

Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia

Rafael BERNAL GUTIÉRREZ, Esteban PUYO POSADA,
Felipe GONZÁLEZ ARRIETA, Andrea QUIROGA
RODRÍGUEZ, Andrés Fernando TORRES MARTÍNEZ,
Isabel Victoria GAITÁN RODRÍGUEZ, Laura ESPINOSA
BARRERO, Leidy Adriana PERALTA FAJARDO,
María Angélica MUNAR GORDILLO, María Del Pilar
RESTREPO VIÑA, Martha Eliana MARTÍNEZ
ESPINOZA, Salua María HASBUN ABUDINEN y
Verónica ROMERO CHACÍN *

Sumario: I. Introducción. II. La aproximación de las cortes anglosajonas. 1. Las cortes norteamericanas: A) El concepto de *definiteness*; B) La activación del escalón de arbitraje; C) La prohibición de las tácticas dilatorias. 2. Las cortes inglesas: A) Los acuerdos de términos no finalizados; B) La efectividad procedimental y la declinatoria de jurisdicción; C) La futilidad de someter a las partes a la obligación de cumplir con los escalones previos. III. La aproximación de las cortes europeas continentales. 1. La experiencia Suiza. 2. La experiencia Alemana. IV. Las cláusulas escalonadas en Colombia: su aproximación por parte de las cortes. 1. La conciliación como requisito de procedibilidad. 2. La imposibilidad de establecer contractualmente requisitos de procedibilidad adicionales: la posición del Consejo de Estado. 3. La obligatoriedad de agotar las etapas previas al arbitraje y la vía de hecho por defecto orgánico: la posición de la Corte Constitucional. 4. La falta de jurisdicción de los tribunales arbitrales: la posición de la Corte Suprema de Justicia. V. Algunas proyecciones y conclusiones. 1. La aplicabilidad de la teoría de los actos propios. 2. La validez del *pactum de non petendo*. 3. ¿Admisibilidad o jurisdicción? 4. La validez y obligatoriedad de las cláusulas escalonadas en el arbitraje colombiano.

I. Introducción

El arbitraje se ha convertido, sin lugar a dudas, en el método alternativo de solución de conflictos (MASC en adelante) por excelencia. Aún más, se puede decir que, en el ámbito internacional, éste se ha convertido en el método natural de solución de conflictos entre agentes económicos, desplazando incluso a la justicia estatal. Tal y cómo lo establecen los profesores Merino Merchán y Chillón Medina “El arbitraje (...) constituye el método normal y

* Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (CAC – CCB), Bogotá, Colombia, 2010.

habitual de una justicia internacional adaptada a las necesidades específicas del comercio”¹.

Así pues, es claro y demostrable el gran auge y posicionamiento que hoy tiene el arbitraje internacional. Sin embargo, problemas que de hace tiempo se vienen presentando en el arbitraje, como tiempos muy largos y costos muy altos, han hecho que los comerciantes y, en general, la comunidad busque nuevas formas de solucionar sus conflictos a un menor costo y en un menor tiempo. A esta realidad ha respondido varios sectores de diversas maneras.

En Colombia, por ejemplo, se la ha dado la mayor relevancia a la conciliación, estableciéndola como requisito de procedibilidad que es necesario agotar para acudir a la jurisdicción en ciertos procesos. Así pues, si dicho requisito no es agotado, la demanda es inadmisibile y el juez deberá devolver a las partes a la fase de conciliación prejudicial a fin de que agoten el requisito de procedibilidad y vuelvan a presentar la demanda. Sobre esto se volverá más adelante y se abordará con mayor detalle.

De igual manera, las partes involucradas en potenciales conflictos y las principales cortes y centros de arbitraje internacional han adoptado diversas soluciones para reducir tiempos y costos en el arbitraje y lograr una solución más eficiente y económica a sus conflictos. De esta manera, es cada vez más común encontrar referencias a los llamados *fast-track arbitrations* o arbitrajes acelerados o simplificados bien sea en los reglamentos de algunos Centros² o en los acuerdos de las partes, que buscan, como su nombre lo indica, que el arbitraje se desarrolle en tiempos más cortos.

Con la misma lógica han venido desarrollándose e implementándose las llamadas cláusulas escalonadas o multinivel, que se han convertido en las figuras más interesantes y apasionantes de los últimos tiempos en el arbitraje comercial internacional por los retos y desafíos que las mismas implican.

Dichas cláusulas se originaron, principalmente, por la necesidad de llegar a una solución de los conflictos más rápida y económica y por la especialidad y dificultad de ciertos conflictos muy técnicos, y encontraron una rápida expansión jalonada, en gran medida, por arbitrajes en ramas como la ingeniería y la construcción que, por su especial complejidad, requerían de nuevas y más eficientes formas de solución de conflictos.

Este tipo de cláusulas fueron rápidamente reguladas por la mayoría de las instituciones arbitrales y empresariales quienes comenzaron a incluir cláusulas modelo que establecen MASC previos al arbitraje, como pasos o escalones previos a éste, y con menor carga de heterocomposición³. En efecto, las ven-

¹ J.F. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho arbitral*, 3ªed., Madrid, Thomson-Civitas, p. 86

² Regulaciones específicas en cuanto a arbitrajes acelerados se pueden encontrar, entre otros, en los reglamentos de la AAA o de la CCI.

³ Al respecto se pueden ver las cláusulas modelo de la CCI en donde se combinan mecanismos como el uso de otros MASC (ADR por su sigla en inglés) seguidos por arbitraje, o de procedimientos precautorios prearbitrales seguidos de arbitraje. Así mismo, es muy usado en contratos de construcción e ingeniería ya que algunas entidades como FIDIC o ENAA contemplan en sus contratos modelo

tajas que la doctrina generalmente le ha dado a las cláusulas escalonadas responden, precisamente, a la disminución de costos y tiempos para llegar a una solución de la disputa y el mayor experticio que pueden tener las personas involucradas en los escalones previos tales como la negociación entre cargos ejecutivos o el uso de los *dispute adjudication boards*⁴.

Las cláusulas escalonadas o multinivel pueden definirse como una cláusula arbitral combinada con estipulaciones propias de otros tipos de MASC, que buscan proveer escenarios y etapas iniciales y previas al arbitraje menos formales y autocompositivas⁵. Estas etapas previas buscan generar un acercamiento entre las partes para que solucionen el conflicto con menores costos y en menor tiempo, y que sólo acudan al arbitraje en caso de que sea completamente necesario. Sin embargo, en la práctica, este tipo de cláusulas han generado una problemática sumamente compleja a la hora de ejecutar dichas cláusulas, puesto que la obligatoriedad de cumplir o agotar estos escalones previos no ha sido un tema pacífico. Así las cosas, se presentan problemas en casos en los cuales, por ejemplo, se ha pactado en la cláusula una negociación directa entre los gerentes generales de ambas empresas con anterioridad al arbitraje, y una de las partes acude directamente al arbitraje sin agotar esta negociación directa pues cree que la misma no es obligatoria. De igual manera, es un tema igual de problemático el hecho de determinar si en caso del no agotamiento de los escalones previos, se presentaría un problema en cuanto a la jurisdicción y competencia del tribunal o en cuanto a la admisibilidad de la demanda. Este par de ejemplos son sólo algunos de los que se presentan en la práctica con respecto a las cláusulas escalonadas o multinivel, y son temas que, en últimas, serán solucionados por los tribunales arbitrales y, en última instancia, por las cortes nacionales.

Por todo lo anterior, cobra especial relevancia analizar el trato que le han dado a las cláusulas escalonadas las diferentes cortes nacionales y los tribunales arbitrales internacionales. Después de todo, aun cuando el tribunal se declare competente, la última palabra sobre la ejecutabilidad de las cláusulas escalonadas y la obligatoriedad de agotar los escalones previos la tendrá la ley de la sede del arbitraje o la *lex loci arbitri*⁶. Su trato, se verá, dependerá del caso en concreto y, más allá de conceptos propios de las diferentes familias y tradiciones jurídicas imperantes, se buscará darle el mayor efecto a la voluntad efectiva de las partes. Finalmente, y teniendo como sustento la aproximación que se la ha dado al tema a nivel internacional, se analizará la aproximación al tema en Colombia, la cual, por especiales consideraciones propias del ordenamiento interno, resulta algo diferente al estándar internacional.

o estándar, cláusulas escalonadas que combinan métodos como la negociación directa entre las partes y/o la conciliación anteriores al arbitraje.

⁴ Para ver más información sobre las ventajas y desventajas de los diferentes métodos utilizados antes al arbitraje, *vid.* J. Jenkins y J. Stebbings, *International Construction Arbitration Law*, Kluwer Law International, 2006.

⁵ *Cf.* G.B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Kluwer Law International, 2010.

⁶ *Cf.* K.P. Berger, "Law and Practice of International Arbitration", *Arb. Int'l*, vol. 22, n° 1, 2006.

II. La aproximación de las cortes anglosajonas

1. Las cortes norteamericanas

La figura de las cláusulas escalonadas ha estado presente en el derecho norteamericano desde hace bastante tiempo y su desarrollo ha sido supremamente importante, en especial, en cláusulas que preveían soluciones alternativas al conflicto previas a la posibilidad de someter el mismo a litigio ante las cortes nacionales. Así pues, se ha ido desarrollando una línea jurisprudencial muy importante y más o menos estable en torno al trato que se le debe dar a este tipo de cláusulas.

Dicho desarrollo ha llevado a que se consagre positivamente el hecho de que es el tribunal arbitral, y no las cortes nacionales, quien debe decidir sobre la validez de este tipo de cláusulas al establecer en la sección 6, literal (c) del *Revised Uniform Arbitration Act* del 2000 (RUAA por sus siglas en inglés) que “el árbitro debe decidir si un requisito previo para poder acudir al arbitraje ha sido cumplido o si un contrato que contiene un acuerdo de arbitraje válido es ejecutable”⁷. Aún mayor claridad al respecto deja el comentario 2 a dicha sección en donde se establece que temas relativos al cumplimiento o no de prerequisites previos al arbitraje deben ser resueltos por el árbitro⁸. Este principio relativo a en cabeza de quién debe recaer la competencia para decidir sobre la ejecutabilidad y validez de este tipo de cláusulas, sumados a otros cómo el de *definiteness*, han marcado la aproximación al tema de las cláusulas escalonadas en EE UU con fuerte inclinación a favorecer de los MASC y a darle plenos efectos legales a la voluntad clara y expresa de las partes.

A) El concepto de *definiteness*

Las cortes norteamericanas han tenido, generalmente, una actitud favorable a darle plenos efectos legales a la voluntad de las partes expresada en las cláusulas escalonadas y al sometimiento a una serie de escalones previos que proveen métodos de solución de controversias menos formales y más auto-compositivos para, finalmente, llegar al arbitraje o al litigio ante las cortes nacionales. Sin embargo, esta actitud a favor de la efectividad de las cláusulas escalonadas está marcada por un concepto de trascendental importancia como el concepto de *definiteness*. Dicho concepto hace referencia a que a fin de que los primeros escalones de las cláusulas en mención sean obligatorios y ejecutables, es necesario que los mismos estén redactados de forma clara y expresa. En otras palabras, los llamados acuerdos de términos abiertos no son ni pueden ser ejecutables por su vaguedad e imposibilidad de determinación de cumplimiento.

⁷ Traducción libre. Texto original: “An arbitrator shall decide whether a condition precedent to arbitrability has been fulfilled and whether a contract containing a valid agreement to arbitrate is enforceable.”

⁸ Cf. *Revised Uniform Arbitration Act* 2000, § 6, comment 2.

Así las cosas, los “acuerdos para acordar” o *agreements to agree* no son ejecutables pues no existe un factor objetivo para determinar o no su cumplimiento⁹. Aún más, si bien existen posiciones en contrario y se podría pensar que dichos acuerdos son ejecutables bajo el principio de la buena fe contractual, compartimos plenamente la posición de una corte de Nueva York cuando dice que, “aun cuando se busca construir una cláusula en el sentido de que se provee que una parte debe usar su mejor esfuerzo, son esenciales una serie de lineamientos claros contra los cuales medir el mejor esfuerzo de la parte para poder ejecutar dicha cláusula”¹⁰.

Las cortes norteamericanas han reconocido, pues, cláusulas en las cuales existe un estándar objetivo que indique un grado de *definiteness* o de certeza sobre el procedimiento a seguir en los escalones previos al arbitraje. Bajo esta lógica, se han reconocido y ejecutado cláusulas escalonadas en donde los escalones previos, sean estos, por ejemplo, conciliación¹¹ o negociación directa entre las partes, han estado bien definidos y sujetos a un estándar objetivo como puede ser una “(...) duración limitada de negociación o mediación, un número especificado de sesiones de negociación, participantes específicos en la negociación, o mediación según unas reglas específicas o bajo el auspicio de una institución particular de solución de disputas (...)”¹².

