

Sentencia C-347/97

ARBITRAJE INTERNACIONAL-Domicilio en Colombia

Es claro que aun teniendo todas las partes en conflicto el mismo domicilio, y estando éste en Colombia, puede existir un elemento extranjero. Basta pensar en la posibilidad de que en el conflicto sea parte una persona extranjera que tenga su domicilio en Colombia. Todo se reduce a no perder de vista la diferencia entre los conceptos de nacionalidad y domicilio. Es posible jurídicamente el sometimiento de las diferencias a un tribunal arbitral internacional, sin quebrantar la ley ni la Constitución de Colombia. Por consiguiente, se declarará la exequibilidad de la disposición acusada, siempre y cuando ella se aplique cuando al menos una de las partes sea extranjera. El fallo que dicten los árbitros no puede ser contrario a la Constitución, ni a ninguna norma de orden público.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE ARBITRAMENTO-Laudo debe someterse al procedimiento del exequatur

El laudo que profiera el tribunal internacional debe someterse al procedimiento del exequatur, procedimiento que garantiza el respeto al ordenamiento jurídico nacional. Porque si bien pueden los árbitros aplicar una legislación extranjera, no podrán quebrantar normas de orden público vigentes en Colombia, excepto las de procedimiento.

ARBITRAJE INTERNACIONAL-Controversias civiles

Al arbitraje internacional pueden someterse también controversias civiles, siempre y cuando ellas se refieran a derechos sobre los cuales tengan las partes facultad de disponer y que sean susceptibles, por lo mismo, de transacción. El arbitramento, tanto el nacional como el internacional, tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad, como lo reconoce expresamente la Constitución. Si los árbitros pueden ser facultados por las partes para fallar en conciencia, o en equidad como dice la Constitución, bien puede la ley prever que esas mismas partes sometan sus diferencias a un tribunal arbitral internacional, en los términos que la misma ley señale.

## TRIBUNAL ARBITRAL INTERNACIONAL-Necesidad de elemento extranjero

Si el contrato se celebra “con persona nacional”, no hay en él, ni en la controversia que de él surja, un elemento extranjero. Por lo mismo, no se ve cómo puedan las partes someter sus diferencias a un tribunal arbitral internacional. So pretexto de reconocer la autonomía de la voluntad, no puede permitirse el que las partes, en un contrato estatal, hagan a un lado la legislación nacional y se sometan a una extranjera, sin que exista en la controversia un solo elemento extranjero.

Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 1º (parcial) y 4º (parcial) de la ley 315 de 1996 “Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones”

Demandante: Juan Pablo Cárdenas Mejía.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ARANGO MEJÍA

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, según consta en acta número treinta y tres (33) de la Sala Plena, a los veintitrés (23) días del mes de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

### I. ANTECEDENTES.

El ciudadano Juan Pablo Cárdenas Mejía, en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6, y 241, numeral 4, de la Constitución, presentó ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad, en contra de los artículos 1º (parcial) y 4º (parcial) de la ley 315 de 1996.

Por auto del catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997), el Magistrado sustanciador admitió la demanda, ordenó la fijación en lista, para asegurar la intervención ciudadana. Así mismo, dispuso comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente del Congreso de la República. Igualmente, dio traslado de la demanda al señor Procurador General de la Nación, para que rindiera el concepto de rigor.

Cumplidos los requisitos exigidos por el decreto 2067 de 1991 y recibido el concepto del

señor Procurador General de la Nación, entra la Corte a decidir.

A. Normas demandadas.

El siguiente es el texto de las normas acusadas, con la advertencia de que se subraya lo acusado.

“Ley Número 315 de 1996

(Septiembre 12)

“Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones”

“El Congreso de Colombia

DECRETA:

“Artículo 1º- Criterios determinantes: Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos:

“1. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en estados diferentes.

“2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situada fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.

“3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiera pactado tal eventualidad en el pacto arbitral.

“4. Cuando el asunto objeto del pacto arbitral, vincule claramente los intereses de dos o más Estados y las partes así lo hayan convenido expresamente.

“5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

“PARÁGRAFO.- En el evento de que aun existiendo pacto arbitral alguna de las partes decida

demandar su pretensión ante la justicia ordinaria, la parte demandada podrá proponer la excepción de falta de jurisdicción con sólo acreditar la existencia del pacto arbitral.

“ ...

“Artículo 4º- El último inciso del artículo 70 de la Ley 80 de 1993 quedará así:

“En los contratos con personas extranjeras, como también en aquellos con persona nacional, y en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración (sic) de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal arbitral internacional.”

#### A. La demanda.

La ley de la que hacen parte las normas acusadas, establece los criterios que se deben tener en cuenta para la constitución de un tribunal de arbitramento de carácter internacional. Si se analiza cada uno de los casos previstos, a excepción del demandado, en ellos hay un elemento objetivo que involucra la aplicación de dos o más leyes de distintos Estados, hecho que hace necesario que las partes acuerden la ley sustancial que habrá de aplicarse en caso de conflicto.

Dentro de este contexto, las normas acusadas desconocen los artículos 4º; 6º y 95 de la Constitución, que establecen el deber de nacionales y extranjeros de acatar la Constitución y las leyes, pues permiten que las partes en una relación contractual, sin ningún elemento que permita presumir que ella es de carácter internacional, puedan pactar el arbitraje de esta naturaleza, y por ende, la ley sustancial que se aplicará en caso de que se produzca una controversia, sustrayéndose así al deber constitucional de cumplir con la legislación colombiana.

Sólo las controversias que involucren la aplicación de leyes de distintos Estados, son susceptibles de ser resueltas por un tribunal arbitral de carácter internacional, pero no aquellas donde la voluntad de las partes es la que determina la aplicación de una determinada ley internacional, sin existir razón objetiva para ello. Esto, además, desconoce

el derecho a la igualdad, pues sólo aquellos que tienen los medios para asumir los costos de un tribunal de esta naturaleza, podrán pactar su conformación.

El artículo 4º es inconstitucional, además, porque la contratación en donde el Estado es parte, debe sujetarse al principio de legalidad. Por tanto, no puede existir un contrato del Estado con un nacional al que no pueda aplicársele el estatuto general de contratación, por el sólo hecho de pactarse la cláusula de arbitramento de carácter internacional.

Mientras no exista un elemento en la relación contractual que permita inferir que se está en presencia de un conflicto que involucra la aplicación de leyes de dos o más Estados, las partes están obligadas a solucionar sus diferencias según la ley interna. Por esta razón, el aparte acusado del artículo 4º desconoce, además, el artículo 150, numeral 25 de la Constitución, pues es el Congreso, y no las partes, el que establece las normas que han de regir la contratación estatal.

El artículo 4º acusado, sería constitucional, en la medida en que se interprete que la cláusula arbitral de carácter internacional sólo puede pactarse cuando el contrato se va a ejecutar en el exterior, o si se cumple con alguno de los criterios que se señalan en el artículo 1º de la ley acusada, o si se prevé financiación a largo plazo por entidades de carácter internacional. Así mismo, sería constitucional pactar la constitución del tribunal internacional, pero sin que las partes puedan escoger la ley sustancial que habrá de aplicarse.

#### C. Intervención ciudadana.

En el término constitucional establecido para intervenir en la defensa o impugnación de las normas parcialmente acusadas, no se presentó escrito alguno.

#### D. Concepto del Procurador General de la Nación.

El tres (3) de marzo de 1997, el Procurador General de la Nación, doctor Jaime Bernal Cuellar, rindió el concepto de rigor, en el que pide declarar EXEQUIBLES los apartes acusados de los artículos 1º y 4º de la ley 315 de 1996.

Para el Ministerio Público, las normas acusadas deben ser analizadas bajo el esquema e

importancia que la Constitución de 1991 otorgó a las relaciones internacionales. Así, dentro del contexto de su globalización, los mecanismos para la solución de conflictos juegan un papel primordial, donde el arbitramento es considerado como un instrumento ágil y efectivo para la solución de las disputas surgidas en el marco de estas relaciones.

Dentro de este contexto, las normas que rigen el arbitramento, deben tener como pilar fundamental la autonomía de las partes para someter sus diferencias a la solución de un árbitro y escoger la ley sustancial que habrá de aplicarse. Así, se puede libremente decidir que las controversias se definirán por un tribunal de arbitramento internacional, sin que ello desconozca norma alguna del ordenamiento constitucional. La decisión de las partes, al disponer que la ley aplicable a la relación contractual no será la interna, adiciona el elemento de carácter internacional que hecha de menos el demandante.

Sin embargo, no puede perderse de vista que para que el laudo arbitral que se profiera, pueda surtir efectos dentro del ordenamiento interno, debe agotar el mecanismo del exequatur, con el objeto de que sus disposiciones no vulneren el orden público, o constituyan fraude a la ley interna. Por tanto, el exequatur garantiza que Constitución y la ley se respeten.

En este sentido, el numeral 3º del artículo 1º, y el aparte acusado del artículo 4º, de la ley 315 de 1996, no se oponen a la Constitución.

Adicionalmente, y en relación con el artículo 4º, considera el Ministerio Público que no existe razón alguna para sustraer al Estado de la posibilidad de pactar el arbitramento internacional, si se reúnen los requisitos exigidos por el legislador para ello.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

Procede la Corte Constitucional a dictar la decisión correspondiente a este asunto, previas las siguientes consideraciones.

Primera.- Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso, por haberse originado en la demanda presentada contra normas que hacen parte de una ley (numeral 4, artículo 241 de la Constitución).

Segunda.- Lo que se debate.

Sostiene el demandante que el numeral 3 del artículo 1o. de la ley 315 de 1996, es contrario a la Constitución, pues permite que las partes en una controversia en que no hay un solo elemento internacional, sometan tal controversia a un arbitraje internacional. En su opinión, la norma es contraria, en particular, a los artículos 4o., 6o. Y 95 de la Constitución, como también al artículo 13 de la misma.

Por análogas razones, afirma que también es contrario a la Constitución un aparte del artículo 4o. de la misma ley, porque permite que en el contrato estatal que se celebre con una persona nacional, en el cual tampoco hay elemento extranjero, se pacte que las diferencias que surjan se sometan a un tribunal arbitral internacional.

Se analizarán, en consecuencia, estos argumentos.

Tercera.- Algunas reflexiones sobre el arbitramento.

La Corte Constitucional en sentencia C-294/95, analizó así lo relativo al arbitramento y sus relaciones con la autonomía de la voluntad:

“Tercero.- Análisis del inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución.

“La Constitución anterior no preveía expresamente la existencia de los tribunales de arbitramento. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en varias oportunidades, al decidir demandas de inexecuibilidad contra normas que regulaban el arbitramento, las declaró exequibles. En la sentencia de mayo 29 de 1969, por ejemplo, estimó que si el arbitramento es de carácter privado, no puede considerársele inconstitucional, toda vez que esta forma de resolver controversias de mero derecho privado, en asuntos sobre los cuales se puede transigir, no está ni expresa ni tácitamente prohibida en la Constitución.

