proveen tanto un marco general como disposiciones específicas para redactores de cláusulas de arbitraje internacional"³⁰.

Los reglamentos de algunas de las instituciones arbitrales, más importantes del mundo, incorporan modelos de cláusulas escalonadas para que las partes las incluyan en sus contratos. Uno de los ejemplos más representativos lo posee la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París, quizá la institución más prestigiosa en arbitraje en el mundo. El reglamento de dicha institución denominado *alternative dispute resolution (ADR)*, tiene prevista una cláusula escalonada para que sus usuarios la adopten en los casos que sean competencia de la CCI, que establece:

"En caso de desavenencias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a someterlas al proceso de solución de desavenencias del Reglamento ADR de la CCI. A falta de resolución de las desavenencias según dicho Reglamento dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la demanda de ADR, o al vencimiento de otro plazo que hubiera sido acordado por escrito por las partes, dichas desavenencias serán definitivamente resueltas de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a dicho Reglamento de Arbitraje."³¹ (Énfasis agregado).

²⁸ Conformado por más de 2.300 miembros provenientes de más de 90 países

²⁹ International Bar Association, op. cit.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Cámara de Comercio Internacional. La CCI y la solución de controversias: Una amplia experiencia, un acervo de conocimientos en: http://www.iccmex.mx/uploads/uploads/arbitraje2015/ICC_Dispute_Resolution_SPANISH.pdf

Otro ejemplo es el reglamento del Centro Internacional para la Resolución de Disputas (más conocido como *ICDR* por sus siglas en inglés), que establece tres modelos de cláusulas escalonadas: (i) negociación-arbitraje, (ii) mediación-arbitraje y (iii) negociación-mediación-arbitraje. Obsérvese esta última.

"En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento, las partes deberán consultarse y negociar entre ellas y, reconociendo sus intereses en común, tratarán de alcanzar una solución satisfactoria. Si las partes no llegan a un acuerdo dentro de un periodo de 60 días, cualquiera de las partes podrá, mediante notificación a la otra parte y al Centro Internacional para la Resolución de Disputas, iniciar una mediación, conforme al Reglamento de Mediación Internacional del Centro Internacional para la Resolución de Disputas. Si las partes no logran llegar a un acuerdo dentro de los 60 días siguientes a la notificación de una solicitud de mediación por escrito, cualquier controversia o reclamación que no haya sido resuelta será sometida a arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional (...)"³².
(Subrayado fuera del texto).

De igual manera la Cámara de Comercio de Madrid incluye una cláusula escalonada modelo:

"Para la solución de cuantas controversias pudieran derivarse del presente contrato o estuvieran con él relacionadas, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, ejecución o terminación, las partes acuerdan y se comprometen a someterlas al Centro de Mediación Empresarial de Madrid de la Cámara Comercio de Madrid, conforme a su Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de mediación, por un mediador nombrado conforme al mismo.

(...)

"A falta de resolución de las controversias según dicho Reglamento dentro de los 60* días siguientes a contar desde la admisión a trámite por el Centro de la solicitud de mediación, o al vencimiento de otro plazo que así hubiera sido estipulado expresamente por las partes, tales controversias serán resueltas definitivamente mediante arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid de acuerdo a su Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El arbitraje será resuelto por árbitro único (...)"³³.

³² Los demás ejemplos se pueden encontrar en la Guía para la Redacción de Cláusulas Internacionales de Solución de Disputas de la ICDR: https://www.icdr.org/icdr/ShawPDF.jsessionid=iYJ1T29TJRhSdKVdvmNnyTpksNmBc2p7QHSL6SnTgXxGslXvHp41102604678?dac=ADRSTG_014213

³³ Cámara de Comercio de Madrid disponible en: [http://www.camaramadrid.es/doc/linkext/sm_modelas_tipa_convenio_\(home\).pdf](http://www.camaramadrid.es/doc/linkext/sm_modelas_tipa_convenio_(home).pdf)

Todo lo expuesto permite concluir que las cláusulas escalonadas tienen gran relevancia en la práctica del comercio internacional, incluso pudiendo considerarse *lex mercatoria*³⁴.

En los últimos tiempos, Colombia ha realizado esfuerzos importantes para ejecutar las prácticas del comercio internacional incluido el arbitraje nacional e internacional como mecanismo de acceso a la justicia. No obstante lo anterior, la norma acusada representa una limitación desproporcionada para la implementación real de las normas que regulan el arbitraje y el comercio internacional en el país. Parte de los esfuerzos mencionados es la promulgación del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012). En el trámite legislativo de esta norma se reconoció que:

"Un fortalecimiento de la institución del arbitraje en Colombia, tanto nacional como internacional, conllevaría a una inminente mejora de nuestro país en los diferentes índices internacionales en relación con la seguridad jurídica ofrecida a inversionistas nacionales e internacionales y el mejoramiento del clima de inversión. Lo anterior representa, sin duda alguna, un evidente progreso hacia los estándares de mejores prácticas internacionales sobre la materia"³⁵. (Subrayado fuera del texto).

A pesar de lo anterior, la regulación establecida por la norma acusada es contraria a esos estándares y prácticas internacionales promovidos en la materia.

d. Derecho comparado

Al igual que en la regulación internacional, distintas jurisdicciones en el mundo reconocen los efectos jurídicos de las cláusulas escalonadas. Al respecto, Ignacio Torteola señala que existe una clara tendencia jurisprudencial a reconocer la vinculatoriedad de las condiciones contenidas en el acuerdo arbitral, incluidas aquellas relativas a escalones previos. En consecuencia, rechazan la ejecución de laudos arbitrales que no cumplen con las condiciones contenidas en el acuerdo arbitral. Esta interpretación se ha acogido incluso en jurisdicciones que favorecen la ejecución del arbitraje, en tanto "los tribunales han dejado claro que el *favore arbitri*: no implica que el tribunal se puede apartar de lo acordado por las partes"³⁶. A continuación se presentan tres (3) casos emblemáticos en la materia.

Estados Unidos - Caso Welborn Clinic v. Medquist Inc.: En este proceso, la Corte de Apelaciones sostuvo que el propósito de acordar cláusulas

³⁴ José Luis Jerez Riesco. Comercio internacional. Madrid: ESIC, 2007, p. 271.

³⁵ Informe de Ponencia para Primer Debate del Proyecto de Ley No. 018 de 2011 Senado "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones" en: <http://www.fenaico.com.co/sites/default/files/ponenciaarbitraje.doc>

³⁶ Ignacio Torteola. Cláusulas escalonadas en el arbitraje de inversión en Soto Coaguila, Carlos Alberto. Tratado de derecho arbitral. Tomo I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana; Grupo Editorial Ibáñez; Instituto Peruano de Arbitraje. 2011, pp. 288-89.

escalonadas es 'indudablemente fomentar negociaciones exitosas a fin de que ni el litigio ni el arbitraje fueran necesarios'³⁷.

Singapur - Caso IRC v Lufthansa: La Corte de Apelaciones de este país determinó que las cláusulas escalonadas son vinculantes. Por ello, exige su cabal cumplimiento en el orden establecido para los escalones previos³⁸. En caso de incumplir las condiciones previstas para activar la jurisdicción de arbitraje o de justicia ordinaria, se declara la falta de jurisdicción para conocer de la controversia. En el mismo sentido la Corte se pronunció en el caso *HSBC v Toshin*³⁹.

Francia - Caso Poiré v. Tripier: Desde el año 2003, la Corte Suprema Francesa en materias civiles y comerciales ha establecido que las cláusulas escalonadas son de obligatorio cumplimiento, y no simplemente opcionales⁴⁰. Se concluye entonces que la tendencia en el derecho comparado es reconocer la obligatoriedad y exigibilidad de las cláusulas escalonadas, especificando plazos y condiciones de las etapas previas⁴¹.

e. Las cláusulas escalonadas en el ordenamiento interno

Hasta antes de la existencia de la norma acusada, en Colombia se había reconocida los efectos jurídicos de las cláusulas escalonadas. En concreto el caso ETB c. Telefónica es prueba de ese reconocimiento a los efectos jurídicos de estas cláusulas.

El caso ETB c. Telefónica

Antes de la norma acusada, en el ordenamiento jurídico colombiano no existía una disposición legal que regulara las cláusulas escalonadas. A pesar de ello esta misma Corporación, en una decisión paradigmática, defendió la validez de las cláusulas escalonadas (sentencia T-058 de 2009⁴²).

Las empresas Telefónica Móviles Colombia S.A. vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.⁴³, en medio de un acuerdo contractual decidieron resolver sus controversias a través de una decisión arbitral y para el efecto pactaron una cláusula escalonada⁴⁴. El Tribunal Arbitral

³⁷ Welborn Clinic v Medquist Inc 301 3d 634, 638 (7th Cir. 2002).

³⁸ International Research Corp PLC v Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd [2012] SGHC 226

³⁹ HSBC Institutional Trust Services (Singapore) Ltd v Toshin Development Singapore Pte Ltd [2012] SGCA48.

⁴⁰ IBA Litigation Committee. Multi-Tiered dispute resolution clauses. 2015, p. 78.

⁴¹ FILE, J. Op.cit.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 2009. M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁴³ Laudo en Derecho entre Telefónica Móviles Colombia S.A. vs. Empresa De Telecomunicaciones De Bogotá S.A (07 de noviembre De 2007). Administrado por Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Árbitros: Juan Carlos Henao, Jorge Enrique Ibáñez Najjar y Anne Marie Morrie Rojas.

⁴⁴ Ibidem: "CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. PROCEDIMIENTO PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS. En todos los asuntos que involucren la interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. En caso de ser necesario, acuerdan acudir a los medios de solución de controversias contractuales siguientes: ~o~

se declaró competente para conocer de la controversia sin haberse agotado los escalones previstos en el contrato. Frente a esta decisión la competencia del Tribunal fue objetada por una de las partes. La objeción fue rechazada por el Tribunal, quien se declaró competente para conocer del caso alegando que la cláusula escalonada no impedía la iniciación unilateral del procedimiento arbitral⁴⁵.

Ante la decisión del Tribunal, La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB) presentó recurso de anulación contra el laudo, y acción de tutela contra el tribunal arbitral por vulneración de sus derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Dicha tutela llegó al conocimiento de la Corte Constitucional en sede de revisión. En este caso la Corporación declaró la nulidad del laudo arbitral por cuanto:

" De conformidad con lo expuesto, esta Sala concluye que el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico porque (i) no se agotaron las etapas previstas con anterioridad a su conformación; y (ii) aunque en gracia de discusión se aceptara la tesis del Tribunal de Arbitramento en el sentido de afirmar que no era necesario agotar las etapas de arreglo directo previstas antes de su conformación, la decisión de la Comisión de Regulación de Telecomunicación hacía incompatible la conformación de dicho Tribunal pues el conflicto ya había sido dirimido mediante los actos administrativos expedidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones"⁴⁶. (Subrayado fuera del texto).

1. COMITÉ MIXTO DE INTERCONEXIÓN: El comité mixto de interconexión de que trata el anexo 3 COMITÉ MIXTO DE INTERCONEXIÓN del presente contrato, es facultado por las partes para servir como mecanismo de arreglo directo de conflictos. Si en el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de la primera reunión, en la cual el mencionado comité sesiona tratando el tema motivo de diferencia, no se ha llegado a un arreglo directo, las partes acudirán a una segunda instancia de arreglo directo, contemplada en el siguiente literal. ~o~

2. REPRESENTANTES LEGALES DE LAS EMPRESAS CONTRATANTES: Se establece una segunda instancia de arreglo directo conformada por el Presidente o Gerente de cada una de las empresas contratantes, quienes buscarán una solución al conflicto planteado, dentro de los diez (10) días calendario siguientes al vencimiento del término previsto en el literal anterior. Durante esta etapa, los representantes legales de los operadores podrán solicitar la intervención de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. ~o~

3. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS: Vencido el plazo anterior sin que existiere acuerdo, las partes deberán decidir conjuntamente, dentro del término de tres (3) días hábiles siguientes, si solicitan la intervención dirimente de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones o del Ministerio de Comunicaciones, según su competencia. En caso de no darse una decisión conjunta dentro del término señalado, las partes acudirán al Tribunal de Arbitramento, contemplado en el siguiente numeral. ~o~

4. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO: En los casos en que las partes estén de acuerdo en no acudir a la CRT o al Ministerio de Comunicaciones, o de vencimiento del plazo establecido para decidir si se solicita la intervención de estas autoridades, circunstancia en el que se entenderá que la decisión de las partes es negativa, se acudirá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento Institucional, para lo cual se procederá a la designación de los árbitros en la forma prevista en los decretos 2279 de 1989, 2651 de 1991, las leyes 377 de 1977, 23 de 1991, 446 de 1998 y las normas que las sustituyan, modifiquen o adicionen. Los árbitros desarrollarán su actividad en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, en el centro de arbitraje que acuerden las partes. El fallo de los árbitros será en derecho y tendrá los efectos que la ley otorga a los laudos arbitrales. No obstante, lo anterior, si las diferencias surgidas tienen el carácter de técnicas, los contratantes convienen en someterlas a un Tribunal de Arbitramento Institucional Técnico".

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 2009. M.P. Jaime Araujo Rentería.

En otras palabras, esta misma Corporación defendió la validez y eficacia de las cláusulas escalonadas, criterio que se busca reiterar mediante la presente demanda de inconstitucionalidad. Más adelante se ahondará en esta decisión con mayor detenimiento.

B. PROHIBIR LAS CLAUSULAS ESCALONADAS VIOLA LA CONSTITUCIÓN

La prohibición establecida por la norma acusada vulnera principios derivados de la Constitución Nacional. En concreto, constituye una vulneración a la autonomía privada de la voluntad (1); el legislador excede el margen de configuración de los procedimientos judiciales y arbitrales (2); contraviene las funciones y estructura de la rama judicial Funciones y Estructura de la Rama Judicial (3); y vulnera el principio de buena fe contractual y establece una presunción de mala fe en contra de las partes que pactan cláusulas escalonadas (4). Como se demostrará.

- 1. La norma acusada vulnera la autonomía de la voluntad privada y restringe la libertad de contratación como ejercicio de los derechos de libertad (Art. 13 C.N.), libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.N.) y a la libertad económica y de empresa (Art. 333 C.N.)**

Cargo 1: El inciso segundo del artículo 13 del CGP, vulnera la libre autonomía de la voluntad privada porque impide que los particulares pacten las cláusulas contractuales de su interés y le atribuyan las consecuencias jurídicas pertinentes.

El inciso segundo del artículo 13 del CGP prohíbe a los particulares estipular cláusulas escalonadas, toda vez que la consecuencia de pactarlas es la ineficacia. Esta prohibición limita de manera excesiva la autonomía de la voluntad privada de las partes y su libertad contractual. Lo anterior, representa entonces una vulneración flagrante al derecho a la libertad⁴⁷ (Art. 13), al libre desarrollo de la personalidad⁴⁸ (Art. 16) y a la libertad económica⁴⁹ (Art. 333).

⁴⁷ "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan". Artículo 13 CN.

⁴⁸ "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponden los derechos de los demás y el orden jurídico". Artículo 16 CN.

⁴⁹ "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación". Artículo 333 CN.

Con el propósito de explicar de manera adecuada la vulneración advertida se hará referencia, primero (a) al contenido de la autonomía de la voluntad privada de las partes, para luego (b) determinar el vicio de inconstitucionalidad en que incurre la norma acusada.

a. La autonomía de la voluntad privada de las partes

La Corte Constitucional ha señalado que el principio de autonomía privada de la voluntad, se fundamenta en los principios constitucionales señalados en los artículos 13, 16 y 333 de la Constitución en los siguientes términos:

"(...) encuentra fundamento constitucional en los artículos 13 y 16 de la Carta, en tanto reconocen, respectivamente, el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad. Estos derechos permiten inferir que se reconoce a los individuos la posibilidad de obrar de acuerdo con su voluntad, siempre y cuando respeten el orden jurídico y los derechos de las demás personas (...)

Aunado a lo anterior, encuentra la Corte, tal y como lo ha expresado previamente, que el principio de autonomía de la voluntad privada está ligado a la libertad de empresa y económica, que en regímenes democráticos, como en el nuestro, se somete a la limitación del bien común, y a la prevalencia del interés general sobre el particular (artículos 333 y 2 de la constitución política). Es de estas libertades que emana la libertad de contratación como manifestación del principio al que se ha venido haciendo referencia, y conforme con el cual los particulares pueden realizar los acuerdos vinculantes que deseen para el intercambio de bienes y servicios"⁵⁰. (Énfasis agregado)

En ese mismo sentido, el Alto Tribunal ha reconocido que el núcleo fundamental de la autonomía de la voluntad privada lo constituye el poder de las personas para disponer "con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones"⁵¹.

Este principio constitucional es piedra angular de los negocios, que tanto los particulares como el Estado desarrollan comúnmente para satisfacer sus intereses. La Corte Constitucional le ha atribuido a este principio tres (3) formas diferentes –pero relacionadas– de manifestarse: (i) la libertad de celebrar contratos con el solo consentimiento; (ii) la determinación del contenido de sus obligaciones y derechos correlativos; y (iii) crear relaciones obligatorias entre las partes del contrato, que en principio no producen efectos respecto de terceras personas⁵².

Ahora bien, la autonomía de la voluntad privada no solo se relaciona con la potestad de las partes para crear, modificar o extinguir derechos y/u obligaciones en materia contractual, sino con la facultad de decidir la manera

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en Sentencias: C-660/9 y C-993/06.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-934 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

más apropiada para resolver las controversias que puedan surgir con motivo de los negocios que celebren. Así lo reconoció esta Corporación al establecer:

"Si algún significado ha de dársele al principio de autonomía de la voluntad, que estructura todo el régimen de contratación nacional (pública y privada), éste tiene que ver con la posibilidad de que sean las propios sujetos de la relación jurídica, quienes decidan el destino de su vínculo y obviamente, los procedimientos y autoridades que habrán de resolver los eventuales desacuerdos; de esta forma se garantiza, no sólo el recto y libre ejercicio de la voluntad individual, sino el adecuado acceso a la administración de justicia"⁵³. (Énfasis agregado).

Efectivamente, dar a las partes la oportunidad de resolver sus controversias por medio de la forma que consideren conveniente no sólo refleja el libre ejercicio de la autonomía privada, sino que desarrolla el acceso a la administración de justicia. Administración de justicia que debe ser entendida desde una visión más amplia, como se verá en las secciones a lo largo de esta demanda, y no simplemente cómo la resolución de una controversia ante "cualquier operador de justicia".

b. La prohibición de pactar cláusulas escalonadas desconoce el principio de la autonomía privada de las partes

Tal como se estableció en el apartado anterior, la determinación sobre los procedimientos y autoridades competentes para resolver los eventuales conflictos que se susciten entre las partes hace parte del ejercicio de la autonomía privada de la voluntad de las partes. Pactar cláusulas escalonadas es uno de los mecanismos para determinar los procedimientos y competencias para resolver conflictos entre dos partes. En consecuencia, la prohibición de pactar cláusulas escalonadas en los diferentes contratos desconoce el principio de la autonomía privada de las partes.

La norma acusada tiene los siguientes efectos. Primero, prohíbe *tajantemente*⁵⁴ a los particulares pactar cláusulas escalonadas. Segundo, limita de manera desproporcionada la posibilidad de pactar el contenido de sus cláusulas de solución de conflictos. Y tercero, elimina los efectos jurídicos de este tipo de pactos. En conclusión, prohíbe las cláusulas escalonadas.

Dichas cláusulas, que ahora se prohíben, son una representación de ese actuar libre de la voluntad de las partes para decidir cómo resolver sus controversias. Además, buscan fomentar los distintos tipos de MASC como etapas previas a la solución judicial/arbitral de una controversia. Es decir, las partes **NO** están auto-restringiendo el acceso a la justicia, ni la posibilidad de solucionar sus controversias, sólo establecen mecanismos de acceder a la justicia previos a los juicios arbitrales o judiciales que son la *ultima ratio*.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-060 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁴ Pablo Felipe Robledo Del Castillo. El Estatuto de Arbitraje y el Código General del Proceso. Dp, cit. 333.

Como consecuencia de lo anterior, es evidente que la norma desconoce el principio de libre autonomía de la voluntad. En este mismo sentido Roque Caivano, en defensa del derecho a la libertad contractual que hace parte de este principio, señala que desconocer este tipo de cláusulas implica "lisa y llanamente, negar la fuerza vinculante de un compromiso contractual 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"⁵⁵ (Énfasis agregado).

En este punto vale la pena resaltar que las cláusulas escalonadas son equivalentes a los pactos que establecen que la solución de controversias en un contrato se hará a través de alguno de los MASC. En ambos casos las partes sustraen de la justicia estatal o arbitral el poder de solucionar los conflictos que surgen en el marco de la ejecución de su contrato. Por tanto, la norma acusada vulnera el principio de igualdad de manera directa pues a circunstancias iguales está dando un tratamiento distinto.

Por un lado la legislación y la jurisprudencia incentivan el uso de MASC como una forma de acceder a la justicia de una manera ágil y económica. Mientras por el otro se prohíben las cláusulas escalonadas que incentivan la activación de este tipo de mecanismos. Es decir, la legislación da tratamiento diferente a situaciones similares en detrimento del derecho fundamental a la igualdad y a la seguridad jurídica.

2. Mediante la norma acusada el legislador excede la libertad de configuración de los procedimientos judiciales/arbitrales (Arts. 2, 29, 150 y 228)

Cargo 2: La norma excede el margen de libertad de configuración de las leyes por el legislador por al menos cuatro (4) razones fundamentales. a saber. En primer lugar, (i) inobserva fines del Estado tales como la libertad, la administración de justicia, la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones y la convivencia pacífica. Como segundo aspecto, (ii) desconoce los derechos fundamentales de los ciudadanos en materia procesal principalmente. En tercer lugar (iii) la norma resulta irrazonable y desproporcionada. Y por último, (iv) porque desconoce el principio de primacía de lo sustancial sobre las formas.

Por medio de la norma acusada el legislador no solo trasgrede la autonomía de los individuos para solucionar sus controversias, sino que también excede sus facultades para diseñar y configurar los procedimientos judiciales y arbitrales. Esta función encomendada por el constituyente primario al poder legislativo exige varias limitaciones que en el presente caso no han sido respetadas. Para explicar por qué el legislador excedió sus facultades, se hará referencia (a) al contenido del principio de libertad de configuración del legislador,

⁵⁵ Roque J. Caivano. Las cláusulas 'escalonadas' de resolución de conflictos (negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje). Op. cit, p. 74.

específicamente en materia de procedimientos judiciales y luego (b) a las razones por las cuales la norma excede este principio.

a. Principio de libertad de configuración normativa en materia de procedimientos judiciales

Según la Corte Constitucional, el legislador tiene amplia libertad para definir los procedimientos que se originen en procesos, actuaciones y acciones de derecho sustancial⁵⁶, en virtud de la importancia de la ley como fuente de derecho y de lo consagrado en el numeral 2 del artículo 150 de la Constitución Política⁵⁷. Dicha atribución en cabeza del legislador es de vital importancia en tanto:

"[L]e permite al legislador fijar las reglas a partir de las cuales se asegura la plena efectividad del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 C.P.), y del acceso efectivo a la administración de justicia (artículo 229 C.P.). Además, son reglas que consolidan la seguridad jurídica, la racionalidad, el equilibrio y finalidad de los procesos, y permiten desarrollar el principio de legalidad propio del Estado Social de Derecho. Y (...) mientras el legislador, no ignore, obstruya o contrarie las garantías básicas previstas por la Constitución, goza de discreción para establecer las formas propias de cada juicio, entendidas éstas como 'el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la naturaleza del proceso, determinan los trámites que deben surtirse ante las diversas instancias judiciales o administrativas'⁵⁸. (Énfasis agregado).

Ahora bien, la amplitud de esta facultad no implica que el legislador puede crear leyes procesales de manera absolutamente discrecional o arbitraria. Esta función en cabeza del legislador se encuentra limitada por los distintos valores y principios constitucionales⁵⁹. En términos de la Corte, "(...) conforme a lo dispuesto en los artículos 29, 150 y 228 de la Carta Política, el legislador se haya investido de amplias facultades para configurar los procedimientos

⁵⁶ En igual sentido en sentencia C-555 de 2001 dijo la Corte al respecto: "...el legislador al diseñar los procedimientos judiciales no puede desconocer las garantías fundamentales, y debe proceder de acuerdo con criterios de proporcionalidad y razonabilidad, a fin de asegurar el ejercicio pleno del derecho de acceso a la administración de una justicia recta. Por ello las leyes que establecen procedimientos deben propender por el hacer efectivos los derechos de defensa, de contradicción, de imparcialidad del juez, de primacía de lo sustancial sobre lo adjetivo o procedimental, de juez natural, de publicidad de las actuaciones y los otros que conforman la noción de debido proceso". También en sentencia C-927 de 2000 se dijo: "De conformidad con lo preceptuado por el artículo 150-2 del Ordenamiento Constitucional, le corresponde al Congreso de la República "Expedir los códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones", es decir, goza el Legislador, por mandato constitucional, de amplia libertad para definir el procedimiento en los procesos, actuaciones y acciones originadas en el derecho sustancial. Por lo tanto, el órgano legislativo tiene una importante "libertad de configuración legislativa", que le permite desarrollar plenamente su función constitucional y, en ese orden de ideas, le corresponde evaluar y definir las etapas, características, términos y demás elementos que integran cada procedimiento judicial". Esta doctrina ha sido vertida en múltiples pronunciamientos más: sentencias C-742 de 1999, C-803 de 2000, C-591 de 2000, C-596 de 2000, C-1717 de 2000.

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-203 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-203 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Reiterando sentencia C-227 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁹ "Porque el legislador bajo el Estado constitucional, aún con el poder que le es reconocido y que el juez constitucional está llamado a preservar, se encuentra sometido al cumplimiento de los valores y principios constitucionales de la organización político institucional, tales como la dignidad humana, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la justicia, la igualdad y el orden justo". Ibid.

judiciales, siempre y cuando al hacerlo respete los principios y valores constitucionales y obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁶⁰.

En ese sentido la jurisprudencia constitucional ha decantado varios criterios para garantizar que los límites descritos sean respetados por el legislador, en caso no ser acatados la norma será contraria a la Constitución y deberá ser excluida del ordenamiento. Dichos criterios son:

"i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos que en el caso procesal (...) puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.); iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.)"⁶¹.

11. Con base en la aplicación de tales criterios, la Corte ha determinado la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de disposiciones establecidas en la ley⁶².