Ligado al concepto de *definiteness*, las cortes norteamericanas han desarrollado un par de conceptos más: el de la obligatoriedad del lenguaje y el

⁹ Si bien existen posiciones en el otro sentido que dicen que dichos acuerdos si son válidos y ejecutables, dicha posición es ciertamente minoritaria y no es la compartida por los autores. Al respecto, *vid.* K.P. Berger, *loc. cit.*, o la decisión de la Corte del Segundo Distrito de Nueva York en el caso *Thompson v. Liquichimica of America Inc*, en donde la corte estableció que era válido y ejecutable acuerdo en el que se establecía que las partes debían usar sus mejores esfuerzos para lograr un acuerdo.

¹⁰ *Mocca Lounge, Inc. v. Misak*, 94 AD 2d 761, 763 (2d Dep’t 1983). Texto original: “*even when called upon to construe a clause in a contract expressly providing that a party is to apply his best efforts, a clear set of guidelines against which to measure a party’s best efforts is essential to the enforcement of such a clause*”.

¹¹ Para efectos del presente escrito y siguiendo la Ley Modelo de Conciliación de la Uncitral, los términos conciliación y mediación son usados indistintamente como sinónimos.

¹² D.J. File, “United States: Multi-Step Dispute Resolution Clauses”, *IBA Legal Practice Division, Mediation Committee Newsletter*; July 2007. Texto original: “(...) *a limited duration of negotiation or mediation, a specified number of negotiation sessions, specified negotiation participants, or mediation pursuant to specified rules or under the auspices of a particular dispute resolution institution* (...)”. Al respecto se pueden ver el caso *Fluor Enters* (147 F Supp 2d) en donde se establecía en el primer escalón que se debían reunir los directores del proyecto durante, por lo menos, 14 días; el segundo escalón preveía que se debían reunir los altos ejecutivos dentro de un periodo de 14 días y que tenían 30 días para lograr una solución una vez se hubiera reunido; el tercer escalón proveía que se debía intentar una mediación de acuerdo a las reglas de una institución en particular; y finalmente, el último escalón establecía la posibilidad de litigar la disputa si todos los demás escalones fallaban. También se puede consultar el caso *White v. Kampner* (641 A. 2d) en el que la cláusula en el contrato establecía que debía al menor haber dos sesiones de negociación antes de iniciar el arbitraje. En cuanto a la sujeción de la mediación a unas reglas determinadas se pueden ver los casos *Him Portland LLC v. DeVito Builders Inc* (317 F 3d) o *AMF, Inc v. Brunswick Corp* (621 F Supp).

de la adversarialidad¹³ de los escalones previos comparados con el arbitraje o el litigio.

Así las cosas, cuando las cortes han encontrado que el lenguaje denota una obligación de las partes, como el uso de la palabra “*shall*” en lugar de la palabra “*may*”, de someter la disputa a unos escalones previos al arbitraje, éstas han dicho que dichos escalones son obligatorios y las partes deben cumplirlos. El anterior fue el razonamiento de la Corte del Primer Circuito de Apelaciones de EE UU en el caso *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc* cuando estableció que una cláusula que establecía que las disputas debían (*shall*) ser sujetas a mediación como una condición precedente al arbitraje, era ejecutable y obligatoria, puesto que, “de acuerdo al lenguaje claro del contrato, la posibilidad de arbitraje aún no había sido activada hasta que una de las partes no solicite la mediación”¹⁴. El tema de la activación del escalón de arbitraje será analizado más adelante. Ahora, en cuanto a la adversarialidad de los procedimientos, las cortes norteamericanas han ejecutado cláusulas en las cuales los escalones iniciales previos al arbitraje han establecido MASC menos adversariales al arbitraje o al litigio. De esta forma, si la condición simplemente preveía que era necesario un requerimiento específico para iniciar el arbitraje, pero dicho requerimiento no hacía referencia a someter la controversia a un procedimiento menos adversarial como conciliación (*v.gr.*, una específica noticia), las cortes no han considerado como obligatorio dicho acuerdo. Por el contrario, cuando se proveen MASC menos adversariales en los escalones previos al arbitraje, dichos acuerdos han sido ejecutados por las cortes y decretados como obligatorios¹⁵.

B) La activación del escalón de arbitraje

Menos pacífica es la posición de la jurisprudencia norteamericana en determinar los efectos que tendría el no cumplimiento de los escalones previos de una cláusula escalonada frente al arbitraje. Por una parte, no es muy claro si el incumplimiento de estos escalones previos afectaría la jurisdicción del tribunal arbitral o la admisibilidad de la demanda. Existen casos y argumentos en ambos sentidos, si bien el tema no ha sido expresamente tratado. Por otra parte, no existe claridad sobre si el incumplimiento de los escalones previos faculta a cualquiera de las partes a obviar el compromiso de someter sus disputas a un tribunal arbitral y, por lo tanto, lo habilita para acudir a las cortes nacionales. En otras palabras, no es claro si el incumplimiento de los escalones iniciales hace que el acuerdo arbitral pierda sus efectos, dejando a las partes en libertad de iniciar una acción ante las cortes nacionales. Todo

¹³ Este término, aunque poco castizo, da cuenta de la naturaleza litigiosa, confrontacional y de contradicción que tienen algunos MASC en particular.

¹⁴ *Him Portland LLC v. DeVito Builders Inc* (317 F 3d), en D.J. File, “United States: Multi-Step Dispute Resolution Clauses”, *loc. cit.*. Texto original: “*under the plain language of the contract, the arbitration provision is not triggered until one of the parties requests mediation*”.

¹⁵ Un ejemplo de estas dos situaciones, se pueden ver en los casos *Fluor Enters* y *White vs. Kampner*. Para mayor información al respecto *vid.* D.J. File, *loc. cit.*

esto se ha tratado en las cortes norteamericanas siempre bajo la perspectiva de si el escalón del arbitraje ha sido o no ha sido activado.

En algunos casos, se ha entendido que el incumplimiento de los escalones iniciales de una cláusula escalonada lleva a que el escalón final que contiene la posibilidad de acudir a un tribunal arbitral no se entienda activado. Así pues, como el escalón del arbitraje no se ha activado, ninguna de las partes puede verse obligada a someterse a un arbitraje. De igual manera, cualquiera de las partes puede iniciar un procedimiento ante las cortes nacionales, puesto que la cláusula escalonada, al haberse incumplido los escalones previos al arbitraje, ha perdido sus efectos y, por lo tanto, ya no es obligatorio someter las controversias a arbitraje. Pareciera entonces que, en estos casos, el incumplimiento de los escalones previos repercute sobre la jurisdicción del tribunal arbitral haciendo que el tribunal pierda su jurisdicción, que la cláusula pierda sus efectos y que válidamente se pueda demandar ante los jueces nacionales¹⁶.

No obstante, cómo se dijo, el tema no es pacífico y existen posiciones en contrario, tal como lo demuestran casos como *Dave Greylak Enters Inc v. Mazda Motors of America Inc.*, en el cual, la Corte sostuvo que los escalones iniciales en la cláusula multinivel prevista, se debían mirar en contexto con el propósito de la misma que era buscar unas formas alternativas no judiciales de solución de las posibles disputas entre las partes sin acudir, en ningún caso, a las cortes nacionales. Un razonamiento similar se sostuvo en el caso *Welborn Clinic v. Medquist Inc.* en donde la corte sostuvo que el propósito de las cláusulas escalonadas era “indudablemente fomentar negociaciones exitosas a fin de que ni el litigio ni el arbitraje fueran necesarios, así como no preferir las cortes a un árbitro si las discusiones informales se rompían”¹⁷. Estos dos casos plantean la posición de que el incumplimiento de los escalones previos al arbitraje, no implica necesariamente la ineficacia de la cláusula escalonada ni afecta la jurisdicción de los árbitros. Por el contrario, parecería que los árbitros mantienen su jurisdicción para decidir sobre la disputa, generando la imposibilidad para iniciar un proceso ante las cortes nacionales pues la cláusula multinivel mantiene todos sus efectos y las disputas deben ser sometidas a arbitraje. Según este tipo de argumentación, las partes siguen obligadas por la cláusula, y el incumplimiento de los escalones previos podría ser tratado como un incumplimiento contractual por parte de los árbitros o como un tema de admisibilidad de la demanda, caso en el cual se debería devolver a las partes quienes estarían obligadas a agotar dichos escalones previos para poder, ahí sí, presentar su demanda ante el tribunal arbitral.

¹⁶ Este ha sido el razonamiento de la Primera Corte de Apelaciones en el caso *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc* y de la Decimoprimer Corte de Apelaciones en el caso *Kemiron Atlantic Inc v. Jennings*.

¹⁷ *Welborn Clinic v. Medquist Inc* (301 3d 634, 638 7th Cir. 2002), citado en D.J. File, *loc. cit.* Texto original: “is undoubtedly to encourage successful negotiations so that neither litigation nor arbitration will be necessary, not to prefer the courts to an arbitrator if informal discussions break down”.

C) La prohibición de las tácticas dilatorias

Otro desarrollo jurisprudencial norteamericano importante y pertinente para el objeto de este ensayo, es el de la prohibición de las tácticas dilatorias. En virtud de esta prohibición, las cortes estadounidenses han sostenido que no es posible ejecutar cláusulas escalonadas y decretar la obligatoriedad de los escalones previos cuando es evidente que el cumplimiento de los mismos busca única y exclusivamente dilatar injustificadamente el arbitraje o el litigio. Así lo sostuvo una corte en el caso *Cumberland and York Distributors v. Coors Brewing* cuando dijo que “(es) seguro que a una parte no se le puede permitir que prolongue la resolución de una disputa al insistir en un término del acuerdo que, mediante una construcción razonable, sólo llevaría a una demora adicional”¹⁸.

La dificultad, obviamente, radica en determinar cuándo se está frente a una táctica dilatoria o cómo se haría la “construcción razonable”, pues esto riñe con otra construcción que han hecho las cortes en relación con que la futilidad de buscar el cumplimiento de los escalones iniciales no puede llevar a que dicho cumplimiento no se haga efectivo. En otras palabras, la parte que invoca la obligatoriedad y el cumplimiento de los escalones iniciales de una cláusula multinivel tiene derecho a que se decrete tal obligatoriedad y a que se cumpla con dichos escalones, así el resultado vaya a ser fútil o no se vaya a solucionar efectivamente el conflicto. Así lo sostuvo una corte en el caso *US v. Bankers Ins Co*, al asegurar que el hecho de que una de las partes asegurara que el procedimiento contenido en los primeros escalones era fútil, no hacía que los mismos no fueran obligatorios, puesto que allí era posible llegar a un acuerdo que fuera satisfactorio para las partes, por lo cual no era posible para la corte determinar tal futilidad *a priori*.

2. Las cortes inglesas

A) Los acuerdos de términos no finalizados

No menos interesante resulta el debate en las cortes inglesas. Si bien tradicionalmente se sostuvo que los *agreements to agree* y los *agreements to negotiate* no eran ejecutables ni obligatorios a la luz del derecho inglés, el cambio empezó con los célebres casos *Cable Wireless* y *Channel Tunnel* en los que la Corte Comercial de Inglaterra cambió la jurisprudencia hasta el momento imperante, considerando que ese tipo de acuerdos eran ejecutables y obligatorios si estaban suficientemente definidos y claros en cuanto a las obligaciones de las partes.

Al respecto, resulta bastante ilustrativo lo dicho por la Corte Comercial de Inglaterra en el caso *Cable Wireless* al sostener que

¹⁸ *Cumberland and York Distributors v. Coors Brewing*, citado en D.J. File, *loc. cit.* Texto original: “surely a party may not be allowed to prolong resolution of a dispute by insisting on a term of the agreement that, reasonably construed, can only lead to further delay”.

“... las cortes inglesas, en estos momentos, deben no acentuar la incertidumbre (y con ello la inejecutabilidad) en el campo de las referencias a la resolución de disputas. Está ahora disponible un proceso bien desarrollado y claramente reconocido de resolución de disputas con la participación de técnicas sofisticadas de mediación provistas por mediadores entrenados de acuerdo con procedimientos designados para lograr un arreglo por los medios más idóneos para la disputa en cuestión (...). Por lo tanto, en el presente caso debo concluir que la cláusula 41.2 incluye una obligación mutua suficientemente definida de las partes de pasar a través del proceso de iniciar una mediación, seleccionar un mediador y por lo menos presentarle a tal mediador su caso y sus documentos y asistir ante él”¹⁹.

Sin embargo, sigue siendo claro que los acuerdos de términos no finalizados por completo, como los que proveen procedimientos no determinados, tales como la obligación de mediación o negociación sin más, siguen siendo inejecutables a la luz del Derecho inglés²⁰. Es claro el parecido que existe en este punto con la jurisprudencia de las cortes norteamericanas y la aplicación del principio de *definiteness* para determinar si los escalones iniciales de una cláusula multinivel son o no obligatorios.

B) La efectividad procedimental y la declinatoria de jurisdicción

Muy ligado al anterior concepto, está el de la efectividad procedimental de los primeros escalones de este tipo de cláusulas. Así, y en concordancia con la buena fe, a estos acuerdos se les debe dar efectividad procedimental, pues las partes lo que buscaban era que al acordar otros tipos de MASC previos al arbitraje, dicho acuerdo tuviera efectos procesales en el sentido de no poder acudir a las cortes locales o a un tribunal arbitral antes de que los mismos se agotaran. En consecuencia, los efectos prácticos que la obligatoriedad de estos escalones conlleva, pueden verse desde dos puntos de vista.