“Por el contrario, agregaba la Corte Suprema, si se piensa que el arbitramento tiene carácter jurisdiccional y que, por lo mismo, los árbitros son verdaderos jueces, también la institución sería exequible, porque el artículo 58 de la Constitución determinaba que “La Corte Suprema, los tribunales superiores de distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la ley, administran justicia”. Para la Corte Suprema, los tribunales de arbitramento eran de los “demás tribunales y juzgados que establezca la ley” y por ello administraban justicia.

“Pero, había, además, una razón elemental para considerar constitucional el arbitramento: si ninguna norma de la Constitución prohibía renunciar a un derecho cuando la renuncia sólo afectara los intereses del titular del mismo derecho, y éste tuviera capacidad dispositiva, nada podría prohibir el que su titular confiara la suerte de ese derecho a la decisión de un tercero, es decir, del tribunal de arbitramento.

“Recuérdese, además, que el arbitramento siempre ha versado sobre asuntos susceptibles de transacción, que ocurran entre personas capaces legalmente.

“Toda controversia sobre la constitucionalidad del arbitramento quedó, sin embargo, superada por el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, que contempla expresamente la administración de justicia por conciliadores y árbitros, así:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

“A la luz de esta norma, todas las lucubraciones sobre la función arbitral, como si es de naturaleza pública o privada, si los árbitros son verdaderos jueces, etc., quedan reducidas al ámbito académico. Pues la norma transcrita no deja lugar a dudas: los particulares, en su condición de árbitros, administran justicia, “en los términos que determine la ley”.

“En principio, solamente puede señalarse una diferencia fundamental entre la justicia que administran los árbitros y la de los tribunales y jueces de la República a la cual se refiere el inciso primero del mismo artículo 116. Tal diferencia es ésta:

“Cuando los tribunales y jueces enumerados en el inciso primero del artículo 116 administran justicia, ejercen una función pública cuya razón de ser está en la existencia misma del Estado: no puede pensarse en un Estado que no administre justicia a sus súbditos. Los árbitros también ejercen una función pública, establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, y en las leyes que regulan el arbitramento. Pero en cada caso concreto tienen que ser “habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”. Dicho en otros términos: según la Constitución, las leyes que regulen el arbitramento tienen que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar.

“Y se dice que ésta es la diferencia fundamental, porque si los árbitros administran justicia “en los términos que determine la ley”, también los jueces de la República administran justicia de conformidad con la ley procesal que determina la competencia y, en general, las formas propias de cada juicio.

“Cuarto.- Límites que establece el inciso cuarto del artículo 116 en relación con la administración de justicia por los árbitros.

“Si se analiza el inciso cuarto del artículo 116, se llega a la conclusión de que la administración de justicia por los árbitros, sólo tiene estas limitaciones:

“La primera, que los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral.

“La segunda, ya insinuada, que son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia.

“Y una última, que los árbitros administran justicia “en los términos que determine la ley”. Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral.

“Pero, no existen otras limitaciones. Por ello, no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral. ¿De dónde surgiría esta supuesta exclusión? ¿Cómo afirmar que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse en el proceso de ejecución, constituyen una excepción a lo establecido por el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, cuando tal excepción no aparece en esta norma, ni en ninguna otra?

“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 excluidas 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. De conformidad con este principio, dispone el artículo 15 del Código Civil:

“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”.

“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 1o. 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 2o. 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.

“Restricciones semejantes han sido prácticamente universales. Así, el artículo 806 del Código Italiano de Procedimiento Civil, de 1940, dispuso:

“Compromiso.- Las partes podrán hacer decidir por árbitros las controversias entre ellas surgidas, salvo las previstas en los artículos 429 y 459, las que se refieran a cuestiones de estado y de separación personal entre cónyuges y las demás que no puedan ser objeto de transacción”. El artículo 429 de tal Código versa sobre las “controversias individuales de trabajo”, y el 459, sobre “controversias en materia de previsión y asistencia obligatorias”.

“Si, pues, según el artículo 15 del Código Civil, una obligación que presta mérito ejecutivo puede renunciarse cuando sólo mira al interés del renunciante y no está prohibida su renuncia, ¿por qué no podrían el acreedor y el deudor, antes o después de la demanda ejecutiva, someter la controversia originada en tal obligación a la decisión de árbitros?

“Y, si sobre las obligaciones que prestan mérito ejecutivo es posible transigir, para terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual, como lo prevé el artículo 2469 del Código Civil, ¿cómo sostener que los conflictos a que pueden dar lugar tales obligaciones no pueden someterse a la decisión de los árbitros, como lo prevé el último inciso del artículo 116 de la Constitución?

“En conclusión: los árbitros, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, pueden administrar justicia para decidir conflictos surgidos en torno a obligaciones exigibles ejecutivamente, así esté en trámite el proceso ejecutivo, o no haya comenzado aún. Así lo establece inequívocamente el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución.

“Hay que recordar que corresponde al legislador, en virtud del mandato del artículo 29 de la Constitución, y especialmente de su inciso segundo, fijar las formas propias de cada juicio, es decir, las normas procesales, y señalar el juez o tribunal competente para cada clase de asuntos. Por consiguiente, si el legislador dispone que ante los árbitros habilitados por las partes en conflicto, se diriman asuntos propios del proceso de ejecución y establece las reglas de este proceso arbitral, en nada quebranta la Constitución.

“A todo lo dicho, cabría añadir únicamente esto: los únicos juicios ejecutivos que escaparían al ámbito propio de los árbitros serían los que se adelantan por la jurisdicción coactiva, para cobrar deudas en favor del fisco, a una especie de los cuales se refiere el numeral 5 del

artículo 268 de la Constitución.” (Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 1995. Magistrado Ponente, doctor Jorge Arango Mejía).

Cuarta.- Interpretación del numeral 3º. del artículo 1º.

El actor ha interpretado el numeral 3, demandado, de una sola manera: las partes tienen su domicilio en Colombia, y en la controversia no existe, o no puede existir, un solo elemento extranjero. La Corte no comparte esta interpretación, por las siguientes razones.

Partiendo de esta interpretación, que es la acertada para la Corte, hay que concluir que es posible jurídicamente el sometimiento de las diferencias a un tribunal arbitral internacional, sin quebrantar la ley ni la Constitución de Colombia.

Por consiguiente, se declarará la exequibilidad de la disposición acusada, siempre y cuando ella se aplique cuando al menos una de las partes sea extranjera.

Debe tenerse en cuenta, además, que el fallo que dicten los árbitros no puede ser contrario a la Constitución, ni a ninguna norma de orden público.

Observa la Corte que el laudo que profiera el tribunal internacional debe someterse al procedimiento del exequatur, procedimiento que garantiza el respeto al ordenamiento jurídico nacional. Porque si bien pueden los árbitros aplicar una legislación extranjera, no podrán, como se ha dicho, quebrantar normas de orden público vigentes en Colombia, excepto las de procedimiento. Es lo que prevé el numeral 2 del artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, en relación con la sentencia o el laudo extranjero “Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento.”

Finalmente, estima la Corte que el arbitramento internacional reglamentado por la ley 315 de 1996, no versa únicamente sobre asuntos comerciales. No, como la ley no establece limitación ninguna, al arbitraje internacional pueden someterse también controversias civiles, siempre y cuando ellas se refieran a derechos sobre los cuales tengan las partes facultad de disponer y que sean susceptibles, por lo mismo, de transacción.

No hay que olvidar que el arbitramento, tanto el nacional como el internacional, tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad, como lo reconoce expresamente la Constitución.

Dispone el inciso cuarto del artículo 116:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

Si los árbitros pueden ser facultados por las partes para fallar en conciencia, o en equidad como dice la Constitución, bien puede la ley prever que esas misma partes sometan sus diferencias a un tribunal arbitral internacional, en los términos que la misma ley señale.

Quinta.- Análisis de la parte demandada del artículo 4º.

En lo relativo al artículo 4o. de la ley, que modificó el último inciso del artículo 70 de la ley 80 de 1993, encuentra la Corte que le asiste razón al actor, porque si el contrato se celebra “con persona nacional”, no hay en él, ni en la controversia que de él surja, un elemento extranjero. Por lo mismo, no se ve cómo puedan las partes someter sus diferencias a un tribunal arbitral internacional.

So pretexto de reconocer la autonomía de la voluntad, no puede permitirse el que las partes, en un contrato estatal, hagan a un lado la legislación nacional y se sometan a una extranjera, sin que exista en la controversia un solo elemento extranjero.

III. DECISION.

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

**R E S U E L V E:**

Primero.- Declárase EXEQUIBLE, en los precisos términos de la parte motiva de esta sentencia, el numeral 3 del artículo 1o. De la ley 315 de 1996, “Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones.”

Segundo.- Declárase INEXEQUIBLE la siguiente expresión del artículo 4o. de la ley 315 de 1996, que modificó el último inciso del artículo 70 de la ley 80 de 1993: “... como también en

aquellos con persona nacional...”.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Presidente

JORGE ARANGO MEJÍA

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-347/97

PRINCIPIO DE SOBERANIA POPULAR-Alcance/PRINCIPIO DE SOBERANIA POPULAR-Legislator no puede trasladar facultades normativas a autoridades extranjeras (Salvamento de voto)

El ejercicio de la soberanía popular, significa, sobre todo, la capacidad exclusiva del pueblo colombiano, bien directamente, ora a través de los órganos constitucionalmente habilitados para ello, de hacer y aplicar el derecho, pues de esta manera se ejerce el poder de supraordenación consustancial a la condición de soberano. No obstante, mientras se mantenga el modelo constitucional, tal poder de mando se ejerce a través de los mecanismos de participación directa e indirecta que ha diseñado el constituyente y, en este último evento, se delega a los órganos que conforman el poder público, para que éstos lo ejerzan en los términos que la Constitución establece. Al amparo del principio de soberanía popular, puede afirmarse que la obligación de obedecer el derecho se deriva de la legitimidad constitucional que ostenta la fuente de la cual emana. En estas condiciones, no puede el legislador, so pena de violar la soberanía, trasladar, en todo o en parte, sus facultades normativas propias a otros órganos o entidades, nacionales o extranjeros, que no encuentran habilitación constitucional para producir derecho. En general, afecta la soberanía la norma infra-constitucional que traslada la competencia de crear, ejecutar o aplicar el derecho, a órganos distintos de los que han sido constitucionalmente facultados para ello, o aquella que vacía de contenido las competencias de las instituciones que integran el poder público y, en suma, la que dota a ciertas entidades de facultades de mando que corresponden directamente al pueblo o a los órganos públicos que emanan de la voluntad popular.

