

EFICACIA Y LEGALIDAD DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

*Jenny Paola Amezquita Rodriguez,
Giovanni Vega Chaparro, Leidy Constanza Daza Benitez,
Hernán Darío Vargas Usgame y Dany Samuel Morera Novoa*

Tutor: *Leonel Antonio Vega Perez*
Corporacion Universitaria de Ciencia y Desarrollo, Uniciencia

Resumen

En la actualidad, el Estado colombiano incluye en los contratos cláusulas compromisorias conocidas como “cláusulas escalonadas”, que establecen un sistema acordado de agotamiento gradual, progresivo y multinivel de etapas previas a los operadores de justicia a través de mecanismos alternativos de solución de controversias. No obstante, el inciso segundo del artículo 13 del Código General del Proceso (CGP) limita los efectos legales de estos compromisos, al establecer que las etapas previas estipuladas por las partes no son de obligatoria observancia.

En este artículo se aborda la eficacia y legalidad de las cláusulas escalonadas en la contratación estatal en Colombia, y se analiza, a través de un test de razonabilidad, si la obligatoria observancia de estas estipulaciones como medida limitativa del derecho de acceso a la administración de justicia es constitucionalmente idónea. Adicionalmente, se propone una configuración de cláusula escalonada que comprenda tres etapas: la primera, el arreglo directo; la segunda, el arreglo asistido por tercero; y, en última instancia, los operadores de justicia.

Palabras clave: cláusulas escalonadas, mecanismos alternativos de solución de controversias, arreglo directo, mediación, amigable composición.

Abstract

Currently, the Colombian State includes in contracts arbitration clauses known as “tiered clauses”, which establish an agreed system of gradual, progressive and multi-tiered exhaustion of previous stages for justice operators through alternative dispute resolution mechanisms. However, the second paragraph of Article 13 of the General Procedural Code (CGP, by its Spanish Acronyme) limits the legal effects of these commitments by stating that the previous stages agreed upon by the parties are not mandatory.

This article addresses the effectiveness and legality of tiered clauses in State contracting in Colombia, and analyzes, through a reasonableness test, whether mandatory compliance with these clauses is constitutionally appropriate as a restrictive measure of the right of access to the administration of justice. In addition, a staggered clause configuration is proposed that includes three stages: the first, the direct settlement; the second, the settlement assisted by a third party; and, in the last instance, the judicial operators.

Keywords: multi-tier clauses, alternative dispute resolution mechanisms, direct negotiation, mediation, amicable settlement.

1. Introducción

La contratación estatal en Colombia tiene una importancia social fundamental, puesto que es el medio a través del cual las entidades estatales procuran cumplir con los fines del Estado y garantizar la prestación continua y efectiva de los servicios públicos. Estos contratos no son solo un mecanismo esencial para el funcionamiento del aparato estatal, sino que también influyen directamente en el bienestar de la sociedad al garantizar la ejecución de proyectos y servicios cruciales para la ciudadanía.

Considerando lo anterior, surge el planteamiento de investigación ¿Son eficaces y legales las cláusulas escalonadas en la contratación estatal en Colombia, dentro del marco jurídico vigente?. Entendiendo las cláusulas escalonadas como un elemento accidental al contrato estatal, es decir, son estipulaciones que establecen un sistema acordado de agotamiento gradual, progresivo y multinivel de etapas previas a los operadores de justicia, que son menos formales y orientadas hacia la autocomposición.

La inclusión de estas cláusulas en los contratos estatales refleja un esfuerzo por fomentar la resolución no confrontacional, cooperativa y autocompositiva de controversias, alineándose con la tendencia global hacia el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC). Sin embargo, el marco

jurídico colombiano presenta desafíos particulares en cuanto a la efectividad y la legalidad de estas cláusulas, especialmente a la luz del artículo 13 del Código General del Proceso (CGP), que limita los efectos legales de tales compromisos al señalar que “Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia”.

Por lo tanto, este artículo tiene como objeto analizar el marco jurídico y la aplicación de las cláusulas escalonadas en la contratación estatal en Colombia. Para lograrlo, en primer lugar, se abordará la definición, naturaleza y los efectos de las cláusulas escalonadas en el proceso de contratación y en la solución de controversias contractuales. En segundo lugar, se evaluará si la obligatoria observancia de estas estipulaciones como medida limitativa del derecho de acceso a la administración de justicia es constitucionalmente idónea. Y en tercer lugar, se propondrá una configuración normativa de cláusula escalonada que respete los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe, así como el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

2. Aplicación de las cláusulas escalonadas en la contratación estatal en Colombia

En este apartado se analizará el uso de las cláusulas escalonadas en la contratación estatal considerando su naturaleza, efectos en el proceso de contratación y solución de controversias.

Para comprender correctamente la aplicación de las cláusulas escalonadas en Colombia, es preciso establecer la definición del término. Así, para los propósitos del presente artículo, se considerarán las cláusulas escalonadas¹ como disposiciones que surgen de la autonomía de la voluntad privada de las partes de un contrato que establecen un sistema acordado de agotamiento gradual, progresivo y multinivel² de etapas previas a los operadores de justicia, que buscan proveer escenarios con menos formalidad jurídico procesal y orien-

¹ “Las cláusulas escalonadas son estipulaciones que surgen de la autonomía de la voluntad privada de las partes del contrato, como una etapa previa al arbitraje, conformada por una serie de escalones para que los contratantes en un plazo razonable tengan la posibilidad de solucionar sus controversias a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, los cuales tienen por fundamento el principio de la buena fe contractual y la autocomposición de las controversias”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-602 de 2019. Magistrado sustanciador: Dr. Alberto Rojas Ríos.

² “(...) [L]as cláusulas escalonadas, que disponen un sistema acordado de agotamiento gradual, progresivo y multinivel de etapas previas para la solución de las eventuales dife-

tados hacia la autocomposición³ para la solución de las eventuales diferencias respecto del contrato.

En el caso de la contratación estatal, la estipulación de la cláusula escalonada se debe considerar como un acto unilateral de la Administración⁴ que se convierte en bilateral en el momento en que el licitante presenta la oferta, en vista de que, como lo ha señalado el Consejo de Estado, “las normas del pliego de condiciones deben ser respetadas dado que sólo así se garantiza el cumplimiento de los principios de la contratación estatal”⁵, pues no se puede adjudicar de una manera para luego contratar de otra.

De modo que las cláusulas escalonadas son concebidas inicialmente por la Administración como un elemento accidental⁶ al contrato estatal. Estas cláusulas nacen como una obligación real de la voluntad tanto de la Administración como del contratista. La Administración manifiesta su voluntad al incorporarlas en el pliego de condiciones, mientras que el contratista expresa su acuerdo al presentar la oferta –que constituye su primera manifestación de voluntad frente a estas– y posteriormente al pactar la cláusula compromisoria.

rencias respecto del contrato”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-093 de 2023. Magistrada ponente: Dra. Diana Fajardo Rivera.

³ “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 autocompositivas. 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”. BERNAL, Rafael et al. Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia. En: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. 2012. vol. 5, p. 171.

⁴ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 24 de julio de 2013. Radicación n.º 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642). Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero.