En primer lugar, el incumplimiento de los escalones previos al arbitraje no lleva a que las partes puedan incumplir el acuerdo de arbitraje sino que deben, por el contrario, someter primero sus diferencias a los procedimientos establecidos en dichos niveles iniciales para luego sí, someterlas al arbitraje. Lo anterior se debe a que el incumplimiento de los escalones iniciales hace que la demanda sea inadmisibile, pero no afecta la jurisdicción del tribunal arbitral.

Un segundo punto, consecuencia directa del anterior, se refiere al hecho de que el acuerdo arbitral contenido en la cláusula escalonada no pierde sus efectos ni validez y, por lo tanto, las cortes locales no tienen ninguna jurisdicción sobre la disputa.

¹⁹ *Cable & Wireless Plc v. IBM United Kingdom Ltd* [2002] 2 All E.R. (Comm), citado en K.P. Berger, *loc. cit.* Texto original: “the English courts should nowadays not be astute to accentuate uncertainty (and therefore unenforceability) in the field of dispute resolution references. There is now available a clearly recognized and well-developed process of dispute resolution involving sophisticated mediation techniques provided by trained mediators in accordance with procedures designed to achieve settlement by the means most suitable for the dispute in question (...) Accordingly, in the present case I conclude that clause 41.2 includes a sufficiently defined mutual obligation upon the parties to go through the process of initiating a mediation, selecting a mediator and at least presenting that mediator with its case and its documents and attending upon him”.

²⁰ Cf. A. Jolles, *Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement*, Thompson Sweet & Maxwell, 2006.

Ambos puntos quedan perfectamente ilustrados en la decisión de la Corte Comercial de Inglaterra en el caso *Channel Tunnel* cuando dijo que

“Habiendo hecho dicha elección, yo creo que se encuentra en conformidad con, no solo (...) los casos ingleses (...) que aquellos que hacen acuerdos para la solución de sus disputas deben mostrar buenas razones para apartarse de ellos, y, de acuerdo también con los intereses de una regulación propia del comercio internacional, habiendo prometido llevar sus disputas a los expertos y, de ser necesario, a los árbitros, es allí donde las partes deben ir”²¹.

C) La futilidad de someter a las partes a la obligación de cumplir con los escalones previos

Un último aspecto ampliamente desarrollado por las cortes inglesas es aquel que se ocupa de establecer si las partes deben ser obligadas a cumplir con los procedimientos establecidos en los escalones previos al arbitraje o al litigio ante las cortes nacionales. Usualmente, en la práctica, una de las partes alega que obligar a las partes a someterse a lo establecido en los escalones iniciales de una cláusula multinivel sería fútil, puesto que una solución al problema no se lograría y lo único que se haría sería alargar injustificadamente la resolución del conflicto. Una alegación en tal sentido presenta, cuando menos, dos grandes problemas: por una parte, se podría estar en presencia de una táctica dilatoria por parte de quien alega su derecho a llevar a cabo los procedimientos establecidos en los niveles iniciales de la cláusula escalonada y, por otra parte, se podría estar ante la posibilidad de que se constituya una violación al derecho de acceso a la justicia, derecho fundamental en la mayoría de ordenamientos jurídicos.

Así las cosas, ¿qué debe hacer la corte nacional o el tribunal arbitral al enfrentarse a una alegación en este sentido? La respuesta, que como vimos con anterioridad, no es muy clara en Estados Unidos, parece serlo en el derecho inglés a partir del caso *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*. En dicho caso, la Corte Comercial de Inglaterra estableció unos lineamientos que deben ser seguidos y estudiados caso por caso a fin de determinar si vale la pena o no obligar a las partes a someterse a los procedimientos establecidos en los escalones previos al arbitraje o al litigio. Dichos parámetros fueron: la naturaleza de la disputa, los meritos del caso, la extensión en la cual otros métodos de resolución se han intentado, el hecho de que los costos de los MASC serían desproporcionalmente altos, el hecho de que cualquier demora en llevar a cabo esos MASC hubiera sido perjudicial, y el hecho de que el MASC tenga una posibilidad razonable de éxito²².

²¹ *Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty Construction Ltd and others* [1993] 2 WLR 262 at 276, citado en: K.P. Berger, *loc. cit.* Texto original: “Having made this choice I believe that it is in accordance, not only with (...) English cases (...) that those who make agreements for the resolution of disputes must show good cause for departing from them, but also with the interests of the orderly regulation of international commerce, that Having promised to take their complaints to the experts and if necessary to the arbitrators, this is where the appellants should go”.

²² Cf. K.P. Berger, *loc. cit.*

III. La aproximación de las cortes europeas continentales

1. La experiencia Suiza

La posición de las cortes suizas y de los comentaristas suizos frente al tema que nos ocupa en el presente ensayo es poco pacífica y bastante fluctuante entre dos extremos opuestos²³. Es posible encontrar una parte de la doctrina y de la jurisprudencia que establece que los escalones previos son de obligatorio cumplimiento, pero que se diferencian en cuanto a los efectos que dicho incumplimiento tiene. Para algunos, el incumplimiento llevaría a que los tribunales arbitrales no fueran competentes, mientras que para otros, dicho incumplimiento afectaría la admisibilidad de la demanda, más no la jurisdicción del tribunal. Así mismo, es posible encontrar un extremo totalmente opuesto en quienes afirman que dichos escalones iniciales no son obligatorios por lo que su incumplimiento no acarrearía ninguna clase de consecuencia, ni para la jurisdicción del tribunal, ni para la admisibilidad de la demanda.

Así pues, algunos autores consideran que en lo que a las cláusulas escalonadas respecta, el primer “escalón” es un *requisito previo* a un procedimiento arbitral. En consecuencia, mientras el primer nivel no se haya cumplido, el tribunal arbitral tendría que inadmitir la demanda en la medida en que se asimila a un requisito de procedibilidad. Sin embargo, esta posición es enfática en afirmar que los tribunales no pueden pronunciarse de oficio sobre esta cuestión, sino sólo sobre la base de la objeción por una de las partes²⁴.

Una opinión similar en este país sostiene que el no cumplimiento de estas etapas previas al arbitraje no implica la falta de jurisdicción del tribunal arbitral, pero sí genera la inadmisión de la solicitud de convocatoria del tribunal hasta tanto se agoten los niveles anteriores²⁵.

Otros autores sostienen que la violación de los compromisos del primer nivel no conduce a una falta de jurisdicción de los tribunales arbitrales, pero sugiere que el tribunal debe suspender el procedimiento hasta que se cumpla el primer nivel o los niveles establecidos en la cláusula escalonada²⁶.

En contraste con las posiciones anteriormente señaladas, algunos autores sostienen que la falta de cumplimiento del compromiso de mediación es irrelevante para la cuestión de la admisibilidad. Ellos entienden el fracaso de la mediación como un incumplimiento del contrato con las consecuencias previstas en el Derecho contractual (daños y perjuicios, por ejemplo), pero

²³ A. Jolles, *op. cit.*

²⁴ T. Ruede y R. Hadenfeldt, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, 2^a ed., Zurich, Schulthess, 1993, p. 27; K.H. Schwab y W. Gerhard, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7^a ed. rev., 2005.

²⁵ W. Wengler, “Kommentar zu Artikel 186 IPRG N 20(e)”, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Basilea, 1996.

²⁶ N. Voser, Sanktionen bei Nichterfüllung einer Schlichtungsklausel”, comentario sobre la decisión de marzo 15 de 1999 de la Corte de Casación de Zurich, ZR 99 (2000) No. 29; *ASA Bulletin* 2002, p. 376–381.

sin efectos adversos sobre la admisibilidad de la demanda arbitral²⁷. Los partidarios de esta visión argumentan que los requisitos de admisibilidad de acción del tribunal arbitral son una cuestión de Derecho público (Derecho procesal), destinadas a garantizar la adecuada realización de un litigio y la garantía de un debido proceso.

Una posición complementaria de la doctrina sostiene que las etapas previas son acuerdos privados que deben ser tratados como cualquier otro contrato privado, y no como requisito de procedibilidad para acceder al arbitraje o a los jueces, dado que esto podría resultar en que alguna de las partes sea totalmente excluida del acceso a un órgano jurisdiccional (ya sea tribunal judicial o arbitral), dependiendo de la definición de lo que las partes hayan pactado como condición²⁸.

2. La experiencia Alemana

Al analizar la jurisprudencia alemana encontramos, en oposición a la suiza, que el tema es mucho más pacífico²⁹. En general, se acepta que las cláusulas escalonadas son válidas y que los escalones previos son de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, se establece que los efectos del incumplimiento de los escalones iniciales, afectan la admisibilidad de la demanda, lo que obliga al tribunal a suspender el trámite hasta que las partes cumplan con dichos escalones. Esta posición se encuentra sustentada en la validez del *pactum de non petendum* a la luz del Derecho alemán y en la suspensión de la caducidad que se encuentra contemplada en el Código Civil Alemán (*BGB*) en su art. 203³⁰.

Para el caso particular alemán, dos casos son de profundo interés. En el primero de ellos, en una decisión del Tribunal Federal Supremo Alemán (*Bundesgerichtshof*) de 1998, el Tribunal consideró que una cláusula, en virtud de la cual las partes acordaron resolver las controversias que surgieran de un contrato por medio de negociaciones previas, antes de iniciar los procedimientos judiciales, era válida en el Derecho alemán. Por lo tanto, estableció que, en general, cualquier reclamo contra una de las partes por parte de la otra ante los tribunales sería inadmisibile, si el trámite de negociación no se hubiere agotado. El Tribunal Supremo confirmó que si las partes acordaron una cláusula de solución obligatoria, ambas partes estaban obligadas a cooperar en la realización de las negociaciones para una solución. El recurso interpuesto ante los Tribunales antes de la finalización del procedimiento de solución acordada fue inadmitido³¹.

La precitada decisión está en consonancia con una providencia anterior

²⁷ W. Fridolin, "E-confidence in e-commerce durch Alternative Dispute Resolution", *AJP/PJA*; 7/2001, p. 762; H. Eiholzer, *Die Streitbelegungsabrede*, Universität Fribourg, N. 673, 1998, pp. 176 ss.

²⁸ *Ibid.*, pp. 183 y 185.

²⁹ A. Jolles, *op. cit.*, y K.P. Berger, *loc. cit.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ Decisión del BGH de noviembre 18 de 1998: VIII ZR 344/97, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 9, 1999, pp. 647-648.

del mismo Tribunal, en la que las partes habían acordado, en el contexto de un contrato de compraventa, que en caso de litigio entre las partes, en primer lugar presentarían sus controversias ante sus organizaciones locales profesionales (*Landestierärztekammer*) para llevar a cabo una conciliación antes de iniciar litigio. El reclamante no lo hizo y argumentó que la reunión de conciliación fue un ejercicio inútil, dado que el demandado no había manifestado su voluntad de resolver el asunto por medio de negociaciones previas. El Tribunal sostuvo que tales cláusulas de conciliación previa son válidas y deben ser respetadas por las partes y por los mismos tribunales. Así, mientras una parte invocara la cláusula de conciliación previa y tuviera un interés legítimo en la conciliación, los Tribunales tendrían que inadmitir la demanda por no haberse llevado a cabo la conciliación (*unzulässig*), más no rechazarla de plano (*unbegründet*)³².

IV. Las cláusulas escalonadas en Colombia: su aproximación por parte de las cortes

Una vez hecho el obligado análisis del Derecho comparado en la materia, es necesario iniciar el estudio de las posiciones que han mantenido las altas cortes colombianas en la materia. Sin embargo, previamente se deben precisar algunos puntos al respecto, para contextualizar un poco el ordenamiento jurídico colombiano. Lo primero es recordar que en Colombia se ha establecido, mediante leyes como la 640 de 2001, que la conciliación prejudicial es un requisito de procedibilidad para poder acceder a la justicia en algunos casos establecidos por el legislador. Esta conciliación que, como su nombre lo indica, es previa al inicio de un proceso judicial, será analizada con mayor detalle posteriormente. Un segundo punto, se refiere al hecho de que en Colombia existen muy pocos pronunciamientos de las cortes sobre el tema de las cláusulas escalonadas, y únicamente limitados al contexto de arbitrajes nacionales.

No obstante las limitaciones, es posible plantear algunos lineamientos generales de la validez y efectividad de este tipo de cláusulas a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. Llamen la atención las posiciones contrarias que tienen las altas cortes en este tema: como se verá más adelante, la posición del Consejo de Estado dista mucho de la de la Corte Suprema de Justicia y estas dos, a su vez, son bastante disímiles a la de la Corte Constitucional.

Finalmente, antes de entrar de lleno en la materia, no puede olvidarse que en Colombia el arbitraje (por lo menos el nacional) es de naturaleza jurisdiccional. Esto quiere decir que los árbitros, aunque de forma transitoria, son verdaderos jueces, con todo lo que ello implica³³, y el laudo es una sentencia.

³² Decisión BGH publicada en 1984. *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 12, 1984, pp. 669–670.