El legislador excedió su facultad legislativa al consagrar el inciso segundo del artículo 13 del CGP, pues irrespeto los límites que la misma jurisprudencia a identificado para el ejercicio de sus funciones. Como procede a demostrarse.

b. El legislador excedió el límite de libertad de configuración normativa

La norma acusada (i) no atiende la libertad, la administración de justicia, la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones y la convivencia pacífica como principios y fines del Estado, (ii) tampoco vela por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, (iii) desconoce los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas, e (iv) impide la realización material del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas.

i. Incumplimiento del 1º requisito: La norma acusada no observa los principios y fines del Estado

La norma acusada desconoce la libertad como principio constitucional, e impide el acceso a la administración de justicia, la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones y la convivencia pacífica, que son principios y fines constitucionales del Estado.

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1104 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 203 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Reiterando sentencia C-227 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶² Corte Constitucional. Sentencia C- 203 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

- El principio de la libertad se vulnera con la norma acusada

En cuanto a la libertad como principio, la Corte Constitucional ha señalado que:

"Al igual que la dignidad humana y la igualdad, la libertad tiene una naturaleza polivalente en el ordenamiento jurídico colombiano, pues se trata de manera simultánea de un valor, un principio y a su vez muchos de sus ámbitos específicos son reconocidos como derechos fundamentales plasmados en el texto constitucional. (...)

Así mismo, la Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un principio general de libertad que autoriza a los particulares a llevar a cabo las actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no está subordinado a requisitos o condiciones determinadas, el cual estaría reconocida por el artículo sexto, se trataría entonces de la norma de cierre del ordenamiento jurídico, que tendría la estructura deóntica de un permiso. Pero también se ha visto en el artículo 13 de la Constitución, el origen de este principio general de libertad el cual según la jurisprudencia constitucional es el fundamento del derecho de toda persona a tomar decisiones que determinen el curso de su vida"⁶³

Se observa entonces que la jurisprudencia de la Corte ha reconocido el principio de libertad en dos dimensiones. La primera, hace referencia a una cláusula general del derecho que permite todo aquello que no esté prohibido por ley. Y la segunda, relativa al derecho de las personas a tomar de manera libre las decisiones que determinen el curso de sus vidas.

Uno de los aspectos relevantes de la vida de las personas es el manejo de su patrimonio y en consecuencia de su libertad contractual. Es decir, una parte del derecho a definir el curso de la vida se materializa en la posibilidad de definir de manera libre y autónoma el curso de sus negocios. La prohibición de celebrar cláusulas escalonadas desconoce la libertad de las personas para determinar el curso de sus negocios, específicamente el poder de determinar la forma en la que quieren resolver las controversias que eventualmente puedan surgir. En consecuencia, el inciso segunda del artículo 13 del CGP no permite la realización efectiva del principio de libertad lo que representa un exceso en la facultad de configuración normativa del legislador.

- La realización de varios fines constitucionales se ve interrumpida con la prohibición de celebrar cláusulas escalonadas

Los fines constitucionales del Estado colombiano se encuentran consagrados en los artículos 1⁶⁴ y 2⁶⁵ de la Constitución. El artículo 1 establece que

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-879 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁴ "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general". (Énfasis agregado). Artículo 1 C.N.

⁶⁵ "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo". (Énfasis agregado). Artículo 2 C.N.

Colombia tendrá un régimen democrático y participativo. La Corte Constitucional ha reconocido que todos los esfuerzos encaminados al fortalecimiento de los MASC coadyuvan con la realización de este principio fundante del Estado, al respecto señaló:

“Además, y más importante aún, la Carta establece un régimen democrático y participativo (CP art. 1º), que propicia entonces la *colaboración* de los particulares en la administración de justicia y en la resolución de sus propios conflictos. En ese orden de ideas, es perfectamente posible que el Legislador estimule la resolución de conflictos directamente por los propios afectados, por medio de figuras como la conciliación o la amigable composición, o por terceros que no sean jueces, como sucede en el caso de los árbitros o de ciertas autoridades administrativas y comunitarias”⁶⁶. (Énfasis agregado)

Las cláusulas escalonadas incentivan la solución de conflictos a través de los MASC. Por ello, su prohibición representa un detrimento para la realización de un Estado democrático y participativo.

A esto debe sumarse que, los MASC facilitan la participación de todos en las decisiones que los afectan y aseguran la convivencia pacífica entre los ciudadanos, principios fundantes del Estado. La Corte Constitucional ha defendido la estirpe democrática de estos mecanismos, en la medida que permiten espacios de intervención de la comunidad para evitar la *conflictivización* de la sociedad⁶⁷. Además, ha reconocido que al resolver las controversias en estos ámbitos, la justicia estatal puede enfocarse en las desavenencias que tienen mayor trascendencia social, la cual dota de legitimidad a la administración de justicia⁶⁸. En ese sentido estableció que:

“La jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre ellos la conciliación, que puede resumirse así: (i) buscan hacer efectivo uno de los fines constitucionales como el de la convivencia pacífica; (ii) permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos; (iii) son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, y (iv) son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial”⁶⁹. (Énfasis agregado)

Se tiene entonces que los MASC son una de las formas que tiene el Estado para cumplir con los fines de mantener una convivencia pacífica y la participación de los ciudadanos en la toma de las decisiones que los afectan⁷⁰.

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-163 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-222 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-098/01 (31 de enero de 2001) Magistrada Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez. Expediente O-3479. “ (...) el arbitramento como la conciliación o la amigable composición, han de entenderse como institutos a los que el Constituyente les reconoció una función fundamental dentro la administración de justicia, pues son mecanismo a los que pueden recurrir opcionalmente las personas para poner término a sus controversias, sin la intervención directa del Estado, lo que permite no sólo la descongestión del aparato de justicia sino la participación activa de los particulares en la definición de sus conflictos”.

Esto significa que la prohibición de las cláusulas escalonadas, como mecanismo que incentiva la administración de justicia a través de los MASC, impide la materialización de los fines constitucionales enunciados al menos en materia de administración de justicia. En suma, dentro del escenario que propone la norma acusada, el Estado desincentiva el uso previo, a la solución de la controversia vía judicial, de los MASC, situación que va en contravía de estos fines constitucionales. Esto por cuanto (i) fomenta el litigio entre las partes de un conflicto, negando la posibilidad de solucionarlo amistosamente y (ii) arrebató la solución de la controversia a las partes, entregando a un tercero (juez o árbitro) dicha labor, aun cuando las partes hayan pactado expresamente su deseo por intentar resolverla de una manera diferente antes de un litigio.

ii. Incumplimiento del 2º requisito: El legislador desconoce la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos (particularmente aquellos que regulan la materia procesal).

En la sección C.1 de esta demanda se ha demostrado por qué la norma acusada vulnera los derechos a la libertad (artículo 13 CP), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 CP) y a la libertad económica (artículo 333 CP), los cuales interpretados en conjunto son el fundamento del derecho a la autonomía de la voluntad privada. Estos derechos mancomunados tienen gran relevancia en materia procesal, pues es de la voluntad de las partes que se da inicio a un procedimiento judicial o arbitral.

Es preciso partir de la idea que las controversias que atañen al alcance la discusión aquí presentada, son aquellas susceptibles de ser resueltas mediante MASC, es decir, de carácter transigible. Esto es básico a fin de entender que las partes tienen la potestad de disponer libremente de la manera de resolver estas controversias, sin que por ello afecten alguna norma de orden público.

La autonomía de la voluntad toma mayor importancia en relación al arbitraje, por cuanto este mecanismo se forma a partir del acuerdo común de los particulares expresado en un pacto arbitral. En dicho pacto las partes tienen plena libertad de diseñar su procedimiento⁷¹, por lo cual el legislador debe permitir un margen amplio a la autonomía de la voluntad al momento de configurar los procedimientos arbitrales. Sobre esta materia la Corte ha dicho que:

"(...) 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

⁷¹ En efecto, el artículo 58. Reglas de Procedimiento de la Ley 1563 de 2012 dispone: "En los arbitrajes en que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a las de un centro de arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes. En el evento en que las partes no establecieren reglas o el centro seleccionado para adelantar el trámite no tuviere reglamento de procedimientos debidamente aprobado, se aplicarán las reglas establecidas para cada caso en la presente ley".

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 partes⁷².

Esa autonomía de la voluntad es el punto de partida para la configuración de las normas en materia arbitral, por lo cual si las partes deciden establecer etapas previas a la determinación final por parte de los árbitros, dicha decisión debe ser respetada. Es así como el legislador desconoce la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos e incumple con el segundo requisito exigido por la jurisprudencia constitucional.

iii. Incumplimiento del 3º requisito: La norma acusada es irrazonable y desproporcionada.

La norma creada por el legislador resulta abiertamente desproporcional e irrazonable. Según el legislador la intención de la norma es garantizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Para el efecto se establece una restricción desproporcionada e irrazonable a la libre autonomía de la voluntad. En consecuencia, la norma debe ser declarada inexecutable. Veamos.

El test de proporcionalidad, como herramienta para comprobar la razonabilidad de las normas, se compone de tres conceptos⁷³:

La adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido;

La necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios); y

La proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes⁷⁴.