⁵ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 19 de julio de 2010. Radicación n.º 250002326000200501347-01 (33.795). Consejera ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ “Elementos del Contrato Estatal - Son los mismos del contrato celebrado por la administración pública, sea en su generalidad (capacidad de las partes, consentimiento, objeto y causa, artículo 1502 del Código Civil), o en su especificidad en esenciales, naturales y accidentales (artículo 1501 ejusdem), con la sola previsión de que el de la administración siempre debe cumplir con la solemnidad escrituraria (contrato litteris), esto es, la formalidad del escrito que es ad substantiam actus (arts. 26 y 156 Decreto Ley 222 de 1983, Ley 80 de 1993, arts. 39 y 41). (...) de los elementos accidentales (accidentalia negotii), esto es, los que con ocasión particular del negocio pactaron las partes mediante cláusulas expresas, que por ello, son mero accidente”. *ibid.*

Entendiendo que, como lo señala el artículo 4º de la Ley 1563 de 2012, “La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él. La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere”⁷.

Aunque la Corte Constitucional –mediante la sentencia C 602 de 2019⁸– y el legislador –en el proyecto de Ley 096 de 2017⁹– han examinado las cláusulas escalonadas y su eficacia, se considera pertinente el análisis de estas en la contratación estatal en Colombia, debido a que, incluso después de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, se puede observar que entidades del sector público como la Gobernación de Boyacá¹⁰, Compañía de Servicios

⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1563 (12 de julio de 2012), por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Artículo 4. Diario Oficial. Bogotá. 2012. N.º 48.489.

⁸ Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 (parcial) de la 1564 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

⁹ Proyecto de ley 96/2017, para la modificación del artículo 13 del Código General del Proceso.

¹⁰ La Gobernación de Boyacá suscribió el Contrato de Obra Pública No. 2366 de 2024, cuyo objeto es el “Mantenimiento preventivo y correctivo de los bienes inmuebles de la Gobernación de Boyacá”. En dicho contrato se estipuló la siguiente cláusula escalonada: “Cláusula 22 –Solución de Controversias. Las controversias o diferencias que surjan entre el Contratista y la Entidad Contratante con ocasión de la firma, ejecución, interpretación, prórroga o terminación del Contrato, así como de cualquier otro asunto relacionado con el presente Contrato, serán sometidas a la revisión de las partes para buscar un arreglo directo, en un término no mayor a cinco (5) días hábiles a partir de la fecha en que cualquiera de las partes comunique por escrito a la otra parte la existencia de una diferencia y la explique someramente. Las controversias que no puedan ser resueltas de forma directa entre las partes, se resolverán empleando una o varias de las siguientes opciones: Conciliación: Cuando la controversia no pueda arreglarse de manera directa o no pueda existir una amigable composición debe someterse a un procedimiento conciliatorio que se surtirá ante la PROCURADURIA REGIONAL DE BOYACÁ, previa solicitud de conciliación elevada individual o conjuntamente por las Partes. Si en el término de ocho (8) días hábiles a partir del inicio del trámite de la conciliación, el cual se entenderá a partir de la fecha de la primera citación a las Partes que haga la PROCURADURIA REGIONAL DE BOYACÁ, las Partes no llegan a un acuerdo para resolver sus diferencias, deben acudir a la jurisdicción contencioso administrativa. El acuerdo al que se llegue en la etapa de conciliación si hay lugar a ella y el laudo arbitral es de obligatorio cumplimiento para las partes y presta[n] mérito ejecutivo. En consecuencia, cualquiera de las Partes puede exigir su cumplimiento en un proceso ejecutivo.” COLOMBIA. GOBERNACIÓN DE BOYACA. Contrato de Obra Pública No. 2366 del 24 de junio de 2024.

Públicos de Sogamoso S.A. E.S.P. – COSERVICIOS S.A. E.S.P¹¹, entre otros, han celebrado contratos con cláusulas escalonadas o multinivel.

2.1 Efectos de las cláusulas escalonadas según el inciso segundo del artículo 13 del Código General del Proceso

De acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional, “(...) la cláusula compromisoria -y las cláusulas escalonadas como una especie de ésta- no se consideran en el ordenamiento colombiano como un posible pacto de procedibilidad ante la jurisdicción estatal [o a la transitoria en los términos del inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución], a fin de garantizar el acceso a la justicia; pero sí constituye una excepción previa, a fin de garantizar la autonomía de la voluntad y la buena fe”¹².

Frente a esto, es relevante resaltar que en la jurisdicción contencioso administrativa, “[l]as excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. (...)”¹³, conforme a lo estipulado en el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021. Además, el Consejo

¹¹ COSERVICIOS S.A. E.S.P, suscribió Contrato de Servicio No. 2024 – 049, cuyo objeto es “Contratación de servicios especializados de reparación mantenimiento y suministro de repuestos para motores diésel y cajas de transferencia de los vehículos recolectores, maquinaria del relleno sanitario y los demás de apoyo de la dirección de servicios integrales de aseo”. En este contrato se estipuló la siguiente cláusula escalonada: “CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ARBITRAMENTO: toda diferencia o controversia que se suscite con relación a la interpretación, ejecución, cumplimiento y liquidación del Contrato que surja entre las Partes será sometida en primer lugar al arreglo directo entre ellas, el que se intentará dentro de los quince (15) días calendario siguiente a la notificación del aviso de inconformidad efectuado por una de las Partes. Fracasada la etapa de conciliación, y si el asunto versare sobre desacuerdos de naturaleza legal, relacionados con la interpretación, aplicación, ejecución, cumplimiento y liquidación del Contrato y en general todos los desacuerdos distintos de aquellos de naturaleza técnica o contable, las partes deberán someter la diferencia a la decisión de un árbitro único designado por las Partes de común acuerdo, o en su defecto por la Cámara de Comercio de Sogamoso (...)”. COLOMBIA. COMPAÑÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE SOGAMOSO S.A. E.S.P-COSERVICIOS S.A. E.S.P. Contrato 2024-049 del 22 de mayo de 2024.

¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-602 de 2019. Magistrado sustanciador: Dr. Alberto Rojas Ríos.

¹³ COLOMBIA. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011, artículo 175.

de Estado¹⁴ ha señalado que la fijación de trámites previos para acceder a la administración de justicia no constituye falta de jurisdicción ni competencia. Por lo tanto, actualmente la excepción previa de la cláusula escalonada en la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene fundamento para prosperar.

En lo relativo al arbitraje, el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, señala: “Es procedente la demanda de reconvención, pero no las excepciones previas ni los incidentes. (...)”¹⁵. Por lo anterior, y de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, en la práctica la cláusula escalonada ante este operador de justicia se debe proponer como una excepción u objeción al arbitraje, para que el tribunal arbitral decida sobre esta, como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo¹⁶.

En este contexto, en caso de que el tribunal de arbitramento, en razón del principio de la “competence-competence”, asuma la competencia para conocer de las pretensiones de la demanda, la cláusula escalonada no se puede considerar como una causal para interponer el recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, puesto que, como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, las causales que permiten interponer el recurso de anulación de laudos arbitrales son de carácter excepcional, extraordinario y restrictivo¹⁷, de acuerdo con lo señalado por el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Por lo tanto, la posibilidad de que las partes acudan a los operadores de justicia sin haber agotado las etapas previas significa una vulneración al derecho de libertad contractual y a los principios de autonomía de la voluntad privada y buena fe. Esto se debe a que las cláusulas escalonadas, como expresión de dicha autonomía, deben ser reconocidas por el Estado como una forma de autorregulación de las relaciones privadas, dotándolas de una fuerza jurídica equiparable a la de la ley y garantizando su eficacia con el mismo rigor¹⁸.

¹⁴ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2018, n.º 25000-23-36-000-2015-02844-01. Consejero ponente: Dr. Guillermo Sánchez Luque.

¹⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1563 (12 de julio de 2012), por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Artículo 21. Diario Oficial. Bogotá. 2012. N.º 48.489.

¹⁶ Ibid., artículo 79.

¹⁷ BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, HERNÁNDEZ SILVA, Aida patricia y MORENO CRUZ, Pablo. Recurso de anulación de laudos arbitrales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 30.

¹⁸ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. Las condiciones generales y el principio de la autonomía de la voluntad. Barcelona: Bosch, 1999. p. 19. (Biblioteca de Derecho Privado, n.º 89). ISBN 10: 8476985401.

Ahora bien, a pesar de que el inciso segundo del artículo 13 del Código General del Proceso (CGP) no prohíbe expresamente la estipulación de cláusulas escalonadas, la interpretación de la Corte Constitucional de que “las estipulaciones de las partes que surjan de la autonomía de su voluntad podrían solo producir efectos entre estas, en la medida en que deseen honrarlas y asumir su cumplimiento”¹⁹, genera un estado de incertidumbre y contradicción en cuanto a la facultad o prohibición de pactar cláusulas escalonadas.

3. Test de razonabilidad en cláusulas escalonadas de obligatoria observancia

El artículo 13 de la Ley 1564 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”, señala en su inciso segundo que “[l]as estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia”²⁰. Esta disposición consagra una limitación que, como se argumentará en este apartado, está en contravía con la Constitución Política de Colombia. Para lo cual se desarrollará un test de razonabilidad, considerando que esta metodología empleada por la Corte Constitucional permite examinar si una medida limitativa de derechos fundamentales cumple o no con una finalidad acorde con la Constitución y si los medios utilizados por el legislador para alcanzarla son idóneos.

3.1 Identificación de los derechos fundamentales en conflicto

La obligatoria observancia de las cláusulas escalonadas en los contratos implica un enfrentamiento entre dos derechos fundamentales: el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la libertad contractual. A continuación, se detallan estos derechos y los principios asociados a cada uno.

3.1.1 Derecho de acceso a la administración de justicia

El acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política de Colombia, cimentado en el principio del Estado social de derecho. Este derecho establece que la resolución de conflictos que surgen en la sociedad debe realizarse a través de vías institucionales que garanticen el sometimiento de todas las acciones, tanto

¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-602 de 2019. Magistrado sustanciador: Dr. Alberto Rojas Ríos.

²⁰ COLOMBIA. Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012, artículo 13.

públicas como privadas, al marco jurídico establecido. Por ende, este derecho busca promover la justicia material, la efectividad de los derechos constitucionales, así como los valores de paz y convivencia pacífica²¹.

En este sentido, el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia implica que las cargas sean realizables, razonables y proporcionadas, y que exista certeza respecto de la manera de cumplirlas, de tal suerte que el no cumplimiento dependa exclusivamente de la voluntad consciente del justiciable, o de su falta de cuidado o diligencia, mas no de la ausencia de claridad o de la complejidad del sistema. Las cargas confusas o excesivamente difíciles, que impiden que incluso la persona medianamente diligente esté en capacidad de cumplirlas para poder acceder a esta, resultan a todas luces inconstitucionales²².

En sentencia C 1195 de 2001, la Corte Constitucional²³ determina que el derecho a acceder a la justicia no es absoluto y admite ciertas limitaciones razonables y proporcionadas. La complejidad radica en precisar qué restricciones son constitucionalmente válidas y cuáles no lo son. En este sentido, la jurisprudencia reconoce la necesidad de analizar detenidamente si imponer requisitos previos, como la asistencia a una audiencia de conciliación, constituye una limitación contraria al derecho fundamental de acceso a la justicia.

En la misma línea, señala la Corte Constitucional en sentencia C 283 de 2017²⁴ que el derecho fundamental de acceso a la justicia no implica que imponer condiciones, cargas y requisitos para la presentación de las demandas sea en sí mismo una limitación reproachable desde el punto de vista constitucional, toda vez que no se trata de un derecho absoluto. De esta manera, el legislador tiene competencia para fijar, por ejemplo, términos de caducidad, requisitos de la demanda, así como condiciones previas, que se convierten en requisitos de procedibilidad, tales como la formulación de reclamaciones o solicitudes, la realización de pagos o el ejercicio de recursos administrativos.

Aplicando este criterio al análisis de la obligatoria observancia de las cláusulas escalonadas, se puede concluir que, si bien estas imponen una restricción temporal al acceso a la administración de justicia al fijar un plazo para agotar

²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996. Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-283 de 2017. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Linares Cantillo.

²³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1195 de 2001. Magistrados ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-283 de 2017. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Linares Cantillo.

las etapas previas, esta restricción es superable y controlada por las partes involucradas en el proceso. Además, la obligatoria observancia de las cláusulas escalonadas no impide en última instancia el ejercicio de este derecho, ya que, una vez cumplidos los requisitos establecidos, las partes conservan su derecho de acudir a los operadores de justicia para resolver sus controversias. En otras palabras, estatuir requisitos para el ejercicio del derecho no es lo mismo que renunciar a este o privar su goce²⁵.

En relación con lo anterior, se examinan a continuación los siguientes principios asociados:

- i) **Principio de la efectividad de los derechos:** consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política, obliga al juez a dar prioridad a los contenidos sobre las formas, pues el fin de los operadores de justicia es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, en el entendido de que las regulaciones procesales deben adecuarse a la defensa de la ley y de los derechos²⁶.

Cuando las partes de un contrato, de manera libre y consciente, y en ejercicio de la autonomía de la voluntad, acuerdan la estipulación de cláusulas escalonadas, estas son, en principio, válidas, por cuanto el contrato es ley para las partes y “no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales”²⁷. Por lo tanto, dichas cláusulas deben ser evaluadas mediante el principio de efectividad de los derechos, teniendo presente la prevalencia que debe tener el derecho sustancial en la administración de justicia y considerando que estas constituyen una obligación derivada del derecho sustancial, especialmente porque su origen es el contrato como manifestación de la voluntad de las partes.

Esto significa que su obligatoria observancia debe ser respetada, siempre y cuando no contravengan las garantías básicas previstas por la Constitución, de tal forma que se priorice el contenido de la ley, ley que, para el caso de las cláusulas escalonadas, es el contrato.

- ii) **Principio de tutela judicial efectiva:** este principio está directamente relacionado con la justicia como valor fundamental de la Constitución. La Corte

²⁵ RODRÍGUEZ URIOL, Darío Andrés. Cláusulas escalonadas de solución de controversias: una aproximación a sus principales problemáticas. *Ius et Veritas*. [Online]. 2023. N.º 66, p. 184. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.012>

²⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. 15 de enero de 2008. Radicación n.º 73001 23 31 000 2007 596 01. Consejero ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²⁷ COLOMBIA. Código Civil, artículo 1602.

ha explicado que la tutela judicial efectiva también hace parte del núcleo esencial del debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política colombiana²⁸.

La obligatoria observancia de las cláusulas escalonadas respeta los tres elementos esenciales que componen la tutela judicial efectiva; en primer lugar, asegura el acceso a la administración de justicia, ya que al imponer una restricción de carácter temporal las partes no renuncian ni se ven privadas de su derecho; en segundo lugar, garantiza el derecho a obtener una resolución de fondo del litigio, debido a que las cláusulas escalonadas permiten que en las diferentes etapas las partes obtengan una resolución del conflicto a través de la autocomposición, lo cual facilita una solución razonable, congruente y amistosa; finalmente, estas también promueven el derecho a la ejecución del acuerdo o fallo, ya que al ser resultado de la autocomposición, las partes se comprometen voluntariamente al cumplimiento del acuerdo alcanzado²⁹.

3.1.2 Derecho a la libertad contractual

El derecho a la libertad contractual se encuentra implícitamente reconocido en los artículos 16 y 333 de la Constitución, que garantizan el libre desarrollo de la personalidad y la libertad económica. La libertad contractual es fundamental para el ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada, pues permite a las partes establecer acuerdos que reflejen sus intereses y necesidades particulares.

Este derecho adquiere especial relevancia cuando el Estado colombiano asume la libertad como principio rector de la sociedad y como consecuencia reconoce la autonomía de la persona, ya que como lo resalta Erich Fromm, en su obra “El miedo a la libertad”, “Una vez que se ha optado por la libertad, no se la puede temer”³⁰. En este contexto, si las partes deciden establecer un sistema acordado de agotamiento gradual, progresivo y multinivel de etapas previas a los operadores de justicia, el Estado no debe intervenir en esa decisión, ya que no se traduce en un daño para otro, ni entra en conflicto con la autonomía ajena.

²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-229 de 2016. Magistrado ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. 28 de mayo de 2012. Radicación n.º 08001-23-31-000-2011-01174-02. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221/1994. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

La libertad de contratación, por consiguiente, deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres³¹.

En cualquier caso, los límites que imponga el Estado a la libertad contractual y la autonomía no pueden afectar el contenido esencial de esas garantías o desatender los parámetros de finalidad legítima, razonabilidad y proporcionalidad. En ausencia de una justificación suficiente para establecer una limitación, la autonomía de la voluntad privada permanece como el criterio orientador de las relaciones contractuales³².

En relación con lo anterior, se consideran los siguientes principios asociados:

- i) **Principio de buena fe:** el artículo 83 de la Constitución Política colombiana señala que “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (...)”³³. La Corte Constitucional ha definido el principio de buena fe como “aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una ‘persona correcta (vir bonus)’”. En este contexto, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”³⁴.

En la misma línea, “Según el principio de buena fe contractual, las partes vinculadas por un acto jurídico actúan bajo los parámetros de la recta disposición de la razón, dirigida al cumplimiento fiel de las obligaciones derivadas del acto. Se trata de reconocer que una parte que ha asumido obligaciones, procederá con honestidad, lealtad y moralidad a fin de cumplirlas”³⁵.

³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-240/1993. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-029/22. Magistrada ponente: Dra. Diana Fajardo Rivera.

³³ COLOMBIA. Constitución Política, artículo 83.

³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 de 2008. Magistrado ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil

³⁵ ROSERO ESPINOSA, Nicolás Esteban. Regulación de las cláusulas escalonadas en Colombia: contradicción de principios entre el derecho procesal y el arbitraje. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Julio-diciembre 2017. n.º 46, p. 89.

La falta de obligatoria observancia de las cláusulas escalonadas podría interpretarse como una vulneración del principio de buena fe, ya que estas cláusulas representan compromisos pactados entre las partes de un contrato, en el que acuerdan seguir un proceso escalonado para resolver controversias, confiando en la buena fe del otro para cumplir con los escalones acordados de manera oportuna y justa.

Esto significa que la obligatoria observancia de las cláusulas escalonadas no solo garantiza el cumplimiento de los compromisos contractuales, sino que también promueve la aplicación efectiva del principio de buena fe, en este sentido, las obligaciones mutuas y correlativas acordadas por los sujetos que participan en la relación jurídica conserva su valor recíproco al asegurar que las partes honren sus compromisos y respeten la confianza depositada en ellas.

ii) Principio de la autonomía de la voluntad privada: “La autonomía de la voluntad privada se define como la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico que permite a las personas disponer de sus intereses con efecto vinculante, creando derechos y obligaciones, siempre dentro de los límites generales del orden público y las buenas costumbres (...)”³⁶.

“(...) [En este sentido,] es necesario señalar que la autonomía de la voluntad conflictual reconoce el derecho de los contratantes a elegir los mecanismos jurisdiccionales o alternativos para dirimir los conflictos que surgen dentro de la relación contractual, para lo cual deben manifestar su voluntad inequívoca”³⁷.

La inclusión de cláusulas escalonadas para la solución de controversias refleja la capacidad de las partes para autodeterminar la forma en que resolverán cualquier conflicto que pueda surgir a causa o con ocasión de un contrato. De tal forma, la inobservancia de las cláusulas escalonadas niega la razonabilidad y lógica jurídica que está detrás de este tipo de acuerdos³⁸, al vulnerar el principio de la autonomía de la voluntad privada como pilar esencial en el derecho contractual y limitar a las partes para que establezcan libremente los términos de sus acuerdos dentro de los límites legales.

³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-934 de 2013. Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

³⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-093 de 2023. Magistrada ponente: Dra. Diana Fajardo Rivera.

³⁸ RODRÍGUEZ URIOL, Op. cit., p. 184.

3.2 Análisis de los fines: las cláusulas escalonadas propenden a objetivos legítimos e importantes

El análisis de los fines de las cláusulas escalonadas de obligatoria observancia revela que estas persiguen objetivos legítimos y de gran importancia en el contexto de la contratación en Colombia.

En primer lugar, las cláusulas escalonadas buscan fomentar la eficiencia en la resolución de controversias a causa o con ocasión de un contrato. Al establecer un proceso escalonado que incluye etapas previas al operador de justicia, las partes tienen la oportunidad de resolver sus conflictos de manera rápida y efectiva³⁹ sin necesidad de recurrir a litigios judiciales.

Además, las cláusulas escalonadas buscan fomentar la autonomía y la libertad de las partes contratantes, al permitirles diseñar un proceso específico para la solución de controversias. Estas cláusulas reflejan la capacidad de las partes para autodeterminar la forma en que resolverán cualquier conflicto que pueda surgir en el desarrollo del contrato. Esto fortalece la autonomía de la voluntad privada⁴⁰ y promueve relaciones contractuales más equitativas y transparentes.

Otro objetivo importante de las cláusulas escalonadas es promover la buena fe y la confianza entre las partes contratantes. Al comprometerse a seguir un proceso escalonado para resolver conflictos, las partes están demostrando su voluntad de resolver conflictos de manera justa y transparente, respetando los compromisos asumidos y honrando la palabra dada. Esto contribuye a “armonizar los intereses contrapuestos de las partes, permitiéndoles extinguir el desacuerdo desde la raíz, preservar sus buenas relaciones comerciales y contractuales, brindar a las partes la posibilidad de arribar a una solución en la que ambas resulten ganadoras, y la reducción de costos y tiempo”⁴¹.

En resumen, el análisis de los fines de las cláusulas escalonadas revela que estas persiguen objetivos legítimos y de gran importancia en el contexto de la contratación en Colombia, puesto que fomentan la eficiencia, la autonomía y libertades de las personas y la buena fe en la resolución de controversias.

³⁹ Ibid., p. 75.

⁴⁰ SALCEDO, Crithian. Hacia una protección merecida: la eficacia de las cláusulas escalonadas en el marco de un pacto arbitral en Colombia. En: Universitas Estudiantes. 2015. N.º 12, p. 89-112.

⁴¹ RODRÍGUEZ URIOL, Op. cit., p. 183.

3.3 Análisis del medio: las cláusulas escalonadas constituyen una limitación legítima, principalmente de orden temporal, que puede ser superada por la decisión de las partes

Las limitaciones que pueden imponerse a los derechos tienen diversas modalidades y afectan el goce efectivo de estos en diferentes grados. En este escenario, la obligatoria observancia de las cláusulas escalonadas representa una limitación principalmente temporal al acceso a la justicia, que puede ser superada por la voluntad de las partes involucradas en el proceso contractual.

En primer lugar, es importante destacar que estas cláusulas establecen un proceso escalonado para resolver conflictos⁴², lo que implica un plazo razonable dentro del cual las partes deben agotar las etapas previas antes de recurrir a instancias judiciales. Esta restricción temporal al acceso a la administración de justicia no impide que las partes conserven el control del proceso, los resultados de cada etapa ni la tutela efectiva del derecho.

En comparación con otras limitaciones más gravosas, como las restricciones materiales que excluyen grupos de personas del ejercicio de un derecho, la limitación temporal producto de las cláusulas escalonadas produce una menor afectación al goce del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, puesto que estas limitaciones temporales pueden ser superadas con mediana diligencia por las partes.

En el contexto de las cláusulas escalonadas, las partes mantienen el control del proceso de resolución de controversias. Tienen la libertad de fijar la duración de cada etapa, decidir si desean prevenir o terminar el conflicto, y determinar el grado de intervención del tercero, ya sea limitándose a certificar los resultados o participando activamente en la búsqueda de soluciones.

En virtud de lo anterior la exigencia de seguir un proceso escalonado no impone restricciones gravosas al acceso a la administración de justicia, ya que las partes conservan la capacidad de tomar decisiones autónomas en cada etapa del proceso. Además, este medio no contradice disposiciones constitucionales, pues permite a las partes ejercer su derecho a la libertad contractual, a la autonomía de la voluntad privada en la configuración de sus relaciones y la buena fe.

⁴² En la mayoría de los casos, estas cláusulas comprenden dos etapas. La primera suele estar compuesta por la negociación, mediación, conciliación o dispute boards (este último mayormente en contratos de construcción). Posteriormente, en caso de que estos mecanismos no logren solucionar el conflicto, se recurrirá al arbitraje como la etapa definitiva. RODRÍGUEZ URIOL, Op. cit., p. 179.

3.4 La relación entre el medio y los fines. Las cláusulas escalonadas, como mecanismos alternativos, son eficaces en la solución de controversias contractuales

En esta etapa del test de razonabilidad, se evaluará la relación entre el medio empleado y los objetivos perseguidos. En el contexto de la obligatoria observancia de las cláusulas escalonadas como mecanismo alternativo de solución de conflictos, se constata que este medio es adecuado y eficaz, debido a que, en primer lugar, las cláusulas escalonadas ofrecen un marco estructurado para la resolución de controversias, lo que contribuye a la pronta solución de los conflictos sin necesidad de recurrir de inmediato a instancias judiciales. Esta estipulación permite a las partes emplear “mecanismos de resolución de conflictos a efectos de que puedan y/o deban ser aplicados de manera consecutiva o escalonada”⁴³.

En segundo lugar, al promover la participación activa de las partes en la resolución de sus propios conflictos, las cláusulas escalonadas fortalecen la capacidad de los individuos para gestionar y resolver sus controversias de manera autónoma. Este enfoque permite a las partes resolver sus controversias de manera rápida y eficiente, evitando en la medida de lo posible recurrir al operador de justicia, que puede ser un proceso prolongado y costoso. Además, el uso de mecanismos previos como arreglo directo, mediación y/o amigable composición, permite a las partes mantener en buen estado sus relaciones comerciales y contractuales, lo que es relevante cuando se trata de contratos de ejecución continuada o proyectos de larga duración y complejidad⁴⁴.

En consecuencia, las cláusulas escalonadas como medio alternativo de solución de conflictos resultan eficaces para el logro de la solución de controversias. Su implementación fomenta la resolución pacífica, rápida, eficiente y amigable de controversias, al mismo tiempo que fortalece la autonomía y libertades de las personas y la buena fe contractual.

Si bien las cláusulas escalonadas pueden constituir una limitación para el acceso a la administración de justicia, como se ha argumentado, esta limitación es de carácter temporal y puede ser superada por la voluntad de las partes.

Por lo anteriormente expuesto, se considera que despojar de eficacia a las cláusulas escalonadas como estipulaciones de las partes que establecen etapas previas para acceder a los operadores de justicia, no es un límite razonable, toda vez que vulnera el derecho de la libertad contractual y los principios de la buena fe y autonomía de la voluntad privada.

⁴³ Ibid., p. 180.

⁴⁴ Ibid., p. 180.

4. Propuesta de cláusulas escalonadas en la contratación estatal en Colombia

En varios pronunciamientos, el Consejo de Estado ha sostenido que las cláusulas escalonadas, entendidas como aquellas que imponen condiciones o el agotamiento de requisitos o instancias previas para acudir a la justicia, son ineficaces, en armonía con lo previsto en el inciso 2 del artículo 13 del CGP.⁴⁵

A pesar de ello, el debate sobre su eficacia y legalidad continúa⁴⁶. Esta persistencia del debate sugiere que la cuestión de análisis va más allá de establecer si la limitación al derecho de acceso a la administración de justicia impuesta por la obligatoria observancia de las cláusulas escalonadas es constitucionalmente aceptable, pues de lo que se trata es de determinar que la correcta formulación de las cláusulas compromisorias con efecto vinculante hace que estas sean eficaces en el contexto actual.

Desde esta perspectiva, se reconoce que la utilización de cláusulas escalonadas no se limita únicamente a superar barreras procedimentales, sino que implica establecer un marco normativo y práctico que fomente la resolución temprana y efectiva de conflictos. De tal manera, se busca prevenir que en los contratos estatales se incluyan compromisos con deficiencias tan significativas en su elaboración que les impida producir efectos, como es el caso de las cláusulas conocidas en la doctrina y la jurisprudencia como “cláusulas patológicas”⁴⁷.

⁴⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto n.º 25000-23-36-000-2017-00601-01. Consejero ponente: Dr. Alberto Montaña Plata. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 16 de septiembre de 2021. Radicación N.º 11001-03-26-000-2020-00076-00(66091). Consejera ponente: Dra. María Adriana Marín.

⁴⁶ La Corte Constitucional revisó acción de tutela instaurada por el Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa (PA FFIE), cuyo vocero y administrador es el Consorcio FFIE Alianza BBVA, contra el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición Asociación de Ingenieros del Valle y Miguel Octavio Charry Rodríguez.

El conflicto surge de desacuerdos contractuales entre el Consorcio Colombia Estudia y el PA FFIE, que llevaron a la solicitud de arreglo directo y posteriormente a la amigable composición. Sin embargo, el PA FFIE argumenta que el procedimiento de amigable composición se llevó a cabo sin agotar el arreglo directo y sin competencia territorial del centro de conciliación. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-093 de 2023. Magistrada ponente: Dra. Diana Fajardo Rivera.

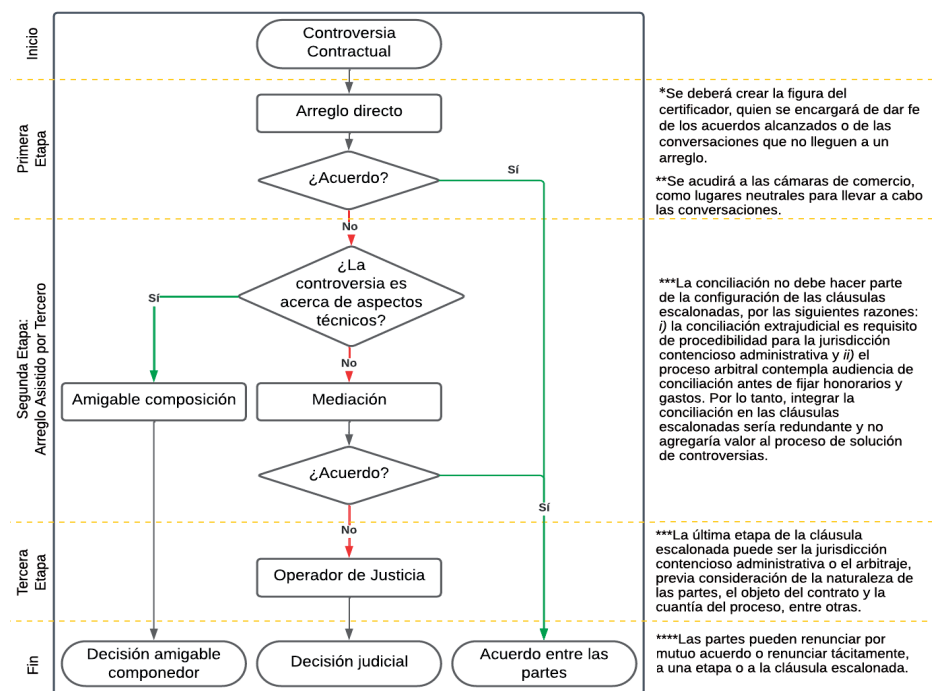
⁴⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto n.º 25000-23-36-000-2017-00601-01 del 18 de julio de 2019. Consejero ponente: Dr. Alberto Montaña Plata.

