

JUSTICIA ARBITRAL-Concepto/JUSTICIA ARBITRAL-Elementos

La jurisprudencia constitucional, concibe la justicia arbitral como el ejercicio de una competencia que tiene origen en la habilitación de las partes como manifestación de la autonomía de su voluntad y se encamina a resolver las controversias que se presentan en un caso concreto con efecto de cosa juzgada. La justicia arbitral en consecuencia: (i) es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos; (ii) supone el ejercicio de la función jurisdiccional por particulares; (iii) tiene naturaleza procesal; (iv) es de carácter transitorio o temporal; (v) profiere fallos en derecho o en equidad; (vi) se desarrolla en los términos que señala la ley; (vii) debe ejercerse dentro de las fronteras que le fijan los preceptos constitucionales.

JUSTICIA ARBITRAL-Aplicable en asuntos que sean susceptibles de transacción

ARBITRAJE-Definición

El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión llamada laudo arbitral.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha resaltado el carácter procesal del arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, concibiendo el arbitramento como un proceso que garantiza los derechos de las partes enfrentadas, mediante un conjunto de etapas y oportunidades para discutir argumentos, valorar pruebas, controvertir la posición de la otra parte e incluso controlar las decisiones de los árbitros. Por mandato legal, los árbitros cuentan prima facie con las mismas facultades procesales de las que disponen las autoridades judiciales estatales, esto es, el poder: (i) de decisión para resolver en forma obligatoria la controversia; (ii) de coerción, para procurar los elementos necesarios a fin de obtener el cumplimiento de la decisión, y (iii) de documentación o investigación para practicar pruebas, valorarlas y encontrar la verdad procesal indispensable para adoptar la decisión que corresponda.

LAUDO ARBITRAL Y SENTENCIA JUDICIAL-Semejanzas

El laudo arbitral se equipara a una sentencia judicial por cuanto pone fin al proceso y desata de manera definitiva la cuestión examinada. Adicionalmente, los árbitros son investidos de manera transitoria de la función pública de administrar justicia, la cual, ha sido calificada legalmente como un servicio público, motivo por el cual, no cabe duda que en sus actuaciones y en las decisiones que adopten los tribunales arbitrales están vinculados por los derechos fundamentales, por lo que resulta procedente la acción de tutela cuando estos sean vulnerados o amenazados con ocasión de un proceso arbitral.

MARGEN DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PROCESAL-Se ejerce dentro de las fronteras que fija la Constitución Nacional/MARGEN DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PROCESAL-Su trasgresión hace necesario el ejercicio del control constitucional

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la facultad de configuración de la Legislación se ejerce de conformidad con los preceptos establecidos en la Norma Fundamental cuando: (i) observa principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad, entre otros; (ii) vela por la vigencia de los derechos fundamentales de las ciudadanas y de los ciudadanos, lo cual, en el caso de las regulaciones en materia procesal, supone garantizar derechos tales como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia; (iii) obra conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y (iv) permite la puesta en vigencia del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas. En el evento en que la Ley se aparte de los criterios enunciados, se torna necesario el ejercicio del control por parte de la Corte Constitucional de forma que se asegure la vigencia de las fronteras que marca la Norma Fundamental.

MARGEN DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA ARBITRAL-Existencia de límites materiales para someter controversias a decisión de árbitros/JUSTICIA ARBITRAL-Opera cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular

La Corte Constitucional ha admitido cómo respecto del arbitramento existen límites materiales, esto es, que aún mediando la habilitación a las partes no toda cuestión materia de controversia puede ser sometida genéricamente a la decisión de árbitros. Ha entendido la Corte que la justicia arbitral únicamente puede operar cuando los derechos en conflicto son

de libre disposición por su titular, es decir, cuando respecto de ellos existe plena libertad de disposición. Tal facultad de renuncia o disposición es precisamente la que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio.

ACCION DE IMPUGNACION-Asuntos sometidos a esta acción no son transigibles

En el ordenamiento jurídico colombiano existen diversas disposiciones que establecen que los asuntos sometidos a acción de impugnación no son transigibles, como es el caso del artículo 13 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), así como el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 que establecen que los asuntos sometidos a acción de impugnación no son transigibles, por lo que no resulta factible ventilar ante árbitros estas cuestiones que de conformidad con la ley están excluidas de cualquier posibilidad de transigir.

DECISIONES DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS Y JUNTA DE SOCIOS DE SOCIEDADES COMERCIALES-Validez y legitimidad/DECISIONES DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS Y JUNTA DE SOCIOS DE SOCIEDADES COMERCIALES-Impugnación ante autoridades judiciales garantiza el acceso a la administración de justicia/SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES-Competencia para conocer impugnación de actos o decisiones de asambleas de accionistas, juntas de socios y de juntas directivas de sociedades

Las decisiones adoptadas en el contexto de una asamblea de socios o de una junta directiva han de cumplir con un conjunto de requisitos legales a fin de producir plenos efectos jurídicos. No observar tales exigencias, puede traer consigo la ineficacia, la nulidad relativa o absoluta y la no oponibilidad de las actuaciones. De ahí que la cautela legal contenida en el artículo 194 demandado según la cual las acciones de impugnación consignadas en las normas citadas habrán de ser ventiladas ante las autoridades judiciales estatales, así se haya pactado previamente cláusula compromisoria, adquiere un sentido específico cual es evitar que las partes de un contrato sometan a transacción aquellos asuntos ligados con la presencia de defectos que cuestionan la validez o la legitimidad de las actuaciones por ellas suscritas. Esta previsión legal se encamina a proteger objetivos tales como la garantía de igual acceso a la administración de justicia de los ciudadanos y las ciudadanas quienes tienen el derecho de controvertir la validez y legitimidad de decisiones societarias. Resulta preciso recordar que en virtud de lo establecido por el artículo 137 de la Ley 446 del 14 de

julio de 1998, la Superintendencia de Sociedades tiene competencia para conocer de la impugnación de actos o decisiones de Asamblea de Accionistas o Junta de Socios y de Juntas Directivas, en su caso, de las sociedades vigiladas por esa misma entidad, mediante un proceso verbal sumario, precepto que fue examinado por la Corte Constitucional y declarado exequible por los cargos analizados mediante sentencia C-672 de 1999 y también declarado ajustado a la Constitución respecto de los reproches formulados con fundamento en la sentencia C-833 de 2006.

ARBITRAMENTO-Exclusiones

Ha dicho la Corte Constitucional en varias de sus sentencias que existen diversas cuestiones que han de permanecer excluidas del arbitramento, por ejemplo, asuntos tales como los relacionados con el estado civil o aquellos que tengan que ver con los derechos de las personas con limitaciones psíquicas o respecto de derechos que la ley prohíba disponer. En igual sentido, ha manifestado la Corporación que aquellas cuestiones en los que se encuentra de por medio el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional deben ser ventilados ante las autoridades estatales.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN ARBITRAMENTO-Límites al poder habilitante de las partes

La Legislación está facultada para establecer límites al poder habilitante de las partes. Tales restricciones se refieren, de un lado, a la temporalidad de la actividad de las personas particulares como administradoras de justicia y, de otro, a las cuestiones acerca de las cuales pueden versar sus decisiones. Dicho de otro modo: la justicia arbitral no solo se sujeta a un límite temporal por cuanto está circunscrita al término que las partes y en su defecto la ley, señalen para el ejercicio de esta potestad, sino que igualmente se ajusta a un límite material, demarcado por los asuntos que son susceptibles de ser resueltos por particulares. Así las cosas, no obstante la cláusula de habilitación en cabeza de las personas particulares para someter a la justicia arbitral la resolución de sus controversias, existen materias que no pueden ser sometidas genéricamente a la decisión de árbitros. Se infiere que las materias susceptibles de arbitramento son aquellas que pueden ser objeto de su transacción, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición.

IMPUGNACION DE DECISIONES DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS Y JUNTA DE SOCIOS DE SOCIEDADES COMERCIALES-Persigue un fin de interés público

La cautela legal contenida en el precepto acusado persigue un fin de interés público cual es asegurar a los socios que las diferencias existentes respecto de la validez o legitimidad de las actuaciones que los vinculan, sean de conocimiento de las autoridades judiciales estatales. Dada la trascendencia de las cuestiones en juego - la validez o legitimidad de los actos societarios - ha de garantizarse que las discrepancias al respecto no sean decididas de manera ad hoc - por un árbitro o centro de arbitraje - sino que sean resueltas por la justicia estatal. La previsión legal contenida en la disposición acusada se enmarca dentro de los asuntos que le compete regular a la Legislación en virtud de la cláusula general de competencia. Por ser problemas relacionados con la validez de los actos societarios, la Ley puede resolver que tales aspectos no sean llevados ante árbitros sino que sean decididos por medio de la justicia estatal y al hacerlo de manera expresa convierte el legislador tales normas en asuntos indisponibles por parte de los particulares.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE REGULACION QUE RESTRINGE LA ACTIVIDAD ECONOMICA O LA INICIATIVA PRIVADA-Aplicación del criterio de inconstitucionalidad manifiesta

Si la regulación legislativa que restringe la actividad económica o la libre iniciativa privada no vulnera de modo claro la Constitución Nacional o establece limitaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, debe ser considerada constitucional.

LIBERTAD ECONOMICA Y LIBRE INICIATIVA-Límites constitucionales en su regulación

DECISIONES DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS Y JUNTA DE SOCIOS DE SOCIEDADES COMERCIALES-Carácter de intransigible a la posibilidad de impugnar ante los jueces los actos societarios afectados en su validez/IMPUGNACION ANTE JUSTICIA ORDINARIA DE DECISIONES DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS Y JUNTA DE SOCIOS DE SOCIEDADES COMERCIALES-Posibilita la suspensión de las actuaciones impugnadas

Si se prescinde de la intervención por parte de la justicia ordinaria en asuntos de tanta entidad como los relacionados con la validez o legitimidad de las actuaciones societarias, la decisión adoptada no sería ya respetada y obedecida en virtud de su carácter erga omnes y,

más bien, sería únicamente conocida por los socios o codueños de la sociedad o de la empresa. Asimismo, si se cierra la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria, los administradores de la sociedad así como el revisor fiscal quienes de conformidad con lo dispuesto por el artículo 93 del Código de Comercio pueden ejercer acción de impugnación de las actuaciones societarias, se verían privados para ejercer tales acciones por cuanto ellos no son parte del contrato social y tampoco de la cláusula compromisoria. Resulta indispensable destacar que según lo establecido por el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, quien acude a la acción de impugnación puede solicitar la suspensión de las actuaciones impugnadas hasta el mismo momento en el que se presente una decisión de fondo, lo que tiene por finalidad evitar que se provoquen graves perjuicios. Esta posibilidad no se presenta dentro el trámite arbitral.

Referencia: expediente D-6932

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 194 (parcial) del Decreto 410 de 1971

Demandante: Fabián López Guzmán

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de abril de dos mil ocho (2008).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública establecida en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Fabián López Guzmán solicitó ante esta Corporación la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 194 (parcial) del Decreto 410 de 1971 “Por el cual se expide el Código de Comercio.”

Mediante auto de veintiuno de septiembre de 2007, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda contra el precepto contenido en el referido decreto y en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 244 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Ministerio del Interior y de Justicia y a la Superintendencia de Sociedades, para que si lo estimaban oportuno, intervinieran directamente o por medio de apoderado escogido para el efecto indicando las razones que, en su criterio, justifican la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas demandadas. Dispuso asimismo correr traslado de la demanda al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor. Invitó a la Federación Nacional de Comerciantes - FENALCO -, a la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia, a las Facultades de Derecho de las Universidades Nacional, EAFIT y Externado para que, de considerarlo pertinente, indicaran los motivos que justifican la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto demandado.

Cumplidos los trámites ya relacionados, propios de esta clase de procesos, y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto del Decreto demandado:

DECRETO 410 DE 1971

(marzo 27)

Diario Oficial No. 33.339, del 16 de junio de 1971

“Por el cual se expide el Código de Comercio”

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de

las facultades extraordinarias que le confiere el

numeral 15 del artículo 20 de la Ley 16 de 1968,

y cumplido el requisito allí establecido,

DECRETA:

(...)

CAPÍTULO VII.

ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS Y ADMINISTRADORES

SECCIÓN I.

ASAMBLEA GENERAL Y JUNTA DE SOCIOS

(...)

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

III. LA DEMANDA

El actor considera que el precepto parcialmente demandado vulnera los artículos 116 y 333 de la Constitución Nacional. Sustenta su acusación en los motivos que se exponen a renglón seguido.

Según el demandante, a partir de lo consignado por el artículo 116 de la Constitución Nacional se desprende el derecho de acceso a la justicia arbitral por cuanto este precepto contempla la posibilidad de conformidad con la cual los particulares están facultados para administrar justicia como árbitros. En tal sentido, estima el actor que los particulares pueden pactar válidamente cláusulas compromisorias en virtud de las cuales acuerden someter las diferencias surgidas con ocasión del giro ordinario de sus negocios a un tribunal de arbitramento. Concluye que esta prerrogativa constitucional es puesta en entredicho por el artículo 194 del Código de Comercio el cual prevé que las acciones de impugnación señaladas por el ordenamiento deben tramitarse siempre ante la jurisdicción ordinaria.

Subraya el actor, las consecuencias que trae consigo, en su opinión, el que una vez pactada

la cláusula compromisoria por los socios para resolver todas sus controversias, incluidas las acciones de impugnación, estos se vean obligados a ventilar sus conflictos ante la jurisdicción ordinaria. En su parecer, lo anterior atenta contra los principios procesales de celeridad, eficacia y economía procesal. A su juicio, el precepto acusado “ignora la voluntad de los socios.”

El socio que desde un comienzo opta por dirimir toda clase de conflictos societarios, incluida la impugnación, ante la justicia arbitral “es porque económicamente puede hacerlo.” Agrega, que al declararse inexecutable el precepto demandado se le confiere mayor protección a los socios de una compañía y no se desconocen los derechos de los socios minoritarios, ni mucho menos el orden público. Afirma, que, por el contrario, “se le garantizan (los derechos) igual que como ocurre en la jurisdicción ordinaria, solo que el conflicto se resuelve más rápido, lo que se traduce en economía procesal y, por consiguiente, en economía para el actor.”

Sostiene, de otra parte, que el artículo 333 de la Constitución Nacional eleva a rango constitucional la autonomía de la voluntad privada la cual también resulta desconocida por el precepto acusado. Añade, al respecto, que las cláusulas compromisorias en tanto expresiones del ejercicio de la libertad contractual son una manifestación de dicha autonomía y que la negación de sus efectos, tal como a su juicio sucede con lo dispuesto por el artículo 194 del Código de Comercio acusado, representa una infracción del artículo 333 superior.

Por las razones señaladas, el actor solicita a la Corte Constitucional declarar la inexecutable del precepto demandado.

IV. INTERVENCIONES

1.- Superintendencia de Sociedades

La ciudadana Claudia Consuelo Pedraza Córdoba en su calidad de abogada, funcionaria de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Sociedades por medio de escrito allegado a la Secretaría de esta Corporación el día 17 de octubre de 2007 solicitó que se declarara la executable del precepto acusado. Ofreció las siguientes razones en apoyo de su punto de vista.

Recordó el escrito de intervención, que las decisiones adoptadas en el contexto de una asamblea de socios o de una junta directiva, exigían el cumplimiento de los requisitos legales con el objeto de producir plenos efectos jurídicos. La ausencia de tales requerimientos, insistió, puede traer como consecuencia la “ineficacia, la nulidad relativa (tutela al interés particular), nulidad absoluta (tutela al interés público) y no oponibilidad de las actuaciones. Destacó, más adelante, que en el evento de presentarse conflictos con respecto a las decisiones adoptadas por el máximo órgano de una sociedad o por su junta directiva el legislador había previsto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 194 que la justicia ordinaria tendría la competencia exclusiva para conocer de tales discrepancias incluso si se había pactado cláusula compromisoria. Trajo a la memoria la Superintendencia de Sociedades que esta situación había variado de manera sustancial por cuanto la Ley 222 de 1995 en su artículo 239 - confirmada más adelante por lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley 446 de 1998 - había dispuesto, a su turno, que la Superintendencia de Sociedades también estaba facultada para conocer y dirimir por medio de proceso verbal sumario la impugnación de actos o decisiones que se hayan tomado en sociedades por ella vigiladas.

Añadió, de otra parte, que era preciso tener en cuenta el párrafo del artículo 87 de la Ley 222 de 1995 según el cual a la Superintendencia de Sociedades se le había conferido la facultad, esta vez administrativa y no jurisdiccional, para verificar los presupuestos de ineficacia siempre que se tratara de los casos señalados en el Libro Segundo del Código de Comercio y en relación con las sociedades no sometidas a la vigilancia o control de otra Superintendencia.

A partir de lo expuesto, concluyó que de conformidad con la legislación vigente las únicas autoridades con capacidad declarativa en asuntos atinentes a los vicios de las decisiones adoptadas durante las reuniones del máximo órgano social o de la junta directiva de una compañía eran, de una parte, la justicia ordinaria y, de otra, la Superintendencia de Sociedades. En relación con la justicia arbitral, hizo un recuento de la legislación aplicable y subrayó que el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 había modificado el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989 y, en ese orden de cosas, había dispuesto que el arbitraje era “un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, [deferían] su solución a un tribunal arbitral, el cual [quedaba] transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral ...” (Énfasis y subrayas dentro del texto presentado por la Superintendencia de Sociedades).

De acuerdo con lo anterior, dijo la entidad interviniente, resulta factible afirmar que la justicia arbitral se aplica en relación con asuntos que puedan ser objeto de transacción, esto es, “se limita a aquellas [controversias] que admiten que las partes en conflicto efectúen concesiones recíprocas con tal de llegar a un acuerdo que finiquite el conflicto.” Por el contrario, insistió la Superintendencia de Sociedades, los vicios que pueden presentarse en relación con los negocios jurídicos tales como “la ineficacia, la nulidad y la inoponibilidad que se derivan de presupuestos taxativamente planteados por la ley lo cual los hace intransigibles, no resultan materia sobre la cual arbitrar, en tanto que lo dispuesto en normas de orden público no puede ser materia de concesión.” Insistió la interviniente que de modo congruente con el universo normativo, el legislador había exceptuado del arbitraje las impugnaciones contra las decisiones adoptadas por el máximo órgano social de una compañía.

Más adelante, la Superintendencia de Sociedades consideró preciso reconocer cómo si bien era cierto que por virtud de lo dispuesto en el artículo 110 del Código de Comercio la ley le ofrecía un gran margen de apreciación a los particulares, en lo que se refería al contrato de sociedad, tal libertad no era ilimitada y era la misma ley la que imponía límites. Enfatizó en que las normas que componían el Código de Comercio eran normas de orden público, esto es, imperativas e indisponibles motivo por el cual el principio de autonomía de la voluntad no regía de modo absoluto en esta materia. Acentuó cómo el artículo 4º del Código de Comercio establecía que las “estipulaciones contractuales sólo se [preferirían] respecto de normas legales supletivas y de la costumbre mercantil, nunca respecto de una norma expresa, tal como el artículo 194 demandado.” Señaló la interviniente que la restricción de la autonomía de la voluntad privada también tenía lugar en otros campos del derecho e incluso dentro del ámbito de las sociedades comerciales existían limitaciones (régimen de mayorías, quórum necesario para adoptar decisiones, etc.).

Por los motivos expuestos, estimó que la última parte del artículo 194 del Código de Comercio demandada en la presente ocasión, no desconocía “bajo ningún punto de vista los mandatos constitucionales” y solicitó a la Corte declarar su exequibilidad.

2. Intervención presentada por el Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

Por medio de escrito recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el día 17 de octubre de 2007 el ciudadano Ramiro Bejarano Guzmán como ciudadano en ejercicio y en su condición de Director del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, solicitó a la Corte Constitucional que declarara la constitucionalidad de la disposición demandada. Aportó las siguientes razones en apoyo de su solicitud.

En contraposición a lo expuesto por el demandante, sostuvo el interviniente que el aparte acusado no desconocía lo dispuesto por el artículo 116 superior. Afirmó, sobre el particular, que “la razón de tornar ineficaz un pacto arbitral respecto de las controversias de impugnación de actas y decisiones de asambleas, juntas directivas y de socios de sociedades no [obedecía] a un capricho, menos a una arbitrariedad del legislador extraordinario.” A su juicio, la ratio legis que sirvió de inspiración a este legislador conserva vigencia en la actualidad pues impide, de un lado, que las partes “transijan las diferencias entre accionistas y socios con la sociedad, cuando estas son salpicadas de vicios de nulidad absoluta; y de otro, la circunstancia de no forzar a accionistas y socios a convocar costosos tribunales de arbitramento.”

Insistió el ciudadano Bejarano y, para tales efectos se apoyó en la doctrina, que de conformidad con lo dispuesto tanto en el artículo 13 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia) como en el artículo 111 de la Ley 446 de 19981, que los asuntos sometidos a acción de impugnación no eran susceptibles de transacción. Llamó la atención el interviniente acerca de que la libertad de fijar cuáles eran los asuntos objeto de transacción estaba limitada por la naturaleza misma del derecho en cuestión. Apoyándose en la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2001) enfatizó que le correspondía al legislador fijar en qué casos estaba restringida la posibilidad de transar. Indicó, más adelante, que “la libre disposición por parte de su titular [debía] entenderse como la libertad de renuncia en todo o en parte y ésta a su vez [determinaba] el carácter transigible de un litigio o de un derecho. La sociedad al detentar la calidad de sujeto pasivo de la acción, señaló, está representando la suma de todos los intereses de los socios que están en ella, por lo tanto el interés de la sociedad es un interés público de todos los socios.”

Al estar de por medio un asunto de interés público, agregó, no resulta factible que la

sociedad por intermedio de su representante “tenga la capacidad de disposición en una sola persona y, como consecuencia de ello, los asuntos que tengan relación con este punto no pueden ser objeto de transacción. Precisamente, la voluntad del legislador se orientó a establecer que aquellas controversias entre los socios relacionadas con la pretensión de anulación de las decisiones adoptadas por las asambleas, juntas directivas o de socios de las sociedades debían ser resueltas en exclusiva por parte de los jueces ordinarios y jamás por árbitros. Esta decisión se justifica según el interviniente, por cuanto “en la órbita de la política legislativa bien puede el legislador reservar sólo a los jueces ordinarios unas determinaciones, para que el derecho dictado por los jueces sea el que trace el sentido preciso de la jurisprudencia, bien como una de las fuentes del derecho o como criterio auxiliar de la actividad judicial, en los términos de que trata el artículo 230 de la [Constitución Nacional].”

Destacó el interviniente, que los árbitros eran, en efecto, jueces. Acentuó, no obstante, que sus decisiones no constituían jurisprudencia arbitral. Dijo al respecto: “[e]n efecto, la jurisprudencia, fuente del derecho, ha de provenir de los jueces ordinarios de la nación, porque son estos los que pertenecen y hacen parte de un órgano jurisdiccional, elemento extraño al árbitro. La jurisprudencia fuente del derecho no puede definirse con simplista criterio gramatical, según el cual todo lo que implique decisión sobre algún litigio, es jurisprudencia. (...) La jurisprudencia es aquella que identifica un órgano jurisdiccional en concreto que por pertenecer a una de las ramas del poder público, identifica un parecer o concepto sobre una norma o tendencia jurídica.”

En contraste con lo anterior, subrayó, “los árbitros que deciden un litigio no reflejan la opinión de una corporación pública, ni siquiera privada, pues tampoco comprometen a los centros de arbitraje, en los eventos en los que se trata de tribunales administrados por estos.” En su opinión, los árbitros “representan sólo su particular opinión de un asunto que ha sido sometido a su conocimiento, pues tampoco podría decirse que lo expresado como fundamento de un fallo arbitral compromete o identifica a todos los árbitros que de una u otra manera han fallado casos similares.” Recalcó el ciudadano Bejarano que la jurisprudencia no podía reducirse a lo que fuera capaz de conceptuar “una justicia remunerada, como la arbitral, en veces administrada de manera desordenada, interesada y no en pocas ocasiones en presencia de una ostensible parcialidad de unos árbitros que no siempre [tenían] claros sus deberes para declararse impedidos, cuando en ellos [concurrían]

causales claras de impedimento y de recusación. Por lo anterior, consideró el ciudadano Bejarano Guzmán que era sano el que “en términos judiciales y democráticos [cuando los socios] tengan que disentir de las decisiones de las sociedades acudan a un juez ordinario, en vez de verse compelidos a ventilar sus controversias delante de costosos tribunales de arbitramento.”

Indicó que la consecuencia de declarar la inexecutable del precepto demandado se traduciría de inmediato en que los socios de las diferentes clases de sociedades tendrían en el futuro que “provocar la integración de tribunales de arbitramento cada vez que [tuvieran] que disentir de una decisión societaria, lo que en buen romance [equivaldría] cerrarle el camino de acceso a la justicia a quienes [carecieran] de recursos económicos, o al menos [implicaría] entorpecerlo, pues [ellos] tendrían que intentar la convocatoria de un tribunal a sabiendas de que por adolecer de recursos, éste no [podría] funcionar [o] lo peor, conduciría a una parte económicamente débil a tener que convocar un arbitramento para enfrentarse a la sociedad de la que es accionista o socio corriendo el riesgo de que [ante la carencia de recursos] para pagar el 50% de los honorarios y gastos, tal rubro lo asuma su poderosa contraparte, la que por es camino quedaría en capacidad de demandar a ese accionista o socio, para forzarlo [por medio] de un proceso ejecutivo a rembolsar la parte pertinente, según las voces perentorias del inciso 3 del artículo 144 del decreto 1818 de 1998.”

Con fundamento en los motivos indicados, solicitó que la Corte Constitucional declarara la inexecutable del precepto demandado.

3.- Intervención del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

En escrito allegado a la Secretaría General de esta Corporación el día 17 de octubre de 2007 el ciudadano Álvaro Peñaranda Álvarez actuando a nombre y representación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo expuso las razones en las que sustentó la defensa de la norma acusada.

Según el interviniente la norma demandada no desconoce ni el artículo 116 de la Constitución Nacional ni el artículo 333 superior. En su opinión, el actor parte de “una falsa concepción filosófica jurídica sobre la existencia de libertades absolutas en todas las actividades que puede el hombre realizar en sociedad.” Estima, que esta concepción resulta por entero errada pues “desde tiempos inmemoriales y frente al origen y a la existencia del

Estado, como aparato regulador de las relaciones entre sus asociados entendidos como personas jurídicas y/o naturales, siempre se ha argumentado que todos y cada uno de los miembros de esa sociedad han acordado vivir en ella [y con el propósito de] lograr su armonía y la concordia entre sus integrantes pactan algunos parámetros de convivencia ciudadana.” En esta misma línea de pensamiento, recuerda el interviniente cómo en un Estado social de derecho “no existen libertades absolutas” y la máxima de conformidad con la cual los derechos terminan donde comienzan los de los demás se constituye en una garantía y en “pieza fundamental para la seguridad y mantenimiento del orden social y justo.” Considera el interviniente que el legislador en el caso sub examine no pretendió nada diferente a observar la máxima descrita.

Respecto de los reparos efectuados por el demandante en relación con la supuesta vulneración del artículo 133 superior, indicó el interviniente que lo que tal precepto establecía eran “los principios de libertad de empresa e iniciativa particular o privada” y consignaba asimismo “principios relacionados con la libre competencia.” Insistió, sin embargo, que lo plasmado en el mencionado artículo no podía entenderse en términos absolutos ni abstractos pues las exigencias allí previstas tenían también por objeto trazar límites a la libertad económica mediante la ley “cuando así lo exijan las condiciones tendientes a la satisfacción del interés social, de ahí que las empresas o sociedades comerciales de iniciativa y creación privada, sean supervisadas y controladas por órganos previamente creados para el efecto por el propio Estado.”

Aunado a lo anterior, manifestó el interviniente que de declararse la inexecutable del precepto demandado – dejando de lado la intervención del funcionario judicial – esto traería como consecuencia que la decisión adoptada ya no sería respetada y obedecida en virtud de su carácter erga omnes sino que estas decisiones serían conocidas únicamente “por los socios o codueños de la sociedad o de la empresa.” Así, agregó, “las actuaciones registradas ante estos órganos [tendrían] efectos privados, mientras que los actos, decisiones o fallos proferidos por los funcionarios jurisdiccionales son de conocimiento general y [producen efectos] erga omnes.

Por las razones expresadas solicitó a la Corte Constitucional abstenerse de declarar la inexecutable del precepto demandado.

4.- Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

Por medio de escrito presentado ante la Secretaría General de la Corte Constitucional, el ciudadano Saúl Sotomonte Sotomonte presentó escrito de intervención a nombre de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. A continuación se transcriben los motivos que ofreció el interviniente para pedir a la Corte que declarara la constitucionalidad de la norma demandada.

“1. No obstante que no existen actas detalladas sobre [el origen del artículo 194 del Decreto 410 de 1971 a partir] de los comentarios de algunos redactores del Código de Comercio se deduce que la norma se originó en las siguientes consideraciones:

1. Por la época varios juristas sostenían que los Tribunales de Arbitramento no eran competentes para declarar nulidades. Posición ya superada.

2. Si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 193 inciso tercero del mismo código, la acción de impugnación también puede ser ejercida por los Administradores de la Sociedad o por el Revisor Fiscal, se tendría que si tales controversias se someten a la justicia arbitral, los así legitimados no podrían iniciar tales acciones por cuanto que no son parte del contrato social y, por tanto, tampoco de la cláusula compromisoria.

3. Las partes comprometidas por la cláusula compromisoria deben estar dispuestas a cancelar las costas del mismo trámite, lo que le limita en mayor medida el acceso a la justicia a las minorías y al mismo revisor Fiscal.

1. De conformidad con el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, el actor en demanda de impugnación puede pedir la suspensión de los actos impugnados hasta cuando haya decisión de fondo para así evitar graves perjuicios, lo cual no es procedente en el trámite arbitral.

2. Con la limitación establecida en el artículo 194 no se está afectando el derecho que se tiene de acceder a la justicia. Todo lo contrario, se está reafirmando la prioritaria función que

en esta materia le corresponde al Estado.

3. Además de conformidad con la ley 222 de 1995 y con la ley 446 de 1998, de manera desafortunada se estableció que en materia de impugnaciones los interesados también pueden recurrir ante la Superintendencia de Sociedades.

Con fundamento en los motivos expresados, el interviniente solicitó a la Corte Constitucional declarar la constitucionalidad del precepto acusado.

5.- Intervención de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia ANDI

Por medio de escrito presentado ante la Secretaría de la Corte Constitucional el día 31 de octubre de 2007 el ciudadano Luis Carlos Villegas Echeverri solicitó a la Corporación que declarara la inexecutable del precepto demandado. Dividió su escrito en tres partes. En la primera, se encaminó a identificar el bien jurídico tutelado con el precepto. En la segunda, abordó el estudio de pertinencia del artículo e indicó las que, a su juicio, configuraban contradicciones con el fin buscado. Por último, indicó de qué manera podría evolucionar la legislación relacionada con la temática bajo análisis.

Respecto del bien jurídico tutelado indicó la intervención que el artículo 194 del Decreto 410 de 1971 había tenido como propósito proteger “los intereses de accionistas minoritarios que eventualmente podrían verse afectados en el ejercicio de su derecho de impugnación a través de la consagración de una cláusula compromisoria. Admitió el interviniente que esta protección era legítima pero se preguntó más adelante si constituía una vía idónea para conseguir dicho objetivo y no existían otras vías que permitieran llegar al mismo resultado.

Llegó a la conclusión según la cual “la norma impugnada no [resultaba] ser la vía adecuada para proteger el bien jurídico supracitado, pues su formulación y aplicación práctica [contrariaba] en primer lugar el fin que ella misma [perseguía] y, simultáneamente, una serie de preceptos constitucionales.” Explicó a continuación que en relación con la protección de los derechos de accionistas minoritarios existía un conjunto de prescripciones contenidas en el “Código de mejores prácticas corporativas para Colombia o Código País” “que redundaba en mayor beneficio de los accionistas y que vía autorregulación complementa las prácticas que en materia de gobierno corporativo profesan las sociedades colombianas.” Manifestó el interviniente que en lo relativo a las controversias que se suscitan entre la sociedad, sus

accionistas y sus administradores el mencionado código recomendaba “vías de arreglo directo y formas alternativas de solución de conflictos tomando siempre en cuenta las limitaciones de los pequeños accionistas o inversionistas.” A partir de allí, dedujo el interviniente que los conflictos suscitados debían “ser resueltos privilegiando mecanismos extrajudiciales de solución y, en primer lugar, el arreglo directo, dentro de un marco de respeto por los derechos de los accionistas minoritarios.”

En opinión del ciudadano el precepto demandado trae como consecuencia para los accionistas minoritarios “la imposibilidad de acudir a otra serie de vías procesales y extraprocesales de impugnación de las decisiones de la sociedad, pues indica de manera taxativa que la única vía de objeción que se tiene es la de acudir ante los jueces ordinarios.” Enfatiza que de lo dicho se sigue “el absurdo de que los accionistas se vean obligados a prescindir de mecanismos de arreglo directo, como la transacción o la conciliación e, igualmente, imposibilita la vía arbitral generando que tengan que esperar que la decisión sea tramitada por el juez civil, con los costos económicos y de tiempo que ello genera, pues deberán incurrir en los gastos que cualquier proceso implica y adicionalmente, tendrán que esperar que un largo y lento proceso abreviado termine.”

Acentuó el interviniente que la norma en cuestión tornaba imposible entregar competencia a un tercero investido temporalmente de jurisdicción pues obligaba a acudir a la jurisdicción ordinaria aún cuando se hubiera pactado cláusula compromisoria. Con ello, añadió, se restringe de modo ilegítimo el principio de habilitación consignado en el artículo 116 de la Constitución Nacional “pues no existe ningún argumento de interés público que faculte al legislador para impedir que los particulares, en desarrollo del principio citado, entreguen temporalmente facultades jurisdiccionales a particulares.”

Encontró el ciudadano Villegas Echeverri que la norma acusada restringía de manera injustificada el principio de libre iniciativa privada así como la autonomía de la voluntad privada por cuanto con su aplicación se generaba la imposibilidad de que las diferencias presentadas en el contexto de la sociedad o entre los socios o entre los socios y los administradores fueran resueltos mediante el trámite arbitral u otras vías de arreglo directo. Insistió en que esto también afectaba a los socios minoritarios pues los privaba de poder acudir a “vías más expeditas para la solución de un conflicto.”

Con fundamento en lo expuesto, concluyó que el artículo impugnado no lograba proteger el bien jurídico que intentaba tutelar y más bien lo afectaba y contradecía, de paso, el principio de habilitación de los particulares para ejercer de modo temporal funciones judiciales (artículo 116) y el principio de libre iniciativa privada motivo por el cual debe ser retirado del ordenamiento. Para terminar, estimó el interviniente que lo anterior sería una buena forma de continuar el desarrollo legislativo pues significaría dar un paso adelante en el sentido de posibilitar a las partes interesadas para que sean ellas mismas quienes “en desarrollo de la autonomía negocial que debe caracterizar sus relaciones, escojan el medio idóneo para solucionar sus diferencias a través de los diferentes mecanismos ofrecidos por el Estado para hacerlo (arreglo directo, conciliación, transacción, arbitraje, etc.).”

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El concepto número 4420 emitido por el Procurador fue allegado a la Secretaría General de esta Corporación el día 14 de noviembre de 2007. La Vista Fiscal solicitó a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad de la expresión “ante los jueces aunque se haya pactado cláusula compromisoria” contenida en el artículo 194 del Decreto 410 de 1971 “Por el cual se expide el Código de Comercio”. Sustentó su solicitud en los motivos que se sintetizan a continuación.

La Vista Fiscal encontró que en el asunto sub judice el problema jurídico consistía en determinar si el artículo 194 del Código de Comercio al establecer como obligatorio el conocimiento de acciones de impugnación de las decisiones de la asamblea o junta de socios por parte de la justicia ordinaria aún cuando se hubiese pactado cláusula compromisoria desconocía, por un lado, el artículo 116 de la Constitución Nacional de conformidad con el cual los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad y, por otro, el artículo 333 superior, que establece que la libertad económica y la iniciativa privada son libres.”

En relación con los reparos de inconstitucionalidad elevados por el demandante admitió el Jefe del Ministerio Público que si bien era cierto los particulares podían ser investidos con la función de administrar justicia en forma transitoria y estaban, en consecuencia, habilitados para fallar en derecho o en equidad, no menos cierto era que la justicia arbitral constituía un

mecanismo “alternativo excepcional y oneroso en relación con la función de administrar justicia que corresponde al Estado. Según el artículo 228 superior, al Estado le corresponde por la vía ordinaria solucionar los conflictos que se presenten entre particulares o entre éstos y el Estado. Uno de los rasgos específicos de la justicia estatal, resaltó el Procurador es precisamente la gratuidad.

En relación con el principio de gratuidad, enfatizó la Vista Fiscal cómo la jurisprudencia constitucional había sido reiterativa en afirmar que “la justicia arbitral no podía reemplazar o disminuir el campo de acción de la función permanente de administrar justicia por parte del Estado.” En tal sentido, insistió en que la justicia arbitral era onerosa y recalcó que por este motivo no podía extenderse de tal manera que llegara al extremo de sustituir la justicia gratuita a cargo del Estado. En ese mismo orden de ideas, recalcó que “a la justicia arbitral sólo [debía] acudir excepcionalmente y como mera opción.” Lo contrario, significaría, en su opinión “fortificar la justicia arbitral en menoscabo de la justicia a cargo del Estado” y podría traer consigo que por la vía del arbitramento termine por imponerse a la parte débil de una relación jurídica “la solución de un conflicto que en algunas ocasiones puede implicar la renuncia a sus derechos e intereses (Corte Constitucional. Sentencia C-672 de 1999).

En desarrollo de su punto de vista, el Jefe del Ministerio Público hizo mención de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 446 de 1998 por medio del cual el legislador define la figura del arbitraje en tanto que “mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente revestido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.” (Énfasis y subrayas añadidas por el Jefe del Ministerio Público). Recordó el Procurador que la Corte constitucional había declarado exequible la expresión transigible contenida en el artículo en mención por medio de la sentencia C-098 de 2001, la cual citó en extenso.

Dado que de conformidad con la legislación vigente no resulta factible transigir respecto de una decisión adoptada por la asamblea o junta de socios que desconoce las prescripciones legales o estatutarias, concluyó la Vista Fiscal que el legislador había tenido razón válida para limitar la voluntad de las partes y disponer por medio de la expresión acusada que las acciones de impugnación contra esos actos irregulares no podían intentarse ante particulares. Luego de recordar que el artículo 137 de la Ley 446 de 1998 había atribuido a la

Superintendencia de Sociedades la facultad para conocer de la impugnación de actos o decisiones de asamblea de accionistas o juntas de socios y de juntas directivas de sociedades vigiladas por ella, señalando que la acción indemnizatoria a que hubiere lugar por los posibles perjuicios que derivaran del acto o decisión que se declararan nulos sería competencia exclusiva del juez -asunto que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-833 de 2006 -, solicitó a la Corte declarar la exequibilidad del precepto parcialmente demandado en la presente ocasión.

Competencia

1.- La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241 numeral 4º de la Constitución Nacional.

Objeto de la demanda

2.- El demandante estima que la expresión contenida en el artículo 194 (parcial) del Decreto 410 de 1971 "Por el cual se expide el Código de Comercio" de conformidad con el cual las acciones de impugnación previstas en el correspondiente Capítulo del Código de Comercio "se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria" desconoce tanto el artículo 116 de la Constitución Nacional como el artículo 333 superior por cuanto, de una parte, impide el acceso a la justicia arbitral desconociendo que según el artículo 116 los particulares pueden pactar válidamente cláusulas compromisorias en virtud de las cuales acuerdan someter las discrepancias que se presenten con ocasión del giro ordinario de sus negocios a un tribunal de arbitramento y, de otra parte, vulnera la autonomía de la voluntad así como la libre iniciativa privada que son una manifestación del ejercicio de la libertad contractual en armonía con lo previsto por el artículo 333 de la Constitución Nacional.

La mayoría de los intervinientes y la Vista Fiscal estiman que la norma demandada debe declararse exequible pues, si bien es cierto el artículo 116 de la Constitución prevé la posibilidad de someter las discrepancias suscitadas en desarrollo de las actividades comerciales a un tribunal de arbitramento, esta facultad no es absoluta y se extiende únicamente a aquellos asuntos que puedan ser objeto de transacción, lo que no sucede con la actuaciones tendientes a desconocer normas de imperativo cumplimiento cuyo falta de observancia puede producir la ineficacia del acto o da lugar a la nulidad del mismo. En estos eventos, se trata de cuestiones no susceptibles de transacción por lo que resulta claro que su

impugnación se plantee ante la justicia ordinaria. De lo contrario, podría incurrirse en denegación de justicia respecto de las partes económicamente débiles quienes se verían impedidas para convocar costosos tribunales de arbitramento quedando al albur de lo que disponga la parte más fuerte desde el punto de vista económico. Respecto del supuesto desconocimiento del artículo 333 de la Constitución Nacional, recuerdan estos intervinientes que los derechos allí contenidos no son absolutos y que el ejercicio de los mismos puede verse restringido por el Estado cuando existan motivos constitucionalmente relevantes que lo justifiquen.

Uno de los intervinientes estimó, por su parte, que el precepto demandado debía ser declarado inexecutable por la Corte Constitucional. Consideró que el objetivo buscado por la expresión demandada - proteger los intereses de los socios minoritarios - estaba justificado desde el punto de vista constitucional, pero se cuestionó si la vía utilizada por el legislador lograba ese propósito y llegó a la conclusión según la cual ese no era el camino adecuado, por cuanto en lugar de ofrecer a los socios minoritarios la posibilidad de acudir a vías -procesales y extraprocesales - más expeditas y rápidas para solucionar las controversias, los sometía a los trámites lentos y complejos de la justicia ordinaria. Con ello no sólo se desconocía lo dispuesto por el artículo 116 de la Constitución sino que se restringía de modo injustificado la libre iniciativa privada garantizada por el artículo 333 constitucional.

Problema jurídico

3.- En la presente ocasión le corresponde a la Corte Constitucional determinar si el artículo 194 del Código de Comercio al establecer como obligatorio el conocimiento de acciones de impugnación de las decisiones de la asamblea o junta de socios por parte de la justicia ordinaria - aún cuando se hubiese pactado cláusula compromisoria - vulnera, de una parte, el artículo 116 de la Constitución Nacional, de conformidad con el cual los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad y desconoce, de otra parte, el artículo 333 superior mediante el cual se protege la libertad económica y la libre iniciativa privada.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Corte Constitucional se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) sentido y alcances del arbitramento; (ii) criterios

jurisprudenciales respecto de: (a) el margen de configuración de la Legislación y sus límites en materia procesal; (b) la libertad de configuración legislativa en el proceso arbitral; (iii) análisis de los cargos.

Sentido y alcances del arbitramento

4.- De conformidad con lo establecido por el último inciso del artículo 116 de la Constitución Nacional, “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”. El referido precepto, constituye el fundamento constitucional de la justicia arbitral y define los principales elementos que la caracterizan. En ese orden, la justicia arbitral: (i) es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos expresamente autorizado por la Constitución Nacional; (ii) supone el ejercicio de la función jurisdiccional por particulares³; (iii) tiene naturaleza procesal; (iv) es de carácter transitorio o temporal; (v) profiere fallos en derecho o en equidad; (vi) se desarrolla en los términos que señala la ley, de manera que al Legislador le corresponde una amplia libertad de configuración de la justicia arbitral; (vii) debe ejercerse dentro de las fronteras que le fijan los preceptos constitucionales.

5.- El Legislador colombiano, por su parte, ha desarrollado también lo concerniente a la justicia arbitral reconocida de modo expreso en el artículo 116 superior en numerosas disposiciones. En primer lugar, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia se refiere al arbitraje en su artículo 8º cuando alude a los mecanismos alternativos de solución de conflictos y en el numeral 3 del artículo 13, que señala textualmente:

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

Esta disposición delimita las materias que pueden ser sometidas a la justicia arbitral y, en igual dirección, exige que sean asuntos susceptibles de transacción. Así mismo confía al legislador el señalamiento de las reglas procesales que regulen el arbitraje. Prevé, por lo demás, que dichas reglas puedan ser acordadas por personas particulares. El Decreto 1818

de 1998 compiló las diversas disposiciones que regulan los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y en su parte segunda se ocupó de manera específica del arbitramento. En esa medida, tuvo un carácter unificador de la legislación existente hasta el momento⁴.

6.- El artículo 115 del mencionado Decreto, compila el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 y define el arbitraje en los siguientes términos:

7.- Las disposiciones siguientes del Título I de la Parte segunda del Decreto 1818, agrupa las disposiciones relacionadas con los aspectos generales de la justicia arbitral, tales como las modalidades de arbitraje, el pacto arbitral, y los árbitros; el Título II contiene, a su turno, las regulaciones relacionadas con el proceso arbitral; el Título III reúne, por su parte, las normas especiales y la Parte Cuarta del citado Decreto recopila las disposiciones de la Ley 80 de 1993 relacionadas con la solución de controversias contractuales en materia de contratación estatal.

8.- La jurisprudencia constitucional, concibe la justicia arbitral como el ejercicio de una competencia que tiene origen en la habilitación de las partes como manifestación de la autonomía de su voluntad y se encamina a resolver las controversias que se presentan en un caso concreto con efecto de cosa juzgada⁵. Ha destacado la Corte cómo una vez investidos los árbitros del poder de administrar justicia para un asunto en particular, obran en calidad de autoridades judiciales, por lo cual el laudo arbitral se equipara a un acto jurisdiccional que adoptado después de seguir el procedimiento preestablecido para verificar los hechos, valorar las pruebas y extraer una consecuencia en derecho o en equidad, según la voluntad de las partes, hace tránsito a cosa juzgada al igual que las sentencias judiciales⁶.

Desde esa perspectiva, la Corte ha caracterizado el laudo arbitral, sea en derecho o en equidad, como una decisión eminentemente jurisdiccional que equivale a una providencia judicial, en la medida en que resuelve el conflicto entre las partes pronunciándose sobre los hechos, pretensiones, pruebas y reglas jurídicas aplicables⁷. El acuerdo arbitral recibe en el ordenamiento jurídico colombiano diferentes denominaciones –pacto arbitral, pacto compromisorio-, así como puede revestir diferentes formas –cláusula compromisoria, compromiso-, y puede abarcar un conflicto específico o, por el contrario, referirse en general a las discrepancias que puedan surgir de una determinada relación contractual. En suma, ha

dicho la Corte, que la justicia arbitral adquiere su sentido y razón de ser en el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus discrepancias⁸.

9.- En ese orden de ideas y haciendo referencia en particular a los aspectos en que se distinguen la justicia arbitral y la justicia administrada por las autoridades judiciales de la República, ha precisado la Corte cómo mientras las autoridades judiciales realizan una función pública institucional, inherente a la existencia misma del Estado, los árbitros desempeñan esa función en virtud de la habilitación que les han conferido en ejercicio de la autonomía de su voluntad contractual las partes que se enfrentan en un conflicto determinado⁹. También ha acentuado la Corporación, que la justificación constitucional de este mecanismo de resolución de conflictos radica no sólo en su contribución a la descongestión, eficacia, celeridad y efectividad del aparato estatal de administración de justicia, sino en que proporciona a los ciudadanos y a las ciudadanas una opción voluntaria de tomar parte activa en la resolución de sus propios conflictos¹⁰, materializando así el régimen democrático y participativo que diseñaron las y los Constituyentes¹¹.

10.- El papel que desempeña la voluntad autónoma de las partes le otorga a la justicia arbitral unos rasgos característicos que la Corte Constitucional ha destacado en sus desarrollos jurisprudenciales¹². Así, ha dicho la Corporación que una de las particularidades más notables de la justicia arbitral concierne a su transitoriedad o temporalidad. Dado que son las partes de un vínculo contractual quienes habilitan a los árbitros para resolver el conflicto que pueda presentarse en el desarrollo de dicha relación, su función está claramente demarcada en el tiempo. Una vez se resuelve la controversia, desaparece la razón de ser de la habilitación¹³. En sentido similar, resulta una peculiaridad del arbitramento el que las partes asumen la responsabilidad de precisar de modo diligente los alcances así como las consecuencias jurídicas y económicas que tendrá para ellas acudir a la justicia arbitral¹⁴.

De otra parte, la justicia arbitral se distingue también por cuanto aquellas situaciones que contribuyen a viciar de nulidad la voluntad de las partes que acuden a este mecanismo con el fin de resolver sus diferencias, afectan tanto la legitimidad del tribunal arbitral como la de las decisiones que él adopte lo que, ha sostenido la Corte, “constituye un obstáculo indebido

en el acceso a la administración de justicia; de tal manera, el pacto arbitral debe resultar de la libre discusión y autónoma aceptación por las personas concernidas, sin apremio alguno¹⁵, a la luz de su evaluación autónoma de las circunstancias que hacen conveniente recurrir a tal curso de acción, y no de una imposición que afecte su libertad negocial¹⁶. Adicionalmente, ha destacado la Corte otra característica específica de la justicia arbitral, a saber, que al ser el principio de voluntariedad o habilitación el que determina su marco de acción, los asuntos que no se hallen dentro del margen de disposición y autonomía de las partes en conflicto no pueden ser ventilados ante los particulares que actúan en calidad de árbitros.

11.- Concomitante con lo anterior, ha hecho hincapié la Corte en que las decisiones de las personas que obran en calidad de árbitros pueden ser tanto en derecho como en equidad. En la sentencia SU-837 de 2002 se pronunció la Corte Constitucional sobre el arbitraje en equidad y sostuvo al respecto que en esta eventualidad las razones para sustentar la decisión no requerían “ser normativas, a diferencia de lo que sucede con la decisión en derecho.” No obstante, resaltó la Corporación cómo también en el caso de los fallos que se adoptan en equidad debía tenerse en cuenta el marco mínimo fijado por la Constitución y por la Ley. Subrayó que las personas facultadas para decidir como árbitros en equidad debían resolver las diferencias que se sometieran a su jurisdicción “respetando los derechos y facultades constitucionales, legales y convencionales de las partes, así el referente para justificar la decisión [fuera] otro, diferente a las normas jurídicas.”

Destacó la Corte que la decisión en equidad auscultaba “las circunstancias concretas del conflicto y [propugnaba] por la justicia del caso, sin necesidad de basarse en referentes normativos positivos.” En lo relativo a la justificación, encontró la Corporación que la persona que actuaba como arbitro en equidad estaba obligada a aportar razones para sustentar su decisión, pues, de lo contrario, no se entendería motivado el fallo y afirmó que “cuando no [existían] razones que apoyaran la decisión en equidad, ésta no [podía] ser tenida como ejercicio legítimo de una función pública, al tornarse incontestable y sinónimo de un acto inexpugnable y arbitrario.”

12.- En definitiva, la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional ha resaltado asimismo el carácter procesal del arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Ha explicado la Corporación que se trata de un proceso, puesto que los

particulares, al administrar justicia como árbitros, deben materializar, dentro de la lógica propia del arbitraje y atendiendo a sus especificidades, los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, respetando el marco trazado por el legislador. Por ello, el arbitramento se concibe como un proceso que garantiza los derechos de las partes enfrentadas, mediante un conjunto de etapas y oportunidades para discutir argumentos, valorar pruebas, controvertir la posición de la otra parte e incluso controlar las decisiones de los árbitros¹⁷.

También ha sostenido la Corte que, por mandato legal, los árbitros cuentan prima facie con las mismas facultades procesales de las que disponen las autoridades judiciales estatales, esto es, el poder: (i) de decisión para resolver en forma obligatoria la controversia; (ii) de coerción, para procurar los elementos necesarios a fin de obtener el cumplimiento de la decisión, y (iii) de documentación o investigación para practicar pruebas, valorarlas y encontrar la verdad procesal indispensable para adoptar la decisión que corresponda¹⁸.

13.- Puestas así las cosas, las personas elevadas a la categoría de árbitros ejercen las atribuciones que les son conferidas legal y convencionalmente dentro del marco fijado por la Constitución Nacional. Lo anterior no implica desconocer el principio de voluntariedad sino trazarle ciertos límites más allá de los cuales no pueden avanzar los árbitros. En relación con lo expresado, ha recordado la jurisprudencia constitucional cómo de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 superior le compete a la Ley “fijar las reglas aplicables al funcionamiento de los tribunales de arbitramento”¹⁹, y ha insistido en que esta exigencia constitucional no implica recortar “en modo alguno la autonomía de la voluntad de las partes que deciden acudir al arbitraje como forma apta para zanjar sus diferencias²⁰.” Resulta, entonces, palmario que la Ley se restringe a establecer el trámite aplicable al correspondiente procedimiento, “acatando (...) lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución²¹.”

Otra particularidad que ha acentuado la Corte²² y que guarda un estrecho nexo con lo hasta aquí expuesto, tiene que ver con que la justicia arbitral sólo existe cuando media habilitación voluntaria, tal como lo dispone el artículo 116 superior. En consecuencia, en el evento en que las personas particulares hayan omitido establecer un procedimiento específico, corresponde al Legislador regular la materia en consonancia con lo establecido por los artículos 116 y 29 de la Constitución Nacional pues “si los árbitros cumplen la función pública de administrar

justicia, es razonable que el Legislador regule en términos generales el marco dentro del cual lo habrán de hacer, con sujeción a la Constitución²³.”

14.- Justo en relación con la facultad de decisión en cabeza de las personas que fungen como árbitros, ha dicho la jurisprudencia constitucional que a estas personas les compete “desatar la controversia presentada a su examen, potestad que ejercen mediante la expedición del laudo arbitral,” esto es, “por medio de la providencia que pone fin al trámite arbitral.” Tal providencia es, por su contenido formal, al igual que por su contenido material, una verdadera sentencia judicial y, en esa medida, tiene alcances y efectos similares a los de un fallo judicial pues hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito a ejecutivo²⁴.” Así lo indicó en la sentencia C-242 de 1997 cuando sostuvo lo siguiente:

“Adicionalmente, la decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad. Claro está, que la ejecución y control de ese laudo corresponde a la jurisdicción ordinaria permanente.” (Negrillas fuera del texto).

15.- Queda entonces de relieve que la justicia arbitral posee unos rasgos propios pero implica de todas maneras el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de personas particulares (árbitros). Las decisiones que se adoptan en el marco de la justicia arbitral son, por consiguiente, de naturaleza jurisdiccional y, en tal medida, el arbitramento “expresa el ejercicio de una función pública esencial del Estado, que excepcionalmente permite a los particulares (...) impartir justicia cuando las partes quieren poner término a sus diferencias en forma personal y amigable”²⁵, pues en tanto que “mecanismo alternativo de solución de conflictos, supone la derogación que hacen las partes de la jurisdicción que en cabeza de [las autoridades judiciales] ejerce el Estado, para que frente a un conflicto determinado o precavido para el futuro, sean terceros distintos de los jueces, quienes con carácter definitivo resuelvan la controversia suscitada, mediante una decisión -fallo arbitral- que al igual que las decisiones de los jueces de la República, haga tránsito a cosa juzgada²⁶.”

En otros términos, el proceso arbitral es desde la óptica material un proceso judicial, y, en tal

sentido, el laudo arbitral se equipara a una sentencia judicial por cuanto pone fin al proceso y desata de manera definitiva la cuestión examinada. Adicionalmente, los árbitros son investidos de manera transitoria de la función pública de administrar justicia, la cual, ha sido calificada legalmente como un servicio público, motivo por el cual, no cabe duda que en sus actuaciones y en las decisiones que adopten los tribunales arbitrales están vinculados por los derechos fundamentales, y que la acción de tutela es procedente cuando estos sean vulnerados o amenazados con ocasión de un proceso arbitral²⁷.

Hasta aquí resulta factible afirmar, en consecuencia, que el arbitramento es un mecanismo cuya función reviste especial importancia en el contexto de la administración de justicia. Las personas pueden optar por acudir a tal herramienta con el propósito de descongestionar el funcionamiento de la justicia y con ello abrir espacio a una forma adicional de participación de las personas particulares en la resolución de sus propios conflictos.

Ahora bien, tal como sucede con los asuntos de orden procesal, la Constitución Nacional le reconoce a la Ley un muy amplio espacio de apreciación también para regular aspectos relativos a la justicia arbitral. Antes de precisar las características de tal regulación y los límites a los que debe ajustarse, recordará la Sala Plena sus lineamientos jurisprudenciales atinentes al margen de configuración legislativa en materia procesal.

16.- La cláusula general de competencia prevista en la Constitución a favor de la Legislación, - numeral 2º del artículo 150 -, le confiere a esta última un extenso margen de configuración dentro del cual puede regular los procedimientos, las etapas, los términos, los efectos y demás aspectos de las instituciones procesales, en general. Esta atribución constitucional adquiere especial relevancia, por cuanto hace factible que la Ley determine las regulaciones con sustento en las cuales se garantiza la plena efectividad del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 C. N.) y se asegura el acceso efectivo a la administración de justicia (artículo 229 C. N.). De otra parte, estas reglas fijadas por la Ley contribuyen a consolidar la seguridad jurídica, la razonabilidad, el equilibrio en los procesos así como posibilita otorgar plena vigencia al principio de legalidad característico del Estado Social de Derecho²⁸.

17.- En sucesivas ocasiones ha recordado la jurisprudencia constitucional cómo “el proceso no es un fin en sí mismo, sino que se concibe y estructura para realizar la justicia y con la

finalidad superior de lograr la convivencia pacífica de los asociados [y de las asociadas] (Preámbulo y artículo 1 de la Constitución Nacional)²⁹.” Las normas procesales tienen por demás el objetivo de procurar que los procesos se realicen de manera que se cumpla con los principios de celeridad y eficacia de las respuestas jurisdiccionales y se protejan los derechos e intereses de las partes que en ellos intervienen o han sido a ellos vinculadas.

Siempre y cuando se respeten las garantías fundamentales consignadas en la Constitución Nacional, goza la Ley de un amplio margen de apreciación para regular las formas propias de cada juicio comprendidas estas como “el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la naturaleza del proceso, determinan los trámites que deben surtirse ante las diversas instancias judiciales o administrativas”³⁰. En esta misma línea, la jurisprudencia constitucional³¹ ha reiterado cómo, de conformidad con los artículos 29, 150 y 228 superiores, las facultades otorgadas a la Ley para fijar las formalidades procesales son amplias³².

18.- Lo dicho en precedencia permite concluir que si bien es cierto la libertad de configuración del Legislador no es absoluta y no puede rayar desde luego en la arbitrariedad o ser desproporcionada³³, también resulta obligado admitir que no le está permitido al Legislador restringir de manera injustificada tal libertad de configuración y debe, más bien, encaminarse a garantizar que el margen de apreciación legislativa se ejerza dentro de las fronteras que le fija la Constitución Nacional³⁴.

Así las cosas, ha reiterado la jurisprudencia constitucional que la facultad de configuración de la Legislación se ejerce de conformidad con los preceptos establecidos en la Norma Fundamental cuando: (i) observa principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad, entre otros; (ii) vela por la vigencia de los derechos fundamentales de las ciudadanas y de los ciudadanos³⁵, lo cual, en el caso de las regulaciones en materia procesal, supone garantizar derechos tales como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C. N.)³⁶; (iii) obra conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas³⁷ y (iv) permite la puesta en vigencia del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C. N.)³⁸.

19.- Según la Corte Constitucional, no se consideran válidas aquellas regulaciones orientadas

a anular o a obstaculizar sin justificación alguna el derecho de acción³⁹ precisamente por cuanto uno de los objetivos constitucionales más destacados consiste en “realizar objetiva, razonable y oportunamente el derecho sustancial⁴⁰.” Al punto que, en el evento en que la Ley se aparte de los criterios enunciados, se torna necesario el ejercicio del control por parte de la Corte Constitucional de forma que se asegure la vigencia de las fronteras que marca la Norma Fundamental. Sobre el particular, ha insistido la Corporación en⁴¹ que cuando la ley diseña los procedimientos judiciales:

“no puede desconocer las garantías fundamentales, y debe proceder de acuerdo con criterios de proporcionalidad y razonabilidad, a fin de asegurar el ejercicio pleno del derecho de acceso a la administración de una justicia recta. Por ello las leyes que establecen procedimientos, deben propender por hacer efectivos los derechos de defensa, de contradicción, de imparcialidad del juez, de primacía de lo sustancial sobre lo adjetivo o procedimental, de juez natural, de publicidad de las actuaciones y los otros que conforman la noción de debido proceso.”

De todos modos ha destacado la Corte Constitucional en jurisprudencia reiterada que⁴² aún cuando la Legislación goza de un amplio margen de configuración,

“(…) el ejercicio de esta facultad no es absoluto ni puede ser arbitrario, en tanto debe atender los límites fijados en la Constitución⁴³, según lo señala el artículo 4º superior al consagrar el principio fundamental de supremacía de la [Constitución Nacional], en cuya aplicación el Congreso no puede ejercer sus potestades sino con observancia de las limitaciones que [de allí deriven]. En otras palabras, el legislador goza de libertad para señalar las formas propias de cada juicio en la medida en que no ignore en su ejercicio las garantías básicas previstas por el Constituyente”.

20.- Amén de las consideraciones efectuadas con antelación, importa destacar aquí el amplio espacio de apreciación que la Constitución le reconoce a la legislación para regular aspectos procesales de conformidad con los principios de conveniencia y de oportunidad pero, desde luego, ajustándose asimismo a las fronteras que le traza el texto constitucional. A continuación, recordará la Corte algunos de los principales lineamientos jurisprudenciales en relación con el margen de configuración de la Ley para regular aspectos atinentes al proceso arbitral.

Libertad de configuración legislativa en el proceso arbitral

21.- La jurisprudencia constitucional se ha referido específicamente a la libertad de configuración legislativa del proceso arbitral. La sentencia C-330 de 2000 ilustró sobre este extremo cómo también en lo relativo a la regulación de la justicia arbitral goza la Ley de una extensa libertad de configuración. Dijo la Corte que “en virtud del principio de voluntariedad, el legislador [podía] contemplar varias alternativas de regulación del proceso arbitral, las cuales [iban] desde dejar en libertad a las partes para definir cuáles serán las reglas procesales aplicables hasta exigir ciertos requisitos y etapas, pasando por establecer normas supletorias de la voluntad de las partes⁴⁴.”

En relación con lo expresado, recordó la Corporación cómo en el artículo 112 de la Ley 446 de 1998 - el cual fue reproducido, a su turno, por el artículo 116 del Decreto 1818 de 1998 -, se dispuso que: “[e]l arbitraje [podría] ser independiente, institucional o legal.” Que “el arbitraje independiente [era] aquel en que las partes [acordaban] autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto; que el arbitraje “institucional, aquel en el que las partes se [sometían] a un procedimiento establecido por el Centro de Arbitraje; y legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se [realizaba] conforme a las disposiciones legales vigentes”.

En este mismo sentido, rememoró que el artículo 13-3 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, había precisado en relación con esta temática que “tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia [establecerían] las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares [pudieran] acordarlas”. Así mismo, tuvo a la vista la Corte Constitucional, cómo los pronunciamientos efectuados en desarrollo de su jurisprudencia han contribuido a esclarecer también las fronteras a las que debe ajustarse la Ley cuando se encamina a regular el funcionamiento de los tribunales de arbitramento.

22.- En concordancia con lo anterior, puso de presente la Corte cómo en la sentencia C-431 de 1995 había explicado que le competía a la Legislación determinar aspectos relacionados con: (i) los asuntos y la forma en que los particulares pueden administrar justicia como árbitros; (ii) los límites y términos en que los árbitros están habilitados para administrar justicia, y (iii) la funciones y facultades de los árbitros, que son las mismas de los jueces estatales cuando el arbitraje es en derecho⁴⁵.” Enfatizó la Corporación que estas

delimitaciones habían de ejercerse sin vaciar de contenido el derecho de las personas particulares a ventilar las diferencias que pudieran presentarse en el desarrollo de sus relaciones contractuales ante la justicia arbitral⁴⁶.

23.- Recientemente, en sentencia SU-174 de 2007 la Corte reiteró su jurisprudencia sobre el criterio para establecer cuáles asuntos podían ser objeto de decisión por parte de un tribunal de arbitramento (arbitrabilidad objetiva) así como acerca de la posibilidad de ciertos sujetos para acudir a este mecanismo de resolución de conflictos (arbitrabilidad subjetiva). En punto a la denominada “arbitrabilidad objetiva” insistió la Sala Plena en que únicamente podían someterse a arbitramento asuntos transigibles. En lo relativo manifestó:

“Sólo se pueden someter a arbitramento los asuntos transigibles. La jurisprudencia constitucional ha señalado claramente que el arbitramento tiene límites materiales, en el sentido de que no todos los asuntos se pueden someter a la decisión de los árbitros. En términos generales, únicamente se pueden sujetar a este tipo de procedimiento los asuntos de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad. En consecuencia, existen ciertas materias que, por su naturaleza no transigible ni sujeta a disposición, deben necesariamente ser resueltas por los jueces de la República.”

24.- Así pues, a la luz de la perspectiva descrita, la Corte Constitucional ha admitido de modo constante cómo respecto del arbitramento existen límites materiales, esto es, que aún mediando la habilitación a las partes “no toda cuestión materia de controversia puede ser sometida genéricamente a la decisión de árbitros.” (Énfasis añadido). Ha entendido la Corte que la justicia arbitral únicamente puede operar cuando “los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular”, es decir, cuando respecto de ellos existe plena libertad de disposición.” (Énfasis añadido). Tal facultad de renuncia o disposición es precisamente la que “determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio.” Es, por tanto, la naturaleza misma del derecho la que fija los alcances de la libertad de renuncia. Le corresponde a la Ley establecer en qué casos opera la posibilidad de disposición.

25.- A partir de lo hasta aquí señalado, resulta factible distinguir algunas de las principales fronteras que fijan la Constitución y la Ley para el ejercicio de la justicia arbitral, tanto como los límites a los que debe ajustarse también la libertad de configuración de la ley. Con

fundamento en lo dicho será preciso, entonces, que la Sala Plena de la Corte Constitucional constate si la cautela acusada en el asunto sub judice, - en la medida en que implica un contenido normativo específico-, fue establecida por la Ley dentro de los límites que marca la Constitución Nacional o si, como lo sostiene el demandante, prosperan los cargos elevados contra el artículo 194 (parcial) del Decreto 410 de 1971 "Por el cual se expide el Código de Comercio" por vulnerar, respectivamente, los artículos 116 y 333 superiores. Para tales efectos, encuentra la Sala Plena pertinente analizar, primero, el contenido del precepto demandado.

Análisis de los cargos

26.- Antes de confirmar si en el asunto sub examine prosperan o no los cargos elevados por el actor, estima la Sala oportuno examinar la expresión acusada a la luz de lo dispuesto en el Título VII del Decreto 410 de 1971 "Por el cual se expide el Código de Comercio" en el que se encuentra inserta. Ha de observarse, por demás, que allí se contemplan asuntos relativos a la Asamblea o Junta de Socios y Administradores de las Sociedades Comerciales. De esta suerte, en la Sección del mismo título referente a la Asamblea General y Junta de Socios se regula lo concerniente a las reuniones ordinarias de la Asamblea o Junta de Socios (artículo 181); a la convocatoria y deliberación de reuniones ordinarias y extraordinarias (artículo 182); a la comunicación de reuniones a la Superintendencia (artículo 183); a la representación del socio en la Asamblea o Junta de socios (artículo 184); a la incompatibilidad de administradores y empleados (artículo 185); al lugar y quórum de reuniones (artículo 186); a las funciones generales de la Junta o Asamblea de Socios (artículo 187); a la obligatoriedad de las decisiones de la Junta o Asamblea de Socios (artículo 188); a la constancia en actas de las decisiones de la Junta o Asamblea de Socios (artículo 189); a las decisiones ineficaces, nulas o inoponibles tomadas en Asamblea o Junta de Socios (artículo 190); a la impugnación de decisiones de la Asamblea o Junta de Socios (artículo 191); a la declaración de nulidad de una decisión de la Asamblea o Junta de Socios (artículo 192); a la protección de los derechos de terceros e indemnización a la sociedad (artículo 192).

27.- Según lo establecido en esta sección del Código de Comercio, los socios se reúnen en junta de socios o asamblea general ordinaria una vez al año, por lo menos, en la época señalada en los estatutos y se congregarán en forma extraordinaria cuando sean citados por los administradores, por el revisor fiscal o por la entidad oficial que ejerza el control

permanente sobre la sociedad (artículo 181). En las reuniones ordinarias o extraordinarias, la junta o asamblea de socios cumple las siguientes funciones generales, sin perjuicio de las especiales propias de cada tipo de sociedad: (i) estudiar y aprobar las formas de los estatutos; (ii) examinar, aprobar o improbar los balances de fin de ejercicio y las cuentas que deban rendir los administradores; (iii) disponer de las utilidades sociales conforme al contrato y a las leyes; (iv) hacer las elecciones que corresponda, según los estatutos o las leyes, fijar las asignaciones a las personas así elegidas y removerlas libremente; (v) considerar los informes de los administradores o del representante legal sobre el estado de los negocios sociales, y el informe del revisor fiscal, en su caso; (vi) adoptar, en general, todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados; (vii) constituir las reservas ocasionales y (viii) las demás que les señalen los estatutos o las leyes (artículo 187 ibíd.).

29.- El artículo 190 del Código de Comercio establece, de una parte, que las decisiones de la Asamblea o Junta de Socios serán ineficaces, cuando se toman en contravía de lo dispuesto por el artículo 186 de la misma codificación⁴⁷. Determina, de igual forma, que aquellas decisiones adoptadas “sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas.” Ordena, por último, que aquellas decisiones “que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes⁴⁸.”

30.- En el artículo 191 se prevé, por su parte, que los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes “podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o estatutos.” Se estipula, además, que “[l]a impugnación sólo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción.”

31.- En el artículo 192 se preceptúa, a su turno, que una vez declarada la nulidad de una decisión de la asamblea, “los administradores tomarán, bajo su propia responsabilidad por los perjuicios que ocasione su negligencia, las medidas necesarias para que se cumpla la sentencia correspondiente; y, si se trata de decisiones inscritas en el registro mercantil, se inscribirá la parte resolutive de la sentencia respectiva.” En el artículo 193 se prescribe, por

demás, que lo dispuesto en el artículo 192 se aplicará “sin perjuicio de los derechos derivados de la declaratoria de nulidad para terceros de buena fe.”

Se ordena, adicionalmente, que no obstante lo allí determinado, los perjuicios sufridos por la sociedad con ocasión del motivo mencionado “le serán indemnizados solidariamente por los administradores que hayan cumplido la decisión, quienes podrán repetir contra los socios que la aprobaron. La acción de indemnización prevista en este artículo sólo podrá ser propuesta dentro del año siguiente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia que declare nula la decisión impugnada. La acción podrá ser ejercida por cualquier administrador, por el revisor fiscal o por cualquier asociado en interés de la sociedad.”

32.- A partir de lo hasta aquí expuesto, resulta claro que las decisiones adoptadas en el contexto de una asamblea de socios o de una junta directiva han de cumplir con un conjunto de requisitos legales a fin de producir plenos efectos jurídicos. No observar tales exigencias, puede traer consigo la “ineficacia, la nulidad relativa (tutela al interés particular), nulidad absoluta (tutela al interés público) y no oponibilidad de las actuaciones.”

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

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

34.- Esta disposición adoptada por la Legislación no es la única de su clase existente en el ordenamiento jurídico colombiano. El artículo 13 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), así como el artículo 111 de la Ley 446 de 1998⁴⁹ establecen que los asuntos sometidos a acción de impugnación no son transigibles. Más arriba se trajo a la

memoria, cómo estas dos normatividades previeron que no era factible ventilar ante árbitros cuestiones las cuales de conformidad con la ley están excluidas de cualquier posibilidad de transigir.

Aquí también resulta preciso recordar que en virtud de lo establecido por el artículo 137 de la Ley 446 del 14 de julio de 1998, la Superintendencia de Sociedades tiene competencia para conocer de la impugnación de actos o decisiones de Asamblea de Accionistas o Junta de Socios y de Juntas Directivas, en su caso, de las sociedades vigiladas por esa misma entidad, mediante un proceso verbal sumario. Debe la Sala mencionar asimismo cómo dicho precepto fue examinado por la Corte Constitucional y fue declarado exequible por los cargos analizados mediante sentencia C-672 de 1999. Posteriormente, también fue declarado ajustado a la Constitución respecto de los reproches formulados con fundamento en la sentencia C-833 de 2006.

35.- Sobre el particular resulta importante destacar que la jurisprudencia constitucional no ha permanecido ajena a esta temática y que la Corporación se pronunció respecto de una cuestión similar en la sentencia C-098 de 2001 cuando le correspondió estudiar la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 111 (parcial) de la mencionada Ley 446 de 1998, “por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la ley 23 de 1991, se modifican y expiden normas del Código de Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia⁵⁰.”

El actor estimó en aquella ocasión que el precepto acusado desconocía el artículo 116 de la Constitución Nacional toda vez que introducía “límites a las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje” esto es, fronteras “materiales que la norma constitucional no [contemplaba]” y que por tanto, “el legislador no podía fijar.” Sostuvo el demandante, que la Constitución no había trazado ninguna restricción en relación con los conflictos que podían ser ventilados ante la justicia arbitral por lo cual el precepto acusado al circunscribir esta posibilidad a los conflictos respecto de asuntos susceptibles de transacción reducía el campo de aplicación del precepto constitucional, modificándolo y quebrantándolo. Estimó el demandante que la única limitación constitucionalmente permitida era la necesidad de habilitar a las partes que fungieran como árbitros para resolver los conflictos surgidos, por manera que si las y los Constituyentes no habían fijado más restricciones mal podía hacerlo

la Legislación⁵¹.

36.- La Corte Constitucional recordó y reiteró los lineamientos fijados por su jurisprudencia y puso énfasis en que tanto la conciliación como la amigable composición debían comprenderse como figuras respecto de las cuales, las y los Constituyentes habían reconocido una “función fundamental dentro la administración de justicia” por cuanto al ser mecanismos a los que podían recurrir opcionalmente las personas para resolver sus controversias sin la intervención directa de las autoridades estatales, abrían paso no únicamente a la descongestión del aparato de justicia sino [a] la participación activa de los particulares en la definición de sus conflictos.” Tuvo en cuenta la Corte que:

“...estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos [encontraban] base constitucional no sólo en su reconocimiento expreso en el artículo 116 superior sino también en otros principios y valores constitucionales. Así, su presencia [podía] constituir una vía útil, en ciertos casos, para descongestionar la administración de justicia formal, con lo cual se [potenciaba] la eficacia, celeridad y efectividad de la justicia (CP art. 228)⁵².”

Precisó la Corporación cómo la Constitución Nacional había establecido en el artículo 1º superior un régimen democrático y participativo que propiciaba la colaboración de las personas particulares en el ejercicio de la administración de justicia y había promocionado, en tal sentido, su participación en la solución de sus propios conflictos. De ahí, que fuera por entero factible el que la Ley estimulara “la resolución de conflictos directamente por los propios afectados, mediante figuras tales como la conciliación o la amigable composición, o terceros que no [fueran] jueces, como sucede en el caso de los árbitros o de ciertas autoridades administrativas y comunitarias⁵³.”

“Si bien la Corte ha avalado la justicia arbitral como un mecanismo alternativo para la solución de los conflictos, ello no puede interpretarse en el sentido que aquélla resulte privilegiada frente a la función permanente de administrar justicia por parte del Estado, ni que ésta pueda verse cada vez más sustituida o reducida en su campo de acción. La institución de la justicia arbitral, que es onerosa, no puede expandirse a tal extremo que implique el reemplazo de la administración de justicia gratuita a cargo del Estado. Debe buscarse, por el contrario, el fortalecimiento de ésta para que ella sea la preferida y utilizada por las personas para solucionar sus conflictos, de tal suerte que a la justicia arbitral sólo se

acuda excepcionalmente y como una mera opción. Ello es así, porque robustecer en extremo la justicia arbitral en desmedro de la justicia a cargo del Estado, puede significar, en muchos casos, que se imponga a la parte débil en una relación jurídica, por la vía del arbitramento, la solución de un conflicto, que en ciertas ocasiones puede implicar la renuncia a sus derechos e intereses.” (Énfasis añadido).

37.- Estima la Sala que las anteriores consideraciones contribuyen a alumbrar los alcances, así como las limitaciones de la justicia arbitral y deja claro que en el escenario legislativo, asiento de la representación popular, pueden adoptarse medidas encaminadas a establecer fronteras. No cosa diferente se desprende de la libertad de configuración prevista en el artículo 150 superior a la cual se hizo referencia más arriba. La Ley está, por tanto, habilitada para determinar cuáles son los asuntos que deben quedar “excluidos del conocimiento y decisión de [las personas] particulares⁵⁴.” Desde luego, también el margen de configuración de la legislación ha de ser respetuoso con los preceptos constitucionales y no puede tornar inane la alternativa que las y los Constituyentes otorgaron a las personas involucradas en un conflicto para “acceder a mecanismos alternos de administración de justicia.”

De lo dicho no se sigue, sin embargo, que esta facultad en cabeza de las personas particulares de acceder a mecanismos alternativos para la solución de sus controversias pueda llevarse al extremo de “privilegiar el uso de éstos, al punto de dejar la resolución de asuntos vitales para el Estado y para el interés general a la decisión de particulares que sólo transitoriamente y para un caso concreto, pueden administrar justicia.” Ha dicho la Corte Constitucional en varias de sus sentencias que existen diversas cuestiones que han de permanecer excluidas del arbitramento, por ejemplo, asuntos tales como los relacionados con el estado civil o aquellos que tengan que ver con los derechos de las personas con limitaciones psíquicas o respecto de derechos que la ley prohíba disponer⁵⁵. En igual sentido, ha manifestado la Corporación que aquellas cuestiones en los que se encuentra de por medio “el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional” deben ser ventilados ante las autoridades estatales⁵⁶.

38.- La Legislación está por tanto facultada para establecer límites al poder habilitante de las partes. Tales restricciones se refieren, de un lado, a la temporalidad de la actividad de las personas particulares como administradoras de justicia y, de otro, a las cuestiones acerca de las cuales pueden versar sus decisiones. Dicho de otro modo: la justicia arbitral no solo se

sujeta a un límite temporal “por cuanto está circunscrita al término que las partes y en su defecto la ley, señalen para el ejercicio de esta potestad⁵⁷” sino que igualmente se ajusta a un límite material, “demarcado por los asuntos que son susceptibles de ser resueltos por particulares⁵⁸.”

Así las cosas, no obstante la cláusula de habilitación en cabeza de las personas particulares para someter a la justicia arbitral la resolución de sus controversias, existen materias que no pueden ser sometidas genéricamente a la decisión de árbitros. La Corte ha sido clara en destacar cómo resulta inadmisibles extender la materia objeto de arbitramento a asuntos que trasciendan la capacidad de disposición de las partes y respecto de las cuales no existe habilitación alguna⁵⁹. Parece pues obligado inferir que “las materias susceptibles de arbitramento son aquellas que pueden ser objeto de su transacción, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición⁶⁰.” Cómo lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-098 de 2001,

“la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio. Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible - capacidad legal de disposición -. Así, frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes.”

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

Dicho de otra manera: la cautela legal contenida en el precepto acusado persigue un fin de interés público cual es asegurar a los socios que las diferencias existentes respecto de la

validez o legitimidad de las actuaciones que los vinculan, sean de conocimiento de las autoridades judiciales estatales. Dada la trascendencia de las cuestiones en juego – la validez o legitimidad de los actos societarios – ha de garantizarse que las discrepancias al respecto no sean decididas de manera ad hoc – por un árbitro o centro de arbitraje – sino que sean resueltas por la justicia estatal.

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

Puestas las cosas de esta forma, puede decirse que en el asunto sub judice la Legislación obró dentro de las fronteras que trazan los preceptos constitucionales. Así, aseguró que las ciudadanas y los ciudadanos puedan someter a la justicia estatal una actuación de tanta trascendencia para su relación contractual como lo es la impugnación de actos societarios afectados en su validez y legitimidad. Dicho de otro modo, la previsión demandada no solo resulta justificada a la luz de los preceptos constitucionales sino que es, a un mismo tiempo, razonable y proporcionada⁶¹ así como permite conferir plena vigencia al principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas⁶². No encuentra, por tanto, la Sala Plena que el cargo en contra de la cautela contenida en el artículo 194 del Código de Comercio por vulnerar el artículo 116 superior pueda prosperar.

41.- Respecto del reparo elevado en contra de la previsión legal contenida en el precepto demandado por desconocimiento del artículo 333 de la Constitución Nacional, no puede perderse de vista que lo que aquí se discute se vincula con la posibilidad de trazar fronteras frente a la libertad económica y la libre iniciativa privada. Si bien es cierto también resultan en este lugar pertinentes las consideraciones efectuadas más arriba relativas al margen de configuración de la Legislación, es preciso mencionar asimismo que en lo relacionado con esta temática la Corte Constitucional ha desarrollado una significativa línea jurisprudencial y ha dicho sobre el particular que en este campo no opera un test de constitucionalidad

estricto.

En este ámbito ha insistido la Corte en que la justicia constitucional debe respetar las razones de oportunidad y conveniencia que respaldaron la decisión en el escenario legislativo hasta el punto de exigir como criterio de evaluación la noción de inconstitucionalidad manifiesta, esto es, “sólo si de manera directa la norma vulnera los derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma⁶³.” Por tanto, si la regulación legislativa que restringe la actividad económica o la libre iniciativa privada no vulnera de modo claro la Constitución Nacional o establece limitaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, debe ser considerada constitucional.

Conviene recordar en este lugar que según el artículo 333 la actividad económica y la iniciativa privada son libres⁶⁴. Ahora bien, ese mismo precepto exige que tales tareas se desarrollen dentro de los límites del bien común y con la asunción de las responsabilidades que del ejercicio de estas facultades puedan derivarse. El artículo 333 precisa por demás que la empresa en tanto base del desarrollo tiene una función social que implica obligaciones y le reconoce a la Legislación, más adelante, la posibilidad de delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo requiera, entre otras, el interés social.

42.- Cuanto se ha expuesto, permite concluir que en relación con la libertad económica y la libre iniciativa privada la justicia constitucional ha de practicar prima facie un test débil, pues en este campo se admite “una amplia intervención por parte de los poderes públicos para el cumplimiento de los fines de interés general a los que alude la Constitución. Esta intervención no puede, sin embargo, eliminar de raíz la mencionada libertad y cualquier restricción que se trace debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. La Legislación puede entonces entrar a regular aspectos relacionados con la libre iniciativa y la libertad en materia económica pero ha de sujetarse a ciertos criterios que han sido sistematizados por la jurisprudencia constitucional de la manera como se transcribe a continuación

“i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y

suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad⁶⁵.”

43.- En este lugar resulta oportuno advertir que los criterios mencionados han sido objeto de precisiones por parte de la Corporación. En primer término, se ha dicho que la posibilidad de establecer restricciones y límites en materia económica no es la misma en todos los campos. Se presentan, por ejemplo, terrenos en los cuales la restricción resulta reforzada. Ello sucede principalmente respecto de aquellas materias “en las cuales el constituyente consagró mandatos específicos de intervención del Estado en la economía, como por ejemplo en el ámbito de los servicios públicos⁶⁶, o de la medicina prepagada⁶⁷, la televisión⁶⁸, o de la actividad financiera, bursátil y aseguradora⁶⁹.”

En otras esferas, verbigracia, respecto de asociaciones que no tienen contenido económico o esencialmente patrimonial, la situación es distinta, puesto que “la Constitución no prevé formas de dirigismo estatal político o ético sino que, por el contrario, consagra como principio el pluralismo y la coexistencia de las más diversas formas de vida⁷⁰.” Por ese motivo, las facultades de intervención de la Legislación en este ámbito son mucho menores y están sujetas a un test constitucional más estricto, pues “basta que tal intervención no tenga justificación constitucional expresa y clara o no esté fundada en la existencia de un riesgo claro e inminente para que se deba declarar su inexecutable por violación de la libertad de asociación⁷¹.” Ahora bien, en el caso sub judice encuentra la Sala Plena que debe respetarse el margen de configuración de la legislación por los motivos que se exteriorizan a renglón seguido.

44.- Aquí resulta preciso reparar en que el artículo 194 del Código de Comercio prevé la posibilidad de que los actos societarios afectados en su validez o legitimidad se ventilen ante la justicia ordinaria – pese a haberse pactado cláusula compromisoria –. Como se dijo en precedencia, la importancia de la temática así como su repercusión en las relaciones societarias justifica por entero que la legislación le otorgue el carácter de intransigible a la posibilidad de impugnar ante los jueces los actos societarios afectados en su validez.

De una parte, si se prescinde de la intervención por parte de la justicia ordinaria en asuntos de tanta entidad como los relacionados con la validez o legitimidad de las actuaciones societarias, la decisión adoptada no sería ya respetada y obedecida en virtud de su carácter

erga omnes y, más bien, sería únicamente conocida por los socios o codueños de la sociedad o de la empresa. Cosa distinta sucede cuando las decisiones respecto de los posibles vicios de nulidad que afectan las actuaciones societarias son emitidas por la justicia ordinaria. En esas eventualidades los fallos proferidos por las autoridades judiciales producen efectos erga omnes y son de conocimiento general.

De otra parte, resulta preciso tener en cuenta – como lo advirtió uno de los intervinientes – que si se cierra la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria, los administradores de la sociedad así como el revisor fiscal quienes de conformidad con lo dispuesto por el artículo 93 del Código de Comercio pueden ejercer acción de impugnación de las actuaciones societarias, se verían privados para ejercer tales acciones por cuanto ellos no son parte del contrato social y tampoco de la cláusula compromisoria. No en última instancia, resulta indispensable destacar que según lo establecido por el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, quien acude a la acción de impugnación puede solicitar la suspensión de las actuaciones impugnadas hasta el mismo momento en el que se presente una decisión de fondo, lo que tiene por finalidad evitar que se provoquen graves perjuicios. Esta posibilidad no se presenta dentro el trámite arbitral.

45.- En efecto, el artículo 133 superior se encamina a ordenar la garantía de los principios de libertad de empresa e iniciativa particular o privada. Ahora bien, lo plasmado en el mencionado artículo no puede entenderse en términos absolutos ni abstractos pues las exigencias allí previstas habilitan a la legislación para trazarle límites a dichas libertades “cuando así lo exijan las condiciones tendientes a la satisfacción del interés social.” De ahí se sigue que las sociedades comerciales de iniciativa y creación privada pueden ser supervisadas y controladas por órganos previamente creados para el efecto por el propio Estado cuando existen motivos constitucionales que, como ocurre en el presente caso, lo justifican.

A propósito de lo anterior resulta pertinente traer a colación las consideraciones efectuadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-098 de 200172 la cual ha sido reiterada en repetidas oportunidades y, más recientemente, en la sentencia SU-174 de 2007. Como ya se mencionó, en aquella ocasión la Corporación consideró de manera expresa que restringir la competencia de la justicia arbitral al conocimiento de asuntos susceptibles de transacción resultaba por entero compatible con los preceptos constitucionales. Indicó la Corte sobre el

particular, que la justicia arbitral sólo podía operar cuando los derechos en discordia eran de libre disposición de sus titulares, esto es, únicamente podía versar sobre aquellos derechos frente a los cuales se predica la libertad de renuncia en todo o en parte, pues, insistió la Corte, es precisamente esta capacidad de renuncia o disposición la que marca el “carácter transigible de un derecho o litigio.” Bajo este perfil, la libertad de renuncia “está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible – capacidad legal de disposición -.”

46.- Son suficientes las consideraciones efectuadas con antelación para concluir que el legislador goza de un muy amplio margen de configuración en virtud del cual está autorizado a establecer que los conflictos suscitados en relación con ciertos derechos o bienes – en el caso que ocupa la atención de la Sala Plena las acciones de impugnación de actos societarios afectados en su validez o legitimidad – se ventilarán ante la justicia estatal así se haya pactado cláusula compromisoria.

En suma: los asuntos relacionados con la nulidad de los actos societarios, constituyen un problema de legalidad. Vista la temática desde esa perspectiva, se encuentra dentro del margen de configuración legislativa definir qué autoridades poseen capacidad declarativa en asuntos atinentes a la presencia de vicios en las decisiones adoptadas durante las reuniones de la junta directiva de una sociedad, cuestión ésta que en relación con el asunto que ocupa la atención de la Sala, le corresponde por mandato de la Ley decidir, de una parte, a la justicia ordinaria y, de otra, a la Superintendencia de Sociedades.

Tal como lo recordó esta última entidad en su escrito de intervención, cuando respecto de un negocio jurídico efectuado en desarrollo de una relación societaria se presenta “la ineficacia, la nulidad y la inoponibilidad” derivadas de los supuestos establecidos previa y taxativamente por la ley, no le es dado a las partes estimar que estos asuntos puedan ser objeto de transacción, es decir, tales cuestiones dejan de ser “materia sobre la cual arbitrar” pues constituyen normas de orden público sobre las cuales no puede recaer transacción alguna.

47.- Por las razones expresadas en la presente sentencia, estima la Sala Plena que no prosperan los cargos elevados en contra de la cautela establecida por el artículo 194 del Código de Comercio. En virtud de lo dicho, la Corte declarará la exequibilidad de la norma

parcialmente demandada respecto de los cargos estudiados en esta providencia.

VII. DECISIÓN

Con fundamento en las precedentes motivaciones, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, la expresión contenida en el artículo 194 del Decreto 410 de 1971 “Las acciones de impugnación previstas en este Capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria.”

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA Magistrado

Con aclaración de voto

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Magistrado

Con aclaración de voto

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARCO GERARDO MONROY CABRA Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-378 DE 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Regla general (Aclaración de voto)

ADMINISTRACION DE JUSTICIA POR PARTICULARES-Limitaciones (Aclaración de voto)

TEST DE IGUALDAD-Inaplicables en control de constitucionalidad (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-6932

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 194 (parcial) del Decreto 410 de 1971.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito aclarar mi voto frente al presente fallo, el cual decide declarar exequible por los cargos analizados, la expresión contenida en el artículo 194 del Decreto 410 de 1971 “Las acciones de impugnación previstas en este Capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria”, ya que si bien el suscrito magistrado se encuentra de acuerdo con la parte resolutive de la presente sentencia, en cuanto declara exequible por los cargos analizados dicha expresión, considero necesario realizar algunas precisiones en relación con la parte considerativa y motiva de la misma, como paso a exponer a continuación:

1. En primer término, considero necesario observar que no se puede caer en la confusión que plantea el demandante al invertir la regla general en materia de administración de justicia, regla que no es la que el actor señala, sino la regla según la cual quienes administran justicia son los jueces y sólo de forma excepcional, los particulares como árbitros o conciliadores.

La anterior es la regla que precisamente establece el artículo 116 de la Constitución Política y de la cual debe partir el presente análisis de constitucionalidad, sin aceptar en este punto el enfoque presentado por el demandante.

2. De conformidad con la anterior premisa, para el suscrito magistrado aún aceptando que los árbitros tengan facultad para resolver ciertas cuestiones, los jueces la tienen para las mismas y todas las demás facultades que la Constitución y la ley les asigna. Por eso no puede considerarse de ninguna manera inconstitucional el que los jueces deban asumir el conocimiento de las impugnaciones de que trata el precepto demandado.

3. De otra parte y una vez sentada la anterior premisa sobre la regla general de administración de justicia por los jueces de la República, es necesario precisar así mismo que en este caso no podía haber lugar a ningún condicionamiento de la exequibilidad de la norma demandada, por cuanto cuando se trata de cuestiones sobre las mayorías requeridas para adoptar decisiones, como en el presente caso, estas cuestiones no pueden ser objeto de transacción entre las partes por cuanto constituyen normas de orden público. Por tanto, es de recordar aquí que respecto de las normas de orden público no pueden disponer las partes.

Así mismo, a juicio del suscrito magistrado el texto de la norma es claro y no admite interpretación distinta a la de que todos los supuestos de impugnación de esos actos deben ser formulados ante los jueces. En el contenido normativo del precepto demandado se trata de decidir acerca de la validez y legitimidad de las decisiones de los órganos directivos de una sociedad, la cual no procede sin declaración del juez, pues como ya se anotó se trata de cuestiones de orden público sobre las cuales no se puede negociar o transigir. Por lo demás, es de observar también, que se trata de acciones que se deciden en términos muy breves.

3. Finalmente el suscrito magistrado debe expresar su discrepancia sobre los argumentos expuestos en la presente sentencia en torno a la no operancia de un test estricto, cuando se trata de ejercer el control de constitucionalidad frente al artículo 333 de la Constitución

Nacional.

En este sentido me permito retirar aquí mi posición jurídica a este respecto⁷³, en cuanto discrepo frente a la tesis que sostiene la existencia de diferentes grados de control de constitucionalidad, por cuanto a mi juicio lo que la Constitución Política ordena es la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en su totalidad, de conformidad con el artículo 241 Superior, sin realizar diferencias de grados o niveles para dicho control de constitucionalidad.

En este sentido, me permito insistir en esta oportunidad en mis reservas frente a la clasificación y utilización de diferentes test para el control de constitucionalidad: test rígido o estricto, intermedio y flexible.⁷⁴ Estos test se vienen utilizando en el constitucionalismo colombiano, en mi concepto, de manera acrítica, sin comprender su origen y trasfondo histórico.

Por esta razón, considero necesario distinguir entre el constitucionalismo norteamericano, donde tiene su origen esta diferenciación de diferentes test de constitucionalidad, y el constitucionalismo europeo, en el cual se aplica más una racionalidad de medio-fines para determinar si la medida cumple con los criterios de proporcionalidad, racionalidad y adecuación.

En el constitucionalismo norteamericano, la Corte Suprema sólo aplicaba un test, que siempre era un test estricto. Sin embargo, en un momento histórico determinado, bajo el gobierno del presidente Franklin Delano Roosevelt, la Corte Suprema choca con el Ejecutivo, choque que produce la imposición del gobierno y el doblegamiento de la Corte Suprema ante el poder político del ejecutivo. Es precisamente entonces, cuando la Corte Suprema norteamericana comienza a hacer la distinción entre test rígido y flexible, con el fin de aplicarle a los proyectos de ley de iniciativa gubernamental un test más flexible con el cual aprobaran el examen abstracto de constitucionalidad.

Es de esta forma, como la Corte Suprema norteamericana empieza a aplicar un test flexible adecuado a determinados fines políticos. La escogencia del test se produce entonces de acuerdo con la finalidad política preexistente, que se manifiesta en el interés político de aprobar o reprobar como ajustada al ordenamiento constitucional una determinada normatividad. Adicionalmente, la Corte Suprema norteamericana se percata de que aún con

los dos tipos de test creados, en algunos casos no puede aplicarse ninguno de los dos, por lo cual recurre a la creación de un tercer test, el “test intermedio”.

Frente a estos test de constitucionalidad, autores como Dworkin han realizado críticas que este magistrado comparte, en el sentido de objetar dicha división y clasificación, la cual no obedece en últimas a criterio alguno, sino más bien a la solución acrítica de un conflicto entre el Gobierno y la Corte Suprema, en donde ésta última se doblega a los fines políticos impuestos por la primera. De esta forma, la Corte Suprema cumple con la finalidad política preimpuesta a través de la aplicación de un test de constitucionalidad más suave con el cual algunas leyes puedan pasar el estudio abstracto de constitucionalidad que, de lo contrario, esto es, aplicando un test estricto o rígido, no pasarían como leyes ajustadas a la Constitución.

En Colombia, la Constitución no diferencia entre grados de control de constitucionalidad y no consagra la aplicación de ningún test, sino que lo que manda de manera categórica, como ya se anotó, es la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Nuestra Constitución no permite entonces que una ley o una norma puede ser “más” o “menos” constitucional, sino que es o no es constitucional. Por tanto, sostengo que en nuestro constitucionalismo no se deben aplicar estos test de constitucionalidad, que en mi criterio, sirven para justificar veladamente la finalidad política del juez constitucional, ya que reitero, que lo que la Constitución manda es la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Así mismo, nuestra Constitución no define la aplicación de los test de constitucionalidad en relación a determinados temas, que deban ser estudiados de acuerdo al test rígido, al test intermedio o al test flexible. Así por ejemplo, no define la Constitución que a los tratados internacionales se les debe aplicar el test intermedio, lo que se ha venido haciendo por vía de práctica judicial de esta Corte, entre otras razones, porque los temas de tratados internacionales pueden ser, en mi concepto, de vital importancia para el país y el Estado, como por ejemplo cuando se trata de tratados de paz. Del mismo modo, tampoco define nuestra Constitución la aplicación del “test intermedio” en materia del procedimiento civil, como lo ha aplicado esta Corporación en algunos casos.

Igualmente, el suscrito magistrado reitera su discrepancia frente a la tesis relativa a aplicar un test que mida la intensidad de la intervención del Estado y de la regulación legal de la

actividad económica de los particulares. Así las cosas, difiero de la tesis de que la intervención estatal en la economía puede variar de intensidad dependiendo del tipo de actividad económica objeto de la intervención, lo cual implica también una variación en la intensidad en la regulación legal de la actividad económica de los particulares, por cuanto considero que en aras del interés y la utilidad pública el Estado y la regulación legal pueden presentarse con similar intensidad en todos los sectores de la economía, de conformidad con los artículos 333, 334 y 335 de la Constitución Política.

Respecto de este tema, me encuentro por tanto más cercano del constitucionalismo europeo, que no aplica esta clase de test sino que se rige por una lógica de medios-fines, y me aparto del constitucionalismo norteamericano en la aplicación de estos test diferenciados en niveles y grados, que en el fondo lo que demuestran, en mi criterio, es el doblegamiento del juez constitucional ante el poder político del gobierno.

Con fundamento en lo expuesto, aclaro mi voto a la presente sentencia.

Fecha ut supra.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

EJERCICIO DE LA MAGISTRATURA EN LA CORTE CONSTITUCIONAL-Aspectos en los que se refleja su pluralismo (Aclaración de voto)

En Colombia existe una sólida y saludable tradición de pluralismo en el ejercicio de la magistratura que se refleja en: i) el voto de los magistrados es conocido y divulgado, usualmente en un comunicado oficial de la Corte, lo que permite a los ciudadanos conocer la posición de cada magistrado; ii) las sentencias son firmadas por todos los magistrados, lo que permite a cada uno señalar, debajo de su rúbrica, si aclara o salva el voto; iii) las deliberaciones constan en un acta accesible al público inmediatamente después de ser aprobadas por el pleno de la Corte donde se recogen los argumentos de cada magistrado; y

iv) a la correspondiente sentencia se deben adjuntar las opiniones disidentes de los magistrados, si las hay, o sea, los salvamento o aclaraciones de voto.

EJERCICIO DE LA MAGISTRATURA EN TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN DERECHO COMPARADO-Francia (Aclaración de voto)

EJERCICIO DE LA MAGISTRATURA EN TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN DERECHO COMPARADO-Estados Unidos (Aclaración de voto)

EJERCICIO DE LA MAGISTRATURA EN TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN DERECHO COMPARADO-Alemania (Aclaración de voto)

ACLARACION DE VOTO-Sentido y contenido de opinión disidente/SALVAMENTO DE VOTO-Sentido y contenido de opinión disidente (Aclaración de voto)

En nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia, y dada la misión trascendental que cumplen las sentencias de la Corte de fijar el significado de la Constitución, la decisión de escribir una opinión separada o disidente también implica una responsabilidad, articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente anunciando que no esta de acuerdo con la Corte.

Referencia: expediente D-6932

Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 410 de 1971- Código de Comercio (art. 194, parcial).

Demandante: Fabián López Guzmán

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

En esta oportunidad me limitaré a reiterar lo que he señalado en otras aclaraciones o salvamentos de voto, puesto que no considero pertinente explicar en extenso mi posición sobre lo decidido en la presente sentencia. Basta con señalarla públicamente al votar y firmar la sentencia, y con expresar mi criterio sobre las opiniones disidentes.

A diferencia de lo que sucede en otros países de tradición romano-germánica, en Colombia existe una sólida y saludable tradición de pluralismo en el ejercicio de la magistratura.⁷⁵ Esta se refleja en cuatro aspectos: (i) el voto de los magistrados es conocido y divulgado, usualmente en un comunicado oficial de la Corte, lo cual permite a los ciudadanos conocer la posición de cada magistrado, (ii) las sentencias son firmadas por todos los magistrados, lo cual le permite a cada uno señalar públicamente, debajo de su rúbrica, si aclara o salva el voto, (iii) las deliberaciones constan en un acta accesible al público inmediatamente después de ser aprobada por el Pleno de la Corte donde se recogen los argumentos de cada magistrado, y (iv) a la correspondiente sentencia se deben adjuntar las opiniones disidentes de los magistrados, si las hay, o sea, los salvamentos o aclaraciones de voto. Además, la Secretaria General puede certificar cómo voto cada magistrado, si un interesado así lo solicita.

Estos cuatro aspectos - que constituyen una de las fortalezas de nuestra tradición judicial - son separables, como lo demuestra el derecho comparado.⁷⁶ O sea que es perfectamente posible que un magistrado opte por disentir, pero deponga su interés en criticar la sentencia correspondiente, cultivar el individualismo, hacer gala de su conocimiento o mostrar soluciones alternativas que considera más apropiadas. Todo en aras de contribuir a fortalecer a la institución judicial a la cual pertenece y a que las sentencias fijen el sentido de la Constitución con sólida autoridad.

Habrán, por supuesto, casos en que dicha contribución se logre mejor escribiendo una opinión separada, siempre dentro del mayor respeto por la institución. Así lo estimé necesario, por ejemplo, en la sentencia sobre el aborto (C-355 de 2006), la cual compartí enteramente. Escribí una aclaración de voto a dicha sentencia para agregar algunos argumentos fundados en el derecho comparado, con el fin de dar elementos de juicio orientados a impulsar desarrollos futuros en la materia, no para criticar la sentencia.⁷⁷ En cambio, en la primera sentencia en la cual participé sobre la igualdad de las parejas del mismo sexo (SU-623 de 2001), escribí un salvamento de voto conjunto para tratar de abrir el camino hacia

evoluciones jurisprudenciales encaminadas a proteger a las parejas del mismo sexo, como en efecto sucedió varios años después sobre bases distintas a las que en 2001 dividieron a la Corte.

Lo mismo hice en temas menos “duros” pero importantes en el contexto colombiano, como la posibilidad de subsanar algunos vicios de procedimiento (C-333 de 2005). Mi orientación anti-formalista me conduce a declarar el vicio pero también a admitir, como lo dice expresamente la Constitución desde 1991, que si se reúnen ciertas condiciones la ley puede ser devuelta para que la falla en el procedimiento pueda ser subsanada. Así sucede ahora frecuentemente con las leyes aprobatorias de tratados públicos. Es que en nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia. Ello también ocurrió, por supuesto, antes de la Carta de 1991. Un buen ejemplo de ello es el salvamento de voto del magistrado Luis Sarmiento Buitrago a favor del control material de los decretos declarativos de un estado de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1886. Si bien la Corte Suprema de Justicia nunca dio ese paso, en la Constitución de 1991 se plasmaron los fundamentos para que la Corte Constitucional avanzara en esa dirección, como en efecto aconteció.

Fue este espíritu constructivo el que me animó a abstenerme de seguir repitiendo el mismo salvamento de voto (ver, por ejemplo, el que escribí a la T-080 de 2006) a las sentencias de tutela que ordenaban la terminación indiscriminada de cualquier proceso ejecutivo hipotecario denominado en UPAC78. Una vez que la Sala Plena decidió asumir el conocimiento de varias tutelas acumuladas con el fin de unificar la jurisprudencia, dejé de escribir una opinión disidente en las Salas de Revisión en las cuales participé y tampoco lo hice en la sentencia de unificación donde la Corte construyó un enfoque diferente sobre nuevas premisas compartidas por casi todos los magistrados (SU- 813 de 2007).

Ahora bien, las sentencias de la Corte cumplen una misión trascendental consistente en fijar el significado de la Constitución. Por lo tanto, la decisión de escribir una opinión separada o disidente también implica una responsabilidad primordial: articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el

juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente anunciado que no está de acuerdo con la Corte.

Así interpretó el famoso jurista Roscoe Pound el dilema de escribir o no opiniones disidentes, en un artículo publicado en 1953⁷⁹. Para Roscoe Pound la actitud de varios jueces movidos por la vanidad o el orgullo personal, que creían que tenían que escribir una opinión individual para cualquier caso, era contraproducente desde el punto de vista del progreso del derecho. Por eso destacó el siguiente canon de ética judicial: “Un juez no debe ceder a la vanidad de su opinión ni valorar de manera más alta su reputación individual que la de la Corte a la cual le debe lealtad.” (Canon 19, párrafo 3, ABA, 1924). De tal forma que hay una diferencia entre anunciar un desacuerdo y, adicionalmente, escribir en extenso una crítica de la sentencia de la cual el magistrado difiere.

Frecuentemente se pasa por alto que inclusive en Estados Unidos donde, a diferencia de Europa, existe una larga tradición de admitir las opiniones disidentes, varios magistrados entendieron que, en determinadas circunstancias, tanto la certeza del derecho como la solidez de la Corte aconsejan reducir el disenso y promover la unanimidad. Es bien sabido, por ejemplo, que el jurista Earl Warren trabajó arduamente para conseguir que la sentencia *Brown v. Board of Education* – mediante la cual se puso fin a la segregación racial en los colegios públicos – fuera unánime. Así mismo, John Marshall solo escribió nueve opiniones disidentes en cuarenta y cuatro años de ejercicio de la magistratura, puesto que comprendió que el nacimiento del control constitucional y la consolidación de la Corte investida de la autoridad para decir qué dice la Constitución, requería de una clara cohesión institucional. Por esa misma razón, Marshall aceptó ser magistrado ponente de sentencias con las cuales estaba en desacuerdo.⁸⁰

Además, en este caso el ímpetu de afinar la pluma para criticar la sentencia se ha desvanecido después de tranquilas reflexiones en torno al sentido de las opiniones separadas o disidentes. Estas me han llevado a darme cuenta de que aun los juristas admirados por la claridad, elocuencia, pertinencia y seriedad de sus opiniones disidentes, estimaban que no tenía sentido insistir, una y otra vez, en escribir de manera individual la posición que expresaron en las deliberaciones y mucho menos las que habían sostenido a lo largo del tiempo. No se debe olvidar que Oliver Wendell Holmes – denominado el gran disidente – sostenía que cuando un magistrado escribe un salvamento o aclaración de voto debe

recordar que “esta dando su punto de vista sobre el derecho, no peleando con otro gallo”. Esto llevó en múltiples ocasiones al magistrado Holmes a señalarles a los colegas de la Corte con los cuales compartía una opinión disidente, que debían modificar los términos empleados en el escrito correspondiente para respetar el principio ético de la civilidad en el disentimiento.

No se trata de seguir una regla de consenso, inapropiada en un contexto pluralista y en todo caso superada por la divulgación de los votos de cada magistrado. El objetivo esencial es contribuir a la consolidación de una institución que, como la Corte Constitucional, adopta decisiones que definen el rumbo del país en temas que despiertan enorme sensibilidad, tienen un impacto profundo o están sujetos de manera recurrente a la dura prueba del litigio constitucional.

Entonces, honro esa responsabilidad consustancial a la administración de justicia, que ha de ser tenida en cuenta por el juez constitucional cuando – más allá de hacer pública su posición al advertir que salva o aclara el voto – decide escribir una opinión disidente: la voz individual del magistrado debe contribuir a esclarecer el derecho, en lugar de confundir, y debe inscribirse en el respeto por la majestad de la justicia, en lugar de tratar de deslegitimarla.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia C-378/08

(Bogotá DC, Abril 23 de 2008)

JUSTICIA ARBITRAL-Aplicable en asuntos susceptibles de transacción (Aclaración de voto)

FACULTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA ARBITRAL-No puede contravenir disposiciones de ley estatutaria (Aclaración de voto)

ARBITRAMENTO-Forma alternativa de solución de controversias que contribuye a la realización de fin del Estado (Aclaración de voto)

El arbitramento, como una forma alternativa y constitucionalmente aceptada para la solución de controversias, a través de particulares temporalmente investidos de la función de administrar justicia, contribuye a la realización del fin del Estado de brindar acceso a la justicia de sus asociados.

CLAUSULA COMPROMISORIA-Ineficacia frente a la acción de impugnación (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D- 6932

Demandante: Fabián López Guzmán

Norma Demandada: Artículo 194 (parcial) del Decreto 410 de 1971

Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto

Con todo respeto, aclaro mi voto frente a la sentencia de constitucionalidad aprobada por la Corporación en sesión del 23 de abril de 2008. Si bien comparto el sentido de la decisión tomada por la Sala Plena en torno a la exequibilidad del aparte del artículo demandado, debo hacer énfasis en dos cuestiones fundamentales que, en mi opinión, deben ser puestas de relieve:

1.- Es menester introducir en el análisis de constitucionalidad del artículo 194 parcial del Decreto 410 de 1971, la disposición estatutaria contenida en el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, como un referente necesario para determinar la adecuación del dispositivo demandado al ordenamiento constitucional, en especial frente al tema de la arbitrabilidad objetiva⁸¹.

2.- La Ley 270 de 1996, en su artículo 13, señala que podrán ser materia de decisión arbitral todos aquellos “asuntos susceptibles de transacción”. Este concepto básico de transigibilidad de la materia arbitral, contenido en la ley estatutaria, ha sido desarrollado en leyes ordinarias que han puntualizado en casos concretos los asuntos susceptibles de transacción. Dado que “no todo aspecto que de una forma u otra se relacione con la administración de justicia debe necesariamente hacer parte de una ley estatutaria”⁸², esta Corte en sentencia C-672/1999 encontró que tales desarrollos en leyes ordinarias no son contrarios al orden constitucional, esto es, que no existe una reserva estatutaria sobre la materia⁸³.

3.- No obstante, es claro que la Ley Estatutaria de Administración de Justicia consagra “los principios sustanciales y procesales que deben guiar a los jueces en su función de dirimir los diferentes conflictos o asuntos que se someten a su conocimiento”⁸⁴ y se reconoce que “en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia se incorporan los principios mínimos que deben observarse cuando se administra justicia por conducto de las autoridades administrativas o de los particulares y que todos los demás aspectos no previstos en sus regulaciones deben ser desarrollados por la vía de la ley ordinaria”⁸⁵. Así, no es posible para el legislador ordinario contravenir las disposiciones de la ley estatutaria sin sobrepasar su facultad de configuración.

4.- Sobre el tema en concreto, la Corte Constitucional ha interpretado lo que se debe entender por transigible y cómo dar aplicación a tal definición frente al tema del arbitramento:

“se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio. Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible”⁸⁶.

5.- En el presente caso, la Corte Constitucional ha debido estudiar si la materia objeto de análisis encaja en aquello que no es transigible, para luego determinar si la disposición de ineficacia de la cláusula compromisoria frente a la acción de impugnación, contenida en el artículo 194 del Decreto 410 de 1971, era adecuada al ordenamiento jurídico. La razón de la constitucionalidad de tal norma no puede circunscribirse al ejercicio de las facultades ordinarias del legislador frente a la materia del arbitraje: es necesario contrastarla con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que establece limitación a los temas susceptibles de ser conocidos por un tribunal arbitral.

6.- Finalmente, el arbitramento, como una forma alternativa y constitucionalmente aceptada para la solución de controversias a través de particulares temporalmente investidos de la función de administrar justicia, contribuye a la realización del fin del Estado de brindar acceso a la justicia a sus asociados.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

1 “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.”

2 “Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.”

3 Abre la posibilidad para que en desarrollo de la autonomía de la voluntad se le confíe la resolución de controversias a una o más personas particulares que adquieren el carácter de árbitros y administran justicia resolviendo la disputas que ante ellas se ventilan por medio de decisión - laudo arbitral - cuya obligatoriedad las partes han pactado de manera anticipada.

4 En el ordenamiento jurídico colombiano numerosas disposiciones hacen alusiones a la justicia arbitral, tales como el Decreto 2279 de 1989, La Ley 23 de 1991, la Ley 80 de 1993, y la ley 446 de 1998. El Decreto Ley 1818 de 1998 “por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos” compiló tales disposiciones en un solo cuerpo normativo, sin embargo, como es lógico no incluyó preceptos posteriores a su expedición, tales como la Ley 546 de 1999.

5 Así se dijo en la sentencia C-431 de 1995: “En primer lugar, cabe señalar que el acto arbitral puede definirse como aquel por medio del cual una persona o varias a nombre del Estado, en ejercicio de una competencia atribuida por éste y consultando solo el interés superior del orden jurídico y la justicia, definen el derecho aplicable a un evento concreto, luego de haber comprobado los hechos y de inferir una consecuencia jurídica, cuyo rasgo esencial es el efecto del tránsito a cosa juzgada”.

6 Así lo explicó la Corte en la antes citada sentencia C-431 de 1995: “Una vez integrado o constituido el Tribunal, los árbitros quedan investidos de la facultad o poder de administrar justicia en el caso concreto o litigio correspondiente, en el cual profiere actos jurisdiccionales. En este sentido, los árbitros obran en forma similar a cualquier juez, ya que mediante un procedimiento preestablecido, deben comprobar los hechos planteados por las partes, valorar las pruebas aportadas y extraer de ese acervo, una consecuencia definitiva, contenida en un proveído, denominado laudo arbitral, que formal y materialmente es revestido de las características de verdadera sentencia, pues se trata de un acto de declaración de certeza del derecho, que produce efectos de cosa juzgada”. El efecto de cosa juzgada que cobija los laudos también se indicó en la sentencia C-1436 de 2000, donde se explicó que “el arbitramento como mecanismo alternativo de solución de conflictos, implica la derogación que hacen las partes de la jurisdicción que, en cabeza de los jueces ejerce el Estado, para que frente a un conflicto determinado o precaviendo uno futuro, sean terceros distintos de los jueces, quienes con carácter definitivo resuelvan la controversia suscitada, mediante una decisión -fallo arbitral- que al igual que las decisiones de los jueces de la República, haga tránsito a cosa juzgada”.

7 Así se dijo en la sentencia C-242 de 1997: “Adicionalmente, la decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad. Claro está, que la ejecución y control de ese laudo corresponde a la jurisdicción ordinaria permanente”.

8 Dijo la Corte en la sentencia C-098 de 2001 que “el arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, ha de entenderse como la derogación que hacen las partes involucradas en un conflicto o precaviendo su existencia, de la jurisdicción en cabeza del Estado y en favor de un particular (árbitro), quien queda investido de la facultad temporal de resolver con carácter definitivo y obligatorio, a través de una decisión denominada laudo arbitral, las diferencias que se susciten entre ellos”.

9 Sentencia C-294 de 1995, en la que se afirmó: “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”.

10 En este sentido, en la sentencia C-098 de 2001, se dijo: “...el arbitramento como la conciliación o la amigable composición, han de entenderse como institutos a los que el Constituyente les reconoció una función fundamental dentro la administración de justicia, pues son mecanismo a los que pueden recurrir opcionalmente las personas para poner término a sus controversias, sin la intervención directa del Estado, lo que permite no sólo la descongestión del aparato de justicia sino la participación activa de los particulares en la definición de sus conflictos”.

11 En este sentido, en la sentencia C-163 de 1999 la Corte señaló: “Además, estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos encuentran base constitucional no sólo en su reconocimiento expreso en el artículo 116 superior sino también en otros principios y valores constitucionales. Así, su presencia puede constituir una vía útil, en ciertos casos, para descongestionar la administración de justicia formal, con lo cual se potencia la eficacia, celeridad y efectividad de la justicia (CP art. 228). Además, y más importante aún, la Carta establece un régimen democrático y participativo (CP art. 1º), que propicia entonces la colaboración de los particulares en la administración de justicia y en la resolución de sus propios conflictos. En ese orden de ideas, es perfectamente posible que el Legislador estimule la resolución de conflictos directamente por los propios afectados, por medio de figuras como la conciliación o la amigable composición, o por terceros que no sean jueces, como sucede en el caso de los árbitros o de ciertas autoridades administrativas y comunitarias”.

12 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU 174 de 2007.

13 Sentencia C-294 de 1995, en la que se afirmó 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”. Más tarde, en la sentencia C-330 de 2000 se reafirmó que “el arbitramento es de carácter temporal. No es posible pensar que las atribuciones judiciales que se confieren a particulares en calidad de árbitros, puedan ejercerse de manera indefinida, pues de la naturaleza del arbitramento se deriva la existencia de una jurisdicción meramente transitoria, limitada en el tiempo, a la resolución del conflicto específico que las partes deciden llevar ante el tribunal. De no ser así, se crearía una jurisdicción paralela a la ordinaria que, con grave perjuicio del orden público (...)”.

14 Dijo la Corte en la sentencia C-330 de 2000: “Es deber de las partes, con el propósito de dotar de eficacia a sus determinaciones, establecer con precisión los efectos que se siguen de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas subsiguientes a su decisión; sólo así se puede hablar de un verdadero acuerdo. (...)La manifestación de voluntad, que da lugar a la sujeción de ciertos eventos a la decisión de los árbitros debe ajustarse a una regulación detallada, destinada a garantizar que la puesta en funcionamiento de la justicia arbitral no sea el fruto del deseo caprichoso de los sujetos en contención. El fundamento de esta figura procesal debe ser la determinación libre de las partes de acudir a un mecanismo alternativo para resolver conflictos. Como en todo negocio jurídico, también en el acuerdo que da paso al arbitraje, es deber de las partes establecer con precisión los efectos que han de seguirse de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas que tal decisión produce; sólo así puede decirse que la cláusula compromisoria es plenamente eficaz”.

15 En la sentencia C-098 de 2001 se señaló que la característica constitucional central de esta institución es que las partes del conflicto determinan en forma autónoma y voluntaria que no serán los jueces estatales sino un particular habilitado por ellos el que resolverá su controversia, sin apremio alguno para ejercer su poder habilitante: “La nota característica de este instituto, requisito que la propia Constitución impone y que la jurisprudencia constitucional ha resaltado (...), está en que los sujetos en controversia o que prevean que pueden llegar a estarlo, determinen autónoma y voluntariamente que su diferencia no será

decidida por el Estado a través de sus jueces, sino por un particular a quien ellos le reconocen el poder y la competencia para resolver sus desavenencias - poder habilitante de las partes -. Es, en este contexto, en donde el arbitramento adquiere su condición de mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pues son las partes las que voluntariamente y sin apremio alguno, deciden no hacer uso del aparato de justicia estatal”.

16 En este sentido, en la sentencia C-060 la Corte explicó -en relación con un contrato de concesión-: “En este punto, resulta necesario reiterar que, tanto el convenio que da origen al contrato de concesión -sobre el que versa el parágrafo parcialmente demandado-, como todas las decisiones tomadas en desarrollo de este vínculo contractual, tienen que ser el resultado de la libre discusión de las partes, y no de la aceptación de cláusulas y condiciones impuestas por la ley o uno de los contratantes. Si algún significado ha de dársele al principio de autonomía de la voluntad, que estructura todo el régimen de contratación nacional (pública y privada), éste tiene que ver con la posibilidad de que sean las propios sujetos de la relación jurídica, quienes decidan el destino de su vínculo y obviamente, los procedimientos y autoridades que habrán de resolver los eventuales desacuerdos; de esta forma se garantiza, no sólo el recto y libre ejercicio de la voluntad individual, sino el adecuado acceso a la administración de justicia. (...) Sobre este particular, no puede perderse de vista el hecho de que, tanto la cláusula compromisoria -que se incluye en los contratos con el propósito de hacer posible los arreglos arbitrales-, como el compromiso, son entidades jurídicas que surgen del acuerdo explícito de las partes y, como tal, son el resultado del análisis de circunstancias concretas que desde el punto de vista jurídico -incluso económico-, hacen recomendable recurrir a un tribunal de arbitramento”.

17 Este punto se explicó así en la sentencia C-330 de 2000: “El arbitramento, tal como ha sido concebido en nuestro ordenamiento jurídico, es una figura procesal. Cuando la Constitución defiere a los particulares la función de administrar justicia en calidad de árbitros, les confía, como a todos los demás jueces, la solución de contenciones jurídicas entre las partes en concordancia con la Constitución y las leyes. De ahí que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tenga el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros. // El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a

la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales”.

18 En la sentencia C-431 de 1995 se afirmó, en este sentido, lo siguiente: “Los jueces como autoridades que ejercen en forma permanente la función de administrar justicia, gozan de ciertos poderes, a saber: a) El poder de decisión, por medio del cual resuelven con fuerza obligatoria la controversia. b) El poder de coerción, mediante el cual se procuran los elementos necesarios para el cumplimiento de la decisión. c) El poder de documentación o investigación, en virtud del cual se le otorga la facultad de decretar y practicar pruebas, ya sea de oficio o a petición de parte, para llegar con la valoración de ellas, a una verdad real y de esa forma poder adoptar la decisión que en derecho corresponda, y d) El poder de ejecución, que está íntimamente ligado con el de coerción, pero que tiene su propio sentido, pues si bien implica el ejercicio de coacción y aún de la fuerza contra una persona, no persigue facilitar el proceso sino imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que se derive de una sentencia o de un título proveniente del deudor y al cual la ley le asigne ese mérito. // En principio, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 114 de la Ley 23 de 1991, estos poderes son atribuibles tanto al juez como al árbitro, en cuanto éste goza de los mismos deberes, poderes y facultades que para los jueces consagran las normas del Código de Procedimiento Civil, así como por su asimilación a los jueces del circuito. // Sin embargo, esta misma ley impone una limitación al Tribunal de Arbitramento con el objeto de evitar un cambio de competencia, ya que en el párrafo del artículo 40 ibídem, establece en forma expresa que de la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria, lo cual ha sido reiterado por la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia, como de la Corte Constitucional”.

19 Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 1994.

20 Ibíd.

21 Ibíd.

22 Sentencia C-163 de 1999.

23 Dijo la Corte: “Así las cosas, la Corte Constitucional comparte plenamente el argumento expuesto por el actor, según el cual la justicia arbitral sólo está permitida constitucionalmente si está habilitada por las partes. Sin embargo, resulta equivocado deducir de esta premisa que el Legislador está impedido para regular el procedimiento que rige este tipo de mecanismos de solución de conflictos, pues si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse “en los términos que determine la ley” (C.P. art. 116). // En este orden de ideas, el artículo 116 de la Carta debe interpretarse en armonía con el artículo 29 superior, según el cual toda persona tiene derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, lo cual permite concluir que, en situaciones donde los particulares no acordaron procedimiento especial que los regule, le corresponde al Legislador fijar las formas procesales de cada juicio, lo que incluye, el proceso arbitral. Por consiguiente, si los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia, es razonable que el Legislador configure el marco general y las directrices de la actuación arbitral, dentro del marco de la Constitución”.

24 Corte Constitucional. Sentencia T-244 de 2007.

25 Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 1995.

26 Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000.

27 Corte Constitucional. Sentencia T-244 de 2007.

28 Corte Constitucional. Sentencia T-001 de 1993.

29 Corte Constitucional. Sentencia C-095 de 2001. Ver también sentencia C-316 de 2002.

30 Corte Constitucional. Sentencia C-562 de 1997.

32 Corte Constitucional. Sentencia C-1104 de 2001.

33 Corte Constitucional. Sentencia C-309 de 2002.

34 Corte Constitucional. Sentencia C-204 de 2001.

35 Corte Constitucional. Sentencia C-728 de 2000 y C-1104 de 2001, entre otras.

36 Corte Constitucional. Sentencia C-1512 de 2000.

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

38 Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 2002.

39 Corte Constitucional. Sentencia C-346 de 1997.

40 Corte Constitucional. Sentencia T-323 de 1999.

41 Corte Constitucional. Sentencia C-555 de 2001.

42 Corte Constitucional. Sentencia C-309 de 2002.

43 Corte Constitucional. Sentencia C-327 de 1997.

44 Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007.

45 Se explicó en esa oportunidad cómo el arbitramento surgía “por voluntad de las partes de someter un conflicto ante un tercero -árbitro-, habilitado por ellas para proferir un fallo en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. // De esa manera, entonces, es a la ley a quien corresponde determinar: a) los asuntos y la forma en que los particulares pueden administrar justicia en la condición de árbitros; b) los límites y términos en que los árbitros están habilitados para administrar justicia, y c) sus funciones y facultades, que son las mismas que tienen los jueces ordinarios”.

46 Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007.

47 ARTÍCULO 186. <LUGAR Y QUORUM DE REUNIONES>. Las reuniones se realizarán en el lugar del dominio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocación y quórum. Con excepción de los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial, las reuniones de socios se celebrarán de conformidad con las reglas dadas en los artículos 427 y 429. / ARTÍCULO 427. <QUORUM PARA DELIBERACIÓN Y TOMA DE DECISIONES>. La asamblea deliberará con un número plural de personas que represente, por lo menos, la mayoría absoluta de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se exija

un quórum diferente. Las decisiones se tomarán por mayoría de los votos presentes, a menos que la ley o los estatutos requieran para determinados actos una mayoría especial.

/ARTÍCULO 429. <REUNIONES DE SEGUNDA CONVOCATORIA POR DERECHO PROPIO-REGLAS>. <Artículo subrogado por el artículo 69 de la Ley 222 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Si se convoca a la asamblea y ésta no se lleva a cabo por falta de quórum, se citará a una nueva reunión que sesionará y decidirá válidamente con un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que esté representada. La nueva reunión deberá efectuarse no antes de los diez días ni después de los treinta, contados desde la fecha fijada para la primera reunión. / Cuando la asamblea se reúna en sesión ordinaria por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, también podrá deliberar y decidir válidamente en los términos del inciso anterior. / En las sociedades que negocien sus acciones en el mercado público de valores, en las reuniones de segunda convocatoria la asamblea sesionará y decidirá válidamente con uno o varios socios, cualquiera sea el número de acciones representadas.”

48 “ARTÍCULO 188. <OBLIGATORIEDAD DE DECISIONES DE LA JUNTA O ASAMBLEA>. Reunida la junta de socios o asamblea general como se prevé en el Artículo 186, las decisiones que se adopten con el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes obligarán a todos los socios, aún a los ausentes o disidentes, siempre que tengan carácter general y que se ajusten a las leyes y a los estatutos. / PARÁGRAFO. El carácter general de las decisiones se entenderá sin perjuicio de los privilegios pactados con sujeción a las leyes y al contrato social.”

49 “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.”

50 La norma está contenida en el Título II Del Arbitraje que consigna los preceptos generales. “Artículo 111.- Definición y modalidades. El artículo 1° del Decreto 2279 de 1989 quedará así: / “Artículo 1º. El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión

denominada laudo arbitral.” / “El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este evento el Árbitro deberá ser Abogado inscrito. El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Cuando los árbitros pronuncian sus fallos en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico. / “Parágrafo. En la Cláusula compromisoria o en el compromiso, las partes indicarán el tipo de arbitraje. Si nada se estipula, el fallo será en derecho.”

51 El problema jurídico que planteó la Sala Plena de la Corte Constitucional fue el siguiente: “[c]orresponde a esta Corporación determinar, si cuando el legislador establece que sólo los asuntos de carácter transigible son susceptibles de ser sometidos al mecanismo del arbitramento, se contraviene la disposición constitucional contenida en el artículo 116, según la cual, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la calidad de árbitros debidamente habilitados por las partes, pues considera el demandante, que el Constituyente no impuso ninguna restricción en cuanto a las materias susceptibles de ser sometidas a este mecanismo alterno de resolución de conflictos.”

52 Corte Constitucional. Sentencia C-163 de 1999.

54 Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 1997.

55 Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 1995.

56 Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000.

57 Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2001.

58 Ibíd.

59 Corte Constitucional. Sentencia C-T-057 de 1995.

60 Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2001.

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

62 Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 2002.

63 Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 1994. En el mismo sentido sentencia C-445 de 1995.

64 ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. / La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. / La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. / El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. / La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

65 Corte Constitucional. Sentencia C-615 de 2002.

66 Que tiene fundamento en el artículo 365 de la C. N. Ver entre otras la sentencia C-579 de 1999.

67 Cuya justificación es el artículo 49 de la Carta, ver por ejemplo la sentencia C-176/96.

68 Con base en el artículo 77 de la Constitución. Ver la sentencia C-333 de 1999.

69 Que tiene por fundamento el artículo 335 de la Constitución, en este sentido la C-332 de 2000.

70 Corte Constitucional. Sentencia C-392 de 2007.

71 Ibíd.

72 La norma legal objeto de examen estaba contenida en el primer inciso del artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que reza: “Definición y modalidades. El artículo 1º del Decreto 2279 de 1989 quedará así: ‘Artículo 1º. El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal

arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral (...)’”.

La decisión adoptada por la Corte fue: “Declarase EXEQUIBLES las expresiones ‘de carácter transigible’ contenidas en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998”.

73 Ver Aclaraciones de Voto a las Sentencias C-422 del 2005, C-540 del 2005, C-078 del 2006; C-673 del 2001, C-260 del 2008 entre otras.

74 Ver por ejemplo Aclaración de Voto a la sentencia C-422 del 2005 del magistrado Jaime Araújo Rentería.

75 Desde el siglo XIX los magistrados han podido salvar o aclarar el voto. Sin remontarnos más allá de la vigencia de la Constitución de 1886, cabe resaltar que en la primera sentencia en la cual se juzgó, en control previo, un acto del legislador, se presentaron salvamentos de votos.

76 En efecto, en Francia están prohibidas las opiniones disidentes en el Consejo Constitucional, pero las actas de sus deliberaciones son públicas, varias décadas después de su aprobación. En Estados Unidos están permitidas las opiniones disidentes, pero no existen actas de las deliberaciones. Mucho de la evolución del pensamiento de la Corte estadounidense queda consignado por escrito en los memorandos y notas oficiales que se cruzan los magistrados, los cuales son públicos también después de varias décadas. En Alemania, después de un complejo y extenso proceso, se pasó de la interdicción de las opiniones disidentes a su admisión. Ello sucedió a raíz del famoso caso Spiegel, resuelto en 1966, en el cual los magistrados se dividieron 4 contra 4. Ante la ausencia de mayoría por la inconstitucionalidad, el acto controvertido en dicho caso se consideró convalidado. Para entonces, las opiniones disidentes no estaban permitidas. Entonces, la Corte Constitucional alemana optó por publicar las dos opiniones enfrentadas como parte de la sentencia misma, sin divulgar los nombres de los magistrados. Ello suscitó un debate sobre si las opiniones disidentes deberían ser permitidas. En 1968 se llevó a cabo un debate apasionado al respecto en el Congreso de Derecho, organizado por la asociación de juristas. Luego de una votación, los juristas se inclinaron a favor de permitir las aclaraciones y salvamentos de voto, a pesar de que los magistrados que integraban las cinco altas cortes alemanas votaron en contra (158 contra 65). En 1970, el Parlamento modificó la Ley Orgánica de la Corte

Constitucional Federal alemana para permitir las opiniones disidentes.

77 Inclusive respecto de estas cuestiones tan álgidas, algunos magistrados han preferido abstenerse de hacer públicas las razones de su posición. En Alemania, en la primera sentencia sobre el aborto, dos magistrados escribieron sus opiniones disidentes. Por eso, se cree que la votación fue 6 contra 2. No obstante, en realidad fue una sentencia 5 contra 3, ya que uno de los magistrados de la minoría decidió no escribir un salvamento de voto.

78 Los puntos de mi disenso se originaron en que a mi juicio la tutela no debía ser concedida sin verificar si el interesado había solicitado la terminación del proceso, si el inmueble estaba efectivamente destinado a vivienda, si el deudor había aceptado la reliquidación del crédito o si el inmueble ya había sido adjudicado a una familia que lo adquirió de buena fe para vivir en él

79 Roscoe Pound. *Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent*. 39 A.B.A.J. (1953), 794.

80 El justicia Antonin Scalia, un vigoroso disidente en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, critica esta actitud en un ensayo sobre la opinión disidente. Ver *The Dissenting Opinion*. 1994 J. Sup. Ct. Hist. 33.

81 Sentencia SU-174/2007 M.P. Manuel José Cepeda

82 Sentencia C-037/1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

83 “En tal virtud, se concluye que las cuestiones que aparecen reguladas en las normas acusadas corresponden a aspectos o materias que puede desarrollar el legislador mediante una ley ordinaria, ya que no se trata de asuntos que tocan con los fundamentos de la estructura general de la administración de justicia ni con los principios que deben ser observados por los jueces en ejercicio de las competencias a ellos otorgadas, sino con situaciones relacionadas con la atribución de función jurisdiccional a los particulares, como ocurre en el arbitramento o la amigable composición, o a organismos administrativos, como son las superintendencias mencionadas, a los cuales se les confía la misión de decidir ciertas controversias en materia comercial y financiera”. (Sentencia C-672/1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell)

84 Sentencia C-037/1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

85 Sentencia C-672/1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell (subrayas fuera del texto original)

86 Sentencia C-098/2001 M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez