

Re: COMUNICACIÓN AUTO D-14941 DEL 9 DE SEPTIEMBRE DE 2022 - OFICIO REMISORIO SGC-1000/22

Protegida por Habeas Data

Honorable Magistrada Sustanciadora

DRA. NÁTALIA ANGEL CABO

Honorables Magistradas y Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL

E.S.D.

Ref.: Expediente No. D-14941.

Norma acusada: artículo 179 (parcial) de la Ley 1564 del día 12 de julio de 2012, *(p)or medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.*

Protegido por Habeas Data

Asunto: Corrección de la demanda.

Cordial saludo, dando cumplimiento a lo dispuesto en el numeral segundo de la parte resolutive del auto de fecha del nueve (9) de septiembre de dos mil veintidós (2022), se adjunta, por medio de este mensaje de datos, el texto de la demanda de la referencia corregida.

Muchas gracias.

Protegido por Habeas Data

Protegida por Habeas Data

Pereira, Risaralda, septiembre 16 de 2022

Honorables Magistradas y Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL

E.S.D.

Ref.: Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 179 (parcial) de la Ley 1564 del día 12 de julio de 2012, (p)or medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

Protegida por Habeas Data

Para fundamentar la presente demanda se estructurará en **tres (3) ejes temáticos** su sustentación. Así:

En la **primera sección (I)** se establecerán las cuestiones referentes a la presentación de la demanda, como son: **(1.1)** La norma legal acusada de inconstitucionalidad; **(1.2)** las normas constitucionales que se consideran infringidas por la disposición legal cuestionada; y **(1.3)** una síntesis de la demanda.

La **segunda sección (II)** desarrollará la acusación en contra del numeral 2° del artículo 179 de la Ley 1564 del día 12 de julio 2012, donde se presentará: **(2.1)** El análisis de la norma acusada; **(2.2. a 2.5)** la caracterización de los principios y derechos constitucionales vulnerados; **(2.6)** la formulación del cargo único; **(2.7)** la petición de fondo; y **(2.8)** algunas consideraciones finales sobre la especificidad de la demanda.

Por último, en la **tercera sección (III)** se analizarán los presupuestos procesales de la demanda por inconstitucionalidad, como son: **(3.1)** La competencia; **(3.2)** la cosa juzgada constitucional; **(3.3)** el trámite de la demanda; **(3.4)** el principio *pro actione*; **(3.5)** los anexos de la demanda; y **(3.6)** el lugar de notificaciones del demandante.

I. PRIMERA SECCIÓN – PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

1.1. Norma acusada

A continuación, se transcribe el texto legal acusado, donde se **resaltarán en negrilla** las expresiones que se considera son inconstitucionales.

LEY 1564 DE 2012

(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 Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

(...)

SECCIÓN TERCERA.

RÉGIMEN PROBATORIO.

TÍTULO ÚNICO.

PRUEBAS.

CAPÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

(...)

ARTÍCULO 179. PRUEBA DE LA COSTUMBRE MERCANTIL. *La costumbre mercantil nacional y su vigencia se probarán:*

1. Con el testimonio de dos (2) comerciantes inscritos en el registro mercantil que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el Código de Comercio.

2. Con decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores al diferendo.

3. Con certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rija.

La costumbre mercantil extranjera y su vigencia se acreditarán con certificación del respectivo cónsul colombiano o, en su defecto, del de una nación amiga. Dichos funcionarios para expedir el certificado solicitarán constancia a la cámara de comercio local o a la entidad que hiciera sus veces y, a falta de una y otra, a dos (2) abogados del lugar con reconocida honorabilidad, especialistas en derecho comercial. También podrá probarse mediante dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí.

La costumbre mercantil internacional y su vigencia se probarán con la copia de la sentencia o laudo en que una autoridad jurisdiccional internacional la hubiere reconocido, interpretado o aplicado. También se probará con certificación de una entidad internacional idónea o mediante dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia.¹

¹ Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

1.2. Normas constitucionales y convencionales objeto de limitación

1.2.1. Constitución Política

Constitución Política de la República de Colombia

PREÁMBULO

*El pueblo de Colombia,
en ejercicio de su poder soberano, representado por sus
delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando
la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la
Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el
trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la
paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo
que garantice un orden político, económico y social justo, y
comprometido a impulsar la integración de la comunidad
latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:*

Constitución Política de Colombia

(...)

TÍTULO II.

DE LOS DERECHOS, LAS GARANTÍAS Y LOS DEBERES

CAPÍTULO 1.

DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

(...)

ARTÍCULO 13. *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.²

1.2.2. Bloque de Constitucionalidad

1.2.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

PREÁMBULO

(...)