En el caso concreto podemos encontrar lo siguiente. En primer lugar, el fin que persigue el legislador es legítimo. La norma acusada se ha intentado justificar en que "[s]e trata de una disposición ambiciosa y garantista del sagrado derecho constitucional de acceso a la justicia, en cuanto prohíbe las denominadas "cláusulas escalonadas"⁷⁵.

Sin embargo, los medios escogidos para proteger el fin perseguido no son adecuados. Tal como se ha demostrado a lo largo de este escrito -y se enfatiza en el siguiente cargo- las cláusulas escalonadas no representan afectación alguna al derecho fundamental a la administración de justicia. Por tanto, su prohibición en nada contribuye a la protección de este derecho.

⁷² Corte Constitucional. Sentencia SUJ-174 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Cfr. La Corte Constitucional también ha referido al principio de proporcionalidad como herramienta hermenéutica en los fallos T-015 de 1994, C-309 de 1997, C-475 de 1997, C-392 de 2002.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Pablo Felipe Robledo. Op.cit.

Ahora bien, el resultado de la norma, contrario a lo manifestado por el legislador, es adverso al propósito establecido en tanto desestimula la utilización de MASC, que sí son un desarrollo de la administración de justicia como ya ha sido señalado por esta Corporación y rememorado en esta demanda.

Esto hace que la norma acusada sea *innecesaria*. El legislador dispone de múltiples herramientas para proteger el acceso a la administración de justicia, sin que la prohibición de las cláusulas escalonadas sea parte de ellas. Como se ha indicado, la necesidad exige que los medios utilizados sacrifiquen en menor medida los principios constitucionales afectados para proteger el fin legítimo. No obstante, la prohibición que establece la norma acusada (el medio) sacrifica la autonomía privada de la voluntad, y los derechos que la conforman, sin que se obtenga a cambio la efectividad del fin propuesto.

Esto lleva al último peldaño referido a la *proporcionalidad en sentido estricto*. Es en este último, como señala Robert Alexy, donde se presenta una ponderación entre los derechos en pugna (colisión)⁷⁶. Una herramienta que este autor propone para realizar dicha ponderación, es la denominada "fórmula del peso"⁷⁷, la cual mide tres variables, a saber, el peso abstracto de los principios, el grado de vulneración y la seguridad del componente fáctico. Todo esto se resume en la siguiente fórmula:

$$GPi,jC = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

Tomando en cuenta que los derechos que colisionan en este caso son el derecho a la libre autonomía de la voluntad privada (Artículos 13, 16 y 333 C.P.) y el derecho al acceso a la administración de justicia (Artículo 228, C.P.), el análisis se propone en los siguientes términos:

Como punto de partida, el peso abstracto de principios es equivalente a:

Derecho a la libre autonomía de la voluntad privada: Pi: 2
 Derecho al acceso a la administración de justicia: Pj: 4

Le corresponde un valor de Pi: 2 a la autonomía de la voluntad privada, por cuanto si bien es un principio esencial de los individuos el poder regular sus relaciones privadas, la idea de Estado Social de Derecho permite que en determinadas circunstancias el legislador limite este derecho. Por el contrario, corresponde un valor mayor, de Pj:4, al acceso a la administración de justicia en tanto es un derecho que el Estado debe garantizar a todo ciudadano, sin limitación alguna.

En cuanto al grado de vulneración de cada derecho:

⁷⁶ Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 90 y ss.

⁷⁷ Carlos Bernal Pulido. Estructura y límites de la ponderación. Universidad de Alicante: Cuadernos de Filosofía del derecho en: <http://publicaciones.ua.es/filespublici/pdf/02148676RD49949854.pdf>

Derecho a la libre autonomía de la voluntad privada: Intenso $G_i: 2^2 = 4$
 Derecho al acceso a la administración de justicia: Leve: $G_j: 2^0 = 1$

El grado de vulneración de la libre autonomía de la voluntad es intenso por cuanto la norma prohíbe totalmente la autonomía de las partes para pactar cláusulas escalonadas, y como ocurre con toda limitación a la libertad de contratación, el pacto en contrario es castigado con la ineficacia de lo acordado. Por su parte, el acceso a la administración de justicia solo se puede considerar levemente vulnerado, pues como lo ha advertido esta Corporación, las cláusulas escalonadas no violentan este derecho. Tendría que pensarse en circunstancias demasiado particulares e individualizadas, para que este tipo de pactos limiteñ al menos someramente la administración de justicia.

Por último, la seguridad del componente fáctico o empírico que refiere a la posibilidad de que exista una vulneración al respectivo derecho es:

Vulneración al derecho a la libre autonomía de la voluntad privada: Seguro: $F_i: 2^0 = 1$
 Vulneración al derecho al acceso a la administración de justicia: Plausible: $F_j: 2^1 = 0.5$

Reemplazando los valores en la fórmula del peso y aplicándola a los respectivos derechos, se obtienen como resultado:

Libre autonomía de la voluntad privada:

$$G_{P_i,j}C = \frac{2 \times 4 \times 1}{4 \times 1 \times 0,5} = \frac{8}{2} = 4$$

Libre acceso a la administración de justicia:

$$G_{P_i,j}C = \frac{4 \times 1 \times 0,5}{2 \times 4 \times 1} = \frac{2}{8} = 0.25$$

En conclusión, la vulneración a la libre autonomía de la voluntad es sustancialmente superior a la administración de justicia, lo cual genera que la norma acusada sea irrazonable y desproporcionada respecto a los fines que pretende proteger.

iv. Incumplimiento del 4° requisito: Inaplicación del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas.

Por último, la norma acusada introduce una concepción limitada de administración de justicia, pues constituye una invitación a los ciudadanos a resolver sus controversias por la vía judicial o arbitral, desconociendo los MASC que también son una materialización del acceso a la justicia en nuestro ordenamiento jurídico.

La primacía del derecho sustancial sobre las formas posee un alcance amplio, cuyo objetivo es la optimización de los mecanismos de justicia disponibles para

los ciudadanos. Lo que se busca es el acceso y procedimiento interpretado a la luz del ordenamiento jurídico sea el más favorable al logro y realización del derecho sustancial. En palabras de la Corte Constitucional:

"(...) acorde con la Constitución, las particularidades de los procesos deben estar dirigidas a asegurar la prevalencia del derecho sustancial, el principio de eficacia de los derechos y la protección judicial efectiva. De allí, que sean entendidas como constitucionales justamente, las normas procesales que tienen "como propósito garantizar la efectividad de los derechos" y su eficacia material, y que además propendan por la optimización de los medios de defensa de las personas"⁷⁸.

La norma acusada cierra todas las vías alternas para la solución de conflictos, dejando a las partes encaminadas únicamente por el procedimiento judicial y arbitral. Los cuales, como se ha indicado, suelen ser menos eficientes. Por el contrario respecto de los MASC la eficiencia es una característica esencial, en torno a la conciliación se ha dicho:

"[S]egún un reciente estudio de los tres centros más importantes del país (Bogotá, Cali y Medellín), el 70 % de los casos tramitados con este mecanismo resulta siendo un acuerdo, y es resuelto en menos de 11 días, reafirmando a la conciliación como una figura útil y rápida que restablece relaciones y mejora la productividad de las empresas, pues les permite continuar de manera dinámica con su negocio sin estancarse en el conflicto"⁷⁹.

De esta forma, al conducir a las partes por mecanismos más complejos y poco ágiles se obstaculiza la realización de la justicia de manera óptima y eficiente, por lo cual el legislador incumple con el cuarto requisito.

Cómo se ha presentado en los párrafos precedentes, el legislador incumple con los cuatro requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la configuración de los procedimientos constitucionales y arbitrales. Como consecuencia de esto es posible afirmar que la norma acusada vulnera los fines del Estado (artículo 2), el derecho al debido proceso (artículo 29), el debido ejercicio de la función legislativa (artículo 150) y la administración de justicia (artículo 228), todos estos consagrados en la Constitución Política de Colombia.

3. Vulneración de los arts. 116 y 228 constitucionales: La norma acusada contraviene las funciones y estructura de la rama judicial **Funciones y Estructura de la Rama Judicial**

Carro 3: La norma excede la estructura y funciones que la Constitución reconoció a la Rama Judicial en tanto desconoce los mecanismos, diferentes a

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-227 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁹ Juliana María Giraldo Serna. Los MASC, aliados del crecimiento empresarial. Bogotá: Ámbito Jurídico, 2013 en: <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Mercantil-Propiedad-Intelectual-y-Arbitraje/los-masc-aliados-del-crecimiento-empresarial.cshmt>

las actividades judiciales y arbitrales, para ejercer el derecho fundamental de acceso a la justicia.

La norma acusada vulnera los postulados de la administración de justicia toda vez que propone una visión restringida de la misma, de acuerdo con la cual son los jueces, árbitros o en general "cualquier operador de justicia" los que la administran. Esto deja de lado aquellos MASC donde la noción formalista de operador de justicia no existe, más sí han sido reconocidos constitucionalmente cómo formas de desarrollar y aplicar la solución de conflictos.

