C-572A-14

Sentencia C-572A/14

(Bogotá D.C., 30 de julio de 2014)

LAUDO ARBITRAL-Causales del recurso de anulación

PROCESO ARBITRAL-Margen de configuración legislativa/MARGEN DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA ARBITRAL-Límites

En el estudio conjunto de los cargos se analizó la doctrina reiterada de este tribunal sobre el margen de configuración del proceso y, en especial, el margen de configuración del proceso arbitral, para poner de presente los límites que debe respetar el legislador al momento de configurar el proceso arbitral; el principio de habilitación de los árbitros, para destacar que los árbitros no tienen competencia por sí mismos, sino por la habilitación de las partes, que se da en razón de su voluntad o consentimiento, expresada de manera válida y sin apremio alguno; y el principio de kompetenz-kompetenz, para advertir que, en principio, es el propio tribunal de arbitramento el encargado de definir su propia competencia. A partir de estos parámetros se descendió al caso concreto, para examinar la expresión "absoluta", contenida en el numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, a la luz de los antedichos elementos de juicio, encontrando que ésta, al excluir la invalidez relativa como causal del recurso extraordinario de anulación y, por tanto, impedir impugnar las decisiones tomadas por árbitros carentes de jurisdicción y competencia, es contraria a los principios constitucionales de juez natural (art. 29 CP) y de habilitación de los árbitros (art. 116 CP).

PACTO ARBITRAL-Concepto

PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD-Fundamento y límite del arbitraje/PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD-Límites

PRINCIPIO DE HABILITACION DE LOS ARBITROS-Jurisprudencia constitucional/PRINCIPIO DE HABILITACION DE LOS ARBITROS-Importancia

PRINCIPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ-Jurisprudencia constitucional/PRINCIPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ-Contenido

RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDOS ARBITRALES-Causales

ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES-Procedencia excepcional

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO-Aplicación del principio kompetenz–kompetenz, para definir competencia

INVALIDEZ RELATIVA DE PACTO ARBITRAL-En tanto negocio jurídico, puede ser consecuencia de la existencia de cualquier tipo de vicio distinto de aquellos que causan la invalidez absoluta/INVALIDEZ RELATIVA DEL PACTO ARBITRAL-Declaración por el juez a petición de parte

La invalidez relativa del pacto arbitral, en tanto negocio jurídico, puede ser consecuencia de la existencia de cualquier tipo de vicio distinto de aquellos que causan la invalidez absoluta, como por ejemplo por haber sido celebrado el negocio jurídico por una persona relativamente incapaz o por haber sido consentido el negocio por error, fuerza o dolo. La invalidez relativa del pacto arbitral, conforme a lo que ya se expuso al estudiar el contexto de la norma sólo puede ser declarada por el juez a petición de parte y sólo puede ser alegada por la persona en cuyo beneficio la establece la ley, valga decir, por el incapaz relativo o por la persona cuyo consentimiento ha sido viciado por error, fuerza o dolo.

PACTO ARBITRAL-Vicios que dan lugar a la invalidez relativa pueden sanearse

JURISDICCION Y COMPETENCIA DE TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO PARA DECIDIR SOBRE INVALIDEZ RELATIVA DE PACTO ARBITRAL-Habilitación de las partes

La ley no puede restringir la posibilidad de anular un laudo arbitral, cuando el tribunal que lo profirió carecía de jurisdicción y competencia para ello, debido a la invalidez relativa del pacto arbitral, porque dicha jurisdicción y competencia se funda en la habilitación de las partes, que debe resultar de su voluntad libre y autónoma y de su consentimiento válido, esto es, carente de vicios, y dado sin apremio.

Demanda de inconstitucionalidad: en contra de una expresión del numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Referencia: Expediente D-10030.

Actor: Marcos Quiroz Gutiérrez.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Texto normativo demandado.

El ciudadano Marcos Quiroz Gutiérrez, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40.6, 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la declaratoria de inconstitucionalidad de una expresión del numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, cuyo texto –con lo demandando en subrayas- es el siguiente:

(julio 12)

Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

SECCIÓN PRIMERA.

ARBITRAJE NACIONAL.

(…)

CAPÍTULO IV.

LAUDO ARBITRAL Y RECURSOS.

(…)

ARTÍCULO 41. CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN. Son causales del recurso de anulación:

1. La inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad del pacto arbitral.

2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.

3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.

4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.

5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.

6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.

7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.

9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer

oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.

2. Demanda: pretensión y cargos.

2.1. Pretensión.

Se solicita a este tribunal que declare la inexequibilidad de la expresión: “absoluta”, contenida en numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, por considerarse que vulnera los artículos 29, 116 y 228 de la Constitución.

2.2. Cargos.

La demanda plantea tres cargos, relacionados con la vulneración del derecho a un debido proceso, con el principio de habilitación de las partes en el arbitraje y con el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, conforme pasa a verse.

2.2.1. Al limitar la causal de anulación del laudo arbitral a la invalidez absoluta del pacto arbitral y desconocer, por tanto, la hipótesis de la invalidez relativa de dicho pacto, se vulnera el principio de juez o tribunal competente, reconocido en el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución. Y se lo vulnera, porque este límite legal permite que “árbitros carentes de competencia surtan la instancia arbitral y decidan la controversia”. Ante la existencia de una causal de nulidad relativa del pacto arbitral, como puede ser el de la incapacidad relativa de una de las personas que lo celebra o un vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo, a pesar de haber señalado esta circunstancia ante los árbitros, si se produce un laudo, no es posible impugnarlo por medio del recurso de anulación, por no enmarcarse esta situación dentro de las causales de éste.

2.2.2. Los árbitros no tienen su jurisdicción por sí mismos, sino en razón de un acuerdo de voluntades de las partes que los habilita para ello. Esto es evidente en un contexto normativo en el cual no se admite el arbitraje obligatorio, sino que se requiere de manera indispensable del consentimiento de las partes involucradas. En este contexto, desconocer como causal de anulación del laudo la hipótesis de que este acuerdo –pacto arbitral- adolezca de nulidad relativa, como lo hace la norma demandada, contraviene el principio de habilitación de las partes, pues si esta nulidad no ha sido subsanada, la habilitación viciada no puede producir efectos jurídicos.

2.2.3. Bajo la premisa de que el numeral 1 del artículo 41 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional -Ley 1563 de 2012- es “una norma de orden procesal”, el actor señala otras normas: art. 29, 116 y 229 de la Constitución, art. 3 a 6 de la Ley 1563 de 2012, art. 1602, 1740 a 1756 del Código Civil y art. 900 del Código de Comercio, a las que califica como sustanciales, que reconocen el fenómeno sustancial de la nulidad relativa –predicado del pacto arbitral- que deben prevalecer sobre la restricción procesal contenida en la norma demandada.

3. Intervenciones.

3.1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho: exequibilidad.

Repasa los antecedentes de la Ley 1563 de 2012 (Proyecto de ley 176 de 2011 Cámara, 18 de 2011 Senado), para precisar que la expresión demandada se incluyó en el informe de ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes[1] y que en la correspondiente acta de la sesión no se suministra “justificación de la modificación propuesta”. Al no ser explícita la razón del cambio, propone revisar la norma anterior[2], para advertir que ella “contemplaba como causal de anulación del laudo, la nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita, señalando dicha norma que los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrían invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo”. Al persistir la dificultad para establecer la razón en comento, acude a citas de diversos autores.

Con base en la anterior investigación afirma que la expresión demandada “guarda relación directa con la finalidad del recurso extraordinario de anulación y la competencia que para tal efecto le es asignada al juez de anulación del laudo”. Y esto sería así, porque el recurso de anulación es extraordinario y no constituye una segunda instancia, ya que su propósito es enmendar los errores in procedendo, valga decir, la vulneración de normas de carácter procesal. No obstante, hace una inteligencia amplia de la expresión demandada, en los siguientes términos:

La consagración de la invalidez absoluta del pacto arbitral como causal de anulación del laudo, en los términos previstos en la norma acusada, no parece referida exclusivamente a la nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita o a los casos

alegados en el proceso arbitral que no se hayan saneado, sino que se establece como causal de anulabilidad general, lo cual a diferencia de lo afirmado por el demandante, no constituye una limitación legal sino una consagración mucho más amplia, precisa y técnica de dicha causal de anulación.

3.2. Intervención de la Universidad Externado de Colombia: exequibilidad.

Advierte que con la Ley 1563 de 2012 "hubo un giro en el entendimiento de la invalidez como causal de anulación del laudo arbitral en el arbitraje nacional". Este cambio implica que la invalidez relativa del pacto arbitral, independientemente de que se haya invocado o no en el proceso arbitral, no se puede invocar como causal de anulación del mismo. Advierte que en los trabajos previos del proyecto de ley una subcomisión de expertos "redactó un texto en el cual la causal de anulación se extendía tanto a la invalidez absoluta como a la relativa", pero el Congreso de la República modificó esta redacción.

En este contexto, pese a considerar que habría dos opiniones defendibles, que se consideraron en los trabajos previos, corresponde determinar si el Congreso de la República, dentro del margen de configuración de la ley, podía o no establecer las causales de anulación del laudo arbitral. Con base en las Sentencias C-163 de 1999, C-300 de 2000, C-098 de 2001, C-1038 de 2002 y C-965 de 2003, afirma que sí podía hacerlo. Agrega que si bien la nulidad relativa no se puede alegar como causal de anulación del laudo, sí puede y debe alegarse ante el tribunal de arbitramento, para que éste pueda pronunciarse sobre su propia competencia, pues en razón de la naturaleza inter partes de esta nulidad, "al no ser invocada en un momento determinado en el tiempo se entiende que la parte a renunciado a ésta"[3].

3.3. Intervención de la Universidad Nacional de Colombia: exequibilidad.

Agrega que no es dable equiparar la nulidad absoluta con la relativa, pues la primera "compromete valores superiores cuyo desconocimiento no puede ser cohonestado de ninguna manera por el orden jurídico", mientras que la segunda "se refiere a aspectos que interesan únicamente a los afectados y que son renunciables".

3.4. Intervención de la Universidad del Rosario: exequibilidad.

Destaca que las diferencias entre nulidad absoluta y nulidad relativa “no son caprichosas y dependen directamente de la naturaleza de los intereses que protege el legislador”, pues obedecen a dos importantes nociones: “el orden público y las buenas costumbres”[4]. A partir de estas diferencias, encuentra que “resulta evidente que, por la naturaleza de los intereses protegidos, la regulación de la nulidad absoluta sea más severa y se permita, más fácilmente, invalidar contratos por vicisitudes que afecten el orden público que por carencias que conciernan [o] atañan exclusivamente a intereses privados”.

Considera que el problema planteado en la demanda puede resolverse a partir de lo dispuesto en el artículo 41, numerales 2 y 3, de la Ley 1563 de 2012, que prevén como causales del recurso de anulación: “2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia” y “3. No haberse constituido el tribunal en forma legal”. Y así lo considera, porque en estas causales quedarían comprendidas “las situaciones que darían lugar a la declaración de invalidez relativa: la ausencia de objeto o de causa, los vicios del consentimiento y la incapacidad relativa”.

4. Concepto del Procurador General de la Nación: inexequibilidad.

4.1. En el Concepto 5731, el Ministerio Público sostiene que la expresión demandada “es inconstitucional por infringir el principio de habilitación establecido en el artículo 116 de la Constitución Política”.

4.2. Para sustentar la anterior afirmación, analiza el artículo 116 de la Constitución como fundamento último del arbitraje[5]. En el análisis destaca cuatro elementos de juicio relevantes, a saber:

[…] (i) el arbitramento tiene autorización constitucional expresa; (ii) dicha autorización constitucional es el fundamento mediato del arbitraje; (iii) como consecuencia directa de lo anterior, el fundamento inmediato del arbitraje está constituido por el principio de voluntariedad, en virtud del cual las partes deciden someter la solución de una controversia, autorizada por la ley o de libre disposición, a particulares que ejercen en forma transitoria una función pública, esto es, administrar justicia en un caso concreto; (iv) la Constitución defirió al legislador la regulación del arbitraje dentro del marco de sus principios y valores.

De los anteriores elementos destaca el principio de habilitación o voluntariedad del arbitraje[6], para afirmar que este principio "impone que son las partes las que deben decidir en forma autónoma y sin interferencias externas el sometimiento de sus controversias al mecanismo arbitral en forma principal, pero ello no conduce a una inhibición absoluta del legislador para regular ciertas materias como, por ejemplo, las causales de anulación del laudo arbitral".

Precisa las características del recurso, que se circunscribe a errores in procedendo y no admite errores in iudicando, en los siguientes términos:

[…] (i) el recurso es de carácter excepcional, restrictivo –en términos de sus causales- y extraordinario, en términos de que no constituye una instancia; (ii) el objeto del recurso está circunscrito al principio dispositivo, lo cual quiere decir que el juez está sujeto a la delimitación de las causales en la sustentación del mismo; (iii) procede contra laudos arbitrales ejecutoriados; (iv) se debe sustentar debidamente en las causales taxativas establecidas en la ley; y (v) excepcionalmente, el juez del recurso puede corregir el laudo con base en la causal de incongruencia.

Pone de presente que la razón por la cual el Congreso de la República modificó en este punto el proyecto de ley, fue:

En el numeral 1 se reitera un punto que no presenta polémica a nivel doctrinal: las causales de nulidad relativa del pacto arbitral no son causales de anulación del laudo dado que estas deben ser alegadas por las partes dentro del trámite arbitral. Tal y como lo entiende, desde el derecho romano la doctrina civilista, las causales de nulidad relativa deben ser consagradas por la parte afectada y no pueden ser decretadas de oficio por el juez, ni en el proceso ordinario, ni en el especial por el recurso extraordinario de anulación, habida cuenta de su vocación al saneamiento[7].

II. FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

La Corte es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la expresión: "absoluta", contenida en el numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, atendiendo

lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política.

2. Norma y contexto.

2.1. La demanda se dirige contra la norma jurídica que establece, dentro de la primera causal del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral dictado en el contexto del arbitraje nacional, la invalidez absoluta del pacto arbitral. No se cuestiona que la invalidez del pacto arbitral sea una causal de anulación, sino que dentro de ella sólo se incluya la invalidez absoluta de dicho pacto. Lo que se controvierte es el supuesto de hecho de la norma demandada, bajo el entendido de que excluye de la causal de anulación del laudo arbitral el fenómeno jurídico de la invalidez relativa del pacto arbitral.

2.2. El pacto arbitral, según la definición del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, "es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas". Este pacto puede consistir en compromiso[8] o cláusula compromisoria[9].

2.3. En el contexto del arbitraje nacional[10], contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que debe interponerse y sustentarse ante el tribunal arbitral, para que éste lo remita a la autoridad judicial competente para conocer de él[11]. Este recurso no suspende el cumplimiento del laudo, salvo que se trate de una entidad pública condenada y ésta solicite la suspensión[12]. El juez competente para conocer del recurso extraordinario de anulación no se puede pronunciar sobre el fondo de la controversia, ni calificar o modificar los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias e interpretaciones expuestas por el tribunal de arbitramento[13].

2.4. Las causales del recurso de anulación, previstas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, se centran en la existencia de irregularidades en el procedimiento seguido por el tribunal arbitral y, para configurarse, en algunos casos exigen ciertas actuaciones previas. Así ocurre, por ejemplo con las tres primeras causales: (i) inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad del pacto arbitral, (ii) caducidad de la acción, falta de jurisdicción o competencia y (iii) no haberse constituido el tribunal en legal forma, que "sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia".

2.5. De llegar a prosperar la primera causal del recurso extraordinario de anulación, que es la relevante para este caso, la consecuencia jurídica prevista por el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, es la de que se declarará la nulidad del laudo y se remitirá el expediente al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas, aunque las pruebas ya practicadas conservan su validez y eficacia respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirlas. Si el fallo hubiere sido cumplido total o parcialmente, la sentencia que lo anule debe ordenar las restituciones a que hubiere lugar.

2.6. Dado que puede ser relevante para este caso, conviene traer a cuento la primera causal del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, en el contexto del arbitraje internacional, prevista en el literal a) del numeral 1 del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, en los siguientes términos:

Artículo 108. Causales de anulación. La autoridad judicial podrá anular el laudo arbitral a solicitud de parte o de oficio:

1. A solicitud de parte, cuando la parte recurrente pruebe:

a) Que para el momento del acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad; o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley colombiana;

2.7. Las razones y motivos que pueden dar lugar a la inexistencia, invalidez u oponibilidad del pacto arbitral, en tanto negocio jurídico, no están previstas en la Ley 1563 de 2012. Por lo tanto, para comprender estos fenómenos jurídicos es necesario considerar otras normas que se ocupan de regularlos, como se hace enseguida.

2.7.1. Según el artículo 1502 del Código Civil, para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad, es necesario: (i) que sea legalmente capaz, (ii) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no tenga vicios, (iii) que recaiga sobre un objeto lícito y (iv) que tenga una causa lícita.

2.7.1.1. La capacidad legal, que consiste en que la persona pueda obligarse por sí misma sin el ministerio o autorización de otra[14], se presume en toda persona, salvo que sea de las que la ley declara incapaces[15]. Las personas que la ley declara incapaces pueden ser,

a su vez, absolutamente incapaces o relativamente incapaces. Los actos de los primeros, entre los que están, los dementes, los impúberes y los sordomudos que no se pueden dar a entender[16], ni siquiera producen obligaciones naturales; los actos de los segundos, entre los que están los menores adultos sin habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción, “pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes”[17]. Existen además otras incapacidades particulares, conforme a las cuales la ley prohíbe a ciertas personas ejecutar determinados actos.

2.7.1.2. Los vicios del consentimiento son error, fuerza y dolo[18].

2.7.1.2.1. El error, cuando recae sobre un punto de derecho, no vicia el consentimiento[19]; cuando recae sobre (i) la especie del acto o contrato que se celebra o ejecuta[20], (ii) sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, (iii) sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato[21], o (iv) sobre la persona con quien se tiene intención de contratar, si la consideración de ésta es la causa principal del contrato[22], vicia el consentimiento.

2.7.1.2.2. Para que vicie el consentimiento se requiere que la fuerza sea capaz de “producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición”, como cuando infunde un justo temor a la persona de verse expuesta o ver expuesta a su pareja o a sus parientes a un mal irreparable y grave[23].

2.7.1.2.3. El dolo sólo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes y aparece claramente que sin él no se hubiera contratado[24]. El dolo debe probarse, salvo en los casos especialmente previstos por la ley[25].

2.7.1.3. La declaración de voluntad debe tener por objeto una o varias cosas que se trata de dar, hacer o no hacer, aunque también puede ser objeto de esta declaración el uso o la tenencia de la cosa[26]. La cosa en comento puede existir o esperarse que exista y estar determinada o ser determinable[27]. El objeto es ilícito cuando se contraviene el derecho público de la Nación[28], como cuando se enajena cosas que no están en el comercio, derechos o privilegios intransferibles a otra persona[29] o cosas embargadas por decreto judicial, sin autorización del juez, o cuando se trata de un contrato prohibido por las leyes[30].

2.7.1.4. Para que haya obligación se requiere de una causa real y lícita, aunque no sea necesario expresarla. Causa es el motivo que induce al contrato y esta será ilícita si está prohibida por la ley, resulta contraria a las buenas costumbres o al orden público[31].

2.7.1.5. Cuando falta alguno de los anteriores requisitos, el acto o contrato es nulo[32]. Esta nulidad puede ser absoluta o relativa. Será absoluta cuando: (i) hay objeto ilícito; (ii) hay causa ilícita; (iii) se produce por "la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan"; (iv) se trata de actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Será relativa cuando exista cualquiera otra especie de vicio[33].

2.7.1.5.1. La nulidad absoluta "puede y debe" ser declarada por el juez, incluso si no hay petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; la puede alegar todo el que tenga interés en ello o el Ministerio Público; y, salvo que se trate de objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes o por prescripción extraordinaria[34].

2.7.1.5.2. La nulidad relativa sólo puede ser declarada por el juez a petición de parte; no la puede alegar el Ministerio Público, sino sólo la persona en cuyo beneficio la ha establecido la ley, sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el paso del tiempo o por la ratificación de las partes[35]. Si un incapaz induce con dolo al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios pueden alegar la nulidad[36]. Para sanearse por el paso del tiempo, el plazo previsto por la ley es de cuatro años, que se contará "en el caso de violencia, desde el día en que ésta hubiere cesado; en el caso del error o de dolo, desde el día de celebración del acto o contrato", y si se tratare de una incapacidad legal, "desde el día en que haya cesado esta incapacidad"[37]. Para sanearse por ratificación, cuando el vicio es susceptible de este remedio, ésta puede ser expresa o tácita[38]. Para ser válida la ratificación debe ser hecha por la parte que tiene derecho a alegar la nulidad[39], que debe ser capaz de contratar[40]. La ratificación expresa debe hacerse con las solemnidades a las que está sometido el acto o contrato que se ratifica[41]. La ratificación tácita "es la ejecución voluntaria de la obligación contratada".

2.7.2. Además de la anterior regulación civil, el Código de Comercio se ocupa de la

inexistencia, nulidad e inoponibilidad en los artículos 898 y siguientes, como pasa a verse.

2.7.2.1. En el artículo 898 del Código de Comercio se prevé que "será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales". Para perfeccionar el acto inexistente, se requiere de la ratificación expresa de las partes cumpliendo con las solemnidades pertinentes.

2.7.2.2. En la ley comercial la nulidad también puede ser absoluta o relativa. La primera ocurre cuando el negocio jurídico (i) contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa, (ii) tenga causa u objeto ilícitos o (iii) haya sido celebrado por una persona absolutamente incapaz[42]. La segunda, que el Código de Comercio denomina anulabilidad, ocurre cuando el negocio jurídico (i) haya sido celebrado por persona relativamente incapaz o (ii) haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil[43]. La acción de anulabilidad sólo la puede ejercitar la persona en cuyo favor se ha establecido o por sus herederos y "prescribirá en el término de dos años", contados a partir del negocio jurídico o desde que haya cesado la incapacidad o la fuerza[44].

2.7.2.3. Es inoponible el negocio jurídico celebrado sin cumplir los requisitos de publicidad que la ley exija, conforme a lo previsto en el artículo 901 del Código de Comercio.

2.8. En síntesis, la invalidez absoluta del pacto arbitral, en tanto negocio jurídico, puede ser consecuencia del haber sido celebrado por una persona absolutamente incapaz, de tener objeto o causa ilícita, de contrariar normas imperativas o de omitir algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para su validez, en atención a la naturaleza del negocio y no a la calidad o estado de la persona que lo celebra o ejecuta. La invalidez relativa del pacto arbitral, por su parte, puede ser consecuencia de la existencia de cualquier otro tipo de vicio, como por ejemplo por haber sido celebrado el negocio jurídico por una persona relativamente incapaz o por haber sido consentido el negocio por error, fuerza o dolo[45].