³³ Esto llevó a que los árbitros tengan los mismos poderes que los jueces dentro del proceso arbitral. Por lo tanto, pueden ordenar todas las mismas medidas cautelares que pueden ordenar los jueces y tienen las mismas facultades de instrucción, dirección y control del proceso, teniendo incluso poderes sancionatorios y disciplinantes. Igualmente tienen los mismos deberes del juez, por lo que son

Si bien esta discusión es mucho más profunda, para efectos del presente ensayo basta con decir que lo anterior se deriva del art. 116 de la Constitución Política de Colombia que establece, al hablar de quienes administran justicia, que “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”³⁴. Este artículo de la Constitución Política, que ha sido desarrollado por la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de la Justicia)³⁵ y el Decreto 1818 de 1998 (Ley de Arbitraje)³⁶ entre otras, ha establecido el marco normativo del arbitraje en nuestro país con una marcada naturaleza jurisdiccional del mismo, lo cual ha sido ampliamente tratado por la Corte Constitucional en diversas oportunidades³⁷.

1. La conciliación como requisito de procedibilidad

La administración de justicia comprende uno de los pilares de las sociedades democráticas actuales y desde su perspectiva es el mejor indicativo de desarrollo de una Nación. Por esto, es un gran reto para todos los Estados democráticos del mundo consistente en encontrar fórmulas que garanticen la definición efectiva de las controversias que los ciudadanos ponen en conocimiento de las autoridades pertinentes, por lo que, la concepción clásica del aparato judicial estatal ha sido reformulada debiendo dar paso a acciones y herramientas innovadoras. Los medios formales de resolución de conflictos han sido reevaluados, dados sus altos niveles de ineficiencia, permitiendo la implementación de mecanismos alternativos tendientes a promover la descongestión y la co-responsabilidad en la gestión de los conflictos. Sin embargo, entre unos y otros se han tendido lazos que en determinados casos se constituyen en etapas preparatorias de las causas litigiosas que en asuntos específicos son de obligatorio cumplimiento. Sobre el particular, en la experiencia colombiana, para algunos, se ha desnaturalizado el verdadero sentido de la alternatividad: el ejercicio real y eficiente del derecho de acceso a la justicia. Sus implicaciones y alcances serán tratados en las siguientes líneas.

La adopción constitucional de la conciliación como forma de administración de justicia³⁸ reconoce y sustenta prácticas de vieja usanza que, además

recusables por las mismas causales que el juez y pueden, igualmente, prevaricar o cometer delitos donde el sujeto calificado es un servidor público.

³⁴ Art. 116 Constitución Política de Colombia.

³⁵ Art. 8 Ley 270 de 1996 modificado por el art. 3 Ley 1285 de 2009, y art. 13 Ley 270 de 1996 modificado por el art. 6 Ley 1285 de 2009.

³⁶ Art. 115 Decreto 1818 de 1998.

³⁷ Al respecto ver, entre otras, las Sentencias C-592 de 1992, C-431 de 1995, C-1038 de 2002.

³⁸ Art. 116 Constitución Política de Colombia. Existe una discusión sobre si los conciliadores administran o no justicia, pues aunque el texto Constitucional así lo establece, la naturaleza misma de la conciliación como mecanismo autocompositivo de solución de conflictos y la naturaleza del conciliador quién simplemente es un tercero que facilita la composición del conflicto más no toma una decisión, hacen dudar que el conciliador efectivamente administre justicia.

de pretender descongestionar los despachos judiciales, abre paso a escenarios de concertación en los que se busca la asunción individual de responsabilidades mediante el ejercicio argumentado de las posiciones aducidas por las partes en conflicto. Así, la esencia de esta figura es imprimir una dinámica a la resolución de conflictos donde se construya en primera instancia un espacio social y legal donde los argumentos se manifiesten y desarrollen, promoviendo como fin último la promoción de la convivencia.

En ese sentido, se tiene que la conciliación como mecanismo auto compositivo, pretende que quienes se encuentren inmersos en una situación conflictual, por sí mismos, definan la controversia con la ayuda de un tercero neutral –conciliador–, quien está llamado como particular, transitoriamente y por habilitación de las partes, a proponer fórmulas para lograr la solución del conflicto.

Quiere ello decir que la voluntariedad es el presupuesto legitimador del mecanismo, en tanto corresponde a las partes decidir si solicitan la realización de un trámite conciliatorio, y en el mismo, definir el conciliador que atienda el caso, así como la estrategia que frente al tema se adopte (buscar fórmulas de arreglo, negarse al arreglo o inasistir a la audiencia). Bajo esta perspectiva ha sido ampliamente discutido si el exigir en determinados casos el agotamiento de una etapa de arreglo auto-compositivo, mediante la adopción de la conciliación obligatoria, es una carga adicional del ciudadano requirente de una solución pronta a su controversia.

El requisito de procedibilidad es una institución procesal que se encuentra reglamentada en las Leyes 446 de 1998, 1285 de 2009, 640 de 2001 y 1395 de 2010 y que consiste en que las personas involucradas en un conflicto intenten la conciliación antes de iniciar un proceso judicial. La forma y condición del requisito dependerá de la jurisdicción a la que se quiera acudir: en principio, el legislador colombiano dispuso dicha obligatoriedad a determinados ámbitos (civil, familia, laboral y contencioso administrativo), pero la Corte Constitucional, en ejercicio de sus facultades, sentó límites y excluyó el requisito para acudir a la jurisdicción laboral.

El juez constitucional, al examinar el tema, concluye que la obligatoriedad de la conciliación prejudicial es una oportunidad para que las partes en controversia puedan, en un primer escenario, acercarse mediante el diálogo a concertar sus diferencias. De igual forma, establece que esta obligación implica solamente la convocatoria a la audiencia de conciliación y no la conclusión con un acuerdo conciliatorio. En la sentencia C – 1195 de 2001 se especifican los fines de instituir a la conciliación como un requisito obligatorio para iniciar un proceso judicial:

“Varios son los fines que se pretenden alcanzar con la conciliación prejudicial obligatoria, a saber: (i) garantizar el acceso a la justicia; (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimular la convivencia pacífica; (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y (v) descongestionar los despachos judiciales”³⁹.

³⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 1195 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

Esta perspectiva corresponde a lo que se debería haber logrado desde que fue instaurado el requisito de procedibilidad. Empero, existe la sensación de que estos fines no se han cumplido debido a que los conciliadores, refiriéndonos a los de los centros de conciliación públicos y privados, los usuarios y los jueces desconocen estos objetivos o, por lo menos, no los aplican decididamente. La instrumentalización de la figura ha hecho entender a quienes en ella intervienen que sus actuaciones son las de meros operadores cuya principal función, lejos de promover la participación y el conocimiento de la conciliación, es la de expedir constancias de fracaso de la misma para llenar el requisito legal, desaprovechando la oportunidad de administrar justicia y de solucionar efectivamente los conflictos.

En pocos casos se estudian detenidamente las posiciones de las partes para proponer fórmulas; tampoco se hace una ponderación de los beneficios de llegar a un acuerdo por esta vía, ni se analizan las ventajas de tramitar una controversia sin necesidad de recurrir a un debate jurídico en una instancia judicial.

Es claro que desde ninguna visión son controvertibles dichos objetivos; por el contrario, éstos responden a los postulados de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, de acceso a la justicia, celeridad y efectividad. Lo que es bastante discutible es que se espere una masiva utilización de la conciliación solo con la instauración de lo que, en términos de Hart, es una orden respaldada por una amenaza.

Por ejemplo, dispone la norma que la injustificada inasistencia a la audiencia de conciliación (salvo en materias laboral, policiva y de familia) genera un indicio grave en contra de las pretensiones del ausente no justificado o de las excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos, adicionando que, cuando la conciliación extrajudicial en derecho sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, el juez impondrá multa por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del Consejo Superior de la Judicatura a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Clara advertencia sobre este aspecto se hace en las cartas de invitación respectivas e insistentemente estas consecuencias son recordadas por los conciliadores. Sin embargo, es poco probable que los jueces, en su entender jurídico, apliquen la situación mencionada como un indicio. Más bien, se concentrarán en el acervo probatorio en su conjunto y poquísimas veces imponen la sanción pecuniaria a la parte que no justificó su inasistencia, toda vez que consideran que, al tratarse de un acto prejudicial, no les corresponde pronunciarse.

Sumado a lo anterior y con la reciente reforma introducida al tema, las pruebas documentales y anticipadas que se encuentren en poder de las partes deberán ser presentadas en el trámite conciliatorio, pues de lo contrario no serán tenidas en cuenta en el procedimiento judicial.

Otro gran cuestionamiento causa el hecho de que el legislador colombiano con la Ley 1395 de 2010 admita a la conciliación en equidad junto a la conciliación en derecho, como formas de agotar el requisito de procedibilidad. Si

bien las dos figuras no tienen una distinción constitucional específica y tienen objetivos parecidos, la esencia de la conciliación en equidad no compagina con un hecho con incidencia procesal de esta naturaleza, toda vez que la figura está llamada a que líderes comunitarios apoyen y motiven las buenas prácticas de resolución de controversias entre las personas que habitan en sus comunidades. La conciliación en equidad es la base para resolver aquellas circunstancias de menor impacto social, que de no controlarse en esos ámbitos, aunadas, pueden desencadenar en el escalamiento general de conflictos que incluso pueden alterar el orden público y la seguridad de los ciudadanos.

Abonarle esta responsabilidad a la conciliación en equidad distrae el llamado que tiene la figura en las comunidades, y es un riesgo para que pueda verse malversada en los litigios con consecuencias más gravosas para las partes al verse expuestas a mayores dilaciones y costos en la resolución de su conflicto.

En tal sentido, cabe preguntarse si realmente es una forma de incentivar el uso de los mecanismos alternativos el hecho de imponerlos como obligatorios, o si se requiere de un ejercicio más profundo que incentive las buenas prácticas de la gestión del conflicto. Establece Hart que las reglas de derecho son hecho y derecho a la vez, por lo que las personas, al acatar las reglas, crean hechos que cambian la realidad cumpliendo con el efecto deseado por el legislador. Sin embargo, una orden respaldada por una amenaza instaurada dentro de un sistema jurídico, por sí sola, no cumple su objetivo por lo que debe ser reforzada con otro tipo de reglas que se encuentren fuera del sistema jurídico pero que, de igual manera, representen un referente dentro de la comunidad, como por ejemplo las reglas morales.

El impacto que tenga la conciliación, como un mecanismo efectivo de acceso a la administración de justicia, no dependerá de cuan reglado se encuentre su alcance sino, al contrario, de la implementación de políticas de transformación cultural que inculquen nuevas formas no litigiosas ni violentas para solucionar controversias. Por otro lado, exige el uso de herramientas pedagógicas que lleguen a la comunidad, que además de generar una regla dentro del sistema jurídico o de derecho de carácter imperativo, permita a las personas conocer y aplicar una orden que en comienzo puede ser utilizada para evitar la sanción, pero que tiene la posibilidad, una vez se acuda a ella, de cumplir con su verdadera utilidad y finalidad.

2. La imposibilidad de establecer contractualmente requisitos de procedibilidad adicionales: la posición del Consejo de Estado

El Consejo de Estado, máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, es el juez encargado de conocer del recurso de anulación contra el laudo cuando quiera que el Estado o una entidad suya haya sido parte del arbitraje⁴⁰. Así las cosas, mediante sentencias en las cuales ha decidido los recur-

⁴⁰ Art. 162 Decreto 1818 de 1998.

sos de anulación interpuestos contra algunos laudos, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha venido fijando una línea jurisprudencial en cuanto a la validez y ejecutabilidad de las cláusulas escalonadas a la luz del derecho colombiano. Es necesario recordar que, como se dijo anteriormente, la posición del Consejo de Estado se ha presentado en el contexto de arbitraje nacional.

El primer pronunciamiento importante se dio en el caso del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU contra el Consorcio Lar. En este caso, las partes, en la cláusula compromisoria, acordaron que antes de presentar sus diferencias ante un Tribunal de Arbitramento, podían solucionar sus diferencias a través del arreglo directo. El Consejo de Estado, mediante sentencia del 4 de Diciembre de 2006⁴¹, manifestó sobre el particular que dicho tipo de cláusulas no son válidas ni pueden ser obligatorias para las partes por tres razones principales; primero, porque ese tipo de obligación era genérica y abstracta, dado que no se especificaba el tipo de mecanismo alternativo al que previamente se podía acudir; segundo, porque la caducidad y la prescripción no pueden ser interrumpidas por la voluntad de las partes, haciendo que este tipo de acuerdos terminen atentando contra el derecho a acceder a la justicia, y porque las partes no podían establecer requisitos de procedibilidad porque los mismos eran de Derecho público y solo podían ser establecidos por la ley.