La Corte ha reconocido un sentido amplio de la administración de justicia, según la cual:

"Tanto para la protección de los derechos, como para la solución de conflictos, el derecho a acceder a la justicia exige en todas y cada una de las etapas del proceso que la actividad de justicia esté orientada a facilitar la solución pacífica de los conflictos y asegurar de manera efectiva el goce de los derechos. Y esta regla se aplica tanto a la justicia formal, como a los mecanismos alternativos de solución pacífica de conflictos"⁸⁰. (Énfasis agregado).

Lo anterior significa que hay varias formas de acceder a la justicia. Una de ellas son los procesos judiciales y arbitrales. Y otra es la activación de los MASC. Así mismo lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional al señalar que; "la importancia de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, [...] puede resumirse así: (i) buscan hacer efectivo uno de los fines constitucionales como el de la convivencia pacífica; (ii) permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos; (iii) son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, y (iv) son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial"⁸¹. (Énfasis agregado).

Los MASC pueden ser de carácter autocompositivo o heterocompositivo. En el primero de los casos, son las partes las que alcanzan la solución de sus controversia, sea de manera directa o con la asistencia de un tercero que facilita el acercamiento y dialogo entre estas⁸². En Colombia, la negociación, mediación y amigable composición son ejemplos de la autocomposición en los MASC.

También pueden ser heterocompositivos cuando la solución de la controversia se somete a un tercero que se encarga de resolverla de manera independiente y autónoma a las partes⁸³. Entre estos se encuentra el arbitraje, que en Colombia también goza de alcance jurisdiccional de manera similar a la justicia administrada por el Estado.

A pesar de las diferencias conceptuales entre MASC, la voluntad de las partes es transversal para su activación. Sin el deseo de las partes inmersas en la

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-222 de 2013) M.P. María Victoria Calle Correa.

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia C-222 de 2013. Op. cit. 99.

⁸² Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2011. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸³ Ibidem

controversia, estos mecanismos no tendrían ninguna eficacia. Es libertad de las partes para resolver por sus propios sus controversias la forma como se exterioriza esta forma de desarrollar la justicia material. Sin embargo, la restricción de la norma acusada lleva necesariamente a las partes a accionar ante los operadores de la justicia formal, vulnerando el derecho a la administración de justicia.

En consecuencia, los MASC han sido reconocidos por la ley y la jurisprudencia como formas de acceder a la justicia. Es decir, hacen parte del sistema de administración de justicia nacional. Esto significa que cualquier norma que limite su uso, como la norma demandada, desconoce este principio constitucional.

Con el propósito de ampliar el punto, se explicará (a) el reconocimiento constitucional del que gozan los MASC y en consecuencia las cláusulas escalonadas como mecanismo para incentivar su uso. Luego se hará referencia a (b) la importancia del plazo entre los escalones de las cláusulas como garantía de acceso a la justicia frente a los denominados "operadores de justicia". En tercer lugar se pondrá de presente (c) que la Corte Constitucional en anterior oportunidad reconoció la libertad de las partes para pactar este tipo de cláusulas y concederles efectos jurídicos. Por último, (d) se expondrán los beneficios de los MASC en materia de acceso a la justicia y descongestión judicial. Todo esto para concluir que (e) la prohibición de las cláusulas escalonadas va en contravía de la estructura judicial de Colombia y representa una afectación grave del derecho fundamental de acceso a la justicia.

a. Reconocimiento constitucional de los MASC

Los MASC son una forma de administrar justicia acorde con la Constitución Nacional. De suerte que la decisión libre de las partes de resolver la controversia por fuera de la justicia estatal o arbitral debe ser respetada por los operadores jurídicos. Así lo ha defendido la Corte:

"El fundamento último del derecho al acceso de la administración de justicia reside en el derecho de toda persona a obtener una solución justa de su conflicto, ya sea en forma adversarial, o mediante el reconocimiento de la autocomposición mediante la negociación o transacción, o ante un tercero neutral e imparcial como sucede con la conciliación y el arbitraje"⁸⁴.

Se extrae entonces de lo expuesto que los MASC son una forma de administrar justicia reconocido por la Constitución y avalado por la jurisprudencia constitucional.

b. Importancia del plazo entre escalones para el acceso a la justicia

Como se ha explicado, una característica común de las cláusulas escalonadas es la inclusión de un plazo entre las diferentes etapas. Dicho plazo tiene como finalidad establecer un límite temporal en el que las partes intentarán solucionar

⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2001.M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

sus controversias por las vías que dispusieron en el acuerdo. Una vez vencido dicho plazo quedará habilitada la vía judicial o arbitral, o la siguiente etapa en caso de ser varias.

Es decir, aun cuando se pretenda defender la idea de que la administración de justicia sólo se desarrolla ante jueces y árbitros, no hay lugar a justificar la norma acusada, pues las partes no renuncian a estos mecanismos al pactar cláusulas escalonadas. Un caso sobre el tema se dio en la sentencia T-058 de 2009 donde Corte Constitucional se enfrentó a una cláusula con el alcance comentado:

"(...) sólo en caso de falta de acuerdo de las partes en cada etapa de arreglo directo, o de vencimiento de la misma, quedaba habilitada la etapa siguiente, y que la conformación de un tribunal de arbitramento era la última instancia a la cual se podía acudir"⁸⁵. (Énfasis agregado).

c. Precedente judicial

La indicada sentencia T-058 de 2009, es un valioso antecedente de la discusión sobre estas cláusulas. Como ya se habló en esta demanda, la Corte Constitucional conoció de una controversia relacionada a un contrato que contenía una cláusula escalonada:

"Dado lo anterior, queda claro que de manera libre y autónoma las partes decidieron acudir a medios de solución de controversias alternativas a la justicia estatal. Así mismo, que sólo en caso de falta de acuerdo de las partes en cada etapa de arreglo directo, o de vencimiento de la misma, quedaba habilitada la etapa siguiente, y que la conformación de un tribunal de arbitramento era la última instancia a la cual se podía acudir. En este sentido, sólo se puede concluir que si la controversia se solucionaba en una de las etapas se entendía terminado el trámite; igualmente, que la consecución de cada etapa dependía de que se surtiera la anterior"⁸⁶.

En aquella oportunidad la Corte defendió la autonomía de las partes para pactar este tipo de disposiciones contractuales. Consideró que las mismas poseen efectos vinculantes y no constituyen una vulneración al acceso a la administración de justicia:

"Entonces, esta Sala concluye que a diferencia de lo afirmado por el Tribunal de arbitramento, la falta de conformación del Comité Mixto de Interconexión, así como de las demás etapas previstas de manera previa a la conformación de dicho Tribunal, inhabilitaba la constitución de este y lo hacía incompetente para decidir sobre el conflicto propuesto por telefónica. Al respecto, es necesario reiterar que el fundamento constitucional y legal de las formas de arreglo directo previstas por las partes de un contrato para la solución de las controversias que surjan entre ellas, se encuentra en su voluntad de someter sus diferencias por

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 2009. M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁸⁶ Ibidem.

fuera del ámbito de la justicia estatal y, en esa medida, no puede entenderse que esta decisión no sea tenida en cuenta a la hora de finiquitar el conflicto y verificar si se agotaron los medios no judiciales previstos para ello.

En este punto, la Sala debe manifestar que no comparte el criterio expuesto por el Tribunal de Arbitramento en su escrito de contestación de la acción, relativo a que admitir la obligatoriedad del agotamiento de etapas previas a la convocatoria del tribunal de arbitramento podría traducirse en la vulneración del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia de Telefónica. Esto por cuanto, como se indicó anteriormente, si se tiene que las partes decidieron resolver sus controversias por fuera de la administración de justicia del Estado, es claro que dicha decisión no puede configurar una violación del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia de quien la toma.⁸⁷ (Énfasis agregado)

Esta decisión constitucional marca un hito fundamental en la discusión sobre las cláusulas escalonadas. Al gozar de un alcance ajustado a la Constitución Política, y ser la interpretación auténtica de la misma, mediante la presente demanda se insta a la Corte Constitucional a ratificar el entendimiento expresado en dicha sentencia declarando la inconstitucionalidad de la norma acusada.

Cómo se desprende del pronunciamiento antes citado, la decisión de las partes por resolver sus controversias por fuera de la administración de justicia estatal y arbitral, no constituye una vulneración al libre acceso a la administración de justicia. Esto conlleva que el argumento según el cual la norma acusada violenta dicho derecho, se tenga como falaz y carente de sustento.

La Corte Constitucional, quien posee la *interpretación auténtica*⁸⁸ de la Constitución Política, ya se ha pronunciado al respecto. Y esa decisión ha sido en favor de las cláusulas escalonadas. Por ende, el legislador al proferir la norma acusada no solo desconoce dicha interpretación, sino que vulnera la Constitución Política misma, lo cual no puede ser avalado.

d. Beneficios de los MASC en materia de administración de justicia

Tal como lo ha reconocido esta misma Corporación, los MASC contribuyen "a la descongestión, eficacia, celeridad y efectividad del aparato estatal de administración de justicia"⁸⁹, pues permiten que los ciudadanos de manera libre y autónoma puedan alcanzar soluciones a sus propias desavenencias.

