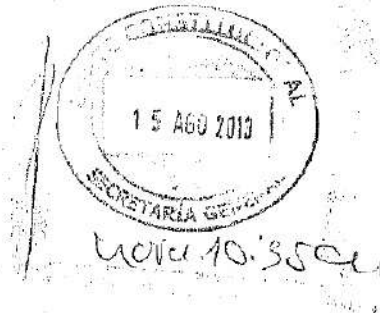


Doctor  
Alberto Rojas Rios  
Magistrado Sustanciador  
Corte Constitucional  
E. S. D.



REF.: Expediente D-9777

Corrección de demanda

Protegido por Habeas Data, ciudadana colombiana, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía número Protegido por Habeas Data, obrando en nombre propio, con domicilio en la ciudad de Bogotá, respetuosamente me dirijo a su Despacho, con el objeto de corregir la demanda, de conformidad con lo dispuesto en la providencia del 9 de agosto de 2013, en los siguientes términos:

Fronte al requerimiento "deberá precisar el contenido que atribuye al artículo 116 de la Constitución, en el sentido de que el arbitramento surge por la voluntad de las partes y no por imposición legal"

El artículo 116 de la Constitución Política, dispone:

"(...)

*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, 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". (Se resalta).*

Según el aparte resaltado, los árbitros necesariamente deben ser habilitados por las partes, para que se entiendan investidos transitoriamente de la función de administrar justicia.

Según la vigésima edición del Diccionario de la Lengua Española, entre los significados de la palabra "habilitar", se encuentra el siguiente:

"habilitar.  
(De hábil).

(...)

5. tr. *Der.* Subsanan en las personas falta de capacidad civil o de representación, y, en las cosas, deficiencias de aptitud o de permisión legal. *Habilitarlo para comparecer en juicio. Habilitar horas o días para actuaciones judiciales*<sup>1</sup>.

Quiere ello decir que son las partes, las que le confieren capacidad temporal a los árbitros para que diriman un conflicto suscitado entre esas partes, con efectos de cosa juzgada.

Y esa no es sólo la interpretación gramatical de la citada norma constitucional. La Corte Constitucional, intérprete auténtica de la Constitución, ha entendido que

<sup>1</sup> Ver: <http://lema.rae.es/drae/?val=habilitar>

según el artículo 116 de la Norma de normas, una de las características del arbitramento es la voluntariedad, razón por la cual, no es admisible que el legislador establezca un arbitramento obligatorio.

*Verbi gratia*, en sentencia C-1038 de 2002, se sostuvo:

*“El marco constitucional del arbitramento*

8- *En numerosas oportunidades, esta Corte ha analizado la naturaleza, posibilidades y límites del arbitramento dentro de nuestro ordenamiento constitucional. La jurisprudencia ha determinado que, conforme a la Carta, el arbitramento “es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”. Mecanismo que tiene ciertas características básicas: (i) es uno de los instrumentos autorizados para que los particulares puedan administrar justicia; (ii) está regido por el principio de habilitación o voluntariedad, pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento “un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes”.*

(...)

*Así, la sentencia C-060 de 2001, MP Carlos Gaviria Díaz, retiró del ordenamiento el inciso tercero del párrafo del artículo 19 de la Ley 182 de 1.995, tal y como fue modificado por el artículo 4 de la Ley 335 de 1.996, según el cual, ciertos conflictos relacionados con las concesiones de televisión, si no había acuerdo entre las partes, debían ser resueltos por medio del arbitramento, con la designación de los árbitros, conforme a lo dispuesto por el Código de Comercio. La Corte concluyó que esa regulación desconocía la voluntariedad, excepcionalidad y temporalidad del arbitramento, pues hacía obligatorio ese mecanismo y creaba una instancia forzosa que no respetaba la libertad de las partes para solucionar sus litigios, con lo cual, además, restringía indebidamente el acceso de los particulares a la administración de justicia”. (Resaltado fuera de texto. Se omitieron notas al pie).*

Por su parte, en sentencia C-330 de 2012, se hizo un recuento de la jurisprudencia constitucional en relación con el principio de voluntariedad en materia arbitral, y se afirmó:

*“El anterior recuento jurisprudencial demuestra, en síntesis, la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral, y que el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta. Incluso el Legislador debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes. “La Corte ha concluido que son contrarias a este principio esencial que determina el origen, los alcances, el ámbito y los efectos del arbitramento las normas legales que (i) imponen a los particulares en determinados contextos la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exigen a ciertas empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a procesos arbitrales; (iii) obligan a las partes en ciertos*

*tipos de contratos a incluir una cláusula compromisoria; o (iv) atribuyen funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma". (Se resalta).*

De conformidad con las sentencias transcritas y con las providencias citadas en la demanda, el párrafo 1° del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, es violatorio del artículo 116 de la Constitución Política, puesto que habilita a particulares (árbitros) a que administren justicia respecto del garante de un contrato con pacto arbitral, aunque aquel no haya suscrito el pacto ni adherido a él. Es decir, la habilitación del árbitro deviene de la ley y no de la decisión libre y autónoma del tercero garante, opción que resulta admisible según el artículo 116.

En efecto, la norma demandada dispone que el garante *"quedará vinculado a los efectos del mismo"*, refiriéndose al laudo arbitral, lo que quiere decir que es la ley, no el garante, la que está habilitando a los árbitros para que adopten una decisión con efectos de cosa juzgada respecto de éste, lo que desconoce flagrantemente el principio de voluntariedad que, se reitera, consagra según la propia Corte Constitucional, el artículo 116 de la Constitución Política.

Ahora bien, evidentemente la expresión *"habilitados por las partes"* de la norma constitucional, se refiere a "partes" en sentido amplio, es decir, a todos aquellos que intervienen dentro de un proceso arbitral, ora en condición de convocante o convocado, ora como tercero interviniente.

Y así lo entendió la Corte Constitucional, en sentencia C-163 de 1999, en la que se estudió la constitucionalidad del artículo 127 de la Ley 446 de 1998, que regulaba la intervención de terceros dentro del trámite arbitral, en la que señaló:

*"(...) Por ello, si el tercero no quiere renunciar a la justicia ordinaria, la norma acusada dispone, en su tercera parte, la continuación del proceso arbitral sin su presentación, lo cual es razonable pues el laudo arbitral no puede involucrar a quienes no suscribieron o no se adhirieron al pacto arbitral, pero tampoco se debe permitir a los terceros bloquear la continuación del proceso arbitral. En efecto, lo propio del tercero, a diferencia del litisconsorte necesario, es que las consecuencias del laudo no lo cubren obligatoriamente, por lo cual resulta razonable que la ley permita que el proceso arbitral continúe sin su presencia. Por ende, si el tercero decide no participar en el proceso arbitral, la correspondiente disputa que tenga con alguna o ambas partes podrá ser resuelta ulteriormente por las instancias judiciales". (Resaltado propio).*

Aplicando la *ratio decidendi* de esta sentencia, que es de carácter obligatorio, el párrafo 1° del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, contraviene el artículo 116 de la Constitución, al permitir que el laudo arbitral involucre, a quien no suscribió o no se adhirió al pacto arbitral (tomando las palabras de la Corte).

*Frente al requerimiento "La accionante indica que el pacto arbitral entre las partes de un contrato obliga a los intervinientes, asegurador, banco, fiduciaria y fiador otorgando el mismo efecto a cada uno. De esta manera, confunde sus obligaciones, lo que involucra una posición subjetiva, particular carente de una verdadera confrontación constitucional y constituye falta de pertinencia en la sustentación del cargo"*

La expresión literal empleada en la demanda fue la siguiente:

*"Pese a lo anterior, con la norma demandada, se obliga al garante (léase asegurador, banco, fiduciaria, fiador, etc.) del contrato que contiene pacto arbitral, a someterse a la decisión de árbitros que no han sido habilitados por ese garante".*

Como se observa, lo que se hizo fue un listado a manera explicativa, de las personas que podrían resultar vinculadas a los efectos de un laudo arbitral, en calidad de garantes, a pesar que no hubieren suscrito el pacto arbitral o adherido a él.

Y ese listado se explica, por ejemplo, con lo dispuesto en el artículo 111 del Decreto 1510 de 2013, "[p]or el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública", según el cual la garantía en lo que hace a contratos estatales, puede consistir en:

*"Artículo 111. Clases de garantías. Las garantías que los oferentes o contratistas pueden otorgar para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones son:*

- 1. Contrato de seguro contenido en una póliza.*
- 2. Patrimonio autónomo.*
- 3. Garantía Bancaria".*

Es por ello que sólo a manera explicativa, se indicó que el garante de un contrato, como por ejemplo un banco (porque la garantía bancaria es una garantía válida según lo anotado), de acuerdo con la norma demandada, podría verse vinculado a los efectos de un laudo arbitral, a pesar de no haber habilitado a los árbitros.

También se mencionó a las fiduciarias y a los fiadores, porque en tratándose de contratos celebrados entre particulares, una garantía puede ser una fiducia en garantía o una fianza (ello explica la existencia de las llamadas afianzadoras).

Y se mencionó tal listado porque la norma demandada habla indistintamente de "garante", por lo que no le otorga un efecto diferente a cada uno. No se están equiparando los alcances de cada garantía, sino los alcances del laudo arbitral respecto al garante.

Por lo tanto, no se está adoptando una posición subjetiva sobre el alcance de la norma. Sólo se hizo un listado de los posibles garantes de un contrato.

Ahora bien, la discusión sobre la constitucionalidad de la norma, no radica en las clases de garante, razón por la cual bien puede suprimirse el párrafo que nos ocupa, sin alterar el ataque realizado.

Frente al requerimiento "La accionante sustenta la inexistencia de facultades legales para que los terceros, vinculados al tribunal de arbitramento puedan oponerse a su competencia habilitada por las partes. Afirma, solamente, que la norma demandada no lo permite, sin ahondar en otras consideraciones que precisarían la presunta inconstitucionalidad y propiciarían un pronunciamiento de fondo".

En la demanda, afirmé:



*“En gracia de discusión (porque es claro que la habilitación debe ser expresa), mal podría entenderse que verbi gratia, un asegurador que expide una póliza de seguro de cumplimiento de un contrato en el que se estipuló pacto arbitral, o un banco que otorga un aval bancario, esté adhiriendo tácitamente a la cláusula compromisoria, puesto que según tal interpretación, el garante estaría facultado a establecer dentro de la póliza o del aval la no adherencia a la cláusula compromisoria, opción que de conformidad con la redacción de la norma acusada, le está vedada”.*

Tal afirmación tiene asidero en la redacción del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, que es del siguiente tenor:

*“Artículo 37. Intervención de otras partes y terceros.*

*(...)*

*Cuando el llamado en garantía o denunciado en el pleito, que ha suscrito el pacto arbitral o ha adherido a él, no consigna oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.*

*(...)*

*Parágrafo 1º. Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo”. (Negrillas propias).*

La expresión *“quedará vinculada a los efectos del mismo”*, tal como está redactada, no admite que ese tercero se oponga a que los árbitros puedan adoptar una decisión de fondo respecto del mismo. El parágrafo no incluye excepciones, no prevé la posibilidad que el garante manifieste si adhiere o no al pacto arbitral. Sólo dice que el garante quedará vinculado. Y ello quiere decir que si el laudo ordena la afectación de la garantía, constituiría un título ejecutivo en contra del garante, lo que a todas luces viola el principio de voluntariedad previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, según el cual, se reitera, los particulares únicamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia por las partes que expresamente habilitan a los árbitros.

Se indicó en la demanda que no se podía entender que el otorgar una garantía de un contrato con pacto arbitral, constituyera una adhesión tácita al pacto, porque si se entendiera así, la aseguradora podría expresar su voluntad de no adherir, y la norma no prevé excepciones como ya se indicó. La norma dice que el garante quedará vinculado a los efectos del laudo. Valga la pena precisar que tal afirmación se hizo, en gracia de discusión, porque la intérprete auténtica de la Constitución, ha entendido que la habilitación debe ser explícita (Sentencia C-060 de 2001).

*“Frente al requerimiento “(...) no explica los efectos de la voluntad de las partes en el contrato y si debería o no ceder frente a los denominados intervinientes con capacidad de parte y terceros desde una perspectiva constitucional”.*

En virtud del principio de relatividad de los contratos, éstos tienen efectos *inter partes*, lo que quiere decir que los efectos del contrato no se extienden a terceros, esto es, el contrato no puede ni beneficiarlos ni perjudicarlos.

Lo anterior fundado sobre el aforismo "*res inter alios neque nocere neque prodesse potest*".

La jurisprudencia civil ha entendido que la estipulación a favor de un tercero, es una excepción de la regla general, que requiere de aceptación expresa o tácita del tercero, para que éste pueda exigir el cumplimiento de lo pactado en su favor.

Así las cosas, si dentro de un contrato se introduce una cláusula arbitral, tal estipulación únicamente tiene efectos entre las partes contratantes, no obligando a al tercero garante del contrato. El garante se obliga según lo estipulado en el contrato en virtud del cual asume la garantía. Así, a manera de ejemplo, el garante se obliga según lo estipulado en un contrato de seguro, un contrato de fianza, un contrato de fiducia, etc.

Ahora bien, este es un principio de carácter legal (art. 1602 del C.C.).

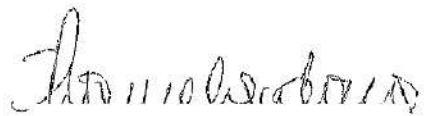
Lo que contraviene la Constitución no es que se extiendan los efectos del contrato a un tercero, toda vez que esto sería ilegal, más no inconstitucional. Lo que es violatorio de la Constitución es que frente a una persona que no habilita de manera expresa a los árbitros, se establezca que una decisión proferida por un particular, tenga efectos vinculantes, que es lo que contradice el artículo 116 de la C.F., que consagra el principio de voluntariedad frente al arbitramento.

Esa voluntad debe manifestarse de manera expresa, según la interpretación que del artículo 116 Constitucional, ha hecho la Corte. Por ejemplo, en sentencia C-060 de 2001, en la que se estudió la exequibilidad del parágrafo del artículo 4º de la Ley 182 de 1995, en el que se establecía la obligatoriedad del trámite arbitral en el evento de no existir acuerdo sobre el uso de ciertas redes de comunicación entre el Estado o las empresas prestadoras de servicios públicos, y los concesionarios del servicio de televisión, se sostuvo:

*"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. Por otro lado, no es concebible que por medio de una ley se establezca la obligatoriedad del arbitramento para la resolución de contenciones contractuales, pues de este modo se crea una instancia forzosa que no respeta la libertad de las partes para solucionar sus litigios y restringe indebidamente el acceso de los particulares a la administración de justicia. Por estas razones las expresiones demandadas serán declaradas inexecutable". (Negrillas propias).*

En los anteriores términos, espero haber cumplido con los requerimientos de su H. Despacho.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'H. D. O. S. C. B. V. I. D.'.

**Protegido por Habeas Data**