Por lo anterior, se propone una cláusula escalonada de obligatoria observancia, estructurada en tres etapas, para asegurar su adecuación y eficacia en la resolución de conflictos derivados de contratos estatales.

4.1 Arreglo directo: una etapa crucial en las cláusulas escalonadas

La etapa de arreglo directo es conocida como periodo de enfriamiento (cooling-off period) que busca que las partes de un contrato de mutuo acuerdo logren resolver sus diferencias sin necesidad de la intervención de terceros. Este mecanismo se basa en la autonomía de la voluntad de los contratantes⁴⁸.

Figura 1. Diagrama de proceso cláusulas escalonadas en los contratos estatales



Fuente: Elaboración propia.

⁴⁸ CASTRO PEÑA, María Natalia. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Revista Derecho del Estado [online]. June 2017. Vol. 38, pp. 23-66. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02>.

La Corte Constitucional ha señalado que “El principio del arreglo directo constituye uno de los pilares fundamentales bajo los cuales se edifica el Estatuto de la Contratación Estatal o Administrativa. Su propósito consiste en someter las controversias o divergencias que se presentan en la ejecución y desarrollo de la actividad contractual a la solución de manera rápida, inmediata y directa de las partes”⁴⁹.

En este sentido, la Ley 80 de 1993 significó un hito en la solución de controversias surgidas en contratos estatales. A lo largo de su articulado se buscó equipar al sistema de compras públicas con las herramientas necesarias para garantizar una solución eficiente de las diferencias y conflictos que surgieran durante la celebración, ejecución o liquidación de dichos contratos⁵⁰.

Dado que no existe un procedimiento específico para llevar a cabo el arreglo directo, corresponde a la entidad estatal, a través de sus manuales de contratación o el clausulado del respectivo pliego de condiciones, determinar las pautas mínimas para que las partes puedan resolver directamente las controversias que surjan. Este procedimiento debe ser respetuoso de los principios del debido proceso, legalidad, eficacia, celeridad, y de las normas generales del procedimiento administrativo establecidas en la Ley 1437 de 2011⁵¹. Considerando lo anterior, se propone el siguiente procedimiento para arreglo directo de controversias en los contratos estatales:

- i) **Iniciación de conversaciones:** la parte pasiva está en la obligación de aceptar y comunicar el inicio de las conversaciones dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud de arreglo directo. La solicitud de arreglo directo debe dirigirse mediante escrito⁵² al representante legal u ordenador del gasto según aplique.

La parte que se niegue o eluda iniciar las conversaciones de arreglo directo dentro del término señalado, será sancionada con multas equivalentes a la suma del uno por ciento (1%) del valor del contrato objeto de la controversia, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias.

⁴⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-017 de 2005. Magistrado ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁰ COLOMBIA. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-400 de 26 de septiembre de 2023.

⁵¹ Ibid.

⁵² Considerando que el contrato de la administración siempre debe cumplir con la solemnidad escrituraria (contrato litteris), se propone que la solicitud de arreglo directo cumpla con la misma solemnidad. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Radicación n.º 25000-23-26-000-1995-00704-01(21699). Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

- ii) Duración de las conversaciones: las conversaciones en la etapa de arreglo directo se podrán realizar durante un término de veinte (20) días calendario, prorrogables de común acuerdo entre las partes hasta una vez por el mismo periodo.

Se deberá crear la figura del certificador, quien se encargará de dar fe de los acuerdos alcanzados o de las conversaciones que no lleguen a un arreglo, y se acudirá a las cámaras de comercio⁵³ como lugares neutrales para llevar a cabo las conversaciones.

Si al término de la etapa de arreglo directo persisten diferencias sobre alguna o algunas de las controversias contractuales, las partes suscribirán un acta final que registre los acuerdos y las diferencias que subsistan.

- iii) Acuerdo: los acuerdos a que lleguen las partes en la etapa de arreglo directo, no son susceptibles de replanteamiento o modificaciones en las etapas posteriores.

Si se llegare a un acuerdo total o parcial, se podrá suscribir un acta de acuerdo directo o un contrato de transacción⁵⁴, y se enviará una copia al Comité de Conciliación de la entidad estatal.

- iii) Desacuerdo: si no se llegare a un arreglo directo en todo o en parte, se hará constar así en acta final que suscribirán las partes, en la cual se expresará el estado en que quedaron los conflictos contractuales y se indicará con toda precisión cuales fueron los acuerdos parciales y en cuales no se produjo arreglo alguno. Se enviará una copia al Comité de Conciliación de la entidad estatal.

⁵³ “ARTÍCULO 73. DE LA COLABORACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE PROFESIONALES Y DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO. Podrá pactarse acudir a los centros de conciliación y arbitramento institucional de las asociaciones profesionales, gremiales y de las cámaras de comercio para que diriman las controversias surgidas del contrato”. COLOMBIA. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, artículo 73.

⁵⁴ “Es posible que luego de surtidas las etapas de negociación o conversaciones entre las partes interesadas surja un acuerdo que ponga fin a la controversia, frente a lo cual aquellas podrán suscribir, de resultar necesario o exigible, los documentos en los que se incluyan las condiciones de tal acuerdo, que a su turno podrán constituirse en títulos ejecutivos exigibles, según cumplan o no con los requisitos para su configuración. De la forma que acoja el acuerdo al que lleguen las partes, luego de haberse surtido el procedimiento de arreglo directo, podrá surgir la suscripción de un contrato de transacción, siempre que los elementos constitutivos de este último se entiendan cumplidos, para lo cual será necesario tener en cuenta lo que se explicará a continuación.” AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-400 de 26 de septiembre de 2023.

Este procedimiento busca garantizar una resolución eficiente y justa de las controversias contractuales, asegurando que las partes involucradas tengan una oportunidad clara y estructurada para resolver sus diferencias de manera directa antes de recurrir a las siguientes etapas.

4.2 Arreglo asistido por tercero: fomentando los métodos alternativos de solución de conflictos

En la configuración de la etapa de arreglo asistido por terceros se evaluó la inclusión de los siguientes mecanismos alternativos de solución de conflictos:

- i) Amigable composición: la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, en su artículo 59 señala:

ARTÍCULO 59. DEFINICIÓN. La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.

El amigable componedor podrá ser singular o plural.

La amigable composición podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente⁵⁵.

En este sentido, la amigable composición debe considerarse como un procedimiento eminentemente contractual⁵⁶, que se caracteriza por: i) ser un método heterocompositivo; ii) oneroso; iii) expreso; iv) el amigable componedor no tiene que ser abogado; v) transaccional: “La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción”⁵⁷.