ARBITRAJE INTERNACIONAL-Legislator convierte en facultativo ordenamiento jurídico mercantil/PREEMINENCIA A LIBERTAD CONTRACTUAL EN MATERIA MERCANTIL-Sometimiento a Tribunal de Arbitramento ubicado por fuera del domicilio/LIBERTAD CONTRACTUAL EN MATERIA MERCANTIL-Existencia de un interés público constitucional (Salvamento de voto)

El legislador considero que era conveniente convertir en facultativo todo el ordenamiento jurídico mercantil, en el caso en el cual las partes de un negocio de esta naturaleza apelaran a un arbitraje con sede en un lugar distinto a aquél en el cual tienen su domicilio. En este evento, los contratantes quedan en plena libertad para pactar las leyes del contrato, las que serán obligatorias, no por provenir de uno u otro órgano, sino por virtud de su voluntad contractual. A través de las normas demandadas, el legislador no está cediendo, a otra autoridad, su facultad de hacer las leyes. Lo que en realidad sucede es que está adoptando, al amparo de la cláusula general de competencia, la decisión de otorgar preeminencia a la libertad contractual y, para ello, transforma ciertas normas de orden legal que tienden a la protección de otros bienes y valores, en facultativas, lo que, prima facie, no viola la Constitución. Ciertamente, en principio, nada en el texto fundamental permite afirmar que en ejercicio de sus facultades, le está proscrito al legislador “desregular” ciertos ámbitos o convertir en facultativas, normas que otrora tenían carácter de obligatorias. No obstante, debe preguntarse si puede el legislador proteger, de manera exclusiva, el derecho fundamental a la libertad en órbitas en las cuales, si bien hay un predominio de los intereses individuales, puede fácilmente identificarse la existencia de un interés público constitucional.

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-La libertad no es el único bien constitucional relevante en el ámbito mercantil/APLICACION DIRECTA O INDIRECTA DE LA CONSTITUCION/NORMA FACULTATIVA-Excede las facultades del legislador por convertir en facultativos imperativos constitucionales (Salvamento de voto)

So pretexto de ejercer las competencias que le son propias, no puede el legislador excluir de ciertos ámbitos constitucionalmente relevantes, la aplicación directa o indirecta de la Constitución. En efecto excede la competencia puramente legislativa y viola los artículos 4, 6 y 95 de la Carta, la decisión que pretende restar eficacia a la Constitución, bien por que impide su aplicación directa, ya porque somete a la autonomía de la voluntad, la aplicación de normas legales que garantizan la protección de valores, bienes y derechos constitucionales. En este sentido, puede afirmarse que convertir en facultativa, en forma indiscriminada, una parcela del ordenamiento jurídico que regula ámbitos constitucionalmente relevantes, equivale a convertir en facultativa la aplicación – directa o

indirecta – de la Constitución, lo que a todas luces supera las facultades del legislador. En un Estado orientado por el principio de la autonomía de la voluntad, el ámbito de libertad negocial de las personas, en cuanto respecta a bienes transables, es apreciable. En estas materias, el derecho debe limitarse a regular aquellos aspectos que se consideran de interés constitucional y que, por lo tanto, no son internamente negociables o disponibles, pues garantizan los mínimos que se consideran indispensables para la promoción del orden justo de que trata el artículo 2° de la Carta. No obstante, las normas restantes, pueden ser libremente acordadas por las partes. Lo dicho hasta ahora, tampoco permite afirmar que deban expulsarse del sistema jurídico las normas facultativas. El hecho de que el ordenamiento sea obligatorio no implica, necesariamente que cada una de las normas que lo componen deba establecer una disposición imperativa. Por el contrario, son comunes y legítimas las normas facultativas que establecen “lo jurídicamente permitido”. No obstante, excede las facultades del legislador, la decisión a través de la cual se convierten en facultativos los imperativos constitucionales o las disposiciones legales que garantizan que, en el tráfico jurídico privado, se respeten los valores, principios y derechos que la Carta consagra.

PRINCIPIO DE APLICACIÓN TERRITORIAL DE LA LEY EN MATERIA MERCANTIL-Carácter facultativo de normas con interés público constitucional sometida a las partes/LIBERTAD CONTRACTUAL-Ley no puede establecer zonas inmunes a la aplicación de restantes disposiciones constitucionales (Salvamento de voto)

Lo que resulta francamente contrario al principio de aplicación territorial de la ley, es que todo el sistema de normas llamado a regular relaciones privadas respecto de las cuales, no obstante, existe un interés público constitucional -como las relaciones mercantiles- adquiera el carácter de facultativo, sometiendo su aplicación al libre albedrío de las partes. Ello equivale a admitir que el único interés público relevante en tales relaciones es el de proteger la libertad, olvidando los valores, principios y derechos constitucionales que han de ser garantizados por el legislador al reglamentar tales relaciones. En efecto, en nombre de la libertad contractual, la ley no puede establecer zonas inmunes a la aplicación directa o indirecta de las restantes disposiciones constitucionales, pues el legislador no está habilitado para restringir la fuerza normativa del derecho constitucional en aquellos espacios en los cuales, por su naturaleza y por los intereses en juego, ello resulta pertinente.

En tratándose de un asunto mercantil de carácter internacional, concurren, normalmente, dos o más ordenamientos jurídicos de estados soberanos e independientes, con igual derecho a regular el asunto. En estas condiciones, no existe una regla de preferencia que ordene resolver el conflicto de leyes a favor del ordenamiento colombiano, pues no puede predicarse de éste un “mejor derecho” de aquél que ostenta el ordenamiento extranjero, para imponerse a las partes al momento de resolver una eventual controversia. En estos eventos, admitir el desplazamiento de las leyes nacionales, no entraña renuncia a la soberanía. Simplemente se acepta que, no existiendo reglas unívocas para solucionar los eventuales conflictos que pueden originarse a raíz de negocios de naturaleza internacional, las partes definan, en uso de su autonomía, pero dentro de un marco predeterminado por el derecho interno e internacional, las reglas que habrán de aplicarse para solucionar tales controversias. Se trata, en suma, de aceptar una excepción al principio de aplicación territorial de la ley, en los eventos en los cuales se verifican elementos internacionales respecto de las personas, los bienes, las relaciones o los efectos de contratos mercantiles que, por esa misma circunstancia, pueden ser regulados por dos o más ordenamientos jurídicos. Se trata, simplemente, de aceptar que si bien la soberanía implica hacia adentro de las fronteras del Estado el poder de mandar sin excepción, hacia afuera, sólo se traduce en una garantía de independencia, pero de ninguna manera de superioridad. La figura del arbitramento internacional respecto de negocios jurídicos mercantiles de carácter internacional no viola el principio de aplicación territorial de la ley.

#### ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL-Controversias mercantiles de carácter internacional (Salvamento de voto)

El arbitraje comercial internacional como mecanismo de solución de controversias mercantiles de carácter internacional, encuentra fundamento en las normas constitucionales que patrocinan la internacionalización de las relaciones económicas. Ciertamente, para que este postulado constitucional resulte realmente efectivo, es necesario que el poder público reconozca la vigencia de los principios de derecho internacional privado en los cuales se funda la denominada “sociedad internacional de comerciantes”, uno de los cuales es la aceptación del arbitramento internacional para resolver aquellos conflictos de naturaleza comercial y de carácter internacional, respecto de los cuales existe un conflicto de leyes o de intereses de dos o más estados soberanos. La adopción de mecanismos diseñados por el derecho internacional privado para solucionar problemas propios de esta disciplina, en lugar

de afectar la soberanía, responde a una urgente exigencia de principios constitucionales, como la seguridad jurídica y el fomento de la internacionalización de las relaciones comerciales. Existen razones constitucionales que justifican que el legislador habilite a las partes para someter un conflicto a arbitramento internacional, siempre que el respectivo conflicto se enmarque en el ordenamiento mercantil, se relacione con bienes transables y tenga carácter internacional.

ARBITRAJE INTERNACIONAL-Inexistencia de elemento internacional por domicilio y negocio comercial en el país (Salvamento de voto)

Personas domiciliadas en Colombia, que son parte de un negocio jurídico comercial, celebrado, ejecutado y liquidado en Colombia, que en nada afecta los intereses de otros estados ni compromete los intereses del comercio internacional, no reúnen las condiciones que justifican constitucionalmente el arbitramento internacional. En efecto, el conflicto que, en virtud de tales disposiciones, puede someterse a conocimiento de un arbitramento internacional y sustraerse de la aplicación de la ley y la Constitución colombiana, no tiene un elemento internacional a partir del cual pueda predicarse que necesariamente surgirá un conflicto de leyes o derivará amenaza para los intereses de dos o más estados o del comercio internacional.

UNCITRAL-Objeto básico (Salvamento de voto)

La UNCITRAL es una comisión de la Organización de las Naciones Unidas cuyo objeto básico consiste en proponer normas que unifiquen el derecho comercial internacional. De esta forma, esa comisión recoge las que, a su juicio, constituyen las tendencias más relevantes del derecho comercial internacional en torno a un punto específico, las plasma en un proyecto que las codifica y, luego, las somete a la consideración de la comunidad de naciones, recomendando su aprobación o incorporación a los respectivos derechos internos.

PRINCIPIO GENERAL DE TERRITORIALIDAD DE LA LEY-No puede quedar librado a la mera voluntad de particulares/ARBITRAJE INTERNACIONAL-Renuncia injustificada a protección de derechos de conformidad con legislación colombiana (Salvamento de voto)

El sometimiento al principio general de territorialidad de la ley – entendiendo por esta

expresión tanto al derecho legislado como al derecho constitucional -, en el cual se funda la propia existencia del ordenamiento jurídico colombiano, no puede quedar librado a la mera voluntad de los particulares, quienes, en virtud de una simple cláusula arbitral, podrían evadir el cumplimiento de la Constitución y las leyes que la desarrollan sin que exista una razón suficiente para ello. En este orden de ideas, debe afirmarse que la limitación del principio de territorialidad del ordenamiento jurídico colombiano, constituye, claramente, una excepción a la que puede recurrirse sólo en aquellos casos en los cuales existan situaciones que, en forma razonable, puedan ser contempladas por el derecho internacional. Adicionalmente, no sobra advertir que las normas estudiadas estarían autorizando a las partes de un contrato mercantil a renunciar al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico interno. Tal renuncia se justifica, entonces, en el caso de un conflicto de leyes, en el cual, el sujeto opta por la protección jurídica que le confiere otro ordenamiento, como único medio para solucionar problemas relativos a la seguridad sobre la norma aplicable. Sólo en circunstancias excepcionales como la descrita puede tolerarse una renuncia al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los derechos sustantivos que le confiere el ordenamiento colombiano. En suma, los pactos arbitrales, suscritos al amparo de las normas demandadas, implican un desconocimiento del principio constitucional de territorialidad de la ley - y la Constitución - y, en especial, una renuncia injustificada al derecho fundamental a la protección judicial de los derechos surgidos de conformidad con la legislación colombiana.

**CARACTER INTERNACIONAL DE UN CONTRATO**-Nacionalidad de las partes no es condición suficiente para determinarlo (Salvamento de voto)

No parece claro que el hecho de que una de las partes de un contrato mercantil tenga nacionalidad extranjera, implique, a su turno, que el citado contrato adquiere carácter internacional. A la luz de todos los criterios que han sido acogidos por la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, definitivamente puede afirmarse que, a diferencia del domicilio, la nacionalidad de las partes no es una condición suficiente para determinar el carácter internacional de un contrato. Sin embargo, nada obsta para que la Corte proponga innovaciones jurídicas que pueden resultar más o menos sugestivas, para lo cual la propuesta deberá, por lo menos, justificarse adecuadamente en los motivos de la providencia.

Referencia: Expediente D-1514

Actor: Juan Pablo Cárdenas Mejía

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3° del artículo 1°, y el artículo 4° (parcial) de la Ley 315 de 1996, “Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones”

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ARANGO MEJIA

I. Con todo respeto me aparto de la sentencia de la Corte. Por las razones que expuse al presentar la ponencia original, y que reitero en el presente salvamento de voto, considero que el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 315 de 1996 ha debido ser declarado inexecutable. Por su parte, el artículo 4 de la misma Ley ha debido ser objeto de una decisión de exequibilidad condicionada.

A mi juicio, las disposiciones legales que inopinadamente desplazan la aplicación directa o indirecta de la Constitución, en aquellos ámbitos que la propia Constitución considera relevantes, son inexecutables. En consecuencia, dado que para el Estado Social de Derecho las relaciones mercantiles son constitucionalmente relevantes, no puede aceptarse la vigencia de una norma legal que, sin razón suficiente, impide aplicar las normas constitucionales a estos importantes espacios de relación humana. Sin embargo, creo que en algunos casos cabe admitir una excepción a este principio y aceptar que las partes de un negocio mercantil puedan acordar la aplicación preferente dentro del territorio colombiano, de otro ordenamiento jurídico constitucional. Se trata de aquellos casos en los cuales se presente un genuino conflicto de leyes que genera incertidumbre y obstaculiza el desarrollo del comercio internacional o, eventualmente, de la celebración de acuerdos internacionales que tienden a la integración internacional o a la defensa de los derechos humanos. No obstante, las normas demandadas no se encuentran en ninguno de estos eventos, pues se limitan a indicar que, por el mero acuerdo de voluntades, los conflictos que surjan en torno a un contrato mercantil celebrado en Colombia, entre personas domiciliadas en el país, respecto de bienes o servicios que se encuentran o serán prestados dentro del territorio nacional, sin ningún efecto sobre el comercio internacional y, en suma, sin que concurra

ningún elemento internacional, pueden ser excluidos del ámbito de irradiación de la Constitución.

Para la Corte, el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 315 de 1996 es exequible siempre que una de las partes tenga nacionalidad extranjera. A mi juicio, por las razones que brevemente se exponen en la ponencia original, es el domicilio y no la nacionalidad lo que dota a un acuerdo mercantil de relevancia internacional. De otra parte, la diferenciación fundada en la nacionalidad de las partes contratantes viola flagrantemente el principio de igualdad, el cual excluye la discriminación y, desde el punto de vista sustantivo, promueve la igualdad material. Adicionalmente, la decisión resulta internamente contradictoria y sus motivos insuficientes para entender la condición que se impone para aceptar un límite a la fuerza de irradiación de las disposiciones constitucionales. Parece como si la mayoría súbitamente hubiese perdido la conciencia de lo que estaba en juego.

Los motivos que justifican mi posición, se encuentran planteados in extenso en la ponencia original que no fue aceptada por la Corte. Algunos de tales argumentos fueron tácitamente recogidos en la decisión de la cual me aparto, sin que la mayoría hubiera extraído de ellos sus reales consecuencias. Por tal razón, considero pertinente transcribir, casi integralmente, el texto de la ponencia original. Sin embargo, la decisión de la Corte merece algunas consideraciones adicionales, que serán realizadas al final del texto.

II. Exposición de las razones que justifican la declaración de inexequibilidad del numeral 3 del artículo 1 de la Ley 315 de 1996 y de la exequibilidad condicionada del artículo 4 de la misma Ley (Texto de la ponencia original presentada por el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz no acogida por la mayoría)

1. El actor demanda, por razones de inconstitucionalidad, dos disposiciones de la ley 315 de 1996, que se contraen a establecer sendos eventos en los cuales habrá de surtir efectos, dentro del territorio nacional, un acuerdo en materia de arbitramento internacional.

En segundo término, el demandante cuestiona la facultad que atribuye el artículo 4° de la ley 315 – que modifica el artículo 70 la ley 80 de 1993 – a las entidades públicas con capacidad de contratación, para pactar en un contrato estatal celebrado con contratistas nacionales – “persona nacional” -, una cláusula de arbitramento internacional, sin que resulte necesario que concurra alguna circunstancia que imprima al contrato principal el carácter de contrato

mercantil internacional.

2. Con arreglo a las disposiciones legales vigentes y, en especial, las contenidas en la Ley 315 de 1996, la habilitación a las partes de un contrato mercantil para que sometan un asunto litigioso al conocimiento de un tribunal internacional de arbitraje tiene, al menos, cuatro efectos relevantes. En primer lugar, posibilita que las partes convengan el derecho sustancial aplicable conforme al cual los árbitros deberán resolver la controversia (Ley 315 de 1996, artículo 2°). De otro lado, las faculta para determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo, la nacionalidad de los árbitros y su sede. Adicionalmente, la existencia de un pacto arbitral determina que, si alguna de las partes lo incumple y recurre a la justicia ordinaria para la solución de algún conflicto, la otra parte podrá proponer la excepción previa de falta de jurisdicción (C.P.C., artículo 97-1) con sólo acreditar la existencia del pacto arbitral (Ley 315 de 1996, artículo 1°, parágrafo). Por último, determina que el fallo que profiera el tribunal de arbitramento cuya sede se encuentre fuera del territorio nacional sea considerado como un laudo arbitral extranjero (Ley 315 de 1996, artículo 3°) el que, por ende, puede ser incorporado al derecho interno colombiano a través del procedimiento conocido como exequatur (C.P.C., artículos 693 a 695).

3. Para el actor las citadas normas violan los artículos 4, 6, 13 y 95 de la Carta, al establecer una injustificada excepción al deber constitucional de nacionales y extranjeros en territorio colombiano, de someterse a las leyes y a la Constitución Política. A su juicio, el arbitraje internacional, con las consecuencias que apareja – tales como la facultad que se confiere a las partes para elegir la ley sustancial y procesal aplicable –, sólo es constitucionalmente legítimo cuando concurren circunstancias en las cuales no es imperativa la aplicación de la ley colombiana. Así por ejemplo, cuando existen múltiples leyes aplicables – conflicto de leyes en el espacio – sin que, en principio, una de ellas pueda prevalecer sobre las otras. En este caso, nada impide que se defiera a las partes la decisión sobre el derecho sustancial conforme al cual habrá de resolverse la controversia. Adicionalmente, opina que el artículo 4° de la Ley 315 vulnera el artículo 150-25 de la Carta. En su criterio, “la contratación de la administración pública se sujeta por mandato constitucional al estatuto que expida el Congreso de la República. De modo que salvo que se trate de contratos internacionales, porque así lo permite el artículo 226 de la Carta, no es posible permitir a las partes en un contrato estatal someterlo a la ley que mejor les parezca”. Respecto de esta disposición, entiende el demandante que es posible declarar una exequibilidad condicionada, tal y como

será expuesto en aparte posterior de este salvamento.

Sin desconocer las diferencias que pueden existir entre las relaciones contractuales privadas y aquellas que involucran al Estado, el problema jurídico que plantea la demanda radica, fundamentalmente, en determinar si resulta legítimo, a la luz del ordenamiento constitucional, que los conflictos que surjan en torno a un negocio mercantil celebrado en Colombia, entre personas domiciliadas en el país, respecto de bienes ubicados en el territorio nacional, que habrá de ser ejecutado dentro del Estado y que no involucra intereses del comercio internacional, puedan someterse, por voluntad de las partes, a un tribunal internacional de arbitramento, con las consecuencias que ello apareja.

Para resolver la cuestión planteada resulta indispensable definir si las disposiciones demandadas afectan o comprometen el principio de la soberanía popular (C.P. art. 3) y las consecuencias que de este se derivan. En consecuencia, se debe analizar si tales normas violan el principio de aplicación territorial de la ley nacional (C.P. art. 2,4,6,95 y 116), al deferir a las partes del contrato la decisión sobre la ley sustancial aplicable.

El ejercicio interno de la soberanía y el principio de aplicación territorial de la ley nacional

4. La primera cuestión que hay que resolver radica en determinar si las normas demandadas, al admitir que, por expresa voluntad de las partes, un conflicto mercantil, que interesa exclusivamente al ordenamiento colombiano, sea resuelto por un tribunal de arbitramento extranjero, conforme al ordenamiento jurídico que libremente hubieren seleccionado, viola el principio de soberanía popular (C.P. art. 3) y, en particular, el principio de territorialidad de la ley (C.P. art. 4, 6, 95).

El ejercicio de la soberanía popular (C.P. art. 3), significa, sobre todo, la capacidad exclusiva del pueblo colombiano, bien directamente, ora a través de los órganos constitucionalmente habilitados para ello, de hacer y aplicar el derecho, pues de esta manera se ejerce el poder de supraordenación consustancial a la condición de soberano. No obstante, mientras se mantenga el modelo constitucional, tal poder de mando se ejerce a través de los mecanismos de participación directa e indirecta que ha diseñado el constituyente y, en este último evento, se delega a los órganos que conforman el poder público, para que éstos lo ejerzan en los términos que la Constitución establece.

El poder normativo del pueblo y sus representantes, se manifiesta, fundamentalmente, en las notas de validez y eficacia del ordenamiento legal. En estos términos, puede afirmarse que, del principio de soberanía interna (C.P. art. 3), se deriva el deber de sujeción al derecho en el territorio nacional, consagrado entre otros, de manera expresa, en los artículos 4, 6, 95, 116, 229 y 230 de la Carta. Las primeras normas citadas, establecen la obligación de los nacionales y extranjeros en Colombia, de acatar la Constitución y las leyes, y de respetar y obedecer a la autoridad. A su turno, los artículos 6, 116 y 230 consagran la responsabilidad de los servidores públicos y, especialmente, de quienes administran justicia, de aplicar, en el territorio nacional, las normas jurídicas y, excepcionalmente, la equidad cuando el derecho legislado así lo autorice. Por su parte, el artículo 229 garantiza el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia para la defensa de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico.

5. Al amparo del principio de soberanía popular, puede afirmarse que la obligación de obedecer el derecho se deriva de la legitimidad constitucional que ostenta la fuente de la cual emana. En estas condiciones, no puede el legislador, so pena de violar la soberanía, trasladar, en todo o en parte, sus facultades normativas propias a otros órganos o entidades, nacionales o extranjeros, que no encuentran habilitación constitucional para producir derecho.

En general, afecta la soberanía la norma infra-constitucional que traslada la competencia de crear, ejecutar o aplicar el derecho, a órganos distintos de los que han sido constitucionalmente facultados para ello, o aquella que vacía de contenido las competencias de las instituciones que integran el poder público y, en suma, la que dota a ciertas entidades de facultades de mando que corresponden directamente al pueblo o a los órganos públicos que emanan de la voluntad popular.

6. Podría sostenerse que las normas demandadas, al permitir que controversias sobre contratos mercantiles celebrados y ejecutados en Colombia, entre colombianos, se resuelvan al margen del ordenamiento mercantil nacional y conforme al derecho de otros estados, violan el principio de aplicación territorial de la ley nacional y, en consecuencia, la soberanía. Para fundar esta tesis, se diría que tales disposiciones permiten la creación de ínsulas dentro del territorio nacional, inmunes al poder normativo del legislador y, en cambio, reguladas por autoridades que no están constitucionalmente habilitadas para crear derecho.

No obstante, las disposiciones estudiadas y, en general, la adopción de la figura del tribunal internacional de arbitramento, no transfieren a autoridades de otros estados, la función de producir derecho. En estricto rigor, lo que hacen tales normas es entregar, a las partes de un contrato mercantil, la libertad plena para definir integralmente las reglas aplicables al contrato. Pero ello no equivale a trasladar, a autoridades extranjeras, la función de legislar. Nadie, en el territorio colombiano, queda, por virtud de los preceptos estudiados, sometido a leyes foráneas o a decisiones de autoridades de otros estados. Simplemente, las partes del contrato, deciden, autónomamente, someterse a las normas que, en ejercicio de su libertad negocial, han acordado, y que pueden coincidir materialmente con el contenido de leyes de otros estados.

En otras palabras, las disposiciones demandadas no le otorgan o traspasan facultades constitucionales propias del congreso, a autoridades extranjeras, sino que confieren a las partes de un contrato mercantil, la atribución de definir, integralmente, el contenido de sus contratos, pudiendo éstas optar por apelar, subsidiariamente, en todo o en parte, al derecho del Estado que mejor les convenga. La razón que justifica la obligatoriedad inter-partes de las normas foráneas en el territorio nacional, no es otra que la libertad contractual (C.P. art. 16 y 333) y no, la autoridad de la fuente que las produce.

En síntesis, el legislador considero que era conveniente convertir en facultativo todo el ordenamiento jurídico mercantil, en el caso en el cual las partes de un negocio de esta naturaleza apelarán a un arbitraje con sede en un lugar distinto a aquél en el cual tienen su domicilio. En este evento, los contratantes quedan en plena libertad para pactar las leyes del contrato, las que serán obligatorias, no por provenir de uno u otro órgano, sino por virtud de su voluntad contractual.

Se trata, en consecuencia, de un evento en el cual el legislador opta por dar primacía absoluta a la libertad de las partes (C.P. art. 16), cuando estas han decidido someter sus controversias contractuales a un tribunal de arbitramento ubicado fuera del lugar en el cual tienen su domicilio. En términos lógicos, lo que ocurre es que, verificado el supuesto contemplado en la disposición demandada – el pacto arbitral en las condiciones anotadas –, por ministerio de la ley, otras normas, del mismo rango, se convierten en disposiciones facultativas, que pueden ser adoptadas o desplazadas según el interés contractual de las partes. Ciertamente, en estas circunstancias, personas que habitan el territorio nacional,

quedan eximidas del cumplimiento de normas mercantiles, pero ello sucede porque tales normas, por decisión del propio legislador, adquieren carácter facultativo.

En suma, a través de las normas demandadas, el legislador no está cediendo, a otra autoridad, su facultad de hacer las leyes. Lo que en realidad sucede es que está adoptando, al amparo de la cláusula general de competencia, la decisión de otorgar preeminencia a la libertad contractual y, para ello, transforma ciertas normas de orden legal que tienden a la protección de otros bienes y valores, en facultativas, lo que, prima facie, no viola la Constitución. Ciertamente, en principio, nada en el texto fundamental permite afirmar que en ejercicio de sus facultades, le está proscrito al legislador “desregular” ciertos ámbitos o convertir en facultativas, normas que otrora tenían carácter de obligatorias.

7. Sin embargo, podría afirmarse que si bien es aceptable que en materia mercantil rija el principio de plena libertad para diseñar el contenido material de un contrato, conferir a las partes la facultad de elegir el ordenamiento que habrá de aplicarse a un determinado conflicto – autonomía conflictual -, viola el principio de aplicación territorial de la ley nacional. Lo anterior, significaría aceptar que las partes pueden pactar todas las normas que consideren adecuadas para la ejecución del contrato, pero que al momento de apelar a un ordenamiento jurídico de un estado nacional, están obligadas a recurrir al ordenamiento nacional.

En el fondo, este argumento resulta de una defensa meramente simbólica y formalista del principio de aplicación territorial de la ley nacional. En efecto, si se acepta la plena autonomía material, las partes, en vez de apelar mediante una referencia expresa al ordenamiento que mejor les convenga, podrían incorporar, integralmente, al texto del contrato, las normas de dicho ordenamiento. A pesar de que los dos eventos descritos llevan a idéntico resultado, los defensores de la tesis planteada considerarían que sólo en el primero de ellos hay una afrenta a la Constitución, lo que a todas luces resulta inaceptable.

No obstante, debe preguntarse si puede el legislador proteger, de manera exclusiva, el derecho fundamental a la libertad (C.P art. 16) en órbitas en las cuales, si bien hay un predominio de los intereses individuales, puede fácilmente identificarse la existencia de un interés público constitucional.

¿En el marco de un Estado social de Derecho, puede afirmarse que la libertad es el único bien constitucional relevante en el ámbito mercantil?.

8. Ciertas relaciones sociales, en razón de su naturaleza, tienen fundamentalmente un interés privado. Así, por ejemplo, las relaciones mercantiles que interesan, sobre todo, a las partes trabadas en los respectivos negocios. En estas circunstancias, es imprescindible que el legislador garantice y proteja el derecho a la libertad negocial de tales sujetos. Sin embargo, en un Estado social de derecho, que opera en el contexto de una economía social de mercado, no puede admitirse que el único valor constitucionalmente relevante en tales espacios relacionales sea la libertad contractual. El reconocimiento constitucional de la desigualdad material que genera, usualmente, ausencia de autonomía real de ciertos sujetos, contra lo cual el Estado debe actuar positivamente (C.P. art. 13, 16 y 333), la importancia colectiva que tiene el mercado como espacio propicio para la realización de necesidades primarias de los habitantes (C.P. 334), las facultades de intervención del Estado en la economía (C.P. art. 333) y el carácter social de la propiedad (C.P. art. 58 y 333), entre otros, constituyen razones suficientes para sostener que, desde una perspectiva constitucional, la libertad no es el único postulado que ha de ser garantizado en las relaciones comerciales.

9. El conjunto de valores, principios y derechos que en un Estado social de Derecho deben irradiar las relaciones privadas y, en particular, las relaciones mercantiles, – uno de los cuales, pero no el único es la libertad –, despliega su eficacia bien a través de la aplicación directa de las normas constitucionales – por el juez de tutela o por el juez natural –, ora mediante su reconocimiento por el legislador en el ordenamiento infraconstitucional.

En efecto, por medio de la aplicación directa de la Constitución, los operadores jurídicos aseguran la vigencia de los diversos intereses fundamentales en todos aquellos ámbitos relevantes para el derecho. No obstante, usualmente los bienes, valores, principios y derechos constitucionales que deben ser protegidos en las relaciones entre particulares, se garantizan a través del derecho legislado, en lo que se puede denominar una aplicación indirecta de la Constitución. Esto no significa que la ley se limite a desarrollar mandatos constitucionales, pues otra parte de la legislación, se compone de decisiones fruto de la libertad de configuración del legislador, que definen reglas que las mayorías políticas han encontrado oportunas o convenientes, y que no constituyen desarrollo material de la Constitución. Adicionalmente, no sobra recordar que, aún cuando se trate de desarrollar la

Constitución, el legislador tiene un campo de libertad suficiente para definir la manera como habrán de protegerse y ponderarse los intereses constitucionales.

10. So pretexto de ejercer las competencias que le son propias, no puede el legislador excluir de ciertos ámbitos constitucionalmente relevantes, la aplicación directa o indirecta de la Constitución. En efecto excede la competencia puramente legislativa y viola los artículos 4, 6 y 95 de la Carta, la decisión que pretende restar eficacia a la Constitución, bien por que impide su aplicación directa, ya porque somete a la autonomía de la voluntad, la aplicación de normas legales que garantizan la protección de valores, bienes y derechos constitucionales. En este sentido, puede afirmarse que convertir en facultativa, en forma indiscriminada, una parcela del ordenamiento jurídico que regula ámbitos constitucionalmente relevantes, equivale a convertir en facultativa la aplicación – directa o indirecta – de la Constitución, lo que a todas luces supera las facultades del legislador.

Lo anterior no significa que el Estado deba regular integralmente todas las posibles circunstancias eventualmente relevantes para el derecho, o que no haya un espacio para la definición inter-partes de normas jurídicas. En un Estado orientado por el principio de la autonomía de la voluntad (C.P. art. 16), el ámbito de libertad negocial de las personas, en cuanto respecta a bienes transables, es apreciable. En estas materias, el derecho debe limitarse a regular aquellos aspectos que se consideran de interés constitucional y que, por lo tanto, no son internamente negociables o disponibles, pues garantizan los mínimos que se consideran indispensables para la promoción del orden justo de que trata el artículo 2° de la Carta. No obstante, las normas restantes, pueden ser libremente acordadas por las partes.

Lo dicho hasta ahora, tampoco permite afirmar que deban expulsarse del sistema jurídico las normas facultativas. El hecho de que el ordenamiento sea obligatorio no implica, necesariamente que cada una de las normas que lo componen deba establecer una disposición imperativa. Por el contrario, son comunes y legítimas las normas facultativas que establecen “lo jurídicamente permitido”. No obstante, excede las facultades del legislador, la decisión a través de la cual se convierten en facultativos los imperativos constitucionales o las disposiciones legales que garantizan que, en el tráfico jurídico privado, se respeten los valores, principios y derechos que la Carta consagra.

En síntesis, lo que resulta francamente contrario al principio de aplicación territorial de la ley

(C.P. art. 4, 6 y 95), es que todo el sistema de normas llamado a regular relaciones privadas respecto de las cuales, no obstante, existe un interés público constitucional – como las relaciones mercantiles – adquiera el carácter de facultativo, sometiendo su aplicación al libre albedrío de las partes. Ello equivale a admitir que el único interés público relevante en tales relaciones es el de proteger la libertad, olvidando los valores, principios y derechos constitucionales que han de ser garantizados por el legislador al reglamentar tales relaciones. En efecto, en nombre de la libertad contractual, la ley no puede establecer zonas inmunes a la aplicación directa o indirecta de las restantes disposiciones constitucionales, pues el legislador no está habilitado para restringir la fuerza normativa del derecho constitucional en aquellos espacios en los cuales, por su naturaleza y por los intereses en juego, ello resulta pertinente.

En este punto de la cuestión debatida, debe preguntarse si, al amparo de las afirmaciones realizadas, es legítimo que el ordenamiento acoja la figura del arbitramento internacional, cuando ella conlleva la pérdida de fuerza vinculante del derecho interno y, en especial, de las normas constitucionales.