Por lo importante del pronunciamiento y por lo clara que queda sentada la posición, a continuación se reproduce lo dicho por el Consejo de Estado:

“Sobre el contenido de esta parte inicial del pacto arbitral, en el cual, las partes convinieron que antes de acudir al tribunal de arbitramento intentarían solucionar el conflicto mediante arreglo directo, resulta pertinente precisar que tales estipulaciones, fijadas como requisito previo a la convocatoria del tribunal de arbitramento, en manera alguna pueden convertirse en requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral; en otras palabras y sin perjuicio de que las partes puedan acordar, de manera válida y lícita, la realización de diversas actuaciones encaminadas a solucionar directamente las diferencias que surjan entre ellas o el transcurso de unos plazos determinados, lo cierto es que esas estipulaciones no están llamadas a generar efectos procesales frente al juez arbitral, puesto que las partes no se encuentran facultadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad (*sic*) que solo rueden establecerse por vía legislativa (Tal como, por ejemplo la Ley 640 estableció la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en algunos casos específicos), máxime si se tiene presente que las normas procesales son de orden público, de derecho público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, de conformidad con los dictados del artículo 6º del Código de Procedimiento Civil.

Así pues, la inobservancia de esos requisitos convencionales, en manera alguna puede tener efectos procesales frente a los árbitros, para impedirles que asuman conocimiento del asunto, ni tienen entidad para afectar la validez de sus decisiones.

La imposibilidad en que se encuentran las partes para convenir requisitos de procedibilidad que obligatoriamente debieren agotarse antes de ejercer las acciones correspondientes ante el respectivo juez arbitral —cuestión que incluye la convocatoria misma del correspondiente tribunal—, encuentra reafirmación clara en el hecho evidente de que a las partes no les es dado negociar la suspensión o la interrupción del término de caducidad consagrado en la ley para determinadas acciones judiciales; nótese que si las partes pudieren convenir o acordar determinados requisitos de procedibilidad, con efectos vinculantes para el juez arbitral, como por ejemplo definir el transcurso de un tiempo mínimo o el agotamiento de ciertas formas de solución alternativa de conflictos como la conciliación, antes de que puedan presentar su correspondiente demanda o convocatoria,

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre 2006, expediente 32.871, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

naturalmente deberían poder acordar también que mientras se agotan esos requisitos no transcurrirá el término de caducidad de la acción o que el mismo se tendría por suspendido, materia sobre la cual, se insiste en ello, en modo alguno pueden disponer convencionalmente las partes.

(...)

Pero es más, incluso si las partes hubieren convenido de manera obligatoria la necesidad de agotar previamente una determinada etapa de arreglo directo o el transcurso de un plazo antes de que alguna de ellas pudiese proceder a formular la correspondiente demanda (convocatoria), en ese evento, como ya se indicó, esa exigencia no podría generar efectos procesales para los árbitros, puesto que ello no sería más que la consignación de un requisito o presupuesto de procedibilidad no previsto en las normas procesales, para cuyo efecto no se encuentran facultadas las partes, requisito que además de alterar indebidamente el referido ordenamiento procesal, constituiría un obstáculo inadmisiblemente para que cada parte pudiese ejercer su correspondiente derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, consagrado en el art. 229 constitucional⁴².

Esta misma línea la siguió el Consejo de Estado en casos como el de *Empresas de Telecomunicaciones de Valledupar – Teleupar S.A. E.S.P en Liquidación contra Angelcom S.A.*⁴³; *Consorcio Porvenir contra Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER*⁴⁴; *Telcaribe S.A. E.S.P. contra*

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre 2006, expediente 32.871, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de Mayo de 2007, expediente 31.228, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. La cláusula compromisoria de dicho caso establecía, “(...) En todos los asuntos que involucren la interpretación y cumplimiento de este convenio o de cualquiera de sus cláusulas, las partes acuerdan intentar conciliar primero dichos asuntos mediante discusiones entre ellas que tendrán lugar en primera oportunidad en el Comité de Conciliación. Si a pesar de ello, las partes no logran llegar a un arreglo amistoso, acudirán a una segunda instancia conformada por los representantes legales de cada una de las partes, quienes buscarán una solución, aceptable para ambas, al conflicto planteado. Si el desacuerdo persiste, el asunto se resolverá mediante conciliación o arbitraje, conforme a las leyes colombianas, los cuales sólo procederán para aquellos casos que involucren cuantías superiores al diez por ciento (10%) del valor de la inversión. Caso contrario, se aplicará lo dispuesto en la cláusula de ‘Comité de Coordinación’ (...)”.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10 de Junio de 2009. Expediente 36.252. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. La cláusula compromisoria en el contrato de dicho caso era del siguiente tenor:

“44. Solución de Controversia.

44.2 Solución de Controversia.

44.1.1. Actuación del Interventor

(i) Si surge una controversia entre el INCODER o el Interventor y el Contratista, debido a reservas expresadas por el contratista a una orden de ejecución, o de cualquier otra índole, el contratista enviará al INCODER, a través del Interventor, un memorando de reclamación en la cual justificará sus reservas e indicará a los montos de las reclamaciones.

(ii) Una vez que dicho memorando haya sido enviado por el Interventor con su opinión, al INCODER, éste notificará o hará que se notifique su propuesta al contratista para el arreglo de la diferencia, dentro de un plazo de quince (15) días contados a partir de la fecha de recibo por el Interventor del memorando de reclamación. En caso de no lograrse acuerdo entre la entidad y el contratista se procederá de acuerdo a la cláusula Décima novena de la minuta del contrato.

44.1.5. Procedimiento Contencioso.

(i) Si dentro de un plazo de tres (3) meses a partir de la fecha de recibo por la INCODER el memorando complementario mencionado en la Subcláusula 4[4]. 1.1.

(ii) esta no ha notificado ninguna decisión al contratista o si éste no acepta la decisión que le haya sido notificada, la controversia será resuelta por medio del arbitraje.”

*Telesantamarta S.A. E.S.P. en Liquidación*⁴⁵, y *Telefónica Móviles de Colombia S.A. contra Empresa de Teléfonos de Bogotá – ETB – S.A. E.S.P.*⁴⁶.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 29 de Agosto de 2007. Expediente 33.699. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. La cláusula compromisoria establecía, “Cláusula vigésima séptima: Arbitraje y ley aplicable. En todos los asuntos que involucren la interpretación y cumplimiento de este convenio o de cualquiera de sus cláusulas, las partes acuerdan intentar conciliar primero dichos asuntos mediante discusiones entre ellas que tendrán lugar en primera oportunidad en el comité de coordinación. Si a pesar de ello, las partes no logran llegar a un acuerdo amistoso, acudirán a una segunda instancia conformada por el gerente de Telesantamarta S.A. ESP y el representante del socio operador, quienes buscaran una solución, aceptable para ambas, al conflicto planteado. Si el desacuerdo persiste, el asunto se resolverá mediante conciliación o arbitraje, conforme a las leyes colombianas. Caso contrario se aplicará lo dispuesto en la cláusula “Comité de coordinación”. El tribunal de arbitramento estará integrado por tres (3) árbitros, dos de ellos a ser designados por las partes de mutuo acuerdo y el tercero a ser designado por los árbitros nombrados por cada una de las partes de mutuo (sic) acuerdo, o en su defecto por la Cámara de Comercio de Santa Marta. Los procedimientos de arbitraje se llevarán a cabo en Santa Marta. El laudo arbitral obligará a ambas partes y será definido (sic) y obligatorio para ellas, quienes a su vez acuerdan que dicha decisión será tomada en derecho y será exigible ante cualquier juez o tribunal competente. Todos los gastos relacionados con estos procedimientos serán solventados en partes iguales por cada una de las partes. Luego de proferirse el laudo, la parte perdedora reembolsará a la parte que resulte favorecida, el importe que se determine por el tribunal según lo abonado or (sic) esta con motivo del procedimiento”

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1 de Abril de 2009, expediente 34.846, C.P. Enrique Gil Botero. En dicho caso, la cláusula compromisoria establecía,

“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 de 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:

1. Comité mixto de interconexión: El Comité Mixto de Interconexión (...), 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.

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.

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.

4. Tribunal de arbitramento: En los casos en que las partes estén de acuerdo en no acudir a la C.R.T. [Comisión de Regulación de Telecomunicaciones] o al Ministerio de Comunicaciones, o de vencimiento de plazo establecido para decidir si se solicita la intervención de las autoridades, circunstancia en la 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 199[1], las leyes 377 de 1977, 23 de 1991, 446 de

En dichos casos, si bien las cláusulas escalonadas establecían unos procedimientos mucho más detallados, incluso con tiempos determinados y MASC determinados, el Consejo de Estado siguió con su teoría de que este tipo de cláusulas no eran válidas toda vez que lo que se establecían eran requisitos de procedibilidad que no podían ser fijados por las partes. Es importante resaltar que no es que se entienda que el pacto de escalones previos al arbitraje haga que el pacto sea nulo, sino que al momento de que se convoque a un tribunal arbitral, el mismo no verá afectada su jurisdicción o competencia por el incumplimiento de estos escalones previos. Así las cosas, las cláusulas escalonadas no son nulas per se, pero el cumplimiento de los escalones previos no es obligatorio, por lo que es posible acudir directamente al arbitraje sin agotar estos escalones previos. Todo lo anterior es resultado directo de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje nacional en Colombia, que hace que este tipo de acuerdos sean considerados requisitos de procedibilidad, que al ser de orden público, únicamente pueden ser ordenados por la Ley. En efecto,

“... si por expresa disposición constitucional –art. 116– los particulares pueden ser investidos transitoriamente de facultades jurisdiccionales, una vez las partes interesadas solicitan la convocatoria de un tribunal de arbitramento, la entrada en funcionamiento de esa justicia arbitral queda per se cobijada por las mismas condiciones que rigen la jurisdicción ordinaria, dentro de las cuales se encuentra precisamente la imposibilidad de exigir requisitos de procedibilidad para su ejercicio, salvo por expresa disposición legal”⁴⁷.

3. La obligatoriedad de agotar las etapas previas al arbitraje y la vía de hecho por defecto orgánico: la posición de la Corte Constitucional

Un punto de contacto, por lo demás lamentable, que se dio entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional fue el caso de Telefónica contra la ETB. Mediante sentencia del 1 de abril de 2009, el Consejo de Estado anuló el laudo que se profirió por el Tribunal de Arbitramento y asentó su posición frente a la posibilidad de pactar cláusulas escalonadas. Sin embargo, por aquellas particularidades del ordenamiento jurídico colombiano, el laudo que fue anulado por el Consejo de Estado en dicho caso, ya había sido declarado nulo un par de meses antes por la Corte Constitucional al resolver una tutela⁴⁸ interpuesta por la *ETB contra el Tribunal de Arbitramento Telefóni-*

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”.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1 de Abril de 2009. Expediente 34.846, C.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁸ La acción de tutela está consagrada en el art. 86 de la Constitución Política de la siguiente forma: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

ca Móviles Colombia S.A. vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

Resulta sumamente complejo explicar una situación como ésta a nivel internacional, pero, para efectos del presente ensayo, basta con decir que en Colombia, según la Corte Constitucional, la acción de tutela procede contra laudos arbitrales cuando “se incurra claramente en una vía de hecho en dichas actuaciones, que implique una vulneración de derechos fundamentales”⁴⁹. Así pues, la Corte Constitucional ha sostenido que

“... en conclusión, cuando se trata de laudos arbitrales también son aplicables *mutatis mutandis* los mismos requisitos de procedibilidad señalados en la jurisprudencia respecto a la tutela contra providencias judiciales, los cuales son: 1. Que el asunto objeto de debate sea de evidente relevancia constitucional. 2. Que se haya hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial –ordinarios y extraordinarios– a disposición del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable. 3. Que se cumpla el requisito de la inmediatez. Así, la tutela debe haber sido interpuesta en un término razonable y proporcionado desde el momento de ocurrencia de la vulneración del derecho fundamental. 4. Cuando se trate de una irregularidad procesal, que ésta tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y afecte los derechos fundamentales de la parte actora. 5. En la solicitud del amparo tutelar se deben identificar los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados y que se hubiere alegado tal vulneración dentro del trámite arbitral, siempre que ello hubiere sido posible”⁵⁰.

Por lo anterior, en una decisión sumamente discutida, la Corte Constitucional concluyó que ese caso, si bien se encontraba en trámite un recurso de anulación ante el Consejo de Estado que pretendía atacar las mismas causas que se invocaban para tutelar el derecho (principalmente, la indebida composición del tribunal arbitral), existía un perjuicio irremediable en contra de la ETB consistente en el aumento diario de los intereses, que hacía precedente la tutela.

Pero más allá del anterior debate, de suyo difícil de explicar, y de las consecuencias lamentables que dicho fallo podría traer en el futuro, en términos de seguridad jurídica y confianza de los agentes económicos internacionales en nuestras condiciones para hacer negocios, lo importante para los efectos del presente escrito, es rescatar la posición que sentó la Corte Constitucional en el mencionado fallo con respecto al tema que nos ocupa. En efecto, la Corte Constitucional, en contravía a lo expuesto por el Consejo de Estado,

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia T – 433 de 2008. Mayo 6 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia T – 244 de 2007. Marzo 30 de 2007. M.P. Humberto Sierra Porto.

estableció que las etapas previas previstas en la cláusula escalonada del presente caso⁵¹ eran de obligatorio cumplimiento, pues las partes las habían pactado en desarrollo de la autonomía de la voluntad privada y, por lo tanto, su cumplimiento efectivo no negaba el derecho de acceso a la administración de justicia. Sostuvo la Corte que

“Dado lo anterior, queda claro que de manera libre y autónoma las partes decidieron acudir a medios de solución de controversias alternativos 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.