La Asamblea General proclama la presente

Declaración Universal de Derechos Humanos

(...)

***ARTÍCULO 7.** Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.³*

1.2.2.2. Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

(Pacto de San José)

PARTE I - DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO I - ENUMERACIÓN DE DEBERES

(...)

ARTÍCULO 24. IGUALDAD ANTE LA LEY

² Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

³ https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*⁴

1.2.2.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

PARTE III

(...)

ARTÍCULO 26. *Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*⁵

1.3. Síntesis de la demanda

A manera de síntesis introductoria, el cargo único en contra del artículo 179 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 se presenta de la siguiente manera:

Cargo único. El numeral 2° del artículo 179 de la Ley 1564 de 2012 vulnera los principios y derechos consagrados en: El Preámbulo y el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia; el artículo 7° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta norma señala que la prueba de la costumbre mercantil nacional podrá acreditarse con decisiones de tipo judicial que sean definitivas y que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores al diferendo.

⁴ <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>

⁵ <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

En este sentido, **la norma da un trato discriminatorio a situaciones que son jurídicamente equiparables**. En efecto, la hipótesis donde la existencia de este tipo de normas consuetudinarias se acredita por medio de decisiones judiciales es jurídicamente equiparable a las hipótesis donde esta existencia se pretende acreditar por medio de; **(i)** decisiones arbitrales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores a la controversia; o **(ii)** de decisiones de autoridades administrativas en función jurisdiccional que sean definitivas y aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores a la controversia.

Por lo anterior, y en virtud del *principio democrático* y de *conservación del derecho*, y como solución que permite preservar al máximo posible las disposiciones emanadas del Legislador, se solicita respetuosamente a este H. Tribunal Constitucional declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de la expresión “*(c)on decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores al diferendo*” en el entendido de que, para efectos de la prueba de la costumbre mercantil nacional, las decisiones arbitrales y las decisiones de autoridades administrativas en función jurisdiccional, que sean definitivas y aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores a la controversia, tendrán el mismo valor probatorio que las decisiones judiciales definitivas de que habla este artículo.

II. SEGUNDA SECCIÓN – CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La **segunda sección (II)** de este escrito desarrolla el cargo único en contra del numeral 2º del artículo 179 (parcial) de la Ley 1564 de 2012.

Para justificar la inconstitucionalidad (parcial) de esta norma se utilizarán los siguientes elementos: **(2.1)** el análisis de la norma acusada; **(2.2)** los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) en la Constitución; **(2.3)** la justicia arbitral; **(2.4)** la atribución de funciones jurisdiccionales en autoridades administrativas; **(2.5)** el principio de igualdad como límite material al poder de configuración legislativo; **(2.6)** la formulación del cargo único; **(2.7)** la petición de fondo; y **(2.8)** algunas consideraciones finales sobre la especificidad de la demanda.

2.1. Análisis de la norma acusada

2.1.1. La costumbre mercantil como fuente del derecho en Colombia

Si bien, el artículo 230 de la Constitución no menciona entre las fuentes del derecho a la Costumbre, lo cierto es que, como señala la Jurisprudencia

Constitucional, «*el ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer numeral del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento jurídico" (...) En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" (Preámbulo) y "orden jurídico".*».⁶

Ya en la dimensión legal del ordenamiento jurídico, el artículo 3º del Decreto Ley 410 de 1971 (de ahora en adelante Código de Comercio o simplemente Estatuto Mercantil), otorga el valor de fuente formal del derecho a la costumbre mercantil.

Señala este artículo:

ARTÍCULO 3o. AUTORIDAD DE LA COSTUMBRE MERCANTIL - COSTUMBRE LOCAL - COSTUMBRE GENERAL. La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

*En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el numeral anterior.*⁷

En igual sentido, el artículo 13 de la Ley 153 de 1887 cuando señala el valor normativo de la costumbre para todo el derecho común:

*ARTÍCULO 13. La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, á falta de legislación positiva.*⁸

De otro lado, el artículo 7º de la Ley 1564 de 2012 (de ahora en adelante Código General del Proceso, Estatuto Procesal o simplemente “CGP”) ubica la costumbre dentro del ordenamiento jurídico al que están sometidos los jueces en sus providencias:

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 486 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.

⁸ La Corte Constitucional declaró EXEQUIBLE este artículo mediante la Sentencia C-224 de 1994, en el entendido que la expresión "moral cristiana" significa "moral general" o "moral social", como se indica en la parte motiva de la sentencia. Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

ARTÍCULO 7o. LEGALIDAD. Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.