El legislador colombiano advierte que los escalones previos pactados por las partes suelen ser "en ocasiones sumamente costosos en términos de tiempo y dinero". No obstante, esta motivación no toma en cuenta por regla general los MASC, que anteceden a los procedimientos judiciales o arbitrales, reducen costos en tiempo y dinero para las partes.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-175 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

La razón es lógica, los procesos judiciales y arbitrales poseen un entramado complejo donde interactúan una serie de sujetos y factores, tales como: presentación de demanda, contestación, audiencias, peritajes, inspecciones judiciales, honorarios de abogados, honorarios de árbitros, entre otros. Todo esto implica gastos para las partes y un procedimiento extenso hasta la emisión de la sentencia o el laudo que ponga fin al asunto.

De acuerdo con información del Consejo Superior de la Judicatura⁹⁰, en el año de 2011 los tiempos procesales promedio según especialidad eran de 625,2 días en materia civil, 1.136,5 días en laboral y 1.143,0 días en administrativo. Estas duraciones no tienen punto de comparación con los plazos establecidos en las cláusulas escalonadas que comúnmente establecen 45 días según el acuerdo de las partes.

Proceso contencioso administrativo	1143
Proceso laboral	1136,5
Proceso civil	625,2
Cláusulas escalonadas	45

Ahora bien, comúnmente cuando se compara la justicia estatal con el arbitraje se suele referir a este último como un mecanismo más ágil para la solución de controversias⁹¹. Esto lo hace atractivo para las partes, particularmente cuando se trata de operaciones con cierto grado de dificultad. Sin embargo sus costos relacionados a tiempo y dinero son significativos en relación a otros MASC.

En aras de ilustrar a esta honorable Corte, a continuación se presenta un ejemplo con datos reales, tomando en cuenta las tarifas de algunos centros de arbitraje y conciliación en Colombia. Aprovechando las herramientas dispuestas en la web para estos cálculos, se planteó como base una cuantía de la controversia de 300 SMLMV, que para el año de 2016 equivale a doscientos seis mil millones ochocientos treinta y seis mil doscientos pesos (\$206.836.200).

Conforme a lo antes indicado, si la controversia se desarrolla como un arbitraje nacional, con tres (3) árbitros, el costo incluyendo costos administrativos y de honorarios a los árbitros y el secretario es de \$ 21.593.699,28 pesos⁹².

⁹⁰ Corporación Excelencia en la Justicia. Tablero de indicadores generales de justicia en Colombia. Toma como base un estudio realizado por AAIC para el Consejo Superior de la Judicatura en 2011, esta información puede ser consultada en: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1fOTae9wdvvaexh7f1yUtBXuukmSbn_1iN16nUHtwnw/pubhtml (visitado el 31 de agosto de 2016).

⁹¹ Ministerio de Justicia. Programa Nacional de Arbitraje en: <https://conciliacion.gov.co/portal/Arbitraje/Qu%C3%A9-es-Arbitraje/Ventajas-del-Arbitraje>

⁹² Este valor puede ser consultado en la página web del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá: <http://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Servicios/Arbitraje/Tarifas>. El mismo monto lo establece el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín: <http://www.camaramedellin.com.co/site/Servicios-Empresariales/MASC/Arbitraje.aspx>

Servicio	%	Valor
Árbitro 1	25%	\$ 4.653.814,50
Árbitro 2	25%	\$ 4.653.814,50
Árbitro 3	25%	\$ 4.653.814,50
Secretario	12.5%	\$ 2.326.907,25
CAC	12.5%	\$ 2.326.907,25
IVA del 16%		\$ 2.978.441,28
TOTAL		\$ 21.593.699,28

Valga aclarar que este costo no toma en cuenta los conceptos por práctica de pruebas, ni mucho menos los honorarios de los abogados de cada parte, entre otros más. Si se sumaran dichos montos la suma total sería mucho mayor a la planteada bajo la hipótesis aquí propuesta.

Ahora bien, si la controversia tiene elementos de internacionalidad y en consecuencia se soluciona como un arbitraje internacional, con tres (3) árbitros, los montos aumentan significativamente oscilando entre un valor de \$36.618.256 y \$91.299.056:

Honorarios del árbitro o los árbitros	Valor
Mínimo	\$ 27.463.692
Máximo	\$ 82.144.492

Tarifa administrativa	Valor
Gastos Administrativos	\$9.154.564

Como a primera vista se observa, solucionar las controversias jurídicas mediante la justicia estatal, o incluso el arbitraje, significa grandes costos para las partes. Pero por el contrario, si las partes deciden utilizar mecanismos de solución de controversias amigables, los costos se reducen significativamente. La primera opción, y una de las más recurrentes, es el trato o negociación directa. Mediante este al ser las mismas partes las que se reúnen para intentar dar una solución a sus diferencias, no existen costos administrativos ni honorarios que pagar a terceros, por lo que el costo de la negociación llega a ser casi nulo (\$0).

Si las partes desean que intervenga un tercero en sus negociaciones, tienen otras dos opciones disponibles: la conciliación y la amigable composición.

En el caso de la conciliación, la Cámara de Comercio de Bogotá establece un total de costos de \$5.878.288 pesos⁹³, por su parte, la Cámara de Comercio de Medellín arroja un costo de \$ 1.146.332 en consideración a la cuantía⁹⁴:

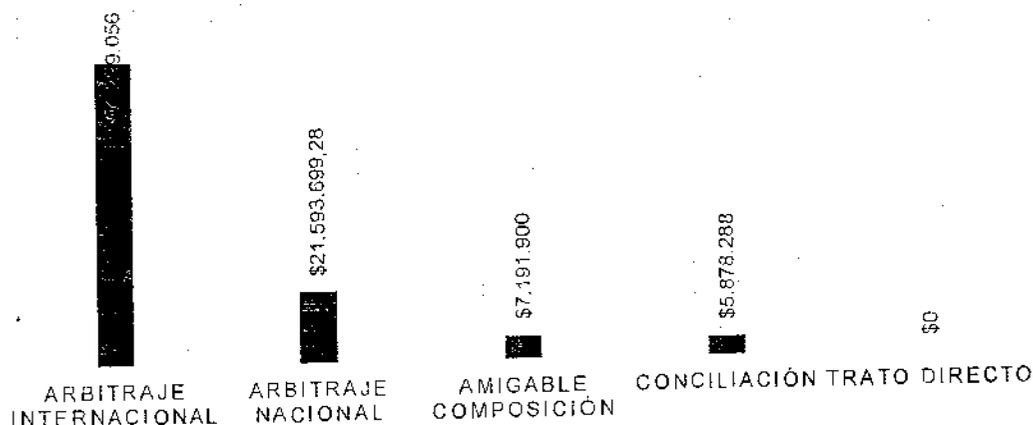
⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ibidem.

SMLMV 2016	\$ 689.454
CUANTÍA DEL CASO	\$ 206.836.200
TARIFA INICIAL	\$ 988.217
*HONORARIOS CONCILIADOR (45% del total de la tarifa inicial)	\$444.698
*GASTOS ADMINISTRATIVOS (55% del total de la tarifa inicial)	\$543.520
*IVA (16%)	\$ 158.115
TOTAL A PAGAR	\$ 1.146.332

Por último, en el caso de la amigable composición los datos de la Cámara de Comercio de Medellín presentan un costo total de \$ 7.197.900 pesos.

A continuación se presentan los costos aproximados de la solución de una controversia por las diferentes vías disponibles, bajo la hipótesis propuesta:



Como se muestra en la tabla anterior, la diferencia entre los costos de los mecanismos litigiosos y los de amigable solución es marcada, llegando a ser inclusive del 100%. Lo que demuestra la falsa hipótesis sobre la que se sustenta la norma acusada en cuanto al costo económico.

También internacionalmente existe un grado de acuerdo respecto a los altos costos de tiempo y dinero que significa un arbitraje. Así, en una encuesta realizada a diferentes expertos en arbitraje se les pregunta ¿cuál son las tres peores características del arbitraje internacional? Dentro de las diez principales características escogidas, la primera fue costos en un 68% y la cuarta el tiempo en un 36%⁹⁵. Una consulta igual, esta vez dirigida a los usuarios del arbitraje (las empresas), de once características la primera fue ser más costoso que otros mecanismos de solución de controversias disponibles (22%) y la segunda que su duración era más prolongada que esos otros mecanismos (17%)⁹⁶.

⁹⁵ Queen Mary University of London & White & Case, '(2015 International Arbitration survey: Improvements and Innovations in International Arbitration' (QMUL, 2015) <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>> revisado el 23 de Agosto de 2016.

⁹⁶ Ibidem.