Compatibilidad de la figura del arbitramento internacional con el principio de aplicación territorial de la ley nacional

11. De las afirmaciones realizadas, podría deducirse que la Constitución prohíbe el arbitraje comercial internacional o, al menos, la posibilidad de que las personas pacten el derecho material aplicable al contrato y, en uso de esta facultad, puedan desatender, en el territorio nacional, los imperativos que la Constitución impone.

Ciertamente, la autorización legal para deferir a un colegio de árbitros la solución de conflictos mercantiles al margen de la legislación colombiana, constituye una limitación del principio de territorialidad de la ley y, por lo tanto, de la aplicación – directa o indirecta – de la constitución. No obstante, ello no implica necesariamente una lesión a la soberanía nacional, ni un exceso de las facultades del legislador.

Las razones que justifican constitucionalmente la adopción de la figura del arbitramento internacional y la correlativa restricción al principio de territorialidad de la ley, surgen de las condiciones que caracterizan y explican la existencia de este instituto jurídico en el derecho internacional privado.

En la doctrina y la jurisprudencia internacionales, existe consenso en afirmar que el arbitraje comercial internacional se caracteriza por dos elementos esenciales: (1) mercantilidad; y, (2) internacionalidad.

La primera de estas características determina que el arbitraje comercial internacional sólo es aplicable para resolver aquellos conflictos surgidos del intercambio de bienes, servicios o valores transigibles, que interesa a la economía de por lo menos dos países. A su turno, la internacionalidad establece que sólo los conflictos de carácter internacional pueden ser sometidos al conocimiento de un tribunal internacional de arbitramento.

Ahora bien, en principio, en el derecho internacional privado, el carácter internacional de un litigio se define con base en criterios puramente jurídicos (nacionalidad de las partes, nacionalidad del domicilio de las partes, lugar de ejecución del contrato, etc.) que constituyen el punto de contacto de dos o más ordenamientos jurídicos nacionales que, al entrar en colisión, actual o virtual, suelen generar conflictos de leyes. Adicionalmente una parte de la doctrina define la “internacionalidad” a partir de criterios eminentemente económicos, extraídos del fondo del litigio que da lugar al procedimiento arbitral, y que atienden a la virtual confluencia de intereses de distintos estados o del comercio internacional respecto del objeto de la controversia. En este sentido, se ha considerado que las necesidades o los intereses del comercio internacional resultan afectados cuando se presenta un movimiento de bienes o de servicios o un pago que trasciende las fronteras de un país o que compromete la economía o la moneda de más de un Estado.

Con independencia de los criterios que sobre esta materia puedan adoptarse, cuando se trata de un asunto de carácter internacional, en el cual se plantea necesariamente un conflicto de leyes, nada impide que sean los propios particulares que han actuado más allá de su propia comunidad política, quienes decidan, Ex ante o una vez ha surgido la controversia, cuál es la ley sustancial y procesal conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el conflicto.

En efecto, en tratándose de un asunto mercantil de carácter internacional, concurren, normalmente, dos o más ordenamientos jurídicos de estados soberanos e independientes, con igual derecho a regular el asunto. En estas condiciones, no existe una regla de preferencia que ordene resolver el conflicto de leyes a favor del ordenamiento colombiano, pues no puede predicarse de éste un “mejor derecho” de aquél que ostenta el ordenamiento

extranjero, para imponerse a las partes al momento de resolver una eventual controversia.

En estos eventos, admitir el desplazamiento de las leyes nacionales, no entraña renuncia a la soberanía. Simplemente se acepta que, no existiendo reglas unívocas para solucionar los eventuales conflictos que pueden originarse a raíz de negocios de naturaleza internacional, las partes definan, en uso de su autonomía, pero dentro de un marco predeterminado por el derecho interno e internacional, las reglas que habrán de aplicarse para solucionar tales controversias. Se trata, en suma, de aceptar una excepción al principio de aplicación territorial de la ley, en los eventos en los cuales se verifican elementos internacionales respecto de las personas, los bienes, las relaciones o los efectos de contratos mercantiles que, por esa misma circunstancia, pueden ser regulados por dos o más ordenamientos jurídicos.

A este respecto, no sobra recordar que, incluso bajo la Constitución anterior, que no patrocinaba expresamente la internacionalización de las relaciones comerciales, la Corte Suprema de Justicia estableció que el principio de territorialidad no era aplicable cuando un determinado contrato o acto jurídico contuviera elementos de carácter internacional (vgr. ejecución en el exterior), eventualidad que autorizaba el sometimiento a leyes o jurisdicciones foráneas. Con relación a este punto, la Corte expresó:

” ... (E)l legislador colombiano no está facultado por la Carta para deponer la soberanía unilateralmente ni para autorizar que para hechos que sucedan dentro del territorio colombiano se ejerzan funciones públicas con arreglo a sistemas o por organismos distintos de los que la propia Constitución establece.

Esta afirmación de soberanía no encajaría dentro del criterio de territorialidad acogido por los artículos 10 y 16 de la constitución y por nuestro sistema legislativo, con algunas excepciones (Ej: arts. 19 y 20 C.C.), e implicaría el desconocimiento del derecho internacional como ordenamiento indicado para solucionar los eventuales conflictos de regímenes o jurisdicciones entre estados independientes”<sup>1</sup>.

Se trata, simplemente, de aceptar que si bien la soberanía implica hacia adentro de las fronteras del Estado el poder de mandar sin excepción, hacia afuera, sólo se traduce en una garantía de independencia, pero de ninguna manera de superioridad. En este sentido, puede afirmarse que la figura del arbitramento internacional respecto de negocios jurídicos

mercantiles de carácter internacional no viola el principio de aplicación territorial de la ley.

12. Adicionalmente, el arbitraje comercial internacional como mecanismo de solución de controversias mercantiles de carácter internacional, encuentra fundamento en las normas constitucionales que patrocinan la internacionalización de las relaciones económicas (C.P. preámbulo y artículos 9°, 226 y 227). Ciertamente, para que este postulado constitucional resulte realmente efectivo, es necesario que el poder público reconozca la vigencia de los principios de derecho internacional privado en los cuales se funda la denominada “sociedad internacional de comerciantes”, uno de los cuales es la aceptación del arbitramento internacional para resolver aquellos conflictos de naturaleza comercial y de carácter internacional, respecto de los cuales existe un conflicto de leyes o de intereses de dos o más estados soberanos.

En efecto, la internacionalización de las relaciones económicas, apareja la realización de contratos mercantiles que, en razón de su carácter internacional, vincula a dos o más ordenamientos jurídicos. En estas condiciones, resulta indispensable, establecer mecanismos confiables, eficaces y flexibles, susceptibles de adaptarse a las condiciones del tráfico internacional, para solucionar los conflictos jurídicos que se susciten alrededor de tales contratos.

En las condiciones anotadas, la adopción de mecanismos diseñados por el derecho internacional privado para solucionar problemas propios de esta disciplina, en lugar de afectar la soberanía, responde a una urgente exigencia de principios constitucionales, como la seguridad jurídica y el fomento de la internacionalización de las relaciones comerciales. Frente a la existencia de ordenamientos jurídicos heterogéneos, que contienen reglas disímiles e incluso contradictorias, el derecho interno de los estados interesados en fomentar las relaciones internacionales, debe ofrecer a las personas involucradas en negocios internacionales, una regla que les permita saber con exactitud cuales son las normas que se les han de aplicar, a fin de que puedan adaptar a ellas su comportamiento y estimar sus expectativas. Y, como quedo dicho, en tratándose de conflictos de carácter mercantil e internacional, una regla que respeta por igual la supremacía interna de los estados y su carácter independiente y paritario en el plano internacional, es la de deferir a las partes la elección del derecho aplicable.

En suma, existen razones constitucionales que justifican que el legislador habilite a las partes para someter un conflicto a arbitramento internacional, siempre que el respectivo conflicto se enmarque en el ordenamiento mercantil, se relacione con bienes transables y tenga carácter internacional.

13. No obstante, las hipótesis de que tratan las normas demandadas – personas domiciliadas en Colombia, que son parte de un negocio jurídico comercial, celebrado, ejecutado y liquidado en Colombia, que en nada afecta los intereses de otros estados ni compromete los intereses del comercio internacional -, no reúnen las condiciones que justifican constitucionalmente el arbitramento internacional. En efecto, el conflicto que, en virtud de tales disposiciones, puede someterse a conocimiento de un arbitramento internacional y sustraerse de la aplicación de la ley y la Constitución colombiana, no tiene un elemento internacional a partir del cual pueda predicarse que necesariamente surgirá un conflicto de leyes o derivará amenaza para los intereses de dos o más estados o del comercio internacional.

14. Podría sostenerse que tales hipótesis están fundadas en un principio de derecho internacional reconocido por Colombia y, por lo tanto, encuentran fundamento en el artículo 9 de la Carta. Ciertamente el artículo 1° de la Ley 315 de 1996 está inspirado en lo dispuesto por la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL, a la que se efectuaron algunas modificaciones de carácter meramente idiomático<sup>2</sup>. En este sentido, se advierte que el numeral 3° del artículo 1° de la Ley 315 de 1996, acusado por el demandante, encuentra su origen en el artículo 1(3)(b)(i) de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL, que señala:

“Un arbitramento es internacional si:

a. las partes que suscriben el pacto arbitral tienen, al momento de suscribirlo, el asiento de sus negocios en diferentes estados; o

a. uno de los siguientes lugares está localizado fuera del Estado en el cual las partes tienen

el asiento de sus negocios:

- i) el lugar del arbitraje si ello ha sido determinado en, o de conformidad con, el pacto arbitral;
- ii) cualquier lugar donde una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial debe ser cumplida o el lugar con la cual el objeto del litigio está más estrechamente conectado; o
- c) las partes acordaron expresamente que el objeto del pacto arbitral está relacionado con más de un estado” (negrillas de la Corte).

En este orden de ideas, podría pensarse que, en la norma demandada, el Legislador se limitó a plasmar una hipótesis contemplada por el derecho internacional y que, por ende, al aprobarla extendió su aceptación frente a la misma (C.P., artículo 9°).

Sin embargo, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL no es una norma de derecho internacional con carácter vinculante para aquellos estados que decidan incorporarla a su legislación interna. En efecto, la UNCITRAL es una comisión de la Organización de las Naciones Unidas cuyo objeto básico consiste en proponer normas que unifiquen el derecho comercial internacional. De esta forma, esa comisión recoge las que, a su juicio, constituyen las tendencias más relevantes del derecho comercial internacional en torno a un punto específico, las plasma en un proyecto que las codifica y, luego, las somete a la consideración de la comunidad de naciones, recomendando su aprobación o incorporación a los respectivos derechos internos. En esta medida, es necesario recabar que la Ley Modelo carece de todo carácter coactivo y sus normas distan mucho de ser principios de derecho internacional que deban ser honrados por la comunidad de estados.

Adicionalmente, cabe indicar que la tendencia actual del derecho internacional privado en esta materia, consiste en someter a arbitramento internacional sólo aquellos litigios intrínsecamente internacionales, esto es, aquellos que afecten las necesidades o los intereses del comercio internacional. Al respecto no es ocioso mencionar que la doctrina mayoritaria establece que el recurso a la jurisdicción internacional constituye un evento de carácter excepcional. Al respecto, coinciden en indicar que la hipótesis consagrada en el artículo 1(3)(b)(i) transcrito, desnaturaliza el concepto mismo de internacionalidad, toda vez

que no es comprensible por qué la mera voluntad de las partes, tendría el efecto de someter eventuales litigios al arbitraje internacional. Esta hipótesis, podría llegar a autorizar la evasión o el fraude a la ley nacional aplicable a un determinado conflicto.

En síntesis, el sometimiento al principio general de territorialidad de la ley – entendiendo por esta expresión tanto al derecho legislado como al derecho constitucional -, en el cual se funda la propia existencia del ordenamiento jurídico colombiano, no puede quedar librado a la mera voluntad de los particulares, quienes, en virtud de una simple cláusula arbitral, podrían evadir el cumplimiento de la Constitución y las leyes que la desarrollan sin que exista una razón suficiente para ello. En este orden de ideas, debe afirmarse que la limitación del principio de territorialidad del ordenamiento jurídico colombiano, constituye, claramente, una excepción a la que puede recurrirse sólo en aquellos casos en los cuales existan situaciones que, en forma razonable, puedan ser contempladas por el derecho internacional.

Adicionalmente, no sobra advertir que las normas estudiadas estarían autorizando a las partes de un contrato mercantil a renunciar al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico interno. Una renuncia tal, sólo puede ser reconocida y avalada por el Estado colombiano, cuando concurren circunstancias que la hagan útil y estrictamente necesaria para el logro de fines constitucionalmente relevantes. Tal renuncia se justifica, entonces, en el caso de un conflicto de leyes, en el cual, el sujeto opta por la protección jurídica que le confiere otro ordenamiento, como único medio para solucionar problemas relativos a la seguridad sobre la norma aplicable. Sólo en circunstancias excepcionales como la descrita puede tolerarse una renuncia al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los derechos sustantivos que le confiere el ordenamiento colombiano.

En suma, los pactos arbitrales, suscritos al amparo de las normas demandadas, implican un desconocimiento del principio constitucional de territorialidad de la ley – y la Constitución – y, en especial, una renuncia injustificada al derecho fundamental a la protección judicial de los derechos surgidos de conformidad con la legislación colombiana (C.P., artículos 29 y 229).

En consideración a las razones antes expuestas, debe entenderse que las hipótesis normativas contempladas en el numeral 3° del artículo 1° y en el artículo 4° de la Ley 315 de 1996, no se encuentran constitucionalmente justificadas.

## Decisión condicionada y principio de conservación del derecho

15. Uno de los principios que orienta la interpretación constitucional es el “principio de la conservación del derecho”, en virtud del cual, los tribunales constitucionales deben evitar excluir del ordenamiento, una decisión legislativa cuando exista la posibilidad de ajustar su interpretación a la Constitución. A este respecto la Jurisprudencia de la Corporación ha indicado:

“El principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución impide a la Corte excluir del ordenamiento una norma cuando existe por lo menos una interpretación de la misma que se concilia con el texto constitucional. Este principio maximiza la eficacia de la actuación estatal y consagra una presunción en favor de la legalidad democrática. El costo social e institucional de declarar la inexecutable de una norma jurídica infraconstitucional debe ser evitado en la medida en que mediante una adecuada interpretación de la misma se respeten los postulados de la Constitución<sup>3</sup>”.

En consecuencia, si una disposición admite una interpretación acorde a la Constitución, es deber de esta Corte declararla executable de manera condicionada, y no retirarla del ordenamiento, puesto que el fallo condicionado es una forma de resguardar al máximo la voluntad política del legislador, sin desconocer la primacía de las disposiciones constitucionales.

Sólo procede una decisión condicionada, en el evento en el cual las varias interpretaciones resulten válidas como consecuencia, bien de la amplitud del texto de la disposición normativa, ora de la aplicación directa de un mandato constitucional, para suplir el vacío dejado por el legislador. Sin embargo, lo que resulta inaceptable es que la interpretación nazca de una conexidad arbitraria del texto normativo con el contenido de otra disposición legal, que no ha sido estudiada por la Corte o que ha sido expedida con fines diversos o para ser aplicada a un campo distinto de aquel afectado por la disposición que se estudia. El fallo condicionado no es un expediente para que el juez constitucional, por vía de interpretación, cree derecho.

16. La parte demandada del artículo 4 de la Ley 315 de 1996, consagra(ba) una habilitación para que las personas públicas que han celebrado un contrato mercantil con un contratista nacional en las condiciones descritas por la misma disposición, pudieran someter sus

diferencias contractuales a un arbitramento internacional, pese a que dicho contrato careciera de un elemento internacional. El demandante considera que, en este caso, procede el fallo condicionado, para lo cual a su juicio deberá indicarse que tal proposición se aplica en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la misma ley, o de otra manera advertirse que en este caso las partes no pudieran pactar la ley sustancial aplicable al contrato. Por último, considera el demandante que, para que proceda el arbitramento, como mecanismo alternativo de solución de conflictos en un contrato estatal celebrado con persona nacional, se requiere que concurra alguna de las circunstancias adicionales consagradas en el mismo artículo 4, a saber, que se trate de “contratos (...) en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración (sic) de un servicio público”.

A mi juicio, las distintas hipótesis de hecho consagradas en el artículo 4 no son alternativas – como lo pretende el demandante – sino, por el contrario, corresponden a requisitos concurrentes. Si ello no fuere así, la parte arriba transcrita del citado artículo resultaría inútil, pues bastaría con indicar que todo contrato estatal celebrado con “personas extranjeras, como también en aquellos con persona nacional (...) podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un Tribunal Arbitral Internacional” para que queden incluidos los contratos “en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración (sic) de un servicio público”.

En estas condiciones, la única interpretación ajustada al principio del efecto útil de las normas jurídicas, es aquella en virtud de la cual se admita que la norma parcialmente demandada – hoy declarada inexecutable – autoriza(ba) a las partes pactar un arbitramento internacional con independencia de la nacionalidad del contratista, siempre que se tratase de contratos “en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración (sic) de un servicio público”. No obstante, la interpretación que se expone no satisface el requisito que exige la Constitución para admitir un tribunal internacional de arbitramento, pues no se trata, necesariamente, de contratos de carácter internacional.

Tampoco podría proceder la declaración de exequibilidad de la norma condicionando su aplicación a la concurrencia de circunstancias contenidas en disposiciones normativas que no

han sido estudiadas por la Corporación o en disposiciones que, como el artículo 1 de la misma ley, fueron creadas para operar en el campo de los contratos privados y en modo alguno pensadas para el ámbito de la contratación administrativa. Por último, no resulta razonable ni ajustado a los principios de lealtad y certeza jurídica, condicionar la exequibilidad de tal disposición a una restricción de los efectos del arbitraje internacional - inaplicación del artículo 2 de la misma ley -, pues ello tendría idéntico resultado al de una declaración de inexequibilidad.

17. A mi juicio, el aparte demandado del artículo 4° es inexecutable, no en razón de que esté constitucionalmente prohibido que los conflictos sobre un contrato mercantil celebrado entre una entidad pública y un contratista nacional sean sometidos a un tribunal internacional de arbitramento, sino porque tales condiciones resultan insuficientes para justificar la restricción al principio de soberanía, entendido como la vigencia en el territorio, de las normas constitucionales. En efecto, si un contrato de las características anotadas tuviere vínculos necesarios con dos o más ordenamientos jurídicos y, por lo tanto, carácter internacional, nada impediría que las partes acudieran a un tribunal internacional de arbitramento para solucionar sus diferencias. Lo que se exige entonces, para que tal disposición resulte ajustada a la Carta, es que concorra una circunstancia que dote al contrato principal de carácter internacional. En otras palabras, el precepto legal demandado, por su generalidad, admite múltiples hipótesis, pero sólo se ajustan a la Carta aquellas en las cuales concurre una circunstancia que dota al contrato principal de carácter internacional.

Ahora bien, no es esta Corporación la llamada a indicar los casos en los cuales puede afirmarse que un contrato tiene carácter internacional. Como ya se estudio, es este un tema polémico que debe ser definido, en primera instancia por el legislador atendiendo a los criterios del derecho internacional y, particularmente, a los casos en los cuales existe un conflicto de leyes en el espacio o un acuerdo de derecho público internacional. No obstante, existen algunos eventos en los cuales hay una total coincidencia respecto del carácter internacional de un contrato. En efecto, no cabe ninguna duda del tal condición en aquellos contratos que van a ser ejecutados, necesariamente, en un Estado distinto de aquél en el cual las partes tienen su domicilio. En este evento, como en ningún otro, el contrato está en contacto con dos o más ordenamientos jurídicos nacionales y, en consecuencia, dará lugar a un eventual conflicto de leyes.

Con independencia de los restantes criterios que sobre esta materia puedan adoptarse, cuando se trata de un asunto que claramente tiene carácter internacional, en el cual surge necesariamente un conflicto de leyes, nada obsta, como quedó expresado, para que las partes pacten un tribunal internacional de arbitramento, así se trate de un contrato estatal. En estricta aplicación del principio de conservación del derecho, hubiera podido afirmarse que en los contratos estatales, de carácter mercantil, celebrados “con persona nacional”, en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, era lícito pactar que las diferencias surgidas del contrato se sometan a la decisión de un Tribunal Arbitral Internacional, siempre que el mencionado contrato necesariamente se ejecute en territorio distinto al del Estado Colombiano. Pese a que se trata de una hipótesis de no común ocurrencia, sería la única que podía ser considerada y en la cual, claramente, la norma demandada habría resultado exequible.

No sobra advertir que este condicionamiento es procedente sólo respecto del artículo 4 parcialmente demandado, pues en cuanto se relaciona con el numeral 3 del artículo 1, el mismo no haría otra cosa que repetir lo dispuesto por el propio legislador en el numeral 2 de la misma norma, que literalmente indica:

Artículo 1°.- Criterios determinantes. Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos: (...)

2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal (...)

(Hasta acá, con algunas pocas modificaciones formales, la ponencia original).

### III. Comentarios adicionales a la decisión contenida en la sentencia C-347 de 1997

1. Según la sentencia de la cual me aparto, el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 315 de 1996 es exequible siempre que una de las partes del contrato tenga nacionalidad extranjera, pues ello permite afirmar que aquel tiene “un elemento extranjero”. Varias son las glosas que pueden formularse a esta regla. Sin embargo, por razones de tiempo y de espacio, me limito

a anotar las más evidentes.

2. No parece claro que el hecho de que una de las partes de un contrato mercantil tenga nacionalidad extranjera, implique, a su turno, que el citado contrato adquiere carácter internacional. Hoy por hoy, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, sostienen este aserto. Por el contrario, a la luz de todos los criterios que han sido acogidos por la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, definitivamente puede afirmarse que, a diferencia del domicilio, la nacionalidad de las partes no es una condición suficiente para determinar el carácter internacional de un contrato. Sin embargo, nada obsta para que la Corte proponga innovaciones jurídicas que pueden resultar más o menos sugestivas, para lo cual la propuesta deberá, por lo menos, justificarse adecuadamente en los motivos de la providencia. Con todo respeto, considero que este no es el caso.

