



Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

PROYECTO DE LEY No. _____ DE 2017

“POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICA EL ARTÍCULO
13 DE LA LEY 1564 DE 2012”

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1. Modifíquese el artículo 13 de la Ley 1564 de 2012, el cual quedará así:

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

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Edificio Nuevo del Congreso Cra. 7 No. 8-68 Oficina: 704
Tel. 3823689- Fax. 3823688



Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia que tengan como finalidad obstruir el libre acceso a la administración de justicia serán absolutamente nulas.

Artículo 2. La presente ley regirá a partir de su promulgación.

DE LOS HONORABLES CONGRESISTAS

ROSMERY MARTÍNEZ ROSALES

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Edificio Nuevo del Congreso Cra. 7 No. 8-68 Oficina: 704
Tel. 3823689- Fax. 3823688



Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

PROYECTO DE LEY No. _____ DE 2017 “POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICA EL ARTÍCULO 13 DE LA LEY 1564 DE 2012”

1. OBJETO DEL PROYECTO DE LEY

El proyecto de ley tiene por objeto modificar el artículo 13 del Código General del Proceso con el propósito de garantizar la efectividad de las cláusulas escalonadas en Colombia conforme a los lineamientos del comercio nacional e internacional.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El presente proyecto de ley modifica la ley 1564 de 2012 en su artículo 13, el cual, adoptó una postura radicalmente garantista en torno al derecho al acceso a la administración

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Edificio Nuevo del Congreso Cra. 7 No. 8-68 Oficina: 704
Tel. 3823689- Fax. 3823688



Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

de justicia. No se han presentado otras iniciativas legislativas que busquen reformar el contenido del artículo 13 procesal.

3. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY

La vigencia del Código General del Proceso en el ordenamiento jurídico colombiano obedece a la incorporación de tendencias del derecho procesal comparado a nuestra cultura jurídica con el fin de garantizar una administración de justicia más expedita y eficiente para el ciudadano común.

Como consecuencia, el artículo trece del código general del proceso es claro y enfático en señalar que las estipulaciones que hagan las partes referentes a agotar requisitos previos de procedibilidad antes de acudir a la justicia ordinaria se entenderán por no escritas, es decir, ineficaces.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Edificio Nuevo del Congreso Cra. 7 No. 8-68 Oficina: 704
Tel. 3823689- Fax. 3823688



Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

En esa línea, a la luz de esta disposición normativa *cualquier* estipulación contractual que contenga requisitos de procedibilidad antes de instaurar una demanda será automáticamente ineficaz y por lo tanto inoponible para las partes por ministerio de la ley.

El supuesto anterior tiene sentido cuando estamos hablando de dos sujetos contractuales que no se encuentran en la misma posición de dominio o poder de negociación, como por ejemplo un contrato de adhesión, asuntos de protección al consumidor e incluso un contrato de trabajo. Frente a estos escenarios es claro que una parte del contrato se encuentra en una situación de vulnerabilidad y que la ley propende gestar ficciones jurídicas que pongan a las partes en una situación de igualdad relativa.

Por lo anterior, el artículo 13 del Código General del Proceso es de total importancia si se piensa por ejemplo en que se obligue a una persona a condicionar por conducto de una cláusula de esta naturaleza su derecho de acudir directamente a la administración de justicia en caso de disputa. Este escenario abriría la puerta a posibles abusos

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA



Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

de entidades financieras, productores y vendedores de bienes y servicios y demás relaciones contractuales en donde una de las partes no cuente con la suficiente operatividad, información y logística para desplegar un contrato en igualdad de condiciones.

En esa medida, concordamos con la disposición normativa en estudio cuando por ejemplo, una entidad bancaria condiciona el otorgamiento de un crédito a un usuario siempre y cuando este acepte pactar una cláusula en la que las partes se obligan a no instaurar demanda dentro de los dos meses siguientes a la disputa, o a que antes de instaurar demanda se agote una etapa previa de negociación. Bajo esta perspectiva compartimos la necesidad del artículo 13 del Código General del Proceso.