La conclusión es clara, tanto la justicia estatal como el arbitraje poseen costos mayúsculos si se comparan con otros MASC. Las cláusulas escalonadas ayudan a las partes a evitar dichos costos, facilitando soluciones amistosas, celeras y económicas. Por lo que su prohibición carece de todo fundamento, y muy por el contrario, quebranta principios constitucionales básicos DEL Estado colombiano.

e. La norma desconoce la estructura judicial de Colombia y el derecho fundamental de acceso a la justicia

De todo lo expuesto se puede concluir que la prohibición establecida por el legislador para pactar cláusulas escalonadas, desconoce la estructura de la administración de justicia en Colombia y representa un detrimento al derecho a acceder a la justicia.

4. La norma acusada vulnera el principio de buena fe contractual y establece una presunción de mala fe en contra de las partes que pactan cláusulas escalonadas.

Cargo 4: la norma acusada desconoce el principio de buena fe pues su consagración obedece al presupuesto de que este tipo de cláusulas contractuales pretenden dilatar los procesos judiciales en detrimento de la otra parte contractual.

La norma acusada vulnera el principio general de la buena fe establecido en el artículo 83 de la Constitución Política por dos razones. La primera de ellas, porque restringe los efectos del principio de buena fe en materia contractual. Y la segunda, plantea una presunción de mala fe respecto a los particulares que pactan cláusulas escalonadas.

En relación con la primera, la Corte Constitucional ha sostenido que la buena fe tiene gran influencia en las actuaciones que suceden entre los particulares⁹⁷:

"El artículo 83 de la Constitución Política reconoce el principio de buena fe en las actuaciones de los particulares. Dicha disposición de raigambre Superior tiene desarrollo legislativo concreto, en materia contractual, en los artículos 1603 de Código Civil y 871 del Código de Comercio.

Según el principio de buena fe contractual, las partes obligadas 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 al momento de aceptar la realización de una determinada prestación, se procederá con honestidad, lealtad y moralidad".

Interpretado a la luz de las normas de derecho privado, como el Código Civil⁹⁸, la buena fe constituye un criterio regulador de conducta, pero ante todo es un

⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil

principio habilitador para que las partes puedan suscribir libremente negocios jurídicos siempre que se amparan bajo sus postulados. Siendo que de este principio emanan todas las obligaciones entre particulares, la restricción de la norma al pacto de estipulaciones que persiguen fines legítimos y válidos constitucionalmente hablando, como las cláusulas escalonadas, también es una restricción al principio de la buena fe contractual.

Dos o más partes que suscriben un contrato tienen la esperanza de lo expresado en el pacto sea vinculante y cumplido por ambas. Pero si el ordenamiento jurídico impide esto, tal expectativa se verá defraudada. Como señala López Anton "la parte que invoca la obligatoriedad y el cumplimiento de los escalones iniciales de una cláusula multinivel tiene derecho a que se decreta 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"⁹⁹

Esta vulneración de la buena fe además se vislumbra en una segunda forma, relacionada a una presunción de mala fe que el legislador establece en contra de las partes que suscriben las cláusulas escalonadas. En efecto, el legislador fundamenta la norma acusada sosteniendo que las cláusulas escalonadas "tienen como propósito o como efecto impedir o restringir el derecho al libre acceso a la administración de justicia (...)"¹⁰⁰

Esta asunción parte de premisas erradas, pues implica presuponer que la intención de las partes al momento de pactar estas cláusulas es sortear la justicia estatal o arbitral de manera dolosa. Tal situación se traduce en una presunción de mala fe que trasgrede el principio de buena fe establecido en el artículo 83 de nuestra Constitución Política¹⁰¹. Esta presunción normalmente se observa en relación a las actuaciones de particulares frente a autoridades públicas, pero también "irradia las relaciones jurídicas entre particulares, y por ello la ley también pueda establecer, en casos específicos, esta presunción en las relaciones que entre ellos se desarrollen".

Esto es importante en tanto la norma acusada establece una presunción de mala fe que afecta ambas situaciones. Entre particulares, como se ha comentado líneas arriba, por cuanto restringe la buena fe como creadora de obligaciones. Y también frente a las autoridades públicas, pues la norma obliga a que los operadores jurídicos consideren que cualquier pacto donde las partes establezcan requisitos procedimentales se traten como obstáculos a la administración de justicia, y por ende, sean declarados ineficaces. Por ejemplo, si una parte invoca una excepción previa ante el juez o el árbitro, exigiendo la

⁹⁹ Artículo 1603. Ejecución De Buena Fe. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

⁹⁹ LOPEZ ANTON, Félix. Ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros (La aplicación del Convenio de Nueva York). Diario La Ley, 1985, p. 1190.

¹⁰⁰ GACETA DEL CONGRESO 261 del 23/05/2012. Informe de Ponencia Segundo Debate Proyecto de Ley 159 de 2011 Senado y 196 de 2011 Cámara por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta_indice?v_num=261&v_anog=2012

¹⁰¹ Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

activación del escalón previo pactado con su co-contratante, el operador jurídico se verá obligado a desechar dicha estipulación y dar trámite al procedimiento judicial/arbitral conforme la norma acusada.

No obstante, como se ha demostrado, no hay razón para creer que las cláusulas escalonadas representan un obstáculo a la administración de justicia. La interpretación del legislador carece de toda justificación. Pues sin expresar fundamento alguno asume que la voluntad de las partes al pactar cláusulas escalonadas es la de constituir un obstáculo al acceso a la Justicia, ignorando una interpretación de buena fe según la cual las partes al pactar "escalones" previos al arbitraje tienen la intención de resolver la controversia de manera amistosa, económica y celerata antes de acudir ante jueces y árbitros, como ya se ha demostrado.

En conclusión, la disposición acusada vulnera el artículo 83 de la Constitución Política en tanto restringe los efectos de la buena fe contractual y presume la mala fe de las partes al suscribir cláusulas escalonadas.

V. **Conclusiones**

Conforme a los argumentos antes señalados es posible concluir que la norma acusada:

- (I) Vulnera el derecho a libre autonomía de la voluntad, en tanto restringe el derecho de los particulares a suscribir cláusulas escalonadas.
- (II) Excede el margen de configuración de los procedimientos judiciales y arbitrales en tanto la norma acusada:
 - a. No observa los principios y fines del Estado.
 - b. No protege la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos en materia procesal.
 - c. Es irrazonable y desproporcionada.
 - d. Privilegia las formas sobre el derecho sustancial.
- (III) Atenta contra la estructura de la administración de justicia al imponer una visión limitada y formalista de justicia, que excluye las formas amigables de solución de controversias.
- (IV) Vulnera el principio de buena fe contemplado en la Constitución y establece una presunción de mala fe respecto a los particulares que pactan cláusulas escalonadas.

Como consecuencia, la norma acusada debe ser declarada inconstitucional por violentar los principios constitucionales antes citados.

VI. **PETICIÓN SUBSIDIARIA: CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA DE LA NORMA ACUSADA**

En el hipotético caso de que la honorable Corte Constitucional considere que la norma acusada permite al menos una interpretación constitucionalmente válida, que no amerita su declaratoria de inconstitucionalidad total¹⁰², se solicita de manera subsidiaria que se profiera una sentencia de constitucional condicionada.

Como ha sido ampliamente reconocido¹⁰³, los árbitros cuando ejercen funciones jurisdiccionales califican como "cualquier operador de justicia". Esto significa que la prohibición es aplicable a los casos de arbitraje. Si se tiene en cuenta que el arbitraje posee un origen contractual, mediante el pacto arbitral, las partes gozan de una libertad amplia para diseñar el procedimiento que deben ejecutar para solucionar sus controversias. En consecuencia, esta prohibición en materia de arbitraje representa claramente una afectación al derecho de acceso a la administración de justicia.

En ese sentido, si el deseo de las partes es establecer etapas o escalones previos al arbitraje para solucionar sus controversias, en virtud de todos los argumentos antes esbozados, se solicita a la Corte que declare la norma acusada como constitucional en el entendido que no es aplicable a los casos donde las partes han pactado arbitraje.

VII. PETICIONES

Con fundamento en expuesto en esta demanda, solicitamos a la Corte Constitucional que declare la inexecutable del inciso 2° del artículo 13 de la ley 1563 de 2012, en atención a que desconoce los principios de libre autonomía de la libertad privada, administración de justicia, buena fe y excede el margen de libertad de configuración normativa del legislador.

De manera subsidiaria, y solo en caso de que la Corte lo considere necesario, se solicita declare la constitucionalidad condicionada de la norma acusada en el entendido de que la expresión "cualquier operador de justicia" no incluye a los árbitros.

VIII. NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones éstas serán recibidas en:

Dirección: Calle 25 N° 32ª – 41 Interior 3 Apto 102 Conjunto Takay II. Barrio Gran América.
Celular: 316 577 9397

¹⁰² El principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución impide a la Corte excluir del ordenamiento una norma cuando existe por lo menos una interpretación de la misma que se concilia con el texto constitucional. Este principio maximiza la eficacia de la actuación estatal y consagra una presunción en favor de la legalidad democrática. El costo social e institucional de declarar la inexecutable de una norma jurídica infraconstitucional debe ser evitado en la medida en que mediante una adecuada interpretación de la misma se respeten los postulados de la Constitución.

¹⁰³ Art. 116 CP "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". Así lo explicó la Corte en la sentencia C-242 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara).