

SENTENCIA C-014/10

(Enero 20; Bogotá D.C.)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD-

Deben identificarse los grupos involucrados o los extremos de comparación a examinar en cada caso

RESOLUCION DE CONFLICTOS SOCIETARIOS-Competencia

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN PROCEDIMIENTO JUDICIAL-Límites por garantías de derechos fundamentales/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PROCESAL-Fundamentos a regulaciones diversas

En materia procesal el legislador goza de un amplio margen de libertad de configuración, que se encuentra limitado tan sólo por aquellas disposiciones constitucionales relativas a la garantía de los derechos fundamentales, en especial las referentes al derecho al debido proceso. Razones de política legislativa, cambiantes circunstancias sociales, o diferentes objetivos superiores perseguidos en cada caso por el legislador, pueden dar lugar a regulaciones diversas, de manera que por ello no todas las normas de procedimiento deben ser idénticas

COMPETENCIA DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS-Evolución normativa/MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS-Facultades del legislador para determinar las competencias

PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN ARBITRAMIENTO-Alcance

PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA-Fundamento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos

ARBITRAMIENTO-Límites/ARBITRAMIENTO-Sometimiento de controversias susceptibles de transacción/ARBITRAMIENTO-Carácter excepcional

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA RELATIVA A CONFLICTOS SOCIETARIOS DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS-Facultades

JUSTICIA ARBITRAL-Características/JUSTICIA ARBITRAL-Aplicable en asuntos que sean susceptibles de transacción/JUSTICIA ARBITRAL-Facultades de administrar justicia/JUSTICIA ARBITRAL-Límites competenciales

ARBITRAMIENTO-Definición

ARBITRAMIENTO-No limita acceso a la justicia

El desarrollo legal de la institución arbitral tiene un claro fundamento constitucional -ya referido-, que permite la atribución de funciones judiciales a los particulares. Dicha autorización no puede concebirse como una forma de limitar el derecho fundamental de acceso a la justicia que el propio ordenamiento superior reconoce a todos los ciudadanos; en primer lugar hay que recordar que cualquier regulación en materia de arbitraje debe fundarse en el respeto estricto de derechos fundamentales como el debido proceso y la igualdad entre todas las personas; por otro lado, en razón de que los árbitros -como los jueces ordinarios- deben (i) cumplir con términos perentorios y (ii) que sus pronunciamientos están sujetos a la revisión eventual por parte de otras autoridades además de contar con el poder vinculante de cualquier sentencia, y, por tanto, no puede decirse que la utilización del arbitraje constituye un atentado al principio que asegura pronta y cumplida justicia para todos los ciudadanos

ARBITRAMIENTO-Importancia que da la Constitución Política a la voluntad de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral

DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA A TRAVES DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS, JURISDICCION ARBITRAL Y AMIGABLE COMPOSICION-Limitaciones

JUSTICIA ARBITRAL Y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS INCLUIDA LA AMIGABLE COMPOSICION-Solo se puede acceder si existe previamente una voluntad libre de las partes

IMPUGNACION DE DECISIONES DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS Y JUNTA DE SOCIOS DE SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA-Pueden someterse a decisión arbitral o de amigables componedores si así se pacta en los estatutos por todos los accionistas

En el caso de las sociedades por acciones simplificadas no es posible incluir en los estatutos sociales una cláusula compromisoria que no sea expresión de la voluntad de todos los accionistas. Basta con que el titular de una sola acción se oponga a la inclusión de la cláusula arbitral en los estatutos, para que ésta no quede incluida en ellos, y las diferencias societarias se diriman, en consecuencia, ante la justicia administrativa de la Superintendencia de Sociedades

#### SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA-Características

SOCIEDAD COMERCIAL REGULADA EN EL CODIGO DE COMERCIO Y SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA-Diferencias generales/ SOCIEDAD COMERCIAL REGULADA EN EL CODIGO DE COMERCIO Y SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA-Diferencias específicas/SOCIEDAD COMERCIAL REGULADA EN EL CODIGO DE COMERCIO Y SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA-Diferencias en relación con el procedimiento para incorporar la cláusula compromisoria en los estatutos

DERECHO A LA IGUALDAD-Trato diferenciado entre régimen de las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio y las Sociedades por Acciones Simplificadas

Referencia: expediente D-7784

Demandada de inconstitucionalidad: del artículo 40 (parcial) de la Ley 1258 de 2008.

Actor: Fabián López Guzmán.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

#### I. ANTECEDENTES.

El ciudadano Fabián López Guzmán demandó la inconstitucionalidad parcial del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008 (se destaca el fragmento demandado en negrita y cursiva):

“LEY 1258 DE 2008

(Diciembre 5)1

Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada.

# EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 40. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIETARIOS. Las diferencias que ocurrán a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se pacta en los estatutos.

Si no se pacta arbitramento o amigable composición, se entenderá que todos los conflictos antes mencionados serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario.

## 2. Demanda: pretensión y cargos.

El actor solicita se declare la inconstitucionalidad del fragmento demandando del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008, por considerar que vulnera los artículos 1, 13, 29, 228 y 229 de la Constitución Política.

### 2.1. Cargo por violación del artículo 1º de la Constitución (estado social de derecho)2.

Definir legislativamente que los únicos que están destinados a resolver los conflictos de derecho societario son los tribunales de arbitramento, va en contra del “sustrato filosófico que alimenta el Estado social de Derecho”. Por tratarse de controversias donde está comprometido el orden público, lo más sano es que sean los jueces los que decidan sobre la impugnación de determinaciones de la asamblea o junta directiva.

### 2.2. Cargos por violación del artículo 13 de la Constitución (igualdad)3.

2.2.1 La disposición acusada vulnera los derechos de los accionistas minoritarios, quienes, por su situación económica, se encuentran en condiciones de debilidad frente al poder de los accionistas mayoritarios. La naturaleza onerosa del arbitraje comercial hace que la disposición acusada atente contra sus derechos patrimoniales, más aun si se tiene en cuenta que no disponen de la información administrativa, financiera y contable. Dice la demanda: “...dado que los accionistas mayoritarios poseen el control y, por ende, la dirección de la

compañía, y que sus objetivos e intereses difieren de los de los demás accionistas de la sociedad por acciones simplificada, están en capacidad de tomar determinaciones en contra de los intereses de los demás accionistas señalados y, como es obvio, de litigar ante costosos tribunales de arbitramento...(los accionistas minoritarios) no tienen la misma capacidad económica que los accionistas más poderosos”.

2.2.2 En todos los demás tipos societarios, es posible acudir ante los jueces ordinarios para impugnar las decisiones de la sociedad, aunque exista cláusula compromisoria y por lo tanto el fragmento demandado viola el artículo 13 de la Constitución, porque todos los tipos societarios existentes en Colombia deben contar con los mismos métodos de solución de controversias. La posibilidad de acudir a los jueces para impugnar decisiones societarias, aunque haya cláusula compromisoria, está consagrada en el artículo 194 del Código de Comercio que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-378/08. Es discriminatorio que el régimen especial de las SAS no permita esa posibilidad.

2.3 Cargo por violación del artículo 29 de la Constitución (Debido proceso)4.

2.4 Cargo por violación de los artículos 228 y 229 de la Constitución (acceso a la administración de justicia) 5.

2.4.1. Someter a los socios minoritarios a la justicia arbitral, proscribiéndoles su derecho de acceso a la justicia ordinaria para “impugnar las decisiones de asamblea y junta directiva”, viola el derecho fundamental de acceso a la justicia. Agrega la demanda que “los accionistas de las sociedades por acciones simplificadas están en la obligación de integrar tribunales de arbitramento cada vez que tengan que disentir de una decisión societaria, lo que en últimas significa restringirle el acceso a la justicia a quienes no disponen de los recursos económicos para acudir ante la justicia arbitral”.

2.4.2. La disposición acusada limita el acceso a la justicia, violando los artículos 228 y 229 de la Carta. Dice la demanda: “¿Qué puede hacer un accionista minoritario frente a la cláusula arbitral prediseñada por los fundadores, o por los accionistas mayoritarios? (...) El accionista minoritario, queda sujeto a esta cláusula restrictiva, que le imposibilita acudir a la jurisdicción ordinaria. (...) Prácticamente sustraen al accionista minoritario de la jurisdicción aplicable al conflicto de derecho societario interno.”. (...) “El acceso a la administración de justicia debe ser amplio, sencillo, posible, sin trabas ni requisitos difíciles de cumplir...”.

### 3. Intervenciones ciudadanas.

Todos los intervenientes apoyan la exequibilidad de la disposición demandada, con excepción de la Universidad Externado de Colombia, que solicita su inexequibilidad.

#### 3.1. Intervenciones sobre el primer cargo, por violación al artículo 1º de la Constitución (estado social de derecho).

##### 3.1.1 Academia Colombiana de Jurisprudencia<sup>6</sup>.

El cargo no debe prosperar. La norma demandada prevé que se acudirá al mecanismo arbitral si así lo estipulan los estatutos, y éstos se originan en un contrato pluripersonal basado en la autonomía de la voluntad, que obliga a todas las partes. No se puede decir que por razones económicas la disposición demandada sea inconstitucional.

##### 3.1.2 Universidad del Rosario<sup>7</sup>.

El cargo no debe prosperar. Permitir que árbitros o amigables componedores resuelvan las solicitudes de impugnación de decisiones de asamblea y junta directiva en una sociedad por acciones tiene como finalidad hacer efectivos los derechos de los accionistas. La norma demandada es adecuada porque permite a los socios ponderar en los estatutos las diferentes alternativas para la solución de sus conflictos, entre las cuales se encuentran acudir al arbitraje y a la amigable composición. La norma no obliga a los socios a acudir a la justicia arbitral. Ello dependerá del acto de constitución o de una reforma estatutaria posterior. El legislador, conciente del problema de congestión en la justicia ordinaria, puede promover este tipo de normas, que contribuyen a resolverla. Además, a todas las personas les es dable escoger el modelo societario que más les convenga, pues la Ley 1258 de 2008 no derogó los demás tipos societarios vigentes.

##### 3.1.3 Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI)<sup>8</sup>.

El cargo no debe prosperar. El aparte acusado no impone, ni exige, como única vía posible para la definición de las controversias societarias derivadas de asambleas o juntas, la vía arbitral. Es, simplemente, un mecanismo posible, o factible, lo cual está permitido por el artículo 116 de la Constitución. Por tratarse de una habilitación voluntaria, originada en el principio de libre iniciativa de la voluntad, existe un amplio margen de configuración

legislativa que sólo puede desvirtuarse con una inconstitucionalidad manifiesta, que no se percibe en este caso.

### 3.1.4 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo<sup>9</sup>.

El cargo no debe prosperar. Es principio general que el ingreso de las personas a las sociedades es un acto voluntario. Por lo tanto, al formar parte de la sociedad, aceptan someterse a sus reglas y estatutos. El someterse a la justicia arbitral o a la amigable composición no es una imposición de ley, pues son las normas de los estatutos, voluntariamente acordadas, las que deciden cuál es la forma de dirimir los conflictos societarios.

### 3.1.5 Superintendencia de Sociedades<sup>10</sup>.

El cargo no debe prosperar. Es claro que para ingresar a formar parte de una sociedad de las contempladas por la legislación colombiana, bien sea desde el momento mismo de su constitución o con posterioridad, las personas cuentan con plena libertad para ello y su ingreso está supeditado única y exclusivamente a su voluntad. Al hacerlo, se entiende que los asociados aceptan necesariamente someterse a lo pactado en el pacto social de la compañía de la cual entran a formar parte. Todos los socios, tanto mayoritarios como minoritarios, están regidos por el pacto social.

### 3.1.6 Pontificia Universidad Javeriana<sup>11</sup>.

El cargo no debe prosperar. Las apreciaciones del demandante no toman en consideración el carácter meramente potestativo de la inclusión de la cláusula compromisoria en los estatutos de una sociedad por acciones simplificada. La disposición atacada no contempla la obligación de acudir ante la justicia arbitral, sino que simplemente confiere tal posibilidad a los accionistas de una sociedad de este tipo

## 3.2 Intervenciones sobre el segundo cargo, por violación al artículo 13 de la Constitución (igualdad).

### 3.2.1 Universidad del Rosario.

No hay violación al principio de igualdad. La sociedad por acciones simplificada permite que

puedan emitirse diferentes tipos de acciones, lo cual hace que la calificación entre socios minoritarios y mayoritarios deba mirarse con especial atención. Así, puede ocurrir que el socio que tiene el mayor número de acciones o de capital no tenga derecho de voto y, a cambio, reciba un dividendo fijo. A su turno, es factible que el socio que posea un número menor de acciones sea el que efectivamente tenga derecho de voto e, incluso, que su derecho represente mayor porcentaje respecto de quienes han aportado mayor capital. En este tipo de sociedades, la falta de coincidencia entre el monto del capital y el número de votos a que tienen derecho hace que la desigualdad entre socios no sea palpable.

Establecer incentivos legislativos o diferencias en los tipos societarios tampoco es violatorio del derecho de igualdad. Precisamente, el derecho societario se caracteriza por crear tipos societarios que ofrecen a los ciudadanos diferentes opciones, para que luego de conocer las ventajas o desventajas de cada tipo, éstos escojan la que mejor se adapta a los intereses. En este ámbito, el legislador tiene un amplio margen de acción para incentivar la creación de nuevas sociedades a través de medidas legislativas, como ocurrió efectivamente con la Ley 1258 de 2008.

### 3.2.2 Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI).

El cargo no debe prosperar. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que los socios minoritarios de una sociedad no son objeto de especial protección constitucional (C-707/05). Por ende, la condición de socio minoritario no es un argumento constitucional admisible para excluirle de la justicia arbitral.