Sin embargo, creemos que el tenor del mencionado artículo es radical y por ende contraviene tendencias modernas del comercio y los negocios internacionales, concretamente las cláusulas escalonadas que se estipulan en litigios comerciales sometidos a un tribunal de arbitramento. Cláusulas cuya eficacia a la luz de este artículo se

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Edificio Nuevo del Congreso Cra. 7 No. 8-68 Oficina: 704
Tel. 3823689- Fax. 3823688



Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

encuentra cercenada, conculcando de esta manera los intereses del comercio nacional e internacional.

Para efectos de entender el impacto de este artículo a continuación definiremos el concepto de las cláusulas escalonadas:

Las cláusulas escalonadas, según el profesor Francisco González De Cossío, son aquellas que *“contemplan en etapas distintas más de un mecanismo para resolver una controversia. Un ejemplo típico es una cláusula que, de surgir una controversia, activa el deber de negociar durante un periodo determinado”*¹.

En el comercio internacional estas cláusulas son muy efectivas y son utilizadas por instituciones muy respetables como la Cámara de Comercio Internacional², pues en materia de litigios internacionales que son muy costosos, las partes prefieren acudir a etapas previas de negociación para llegar a un acuerdo que los beneficie recíprocamente,

¹ Francisco González De Cossío. Arbitraje. Pág. 302. Ed. Porrúa. (2011).

² Reglamentos de arbitraje y de ADR: “Según el Reglamento ADR de la CCI, busca facilitar una solución negociada con la ayuda de un tercero independiente. El procedimiento por defecto bajo el Reglamento ADR es la mediación, pero sus disposiciones también incluyen la conciliación, la evaluación por el tercero, así como una variedad de combinaciones de estas y otras técnicas”. Tomado de: <http://www.cgsh.com/files/News/7557b65e-c477-427b-868a-c77bc023db57/Presentation/NewsAttachment/>

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

**Edificio Nuevo del Congreso Cra. 7 No. 8-68 Oficina: 704
Tel. 3823689- Fax. 3823688**



Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

en vez de asumir el riesgo de acudir a una corte o un tribunal de arbitramento y que los condene a pagar sumas estrepitosas que pongan en riesgo las finanzas de cualquiera de las partes.

Entonces, para dos empresas que tienen poder de negociación similar -y no hay situación de vulnerabilidad como se expuso en las páginas precedentes-, es más eficiente evitar ir a un litigio costoso y riesgoso, y en cambio pactar una cláusula escalonada en la que se establezca que las partes están obligadas a negociar por un término determinado antes de iniciar un proceso judicial o arbitral.

El escenario anterior es lógico en la medida en que salvaguarda los intereses de las partes que prefieren llegar a una solución pronta y no asumir riesgos innecesarios como bien lo sugiere CRISTHIAN SALCEDO:

“las cláusulas escalonadas son de gran utilidad para resolver controversias por medio del pacto de etapas previas al arbitraje, pues mediante estas las partes pueden beneficiarse mediante una concesión recíproca de

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Edificio Nuevo del Congreso Cra. 7 No. 8-68 Oficina: 704
Tel. 3823689- Fax. 3823688

pretensiones al llegar a un acuerdo, sin necesidad de acudir a un tribunal de arbitramento, deteriorar su relación comercial e incurrir en mayores costos de transacción, escenarios que en últimas obstaculizan el tráfico y el dinamismo propios del comercio.

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



Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

manera relaciones comerciales que hasta entonces eran estables y duraderas.”³

Y es que las cláusulas escalonadas no son novedosas en el comercio internacional, un estudio realizado por Fulbright & Jaworski LLP⁴ concluyó que el 60% de las empresas del Reino Unido y el 51% de las empresas de Estados Unidos han resuelto sus controversias mediante una cláusula escalonada que comprendía en su orden negociaciones directas entre los altos ejecutivos, mediación, y finalmente arbitramento.