La designación y el procedimiento de la amigable composición se encuentran establecidos en el artículo 61 de la Ley 1563 de 2012. De acuerdo con

⁵⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1563 (12 de julio de 2012), por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Artículo 59. Diario Oficial. Bogotá. 2012. N.º 48.489.

⁵⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-017 de 2005. Magistrado ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1563 (12 de julio de 2012), por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Artículo 61. Diario Oficial. Bogotá. 2012. N.º 48.489.

esta disposición, las partes pueden fijar directamente o por referencia a un reglamento de amigable composición de un Centro de Arbitraje.

Considerando lo anterior, se sugiere establecer este método alternativo de resolución de controversias como una segunda etapa para abordar diferencias de índole exclusivamente técnica. Esto se debe a que la decisión del amigable componedor tiene el efecto legal propio de una transacción, lo que significa que adquiere “el efecto de cosa juzgada en última instancia”, conforme al artículo 2483 del Código Civil.

- ii) Mediación: la mediación se puede definir como un método alternativo de solución de conflictos, mediante el cual las partes recurren voluntariamente a una tercera persona, el mediador, quien no propone fórmulas de arreglo sino que facilita el acercamiento entre estas, para que ellas mismas encuentren y propongan la solución a las controversias, es decir, es auto compositivo⁵⁸. A diferencia de otras formas de resolución de conflictos, como el arbitraje o la decisión judicial, en la mediación no se impone una solución por parte de terceros, sino que el acuerdo es creado por las propias partes.

En este sentido y por las siguientes razones, la mediación se presenta como una opción oportuna para abordar las controversias en segunda etapa de aquellos conflictos que no fueron sometidos a amigable composición: i) la mediación permite que las partes mantengan un control directo sobre el proceso de resolución de conflictos, al involucrar a un tercero neutral que no propone fórmulas de arreglo; ii) la naturaleza cooperativa de la mediación, al no promover una postura adversarial de ganador-perdedor, busca una solución en la cual todas las partes involucradas obtengan beneficios mutuos.

- iii) Conciliación: el tratadista Junco Vargas define la conciliación como:

El acto jurídico e instrumento por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de éste, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un convenio de todo aquel susceptible de transacción y que lo permita la ley, teniendo como intermediario, objetivo e imparcial, la autoridad del Juez, otro funcionario o particular debidamente autorizado para ello, quien previo conocimiento del caso, debe procurar las fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que se llegue a un acuerdo, el que contiene derechos constituidos y reconocidos con carácter de cosa juzgada⁵⁹.

⁵⁸ ARBOLEDA, Adriana. Conciliación, mediación y emociones: Una mirada para la solución de los conflictos de familia. [Online]. Civilizar Ciencias Sociales y Humanas. 2017. vol. 17, n.º 33, p. 85 y 86. <https://doi.org/10.22518/16578953.900>.

⁵⁹ JUNCO VARGAS, José Roberto. La conciliación. Aspectos sustanciales y procesales. 3.a ed. Bogotá, D.C.: Radar Ediciones. 2000. 500 p. ISBN: 9589424236, 9789589424230.

Si bien la conciliación es un método alternativo de solución de conflictos que estimula la solución directa y potencia la eficacia, celeridad y efectividad de la justicia, consideramos que no debe hacer parte de la configuración de las cláusulas escalonadas, por las siguientes razones: *i)* la conciliación extrajudicial es requisito de procedibilidad para la jurisdicción contencioso administrativa⁶⁰, y *ii)* el proceso arbitral contempla audiencia de conciliación antes de fijar honorarios y gastos⁶¹. Por lo tanto, integrar la conciliación en las cláusulas escalonadas sería redundante y no agregaría valor al proceso de solución de controversias.

4.3 Operador de justicia: última etapa de la cláusula escalonada

La última etapa de la cláusula escalonada puede ser la jurisdicción contencioso administrativa o el arbitraje. El arbitraje se define como “(...) un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria”⁶².

En este sentido, lo dispuesto en la Ley 1563 de 2012 es relevante, pues establece que “En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación,

⁶⁰ El numeral 1 del artículo 161 del CPACA dispone que “Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales”. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 (18 de enero de 2011), “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Diario Oficial. Bogotá. 2011. N.º 47.956.

⁶¹ “Vencido el término de traslado de las excepciones de mérito propuestas contra la demanda inicial o la de reconvencción, o contestadas sin que se hubieren propuesto excepciones, o vencido sin contestación el término de traslado de la demanda, el tribunal señalará día y hora para celebrar la audiencia de conciliación, a la que deberán concurrir tanto las partes como sus apoderados”. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1563 (12 de julio de 2012), por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Artículo 24. Diario Oficial. Bogotá. 2012. N.º 48.489.

⁶² *Ibíd.*, artículo 3.

terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho”⁶³.

En tal sentido, la Corte Constitucional ha indicado que la justicia arbitral se caracteriza por ser un mecanismo alternativo de solución de conflictos de naturaleza procesal, temporal, excepcional y voluntaria. Para el caso que nos ocupa, las entidades estatales deben acatar las directivas presidenciales⁶⁴ al momento de suscribir pactos arbitrales.

4.4 Renuncia de la cláusula escalonada en contratos estatales

La renuncia de la cláusula escalonada en los contratos estatales se plantea como una figura por la cual las partes⁶⁵ que inicialmente acordaron someter una controversia derivada de un contrato a un procedimiento escalonado de resolución de conflictos, deciden que una etapa o el acuerdo pierde efectos para que su controversia sea dirimida en la etapa posterior o por el operador de justicia.

En este sentido, la renuncia de la cláusula escalonada puede darse de dos formas principales: por mutuo acuerdo y de manera tácita. La primera, plantea la posibilidad de una renuncia por mutuo acuerdo, donde ambas partes acuerdan formalmente abandonar el procedimiento escalonado en favor de las etapas posteriores o de los operadores de justicia, refuerza la libertad contractual y asegura que las partes están alineadas en su voluntad de resolver las controversias sin agotar de manera parcial o total las etapas pactadas.

Por su parte, la renuncia tácita se fundamenta en varios aspectos claves del ordenamiento jurídico colombiano. En primer lugar, el acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental que debe ser garantizado sin trabas procedimentales excesivas. Aunque inicialmente se haya pactado un procedimiento escalonado, el hecho de que una parte lleve la controversia directamente

⁶³ Ibíd., art. 1.

⁶⁴ “La suscripción de pactos arbitrales de alcance nacional [se entenderá por regla general que el arbitraje es de carácter nacional] debe corresponder a una decisión de gerencia pública explícita, previa evaluación de la conveniencia de derogar en cada caso concreto la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, según la naturaleza de las partes, el objeto del contrato y la cuantía del proceso, entre otras consideraciones.” COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Directiva Presidencial n.º 04 de 2018.

⁶⁵ CHALA HERNÁNDEZ, Julián David, 2019. La renuncia de la cláusula compromisoria en los contratos públicos: Un debate inconcluso. En: UNA Revista de Derecho. 2019. Vol. 4.

a una etapa o al operador de justicia y la otra parte no objete, demuestra una voluntad común de no agotar las etapas previas.

Considerando que la seguridad jurídica es un pilar esencial en la resolución de conflictos contractuales, permitir la renuncia de la cláusula escalonada contribuye a la seguridad jurídica al proporcionar claridad y previsibilidad en el manejo de las controversias. Así, si las partes aceptan someter el conflicto a una etapa posterior o al operador de justicia, el procedimiento escalonado pierde su obligatoria observancia. Esta previsibilidad ayuda a evitar litigios sobre la validez de la renuncia y facilita una resolución más ágil de los conflictos.