El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley.⁹

De igual manera, este mismo Estatuto Procesal, en su artículo 42, al referirse a los deberes del juez, señala que este debe “(d)ecidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, **la costumbre** y los principios generales del derecho sustancial y procesal”.¹⁰ (Énfasis fuera del texto original)

Ahora bien, sobre qué se entiende por costumbre, según señala GARCÍA MÁYNES, la costumbre, como fuente de derecho¹¹, puede definirse como, “el uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente; el *jus moribus constitutum*”.¹²

MONROY CABRA la describe como “(...) la forma primaria de manifestarse la comunidad, ya que está formada por un conjunto de reglas observadas de hecho. Dichas reglas se revelan por la repetición de ciertos actos, acompañada del sentimiento de obligatoriedad. Sus elementos son el

⁹ Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

¹⁰ Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

¹¹ LÓPEZ GUZMÁN señala que “en el derecho mercantil como ocurre con cualquier otra área del derecho, existe un sistema de fuentes que coadyuban en el proceso de interpretación de la norma y en la cabal aplicación de esta en los negocios”. LÓPEZ GUZMÁN, FABIAN, *Introducción al Derecho Mercantil*, Bogotá, Edit., Temis, 2007, pág. 71. MADRIÑAN DE LA TORRE identifica las fuentes del derecho comercial como “los medios con los cuales se manifiestan los preceptos que regulan las relaciones de los actos de los actos calificados como mercantiles y la profesión de quienes se dedican a celebrarlo”. MADRIÑAN DE LA TORRE, RAMÓN EDUARDO, *Principios de Derecho Comercial*, Duodécima Edición, Edit., Temis, 2018, pág. 51.

¹² GARCÍA MÁYNES, EDUARDO, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Edit. Porrúa, 2002. Pág 61.

*elemento material y la opinio iuris vel necessitatis o la convicción de que el comportamiento de que se trata sea obligatorio”.*¹³

Ya sobre la costumbre mercantil propiamente dicha, entre nosotros, LÓPEZ GUZMÁN, en su obra de derecho mercantil, la describe como “*una valiosa fuente formal que le sirve de soporte al comercio internacional y que coadyuva en el proceso de interpretación de los asuntos mercantiles*”, y señala, sobre su formación, que “*esta no aparece como un complejo ejercicio de raciocinio y análisis, o por el azar del destino, sino por la repetición permanente de una estipulación en un contrato, y su proceso de formación no es tan rápido como el de la misma ley*”.¹⁴

Ahora bien, sobre los elementos que configuran la costumbre como fuente formal en el derecho colombiano¹⁵, la H. Corte Constitucional, haciendo referencia a la Doctrina mercantil, señala **la generalidad, la uniformidad, la constancia, la frecuencia y la publicidad como sus elementos constitutivos.**

Dijo la Corte:

*“La doctrina es conteste en definir la costumbre, en términos generales y sin abarcar a la internacional y a la que puede germinar en el contexto de las instituciones públicas, como una práctica o comportamiento social que se repite durante un período de tiempo con características de **generalidad** - acción o conducta predicable de una pluralidad de sujetos -, **uniformidad** - semejanza del hecho en la situación contemplada -, **constancia** - sin solución de continuidad o interrupciones -, **frecuencia** - reiteración de los actos que la constituyen en breves intervalos - y **publicidad** - transparencia y reconocibilidad del proceder en el ámbito social.”* (Énfasis fuera del texto original)¹⁶

A partir de estas definiciones, así como de la interpretación de la Ley mercantil, se puede señalar que la costumbre: **(i)** Es un comportamiento uniforme, público y reiterado que, a falta de Ley positiva, engendra una

¹³ MONROY CABRA, MARCO GERARDO, *Derecho Internacional Público*, Séptima edición, Bogotá, Edit. Temis, 2018, pág. 90.

¹⁴ LÓPEZ GUZMÁN, FABIAN, *Introducción al Derecho Mercantil*, Bogotá, Edit., Temis, 2007, pág. 76.

¹⁵ La Corte constitucional, en Sentencia C-224 de 1994, distingue la costumbre de la Ley a partir de un criterio orgánico: «*La diferencia fundamental entre la costumbre y la ley, consiste en que la segunda se crea por un acto consciente de un órgano del Estado al cual le está atribuida la función de crearla, en tanto que la primera resulta de la conducta instintiva e inconsciente de la comunidad.*». Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-486 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

consecuencia jurídica; **(ii)** los hechos constitutivos de la misma deben ser públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella; **(iii)** tendrá la misma autoridad que la Ley mercantil, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente.

2.1.2. Prueba de la existencia de la costumbre mercantil en Colombia

Como advierte la Doctrina mercantil, la costumbre, como fuente de derecho, trae consigo el problema de su prueba¹⁷. En este sentido, a diferencia de la Ley, en la costumbre es necesario acreditar la existencia misma de la norma jurídica.

Al respecto, esta Doctrina advierte que:

“El derecho probatorio, en general, se dirige ha demostrar los hechos concretos y por eso el amplio número de medios probatorios previstos en el artículo 165 del Código General del Proceso. Pero aquí no se trata de probar un hecho, sino la existencia misma de la norma jurídica (costumbre), es decir, la premisa mayor y no la menor, y de ahí que se restrinjan los medios de prueba, admitiéndose solo los documentos y los testimonios para la costumbre nacional; y adicionalmente el dictamen pericial para demostrar la costumbre extranjera e internacional”¹⁸

En nuestro medio legal, el Código General del Proceso en su artículo 626 derogó los artículos 6º, 8º y 9º del Código de Comercio, normas que originalmente regulaban la prueba de la costumbre mercantil.

Actualmente, el artículo 179 de este Estatuto Procesal regula la prueba de la costumbre mercantil:

ARTÍCULO 179. PRUEBA DE LA COSTUMBRE MERCANTIL. *La costumbre mercantil nacional y su vigencia se probarán:*

1. Con el testimonio de dos (2) comerciantes inscritos en el registro mercantil que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el Código de Comercio.

¹⁷ MADRIÑAN DE LA TORRE, RAMÓN EDUARDO, *Principios de Derecho Comercial*, Duodécima Edición, Edit., Temis, 2018, pág. 66.

¹⁸ MEDINA VERGARA, JAIRO, *Derecho Mercantil, Parte General*, Sexta Ed., Bogotá, Edit., Temis, 2018, pág. 100.

2. Con decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores al diferendo.

3. Con certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rija.

La costumbre mercantil extranjera y su vigencia se acreditarán con certificación del respectivo cónsul colombiano o, en su defecto, del de una nación amiga. Dichos funcionarios para expedir el certificado solicitarán constancia a la cámara de comercio local o a la entidad que hiciera sus veces y, a falta de una y otra, a dos (2) abogados del lugar con reconocida honorabilidad, especialistas en derecho comercial. También podrá probarse mediante dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí.

La costumbre mercantil internacional y su vigencia se probarán con la copia de la sentencia o laudo en que una autoridad jurisdiccional internacional la hubiere reconocido, interpretado o aplicado. También se probará con certificación de una entidad internacional idónea o mediante dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia.¹⁹ (Énfasis fuera del texto original)

Como se desprende de esta norma, el Legislador autoriza el uso de diferentes medios de prueba para acreditar la existencia de la costumbre mercantil, dependiendo si esta es; **(i)** nacional, **(ii)** extranjera; o **(iii)** internacional.

De otro lado, restringe su uso, admitiendo solo los documentos y los testimonios para la prueba de la costumbre nacional y adicionalmente el dictamen pericial para demostrar la costumbre extranjera e internacional

Particularmente, sobre la costumbre mercantil nacional, señala esta Ley que su vigencia se probará: **(i)** con el testimonio de dos (2) comerciantes inscritos en el registro mercantil que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el Código de Comercio; **(ii) con decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, proferidas**

¹⁹ Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

dentro de los cinco (5) años anteriores al diferendo; o **(iii)** con certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rija.

En este punto, nótese como, al regular la prueba de la costumbre mercantil nacional, la norma es discriminatoria en tanto no permite que esta se acredite con otro tipo de decisiones jurisdiccionales que aseveren su existencia, como serian; **(a)** las decisiones arbitrales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores a la controversia; o **(b)** las decisiones de autoridades administrativas en función jurisdiccional que sean definitivas y aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores a la controversia.

Esta interpretación no es caprichosa. Nótese que, entre los medios de prueba para acreditar la existencia de la costumbre mercantil internacional, el Legislador es explícito al señalar las expresiones “*laudo*” y “*autoridad jurisdiccional*” para referirse al tipo de decisión definitiva y de autoridad que sirven de sustento para probar este tipo de costumbre. A *contrario sensu*, para efectos de la prueba de la costumbre mercantil nacional, el Legislador es explícito al utilizar la expresión “*decisiones judiciales definitivas*”, y ya no las expresiones “*laudo*” o “*autoridad jurisdiccional*”, lo cual da entender que este medio de prueba, para efectos de la prueba de la costumbre mercantil nacional, únicamente se circunscribe a las decisiones definitivas proferidas por autoridades que componen la rama judicial del poder público, más no a decisiones arbitrales definitivas o a decisiones de autoridades administrativas en función jurisdiccional que sean definitivas.