Mal puede afirmarse desde el punto de vista de los hechos, que todo accionista minoritario es de por sí una persona con una precaria situación económica. El propietario del 1% de una gran empresa puede tener un patrimonio que soporte la justicia arbitral.

### 3.2.3. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

El cargo no debe prosperar. Establecer en los estatutos sociales de una sociedad por acciones simplificada una cláusula arbitral es manifestación legítima de la voluntad clara y expresa consagrada en los estatutos por los mismos asociados que conforman la compañía. Las personas que en un futuro van a ingresar a formar parte del ente jurídico, también están en plena libertad de vincularse o no, una vez enterados de lo que está consagrado en los

estatutos de la sociedad de la cual quieren hacer parte. Al no tratarse de una imposición, no se viola el principio de igualdad.

### 3.2.4. Superintendencia de Sociedades.

El cargo no debe prosperar. La forma como los asociados deben dirimir las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, con la sociedad o sus administradores, debe emanar de la voluntad libre y autónoma de los contratantes. No existe obligación legal de que los socios o accionistas de una compañía pacten en los estatutos sociales una cláusula compromisoria para la solución de las controversias mediante arbitramento, y por lo tanto no se puede hablar de una discriminación de origen legal en contra de los socios minoritarios.

### 3.2.5 Pontificia Universidad Javeriana.

El cargo no debe prosperar. El artículo 41 de la Ley 1258 de 2008 dispone que la cláusula compromisoria sólo podrá ser incluida o modificada en los estatutos mediante la determinación de los titulares del cien por ciento (100%) de las acciones suscritas. Por tanto, la decisión consistente en incluir la cláusula compromisoria en los estatutos de una sociedad por acciones simplificada sólo puede adoptarse si media el voto positivo de la totalidad de los accionistas. En esa medida, los accionistas de esta clase de compañías -sean éstos minoritarios o mayoritarios- no podrán, en ningún caso, verse forzados, en contra de su voluntad, a dirimir los aludidos conflictos ante un tribunal de arbitraje. Por lo tanto no puede hablarse de discriminación.

### 3.2.6 Universidad Externado de Colombia12.

La norma es inexistente. Frente a las decisiones de las asambleas de accionistas y a las juntas de socios se tiene que ser más exigente en la protección de los intereses de los socios, ya que es allí en donde se puede presentar el abuso por parte de las mayorías o de las correspondientes administraciones. De ahí que el artículo 194 del Código de Comercio haya establecido una excepción a la regla general según la cual es posible someter las diferencias entre asociados, o entre estos con la sociedad, con motivo del contrato social, a decisión de un tribunal arbitral. Esta excepción se refiere precisamente a las acciones de impugnación

contra las decisiones de la Junta o la Asamblea. La justicia arbitral tiene un costo para los interesados, quienes además de sufragar los correspondientes honorarios profesionales deben consignar previamente lo correspondiente a los gastos de funcionamiento del Tribunal. La parte interesada en impugnar las decisiones de la asamblea de accionistas o de la junta de socios debe estar dispuesta a hacerlo, de manera que si no cumple con el pago es posible que la cláusula compromisoria se declare fallida para el caso, y en tal evento se estaría afectando el principio de igualdad. La propia Corte, en sentencia C-378/08, declaró exequible el artículo 194 del Código de Comercio. Por eso, la norma demandada es inconstitucional.

3.3 Intervenciones sobre el tercer cargo, por violación al artículo 29 de la Constitución (debido proceso).

### 3.3.1 Academia Colombiana de Jurisprudencia

La norma es exequible por este cargo. La institución arbitral en nuestro ordenamiento tiene el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros. La Corte ha dicho que el arbitramento es un verdadero procedimiento judicial en sentido material, en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso.

### 3.3.2 Universidad del Rosario

El cargo no debe prosperar. En el sistema arbitral existen mecanismos de protección a las garantías procesales de las partes, los cuales operan desde la configuración de la cláusula compromisoria. Las partes pueden establecer, conforme a su libre arbitrio, que cada una escogerá su propio árbitro y que los elegidos, a su vez, designarán un tercero para completar el tribunal, o pueden otorgarle la facultad de realizar tal elección a los centros de arbitraje, que pueden escoger árbitros imparciales. También existen mecanismos de recusación e inhabilidad, los que pueden ser usados por las partes para solucionar posibles inconvenientes que pongan en peligro la garantía del debido proceso. La norma demandada, por el sólo hecho de autorizar la vía arbitral, no vulnera el artículo 29 de la Carta.

### 3.3.3 Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI)

El cargo no debe prosperar. La impugnación de determinaciones de asambleas o juntas es materia susceptible de transacción, según el análisis hecho por la propia Corte Constitucional en sentencia C-378/08, y por ende, de someterse a la justicia arbitral, luego no puede hablarse de violación al debido proceso.

### 3.3.4 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

La norma es exequible. Después de analizar la viabilidad constitucional de que a las superintendencias se les asignen ciertas funciones jurisdiccionales, el Ministerio concluye que éstas, y en particular la Superintendencia de Sociedades, cuando las ejerce, no sólo administra justicia cumpliendo con los principios rectores de la tutela judicial efectiva (acceso, independencia y gratuidad), como cualquier juez de la república, sino que va más allá y brinda una justicia especializada y oportuna, con lo cual se confirma el argumento según el cual el debido proceso no se les está violando a los accionistas de las sociedades por acciones simplificadas sino que, muy por el contrario, “la justicia se ha acercado al ciudadano”.

## 3.4. Intervenciones sobre el cuarto cargo, por violación a los artículos 228 y 229 de la Constitución (acceso a la administración de justicia).

### 3.4.1. Academia Colombiana de Jurisprudencia

La norma es exequible. El arbitramento surge como consecuencia del principio de autonomía de la voluntad, que estructura todo el régimen de contratación, dando la posibilidad que sean los mismos contratantes quienes deciden el destino de su vínculo y obviamente, los procedimientos y autoridades que habrán de resolver los eventuales desacuerdos; de esta forma se garantiza, no sólo el recto y libre ejercicio de la voluntad individual, sino el adecuado acceso a la administración de justicia.

### 3.4.2. Universidad del Rosario

El cargo no debe prosperar. El actor plantea una afirmación general que no demuestra en su escrito, de conformidad con la cual acceder a la justicia arbitral es una carga para los socios minoritarios, por cuanto se trata de una justicia especializada, costosa y de difícil acceso para ellos. Como es de conocimiento público, el consenso general entre los empresarios es que si

bien los costos de los procedimientos arbitrales son un poco altos, en comparación con los trámites ante la justicia ordinaria, a largo plazo vienen a ser los mismos, dado que el tiempo, en materia de comercio, “es dinero”.

La iniciación de un trámite arbitral requiere que las partes cancelen los honorarios fijados por el centro de arbitraje aprobado previamente por el Ministerio del Interior y de Justicia. En caso de que esto no ocurra, el tribunal no se puede conformar, caso en el cual el procedimiento, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 1258 de 2008, deberá ser tramitado ante la justicia ordinaria que, para este caso, será la Superintendencia de Sociedades.

La norma demandada no dificulta el acceso a la administración de justicia sino que, por el contrario, les permite a los particulares, en este caso los socios de las sociedades por acciones simplificadas, solucionar sus conflictos societarios a tiempo, gracias a las decisiones que toman al respecto personas expertas en los asuntos sometidos a su consideración. En efecto, según el texto de la ley son los accionistas quienes escogen libremente los tribunales de arbitramento o la Superintendencia de Sociedades para decidir sus controversias.

El cargo no debe prosperar. El legislador permite someter a la justicia arbitral las causales de existencia y validez de los contratos, cuestión que ha sido admitida por la propia Corte Constitucional (principio de autonomía de la cláusula compromisoria). También debe admitirse, en consecuencia, que es posible someter a la misma justicia arbitral las causales de existencia y validez, sin distinción alguna, de las decisiones de asambleas y juntas directivas. Es una forma de hacer valer el derecho de acceso a la justicia.

#### 3.4.4. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

El cargo no debe prosperar. A los asociados no se les excluye la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria para ventilar sus diferencias, no se les está coartando la libre disposición. El artículo demandado brinda la posibilidad, más no impone la obligación, de que los asociados establezcan cláusulas estatutarias que conlleven a que se consagre someter las diferencias a decisión arbitral o de amigables componedores.

#### 3.4.5 Superintendencia de Sociedades

El cargo no debe prosperar. En el mismo sentido que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, esta Superintendencia considera que la disposición acusada no les quita a los asociados la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria. La forma como deban dirimir sus controversias surge de la voluntad libre que hayan expresado al suscribir los estatutos de la sociedad, y al no ser una obligación impuesta, no es cierto el cargo de vulneración al derecho de acceso a la justicia.

#### 3.4.6 Pontificia Universidad Javeriana

La norma es exequible. Los accionistas minoritarios de una sociedad por acciones simplificada nunca estarán obligados a acudir ante la justicia arbitral para dirimir sus conflictos societarios, a menos que expresamente hubieran consentido en ello, al aprobar los estatutos. Luego no puede leerse la norma en el sentido de que les restringe su derecho de acceso a la justicia.

#### 3.4.7 Universidad Externado de Colombia

La norma es inexequible también por este cargo. Si la cláusula compromisoria se declara fallida para el caso concreto, por el no pago de los honorarios y gastos de funcionamiento, se estaría afectando el principio de acceso a la justicia a la que tienen derecho los socios. Además, en el caso de los administradores y el revisor fiscal, que no son parte del contrato social, la restricción del acceso a la justicia que emana de la disposición acusada es total. Este cargo debe prosperar.

### 4. Concepto del Procurador General de la Nación<sup>13</sup>.

El señor Procurador General de la Nación, Alejandro Ordoñez Maldonado, solicitó la inexequibilidad de la expresión acusada, por las siguientes razones:

#### 4.1 Violación del artículo 1º de la Constitución (estado social de derecho).

4.1.1. Las impugnaciones de las asambleas o juntas directivas de las sociedades tienen unas características muy especiales, que difieren de las puras controversias entre los mismos socios, puesto que es la oportunidad para que los socios minoritarios, los socios ausentes y

los disidentes, puedan acudir a las instancias judiciales correspondientes con el fin de rebatir las decisiones de los órganos de la sociedad que no comparten, cuando consideran que no se adoptaron teniendo en cuenta las directrices legales y estatutarias. La Corte Constitucional ha dicho que estas impugnaciones persiguen un interés público, puesto que están de por medio la validez o legitimidad de las mismas y por lo tanto, dado que involucran aspectos que van más allá del mero interés particular, deben quedar en manos de la justicia estatal. En este caso, por disposición de la misma ley 1258, le correspondería la competencia a la Superintendencia de Sociedades.

#### 4.2. violación al artículo 13 de la Constitución (igualdad).

4.2.1. Las impugnaciones de las decisiones adoptadas por la asamblea y la junta directiva son de orden público, en la medida que involucran situaciones que pueden implicar la ineficacia, la nulidad relativa o absoluta y la no oponibilidad de las actuaciones, y es por ello que no es dable que esos asuntos se sometan a un tribunal de arbitramento, sino a la justicia ordinaria, en este evento, la Superintendencia de Sociedades. Estas decisiones societarias no solamente atañen al interés individual o de los pocos que hacen parte de la sociedad, sino de la colectividad en general, que espera que las decisiones adoptadas en el seno de las mismas se ajusten al ordenamiento jurídico, dada la trascendencia e incidencia en todo el conglomerado.

4.2.2. La disposición acusada puede implicar que los socios mayoritarios desconozcan las disposiciones legales y estatutarias que los rigen, en detrimento de los socios minoritarios, ausentes y disidentes, pues amparándose en la convocatoria a un tribunal de arbitramento como única salida para dirimir las controversias, terminen convalidándose las irregularidades, en la medida que aquellos, en ciertas ocasiones, económicamente no estarían en condiciones de asumir los costos de dicho tribunal.

#### 4.3. Violación de los artículos 228 y 229 de la Constitución (acceso a la administración de justicia).

La justicia arbitral tiene el componente de la onerosidad, lo que en el presente caso podría afectar el derecho al acceso a la administración de justicia, frente a los socios que no cuenten con los recursos para el pago de los honorarios de los árbitros. La Corte, en la sentencia C-378 de 2008, ya había dicho que la disposición del Código de Comercio que

establece que, aún habiéndose pactado cláusula compromisoria, las acciones de impugnación de las decisiones de las juntas directivas y asambleas de las sociedades también se podían intentar ante los jueces, se encamina a proteger objetivos tales como la garantía de igual acceso a la administración de justicia de los ciudadanos, quienes tienen el derecho de controvertir la validez y legitimidad de decisiones societarias, lo que redunda en beneficio de aquellas personas que no cuentan con los recursos suficientes para convocar onerosos tribunales de arbitramento. A pesar de lo que digan los estatutos, eventualmente ciertos socios estarían imposibilitados de controvertir dichas decisiones en el evento de no contar con los recursos para la conformación del tribunal de arbitramento, en detrimento del derecho de acceso a la administración de justicia.

## II. CONSIDERACIONES.

### 1. Competencia.

La presente demanda de inconstitucionalidad fue formulada por un ciudadano colombiano, contra disposición vigente contenida en Ley de la República (Ley 1258 de 2008). Por tanto, la Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre ella, de conformidad con la Constitución Política (numeral 4 del artículo 241).