Por lo anterior, creemos que el tenor del artículo 13 del Código General del Proceso tiene repercusiones en la efectividad de las cláusulas escalonadas que se pacten en Colombia al ser estas en su esencia etapas previas de resolución de controversias antes de acudir a una corte o a un tribunal de arbitramento, y de conformidad con lo anteriormente expuesto, *“en el caso de las cláusulas*

³ Salcedo, Cristhian (2015). Hacia una protección merecida: la eficacia de las cláusulas escalonadas en el marco de un pacto arbitral en Colombia. Tomado de: <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/6187126/4+Salcedo.pdf/f65f91-6fa4-43aa-bac6-8a6cde7cc1a4>

⁴ Fulbright & Jaworski LLP, Second Annual Litigation Trends Survey. (2005). P. 34

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

escalonadas no habría lugar a que estas sean proscritas o inexistentes, pues de ninguna manera ellas buscan vulnerar el acceso a la justicia, sino que a contrario censu buscan solucionar el conflicto mediante una transacción, beneficiando a las partes recíprocamente, motivo por el cual, para que un pacto de etapas previas sea proscrito, debe vulnerar los derechos fundamentales (...) mas no debe ser proscrito per se (...) aquellas cláusulas que imponen sanciones o cargas desproporcionadas e irrazonables deben proscribirse, empero, las cláusulas escalonadas no imponen tales cargas y por lo tanto deben desplegar toda eficacia, siempre y cuando no obstruyan el acceso a la administración de justicia o afecten derechos fundamentales”⁵

Es claro que en la práctica es probable que el espíritu de una clausula escalonada sea el de obstruir el acceso a la administración de justicia. Sin embargo, en nuestro criterio es más razonable que sea el juez quien identifique tal propósito y no el legislador, pues este de tajo presume que

⁵ Salcedo, Cristhian (2015). Hacia una protección merecida: la eficacia de las clausulas escalonadas en el marco de un pacto arbitral en Colombia. Tomado de: <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/6187126/4+Salcedo.pdf/f65f91-6fa4-43aa-bac6-8a6cde7cc1a4>

todas las cláusulas escalonadas son abusivas y proscriben automáticamente su efectividad y aplicación en Colombia cuando son de gran importancia en el derecho internacional.

Ahora bien, el artículo 13 puede llegar a generar lo que en economía se denomina un *incentivo perverso* en el comercio. Es decir, cuando en el marco de una controversia las partes deciden acudir a una negociación antes que a un arbitramento y de la negociación llegan a un acuerdo; una de las partes a futuro puede invocar de mala fe el artículo 13 del Código General de Procedimientos y concluir que la negociación y su acuerdo no produjo efectos porque a la luz de este artículo esta clase de cláusulas se entienden por no escritas.

4. CONCLUSIONES

Con base a los argumentos expuestos en las páginas precedentes, es claro que el artículo 13 del Código General del Proceso en su composición actual busca salvaguardar

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

el derecho de acceso a la administración de justicia a la parte vulnerable o indefensa de la relación contractual. Empero, el artículo desconoce la importancia de las cláusulas escalonadas cuando se trata de sujetos que se encuentran en un mismo nivel de negociación que prefieren evitar finiquitar su controversia en un litigio.

Como consecuencia, en aplicación del artículo 13 se deja sin efecto cualquier cláusula escalonada, es decir, se presume su mala fe en todos los casos y las sanciona con ineficacia, cuando en el punto anterior observamos con detenimiento que estas cláusulas representan una herramienta económicamente útil y eficiente en las relaciones comerciales de empresarios que actúan de buena fe.

Por consiguiente, hayamos más ajustado a derecho que sea el Juez quien tenga la tarea de verificar si las cláusulas de esta naturaleza en el caso concreto son producto de la mala fe o no, o que tengan como finalidad obstruir el acceso de la administración de justicia; y cuando el juez verifique tales características, las declare absolutamente nulas. Pero no encontramos sentido a que cualquier

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA



Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

clausula escalonada –así sea producto de la buena fe y de sujetos relativamente iguales- sea ineficaz y que el legislador crea siempre que son de mala fe.

DE LOS HONORABLES CONGRESISTAS

ROSMERY MARTÍNEZ ROSALES

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

**Edificio Nuevo del Congreso Cra. 7 No. 8-68 Oficina: 704
Tel. 3823689- Fax. 3823688**