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 éste 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 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 finalizar 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”⁵².

Por lo anterior, la Corte Constitucional decidió que en dicho caso se había incurrido en una vía de hecho por defecto orgánico, pues el tribunal arbitral no era competente al no haberse surtido las etapas o escalones previos establecidos en la cláusula compromisoria. Nótese que este fue uno de los argumentos principales para anular el laudo vía tutela.

4. La falta de jurisdicción de los tribunales arbitrales: la posición de la Corte Suprema de Justicia

Uno de los casos más sonados de los últimos tiempos es el de *Bancolombia S.A. contra los Gilinsky*, por lo complejo del proceso durante el cual se han pronunciado un número importante de tribunales arbitrales y de cortes nacionales en recursos, incidentes y procesos de todo tipo. Sin embargo, para efectos del presente escrito nos concentraremos en tres pronunciamientos específicos; la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 26 de febrero de 2008 que anuló el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento *Bancolombia S.A. c. Jaime Gilinsky Bacal* del 30 de marzo de 2006; la sentencia de

⁵¹ La cláusula a la que se hace referencia es aquella del contrato de interconexión celebrado entre Telefónica y la ETB, cuyo texto se encuentra en el pie de página n° 46.

⁵² Corte Constitucional, Sentencia T – 058 de 2009. Febrero 2 de 2009. M.P. Jaime Araujo Rentería.

la Corte Suprema de Justicia del 28 de marzo de 2008 que concedió la tutela interpuesta por Jaime Gilinsky Bacal contra el mencionado fallo de anulación del Tribunal Superior de Bogotá, y, finalmente, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que revocó el mencionado fallo que concedió la tutela.

Para entender el caso, es necesario, primero, explicar el contexto en el cual surgió el conflicto. El 24 de agosto de 1997, el señor Jaime Gilinsky y otros suscribieron un contrato con Bancolombia S.A. en virtud del cual el grupo empresarial que lideraba el señor Gilinsky vendió el Banco de Colombia a otro grupo empresarial llamado el Sindicato Antioqueño. Tras el incumplimiento contractual por parte del vendedor, Bancolombia S.A. solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento según la cláusula compromisoria presente en el contrato. El Tribunal de Arbitramento, tras el proceso arbitral, emitió su laudo el 30 de marzo de 2006 poniendo fin a las controversias entre las partes y condenando al grupo de Jaime Gilinsky a cancelar \$63.216.447.152 pesos colombianos por el incumplimiento contractual y \$364.113.400 por gastos del proceso y agencias en derecho. El Grupo Gilinsky solicitó la anulación del laudo ante el Tribunal Superior de Bogotá, basado en las causales 2 y 8 del art. 163 del Decreto 1818 de 1998, a saber, “No haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite”⁵³, y “Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”⁵⁴. La cláusula de solución de conflictos⁵⁵ del contrato del presente caso era una cláusula escalona-

⁵³ Art. 163, n° 2 Decreto 1818 de 1998.

⁵⁴ Art. 163, n° 8 Decreto 1818 de 1998.

⁵⁵ La cláusula de solución de conflictos se encontraba en dos cláusulas diferentes del contrato. Por una parte el numeral 9.7.1 de la cláusula novena preveía lo siguiente: “Excepto en las hipótesis previstas en el siguiente numeral, en el evento que el Promitente Comprador encontrare cualquier hecho que diere lugar a reclamación por conceptos de Pasivos Ocultos, contingencias, inexactitudes o diferencias en las declaraciones o garantías en la Cartera o en otros activos, notificará a los Promitentes Vendedores de este hecho por escrito, adjuntando una lista con las explicaciones detalladas de los hechos materia de la reclamación, con un estimativo del valor de la reclamación. Los Promitentes Vendedores, dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo de la comunicación, deberán señalar si consideran válida o no la reclamación presentada. Si los Promitentes Vendedores aceptan la reclamación presentada, estarán obligados a pagar la suma motivo de la reclamación al Promitente Comprador dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al vencimiento del plazo de los 15 días anteriormente indicado. En caso de que los Promitentes Vendedores, estén en desacuerdo con el Promitente Comprador en cuanto a la causa o al monto de la reclamación el asunto se someterá a la decisión de la firma de auditores internacionales que elija el Promitente Comprador de una terna presentada por los Promitentes Vendedores, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que comuniquen su desacuerdo, la cual deberá proferir un dictamen de carácter técnico que resuelva la controversia, el cual será obligatorio para las partes. La firma escogida tendrá un plazo máximo de 30 días calendario para dar su dictamen. Los costos del dictamen correrán por cuenta de la parte vencida. Si los Promitentes Vendedores no enviaren la terna en el plazo señalado el Promitente Comprador elegirá una firma de auditores internacionales a su discreción. La firma elegida conforme al procedimiento anteriormente indicado, será la encargada de resolver cualquier controversia adicional que surgiere en desarrollo de lo previsto en el presente numeral.”

da que preveía, en un primer nivel, una negociación directa entre las partes, en la que el comprador debía notificar los supuestos incumplimientos al vendedor sustentando las razones del alegado incumplimiento y con una estimación aproximada del monto de los perjuicios; dentro de los 15 días siguientes a recibir tal comunicación, el vendedor debía comunicarle al comprador si aceptaba o no los requerimientos de éste; si las partes no estaban de acuerdo sobre el monto de la reclamación, debían someter tal diferencia a la decisión de una firma de auditores internacionales que deberían ser elegidos por el comprador de una terna presentada por el vendedor; finalmente, si las diferencias no eran relativas al monto de la reclamación o si las partes no estaban de acuerdo con la decisión de los auditores, cualquiera de las partes podía presentar una solicitud de convocatoria de un Tribunal Arbitral.

Bancolombia S.A., en efecto le envió al grupo Gilinsky la reclamación, a lo que éste respondió objetando la misma por considerar que no se habían incluido las explicaciones ni la documentación completa del caso. Por lo tanto, el grupo Gilinski presentó a consideración de Bancolombia S.A. una lista de tres firmas de auditores internacionales, para activar el siguiente escalón de la cláusula de solución de conflictos y proceder a la solución del conflicto por parte de los auditores internacionales. Sin embargo, Bancolombia consideró que la terna no era idónea, pues una de las firmas tenía un claro conflicto de interés y las otras dos no tenían representación en Colombia, no teniendo la experiencia necesaria; visto esto, Bancolombia procedió a designar directamente otra firma de auditores diferente; el grupo Gilinsky se opuso a esto, lo que llevó a Bancolombia a solicitar la constitución de un Tribunal Arbitral.

El Tribunal Arbitral se constituyó y en la contestación de la demanda, el demandado se opuso a la competencia del tribunal alegando que el mismo no era competente, puesto que la controversia se tenía que someter a la firma de auditores internacionales, según la cláusula de resolución de conflictos. Sin embargo, el Tribunal se declaró competente y desestimó la excepción del demandado por considerar que,

“... si bien la promesa de compraventa contenía un mecanismo de solución de controversias, el cual consistía en someter las diferencias al dictamen de una firma internacional de auditores, este hecho no podía privar a los contratantes de acceder a la justicia, en este caso arbitral, para solucio-

Por su parte, la cláusula decimoséptima establecía, “Todas las eventuales diferencias que llegaren a surgir entre las partes aquí contratantes por razón de la celebración, validez, interpretación, ejecución y terminación del presente Contrato, que no pudieren ser solucionadas directamente por ellas mismas y que no consten en títulos ejecutivos, se someterán a la decisión de un Tribunal de Arbitramento integrado por tres (3) árbitros, el cual funcionará en Santafé de Bogotá D.C. y decidirá en derecho. Los Árbitros serán designados de común acuerdo por las partes. En caso de que no sea posible este acuerdo, en un término de 30 días comunes contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas manifieste a la otra por escrito su disposición de convocar el arbitramento, las dos, de consuno, pasarán al Centro de Conciliación y Arbitraje Mercantiles de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá D.C. una lista de diez (10) nombres para que esta los escoja dentro de ella. En últimas, de no darse tampoco este acuerdo se delga en la misma Cámara de Comercio la selección de los árbitros, los que en todo caso deberán ser abogados colombianos de reconocido prestigio, con una experiencia no menor a 10 años en el ejercicio de la profesión o en la judicatura”.

nar el conflicto. Las reclamaciones están asociadas a la interpretación y ejecución del contrato, temática que no fue posible remediar de manera directa por las partes, y que por acuerdo de los contratantes son objeto de la cláusula compromisoria, razón por la cual adquieren competencia los árbitros, garantizando así el derecho constitucional de acceso a la justicia⁵⁶.

Como ya se ha dicho anteriormente, se solicitó la anulación del laudo por parte del Grupo Gilinsky basado en las causales 2 y 8 del art. 163 Decreto 1818 de 1998. El Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 26 de febrero de 2008, cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Germán Valenzuela Valbuena, anuló el laudo por encontrar que prosperaba la mencionada causal 2 del art. 163 del Decreto 1818, puesto que los árbitros no tenían jurisdicción para decidir el conflicto, puesto que este estaba destinado a un firma de auditores internacionales y no al Tribunal Arbitral. Llama la atención del pronunciamiento, que el Tribunal Superior reconoce la autonomía de la voluntad privada de las partes al establecer diversos escalones para la solución de sus controversias y dice que esta clase de cláusulas no son raras en el derecho comparado, haciendo una expresa referencia a los *dispute adjudication boards*. Sostuvo el Tribunal que

“... *el querer contractual* era que tales aspectos se definieran por un experto en ellas, lo cual excluye el arbitramento o por lo menos *exige que haya un pronunciamiento previo del auditor*, que sería entonces la cuestión frente a la cual se podría presentar o suscitar la diferencia entre las partes, ya fuera por interpretación o resistencia al acatamiento a lo dictaminado, pues para entonces ese dictamen ya sería una extensión, proyección o prolongación del contrato. *Algo así como un requisito de procedibilidad fijado por las partes mismas en lo que hace a los aspectos contables*”⁵⁷.

Es clarísima la posición del Tribunal Superior de Bogotá en el sentido de darle completa validez a las cláusulas escalonadas, entendiendo que las mismas no son más que una extensión de la voluntad de las partes y una estipulación contractual válidamente pactada y de obligatorio cumplimiento. Aún más, el Tribunal le da fuerza procesal a dicho acuerdo, estableciendo que, “al verificar que el conocimiento del asunto no corresponde a la jurisdicción arbitral, dado que la solución fue confiada a otro mecanismo acordado entre las partes, el laudo dictado es nulo”⁵⁸.

Contra esta sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, Bancolombia S.A. interpuso una acción de tutela ante la Corte Suprema de Justicia alegando la constitución de una vía de hecho que resultaba de haberse anulado el laudo por falta de jurisdicción, cuando dicha causal no estaba contemplada en la Ley; por haberse pronunciado sobre el fondo del laudo desvirtuando la finalidad del recurso de anulación, y, finalmente, por haber incurrido en denegación de justicia por no haberse pronunciado sobre la inconstitucionalidad de la cláusula que preveía el mecanismo de la firma de auditores internacionales a pesar de que Bancolombia S.A. la había propuesto como excepción en el recurso de anulación.

⁵⁶ Tribunal Superior de Bogotá. Radicación 2006 – 00887, 26 de Febrero de 2008, M.P. Germán Valenzuela Valbuena.

⁵⁷ *Ibid.*, cursivas fuera del texto original.

⁵⁸ *Ibid.*

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 28 de marzo de 2008⁵⁹, decide conceder la tutela y suspender los efectos del fallo del Tribunal Superior de Bogotá, porque entiende que existe una violación del derecho al debido proceso puesto que el Tribunal anuló el laudo por la falta de jurisdicción de los árbitros cuando, en realidad, dicha causal no se encuentra prevista dentro de las causales contempladas en la Ley para anular el laudo.

Finalmente, la mencionada sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia fue impugnada por el señor Gilinsky, y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 13 de mayo de 2008⁶⁰, decidió revocar dicha sentencia por considerar que había otro medio de defensa judicial disponible que era el recurso de revisión y que no existía un perjuicio irremediable. Vale la pena aclarar que la Corte no se pronunció sobre el fondo de la disputa, a saber, si el laudo estaba o no bien anulado, ya que se limitó a hacer un análisis sobre si procedía o no la tutela. Por lo tanto, la posición sobre el tema de las cláusulas escalonadas y sobre la afectación de la jurisdicción por el incumplimiento de los escalones iniciales en la jurisdicción ordinaria es la fijada por el Tribunal Superior de Bogotá, la cual ya ha sido explicada.

V. Algunas proyecciones y conclusiones

Se ha realizado a lo largo del presente escrito un estudio juicioso y detallado de la aproximación de las diferentes cortes nacionales a las cláusulas escalonadas y la validez de las mismas y la obligatoriedad de los escalones previos o iniciales. Se han logrado establecer algunos lineamientos sobre los cuales se pueden sacar algunas proyecciones y conclusiones finales en relación con las cláusulas escalonadas o multinivel en Colombia y su validez y obligatoriedad a la luz del Derecho colombiano.

Sin embargo, antes de entrar a determinar lo anterior, es necesario aclarar algunos puntos que darán todavía más luces al respecto. Se analizará a continuación la aplicabilidad de la teoría de los actos propios y la validez del *pactum non petendo* a la luz del Derecho colombiano, tema poco estudiado en el ámbito del arbitraje pero que, claramente, es sumamente útil a la hora de determinar, desde un punto de vista teórico, la validez y naturaleza misma de las cláusulas escalonadas.

1. La aplicabilidad de la teoría de los actos propios.

La causa de los actos propios puede identificarse muy claramente en el principio de buena fe, en tanto surge de la propia voluntad de las partes que, en procura del equilibrio entre las relaciones que ellas mismas crean, buscan

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de marzo de 2008, Radicación 2008-00384, M.P. Edgardo Villamil Portilla.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de mayo 13 de 2008, Acta 23, Radicado 20951, M.P. Luis Javier Osorio López.

pactos éticos que permitan el beneficio de ambas y que no genere inseguridad entre ellas. Por su parte, el origen de la teoría de los actos propios se remonta al aforismo “*venire contra factum proprium non potest*”, que se traduce en que ninguna persona puede contradecir sus propios actos, voluntarios, premeditados, jurídicamente válidos y plenamente eficaces. Paralelo a esto, las acciones o pretensiones que ponen a una persona en contradicción con sus actos, son completamente inadmisibles, en atención a la relevancia jurídica que contienen esos actos propios⁶¹. Puede decirse entonces que el cumplimiento de los actos propios es una manifestación inequívoca del principio de buena fe.

En la práctica, esta teoría tiene relevancia tanto en sedes judiciales como en sedes administrativas, cuando convergen tres situaciones que son requisito para integrar dicha teoría de los actos propios⁶²: a) la existencia de una conducta anterior relevante y eficaz; b) el ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que crea una situación litigiosa, por una contradicción a la relación con otra persona, violatoria de la buena fe que orienta ambas conductas; y c) identidad de los sujetos que se vinculan entre ambas conductas.

Atendiendo a estas circunstancias se observa la preponderancia que tiene el principio de buena fe en las relaciones jurídicas entre los individuos, en tanto que la doctrina de los actos propios se plantea con un propósito moralizador de dichas relaciones de cara a repeler y censurar conductas que afecten la confianza entre las partes, exigiendo coherencia en su actuar y en su relación con su contraparte.

Sin embargo, esta no es una teoría absoluta, pues en ciertas ocasiones las legislaciones contienen normas que permiten hacer modificaciones en el comportamiento asumido desde el inicio de los negocios jurídicos, como por ejemplo cuando se establece la posibilidad de reformar una demanda, para referirnos al tema procesal, o en casos como el de la revocatoria de la donación mientras no haya sido aceptada, la revocatoria del testamento, los errores de hecho, o la retracción de la oferta, entre otros⁶³. En estos casos no se consideran jurídicamente injustas las variaciones en los actos iniciales. En este sentido, podría decirse que la teoría de los actos propios tiene una aplicación residual, pues su aplicación depende de las características de cada caso, de los intereses sociales que estén juego.

La operatividad de la teoría de los actos propios encuentra su aplicación más extendida en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo, aunque hoy en día no se deja de lado que pueda aplicarse a conductas extraprocesales. En el campo procesal y de la mano del principio *iura curia novit*⁶⁴ se puede aplicar esta doctrina de oficio por parte del Juez, en busca de salva-

⁶¹ F. Galgano, *El negocio jurídico*, trad. Blasco Gascó y Prats Albetosa, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 455.

⁶² A. Borda, *La teoría de los actos propios*, Buenos Aires, Editorial Argentina, 2000, pp. 67–68.

⁶³ Estos son casos que prevé el Código Civil Colombiano.

⁶⁴ Código de Procedimiento Civil Colombiano.

guardar el principio de congruencia, en casos en que una de las partes denuncie un cambio de comportamiento o de actitud de la otra parte.

Lo fundamental en la teoría del *venire contra factum* no es tanto la existencia de una voluntad en el comportamiento antecedente, sino la significación que a la propia conducta puede serle atribuida por la otra parte. En ese sentido, en la teoría de los actos propios el efecto se produce de un modo objetivo teniendo mayor relevancia en el análisis jurídico la confianza que el acto jurídico suscita en la parte, más que la voluntad del autor del acto. En otras palabras, una persona va contra sus propios actos cuando ejerce un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta anterior y esa actuación resulta lesiva del principio de la buena fe y del deber de coherencia dentro del tráfico jurídico (salvo los casos de vicios en la generación del acto jurídico por objeto, causa, capacidad o consentimiento).

Al igual que el *estoppel* en sistema jurídico anglosajón, la teoría de los actos propios es un instrumento de defensa por parte de la persona afectada por el cambio de conducta de la otra parte. Sin perjuicio de ello, parte importante de la doctrina ha planteado que, además de su función primordial y originaria de límite a intentos de contravención o violación de la buena fe que no pueda evitarse por aplicación de las normas legales positivas, también puede utilizarse como defensa contra quién ha actuado en forma contradictoria o voluble.

Procesalmente la doctrina opera como defensa sustancial o de fondo y no como excepción previa, y debe ser propuesta al contestar la demanda o el traslado de la pretensión de que se trate. La parte afectada puede proponerla en el mismo momento en que la conozca, vía recurso de reposición o como excepción de fondo. No configura una excepción en sentido estricto, sino una defensa amplia que busca atacar una pretensión y/o actuación desleal.

La teoría de los actos propios es perfectamente aplicable a las cláusulas escalonadas en la medida en que, al ser una manifestación del principio de la buenas fe contractual y del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, una parte no puede contradecir su manifestación de voluntad incorporada en ese negocio jurídico, y la parte afectada puede plantear esta teoría como mecanismo de defensa sea en el tribunal de arbitramento o en el recurso de anulación. La única excepción para la aplicación de la teoría *venire contra factum proprium non potest*, se da en el evento en que se presente algún vicio en la manifestación del consentimiento por error, fuerza o dolo. La teoría busca garantizar la seguridad jurídica, pues en el evento de permitir que una parte vaya en contra de lo establecido en la cláusula, se estaría afectando esa seguridad y se estaría vulnerando el deber de coherencia en las relaciones jurídicas.

Se debe precisar que la posición que se defiende es que las cláusulas escalonadas no afectan situaciones de orden público, ni el derecho fundamental de acceso de justicia. Es únicamente una manifestación libre y voluntaria de las partes en virtud de la cual decidieron establecer la forma de manejar los posibles conflictos que se presenten en una relación jurídica particular, no

siendo legítimo que una parte vaya en contra de la manifestación vertida en la cláusula escalonada, en contravía de un acto propio previo y expreso.

2. La validez del *pactum de non petendo*

En el Derecho romano, el *pactum de non petendo* (pacto de no pedir) hacía parte de las causales para extinguir las obligaciones, que operaba cuando el acreedor y el deudor acordaban que el primero se comprometía a no exigir el pago de la deuda, incluso sin usar las formas de la *acceptilatio*⁶⁵. Era un pacto aplicable a las diferentes clases de obligaciones que funciona *ope exceptionis* por lo general. De manera excepcional operaba *ipso iure* en casos de hurtos o injurias según preceptos expresos de la Ley de las XII Tablas. Se podían diferenciar dos clases de *pactum de non petendo*: a) *in rem*, cuando se concedía sin limitación alguna, y b) *in persona*, cuando los efectos de este acuerdo sólo se daban respecto de deudores determinados.

En la actualidad, el *pactum de non petendo* puede entenderse como la renuncia anticipada a la jurisdicción, que implica muy concretamente el no invocar la tutela de la justicia ordinaria, lo que, a su vez, se relaciona con el concepto de cláusula compromisoria amplia.

Un pacto de este tipo se puede predicar desde la posición activa, es decir renunciando al derecho de acción ante un tribunal competente para exigir la tutela de un derecho que se vea vulnerado, o bien, desde la posición pasiva, como renuncia al ejercicio de la defensa ante acciones que interponga otro. En otras palabras, desde la óptica del derecho civil, lo primero puede traducirse en la libertad que tiene una persona para decidir si protege o no sus derechos transgredidos; lo segunda, atiende más al hecho del individuo como un sujeto de derecho y obligaciones. Así las cosas, alguna parte de la doctrina afirma que la primera manifestación del principio de *pactum de non petendo* puede ser válida, mientras que la segunda no, en tanto que se ve como un quebrantamiento a la subjetividad de la persona en quien están recayendo ciertos derechos y obligaciones, surgidos en este caso de la acción interpuesta.

No obstante, la posibilidad de acordar un *pactum de non petendo* pone de presente el análisis sobre el alcance que tiene dicha manifestación de la voluntad de las partes ante un juez, generando la pregunta de si este debe o no intervenir en el caso⁶⁶. No está demás decir que un acuerdo de esta naturaleza no tiene la fuerza o valor jurídico o legal para producir la inadmisibilidad del proceso; sin embargo, puede representar una cuestión de fondo a tratar para considerar la desestimación de la acción invocada o la excepción por falta de un fundamento, por cuanto aunque la acción esté debidamente fundada será lo más lógico rechazarla en virtud del acto de disposición llevado a

⁶⁵ Este es un modo de extinguir las obligaciones que consiste en la disolución mediante una stipulatio de una obligación que ha nacido de otra stipulatio. Para esto el acreedor y el deudor celebran una nueva stipulatio en la que el deudor tiene que preguntar al acreedor si tiene por recibido lo que le debe, a lo cual el acreedor debe responder afirmativamente.

⁶⁶ M. Micheli, *La rinuncia agli atti del giudizio*, Pádua, Cedam, 1937, p. 25, nota 3.

cabo por las partes⁶⁷, excepto cuando sea razonado desestimar la acción por algún supuesto de derecho sustantivo que revele la invalidez del pacto. Casos como estos pueden verse enunciados de manera expresa en algunas legislaciones, como por ejemplo la resolución del 10 de enero de 1979 de la Comisión de las Comunidades Europeas, en donde se invalidó una cláusula por considerar que iba en contra del interés público la renuncia a impugnar⁶⁸.

De esta manera, una renuncia absoluta a la jurisdicción es evidente y radicalmente nula e ineficaz, ya que, constituye un pacto que va contra el orden público, el derecho al acceso a la administración de justicia⁶⁹ y el esquema que el Estado ha previsto para regular los conflictos de los particulares que llegan a instancias de los tribunales estatales. Pese a esto, no se llega a igual conclusión cuando esa tutela frente a los derechos puede alcanzarse por otros mecanismos de lograr justicia que, como el arbitraje, están igualmente habilitados por el Estado y tienen idénticas garantías constitucionales que aquellas que se predicán de los procesos judiciales estatales.

En Colombia, como se vio anteriormente, el arbitraje no sólo constituye un mecanismo alterno de solución de controversias, sino que es una verdadera jurisdicción, en donde se dictan providencias con fuerza jurisdiccional –ya que, el laudo es equivalente a una sentencia– y en donde los árbitros son particulares, no sólo con la habilitación constitucional para administrar justicia de manera transitoria, sino que están verdaderamente revestidos de las potestades de cualquier juez de la República⁷⁰. Sumado a esto, está el libre consentimiento de ambas partes, que comporta un especial relieve en el hecho de que son ellas mismas quienes rigen su relación contractual y, en ese orden, son las mismas quienes deciden someter sus diferencias a un arbitraje, según las reglas que decidan y ante los árbitros y sede que éstas escojan.

Partiendo de esta base, es preciso preguntarse si a la luz del ordenamiento jurídico colombiana, es válido incluir escalones o requisitos previos al arbitraje, que de alguna forma se constituyan en una especie de renuncia a acudir al arbitraje directamente, hasta tanto no se hayan agotado tales requisitos o escalones. La respuesta, en gran medida dependerá de la visión desde donde se explique este punto: dependerá de la naturaleza jurídica que se le atribuya al arbitraje. Así las cosas, si pensamos en que la causa del arbitraje es un contrato, concretado en el pacto arbitral, debemos considerar que estamos en presencia de los elementos de la autonomía de la voluntad privada que, en desarrollo de esta, permitirían a las partes dar su mutuo consenti-

⁶⁷ E. Redenti, *Derecho procesal civil*, t. I, trad. esp. de la italiana de 1953, Buenos Aires. 1957, n° 17, p. 74.

⁶⁸ Comisión de las Comunidades Europeas, Resolución de enero 10 de 1979. En esta providencia se reafirmó una vez más la invalidez de una cláusula, por la que un licenciario se obligaba a no impugnar una patente: "El interés público en la revocación de patentes indebidamente concedidas exige que el licenciario y el sublicenciario conserven la facultad de impugnar la patente".

⁶⁹ Art. 229 Constitución Política de Colombia.

