



Honorables Magistrados  
**CORTE CONSTITUCIONAL**  
Atn. Dr. Alberto Rojas Ríos  
E. S. D.



*hora 4:15 PM*

**REFERENCIA:** EXPEDIENTE D-9777-LEY 1563 DE 2012, ARTICULO 37 PARÁGRAFO 1.

**ASUNTO:** INTERVENCIÓN CIUDADANA

**HENRY SANABRIA SANTOS**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.756.899 de Bogotá, obrando en mi condición de Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, en cumplimiento del honroso encargo que al efecto me hiciera el Director del Departamento de Derecho Procesal de dicha Universidad, Doctor Ramiro Bejarano Guzmán, mediante el presente escrito me permito intervenir en el trámite de la referencia para defender la constitucionalidad del parágrafo primero del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, por las siguientes razones:

1.-La norma acusada no viola el principio constitucional de habilitación que consagra el artículo 116 de la Constitución Política para el arbitraje, por cuanto, contrario a lo expresado por el demandante, la disposición objeto de estudio no está consagrando un arbitraje forzoso u obligatorio por mandato de la Ley, sino que, por el contrario, mantiene como presupuesto esencial que al arbitraje no puede llegarse sin que medie una manifestación libre y voluntaria de someterse a decisión de los árbitros.

Hay que recordar que el propósito del parágrafo primero del artículo 37 del Estatuto de Arbitraje fue implementar un mecanismo en virtud del cual quien se obliga a garantizar, afianzar o asegurar el cumplimiento de obligaciones incorporadas en un contrato que tenga cláusula de arbitraje, queda vinculado por ésta última, es decir, lo que la norma acusada está consagrando es una forma de manifestar voluntariamente la aceptación o adhesión al pacto arbitral, pero de ninguna manera está previendo un arbitraje forzoso como equivocadamente lo interpreta la ciudadana demandante.

Expresado en otras palabras, la norma no prevé un arbitraje obligatorio sino una nueva forma de adhesión al pacto arbitral, lo cual parte de la base de que el garante, fiador o asegurador al obligarse a garantizar, afianzar o asegurar una prestación derivada de un contrato con cláusula de arbitraje, está manifestando su adhesión a la cláusula arbitral. La voluntad del adherente no se ve afectada, toda



vez que si no quiere estar vinculado al arbitraje mantiene la libertad sencillamente de no garantizar, afianzar ni asegurar el cumplimiento de la prestación.

En consecuencia, la ciudadana demandante pasa por alto que la norma parte del supuesto de que el garante, fiador o asegurador, en el momento en que decide celebrar un contrato cuya finalidad es la de garantizar, afianzar o asegurar las prestaciones nacidas de otro contrato en el que se incluyó pacto arbitral, a su turno adhiere y acepta el pacto, de tal suerte que si llegarse a ser llamado en garantía en el proceso arbitral que se origine con ocasión del referido contrato, deberá concurrir al citado proceso precisamente por haber adherido al pacto de arbitraje al momento de haber decidido garantizar, afianzar o asegurar las obligaciones nacidas de dicho contrato.

Hay que recordar que en vigencia de la legislación anterior (artículo 127 de la Ley 446 de 1998), se interpretó que la única forma para que un llamado en garantía pudiese intervenir en el proceso arbitral, era que, una vez producido el llamamiento, manifestara su aceptación expresa al pacto de arbitraje, pese a que previamente había aceptado garantizar las obligaciones nacidas del contrato en donde estaba contenido el aludido pacto. Con la nueva norma se quiso ponerle fin a las trabas en materia de llamamientos en garantía y se dispuso, entonces, que garantizar obligaciones incorporadas en un contrato con cláusula arbitral, implica adhesión a éste último.

2.-Obsérvese que la norma acusada no prescinde del consentimiento del garante, por cuanto mal podría concluirse que una persona sobre la que pesan las cargas negociales de diligencia e información, puede excusarse en un desconocimiento del contenido del contrato que garantizó, para argumentar posteriormente que nunca supo de la existencia del pacto arbitral y de sus eventuales consecuencias. Al contrario, la norma del nuevo Estatuto asume una postura consecuente con la realidad de los negocios, y pone especial acento en que quien decide garantizar, afianzar o asegurar un contrato, lo acepta con todo su contenido.

En otros términos, lo que consagra la norma es que quien se obliga a garantizar el cumplimiento de un contrato conoce el contenido del mismo, lo acepta en su integridad y se convierte en un verdadero sujeto negocial, expresando con ello su voluntad de que cualquier controversia que surja con ocasión o en razón de dicha relación de garantía será sometida a decisión de un tribunal arbitral, precisamente con apoyo en el pacto arbitral incluido en el referido contrato.

El consentimiento del llamado en garantía en torno al pacto arbitral se hace patente al momento en que conociendo el contenido de un determinado contrato, que incluye cláusula arbitral, decide garantizar el cumplimiento del mismo,



aceptándolo en su integridad y vinculándose a sus estipulaciones negociales, dentro de las cuales se encuentra el pacto de arbitraje. Desde esa perspectiva, el garante, fiador o asegurador es consiente de que el escenario procesal en el que se van a ventilar los eventuales incumplimientos por los que será llamado a responder, será el arbitral. La decisión de garantizar el cumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato con cláusula de arbitraje, es para el legislador suficiente manifestación de consentimiento en torno al pacto arbitral y, por ello, suficiente habilitación a los árbitros para que éstos resuelvan no solamente las controversias nacidas entre las partes del contrato, sino también las surgidas con el garante, asegurador o fiador de las obligaciones derivadas del mismo.

**3.-** El artículo 116 de la Constitución Política no exige que la manifestación de consentimiento en torno al pacto arbitral deba ser realizada por una suscripción expresa. Si bien el legislador puede imponer determinadas restricciones a las vías de expresión de la voluntad negocial, también es cierto que el mismo legislador, dentro del amplio margen de configuración que le otorga la Constitución, puede entender que dicha manifestación de voluntad puede expresarse tácitamente.

En ese orden de ideas, si bajo la normatividad anterior se consideró que para vincular al llamado en garantía a un proceso arbitral se requería de una adhesión expresa al pacto en el momento del llamamiento, bien puede considerar el legislador que esa adhesión puede ser previa al llamamiento y que puede darse, como lo prevé la norma demandada, desde el mismo momento en que el garante entra en contacto con el contrato que contiene el pacto.

Y es que, a decir verdad, el obligado a garantizar el cumplimiento de un contrato contentivo de una cláusula no puede ser tenido como un extraño al mismo o como un tercero ajeno a sus efectos. Cuando garantiza el cumplimiento, da muestras claras y contundentes de su complacencia y aceptación con los términos de dicho contrato, entre ellos, con el pacto arbitral que en el mismo está incorporado. Incluso se puede afirmar que en cumplimiento de valores constitucionales tan relevantes como el acceso a la justicia pronta y efectiva, la economía procesal y el debido proceso, esa persona queda obligada a comparecer a un proceso arbitral que sabía podía iniciarse, y se evitan así maniobras dilatorias dirigidas a entorpecer el proceso, excluyendo la posibilidad de que tal y como sucedía en vigencia de la norma anterior, los llamados en garantía siguieran evadiendo su vinculación al arbitraje con una simple manifestación de no adhesión al pacto arbitral.

**4.-** En adición a todo lo anterior, y atendiendo a que en la demanda se citan decisiones de la Corte Constitucional en las que en el pasado esa Honorable Corporación ha decidido declarar inexecutable normas que consagraban arbitrajes forzosos, cabe recordar que en todos esos casos en realidad sí se violaba el



principio de habilitación, puesto que por mandato de la ley las personas quedaban obligadas a acudir al arbitraje.

Sobre el particular, en la sentencia C-242 de 1997 se declaró inexecutable el artículo 19 de la ley 142 de 1997 que exigía que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios incluyeran en sus estatutos una cláusula arbitral; en la sentencia C-060 de 2001 se declaró inexecutable un apartado del artículo 19 de la ley 182 de 1995, en virtud del cual si no se llegaba a un acuerdo entre concesionarios del servicio de televisión y las empresas de servicios públicos o el Estado sobre el uso de infraestructura de redes de cableado, ductos y postes existentes para efectos de facilitar la transmisión de la señal, se habría de someter la controversia al arbitraje de conformidad con el código de comercio; en la sentencia C-035 de 2008 se declaró inexecutable el inciso segundo del artículo 17 de la ley 1122 de 2007, norma que previó que en los casos en que no existiera acuerdo para la liquidación de los contratos suscritos por entidades territoriales para la operación del régimen subsidiado de salud, debía procederse a su liquidación mediante arbitraje técnico; y, en la sentencia C-330 de 2012, la Corte declaró inexecutable el artículo 65 de la ley 143 de 1994, norma según la cual las controversias originadas con ocasión de la revisión de los bienes afectos a la concesión para la organización, prestación, mantenimiento y gestión de actividades del servicio público de electricidad, debían someterse a arbitraje.

Como puede observarse claramente, en todos esos supuestos fue el legislador quien le impuso a los sujetos afectados con las normas, de forma obligatoria, la vía del arbitraje para la resolución de las disputas singularizadas en cada uno de los señalados supuestos normativos, lo cual sí es constitutivo de un arbitraje forzoso.

Sin embargo, en el supuesto de la norma bajo estudio, el legislador no le impone la vía del arbitraje a los garantes, pues será de su entera discrecionalidad aceptar garantizar o no un contrato que contenga cláusula arbitral, lo cual no es otra cosa que la manifestación más pura del principio de autonomía privada, por lo cual, el garante optará por otorgar o no la citada garantía; pero si lo hace, es claro que está adhiriendo al contrato y a todas sus estipulaciones, incluyendo la de arbitraje.

**5.-** Queda abierta la discusión en cuanto a la posibilidad de que el garante, fiador o asegurador, haga reservas al momento de comprometerse a garantizar, afianzar o asegurar las obligaciones nacidas del contrato y entre ellas, una reserva específica al pacto arbitral, discusión que antes de comprometer principios constitucionales, es de puro derecho privado y se centra en si la norma es imperativa o dispositiva. Obviamente, si existe la reserva expresa del garante frente a la cláusula arbitral, ello da cuenta de que en realidad su intención no es la de acudir al arbitraje, y por ello no podrá darse aplicación a la norma demandada.



Todo lo expresado lleva a concluir que no estamos en presencia de un arbitraje forzoso por mandato de la Ley. El garante, fiador o asegurador, si no quiere someterse a decisión arbitral podrá, de un lado, abstenerse de garantizar, afianzar o asegurar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato que tiene incorporado el pacto de arbitraje; de otro, podrá garantizar, afianzar o asegurar dichas obligaciones excluyendo expresamente la cláusula de arbitraje, asunto éste que, como se dijo, será materia de discusión entre los sujetos contractuales interesados y que, finalmente, dependerá de la conclusión que se adopte sobre si la citada disposición es de carácter imperativo o dispositivo.

### PETICIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, respetuosamente solicito a la Corte que declare que la norma demandada se ajusta a la constitución.

De los honorables magistrados,



**HENRY SANABRIA SANTOS**  
C.C. No. 79.756.899 de Bogotá  
T.P. No. 97.293 del C.S. de la J.