### 2. Problema de constitucionalidad.

#### 2.1 Norma demandada.

2.1.1. El fragmento demandado hace parte del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008. Esta Ley introdujo en Colombia un nuevo tipo de sociedad comercial, denominada “sociedad por acciones simplificada” (en adelante, SAS), tipo social que se suma a las categorías societarias reguladas en el Código de Comercio. La Ley establece las normas para su constitución y prueba de su existencia, personalidad jurídica y naturaleza; define los aspectos relativos al capital y las acciones, la organización de la sociedad y el procedimiento para las reformas estatutarias y dispone que las SAS pueden constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, mediante acto unilateral o contrato que conste en documento privado.

2.1.2. El artículo 40 de la Ley establece reglas de competencia para la resolución de conflictos societarios que se presenten en las SAS, esto es, entre sus accionistas, los órganos

de la sociedad o sus administradores, en desarrollo del correspondiente acto de constitución. Dispone (i) el sometimiento de las mismas a la justicia arbitral o la amigable composición, de haberse acordado en los estatutos, (ii) y a falta de pacto estatutario, subsidiariamente, su conocimiento por la justicia estatal administrativa -la Superintendencia de Sociedades-. Esta fórmula de competencia incluye las impugnaciones de decisiones de la Asamblea General o Junta Directiva de las SAS, género de conflictos societarios que son el objeto específico de la presente demanda de inconstitucionalidad.

## 2.2. Análisis de los cargos de la demanda.

2.2.1. La Corte se abstendrá de pronunciarse sobre los siguientes cargos, formulados por el actor, por las razones que se explican a continuación:

(i) Respecto de la posible vulneración del artículo 1 de la CP (Estado Social de Derecho), atendiendo los reiterados criterios jurisprudenciales sobre la procedibilidad de las demandas de inconstitucionalidad<sup>14</sup>, la Corte encuentra los argumentos de la demanda, vagos, indeterminados, indirectos y globales, pues no precisa el alcance del concepto Estado Social de Derecho como parámetro normativo del juicio de inexequibilidad, ni explicita la contradicción entre esta categoría constitucional y la vía procesal prevista en la norma legal para dirimir controversias societarias. Así, el cargo se desestima por carecer de la especificidad necesaria para un pronunciamiento de fondo, anotando que algunas de las consideraciones expuestas en este cargo, como las relativas a la igualdad y el acceso a la justicia, serán consideradas al examinar los cargos viables.

(ii) En relación con el principio de igualdad, el actor formula dos cargos. El primero de ellos - del que se ocupa este análisis- señala una discriminación en contra de los accionistas minoritarios, quienes por su condición económica seguramente no podrán costear un arbitramento que se les impone estatutariamente, frente a unos accionistas mayoritarios con mayor capacidad económica y para quienes la vía arbitral sería más expedita. La Corte Constitucional ha reiterado que al formularse un cargo de vulneración del derecho a la igualdad, deben identificarse los grupos involucrados o los extremos de comparación a examinar en cada caso, sin lo cual es imposible adelantar el juicio de constitucionalidad<sup>15</sup>. La infinita heterogeneidad de posibles combinaciones societarias contradice la reducción simplista a la que la demanda quiere limitar los posibles extremos comparables: la condición

de socio minoritario no implica, ni lógica ni necesariamente, la carencia de recursos, y por lo tanto todo el andamiaje hipotético de comparación que fundamenta el cargo carece de sustento y hace imposible realizar el examen de inconstitucionalidad; aún si los grupos comparables hubiesen quedado claramente definidos, no se cumple con la carga mínima de explicar la razón por la que el grupo de minoritarios debe ser objeto de protección especial; de hecho, la Corte ha establecido que los accionistas minoritarios no son sujetos de especial protección constitucional<sup>16</sup>. Adicionalmente, el régimen sobre capital y acciones de las SAS - flexible y principalmente dispositivo- admite diversidad de clases y series de acciones con posibilidad de votos singulares o múltiples, para lo cual cuentan los accionistas con amplia libertad estatutaria (Arts. 10 y 11 de la Ley 1258 de 2008); de este modo, el concepto mismo de socio minoritario o mayoritario se desdibuja en las SAS, pues puede ocurrir que el dueño de un número minoritario de acciones tenga votos mayoritarios o a la inversa. Así, los criterios de comparación que propone el actor, de por si insuficientes para evaluar el cargo en el caso de las sociedades tradicionales, se hacen prácticamente imposibles de precisar en el ámbito específico de la SAS. En suma, sin quedar definida la parte relacional de la desigualdad ni intentada la demostración de la discriminación que se insinúa, no le es posible al juez constitucional abordar el estudio de fondo del respectivo cargo.

(iii) Tampoco se pronunciará la Corte sobre el cargo referido a la posible violación del artículo 29 superior (debido proceso), en la forma planteada. Este cargo no es pertinente, toda vez que en realidad, la demanda no plantea una contradicción entre el fragmento demandado y la norma superior, sino entre aquel y una disposición del Código de Comercio. En efecto, el artículo 194 de dicho Código -declarado exequible en sentencia C-378/08-, establece que las acciones de impugnación de las decisiones de la asamblea o de la junta de accionistas de las sociedades reguladas en el Código de Comercio, se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria; en cambio, la disposición demandada dispone que, en el caso de las SAS, y siempre y cuando así lo hayan establecido los estatutos, tales impugnaciones podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores. La contradicción entre dos normas de rango legal no puede constituir un cargo de inconstitucionalidad, y por el contrario, hace que el cargo sea impertinente, en los términos en los que la jurisprudencia lo ha definido<sup>17</sup>. Adicionalmente, la jurisdicción arbitral, como institución constitucional investida transitoriamente de la función pública de administrar justicia, ejerce legítimamente un poder jurisdiccional sobre los casos para los que son habilitados por las partes, y el proceso arbitral protege el derecho de defensa y demás

garantías del debido proceso. En consecuencia, la Corte se abstendrá de pronunciarse sobre la supuesta violación del derecho al debido proceso por parte del fragmento demandado, desde esta perspectiva argumental.

2.2.2. La Corte Constitucional se pronunciará de fondo sobre los siguientes cargos:

(i) Vulneración del derecho a la igualdad (CP, art. 13).

A juicio del actor, hay aquí un tratamiento discriminatorio en contra de los accionistas de las SAS, al someterlos a mecanismos alternativos de solución de conflictos en los casos de impugnación de determinaciones de la asamblea o junta directiva, cosa que no sucede con los socios en los demás tipos de sociedades. Recuerda el demandante que para la generalidad de sociedades reguladas por el Código de Comercio, su artículo 194 -declarado exequible mediante sentencia C-378 de 2008-, establece que las acciones de impugnación de las decisiones de la asamblea o de la junta de socios se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria; en cambio, para el caso de las SAS, tales impugnaciones podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, de pactarse en los estatutos. En este caso, el demandante ha precisado cuáles son los extremos de la comparación -socios de las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio, por un lado, y accionistas de las SAS, por el otro-, y ha señalado las razones por las que el trato legal diferenciado lo encuentra discriminatorio. Esta presentación del cargo permitirá a la Corte un pronunciamiento de fondo.

(ii) Vulneración del debido proceso (CP, art. 29).

Desde otra perspectiva argumental, se encuentran en la demanda afirmaciones que permiten la estructuración de un cargo, haciendo una interpretación pro homine de la misma. Para el demandante, las controversias respecto de decisiones de la asamblea general o la junta directiva de las SAS comprometen el orden público “toda vez que aquellos asuntos ligados con la presencia de vicios que afectan la validez o la legitimidad de las actuaciones de la compañía, son de la órbita exclusiva de la jurisdicción común”. Al tratarse de conflictos societarios que recaen en materias de orden público -no susceptibles de transacción-, no podrían ser competencia de tribunales arbitrales sin desconocer el artículo 29 de la Constitución. Así planteado, el cargo cumple los requisitos para que la Corte pueda abordar su estudio.

(iii) Vulneración del derecho de acceso a la justicia (CP, art. 229).

La Corte también encuentra satisfechos los requisitos para el estudio a fondo de este cargo, toda vez que se exponen con claridad las razones por las cuales el fragmento demandado podría vulnerar el mencionado derecho constitucional. A juicio del demandante, la obligatoriedad del camino arbitral o de amigable composición, de haberse pactado en los estatutos, restringiría el derecho de acceso a la administración de justicia de quienes quisieran impugnar las determinaciones de la asamblea o junta directiva, al impedir su trámite ante los jueces ordinarios, especialmente tratándose de accionistas minoritarios o en incapacidad de sufragar los costos del tribunal arbitral. Así, para la Corte esta acusación cumple los requisitos de claridad, suficiencia, certeza, especificidad y pertinencia que se exigen para la procedibilidad de un cargo de inconstitucionalidad, lo que justifica un pronunciamiento respecto de la hipótesis de una restricción injustificada del derecho de acceso a la justicia.

### 2.3. Formulación del problema de constitucionalidad.

Por razones metodológicas, se abordarán los problemas de constitucionalidad a resolver, en el siguiente orden:

2.3.1. Vulneración del artículo 29 de la Constitución (debido proceso): la atribución del conocimiento de las impugnaciones a determinaciones de la asamblea general o junta directiva de las SAS, a los tribunales arbitrales o los amigables componedores, ¿Vulnera la regla de juez competente como garantía del debido proceso, por tratarse de materias que comprometen el orden público y no pueden ser sustraídas de la jurisdicción estatal?

2.3.2. Vulneración del artículo 229 de la CP: ¿Restringe el derecho de acceso a la administración de justicia de los accionistas de la SAS, la remisión de la resolución de impugnaciones a las determinaciones de su asamblea o junta directiva, a decisión arbitral o amigable composición, si así se pacta en los correspondientes estatutos, especialmente del derecho de acceso a la justicia de los accionistas minoritarios?

2.3.3. Vulneración del artículo 13 de la CP: la resolución de las impugnaciones a determinaciones de la asamblea general o junta directiva de las SAS por la vía de la decisión arbitral o la amigable composición, de pactarse así en los estatutos, ¿es discriminatoria y

violatoria de la igualdad respecto de otras categorías de sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio, cuyas mismas impugnaciones pueden ser resueltas por los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria?

### 3. Cargo 1º: vulneración del artículo 29 de la Constitución Política.

El meollo de este asunto consiste en determinar si el Legislador tiene potestad para autorizar que los conflictos societarios sobre decisiones de las asambleas o juntas directivas de las SAS, sean resueltos en instancias de arbitramento y amigable composición en lugar de la justicia estatal. En caso de no proceder, se estaría facultando una asignación competencial con pretermisión de la regla de “juez o tribunal competente” del artículo 29 de la Constitución.

#### 3.1. Libertad de configuración legislativa en materia de competencias jurisdiccionales y de resolución de conflictos.

3.1.1. Para el ejercicio de la función jurisdiccional, la Constitución Política incluye algunas regulaciones básicas relativas a la titularidad de la jurisdicción y la competencia, el acceso a la justicia, la definición de acciones y los efectos de las providencias. A partir de tales parámetros constitucionales, al Legislador le asiste un amplio margen de configuración en materia de definición de competencias y procesos judiciales, limitado en todo caso por disposiciones superiores consagratorias de garantías a los derechos fundamentales, y específicamente, del debido proceso.

3.1.2. Ha dicho la Corte que “en materia procesal el legislador goza de un amplio margen de libertad de configuración, que se encuentra limitado tan sólo por aquellas disposiciones constitucionales relativas a la garantía de los derechos fundamentales, en especial las referentes al derecho al debido proceso. Razones de política legislativa, cambiantes circunstancias sociales, o diferentes objetivos superiores perseguidos en cada caso por el legislador, pueden dar lugar a regulaciones diversas, de manera que por ello no todas las normas de procedimiento deben ser idénticas”<sup>18</sup>. Y en otra ocasión reiteró que “en ejercicio de las funciones constitucionales que le asignan el artículo 150 en sus numerales 1 y 2 de la Carta, el Legislador cuenta con un amplio margen de libertad de configuración para diseñar la estructura jurídica de las formas procesales, que sin embargo debe respetar los lineamientos constitucionales que obligan a garantizar el derecho sustancial”<sup>19</sup>. Así, una

norma legal que define competencia para la resolución de un determinado conflicto, está amparada con una presunción de constitucionalidad, que debe ser desvirtuada con una carga argumental significativa.

3.1.3. Tal reconocimiento del amplio margen de configuración legislativa en dichas materias, incluye la atribución para establecer, por razones de política judicial, caminos jurídicos distintos para la resolución de la infinita diversidad de conflictos de interés que pueden presentarse en la vida social. Tales opciones, de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política, van desde la justicia estatal dispensada por la Rama Judicial y, excepcionalmente, la función jurisdiccional a cargo de autoridades administrativas, hasta los mecanismos alternos de solución de conflictos (MASC) en los que particulares son investidos transitoriamente de la función de administrar justicia.

3.2. Evolución de la regulación estatutaria sobre la competencia de los MASC (mecanismos alternativos de solución de conflictos)

3.2.1. Hasta hace algún tiempo, el marco estatutario, y por lo tanto parámetro de control constitucional sobre el legislador ordinario en materia de arbitramento, era el contenido en el numeral 3 del artículo 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, que decía:

“Artículo 13: Ejercen función jurisdiccional, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad”. (subraya fuera de texto)

3.2.2. El citado artículo 13 estatutario fue reiterado en el nivel de la legislación ordinaria. La Ley 446 de 1998, estableció en su artículo 111, respecto del arbitramento:

“El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de

carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión llamada laudo arbitral". 20 (subraya fuera de texto)

A su vez, la figura del amigable componedor, otro mecanismo alterno de resolución de controversias, basado en el acuerdo entre particulares, es remitido en cuanto sus efectos legales al contrato de transacción (Ley 446 de 1998, art. 131).

En suma, el arbitramento, la conciliación, la amigable composición y, en general, los mecanismos alternativos de solución de conflictos que surgen de la voluntad de las partes y cuyas decisiones o soluciones tienen efecto de cosa juzgada, tenían como límite de conocimiento los asuntos o materias transables o transigibles.

3.2.3. Recientemente se expidió la Ley 1285 de 2009 "Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia", que expresamente modificó el numeral 3 del artículo 13 de la Ley 270 de 1996. El nuevo texto vigente es el siguiente:

"ARTÍCULO 6o. Modifíquese el artículo 13 de la Ley 270 de 1996:

Artículo 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

...3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso".

Con base en los límites establecidos en este nuevo parámetro estatutario, el legislador ordinario está facultado para determinar qué asuntos pueden ser competencia de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), incluyendo el arbitramento. Esta disposición fue declarada exequible en forma condicional por la Corte Constitucional, en sentencia C-713 de 2008 "en el entendido de que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales"21.

3.3. El alcance de la autonomía de la voluntad como criterio del límite material a la competencia del arbitramento, la amigable composición -y los MASC en general-.

3.3.2. El principio de la autonomía de la voluntad privada es el fundamento de los mecanismos alternativos de solución de conflicto. Si los sujetos de derecho, según las regulaciones legales, tienen la capacidad de gobernar sus derechos según les plazca, siéndoles posible adquirirlos, gozarlos, gravarlos, transferirlos, o extinguirlos, posible también les es acordar la solución de los conflictos que comprometen sus derechos subjetivos. Y así como la autonomía de la voluntad tiene límite en las materias que comprometen el orden público, definidas por el Legislador, los convenios que celebren las personas para resolver controversias jurídicas cuentan con tal restricción, no pudiendo por esta vía derogar leyes imperativas que excluyan de su ámbito de conocimiento determinados asuntos.

En la sentencia C-098/01, la Corte dijo lo siguiente:

“En diversos fallos – algunos de ellos ya citados – esta Corporación ha avalado el límite material del arbitramento, al señalar que no toda cuestión materia de controversia, no obstante la habilitación de las partes, puede ser sometida genéricamente a la decisión de árbitros. (...) En este contexto, se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. (...) Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible – capacidad legal de disposición -. Así, frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes.” (negrilla fuera de texto)

3.3.3. La Corte Constitucional ha identificado, a lo largo de sus providencias, varios tipos de asuntos que están reservados a la jurisdicción permanente del Estado. En la sentencia C-242 de 1997 la Corte señaló que no pueden someterse a decisión arbitral los temas relacionados con el estado civil de las personas. En la sentencia C-294 de 1995, se indicaron como ejemplos de asuntos no sujetos a transacción: las obligaciones amparadas por leyes “en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres”, al tenor del artículo 16 del Código Civil; las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces; o los conflictos

relacionados con derechos de los cuales la ley prohíbe a sus titulares disponer<sup>22</sup>. En la sentencia C-330 de 2000, se mencionó como sustraído de decisión arbitral el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores<sup>23</sup>. Y para los efectos de lo que interesa al presente proceso de constitucionalidad, la Corte ha reiterado que, en lo esencial, los asuntos disponibles son aquellos que se refieren a obligaciones de contenido económico. Así se explicó en la sentencia C-294 de 1995, en la cual la Corte, al pronunciarse sobre la posibilidad de adelantar juicios ejecutivos por medio de tribunales arbitrales, explicó que las obligaciones que se pueden exigir ejecutivamente son las de contenido económico, que se rigen por el principio de autonomía de la voluntad; al ser transigibles, dijo la Corte, se pueden incluir en el pacto arbitral<sup>24</sup>.

3.3.4. En conclusión, para la Corte ha sido claro que, si bien algunos asuntos, por su naturaleza misma, o por su rango constitucional, escapan al ámbito de competencia de la justicia arbitral, (estado civil, derechos mínimos de los trabajadores, por ejemplo) en el caso de los temas de contenido económico, asiste una mayor discrecionalidad al legislador. Y este puede, dentro de los límites constitucionales, y los estatutarios recientemente modificados, considerarlos o no como materias susceptibles de arbitramento, conciliación o amigable composición.

3.4. Potestad de configuración legislativa para definir la posibilidad de que asuntos relativos a conflictos societarios de las SAS puedan resolverse mediante el arbitramento o la amigable composición -y, en general, los mecanismos alternativos de solución de conflictos-.

3.4.1. El que los asuntos susceptibles de transacción sean los únicos que pueden someterse a la justicia arbitral es tema que le compete al legislador determinar. Este puede decidir que ello sea así, o decidir que tal criterio desaparezca del ordenamiento jurídico como delimitador de la competencia de la justicia arbitral, tal y como lo hizo en la Ley 1285 de 2009, avalada en este punto por la Corte Constitucional. Y lo puede hacer de dos maneras: de forma general y abstracta, como lo hizo en el artículo 6º de dicha Ley, o en casos puntuales, definiendo que un determinado asunto es o no transigible.

3.4.2. De este análisis se deriva para el caso concreto lo siguiente: en su momento se consideró que la impugnación de decisiones de la asamblea o junta de socios de las sociedades tipificadas en el Código de Comercio debía necesariamente tramitarse ante los

jueces, aunque se hubiese pactado cláusula compromisoria, porque dada su importancia se le percibía como un asunto no susceptible de transacción. Frente al nuevo tipo societario conocido como Sociedad por Acciones Simplificada, se tiene que el requisito estatutario según el cual los asuntos sometidos a decisión arbitral sólo pueden ser aquellos susceptibles de transacción ha sido modificado en la Ley 1285 de 2009. Pero además, es perfectamente posible que el Legislador considere que dicha materia, del ámbito de las relaciones comerciales, deje de ser considerada asunto de orden público y se permita discutir y resolver en el ámbito de la autonomía de la voluntad y los MASC, de pactarse en los estatutos de las SAS<sup>25</sup>.

### 3.5. Conclusión.

Dada la (i) libertad de configuración legislativa en materia de competencias jurisdiccionales y de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, (ii) teniendo en cuenta que la regla de asignación de competencia a los árbitros y a los amigables componedores para poder conocer los conflictos societarios sobre decisiones de las asambleas o juntas directivas de las SAS -de pactarse en los estatutos- no vulnera normas constitucionales de asignación de competencias judiciales ni de limitación de las materias propias de los MASC, y (iii) considerando que el legislador ordinario -sin restricción estatutaria- puede definir los asuntos a ser resueltos a través de arbitramento o amigable composición sin más valla que la Constitución y los límites a la autonomía de la voluntad expresada en normas de orden público, la disposición demandada del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008 no viola regla alguna de las competencias de los jueces estatales, al haberse determinado en dicha norma que los conflictos societarios de las SAS, en las condiciones ya expuestas, son susceptibles de librarse al ámbito propio de los mecanismos de autoresolución de conflictos señalados, por considerarse materia disponible o de la esfera de la autonomía de la voluntad que se ejerce en la actividad comercial de las SAS. Así, no vulnera el principio debido proceso, en la garantía del juez competente (CP, art. 29).

Adelante, se examinará la constitucionalidad de la norma demandada frente a los derechos fundamentales de acceso a la justicia (punto 4 de Considerandos) e igualdad (punto 5 de Considerandos).

## 4. Violación al derecho de acceso a la administración de justicia (CP; Art. 229).

El camino arbitral o de amigable composición -pactado en los estatutos de las SAS- erigido en el mecanismo de resolución de conflictos cuando se impugnen las determinaciones de la asamblea o junta directiva de las SAS ¿restringe el derecho de acceso a la administración de justicia de quienes ejerzan esa acción, al excluir de su trámite a los jueces ordinarios, especialmente tratándose de accionistas minoritarios o en incapacidad de sufragar los costos del tribunal arbitral? Veamos.

4.1. El derecho de acceso general a la justicia a través de los MASC -la jurisdicción arbitral y la amigable composición-.

4.1.2. Esta concepción del arbitramento como una modalidad por medio de la cual se ejerce función jurisdiccional plena ha sido constante en la jurisprudencia de la Corte. Es recurrente encontrar en las sentencias de la Corte afirmaciones en el sentido de que “el arbitraje es una de las posibilidades a través de las cuales los particulares administran justicia”<sup>27</sup> ; que el arbitramento es un instituto “fundamental dentro de la administración de justicia”<sup>28</sup> y “supone el ejercicio de la función jurisdiccional por particulares”<sup>29</sup> . Los árbitros “una vez integrado o constituido el Tribunal,...quedan investidos de la facultad o poder de administrar justicia”<sup>30</sup> Como consecuencia de ello, el laudo arbitral se equipara a un acto jurisdiccional que hace tránsito a cosa juzgada, <sup>31</sup> “es eminentemente jurisdiccional”<sup>32</sup> y la única diferencia con la justicia administrada por los tribunales y jueces de la república es que en el caso de los árbitros, “tienen que estar habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”. <sup>33</sup>

4.1.3. En consecuencia, si la vía arbitral es una forma constitucionalmente válida de ejercer jurisdicción, siempre y cuando se haga según lo determine la ley, en principio una disposición que permita acudir a ella para dirimir un conflicto entre particulares no puede ser objeto de reproche por restringir el acceso a la administración de justicia. El arbitramento es administración de justicia y una norma que disponga la posibilidad de acudir a él, más que restringir el derecho de acceso a la administración de justicia, lo realiza. Así lo ha afirmado la Corte:

“El desarrollo legal de la institución arbitral tiene un claro fundamento constitucional -ya referido-, que permite la atribución de funciones judiciales a los particulares. Dicha autorización no puede concebirse como una forma de limitar el derecho fundamental de

acceso a la justicia que el propio ordenamiento superior reconoce a todos los ciudadanos; en primer lugar hay que recordar que cualquier regulación en materia de arbitraje debe fundarse en el respeto estricto de derechos fundamentales como el debido proceso y la igualdad entre todas las personas; por otro lado, en razón de que los árbitros -como los jueces ordinarios- deben (i) cumplir con términos perentorios y (ii) que sus pronunciamientos están sujetos a la revisión eventual por parte de otras autoridades además de contar con el poder vinculante de cualquier sentencia, y, por tanto, no puede decirse que la utilización del arbitramento constituye un atentado al principio que asegura pronta y cumplida justicia para todos los ciudadanos.”<sup>34</sup>

4.1.4. Lo mismo ocurre con la amigable composición. Como el arbitramento, sustrae el conflicto legalmente puesto a su conocimiento, de la jurisdicción estatal; y su decisión, al igual que el laudo arbitral, produce “los efectos legales relativos a la transacción” (L 446/98, art. 131), esto es, “el efecto de cosa juzgada” (CC, art. 2483) que le brinda a la amigable composición fuerza definitoria. Por eso, la misma, en las condiciones establecidas en el artículo demandado, tampoco puede entenderse como una limitación del derecho de acceso a la justicia.

4.2. Limitaciones al derecho de acceso general a la justicia a través de los MASC -la jurisdicción arbitral y la amigable composición-.

4.2.1. La justicia arbitral es onerosa. Por ello, la jurisprudencia de la Corte ha considerado que, frente a la administración de justicia propiamente estatal, el arbitramento debe tener un carácter excepcional, y la “habilitación de las partes” que exige la Constitución para que proceda, ha sido interpretado en el sentido de que en todos los casos debe ser expresa, manifiesta y libre la voluntad de las partes de acudir a ella. Las disposiciones que restringen o limitan esa libertad, o que hacen obligatorio el mecanismo desatendiendo el principio de voluntariedad, son contrarias a la Constitución, y así lo ha declarado la Corte en varias ocasiones.

En la Sentencia SU-174/07 se hizo un detallado recuento de todos los casos en los que la Corte ha declarado inexequibles normas legales que imponían la obligación de acudir a la justicia arbitral sin que ello dependiera de la voluntad de las partes involucradas. Así lo hizo en casos relativos a las empresas de servicios públicos<sup>35</sup>, a los contratos para créditos de

vivienda con entidades financieras<sup>36</sup>, y a las relaciones entre los concesionarios de televisión y las empresas de servicios públicos para el uso de infraestructura pública<sup>37</sup>. También fueron declaradas inexequibles normas que atribuían funciones propiamente jurisdiccionales a los Centros de Arbitraje dentro de la etapa pre-arbitral, porque la Corte consideró que tal atribución de funciones no emanaba directa o tácitamente de la voluntad de las partes en conflicto<sup>38</sup>.

4.2.2. Este principio de habilitación voluntaria de los árbitros por las partes también ha servido de fundamento para declarar la exequibilidad de otras disposiciones legales, en las cuales la Corte encontró que no se desconocía. Así sucedió respecto de normas relativas a las Cooperativas de Trabajo Asociado<sup>39</sup> o en el caso de las normas sobre arbitramento voluntario del Código de Procedimiento Laboral<sup>40</sup>. En suma, el repaso de este principio de habilitación voluntaria llevó a la Corte, en la mencionada sentencia SU-174/07, a concluir lo siguiente:

“El anterior recuento jurisprudencial demuestra, en síntesis, la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral, y que el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta. Incluso el Legislador debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes. La Corte ha concluido que son contrarias a este principio esencial que determina el origen, los alcances, el ámbito y los efectos del arbitramento las normas legales que (i) imponen a los particulares en determinados contextos la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exigen a ciertas empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a procesos arbitrales; (iii) obligan a las partes en ciertos tipos de contratos a incluir una cláusula compromisoria; o (iv) atribuyen funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma.”

Se tiene, entonces, que según la Constitución, la legislación estatutaria y la jurisprudencia constitucional, a la justicia arbitral y a los MASC en general, incluida la amigable composición, sólo se puede acceder si existe previamente una voluntad libre de las partes que así lo determine. Por lo tanto, al examinar la constitucionalidad de una norma referida a la justicia arbitral, será necesario evaluar si ella impone tal mecanismo sin que medie la

voluntad de las partes, o simplemente lo autoriza permitiendo que se manifieste en cada caso tal voluntad habilitante.

4.2.3. La Corte encuentra que el fragmento demandado en el presente caso satisface las exigencias constitucionales plenamente, por cuanto contempla la posibilidad de acudir al arbitramento para dirimir eventos que, como se examinó anteriormente, no están excluidos del ámbito constitucional o legal de competencia de esta justicia excepcional; y lo hace de tal manera que el acceso a la decisión arbitral viene mediado por una manifestación expresa de voluntad de las partes.

Esta voluntad se manifiesta en los estatutos sociales de la respectiva SAS, pues como bien lo dispone la norma demandada, a la decisión arbitral sólo será posible acudir “si así se pacta en los estatutos”. Estos estatutos, según lo dispone el artículo 17 de la Ley 1258 de 2008, determinan libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento. Es el documento en el que se manifiesta el ánimo societario, si se trata de varias personas jurídicas o naturales, o la aspiración individual de crear esta nueva persona jurídica, en caso de que ella se origine en un acto unilateral. Las reformas a estos estatutos deben ser aprobadas por la asamblea de accionistas, según el artículo 29 de la Ley 1258 de 2008. Los estatutos constituyen, en suma, la manifestación del querer de los accionistas, y por lo tanto, si en ellos se pacta cláusula compromisoria, se entiende que es voluntad de los accionistas dirimir los conflictos societarios por la vía arbitral.

4.2.4. Podría argumentarse que si los estatutos pueden ser aprobados o modificados por una mayoría simple o calificada (en el caso de las SAS la regla general es que se requiere el voto favorable de uno o varios accionistas que representen, cuando menos, la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión), los accionistas que conformen la minoría restante se verían obligados a acudir a una decisión arbitral respecto de la cual no han manifestado su voluntad. Una consideración de esta índole fue precisamente la que sirvió de sustento a la Corte para declarar la exequibilidad del artículo 194 del Código de Comercio, que impide, para las sociedades en él reguladas, que la impugnación de decisiones de la asamblea se tramite ante árbitros, aun existiendo cláusula compromisoria.

Sucede sin embargo que en el caso de las SAS, tal riesgo no existe. El artículo 41 de la Ley 1258 de 2009 estableció que la cláusula consagrada en los estatutos referida a la posibilidad

de someter a decisión arbitral las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social, o del acto unilateral, sólo podrá ser incluida o modificada “mediante la determinación de los titulares del ciento por ciento (100%) de las acciones suscritas”.

En consecuencia, en el caso de las SAS no es posible incluir en los estatutos sociales una cláusula compromisoria que no sea expresión de la voluntad de todos sus accionistas. Basta con que el titular de una sola acción se oponga a la inclusión de la cláusula arbitral en los estatutos, para que ésta no quede incluida en ellos, y las diferencias societarias se diriman, en consecuencia, ante la justicia administrativa de la Superintendencia de Sociedades, por así establecerlo el segundo inciso del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008, según el cual “si no se pacta arbitramento o amigable composición, se entenderá que todos los conflictos antes mencionados serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario”.

La expresión de voluntad a favor de la cláusula compromisoria también se puede predicar de aquellas personas, naturales o jurídicas, que se vinculen como accionistas con posterioridad a la constitución de la sociedad, o al momento en el que se perfeccionó la reforma estatutaria que la incorporó. Pues en tal caso, la persona interesada en asociarse, en ejercicio de su libertad constitucional de asociación, conocerá de la existencia de la cláusula compromisoria en los estatutos, y evaluará si la acepta o no. En caso de no aceptarla, también en ejercicio del aspecto negativo de su libertad de asociación, que lo exime de la obligación de asociarse, podrá abstenerse de perfeccionar su ingreso como socio de la misma. Pero al decidir libremente ingresar, se entiende que acepta libre y voluntariamente las reglas establecidas en los estatutos, incluyendo, si a ello hay lugar, la cláusula compromisoria. Y en el evento de que haya ingresado en un momento en el que los estatutos aún no la contemplan, y su voluntad es no acudir a la justicia arbitral para dirimir los conflictos societarios, bastará con su voto negativo en la asamblea respectiva para impedir que ella se incluya.

4.2.5. Frente a la hipótesis de que el costo del mecanismo alternativo -el arbitral o también la amigable composición- represente una barrera de acceso a la justicia a un socio minoritario de la SAS por razones económicas, ha de reiterarse lo ya expresado (punto 2.2.1. (ii) de Antecedentes): (i) dada la diversidad de posibles combinaciones societarias presentes en las

SAS, la condición de socio minoritario no implica necesariamente la carencia de recursos; (ii) la Corte ha establecido que los accionistas minoritarios no son sujetos de especial protección constitucional<sup>41</sup>; (iii) adicionalmente, las SAS admiten diversidad de clases y series de acciones con posibilidad de votos singulares o múltiples, de modo que un socio minoritario en acciones puede tener votos mayoritarios o a la inversa. En suma, la condición minoritaria de un socio es una situación contingente y no reveladora de la capacidad económica del mismo, con lo que el supuesto fáctico del cargo se derrumba.

4.2.6. La Corte<sup>42</sup> ha reiterado que los árbitros, una vez investidos del poder de administrar justicia para un asunto en particular, “obran en calidad de autoridades judiciales, por lo cual el laudo arbitral se equipara a un acto jurisdiccional que adoptado después de seguir el procedimiento pre establecido para verificar los hechos, valorar las pruebas y extraer una consecuencia en derecho o en equidad, según la voluntad de las partes, hace tránsito a cosa juzgada al igual que las sentencias judiciales”. El laudo arbitral es, entonces, una decisión eminentemente jurisdiccional, que equivale a una providencia judicial, sólo que tal calidad emana de la habilitación que le han conferido al tribunal arbitral las partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad contractual. Y ante una situación concreta de restricción económica de un socio que dificulte su acceso al medio alternativo de resolución del conflicto societario, ha de recordarse que los pactos compromisarios de sometimiento a un MASC, como el pacto estatutario previsto en el artículo 40 de la Ley 1258 de 2008, en cuanto convenciones o verdaderos contratos, son ley para las partes.

Finalmente, la Corte reitera que el arbitraje es un mecanismo que hace valer los principios constitucionales de celeridad, eficacia y efectividad de la justicia, y es al mismo tiempo un importante vehículo para propiciar la participación ciudadana en la toma de decisiones.

#### 4.3. Conclusión.

La previsión de que, en el caso de las SAS, a la justicia arbitral sólo se acudirá si así está pactado en los estatutos, aunada a la regla de unanimidad como requisito para incluir la cláusula arbitral en ellos, garantiza que en todas las hipótesis referidas a los accionistas, se manifiesta el principio de habilitación voluntaria de los árbitros o los amigables componedores por las partes. En suma, el pacto estatutario obra como pacto compromisario

para los accionistas de las SAS, y es ley para las partes. Así, el mecanismo alternativo de resolución de conflictos obra como un instrumento de realización de justicia, por lo que el cargo por violación del artículo 229 constitucional, tampoco prospera.

## 5. Violación del artículo 13 C.P. (Derecho de igualdad).

El cargo parte del tratamiento legal diferenciado entre tipos de sociedades, para efectos de impugnación de decisiones societarias, tomando como parámetro de comparación lo dispuesto en el artículo 194 del Código de Comercio.

### 5.1. Jurisprudencia constitucional sobre el artículo 194 del Código de Comercio y juicio de igualdad.

5.1.1. El artículo 194 del Código de Comercio<sup>43</sup> es, a juicio del demandante, el parámetro legal a partir del cual se origina la discriminación en contra de los accionistas de las SAS, toda vez que éstos quedarían excluidos, por virtud del fragmento demandado, de su ámbito de aplicación. Tal disposición fija una regla de competencia: las impugnaciones de las decisiones de la Asamblea General o Junta de Socios y de los administradores de sociedades comerciales, serán de conocimiento de los jueces, no obstante se haya pactado cláusula compromisoria (Art 194, Cap. VII, Título I del Libro Segundo del Código de Comercio).

El artículo 194 aludido fue demandado por ser violatorio del derecho de acceso a la justicia arbitral (art.116 de la Constitución), y la libre iniciativa privada (art. 333 de la Constitución). En sentencia C-378 de 2008, la Corte Constitucional reiteró la jurisprudencia que reconoce las siguientes características en la justicia arbitral: (i) es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos expresamente autorizado por la Constitución Nacional; (ii) supone el ejercicio de la función jurisdiccional por particulares; (iii) tiene naturaleza procesal; (iv) es de carácter transitorio o temporal; (v) profiere fallos en derecho o en equidad; (vi) se desarrolla en los términos que señala la ley, de manera que al legislador le corresponde una amplia libertad de configuración de la justicia arbitral, y (vii) debe ejercerse dentro de las fronteras que le fijan los preceptos constitucionales.

5.1.2. En su examen específico de la constitucionalidad del artículo 194 del Código de Comercio, y previo el análisis de las disposiciones sobre asambleas generales y juntas de socios contenidas en los artículos 181 y subsiguientes del mismo Código, la Corte llegó a la

siguiente conclusión:

“33.- Dentro del conjunto de normas referido en precedencia, la cautela legal contenida en el artículo 194 demandado según la cual las acciones de impugnación consignadas en las normas citadas habrán de ser ventiladas ante las autoridades judiciales estatales, así se haya pactado previamente cláusula compromisoria, adquiere un sentido específico cual es evitar que las partes de un contrato sometan a transacción aquellos asuntos ligados con la presencia de defectos que cuestionan la validez o la legitimidad de las actuaciones por ellas suscritas”.

Adicionalmente, esta previsión legal se encamina a proteger objetivos tales como la garantía de igual acceso a la administración de justicia de los ciudadanos y las ciudadanas quienes tienen el derecho de controvertir la validez y legitimidad de decisiones societarias, lo que redunda en beneficio de aquellas personas que no cuentan con los recursos suficientes para convocar onerosos tribunales de arbitramento.”

La Corte reiteró que “existen materias que no pueden ser sometidas genéricamente a la decisión de árbitros”, y que “resulta inadmisible extender la materia objeto de arbitramento a asuntos que trasciendan la capacidad de disposición de las partes y respecto de las cuales no existe habilitación alguna”. Y a partir de consideraciones de este tipo, llegó a la siguiente conclusión:

“39.- La reseña efectuada con antelación permite extraer, pues, criterios para comprender la cuestión sometida a debate de una manera más clara, esto es, contribuye a establecer que la finalidad perseguida por la previsión legal contenida en el precepto demandado se justifica desde el punto de vista constitucional y no contradice lo dispuesto por el artículo 116 ni por el artículo 333 superiores al prohibir que se ventilen ante la justicia arbitral las controversias relacionadas con la impugnación de actas y decisiones de asambleas, juntas directivas y de socios de sociedades.

Dicho de otra manera: la cautela legal contenida en el precepto acusado persigue un fin de interés público cual es asegurar a los socios que las diferencias existentes respecto de la validez o legitimidad de las actuaciones que los vinculan, sean de conocimiento de las autoridades judiciales estatales. Dada la trascendencia de las cuestiones en juego – la validez o legitimidad de los actos societarios – ha de garantizarse que las discrepancias al respecto

no sean decididas de manera ad hoc - por un árbitro o centro de arbitraje - sino que sean resueltas por la justicia estatal.

40.- Lo explicado hasta este lugar lleva a desvelar que en el caso sub judice el margen de configuración reconocido a favor de la Ley por la Constitución Nacional se ejerció dentro de las fronteras que traza esta Ley Fundamental. La previsión legal contenida en la disposición acusada se enmarca dentro de los asuntos que le compete regular a la Legislación en virtud de la cláusula general de competencia. Por ser problemas relacionados con la validez de los actos societarios, la Ley puede resolver que tales aspectos no sean llevados ante árbitros sino que sean decididos por medio de la justicia estatal y al hacerlo de manera expresa convierte el legislador tales normas en asuntos indisponibles por parte de los particulares.

Puestas las cosas de esta forma, puede decirse que en el asunto sub judice la Legislación obró dentro de las fronteras que trazan los preceptos constitucionales. Así, aseguró que las ciudadanas y los ciudadanos puedan someter a la justicia estatal una actuación de tanta trascendencia para su relación contractual como lo es la impugnación de actos societarios afectados en su validez y legitimidad. Dicho de otro modo, la previsión demandada no solo resulta justificada a la luz de los preceptos constitucionales sino que es, a un mismo tiempo, razonable y proporcionada<sup>44</sup> así como permite conferir plena vigencia al principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas<sup>45</sup>. No encuentra, por tanto, la Sala Plena que el cargo en contra de la cautela contenida en el artículo 194 del Código de Comercio por vulnerar el artículo 116 superior pueda prosperar."

Así, la Corte declaró exequible que las acciones de impugnación de las decisiones de las asambleas y juntas de socios de las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio se intenten ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria.

## 5.2. Juicio de igualdad.

El demandante considera que los socios de todo tipo de sociedades, en situación de impugnar las decisiones societarias referidas en la expresión demandada, deben tener las mismas posibilidades de acceso a la justicia ordinaria, de conformidad con el artículo 194 del Código de Comercio y la sentencia C-378 de la Corte Constitucional. Por ello, la regla contenida en la Ley 1258, que -según el demandante- obliga a acudir al arbitramento y a la amigable composición, constituye una discriminación en contra de los accionistas de las SAS,

quienes no podrían acudir a la justicia ordinaria para tramitar dichas impugnaciones.

### 5.2.1. Diferencias generales entre las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio y la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)

5.2.1.1. Dada la regla general de competencia para la resolución de conflictos societarios pre establecida en el artículo 194 del Código de Comercio, es necesario ahora evaluar si al crear un nuevo tipo societario, con características marcadamente distintas a las de los tipos societarios a los cuales les es aplicable el artículo 194 del Código de Comercio, le era posible al legislador autorizar que, si así se pacta en los estatutos, las determinaciones de asamblea puedan ser impugnadas por la vía arbitral. Para ello, se hace necesario analizar las características específicas del nuevo tipo societario contenido en la Ley 1258 de 2008, y si estas características diferencian de tal forma a las SAS de las sociedades reguladas en el Código de Comercio, que se justifica que a aquellas no se les aplique el régimen restrictivo contenido en el artículo 194 del mencionado Código.

5.2.1.2. Bien se sabe que la ley comercial ha creado un repertorio variado de modalidades societarias que pretenden responder a las necesidades de la realidad económica del país. Estas distintas opciones buscan facilitar la realización del derecho de asociación consagrado en la Constitución, y son vehículo esencial para el desarrollo de la libertad de empresa, la iniciativa privada y, por lo tanto, el desarrollo económico.<sup>46</sup>

Además de las ya tradicionales formas societarias reguladas en el Código de Comercio (sociedades colectivas, comandita simple, de responsabilidad limitada, comandita por acciones, anónima) el legislador quiso, en el año 2008, enriquecer el repertorio de tipos societarios válidos con una nueva modalidad. De ahí la expedición de la Ley 1258 de 2008, que creó la figura de la sociedad por acciones simplificada (SAS). A partir de experiencias comparadas como la del régimen societario francés, el Congreso colombiano consideró necesario introducir la opción de la nueva modalidad por razones que se explicaron así durante el trámite del respectivo proyecto:

“El escenario colombiano en materia de formas de sociedades presenta hoy día un fenómeno de rigidez similar al vivido por los franceses a comienzos de los años 1990. En nuestro ordenamiento jurídico, la figura de sociedad anónima se caracteriza por una cierta rigidez en su regulación, en lo que tiene que ver con las estructuras de funcionamiento y conformación,

dichas normas se encuentran contenidas en la Ley 222 de 1995 Código de Comercio.

Lo anteriormente anotado para el caso colombiano se convierte en un espacio propicio para estudiar la posible introducción de una nueva modalidad de tipo social en nuestra legislación, que a diferencia de los tipos existentes de sociedades incluya los criterios de simplicidad y flexibilidad en el ordenamiento los cuales deben verse reflejados en los órganos de funcionamiento y requisitos para su conformación, otorgando a su vez un amplio espacio de maniobra a los acuerdos y la voluntad de sus asociados en un marco normativo inspirado en gran medida en la normatividad de la sociedad anónima.

Las Sociedades por Acciones Simplificadas se caracterizan por permitir un amplio espacio para los acuerdos de los asociados, remitiéndose por competencia residual a las disposiciones previstas para las Sociedades Anónimas en los asuntos en que las partes no pacten cosa distinta".<sup>47</sup>

5.2.1.3. Según consta en los antecedentes legislativos, y tal y como se desprende del texto mismo de la ley finalmente aprobada, el legislador consideró que resultaba relevante crear un nuevo tipo societario que permitiera tener las características más atractivas de una sociedad por acciones, es decir, la limitación de la responsabilidad de los accionistas y, a la vez, eliminar al máximo algunas particularidades de las mismas, como por ejemplo que el mínimo número de socios sea cinco, la existencia obligatoria de ciertos órganos de dirección societarios y la existencia de causales de extinción de la sociedad relacionados con el capital. Así, el propósito explícito de esta nueva modalidad societaria es reducir los costos de transacción en el comercio. Esta característica puede ser muy atractiva para cierto tipo de empresarios o para cierto tipo de actividades pero por supuesto no es apta para todo tipo de necesidades. De ahí el que el legislador haya dejado intacto el régimen societario del Código de Comercio y sus normas modificatorias posteriores, y haya reconocido expresamente los límites de la SAS, al disponer, por ejemplo, que estas sociedades no pueden inscribir sus acciones y demás valores en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociar en bolsa. La enorme flexibilidad de las SAS es, a juicio del legislador, incompatible con las exigencias de gobierno corporativo que naturalmente le son exigibles a una sociedad que transe en el mercado público de valores. De modo que la SAS es una nueva opción para el empresariado colombiano, pero no constituye ni un modelo obligatorio, ni una imposición, ni elimina las otras alternativas existentes.

Al introducir en el derecho colombiano este nuevo tipo de sociedad, el legislador se inspiró en la necesidad de enriquecer el menú de opciones societarias disponibles con una modalidad basada principalmente en principios de flexibilidad y agilidad, con énfasis en la autonomía de la voluntad, y por tanto, reduciendo al mínimo las disposiciones legales imperativas, creando así, en comparación con los regímenes societarios del Código de Comercio, un espacio mas amplio para la libertad de configuración societaria basada en la voluntad de los intervenientes. Asimismo, es claro que este modelo societario avanza en el proceso de superación del enfoque contractualista que fundamentaba las modalidades societarias tradicionales - que se había ya comenzado a abandonar con la creación de las empresas unipersonales de responsabilidad limitada (Ley 222 de 1995), y las sociedades unipersonales (Ley 1014 de 2006)-, toda vez que permite que las SAS sean constituidas por una sola persona natural o jurídica, y creadas por tanto mediante acto unilateral.

La nota característica de las SAS es que crea una sociedad por acciones, pero simplifica todos los procesos de creación, administración y supresión de la sociedad. El esquema propuesto en la Ley 1258 de 2008 se basa en un principio de intervención mínima por parte del legislador, de modo que los accionistas están facultados para delinear la sociedad que más les convenga a sus propósitos, dentro de los límites contenidos en la propia ley. Más que entrar a hacer una regulación detallada de todos los aspectos de las SAS, el legislador dejó un amplio margen para que sea regulado por la voluntad de los accionistas. La ley 1258 de 2009 regula algunos aspectos muy generales pero principalmente, contiene normas supletivas que sólo operarán en caso de vacío estatutario. El principio dispositivo es evidente a todo lo largo de su texto.

Este principio dispositivo es particularmente claro en el régimen de organización de la sociedad. En la SAS los accionistas pueden determinar libremente en los estatutos la estructura orgánica de la misma y demás normas que rijan su funcionamiento. Así, por ejemplo, mientras en la sociedad anónima la ley ordena que debe existir una junta directiva, la cual tiene que constar de por lo menos tres socios, junto con sus respectivos suplentes, quienes son elegidos por medio del sistema de cuociente electoral, en las SAS los accionistas son libres de escoger si la sociedad tendrá o no junta directiva o cualquier otro órgano plural de dirección, pueden elegir la forma más conveniente de elección (cuociente electoral, votación mayoritaria o cualquier otro método previsto en los estatutos).

Igualmente, la ley señala que en el caso de las sociedades anónimas el representante legal y su suplente son elegidos por la junta directiva a menos que los estatutos de la sociedad reserven esta función a la asamblea general de socios, mientras que en las SAS es posible que los accionistas decidan cuál es la mejor forma de elegir el representante legal de la sociedad. .

Otro punto ostensible de diferencia es el que tiene que ver con el número de accionistas. Las sociedades limitadas sólo pueden crearse y subsistir con mínimo 2 y máximo 25 socios; en las sociedades anónimas el mínimo de socios para su creación y subsistencia es de 5. En la SAS, por el contrario, no existe un límite mínimo ni uno máximo: es posible, bajo esta modalidad, tener sociedades unipersonales o empresas con multiplicidad de accionistas, sin límite en el número.

5.2.1.4. Un repaso rápido a la Ley 1258 pone de presente otras sustanciales diferencias, tales como el mecanismo de constitución, que en el caso de la SAS no es ya por escritura pública, sino por documento privado; el régimen sobre la capacidad societaria, que en las SAS puede ser indeterminado, lo que las habilita para realizar cualquier actividad lícita sino la han delimitado en los estatutos, mientras que las sociedades tradicionales están limitadas por lo establecido en sus estatutos; en las SAS, el término de duración puede ser indeterminado y el pago de los aportes puede diferirse hasta por dos años y es posible, a diferencia de otros tipos societarios, establecer estatutariamente montos máximos y mínimos de capital; también pueden libremente crear diversas clases y series de acciones, pues la lista de alternativas incluida en la Ley 1258 es meramente enunciativa, mientras que en otros tipos societarios las posibilidades de heterogeneidad accionaria están circunscritas a lo taxativamente estipulado en la ley.

No es necesario aquí hacer una lista exhaustiva de las diferencias generales entre las sociedades reguladas por el Código de Comercio, a las cuales les es aplicable su artículo 194, que impide acudir a arbitramento para dirimir las impugnaciones contra las decisiones de la asamblea, y las SAS, que en principio no están sometidas a esa restricción. Basta, para efectos del análisis del cargo sobre igualdad, poner de presente que en efecto la Corte constata un cúmulo sustancial de disimilitudes entre aquellas y ésta, sobre todo en torno al margen mucho mayor de configuración estatutaria que se concede legislativamente a los accionistas de la SAS. La verificación de estas diferencias sustanciales permite llegar a una

primera conclusión: en contra de lo planteado por el actor, el régimen establecido en el artículo 194 del Código de Comercio no necesariamente se hace extensible a las SAS. Será necesario indagar ahora si existe algún rasgo puntual común, que por encima de las anotadas diferencias, justifique que dicho régimen procedural se extienda a la figura de las SAS, como lo pretende el demandante.

Como la impugnación de decisiones de asamblea se refiere principalmente al cumplimiento de las prescripciones legales o a los estatutos (Art. 191, C. de Co.), es necesario ahora examinar si en el punto específico del funcionamiento de las asambleas existen similitudes que, a pesar de las diferencias sustanciales de carácter general evidenciadas en el acápite anterior, harían injustificable el tratamiento procesal diferenciado que el actor reprocha. Si la semejanza es ostensible, será necesario concluir que a los accionistas de las SAS debe aplicárseles un régimen igual para dirimir los conflictos derivados de las decisiones societarias a aquel que rige para las sociedades tradicionales. Pero si la Corte encuentra que existen diferencias sustanciales entre el tipo de normas contenidas en el Código de Comercio relativas al funcionamiento de las asambleas frente a las normas análogas predicables de las SAS, puede eventualmente llegarse a la conclusión de que el trato diferenciado se justifica en tanto se trata de situaciones marcadamente distintas. Para este análisis se seguirá el mismo orden que siguió la Corte en la sentencia C- 378/08, y que le permitió concluir la exequibilidad de la prohibición de acudir a arbitramento para tramitar las impugnaciones de las decisiones de la asamblea.

**Periodicidad de las Reuniones:** Según lo establecido en la sección pertinente del Código de Comercio, los socios se reúnen en junta de socios o asamblea general ordinaria una vez al año, por lo menos, en la época señalada en los estatutos y se congregarán en forma extraordinaria cuando sean citados por los administradores, por el revisor fiscal o por la entidad oficial que ejerza el control permanente sobre la sociedad (Art. 181, C. de Co).

Para el caso de las SAS, no está previsto que la Asamblea de Accionistas deba reunirse con una periodicidad preestablecida legalmente, y tal asunto, igual que el régimen de convocatorias, se defiere a los estatutos de la sociedad (Art. 17 y 20, Ley 1258 de 2008). Sólo en caso de que los estatutos no dispongan algo al respecto, se aplicará una disposición supletiva contenida en el artículo 20 de la Ley 1258.

Funciones: Para las sociedades reguladas en el Código de Comercio, se prevé que en las reuniones ordinarias o extraordinarias, la junta o asamblea de socios cumple las siguientes funciones generales, sin perjuicio de las especiales propias de cada tipo de sociedad: (i) estudiar y aprobar las formas de los estatutos; (ii) examinar, aprobar o improbar los balances de fin de ejercicio y las cuentas que deban rendir los administradores; (iii) disponer de las utilidades sociales conforme al contrato y a las leyes; (iv) hacer las elecciones que corresponda, según los estatutos o las leyes, fijar las asignaciones a las personas así elegidas y removerlas libremente; (v) considerar los informes de los administradores o del representante legal sobre el estado de los negocios sociales, y el informe del revisor fiscal, en su caso; (vi) adoptar, en general, todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados; (vii) constituir las reservas ocasionales y (viii) las demás que les señalen los estatutos o las leyes (artículo 187, C de Co.).

En el caso de las SAS, las funciones de la asamblea de accionistas serán las que se determinen en “estipulación estatutaria” y sólo a falta de esta, se entenderá que las funciones de la asamblea son las definidas en el artículo 420 del Código de Comercio para las asambleas de accionistas de las sociedades anónimas.

Obligatoriedad de las decisiones: Se dispone en el Código de Comercio que las decisiones adoptadas por la junta de socios o la asamblea general, con el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, obligarán a todos los socios, aún a los ausentes o disidentes, siempre que tengan carácter general y que se ajusten a las leyes y a los estatutos (Art. 188, C. de Co.).

En la ley 1258 de 2008 no se establece una regla de rango legal sobre la obligatoriedad de las decisiones en las SAS.

Regímenes diferenciados: Dice el artículo 188 del Código de Comercio que el carácter general de las decisiones se entenderá sin perjuicio de los privilegios pactados con sujeción a las leyes y a los estatutos.

Respecto de las SAS, el artículo 10 de la Ley 1258 establece que en los estatutos podrán crearse diversas clases y series de acciones, “incluidas las siguientes, según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas: (i) acciones privilegiadas; (ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; (iii) acciones con dividendo fijo

anual y (iv) acciones de pago. Al dorso de los títulos de acciones, constarán los derechos inherentes a ellas". Los estatutos expresarán los derechos de votación que le correspondan a cada clase de acciones. Asimismo, la Ley 1258 consagra un régimen sobre los acuerdos de accionistas, que pueden versar sobre cualquier asunto lícito, incluyendo el ejercicio del derecho al voto. Si se cumplen los requisitos de depósito del acuerdo de accionistas allí establecidos, el presidente de la asamblea está obligado a no computar los votos proferidos en contravención del mismo.

**Lugar y modalidades de las reuniones:** Para las sociedades reguladas en el Código de Comercio, se establece que las reuniones de las asambleas deben realizarse en el lugar del domicilio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocatoria y quórum (Art. 186, C de Co.).

El artículo 18 de la Ley 1258 de 2008 establece en cambio que la asamblea de accionistas de la SAS podrá reunirse en el domicilio principal o fuera de él, y establece unas reglas meramente supletorias ("salvo estipulación estatutaria en contrario") sobre los términos de la convocatoria. Se consagra el derecho de los accionistas a renunciar a ser convocados (Arts. 18 y 21). Se admite, además, la posibilidad de celebrar reuniones por comunicación simultánea o sucesiva y por consentimiento escrito.

**Reglas para la toma de decisiones:** Salvo los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial, las reuniones de socios de las sociedades reguladas en el Código de Comercio se celebrarán de conformidad con las reglas consagradas en los artículos 427 y 429 del dicho Código.

El texto del artículo 427 del Código de Comercio corresponde hoy al artículo 68 de la Ley 222 de 1995 y es el siguiente: "La asamblea deliberará con un número plural de socios que represente, por lo menos, la mitad más una de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se pacte un quórum inferior. Con excepción de las mayorías decisorias señaladas en los artículos 155, 420 numeral 5º y 455 del Código de Comercio, las decisiones se tomarán por mayoría de los votos presentes. En los estatutos de las sociedades que no negocien sus acciones en el mercado público de valores, podrá pactarse un quórum diferente o mayorías superiores a las indicadas". (Los artículos 155, 420 numeral 5º y 455 del Código de Comercio, se refieren, respectivamente, al porcentaje de votos favorables requeridos para

aprobar la distribución de utilidades -78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión-; a los votos favorables requeridos para poder disponer que determinada emisión de acciones ordinarias sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia -no menos del setenta por ciento de las acciones presentes en la reunión-; y, finalmente, a la votación requerida para disponer que el dividendo se pague en forma de acciones liberadas de la misma sociedad -80% de las acciones representadas-).

El artículo 429 del Código de Comercio, por su parte, fue modificado por el artículo 69 de la Ley 222 de 1995, y su texto es el siguiente: “ARTICULO 429. Si se convoca la asamblea y ésta no se lleva a cabo por falta de quórum, se citará a una nueva reunión que sesionará y decidirá válidamente con un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que es representada. La nueva reunión deberá efectuarse no antes de los diez días ni después de los treinta, contados desde la fecha fijada para la primera reunión.

Cuando la asamblea se reúna en sesión ordinaria por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, también podrá deliberar y decidir válidamente en los términos del inciso anterior. En las sociedades que negocien sus acciones en el mercado público de valores, en las reuniones de segunda convocatoria la asamblea sesionará y decidirá válidamente con uno o varios socios, cualquiera sea el número de acciones representadas”.

Para el caso de las SAS (Art. 22, Ley 1258 de 2008), se establece simplemente que, salvo estipulación en contrario, la asamblea deliberará con uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones suscritas y que las determinaciones se adoptarán mediante el voto favorable de un número singular o plural de accionistas que represente cuando menos la mitad más una de las acciones presentes, salvo que en los estatutos se prevea una mayoría decisoria superior para algunas o todas las decisiones. En las SAS con accionista único las determinaciones que le correspondan a la asamblea serán adoptadas por aquel, de lo cual se dejará constancia en actas debidamente asentadas en el libro correspondiente de la sociedad. Sin embargo, el artículo 41 de la Ley 1258 establece cuatro eventos en los que se exige unanimidad en la Asamblea: (i) prohibir en los estatutos la negociación de acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases; (ii) el sometimiento, en los estatutos, de toda negociación de acciones o de alguna clase de ellas a la autorización previa de la asamblea; (iii) la definición de las causales de exclusión de accionistas en los estatutos, y (iv) la inclusión del pacto arbitral y/o de amigable composición

en los estatutos.

Efectos de las decisiones: El artículo 190 del Código de Comercio establece, de una parte, que las decisiones de la Asamblea o Junta de Socios serán ineficaces, cuando se toman en contravía de lo dispuesto por el artículo 186 de la misma codificación (reglas sobre convocatoria, quórum y mayoría decisoria). Determina, de igual forma, que aquellas decisiones adoptadas “sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas”. Ordena, por último, que aquellas decisiones “que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes”.

En las SAS, por su parte, los artículos 42 y 43 de la Ley 1258 de 2008, establecen el procedimiento para declarar la nulidad de los actos defraudatorios, y de las determinaciones tomadas con abuso del derecho, tanto si ese abuso es de mayoría, de minoría o de paridad.

Impugnación de decisiones: Existen diferencias en el régimen de impugnación de decisiones de las asambleas, que es precisamente la materia de la presente sentencia de inconstitucionalidad. En las sociedades reguladas en el Código de Comercio, la impugnación de tales decisiones será de conocimiento de los jueces, aun si se ha pactado cláusula compromisoria, mientras que en la SAS, tal asunto puede ser materia de decisión arbitral o de amigable composición, si así lo permiten los estatutos.

Prohibiciones: A las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio les aplican ciertas prohibiciones, no susceptibles de pacto en contrario, relativas, por ejemplo, al porcentaje mínimo de las utilidades líquidas que se debe distribuir; al número máximo de juntas directivas a las que una persona puede pertenecer; a la imposibilidad para los administradores de adquirir o enajenar acciones de la sociedad; a las incompatibilidades de los miembros de la junta por parentesco; al máximo monto posible de las reservas legales, estatutarias u ocasionales, entre muchas otras.

Por mandato expreso del artículo 38 de la Ley 1258 de 2008, este tipo de prohibiciones no aplican a las SAS, a menos que se pacten en los estatutos.

De este rápido y somero repaso a las diferencias y semejanzas entre las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio y las SAS, en lo que hace al punto específico del régimen de asambleas, la Corte concluye que, si bien existen algunas similitudes básicas, pues al fin y al cabo se trata en ambos casos de sociedades comerciales, las diferencias son de tal magnitud y naturaleza, que no es posible afirmar, como la hace la demanda, que necesariamente el régimen de impugnación de las decisiones societarias debe ser igual para ambos grupos de sociedades. En primer lugar, se encuentra que muchos temas que están regulados imperativamente en el Código de Comercio, aparecen deferidos a decisión estatutaria en la SAS. En segundo lugar, existe un complejo régimen de mayorías decisorias en el Código, que impone diversidad de porcentajes favorables para ciertas decisiones societarias; esa complejidad no se percibe en la SAS, a menos que los accionistas la acuerden estatutariamente. Pero, al mismo tiempo, la SAS contempla unas exigencias aún mayores en términos de número de votos para ciertas decisiones, que sólo serán validas si la decisión es unánime. La Corte, en conclusión, constata que no existe una igualdad o semejanza de principio evidente entre el régimen aplicable a un grupo y a otro, y por ello le es en principio válido al legislador regular de manera diferente el camino procesal para dirimir los conflictos en uno y otro caso.

5.2.3 Diferencias entre las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio y las SAS, en relación con el procedimiento para incorporar la cláusula compromisoria en los estatutos

El actor considera que es inconstitucional, por discriminatorio, el hecho de que los accionistas de las SAS, si así se pacta en los estatutos, deban someter la impugnación de las determinaciones de asamblea a decisión arbitral, mientras que los socios de otro tipo de sociedades comerciales sí pueden acudir ante los jueces para esos efectos, aunque se haya pactado cláusula compromisoria. Dado el contenido del cargo, adquiere relevancia examinar, en cada una de las dos categorías sometidas a esta comparación constitucional, la regulación relacionada con la forma de incorporar la cláusula compromisoria en los estatutos. La Corte encuentra que el régimen señalado para los dos grupos contiene un elemento diferenciador fundamental, ya mencionado en el acápite 4, que se suma a los dos argumentos anteriores para enervar la prosperidad del cargo.

En el régimen de las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio no se

estipula una mayoría calificada o un requisito agravado para incorporar en los estatutos la cláusula compromisoria. Esto permite que una mayoría coyuntural o precaria, en perjuicio de los demás socios, pueda pactarla, incluirla en los estatutos, y hacerla obligatoria para todos los socios. De ahí que la Corte, en la sentencia C-378/08, haya considerado que la cautela introducida por el legislador en el artículo 194 del Código de Comercio, para que la impugnación de las decisiones de asamblea o junta de socios se tramite ante los jueces, aun si hay cláusula compromisoria, es constitucionalmente válida.

En cambio, para las SAS el legislador previó una cautela igualmente eficaz, pero distinta. En el artículo 41 de la Ley 1258 se estableció que la cláusula compromisoria sólo puede ser incluida o modificada en los estatutos mediante la determinación de los titulares del ciento por ciento de las acciones suscritas. De esta manera, si hay un solo titular, por pequeña que sea su participación, que no quiere incluir la cláusula compromisoria en los estatutos, ésta no podrá ser incluida. Y como el artículo 40 prevé que se acudirá a decisión arbitral sólo si así se pacta en los estatutos, los cuales reflejarán la voluntad de los accionistas, no existe riesgo alguno de que se acuda a decisión arbitral en contra de la voluntad de alguno de ellos. Por su parte, las personas con ánimo de vincularse a la SAS con posterioridad a la aprobación del documento privado en el que constan los estatutos, habrán de evaluar con detenimiento si la existencia de cláusula compromisoria en ellos es razón suficiente para abstenerse de entrar a la sociedad, o si lo consideran componente positivo de los mismos, o si les es un elemento indiferente. En cualquier caso, existe el elemento de voluntariedad que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido como inherente a la justicia arbitral. Esta posibilidad de expresar la voluntad habilitante no existe en el régimen del Código de Comercio, y ello introduce una diferencia sustancial entre las dos categorías societarias que justifica la diferenciación de trato procesal.

La diferencia en el proceso de incorporación de la cláusula compromisoria en los estatutos -diferencia que se corresponde con la muy distinta naturaleza y filosofía de las SAS en comparación con las demás sociedades comerciales-, plantea también una diferencia en el grado de protección a los accionistas, que justifica constitucionalmente la diferencia de trato.

#### 5.2.4 Diferencias en el contexto normativo.

Como se explicó detenidamente al examinar otro de los cargos, se introdujo recientemente un importante cambio normativo, de rango estatutario, que impone a la Corte un parámetro de comparación adicional. Cuando este Tribunal examinó la constitucionalidad del artículo 194 del Código de Comercio, no se había expedido la Ley Estatutaria 1285 de 2009, que modificó en aspectos sustanciales los requisitos de arbitrabilidad material, esto es, los límites a la competencia de la justicia arbitral. Ahora, al examinar la constitucionalidad del fragmento demandado del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008, la entrada en vigor de una nueva regla estatutaria pertinente a la materia examinada, marca otro elemento diferenciador entre el régimen del Código de Comercio y el régimen de la SAS, en lo que toca con la posibilidad de acudir para ciertos efectos al arbitramento y, por tanto, acentúa las diferencias entre las dos categorías que el demandante equipara.

### 5.3 Conclusiones respecto del cargo por violación al principio de igualdad.

En resumen, el cargo según el cual el trato diferenciado para efectos de la jurisdicción que ha de conocer de las impugnaciones de las determinaciones de la asamblea entre las SAS y las demás categorías societarias viola el principio de igualdad, está llamado a no prosperar por las siguientes cuatro razones:

Existe una diferencia marcada entre el régimen de las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio y las SAS. Puede afirmarse que éstas últimas responden a un paradigma conceptual totalmente distinto inspirado en la flexibilidad, el énfasis en la voluntad de los accionistas para darse sus reglas de funcionamiento, la agilidad en los procedimientos, y la deferencia a las decisiones estatutarias en preferencia a las previsiones legales. Esta notoria diferencia conceptual, que en lugar de minar, enriquece el menú de opciones societarias posibles para los comerciantes colombianos, justifica un trato diferenciado en materia de régimen de solución de conflictos societarios. El arbitramento, en caso de que estatutariamente se pacte, luce como una alternativa lógica y natural para la solución de los conflictos societarios, incluyendo el que tiene que ver con la impugnación de las determinaciones de la asamblea.

Esta diferencia es particularmente clara en el punto específico del régimen de las asambleas. En términos generales la Corte detecta que dicho régimen es mucho menos reglado y más

dependiente de la voluntad estatutaria en el caso de las SAS que en el caso de las sociedades comerciales tradicionales, inspiradas en una visión más protecciónista de los accionistas. En algunos puntos específicos, sin embargo, las exigencias para las SAS son particularmente rigurosas, como en aquellos temas en los que se exige unanimidad. Para efectos del cargo por violación al principio de igualdad, lo que es necesario señalar es que, en relación con el tema específico del funcionamiento de las asambleas, son de tal magnitud las diferencias, que el trato procesal diferenciado para dirimir los conflictos que de ellas surjan está, en principio, justificado.

Los requisitos para incorporar la cláusula compromisoria en los estatutos sociales son diferentes entre las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio, frente a las SAS. En aquellas, se puede incorporar con las reglas ordinarias de mayorías; en éstas, se ordena el requisito más exigente posible, que es el de la unanimidad. Esto garantiza que la incorporación de la cláusula esté siempre precedida del elemento de voluntariedad predicable de todos los accionistas, sin la cual no podría acudirse a la justicia arbitral. Para efectos del análisis del cargo, incorpora otro elemento diferenciador entre los dos grupos de sociedades, que por si sólo sería suficiente para desestimarla.