⁷⁰ Art. 116 Constitución Política de Colombia. En concordancia con la Ley Estatutaria de la Justicia y con el concepto de la Corte Constitucional que lo expresa en sentencias destacadas como la C-592 de 1992, C-431 de 1995 y C-1038 de 2002, entre varias otras.

miento para pactar cualquier acuerdo –en el marco de lo permitido por la ley– que será ley para ambas. Pero, si por el contrario, se estudia el arbitraje como una extensión de la jurisdicción estatal, como un permiso especial transitorio que otorga la Constitución Política para que un particular tenga igual la misma investidura de un juez para el caso específico, veremos que un *pactum de non petendum* podrá resultar incomprensible para los defensores a ultranza de este corriente, pues, en primer lugar, se estarían creando requisitos de procedibilidad reservado exclusivamente a la ley, además de que se estaría negando el acceso a la justicia.

Se sostiene que, basado especialmente en el art. 116 de la Constitución Política, no resulta contradictorio, aun desde la óptica jurisdiccional, darle plenos efectos legales a las cláusulas escalonadas, pues no parece posible sostener, desde un punto de vista eminentemente lógico, que las partes puedan renunciar a la jurisdicción estatal, privilegiando otro mecanismo de solución de controversias, y no puedan pactar una serie de requisitos o escalones obligatorios antes de llegar al arbitraje.

En conclusión, y haciendo un recuento de las posiciones reinantes, vemos como en este tema se contraponen una tendencia respetuosa del consentimiento de las partes, contra una tendencia cerrada y prohibitiva (quizás irrazonable), siguiendo el enfoque jurisdiccional y trasladando, sin ningún tipo de matiz, lo aplicable a la jurisdicción ordinaria, a otro tipo de proceso especial de resolución de controversias, basado en la voluntad de las partes⁷¹.

3. ¿Admisibilidad o jurisdicción?

Si partimos de la base de que, a la luz del Derecho colombiano, las cláusulas escalonadas son válidas y los escalones iniciales son de obligatorio cumplimiento, base que, como se ha visto y se verá al final, no es necesariamente verdadera, nos enfrentamos a la pregunta de cuáles serían las consecuencias que el incumplimiento de los escalones iniciales traería. En efecto, la determinación de si dicho incumplimiento generaría un problema de jurisdicción del tribunal o de admisibilidad de la demanda conlleva efectos mayúsculos. Así, bajo el Derecho colombiano actual, si se declara que el incumplimiento de los escalones previos implica un problema de jurisdicción del tribunal arbitral, el mismo debería declararse no competente, los efectos del pacto arbitral se extinguirían por completo⁷² y los árbitros deberán devolver sus honorarios⁷³. Por el contrario, si el incumplimiento de los escalones previos afecta la admisibilidad de la demanda, el tribunal arbitral debería inadmitir la misma y solicitarle a las partes que cumplan con los requisitos que hagan falta⁷⁴.

⁷¹ F. Ramos Méndez, *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Madrid, 1978, p. 65.

⁷² Art. 147, Decreto 1818 de 1998.

⁷³ Art. 145, Decreto 1818 de 1998.

⁷⁴ Esto en el entendido en que, según el art. 85 del Código de Procedimiento Civil y el art. 36 Ley 640 de 2001 no existen razones para rechazar de plano la demanda puesto que el árbitro no carecería de competencia ni jurisdicción, no existe término de caducidad, y el artículo 36 de la Ley 640 de 2001 sólo establece los efectos de rechazo de plano cuando se incumpla con la conciliación extrajudicial

Es un principio general del arbitraje que los árbitros adquieren su competencia de la voluntad de las partes expresada en un pacto arbitral, principio reconocido en la legislación colombiana. Así pues, los árbitros no serán competentes si el pacto es nulo, ineficaz o inaplicable⁷⁵ y en tal caso no podrán decidir sobre los conflictos que quieran someter a ellos las partes. Cabría entonces preguntarse si el no agotamiento de unos requisitos previos pactados en una cláusula escalonada, implicarían que la misma fuera nula, ineficaz o inaplicable. La respuesta a la anterior pregunta necesariamente tendría que ser negativa, pues la cláusula en efecto existe y es válida y el hecho de que no se cumplan unos requisitos establecidos contractualmente no vicia la cláusula sino que, en términos de las cortes anglosajonas, hace que el último escalón (el del arbitraje) no se active.

Por lo anterior, el incumplimiento de estos requisitos previos afecta necesariamente la demanda, pues la misma aún no se encuentra “madura” como se ha establecido por algunas cortes norteamericanas. A la luz del derecho colombiano, se tendría que aceptar que estos escalones previos no son un requisito de procedibilidad, tema éste reservado a la ley expresamente, sino que son un simple acuerdo privado entre las partes, un *pactum de non petendum* que hace que su incumplimiento no lleve al rechazo de plano de la demanda ni afecte la competencia del tribunal arbitral. Aún más, si sostuviéramos que se trata de reales requisitos de procedibilidad, el incumplimiento de estos escalones iniciales no podría llevar, tampoco, al rechazo de la demanda.

4. La validez y obligatoriedad de las cláusulas escalonadas en el arbitraje colombiano

Una vez analizados detenidamente todos elementos del presente ensayo, no queda más que determinar la validez y la obligatoriedad de las cláusulas escalonadas a la luz del Derecho colombiano. La respuesta admite varios niveles y enfoques.

Desde un nivel teórico, las cláusulas escalonadas son completamente válidas y el cumplimiento de los escalones previos, obligatorio. En efecto, como se ha visto a lo largo del ensayo, si las partes pueden pactar llevar sus controversias al arbitraje, en lugar de ventilarlas ante los jueces ordinarios, perfectamente podrían pactar, en desarrollo de la autonomía de la voluntad privada, los requisitos y la forma de llevar dichos conflictos al arbitraje. Tal y como se ha establecido, este especie de *pactum de non petendum* no sería más que una estipulación contractual que las partes deben cumplir en principio del desarrollo de la buena fe contractual, del principio de *pacta sunt servanda* e incluso, partiendo de una interpretación no demasiado amplia del art. 116 constitucional.

como requisito de procedibilidad, y estos escalones previos no serían un requisito de procedibilidad sino unos simples acuerdos contractuales o, aún más un *pactum de non petendum*.

⁷⁵ Este es el lenguaje utilizado en el art. II.3º Convención de Nueva York de 1958. La ley colombiana, en el art. 163 Decreto 1818 de 1998 utiliza un lenguaje similar al establecer que una de las causales de anulación del laudo es la nulidad absoluta del pacto arbitral.

Como consecuencia de lo anterior, salvo criterios vetustos y parroquiales, excesivamente procesalistas, los tribunales arbitrales y las cortes nacionales deberían darle efectos a este especie de pactos, pues, tal y como lo estableció el Tribunal Superior de Bogotá, con absoluta claridad, dichos pactos no implican una violación al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y las partes están constitucionalmente habilitadas para establecer este tipo de acuerdos de solución privada de sus controversias.

Ahora bien, si analizamos el tema, a partir de la aplicación que se le ha dado al carácter jurisdiccional del arbitraje imperante en nuestro ordenamiento jurídico, las cláusulas escalonadas parecen no ser efectivas y el cumplimiento de los escalones iniciales, no obligatorio. Esto se debe, principalmente, según los defensores de esta postura, a que los árbitros son jueces y el arbitraje es un proceso jurisdiccional, por lo que el mismo termina siendo un proceso judicial y sólo la ley puede establecer requisitos de procedibilidad para acceder a la justicia, bien sea ordinaria o arbitral. Así pues, estas son normas imperativas y las partes, al pactar en contra de ellas estableciendo requisitos de procedibilidad extra legales, estarían violando el orden público e incluso violando un derecho fundamental que es irrenunciable, a saber, el del acceso a la administración de justicia.

Creemos, sin embargo, que la anterior posición parte de una concepción errada del arbitraje y de los MASC en general. El estado moderno ha ido dándole cada vez mayor cabida a la autonomía de la voluntad privada, en una política de menor intervención, llegando incluso a darles a los particulares la posibilidad de solucionar sus conflictos por vías alternas a la justicia estatal y dándole plenos efectos legales a estos acuerdos, llámense actas de conciliación o laudos arbitrales. Esto no significa que simplemente se esté extendiendo la justicia estatal al ámbito privado sino que, muy por el contrario, se fomentan formas de desjudicializar la solución de conflictos, para que, por la vía privada o alterna, los particulares puedan encontrar nuevas y mejores formas de solucionar sus conflictos. Lo anterior no conlleva, y está lejos de hacerlo, un desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas o del debido proceso, puesto que, precisamente, su observancia es la que hace que los MASC como el arbitraje funcionen y tengan credibilidad ante sus usuarios. No puede olvidarse que tanto en Colombia como en los demás países que contemplan MASC, existen recursos judiciales para revisar la observancia de aspectos como el derecho de defensa, la contradicción, el efectivo conocimiento de las actuaciones y, en general, todo lo que compone el debido proceso. Tal y cómo lo dijo el Tribunal Superior de Bogotá, con meridiana claridad y precisión, al referirse a que la posibilidad de someter diferentes controversias a diferentes mecanismos de solución de controversias no viola el derecho de acceso a la justicia, puesto que

“El derecho de acceso a la justicia no conlleva la posibilidad de irrumpir en ella, porque el derecho de acción se ejerce de acuerdo con los presupuestos procesales, de donde para la solución de una determinada controversia solo se puede acudir ante el juez que la ley prevé y observando los trámites respectivos.”

RESUMEN: Como resultado de la permanente búsqueda de métodos y formas para solucionar los conflictos en el ámbito internacional de una manera más eficiente y a un menor costo se han popularizado, en los últimos años, las llamadas cláusulas escalonadas o multinivel que buscan la instauración de procedimientos menos adversariales como la conciliación, la mediación o el peritaje como paso o escalón previo al arbitraje. El propósito principal de este tipo de provisiones es resolver de una manera más expedita y con mayor experticia aquellas disputas que por sus características pueden tener una más fácil solución, y que sólo aquellos conflictos sobre los que las partes no se pueden poner de acuerdo y que suponen un mayor grado de complejidad y de disputa, escalen a un procedimiento un poco más largo como el arbitraje. Sin embargo, este tipo de cláusulas, que en su génesis y conceptualización pura parecen ser ideales, han tenido muchos problemas en la práctica ocasionados muchas veces por una falta de claridad y concreción a la hora de su redacción y otras veces por un incorrecto entendimiento de los operadores de los diferentes métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) y los jueces nacionales. Los lineamientos que han ido estableciendo los diferentes jueces nacionales que han conocido del tema y aquellos que han fijado los doctrinantes que sobre el tema han escrito resultan, pues, sumamente útiles a la hora de dotar de contenido este tipo de cláusulas y desentrañar elementos tales como su naturaleza jurídica y las consecuencias que su incumplimiento puede acarrear. De especial importancia es la práctica al respecto en los países de derecho anglosajón, especialmente Inglaterra y los Estados Unidos, y aquella de algunos países de derecho continental como Suiza y Alemania. De igual manera, conceptos e instituciones clásicas del derecho como la teoría del *non venire contra factum proprium* o *el pactum de non petendum* tienen un importante papel que jugar a la hora de analizar las cláusulas escalonadas. Así pues, a partir de todos estos conceptos, y el estudio puntual de la jurisprudencia colombiana, se pretende estudiar la viabilidad de las cláusulas escalonadas en el derecho colombiano para finalmente concluir que, bajo un correcto entendimiento de los MASC y, en especial, del arbitraje, estas cláusulas son y deben ser completamente válidas y eficaces.

PALABRAS CLAVE: CLÁUSULAS ESCALONADAS – ARBITRAJE – CONCILIACIÓN – *NON VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* – DERECHO COLOMBIANO.

ABSTRACT: As a result of a continuous search for cost effective ways to resolve conflicts in the international community, escalated or multi – step dispute resolution clauses have become very popular. This type of clauses establish less adversarial procedures such as conciliation, mediation and expertise as prior steps to arbitration and seek to assure that relatively simple disputes can be resolved in fewer time and with lower costs and only those complex conflicts in which parties cannot reach a solution and that suppose a higher complexity escalate to longer procedures such as arbitration. However this type of clauses, which in theory may seem ideal, have had a lot of problems in the practice due to a lack of clarity and concreteness in their redaction and to an incorrect understanding of alternative dispute resolution mechanisms (ADR) and, especially, of arbitration by ADR operators and national courts. The guidelines that different courts and scholars have traced in the subject are of a significant importance in studying this type of clauses and determining their legal nature and the consequences of non – compliance. Of a special importance is the practice in common law countries such as England and the United States and some civil law countries such as Switzerland and Germany. Additionally, some classic concepts and institutions such as the theory of *non venire contra factum proprium* and the *pactum de non petendum* play a significant role. From the analysis of the previous concepts and the punctual study of Colombian case law, the present essay pretends to determine the viability of multi – step dispute resolution clauses in Colombia in order to finally conclude that, under a correct understanding of ADR mechanisms and, specially, of arbitration, this type of clauses are and must be completely valid and effective.

KEYWORDS: MULTI-STEP DISPUTE RESOLUTION CLAUSES – ARBITRATION – CONCILIATION – *NON VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* – COLOMBIAN LAW.