De esta forma, la renuncia de la cláusula escalonada en contratos estatales, no solo respeta los derechos de acceso a la administración de justicia y libertad contractual, y los principios de seguridad jurídica, autonomía de la voluntad privada y buena fe, sino que también introduce la flexibilidad necesaria para manejar las controversias de manera más eficiente y adaptada a las necesidades de las partes.

5. Conclusiones

Este estudio ha examinado la eficacia y legalidad de las cláusulas escalonadas en la contratación estatal en Colombia, en este sentido, se concluye que, las cláusulas escalonadas deben considerarse legales en Colombia, dado que no existe una norma positiva que prohíba su inclusión en los contratos estatales, lo que permite a las partes pactar libremente mecanismos escalonados para la resolución de controversias.

Sin embargo, su eficacia enfrenta dos desafíos principales. El primero deriva del inciso 2 del artículo 13 del Código General del Proceso (CGP), que genera incertidumbre sobre la obligatoriedad de agotar las etapas previas antes de acceder a los operadores de justicia, lo cual puede limitar su aplicación práctica. El segundo desafío está relacionado con la incorrecta formulación de estas cláusulas, lo que impide que produzcan los efectos deseados y obstaculiza su funcionamiento como mecanismos efectivos de resolución de controversias.

Por otra parte, se evidenció que la obligatoria observancia de las cláusulas escalonadas no constituye una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, ya que este no es un derecho absoluto; además, establecer una limitación temporal no equivale a que las partes renuncien a su ejercicio o que sean privadas del goce de este. Por el contrario, despojar de eficacia las estipulaciones de las partes que establecen etapas previas para acceder a los operadores de justicia, sí constituye una vulneración del derecho a la libertad contractual y los principios de buena fe y autonomía de la voluntad privada, que resulta en un límite no razonable.

Sin embargo, la implementación de las cláusulas escalonadas en los contratos estatales debe ser cuidadosa para evitar que estas tengan deficiencias tan significativas en su elaboración que les impidan producir efectos. Por ello, se propone una configuración de cláusulas escalonadas en los contratos estatales compuesta por tres etapas: arreglo directo, arreglo asistido por un tercero y el operador de justicia. Esta estructura busca maximizar la eficacia de las cláusulas escalonadas al mismo tiempo que se asegura el respeto a los derechos constitucionales de las partes involucradas.

En definitiva, aunque las cláusulas escalonadas representan una valiosa herramienta para la contratación estatal, su eficacia y legalidad requieren un marco normativo claro y coherente que equilibre las estipulaciones de las partes que buscan una temprana resolución de controversias con la protección de los derechos constitucionales.

Bibliografía

- ARBOLEDA, Adriana. Conciliación, mediación y emociones: Una mirada para la solución de los conflictos de familia. [Online]. Civilizar Ciencias Sociales y Humanas. 2017. vol. 17, n.º 33, p. 81-96. <https://doi.org/10.22518/16578953.900>
- BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. Las condiciones generales y el principio de la autonomía de la voluntad. Barcelona: Bosch, 1999, 324 p. (Biblioteca de Derecho Privado, n.º 89). ISBN 10: 8476985401.
- BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, HERNÁNDEZ SILVA, Aida patricia y MORENO CRUZ, Pablo. Recurso de anulación de laudos arbitrales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 520 p.
- BERNAL, Rafael *et al.* Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia. En: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. 2012. vol. 5, pp. 169-203.
- BRITO, Luisa. El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia. En: Revista de Derecho (Valdivia). 2019. vol. 32, n.º 2, p. 251-272.
- CASTRO PEÑA, María Natalia. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Revista Derecho del Estado [online]. June 2017. Vol. 38, pp. 23-66. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02>
- CHALA HERNÁNDEZ, Julián David. La renuncia de la cláusula compromisoria en los contratos públicos: un debate inconcluso. En: UNA Revista de Derecho. 2019. Vol. 4.
- COLOMBIA. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-400 de 26 de septiembre de 2023.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 (18 de enero de 2011), “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Diario Oficial. Bogotá. 2011. N.º 47.956.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1563 (12 de julio de 2012), “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial. Bogotá. 2012. N.º 48.489.

COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 19 de julio de 2010. Radicación número: 250002326000200501347-01 (33.795). Consejero ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. 28 de mayo de 2012. Radicación n.º 08001-23-31-000-2011-01174-02. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

_____. Sección Tercera. Sentencia del 24 de julio de 2013. Radicación n.º 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642). Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero.

_____. Sección Tercera. Auto n.º 25000-23-36-000-2017-00601-01. Consejero ponente: Dr. Alberto Montaña Plata.

_____. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2018, n.º 25000-23-36-000-2015-02844-01. Consejero ponente: Dr. Guillermo Sánchez Luque.

_____. Sección Tercera. Sentencia del 16 de septiembre de 2021. Radicación n.º 11001-03-26-000-2020-00076-00(66091). Consejera ponente: Dra. María Adriana Marín.

_____. Sección Tercera. Radicación n.º 25000-23-26-000-1995-00704-01(21699). Consejera ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. Constitución Política. Artículo 83. Bogotá: Imprenta Nacional. 1991.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996. Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____. Sentencia C-221 de 1994. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia C-337 de 1997. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia C-242 de 1997. Magistrado ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

_____. Sentencia C-400 de 1998. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

- _____. Sentencia C-163 de 1999. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- _____. Sentencia C-1195 de 2001. Magistrados ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- _____. Sentencia C-1038 de 2002. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.
- _____. Sentencia T-017 de 2005. Magistrado ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- _____. Sentencia C-1194 de 2008. Magistrado ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- _____. Sentencia C-934 de 2013. Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.
- _____. Sentencia T-229 de 2016. Magistrado ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
- _____. Sentencia C-283 de 2017. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Linares Cantillo.
- _____. Sentencia C-602 de 2019. Magistrado sustanciador: Dr. Alberto Rojas Ríos.
- _____. Sentencia C-029 de 2022. Magistrado ponente: Dra. Diana Fajardo Rivera.
- _____. Sentencia T-093 de 2023. Magistrada ponente: Dra. Diana Fajardo Rivera.
- COLOMBIA. GOBERNACIÓN DE BOYACA. Contrato de Obra Pública No. 2366 del 24 de junio de 2024.
- COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Directiva Presidencial n.º 04 de 2018.
- JUNCO VARGAS, José Roberto. La conciliación. Aspectos sustanciales y procesales. 3.ª ed. Bogotá, D.C.: Radar Ediciones. 2000. 500 p. ISBN: 9589424236, 9789589424230.
- LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. Arbitraje en el derecho colombiano. Bogotá: Ibáñez. 2021. 1568 p. ISBN: 978-958-791-433-7.
- RODRÍGUEZ URIOL, Darío Andrés. Cláusulas escalonadas de solución de controversias: una aproximación a sus principales problemáticas. *Ius et Veritas*. [Online]. 2023. N.º 66, p. 178-193. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.012>
- ROSERO ESPINOSA, Nicolás Esteban. Regulación de las cláusulas escalonadas en Colombia: contradicción de principios entre el derecho procesal y el

Eficacia y legalidad de las cláusulas escalonadas en la contratación estatal en Colombia

arbitraje. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Julio-diciembre 2017. n.º 46, pp. 71-94.

SALCEDO, Cristhian. Hacia una protección merecida: la eficacia de las cláusulas escalonadas en el marco de un pacto arbitral en Colombia. En: Universitas Estudiantes. 2015. N.º 12, pp. 89-112.