El fragmento aquí demandado se ubica en un contexto normativo distinto al que se tuvo en cuenta al examinar la constitucionalidad del artículo 194 del Código de Comercio, por virtud de la reciente expedición de la Ley Estatutaria 1285 de 2009.. Esta modificación legislativa ocurrió con posterioridad a la expedición de la sentencia que declaró exequible el artículo 194 del Código de Comercio, y por tanto, no podía ser tenida en cuenta en su momento por la Corte. La nueva disposición estatutaria introduce parámetros de control de constitucionalidad adicionales, que sumados a los anteriores argumentos, impiden que el cargo por violación al principio de igualdad prospere.

La Corte encuentra, en conclusión, que estas cuatro razones indican que entre las sociedades reguladas en el Código de Comercio y las SAS hay un cúmulo de diferencias estructurales, regulatorias, normativas, funcionales y estatutarias de tal magnitud, que las convierte en sujetos jurídicos respecto de los cuales, al menos en lo que toca al proceso para dirimir disputas societarias, cabe un trato diferenciado.

El cargo por violación al principio de igualdad, por una posible diferencia injustificada de trato

entre los accionistas de las sociedades reguladas en el Código de Comercio, por una parte, y los accionistas de las SAS, por la otra, en cuanto a la posibilidad de acudir a decisión arbitral para tramitar la impugnación de decisiones de la asamblea de accionistas, no prospera.

## 6. Conclusiones.

6.1 La disposición acusada no vulnera el debido proceso constitucional, toda vez que el legislador no ha desconocido los límites competenciales consagrados en la Carta respecto de la justicia arbitral.

6.2 La disposición acusada tampoco vulnera el derecho de acceso a la justicia toda vez que el proceso arbitral está reconocido constitucionalmente como un mecanismo válido para ejercer jurisdicción, siempre y cuando a él se acuda, no por obligación legal, sino por habilitación voluntaria de las partes. El fragmento atacado autoriza el acceso a la justicia arbitral siempre y cuando así se haya pactado en los estatutos sociales de la respectiva SAS, y dado que se exige unanimidad para que la cláusula arbitral quede incorporada en ellos, todos los accionistas, minoritarios o mayoritarios, originarios o nuevos, habrán expresado, en ese consentimiento estatutario, la voluntad habilitante que exige la Carta.

6.3 La disposición contenida en el artículo 40 de la Ley 1258 de 2008 que permite que la impugnación de determinaciones de asamblea de la sociedad por acciones simplificada (SAS) se someta a decisión arbitral no vulnera el principio de igualdad, en la medida en que las SAS tiene propósitos, estructura, finalidades, regulación y forma de constitución sustancialmente distinta a las de las sociedades reguladas por el Código de Comercio y por lo tanto es válido que, dentro del amplio margen de configuración que la Constitución le otorga en materia de procedimientos judiciales, el legislador haya dispuesto un procedimiento diferente entre aquellas y éstas. Esa diferencia es particularmente evidente en el régimen de funcionamiento de las respectivas asambleas de accionistas, lo que permite que para dirimir las diferencias respecto de ese punto específico, pueda el legislador consagrar procedimientos distintos. Más aun si se tiene en cuenta que en el caso de la SAS, la decisión de incluir la cláusula compromisoria en los estatutos exige unanimidad en los accionistas, requisito que no se exige en el caso de las sociedades reguladas en el Código de Comercio.

## III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero-. Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, la expresión “incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales” contenida en el artículo 40 de la Ley 1258 de 2008.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con Aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-014 DE 2010 DEL MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Referencia.: expediente: D-7784

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40 (parcial) de la Ley 1258 de 2008

Magistrado Ponente:

Con el debido respeto por las decisiones de esta Corte, me permito aclarar mi voto a esta sentencia, mediante la cual se decide declarar exequible, por los cargos analizados, la expresión “incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales”, contenida en el artículo 40 de la Ley 1258 de 2008, aclaración que baso en las siguientes razones:

En primer lugar, considero conveniente reiterar que el principio general estriba en que la competencia legal para la resolución de los conflictos de las sociedades comerciales e impugnaciones de las asambleas y juntas directivas de estas sociedades, radica en la justicia ordinaria, y por tanto estos asuntos deben ser conocidos y resueltos por los jueces de la república, de conformidad con el artículo 116 Superior. Por consiguiente, la regla general de

competencia no puede ser que estos asuntos sean conocidos y fallados por los tribunales de arbitramento o la superintendencia de sociedades, lo cual debe ser una excepción. Así mismo, es procedente reiterar que los tribunales de arbitramento son de carácter temporal y excepcional, y no puede invertirse la regla general convirtiéndola en excepcional y transitoria, y lo excepcional en general y permanente.

Por lo anterior, es pertinente manifestar nuestra discrepancia frente a la relativa profundización de la tendencia a convertir las entidades administrativas, tales como la Superintendencia de Sociedades, y la justicia por particulares, a través de los tribunales de arbitramento, en la regla general de competencia para la resolución de conflictos, en contravía de la regla general de competencia que la radica en cabeza de los jueces de la república.

En segundo lugar, considero conveniente aclarar que esta sentencia implica un cambio de la jurisprudencia de la Corte, sentada en sentencias C-378 de 2008 y SU 174 de 2007, en cuanto al carácter transigible de los asuntos que pueden someterse a tribunal de arbitramento, lo cual se explica por la modificación que sufrió el artículo 13 de la Ley Estatutaria de la Justicia, por la Ley 1285 de 2009, en la cual no se exige la transigibilidad de los asuntos.

En tercer lugar, considero que esta sentencia apareja igualmente un cambio de la jurisprudencia de la Corte, en cuanto a la aplicación del artículo 194 del Código de Comercio a las impugnaciones de las asambleas y juntas directivas de las sociedades comerciales, las cuales deben conocer los jueces, así se pacte cláusula compromisoria.

Con fundamento en lo anterior, aclaro mi voto a esta providencia judicial.

Fecha ut supra.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

2 Constitución Política, Artículo 1º : “Colombia es un estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

3 Constitución Política, Artículo 13. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

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

4 Constitución Política, Artículo 29: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

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

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

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

5 Constitución Política, Artículo 228: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”. Constitución Política, Artículo 229: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.”

6 El concepto de la Academia Colombiana de Jurisprudencia está suscrito por Álvaro Barrero Buitrago.

7 El concepto de la Universidad del Rosario está suscrito por Edgar Iván León Robayo y Yira López Castro.

8 La intervención de la ANDI está suscrita por Luís Carlos Villegas Echeverry.

9 El concepto del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo está suscrito por Camilo Alfonso Herrera Urrego.

10 El concepto de la Superintendencia de Sociedades está suscrito por Fernando José Ortega Galindo.

11 La intervención de la Pontificia Universidad Javeriana está firmada por Francisco Reyes Villamizar.

12 El concepto de la Universidad Externado de Colombia está suscrito por Saúl Sotomonte Sotomonte.

13 Concepto No. 4831 del 13 de agosto de 2009

14 Sentencia C-1052/01

15 Sentencias C-913/04, C-715/06, C-264/08, entre otras.

16 C-707/05: “Al respecto cabe afirmar que los accionistas minoritarios de una sociedad no son sujetos de especial protección constitucional. En efecto, los sujetos de especial protección constitucional, como los menores, la madres cabeza de familia o los

discapacitados, son aquellos que pertenecen a un sector de la población que, por cuestiones que escapan a su control, se encuentran en circunstancias objetivas de marginalidad o debilidad manifiesta a la hora de satisfacer ciertos derechos fundamentales. (...) Nada comparable con quien ha decidido voluntariamente ser accionista de una sociedad comercial."

17 C-1052/01

19 C-893/01

20 Esta disposición de la Ley 446, compilada luego en el Decreto 1818 de 1998, ha sido objeto de dos pronunciamientos de la Corte Constitucional. En la C-672 de 1999, se consideró que tal delimitación material de la competencia de la justicia arbitral podía hacerse en ley ordinaria, pues no constituía asunto reservado al legislador estatutario; y en la Sentencia C-098/01, se consideró que la disposición no violaba el artículo 116 de la Constitución, pues al legislador le es dable imponer límites materiales a los asuntos susceptibles de arbitramento.

21 Dijo la Corte: "...4.- (...) Sin embargo, para armonizar la naturaleza voluntaria del arbitraje con sus implicaciones como institución de orden procesal, cuando las partes -particulares- deciden fijar autónomamente las reglas de procedimiento (arbitraje institucional o independiente), es necesario condicionar la exequibilidad de la norma en el entendido de que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales. De lo contrario, podría suponerse que el Congreso ha renunciado a la atribución constitucional de regular la materia, cuando, como ya ha sido explicado, el artículo 116 de la Constitución advierte los árbitros sólo podrán administrar justicia "en los términos que fije la ley".

22 Explicó la Corte: "Escapan, por el contrario, a la autonomía de la voluntad, las obligaciones amparadas por "las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres", de conformidad con el artículo 16 del mismo Código Civil. // Lo dispuesto por los artículos 15 y 16 del Código Civil explica por qué el artículo 10. del decreto 2279 de 1989, establece: "Podrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir o vinculadas con uno o varios fideicomisos mercantiles. El arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico".

Esto excluye del pacto arbitral, que según el artículo 20. del mismo decreto comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, todas aquellas controversias que versen sobre cuestiones no susceptibles de transacción, o entre incapaces. Conviene tener presente que, según el artículo 2470 del Código Civil “No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”. Y que, de conformidad con el 2473 del mismo Código, “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas”. // En virtud de todas estas normas, están, pues, excluidas del arbitramento cuestiones tales como las relativas al estado civil, o las que tengan que ver con derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer”.

23 Se dijo en esta providencia: “El arbitramento es excepcional. La habilitación de particulares para solucionar conflictos por medio del arbitramento cuenta también con claras limitaciones materiales, pues no todo problema jurídico puede ser objeto de un laudo. El legislador ha sido consciente de que la equiparación funcional que se hace entre los funcionarios del Estado y ciertos ciudadanos, temporalmente investidos de poder jurisdiccional, no puede extenderse a todas las materias, pues es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas. // Principios como el de la seguridad jurídica hacen necesario que ciertos asuntos sean ventilados a través de la jurisdicción ordinaria, pues se trata de eventos que se relacionan con la garantía de derechos constitucionales fundamentales, con el reconocimiento de facultades legalmente reconocidas a favor de ciertos ciudadanos -v.g. derechos mínimos de los trabajadores-, o con el ejercicio del control estatal sobre ciertas circunstancias jurídicamente relevantes como “la fijación del estado civil, las cuestiones que tengan que ver con derechos de incapaces o derechos sobre los cuales la ley prohíbe a su titular disponer””.

24 Dijo la Corte en esta oportunidad: “De otra parte, es claro que todas las obligaciones civiles, en general, dan derecho a exigir su cumplimiento. Precisamente ésta es su definición legal, pues, según el artículo 1527 del Código Civil, las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas. // Y el juicio ejecutivo es, precisamente, el medio para conseguir el cumplimiento de las obligaciones civiles, cuando se reúnen los requisitos establecidos por la ley procesal. Obligaciones exigibles en el proceso

ejecutivo, que no han sido excluídas del proceso arbitral ni del mecanismo de la conciliación, por el artículo 116 de la Constitución, ni por ningún otro. // A lo cual habría que agregar que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse ejecutivamente, son de contenido económico. Esas obligaciones están gobernadas por el principio de la autonomía de la voluntad".

25 Lo hasta aquí dicho, por lo demás, en nada altera o modifica la vigencia y la constitucionalidad del artículo 194 del Código de Comercio, que está vigente y cuyo contenido, en sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, fue avalado por la Corte Constitucional, como se verá en el análisis del cargo de violación del artículo 13 CP (Punto 5 de considerandos).

26 C-713/08

27 C-330/00

28 C-098/01

29 C-378/08

30 C-431/95

31 C-1436/00

32 C-242/97

33 C-294/05

34 C-330/00

35 C-242/97

36 C-1140/00

37 C-060/01

38 C-1038/02

39 C-211/00

40 C-330/00

41 C-707/05: "Al respecto cabe afirmar que los accionistas minoritarios de una sociedad no son sujetos de especial protección constitucional. En efecto, los sujetos de especial protección constitucional, como los menores, la madres cabeza de familia o los discapacitados, son aquellos que pertenecen a un sector de la población que, por cuestiones que escapan a su control, se encuentran en circunstancias objetivas de marginalidad o debilidad manifiesta a la hora de satisfacer ciertos derechos fundamentales. (...) Nada comparable con quien ha decidido voluntariamente ser accionista de una sociedad comercial.

42 C-431/95, C-242/97, C-330/00, C-1436/00, C-098/01, SU-174/07.

43 ARTÍCULO 194. ACCIONES DE IMPUGNACIÓN INTERPOSICIÓN Y TRÁMITE. Las acciones de impugnación previstas en este Capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria, y se tramitarán como se dispone en este mismo Código y, en su defecto, en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil para los procesos abreviados.

44 Corte Constitucional. Sentencias C-1104 de 2001 y C-1512 de 2000.

45 Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 2002.

46 En sentencias como la C-110/94, C-399/99 y C-865/04, entre otras, se han desarrollado los alcances del derecho constitucional de asociación en materia comercial.

47 Ponencia para primer debate al proyecto de ley 39/07 Senado. Gaceta 391 de 2007, 16 de agosto de 2007