3. El trato diferenciado en razón de la nacionalidad de las partes de un contrato mercantil celebrado ejecutado y liquidado en Colombia viola flagrantemente el principio de no discriminación (C.P. art. 13).

En primer término, puede comprobarse sin mayor dificultad que no existe ningún argumento, objetivo y razonable, que justifique el hecho de que, en territorio colombiano, los extranjeros – personas naturales o jurídicas – puedan decidir libremente las normas que regularán los contratos mercantiles que celebren, mientras que, de otra parte, se exige a los nacionales colombianos que se sometan a la legislación interna. Para efectos de la celebración y ejecución de este tipo de contratos es absolutamente irrelevante la nacionalidad de las partes contratantes. En otras palabras, en las relaciones mercantiles, los nacionales y los extranjeros están en idénticas circunstancias y, en consecuencia, nada justifica que unos y otros tengan distintos derechos y obligaciones.

Pero el problema no reside, simplemente, en que no exista una razón suficiente para justificar la diferencia de trato que genera la decisión de la Corte. El asunto, es mucho más grave, pues esta diferencia está fundada en uno de los criterios que, prima facie, se encuentran prohibidos por el artículo 13 de la Constitución – el origen nacional de las personas – y que, según jurisprudencia reiterada de esta misma Corporación, sólo pueden ser utilizados como fundamento de un trato disímil cuando sea absolutamente necesario para alcanzar un fin constitucionalmente imperioso.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que cuando se apela a uno de los criterios que, en principio, aparecen prohibidos por la Constitución, para establecer un trato diferenciado, aumenta la intensidad con la cual debe ser realizado el juicio de igualdad. Así por ejemplo, esta Corte ha indicado que si “la diferencia de trato se enmarca dentro de una de las razones explícitamente señaladas por el artículo 13 de la Carta como discriminatorias, quien la lleve a cabo asume la carga de la prueba que justifique su actuación, pues si ello no es así, se mantiene la presunción de trato inequitativo”<sup>4</sup>. Y sobre el mismo tema, posteriormente indicó: “Conforme a ese “test” de igualdad fuerte, sólo se podrían considerar admisibles aquellas clasificaciones que sean necesarias para alcanzar objetivos imperiosos para la sociedad y para el Estado”<sup>5</sup>.

En suma, en criterio de esta Corporación, “para que una medida que establece un trato diferenciado en virtud de uno de los criterios constitucionalmente “sospechosos” supere el juicio de igualdad, se requiere que se verifiquen los siguientes requisitos: (1) que persigue un objetivo constitucionalmente imperioso; (2) que hay datos suficientes para afirmar que resulta idónea para garantizar la finalidad perseguida; (3) que es indispensable para alcanzar tal propósito; (4) que el beneficio que busca obtener es mayor que el daño que procura; y (5) que el trato diferenciado se ajusta al grado de la diferencia que existe entre las personas o grupos de personas involucrados. Si una medida de la naturaleza de la que se estudia, no cumple alguna de estas condiciones, compromete el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política<sup>6</sup>” (Sentencia T-352 de 1997).

Me pregunto entonces, ¿en que consiste el objetivo constitucionalmente imperioso que persigue la decisión de la Corte?, ¿hay datos suficientes para afirmar que la medida definida por esta Corporación resulta idónea para garantizar la finalidad perseguida?, ¿la diferencia que se establece entre nacionales y extranjeros es efectivamente indispensable para alcanzar tal propósito?, ¿acaso el beneficio que busca obtener es mayor que el daño que produce?. No encuentro respuesta satisfactoria a ninguna de estas preguntas y, aunque la encontrara, ¿no ha debido la propia Corte aportar las razones que, en términos del test que ella misma ha elaborado, justifican el trato diferenciado en razón del origen nacional de las personas?.

Resulta, por lo menos, desconcertante, verificar que la decisión de la Corte, – a través de la cual se establece una condición fundada en un criterio *prima facie* prohibido por el artículo

13 de la Carta, para la aplicación de una norma legal -, no supera siquiera los pasos más elementales del “test” de constitucionalidad que la misma institución ha diseñado para evaluar las decisiones del legislador.

4. No sobra indicar que la decisión de la cuál me aparto, no sólo compromete el principio de no discriminación contenido en el artículo 13 de la Carta, sino el mandato imperativo que surge del artículo 4 en virtud del cuál “es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia, acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”. Según la sentencia los extranjeros en Colombia, no tienen el deber de obedecer las normas constitucionales a la hora de efectuar y ejecutar, en territorio nacional, un contrato mercantil. Cabría preguntarse al respecto, ¿cuál es el principio imperativo que justifica que los extranjeros se eximan del cumplimiento de normas constitucionales en territorio colombiano?.

5. Adicionalmente, la decisión adoptada afecta el compromiso del Estado social de derecho con la promoción de la igualdad real y efectiva.

En efecto, de la sentencia parece derivarse el postulado en virtud del cual las relaciones mercantiles se encuentran libradas por entero al reinado de la autonomía de la voluntad, dentro de los expresos y precisos límites que le impone el Código Civil. Un aserto de tal naturaleza se encontraría fundado en dos premisas centrales: (1) la separación entre el derecho público y el derecho privado, en virtud de la cual la Constitución es una norma eficaz sólo respecto de los poderes públicos mientras que las relaciones privadas están sometidas a las leyes civiles y mercantiles, que, entonces, tienen idéntica jerarquía material a la que ostenta la Constitución y (2) las personas que componen la sociedad contemporánea se encuentran en las mismas condiciones de igualdad, libertad y autonomía para pactar de consuno derechos y obligaciones correlativas. En consecuencia, el Estado debe limitarse a hacer cumplir los acuerdos pactados y a evitar que los mismos quebranten las normas de orden público consagradas en el estatuto civil. Por supuesto, desde la perspectiva de la Constitución vigente, estas dos premisas son falsas.

En el Estado social de derecho no es de recibo la separación estricta entre derecho público y derecho privado. Las leyes civiles y mercantiles no son hoy las únicas normas aplicables a los contratos entre particulares, pues la Constitución y, en particular, el catálogo de los derechos

fundamentales, tiene un notable efecto de irradiación en estos ámbitos. De otro lado, la desigualdad material entre las personas y la correlativa diferencia en términos de libertad y autonomía – sobre la que no es necesario ahondar; basta echar un vistazo a la realidad circundante – han sido expresamente reconocidas por el texto constitucional al imponer al Estado la obligación clara e ineludible de promover las condiciones materiales para que la igualdad sea real y efectiva. En esos términos, la sentencia parece proferida más a la luz del llamado constitucionalismo clásico que creía – o quería creer – en un *homo iuridicus* abstracto e ideal, que al amparo del nuevo modelo de Constitución que reconoce la desigualdad material existente y, en consecuencia, la desigual autonomía con la que los hombres acuden a satisfacer, a través del mercado, sus necesidades.

Ya en la práctica, si por ejemplo, una persona de nacionalidad extranjera es la única proveedora de un insumo necesario para acometer un proceso productivo nacional, y desea que sus contratos se sometan a las leyes de un Estado distinto, – que, por ejemplo, desconocen normas sobre la calidad del producto o los derechos del consumidor –, nada podría hacer el productor nacional, necesitado de ese insumo. Y no se trata de asuntos banales. Podemos estar hablando de la producción de medicamentos o de alimentos, o del fomento del agro y la industria nacional. La condición de desigualdad en la que se encuentra el comprador nacional, le obligaría a acogerse a las reglas que le impone su contraparte extranjera, no sólo en cuanto respecta a la sustancia del contrato, sino, incluso al ordenamiento en virtud del cual se resolverá un eventual conflicto. Nada más apartado del imperativo constitucional de promover la igualdad real y efectiva, que someter a las personas residentes en el territorio, que por cualquier circunstancia se encuentran en una relación de desigualdad que disminuye su autonomía, a la decisión plenamente autónoma de la parte extranjera, al margen, incluso, de las normas internas que patrocinan la igualdad. Todas las leyes que, en el territorio nacional, garantizan la defensa de los derechos de la parte “débil”, quedan reducidas a meros consejos, merced a la voluntad del contratante extranjero. Y, sin embargo, esta ruptura de la igualdad en las condiciones sustanciales de la contratación, no se puede corregir a posteriori, a través del mero control del laudo extranjero.

6. Sobre este último asunto, es importante hacer una anotación. La Corte cree resolver los eventuales problemas que podría generar su decisión, al establecer que “el fallo que dicten los árbitros no puede ser contrario a la Constitución, ni a ninguna norma de orden público”, lo

que será verificado a través del procedimiento de exequatur, tal y como se establece en el numeral 2 del artículo 694 del Código de Procedimiento Civil.

En primer lugar, esta advertencia en nada resuelve la discriminación que la decisión establece. En segundo término, está claro que el exequatur se limita simplemente a garantizar que no se ejecute en el territorio, una decisión que, franca y abiertamente, contraría las normas de “orden público”. Sin embargo, en este proceso no se hace – ni por su naturaleza se podría hacer – un análisis sustancial de la decisión judicial a fin de identificar si, por ejemplo, el fallador aplicó la hermenéutica constitucional que garantiza la promoción de la igualdad real y efectiva, o las disposiciones internas que protegen los derechos de quien no tuvo oportunidad real de negociar las condiciones del contrato. En otras palabras, este trámite no resuelve los problemas de constitucionalidad que afectan la decisión de la Corte.

7. No sobra indicar que resulta, por lo menos, extraño que la Corte hubiera diseñado, para efectos de realizar un fallo condicionado, la novedosa tesis de que es internacional el contrato celebrado entre dos personas de distinta nacionalidad y, sin embargo, no hubiese advertido que la segunda norma demandada podía ser exequible si se aplicaba a contratos ejecutados en un lugar distinto de aquel en el cual las partes tienen su domicilio. Tesis, esta última, menos novedosa que la primera y, por ello, de más fácil aceptación a la hora de aplicar el principio de conservación del derecho que, supongo, es el que justifica la decisión condicionada.

Lamentablemente, ante la magnitud del daño producido, la única esperanza que queda, para restablecer la igualdad quebrantada, es que el Congreso de la República en el futuro derogue el numeral 3 del artículo 1 demandado. De otra manera, la Corte se verá constreñida a resolver las inconsistencias generadas, a través de decisiones de tutela, sin que ello, necesariamente, garantice un restablecimiento pronto y seguro de la igualdad.

Fecha ut supra

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

1 Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de octubre 30 de 1986 (MP. Hernando Gómez Otálora).

2 Gaceta del Congreso, Año IV, N° 231, agosto 10 de 1995, p. 14.

3 Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

4 Sentencia T-230 de 1994. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 Corte Constitucional, sentencia C-445 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero

6 Ver entre otras las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: sentencias T-422 de 1992, T-230 de 1994, T- 563 de 1994, T-288 de 1995, T-422 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-530 de 1993, C-445 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.