3. Problema jurídico.

3.1. Antes de plantear el problema jurídico es menester hacer dos importantes precisiones.

3.1.1. La primera es la de que de los tres cargos planteados en la demanda, el tercero de ellos, relativo al principio de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 CP) no se enmarca dentro del contexto de la norma demandada, pues el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales en modo alguno faculta al juez que lo conoce para pronunciarse sobre el fondo de la controversia, o para calificar o modificar los criterios, las valoraciones probatorias e interpretaciones expuestas por el tribunal de arbitramento[46]. Este recurso se centra en verificar la existencia de irregularidades en el procedimiento seguido por el tribunal arbitral, valga decir, en la posible existencia de vicios o defectos in procedendo[47]. Al no corresponder al texto de la norma demandada, el concepto de la violación de este cargo carece de certeza y, por lo tanto, no será estudiado por este tribunal.

3.1.2. La segunda es la de que los dos primeros cargos planteados en la demanda, si bien pueden separarse en el plano teórico, pues hay diferencias entre el principio de juez natural, que hace parte del debido proceso (art. 29 CP), y el principio de habilitación de las partes a los árbitros (art. 116 CP), en el plano práctico ambos cargos apuntan al mismo objeto: la falta de jurisdicción y de competencia de un tribunal de arbitramento para pronunciarse de fondo sobre una controversia cuando el pacto arbitral tiene invalidez relativa. Por lo tanto, ante la existencia de una relación inescindible entre los cargos, por razones metodológicas, este tribunal los estudiará de manera conjunta.

3.2. Corresponde establecer si la expresión “absoluta”, contenida en el numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, al excluir de la primera causal de anulación del laudo arbitral la invalidez relativa del pacto arbitral, ¿vulnera el principio de juez natural (art. 29, inc. 2 CP) y el principio de habilitación de los árbitros (art. 116, inc. 4 CP)?, en tanto impide recurrir, de manera extraordinaria, ante la administración de justicia para solicitar la anulación de un laudo dictado por un tribunal de arbitramento que podría carecer de jurisdicción y competencia para proferir dicho laudo.

4. Cargo: Vulneración del principio de juez natural (art. 29 CP) y del principio de habilitación de los árbitros (art. 116 CP).

4.1. Concepto de inconstitucionalidad.

La demanda sostiene que si se configura el fenómeno de la invalidez relativa del pacto arbitral, en realidad las partes no habrían habilitado a los árbitros para proferir el laudo, por lo que su jurisdicción y competencia carecería de fundamento y su laudo no tendría validez. El no prever esta hipótesis de hecho dentro de la primera causal del recurso de anulación, priva a la parte afectada de controvertir esta falta de competencia ante una autoridad judicial, y la conmina a aceptar un laudo dictado por quien no es el juez natural del caso, sin estar habilitado por las partes.

4.2. Margen de configuración del proceso. Reiteración de jurisprudencia.

4.2.1. En materia procesal el margen de configuración del legislador es amplio, aunque no ilimitado[48]. Dentro de este margen puede fijar en la ley las reglas que determinan los trámites que es menester surtir en cada instancia judicial o administrativa[49] y, por lo tanto, establecer las etapas, los términos y los demás elementos que conforman los procedimientos[50]. La libre configuración del proceso se funda en la cláusula general de competencia prevista en los numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución[51]. Para ejercer esta competencia, el legislador debe respetar una serie de límites, dados por los valores, principios y derechos constitucionales, en especial por los valores de justicia, igualdad y orden justo[52], los principios de razonabilidad[53] -dentro de los cuales se enmarca el principio de proporcionalidad- y de prevalencia del derecho sustancial[54], y por los derechos fundamentales[55].

4.2.2. La doctrina reiterada de este tribunal[56] reconoce que el Congreso puede regular el proceso de la manera que estime más conveniente, en ejercicio de su amplia competencia, cuya legitimidad deriva del principio democrático representativo, y organiza las restricciones a su ejercicio en tres grupos, como pasa a verse.

4.2.2.1. En un primer grupo están las cláusulas constitucionales que determinan los fines esenciales del Estado y, en concreto, los propósitos de la administración de justicia, de suerte que no es posible configurar el proceso de manera que se niegue la función pública del poder judicial –en especial la imparcialidad y autonomía del juez-, se afecte el principio de publicidad, se privilegie parámetros diferentes al derecho sustancial, se prevea procedimientos contrarios a una justicia oportuna o que impidan el ejercicio desconcentrado y autónomo de la función jurisdiccional.

4.2.2.2. En un segundo grupo están las relacionadas con el principio de razonabilidad –y de proporcionalidad-, exigible tanto a los servidores públicos como a los particulares, de suerte que la configuración del proceso debe satisfacer propósitos admisibles en términos constitucionales, ser adecuada para cumplirlos y no afectar el núcleo esencial de valores, principios o derechos reconocidos por la Constitución[57].

4.2.2.3. En un tercer grupo están las que corresponden a la vigencia de los derechos fundamentales relacionados con el trámite del proceso, en especial el derecho a un debido proceso, de suerte que la configuración del proceso debe respetar los elementos que conforman este derecho, como los principios de legalidad, contradicción, defensa y favorabilidad, y la presunción de inocencia. Además, en razón de la vigencia de otros derechos, se debe respetar la igualdad de trato, la intimidad, la honra, la autonomía personal y la dignidad humana.

4.2.3. En síntesis, para constatar si el legislador excede o no los límites constitucionales de su margen de configuración del proceso, este tribunal ha fijado cuatro criterios, a saber: "(i) que atienda principios como la justicia y la igualdad, (ii) que asegure la vigencia de los derechos fundamentales al debido proceso que implica el derecho de defensa y la vigencia del acceso a la administración de justicia, (iii) acatamiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las formas, (iv) la primacia del derecho sustancial"[58].

4.3. Margen de configuración del proceso arbitral. Reiteración de jurisprudencia.

4.3.1. Dentro del margen de configuración del proceso, por razones de política judicial, el legislador puede establecer y regular instrumentos o mecanismos alternativos para la solución de conflictos, en los cuales los particulares pueden ser investidos transitoriamente[59] de la función de administrar justicia[60]. En materia de administración de justicia la regla es que ésta corresponde a las autoridades de la República, especialmente a sus jueces. Frente a esta regla la administración de justicia por los árbitros, como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, es una excepción, prevista de manera explícita en el artículo 116 de la Constitución[61].

4.3.2. La antedicha investidura, conforme a lo previsto en el inciso cuarto del aludido artículo 116 de la Constitución, se hace en los términos que determine la ley. En razón de este mandato constitucional y en vista de que ante los árbitros se tramitan procesos

judiciales[62], el legislador goza de un margen de configuración para regular el proceso arbitral[63], como ocurre con los demás procesos judiciales[64].

4.3.3. Dentro de este margen de configuración[65], el legislador puede elegir entre diversas alternativas de regulación del proceso arbitral, que pueden ir desde la alternativa extrema de dejar en libertad a las partes para definir cuáles serán las reglas procesales aplicables, hasta la alternativa extrema de exigir requisitos y etapas, con la alternativa intermedia de prever normas supletorias de la voluntad de las partes[66]. Si bien el arbitraje se funda en la habilitación de las partes, corresponde a la ley determinar (i) los asuntos y la forma en que los particulares pueden administrar justicia como árbitros, (ii) los límites y los términos de dicha habilitación y (iii) las funciones y facultades de los árbitros, que son las mismas de los jueces estatales cuando el arbitraje es en derecho, sin vaciar de contenido el derecho de las personas a llevar sus diferencias ante la justicia arbitral[67].

4.3.4. Los árbitros sólo pueden pronunciarse sobre asuntos transigibles[68], valga decir, de asuntos que se enmarcan dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes que los habilitan[69] y que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia conforme a la ley. Estos asuntos son aquellos que suelen referirse a obligaciones de contenido económico[70]. Los asuntos que no son transigibles deben resolverse por las autoridades públicas que cumplen funciones judiciales y, en especial, por los jueces de la República. El preciso objeto del arbitraje es un claro límite material a la competencia de los árbitros[71].

4.3.5. El principio de la autonomía de la voluntad es el fundamento y el límite del arbitraje. Por lo tanto, los límites de dicho principio, como es el caso de las materias que comprometen el orden público, son también límites materiales para la competencia de los árbitros[72]. Entre las materias que comprometen el orden público, este tribunal ha destacado, a modo de ejemplo: (i) los temas relacionados con el estado civil de las personas[73]; (ii) las obligaciones amparadas por leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres[74]; (iii) las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces[75]; (iv) los conflictos relativos a derechos de los cuales la ley prohíbe disponer a sus titulares[76]; y (v) el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores[77].

4.4. El principio de habilitación de los árbitros. Reiteración de jurisprudencia.

4.4.1. Al fundarse en el principio de la autonomía de la voluntad, el arbitraje no sólo contribuye a descongestionar la administración de justicia, con lo que de ello puede redundar en su eficacia, celeridad y efectividad, sino que brinda a las personas una opción para tomar parte activa en la resolución de sus propios conflictos, como corresponde al régimen democrático y participativo que es propio de esta República[78].

4.4.2. En materia arbitral, la voluntad autónoma de las partes tiene un rol determinante, pues son ellas las que, en virtud de su decisión, habilitan a los árbitros para resolver su conflicto[79]. La fuente de la función judicial del árbitro no es un acto del Estado, sino un acuerdo de voluntades entre las partes[80]. Así, pues, el principio de habilitación de las partes es un presupuesto imperativo para la justicia arbitral[81]. Por ello, es crucial que dicha voluntad o consentimiento se manifieste de manera válida, esto es, libre de vicios, y sin apremio alguno[82], de tal suerte que, como acaba de reiterar este tribunal en la Sentencia C-170 de 2014[83],

[…] cualquier circunstancia que vicie la voluntad de las partes de acudir a este mecanismo de resolución de litigios afecta la legitimidad, tanto del tribunal arbitral, como de las decisiones que él adopte, y 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 alguno[84], a la luz de su evaluación autónoma de las circunstancias que hacen conveniente recurrir a tal instituto, y no de una imposición que afecte su libertad negocial.[85]

4.4.3. Tal es la importancia del principio constitucional de habilitación de las partes que este tribunal, de manera pacífica y reiterada, ha declarado inexequibles varias normas legales que lo desconocen. Así ocurrió, por ejemplo, con el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, en el contexto de la solución de controversias entre cooperativas de trabajo asociado[86]; con el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, en el contexto de contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios[87]; con el artículo 19 de la Ley 182 de 1995, en el contexto de contratos sobre el uso de redes de cableado, ductos y postes para transmitir la señal de televisión[88]; con varios artículos del Decreto 2651 de 1991 y de la Ley 446 de 1998, en el contexto de las atribuciones de los centros de arbitraje[89]; con los artículos 35, 36 y 37

de la Ley 546 de 1999, en el contexto de contratos de crédito para construcción o adquisición de vivienda con entidades financieras[90].

4.4.4. A partir de lo dicho en los casos a los que se acaba de aludir, se puede decir, a modo de síntesis, que es contrario al principio de habilitación de las partes: (i) imponer a los particulares, en determinados contextos, la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exigir a empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir de sus contratos a procesos arbitrales; (iii) obligar a las partes en ciertos contratos a incluir una cláusula compromisoria; y (iv) atribuir funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma[91].

4.5. El principio de kompetenz-kompetenz. Reiteración de jurisprudencia.

4.5.1. Al inicio del proceso arbitral, el tribunal de arbitramento es el encargado de determinar su propia competencia para pronunciarse sobre las pretensiones en torno de las cuales hay un conflicto entre las partes, conforme al principio kompetenz-kompetenz[92]. Para determinar su competencia, los árbitros deben tener en cuenta la Constitución, las leyes vigentes y el acuerdo de voluntades de las partes[93].

4.5.2. El principio de kompetenz-kompetenz ha sido reconocido por normas nacionales, entre las cuales merece destacarse que este principio estaba previsto en el artículo 147.2 del Decreto 1818 de 1998[94] y, en la actualidad, aparece reconocido en el artículo 29 de la Ley 1563 de 2012, al tenor del cual el tribunal de arbitraje es el competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario, sea por un juez ordinario o por uno contencioso administrativo, sin perjuicio del recurso de anulación. Según lo previsto en el artículo 30 ibídem, la decisión sobre competencia debe tomarse en la primera audiencia de trámite, por medio de auto, contra el cual sólo procede el recurso de reposición.

4.5.3. El principio de kompetenz-kompetenz también ha sido reconocido por normas de otros Estados[95], empleado por los principales centros de arbitraje internacional[96], previsto en las reglas uniformes para el desarrollo de procesos arbitrales internacionales[97], usado por tribunales internacionales en sus decisiones[98] y destacado por la doctrina especializada[99].

4.5.4. En este contexto, cualquier cuestionamiento sobre la competencia del tribunal de arbitramento debe plantearse, en primer lugar, ante el propio tribunal, que es el encargado de definir este asunto. Si el tribunal decide que es competente para conocer del caso, existe un instrumento legal adecuado para impugnar esta decisión: el recurso de reposición. Si el recurso se decide de manera desfavorable, es necesario esperar a que el tribunal se pronuncie de fondo, para controvertir su competencia por medio del recurso de anulación, e incluso por medio de la acción de tutela.

4.5.4.1. Para presentar el recurso de anulación contra el laudo arbitral, que es un recurso extraordinario[100], es menester considerar las causales previstas por en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en especial las de sus tres primeros numerales y la exigencia del décimo inciso del mismo artículo, según la cual estas causales sólo pueden invocarse si "el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia".

4.5.4.2. Para el ejercicio de la acción de tutela, que también procede contra los laudos arbitrales, además de satisfacer las condiciones genéricas de procedibilidad de la acción[101], es relevante la causal específica del defecto orgánico, que se produce cuando una atribución se ejerce por un órgano que no es su titular[102]. El principio kompetenz-kompetenz implica que el tribunal de arbitramento tiene un margen de autonomía para fijar su propia competencia, de modo que para que se configure un defecto orgánico es necesario que el tribunal haya "obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen, o en la Constitución y la ley, al pronunciarse sobre materias no transigibles"[103].

4.6. El caso concreto.

4.6.1. Corresponde establecer si la expresión "absoluta", contenida en el numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, al excluir de la primera causal de anulación del laudo arbitral la invalidez relativa del pacto arbitral desconoce los principios de juez natural (art. 29 CP) y de habilitación de los árbitros (art. 116 CP), en tanto impide recurrir, de manera extraordinaria, ante la administración de justicia para solicitar la anulación de un laudo dictado por un tribunal de arbitramento que podría carecer de jurisdicción y competencia para proferir dicho laudo.

4.6.3. Los vicios que dan lugar a la invalidez relativa pueden sanearse, como se anotó atrás[107], tanto por el paso del tiempo como por la ratificación de las partes. En cuanto al tiempo, el Código Civil prevé un término de cuatro años[108], mientras que el Código de Comercio fija un término de dos años[109]. En cuanto a la ratificación de las partes, ésta debe ser hecha por la parte que tiene derecho a alegar la nulidad, por sus herederos o cesionarios, y la persona que la haga debe ser capaz de contratar. El Código Civil regula dos modalidades de ratificación: la expresa y la tácita. La primera debe hacerse con las mismas solemnidades a las que está sometido el negocio jurídico que se ratifica. La segunda se entiende por la ejecución voluntaria de la obligación contratada[110].

4.6.4. Un interviniente[111] considera que, en razón del principio de kompetenz-kompetenz, debe ser el tribunal de arbitramento el que defina su propia competencia, valga decir, el que se pronuncie de fondo sobre la validez o invalidez de pacto arbitral, a partir de lo previsto en la Constitución, las leyes vigentes y el acuerdo de voluntades de las partes[112]. Esta consideración es acertada, pues dicho principio ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico colombiano[113] y por la doctrina reiterada de este tribunal. En efecto, cualquier cuestionamiento sobre la jurisdicción y competencia del tribunal de arbitramento debe plantearse, en primer lugar, ante el propio tribunal, que es el encargado de definir el asunto. La oportunidad procesal para hacerlo, determinada por el décimo inciso del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, es el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia[114].

4.6.4.1. De la circunstancia de que la jurisdicción y competencia deba cuestionarse, en primer lugar, ante el tribunal de arbitramento, conforme al principio kompetenz-kompetenz, no se sigue, como parece sostenerse, que en ningún evento sea posible cuestionar dicha jurisdicción y competencia ante otra autoridad, por una vía diferente. Y esto es así porque el reconocimiento legal del principio kompetenz-kompetenz, hecho en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, se hace sin perjuicio del recurso de anulación[115].

4.6.4.2. No obstante, para invocar la causal de anulación correspondiente, que sería la prevista en el numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, al igual que para invocar las causales previstas en los numerales 2 y 3, que podrían ser relevantes para el caso, según lo que sostiene otro interviniente, es menester satisfacer el requisito previsto en el décimo inciso del referido artículo: haber hecho valer los motivos constitutivos de ellas

mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia[116]. Así, pues, incluso si se pretende alegar la nulidad absoluta del pacto arbitral, o su inexistencia o inoponibilidad, ante el juez competente para conocer del recurso extraordinario de anulación, es necesario haber hecho valer sus motivos constitutivos ante el tribunal de arbitramento, como corresponde en atención al principio de kompetenz-kompetenz.

4.6.5. En torno de la posibilidad de alegar la invalidez relativa del pacto arbitral y del saneamiento de la nulidad relativa se podría plantear varios escenarios hipotéticos, como pasa a verse.

4.6.5.1. El primer escenario se configura cuando la nulidad relativa se ha saneado por el transcurso del tiempo, caso en el cual ya no es posible alegarla, así se tenga la voluntad de hacerlo, ante el tribunal de arbitramento o en una oportunidad posterior, como sería la del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral.

4.6.5.2. El segundo escenario se configura cuando la parte que la puede alegar la invalidez relativa, ratifica el pacto arbitral de manera expresa, caso en el cual el vicio queda subsanado y ya no es posible alegar la invalidez ni siquiera ante el tribunal de arbitramento y, menos aún, ante el juez competente para conocer del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral.

4.6.5.3. El tercer escenario se configura cuando la parte que la puede alegar la invalidez relativa, ratifica el pacto arbitral de manera tácita, como ocurriría cuando la parte que puede alegar la invalidez relativa del pacto arbitral es la que presenta la demanda ante el tribunal de arbitramento, o cuando al tener conocimiento del auto por medio del cual dicho tribunal asume competencia, no presenta contra éste el recurso de reposición en su debida oportunidad. En ambos supuestos teóricos, es posible y razonable asumir que dicha parte realiza actos inequívocos que permiten entender la ejecución voluntaria de la obligación contratada, esto es, de someter su controversia a la decisión del tribunal de arbitramento. En este escenario no es posible alegar la invalidez relativa del pacto arbitral en una oportunidad ulterior, como sería el recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral.

4.6.5.4. El cuarto escenario se configura cuanto la parte que puede alegar la invalidez relativa, que no se ha saneado por el transcurso del tiempo, no la ratifica ni de manera expresa ni de manera tácita. Como lo señala el Ministerio Público[117], bien puede ocurrir

que dicha persona no presente la demanda ante el tribunal arbitral y que en su debida oportunidad recurra el auto por medio del cual este decide asumir competencia. El recurso se podría resolver favorablemente al recurrente, con lo cual no habría motivo, por sustracción de materia, para plantear siquiera la posibilidad del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, ya que no habría laudo alguno que pueda ser objeto de anulación. Pero también puede resolverse de manera desfavorable al recurrente, cuando el tribunal de arbitramento reafirma su competencia y, por lo tanto, puede ser necesario acudir al recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, para que el juez de conocimiento de dicho recurso defina si el tribunal de arbitramento que profirió el laudo tenía o no la jurisdicción y la competencia para hacerlo.

4.6.6. En el caso sub examine, al ser una de las condiciones para invocar la causal primera del recurso de anulación del laudo arbitral, el haber hecho valer los motivos constitutivos de ella mediante el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia[118], de no configurarse el cuarto escenario, el recurso sería improcedente, pero, de configurarse, procedería y permitiría plantear, ahora sí, el problema de si la restricción de la causal a la invalidez absoluta es o no conforme a la Constitución.

4.6.7. La hipótesis que acaba de plantearse, que no riñe en modo alguno con el principio de kompetenz-kompetenz[119], suscita la importante cuestión de establecer si un pacto arbitral inválido, así sea por razón de existir una invalidez relativa, puede conferir jurisdicción y competencia a un tribunal de arbitramento de manera tal que este y, a la postre, su laudo, no pueda cuestionarse por medio del recurso extraordinario de anulación. Para responder a esta cuestión es menester recordar que, conforme al principio de habilitación de los árbitros, la voluntad autónoma de las partes tiene un rol determinante, pues son ellas las que, en virtud de su consentimiento, habilitan a los árbitros para resolver su conflicto. Por lo tanto, cualquier circunstancia que vicie la voluntad o el consentimiento de las partes de acudir ante este mecanismo de resolución de conflictos, cuando no medie su saneamiento por el transcurso del tiempo o por la ratificación expresa o tácita del pacto arbitral, afecta la validez tanto del tribunal arbitral como de las decisiones que él adopte[120].

4.6.8. El limitar la posibilidad de ejercer el recurso extraordinario de anulación, cuando se trate de la invalidez relativa del pacto arbitral y la parte haya hecho valer, sin éxito, los

motivos constitutivos ante el tribunal de arbitramento, no hace parte del margen de configuración del legislador, como lo considera otro interviniente[121], sino que lo desborda, pues deja sin posibilidad de cuestionar, así sea por medio de un recurso extraordinario, la atribución de funciones arbitrales a individuos que no han sido expresa y válidamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma[122].

4.6.9. Ahora bien, de la circunstancia evidente de que la invalidez absoluta y la invalidez relativa del pacto arbitral tienen motivos diferentes y puedan proteger intereses disímiles, no se sigue que, en lo relevante para este caso, que es la validez del acuerdo de voluntades para habilitar a los árbitros, se pueda justificar dar un trato diferente a ambas situaciones, al punto de reconocer a la primera como causal de anulación y excluir a la segunda, lo que, dicho sea de paso, no se hace al regular la correspondiente causal de anulación del laudo arbitral proferido en el contexto del arbitraje internacional[123]. Y no se les puede dar un trato diferente porque en ambos eventos se trata de la validez del negocio jurídico que habilita la jurisdicción y la competencia de los árbitros.

4.6.10. Si bien es posible sostener, como lo hace un interviniente[124], que de todas maneras la invalidez relativa podría enmarcarse dentro de las causales de anulación previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, valga decir, en la falta de jurisdicción o competencia de los árbitros o en no haberse constituido el tribunal en legal forma, de seguir este razonamiento también podría afirmarse que la inexistencia, la invalidez absoluta o la inoponibilidad del pacto arbitral, circunstancias previstas en el numeral primero de dicho artículo, también pueden enmarcarse en los referidos numerales 2 y 3. Y, por esta vía, se podría llegar a considerar que el primer numeral es, al menos, redundante, y probablemente innecesario. Sin embargo, más allá de esta controversia, lo cierto es que el numeral 1 existe y que excluye, de manera contraria a la Constitución, a la invalidez relativa como causal del recurso extraordinario de anulación, con lo cual impide impugnar las decisiones tomadas por árbitros carentes de competencia, por no haber sido habilitados válidamente por las partes, desconociendo la invalidez sustancial del pacto arbitral.

1. Síntesis del caso.

1. Antes de plantear el problema jurídico, se precisó que el concepto de la violación del

tercer cargo, relativo al principio de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 CP) carece de certeza, por lo que no sería estudiado por este tribunal, y que, dado que los dos cargos restantes tienen una relación inescindible, por razones metodológicas se emprendería su estudio conjunto.

2. En el estudio conjunto de los cargos se analizó la doctrina reiterada de este tribunal sobre el margen de configuración del proceso y, en especial, el margen de configuración del proceso arbitral, para poner de presente los límites que debe respetar el legislador al momento de configurar el proceso arbitral; el principio de habilitación de los árbitros, para destacar que los árbitros no tienen competencia por sí mismos, sino por la habilitación de las partes, que se da en razón de su voluntad o consentimiento, expresada de manera válida y sin apremio alguno; y el principio de kompetenz-kompetenz, para advertir que, en principio, es el propio tribunal de arbitramento el encargado de definir su propia competencia. A partir de estos parámetros se descendió al caso concreto, para examinar la expresión "absoluta", contenida en el numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, a la luz de los antedichos elementos de juicio, encontrando que ésta, al excluir la invalidez relativa como causal del recurso extraordinario de anulación y, por tanto, impedir impugnar las decisiones tomadas por árbitros carentes de jurisdicción y competencia, es contraria a los principios constitucionales de juez natural (art. 29 CP) y de habilitación de los árbitros (art. 116 CP).

2. Razón de la decisión.

La ley no puede restringir la posibilidad de anular un laudo arbitral, cuando el tribunal que lo profirió carecía de jurisdicción y competencia para ello, debido a la invalidez relativa del pacto arbitral, porque dicha jurisdicción y competencia se funda en la habilitación de las partes, que debe resultar de su voluntad libre y autónoma y de su consentimiento válido, esto es, carente de vicios, y dado sin apremio.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Declarar INEXEQUIBLE la expresión: “absoluta”, contenida en el numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente. Cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

Con salvamento de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA M.

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-572A/14

CAUSAL DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL-Supuesto de exclusión del fenómeno jurídico de

la invalidez relativa del pacto arbitral, exigía un juicio de constitucionalidad bajo la metodología de la omisión legislativa relativa (Salvamento de voto)

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Corte, salvo mi voto en la sentencia C-572A del 30 de julio de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo), fallo en el que la Corte decidió declarar inexequible la expresión “absoluta”, contenida en el numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

1. Advierto que esta decisión de inexequibilidad va más allá de los cargos planteados en la demanda, lo que demuestra la falta de certeza de los mismos. En particular, la sentencia define el asunto objeto de pronunciamiento de la siguiente forma: “Lo que se controvierte es el supuesto de hecho de la norma demandada, bajo el entendido de que excluye de la causal de anulación del laudo arbitral el fenómeno jurídico de la invalidez relativa del pacto arbitral.”. En tal sentido, resulta evidente que lo que se demandaba no era lo que dice la norma, es decir, la nulidad absoluta prevista por el numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 sino la ausencia de la expresión relativa.

De hecho, el problema jurídico quedó planteado así: “Corresponde establecer si la expresión “absoluta”, contenida en el numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, al excluir de la primera causal de anulación del laudo arbitral la invalidez relativa del pacto arbitral, ¿vulnera el principio de juez natural (art. 29, inc. 2 CP) y el principio de habilitación de los árbitros (art. 116, inc. 4 CP)?, en tanto impide recurrir, de manera extraordinaria, ante la administración de justicia para solicitar la anulación de un laudo dictado por un tribunal de arbitramento que podría carecer de jurisdicción y competencia para proferir dicho laudo.”

2. La exclusión de la expresión relativa admitida por la mayoría de la Sala Plena exigía un juicio de constitucionalidad bajo la metodología de la omisión legislativa relativa. No obstante, ni el demandante ni la sentencia C-572A de 2014 hace referencia a la omisión legislativa relativa sino que desarrollan el concepto de la violación a partir de los artículos 29 y 116 de la Constitución Política, de la potestad de configuración del legislador en el proceso arbitral y del principio kompetenz-kompetenz.

En mi concepto, si lo que se cuestiona es la constitucionalidad de la expresión “absoluta” las hipótesis que se debieron estudiar son las comprendidas bajo nulidad absoluta y no las de nulidad relativa, salvo como lo propuse que se trate de un cargo por omisión legislativa

relativa. En tal sentido, considero que la Corte ha debido inhibirse por la falta de certeza en los cargos propuestos por el demandante porque si bien el actor impugna únicamente la expresión “absoluta”, lo cierto es que la interpretación que hace de la norma sobre las causales del recurso de anulación involucran la invalidez relativa del pacto arbitral no contempladas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Estos son los motivos de mi disenso.

Fecha ut supra.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Gaceta del Congreso 321 de 2012.

[2] Artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 (correspondiente al artículo 163 del Decreto compilatorio 1818 de 1998).

[3] Esta afirmación se basa en que en nuestro ordenamiento jurídico se ha acogido la summa divisio.

[4] Para ilustrarlo, trae a cuento los artículos 1740, 1741, 1742 y 1743 del Código Civil y copiosas referencias a la doctrina nacional y extranjera.

[5] El análisis se basa en la Sentencia C-163 de 1999.

[6] Principio que caracteriza a partir de las Sentencias C-294 de 1995, C-242 de 1997, C-330 y C-1436 de 2000, C-098 de 2001, C-1038 de 2002, SU-174 de 2007, C-378 de 2008 y C-330 de 2012.

[7] Gaceta del Congreso 321 de 2012.

[8] Artículo 6 de la Ley 1563 de 2012.

[9] Artículos 4 y 5 de la Ley 1563 de 2012.

[10] Conviene hacer esta precisión, porque la Ley 1563 de 2012 también se ocupa del

arbitraje internacional y, en este contexto, no alude al pacto arbitral sino al acuerdo de arbitraje, que puede consistir en una cláusula compromisoria o en la de un acuerdo independiente, y prevé también un recurso extraordinario de anulación, cuyas causales están previstas en el artículo 108 de esta ley.

[11] Artículo 40 de la Ley 1563 de 2012.

[12] Inciso 3 del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012.

[13] Inciso 4 del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012.

[14] Artículo 1502 del Código Civil.

[15] Artículo 1503 del Código Civil.

[16] Cfr. Sentencia C-983 de 2002.

[17] Artículo 1504 del Código Civil.

[18] Artículo 1508 del Código Civil.

[19] Artículo 1509 del Código Civil.

[20] Artículo 1510 del Código Civil.

[21] Artículo 1511 del Código Civil.

[23] Artículo 1513 del Código Civil.

[24] Artículo 1515 del Código Civil.

[25] Artículo 1516 del Código Civil.

[26] Artículo 1517 del Código Civil.

[27] Artículo 1518 del Código Civil.

[28] Artículo 1519 del Código Civil.

[29] Artículo 1521 del Código Civil.

[30] Artículo 1523 del Código Civil.

[31] Artículo 1524 del Código Civil.

[32] Artículo 1740 del Código Civil.

[33] Artículo 1741 del Código Civil.

[34] Artículo 1742 del Código Civil.

[35] Artículo 1743 del Código Civil.

[36] Artículo 1744 del Código Civil.

[37] Artículo 1750 del Código Civil.

[38] Artículo 1752 del Código Civil.

[39] Artículo 1755 del Código Civil.

[40] Artículo 1756 del Código Civil.

[41] Artículo 1753 del Código Civil.

[42] Artículo 899 del Código de Comercio.

[43] Artículo 900 del Código de Comercio.

[44] Cfr. Sentencia C-934 de 2013.

[45] Supra II, 2.7.1.5. y 2.7.2.2.

[46] Supra II, 2.3.

[47] Supra II, 2.4.

[48] Cfr. Sentencias C-680 de 1998, C-183 de 2007 y C-512 de 2013.

[49] Cfr. Sentencia C-562 de 1997.

[50] Cfr. Sentencia C-970 de 2000.

[51] Cfr. Sentencia C-886 de 2004.

[52] Cfr. Sentencias C-1512 de 2000 y C-012 de 2002.

[53] Sentencia C-886 de 2004.

[54] Artículo 228 de la Constitución.

[55] Cfr. Sentencia C-728 de 2000.

[56] Cfr. Sentencia C-124 de 2011 y C-512 de 2013.

[57] Cfr. Sentencias C-1104 de 2001, C-428 y C-973 de 2002, C-886 de 2004, C-1264 de 2005 y C-692 de 2008.

[58] Sentencias C-227 de 2009, C-839 de 2013 y C-170 de 2014.

[59] Cfr. Sentencias T-057 de 1995, C-330 de 2000 y C-058 de 2009.

[60] Cfr. Sentencias C-294 de 1995, C-378 de 2008 y C-058 de 2009.

[61] Cfr. Sentencia C-014 de 2010.

[62] Cfr. Sentencias C-431 de 1995, C-242 de 1997, C-163 de 1999, C-330 de 2000, C-098 de 2001, SU-174 de 2007, C-378 de 2008 y T-058 de 2009.

[64] Cfr. Sentencias SU-174 de 2007, C-163 de 1999, C-330 de 2000 y T-058 de 2009.

[65] Cfr. Sentencias C-226 de 1993, C-431 de 1995, C-037 de 1996 C-163 de 1999 y T-058 de 2009.

[66] Cfr. Sentencias SU-174 de 2007 y C-378 de 2008.

[67] Cfr. Sentencias C-431 de 1995, SU-174 de 2007 y C-378 de 2008.

[68] Cfr. Sentencias C-330 de 2000, C-098 de 2001, SU-174 de 2007.

[69] Cfr. Sentencia C-014 de 2010.

[70] Cfr. Sentencias C-294 de 1995 y C-014 de 2010.

[71] Cfr. Sentencias SU-174 de 2007 y C-378 de 2008.

[72] Cfr. Sentencias C-098 de 2001 y C-014 de 2010.

[73] Cfr. Sentencias C-242 de 1997, T-058 de 2009 y C-014 de 2010.

[74] Cfr. Sentencias C-294 de 1995 y C-014 de 2010.

[75] Cfr. Sentencia C-294 de 1995 y C-014 de 2010.

[76] Cfr. Sentencia C-294 de 1995, T-058 de 2009 y C-014 de 2010.

[77] Cfr. Sentencias C-330 de 2000 y C-014 de 2010.

[78] Cfr. Sentencias C-294 de 1995, C-163 de 1999, C-098 de 2001, C-378 de 2008 y C-170 de 2014.

[79] Cfr. Sentencias C-242 de 1997 y C-170 de 2014.

[80] Cfr. Sentencias T-443 de 2008, T-466 y T-511 de 2011.

[81] Cfr. Sentencias c-163 de 1999 y C-170 de 2014.

[82] Cfr. Sentencias C-060 y C-098 de 2001, C-378 de 2008 y C-170 de 2014.

[83] Esta sentencia reitera lo dicho en la Sentencia C-330 de 2012.

[84] Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 2001: "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".

[85] Corte Constitucional, Sentencia C-060 de 2001: "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".

[86] Sentencia C-211 de 2000.

[87] Sentencia C-242 de 1997.

[88] Sentencia C-060 de 2001.

[89] Sentencia C-1038 de 2002.

[90] Sentencia C-1140 de 2000.

[91] Cfr. Sentencias SU-174 de 2007 y C-170 de 2014.

[92] Cfr. Sentencia C-765 de 2013.

[93] Cfr. Sentencia SU-174 de 2007.

[94] Cfr. Sentencias SU-174 de 2007 y C-765 de 2013.

[95] Art. 1466, Código de Procedimiento Civil de Francia; Art. 186.1, Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, 1987; Art. 8-1 del Concordato Suizo; Art. 1697 del Código Judicial de Bélgica, 1972; Art. 1052(1) del Código de Procedimiento Civil de Países Bajos, 1986; Art. 23(3) de la Ley 36 de 1988 de España; Art. 21(1) de la Ley 31/86 de Portugal, sobre arbitraje voluntario; Sección 30 de la Ley de Arbitraje de Inglaterra, 1996; Art. 1040 del ZPO Alemán, 1997.

[96] Ver el art. V-3 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional; el art. 41 de la Convención de Washington que creó el CIADI; y la Ley Modelo de UNCITRAL, Art. 16-3.

[97] Art. 21.1 de las Reglas de UNCITRAL.

[98] Ver el caso Nottebohm (1953) y el caso relativo al Laudo Arbitral adoptado por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906 (1960), ambos de la Corte Internacional de Justicia.

[99] Ver a este respecto: Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.): Fouchard Gaillard Goldman "On International Commercial Arbitration". Kluwer Law International, 1999. También se puede consultar: Bühring-Uhle, Christian: "Arbitration and Mediation in International Business". Kluwer Law International, 1996, p. 42-44; Caivano, Roque: "Arbitraje", Villela Editor, Buenos Aires, 2000; Várady, Tibor, Barceló, John y von Mehren, Arthur: "International Comercial Arbitration". American Casebook Series – West Group, St. Paul, 1999, p. 111.

[100] Artículo 40 de la Ley 1563 de 2012.

[101] Cfr. Sentencias C-590 de 2005, T-244 de 2007, T-058, T-311 y SU-913 de 2009 y T-288 de 2013.

[102] Cfr. Sentencias T-231 de 1994 y T-288 de 2013.

[103] Sentencia SU-174 de 2007, reiterada en la Sentencia T-288 de 2013.

[104] Supra II, 2.8.

[105] Supra II, 2.7.1.5.2.

[106] Supra II, 2.7.1.1, 2.7.1.2 y, 2.7.1.5.2.

[107] Supra II, 2.7.1.5.2.

[109] Supra II, 2.7.2.2.

[110] Supra II, 2.7.1.5.2.

[111] Supra I, 3.3.

[112] Supra II, 4.5.1.

[113] Supra II, 4.5.

[114] Supra II, 4.5.4.

[115] Supra II, 4.5.2.

[116] Supra II, 4.5.4.1.

[117] Supra I, 4.3.

[118] Supra II, 2.4.

[119] Supra II, 4.6.4.

[120] Supra II, 4.4.2.

[121] Supra I, 3.2.

[122] Supra II, 4.3.4.

[123] Supra II, 2. 2.6.

[124] Supra I, 3.4.