En este sentido, y como se acusará en el *infra* 2.6., del artículo 179 del CGP no es posible inferir, para efectos de la prueba de la costumbre mercantil nacional, valor probatorio alguno para este último tipo de decisiones.

2.2. Mecanismos alternativos de solución de conflictos – Dimensión constitucional

La Constitución de 1991 autorizó expresamente en su artículo 116 que 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.²⁰

²⁰ ARTÍCULO 116. *La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.*

En igual dirección, la Ley Estatutaria 270 de 1996 (de ahora en adelante LEAJ) cuando señala que “(l)os particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”, y que ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política, “(l)os particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley”.²¹

Esta función de los particulares de administrar transitoriamente justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros se da a través de los llamados Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (de ahora en adelante MASC). Estos MASC, según la Doctrina, se pueden definir como “la manera como dos o mas partes resuelven sus diferencias de forma pacífica con la intervención de un tercero neutral que los asiste, donde la decisión adoptada puede ser obligatoria o no, para las partes intervinientes en dicho trámite”.²²

Ahora bien, la Jurisprudencia Constitucional ha señalado que estos MASC contribuyen a la descongestión de la administración y que esta intervención en la función jurisdiccional es legítima en tanto permite que las personas participen de los asuntos que los afectan, como es la solución de conflictos.

Dijo la Corte:

“Sin embargo, los mecanismos alternativos de solución de conflictos a que se hace mención no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

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.

<Incisos y párrafo transitorio adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2012. INEXEQUIBLES>

²¹ Diario Oficial No. 42.745 del 15 de marzo de 1996.

²² VITTONEDAVILA, ALBERTO, *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*, Bogotá, Edit., IBANEZ, 2010, pág. 24.

(Preámbulo y arts. 1 y 2 de la C.P.). En este sentido, es incuestionable su estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social.”²³

En este sentido, estos MASC no reemplazan a la justicia del Estado, sino que la complementan. Estos, como señala la Doctrina y la Jurisprudencia Constitucional, permiten que la sociedad civil decida sobre los asuntos que los afectan a través de una justicia pronta, eficaz y especializada.

Por otra parte, el mundo de los negocios ha tenido desde siempre su propia jurisdicción mercantil especial²⁴. En efecto, el hombre de negocios ha procurado solucionar de manera práctica y pacífica los conflictos que se derivan del tráfico mercantil. Lo anterior, tanto por fines de agilidad, ya que la necesidad de certeza y de seguridad jurídica en las relaciones mercantiles no puede verse agobiada por la lentitud de la justicia ordinaria del Estado, como por fines de especialización, ya que la complejidad que deviene de las relaciones económicas que se crean a través del tráfico mercantil hacen necesario, por parte del juzgador, el conocimiento de instituciones especiales y particulares frente al derecho común.

LÓPEZ GUZMÁN, al respecto, señala que *“el derecho mercantil contemporáneo no ha sido ajeno a esta idea, y desde la Edad Media se instituyó una jurisdicción encaminada a resolver de forma pacífica las controversias surgidas entre empresarios y comerciantes: la consular”*²⁵.

También, señala este autor, que *“(a) medida que el derecho privado ha ido evolucionando, los sistemas de solución de controversias se han tornado cada vez más complejos en la regulación legal correspondiente. Pero la finalidad ha sido básicamente la misma: edificar mecanismos alternativos de solución de conflictos más ágiles y especializados, distintos a la*

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁴ Véase, por ejemplo, la jurisdicción mercantil en la antigüedad (v.gr. entre los asirios -1.900 A.C.- o en Egipto -530 A.C.-) o la jurisdicción consular medieval. En igual sentido, La Doctrina mercantil es unánime en señalar el carácter especial que desde la antigüedad han tenido los jueces que conocen de las controversias del mundo de los negocios. Al respecto, MEDINA VERGARA, JAIRO, *Derecho Mercantil, Parte General*, Sexta Ed., Bogotá, Edit., Temis, 2018, pág. 459 y ss.

²⁵ LÓPEZ GUZMÁN, FABIAN, *Introducción al Derecho Mercantil*, Bogotá, Edit., Temis, 2007, págs. 459 y ss.

jurisdicción común, en beneficio de los comerciantes y de los empresarios que actúan en el dinámico escenario del mundo de los negocios”²⁶.

En este sentido, es razonable que los particulares, en la forma de tribunales arbitrales especializados en materia mercantil, como por ejemplo el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, sean los llamados a conocer en mayor medida de la costumbre mercantil que rige dentro del país para determinado negocio jurídico mercantil, incluso en mayor medida que el juez civil ordinario. A guisa de ejemplo, y en materia de MASC, véase como a través de figuras como el arbitraje se ha ido sustrayendo del conocimiento del juez civil parte de la problemática mercantil. Este proceso de “sustracción” por los particulares incluso viene incrementándose en los últimos años en nuestro país. Según datos del SICAAC²⁷, las solicitudes de arbitraje aumentaron en un 527% entre el año 2020 y el 2021, lo cual deja en evidencia la conveniencia y necesidad de este tipo de MASC, tanto para fines de descongestión judicial como para fines de seguridad y agilidad en el tráfico mercantil.²⁸

También, véase, por ejemplo, el importante rol de la Cámara de Comercio de Bogotá y el servicio que esta presta para la solución de conflictos empresariales a través de; (i) los MASC, como son los servicios que este presta en materia de: arbitraje, nacional, amigable composición, conciliación en derecho, arbitraje internacional, peritaje, Hermes, conciliación en equidad y convivencia empresarial²⁹; y (ii) en su función recopilatoria y compilatoria de la costumbre, tanto nacional como aquella que rige para el Distrito Capital³⁰.

En este orden de ideas, si bien son distintos los medios de solución de conflictos en materia mercantil, como son la transacción, la mediación, la conciliación, la amigable composición, la composición o el experticio, merece mención especial, para efectos de esta demanda, el mecanismo de arbitraje en general y el efecto de cosa juzgada del laudo en particular.

²⁶ *Ídem.*

²⁷ Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición.

²⁸ Otras estadísticas desagregadas en materia de arbitraje, que demuestran la importancia y el creciente uso de estos MASC, pueden verse en: <https://www.sicaac.gov.co/Informacion/EstadisticaArbitraje>

²⁹ <https://www.ccb.org.co/La-Camara-CCB/Nuestras-sedes/Edificio-del-Centro-de-Arbitraje-y-Conciliacion>

³⁰ Véase, por ejemplo, el *Código de Costumbres Mercantiles* que rige en el Distrito Capital, el cual, en su labor de recopilación, ha editado la Cámara de Comercio de Bogotá. Un didáctico contenido sobre costumbres mercantiles por sectores puede verse también en: <https://www.ccb.org.co/Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>

2.3. Justicia arbitral – efecto de cosa juzgada del laudo arbitral

Se puede señalar que el arbitramento es un mecanismo mediante el cual las partes involucradas resuelven voluntaria y libremente sustraer de la justicia estatal la solución de un conflicto, a fin de que un tercero particular, luego de conducir el trámite procesal definido por el Legislador para el efecto, produzca una decisión de carácter definitivo y vinculante para las partes, denominada laudo arbitral.³¹

Por su parte, el artículo 1 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Ley 1563 de 2012 (de ahora en adelante EANI), define y señala las distintas modalidades y principios aplicables a este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Dice este artículo del EANI:

ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN, MODALIDADES Y PRINCIPIOS. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.³²

Ahora bien, sobre esta justicia arbitral en particular, la Jurisprudencia Constitucional ha dicho que esta se refiere al:

³¹ VITTONÉ DAVILA, ALBERTO, *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*, Bogotá, Edit., IBÁÑEZ, 2010, pág. 24.

³² Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

*“(…) ejercicio de una competencia que tiene origen en la habilitación de las partes como manifestación de la autonomía de su voluntad y se encamina a resolver las controversias que se presentan en un caso concreto con efecto de cosa juzgada”.*³³

Y, que, en consecuencia, esta justicia arbitral:

*“(i) es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos; (ii) supone el ejercicio de la función jurisdiccional por particulares; (iii) tiene naturaleza procesal; (iv) es de carácter transitorio o temporal; (v) profiere fallos en derecho o en equidad; (vi) se desarrolla en los términos que señala la ley; (vii) debe ejercerse dentro de las fronteras que le fijan los preceptos constitucionales.*³⁴

De igual manera, la Jurisprudencia Constitucional ha señalado reiteradamente el efecto de cosa juzgada de los laudos arbitrales.

Al respecto, dijo la Corte:

“[L]a decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad.”³⁵ (Énfasis fuera del texto original)

En suma, el laudo arbitral; **(i)** es una decisión eminentemente jurisdiccional; **(ii)** equivale a una providencia judicial; y **(iii)** tiene efecto de cosa juzgada.

2.4. La atribución de funciones jurisdiccionales en autoridades administrativas

En Colombia, la función jurisdiccional no está únicamente radicada en la rama judicial del poder público, sino que también esta, con fundamento en

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-378 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-378 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁵ Sobre esta jurisprudencia, se pueden consultar en otras, las Sentencias T-058 de 2009, C-378 de 2009, T-443 de 2008, T-972 de 2007, T-244 de 2007, SU-174 de 2007, T-1017 de 2006 y T-839 de 2005.

el artículo 116 de la Constitución Política, se encuentra atribuida a ciertas autoridades administrativas.

Sobre esta atribución de funciones jurisdiccionales la H. Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

«La Corte Constitucional se ha referido, en un amplio conjunto de sentencias, a la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas. Así, desde la providencia C-592 de 1992 la Corporación abordó el tema, destacando que ese tipo de asignación de competencias constituye una tendencia común en el derecho comparado actual, destinada a la descongestión de la administración de justicia, y cuya validez depende de la excepcionalidad y el origen legislativo de la atribución en los términos del artículo 116 de la Constitución Política.

De igual manera, en la decisión C-212 de 1994 la Corporación analizó las facultades conferidas a los alcaldes e inspectores de Policía para adelantar la investigación y juzgamiento de contravenciones especiales; así como algunas de las atribuciones que la Ley confiere a la Dirección Marítima (Dimar), que podrían tener naturaleza jurisdiccional.

En esta última oportunidad el demandante planteaba que las disposiciones contenidas en ambos ordenamientos resultaban incompatibles con el principio de separación de poderes.

La Corporación analizó por separado las atribuciones asociadas al conocimiento de contravenciones especiales, y aquellas concernientes a la competencia conferida a la Dirección Marítima. Comenzó por destacar la importancia de interpretar el artículo 116 de la Carta Política de manera armónica con los artículos 113 y 2º de la Constitución.

En ese marco recordó la Corporación que, de acuerdo con el artículo 113, los órganos del Estado tienen funciones separadas pero deben colaborar armónicamente para obtener los fines estatales según fueron definidos en el artículo 2º de la Carta Política, de manera que la separación de funciones entre las ramas del poder público no es absoluta ni configura ámbitos de acción “exclusivos, rígidos e impermeables”. Esa separación de funciones se manifiesta, en cambio, como un equilibrio destinado a impedir la concentración y el abuso del poder, y en la

concurrancia de esfuerzo “con miras al logro de metas comunes”, como lo evidencia la atribución de funciones jurisdiccionales excepcionales a otras ramas del poder público, como aquellas previstas en los artículos 174 y 178 de la Carta en relación con el Congreso de la República.»³⁶

Ahora bien, sobre esta distribución de la función jurisdiccional sobre algunos comportamientos mercantiles entre autoridades administrativas, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, en su tratado de *Derecho Administrativo: General y colombiano*, y al referirse al ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas consagrado en el artículo 24 del Código General del Proceso³⁷, las sintetiza de la siguiente manera:

- i. A la **Superintendencia de Industria y Comercio**, le corresponde conocer de las controversias sobre la violación de los derechos de los consumidores establecidos en el estatuto del Consumidor, la violación de las normas sobre competencia desleal y la infracción de derechos de propiedad intelectual.
- ii. A la **Superintendencia Financiera**, le corresponde conocer de las controversias entre los consumidores de servicios financieros y las entidades vigiladas, relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recurso.
- iii. Por su parte, la **Superintendencia de Sociedades** es competente respecto de los conflictos relacionados con el cumplimiento de los acuerdos de los accionistas y la ejecución específica de los acuerdos pactados en los acuerdos, la resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad, o entre estos y sus administradores en desarrollo del contrato social o del acto unilateral; la impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios, o de cualquier otro órgano distinto de personas sometido a supervisión; la declaratoria de nulidad absoluta de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión; la declaratoria de nulidad de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto, y la declaratoria de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en la minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-156 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁷ Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas.³⁸ (Énfasis fuera del texto original)

De otro lado, en materia mercantil, y al haber absorbido la función jurisdiccional sobre algunos comportamientos de esta naturaleza, es apenas lógico que estas autoridades administrativas sean las llamadas a conocer de primera mano la costumbre mercantil nacional que impera en el mundo de los negocios, incluso en mayor medida que el juez civil ordinario. Por otra parte, es evidente que el efecto de las decisiones de autoridades administrativas en función jurisdiccional es equiparable al de las autoridades de la rama judicial, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que aquellas emanan del ejercicio legítimo de la función jurisdiccional del poder público y tienen, al igual que estas, idéntico impacto en el mundo de los negocios.

2.5. El principio de igualdad como límite material al poder de configuración legislativo

En virtud de los artículos 114 y 115 de la Constitución Política el Legislador goza de una amplia cláusula de configuración normativa para desarrollar y establecer las diferentes reglas que orientan el ordenamiento jurídico colombiano.

Particularmente, en materia mercantil y procesal, el Legislador tiene amplias facultadas para, a través de la expedición de Códigos y leyes en general, regular las diferentes formas procesales correspondientes a las acciones, trámites, actuaciones y demás aspectos que se consideren pertinentes para la consecución de los fines constitucionales del proceso, incluyendo la búsqueda de la verdad procesal a través de la regulación de la actividad probatoria.

Sin embargo, este poder no es absoluto, ni puede considerarse como una atribución ilimitada que permita a través de la Ley desconocer los fines, principios y valores que emanan de la Constitución, puesto que dicha potestad legislativa encuentra restricciones en el Estado Social de Derecho.³⁹

³⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO, *Derecho Administrativo - General y Especial, Tomo I*, Vigésima Primera Edición, Edit., Temis, 2021, pág. 247 y 248.

³⁹ Sobre los límites que el Constituyente ha impuesto a la libertad de configuración normativa del Legislador, la Honorable Corte Constitucional ha señalado que esta «(...) no puede ser absoluta ni arbitraria, sino que debe desarrollarse conforme a los límites que impone la misma Carta. En este sentido, la doctrina constitucional ha considerado que la competencia normativa del

Ya desde su Preámbulo, la Constitución Política identifica la igualdad como un valor fundante del Estado Social de Derecho en Colombia.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional ha señalado una triple dimensión de la igualdad dentro del ordenamiento jurídico colombiano: Como valor, como principio, y como derecho de contenido fundamental.

Sobre esta triple dimensión de la igualdad, dijo la Corte:

“Como lo ha reseñado la jurisprudencia de la Corte, la igualdad tiene un triple rol en el ordenamiento constitucional: el de valor, el de principio y el de derecho. En tanto valor, la igualdad es una norma que establece fines o propósitos, cuya realización es exigible a todas las autoridades públicas y en especial al legislador, en el desarrollo de su labor de concreción de los textos constitucionales. En su rol de principio, se ha considerado como un mandato de optimización que establece un deber ser específico, que admite su incorporación en reglas concretas derivadas del ejercicio de la función legislativa o que habilita su uso como herramienta general en la resolución de controversias sometidas a la decisión de los jueces. Finalmente, en tanto derecho, la igualdad se manifiesta en una potestad o facultad subjetiva que impone deberes de abstención como la prohibición de la discriminación, al mismo tiempo que exige obligaciones puntuales de acción, como ocurre con la consagración de tratos favorables para grupos puestos en situación de debilidad manifiesta.”⁴⁰
(Énfasis fuera del texto original)

En este sentido, como marco normativo que delimita la producción normativa del Legislador, el artículo 13 de la Constitución Política consagra el principio de igualdad, según el cual todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades

legislador resulta acorde con el estatuto superior, siempre y cuando tenga en cuenta los siguientes aspectos: i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos que en el caso procesal civil puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.); iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.). De allí que no se estimen válidas, las disposiciones procesales ‘que anulan u obstaculizan irrazonablemente el ejercicio del derecho de acción’, precisamente porque un objetivo constitucional legítimo es el de ‘realizar objetiva, razonable y oportunamente el derecho sustancial’.» Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 1996, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-104 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación alguna.

En igual dirección, el artículo 7º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales señalan que todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección por parte de esta.⁴¹

Ahora bien, la H. Corte Constitucional ha señalado que el principio de igualdad se manifiesta en la legislación como límite constitucional que prohíbe diferencias que sean arbitrarias o injustificadas.

Dijo la Corte:

“Esta circunstancia, en lo que corresponde a la igualdad de trato, comporta el surgimiento de dos mandatos específicos, cuyo origen responde al deber ser que le es inherente, esto es, (i) el de dar un mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no haya razones suficientes para darles un trato diferente; y (ii) el de dar un trato desigual a supuestos de hecho diferentes.

*Los antedichos mandatos, conforme al grado de semejanza o de identidad, se pueden precisar en cuatro reglas: (i) la de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) **la de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas**; y (iv) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presentes similitudes y diferencias, cuando las segundas más relevantes que las primeras.”⁴² (Énfasis fuera del texto original)*

De otro lado, como ha señalado la Jurisprudencia Constitucional, la igualdad carece de un contenido material específico, es decir, que, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, esta no se materializa en ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana, sino que puede manifestarse ante cualquier trato diferenciado injustificado. De ahí el carácter relacional de este principio.

Al respecto, dijo la Corte:

⁴¹ *Supra* 1.2.2.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-104 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

*“El principio de igualdad prohíbe las diferencias que sean arbitrarias o injustificadas desde un punto de vista jurídico, esto es, que no se funden en motivos objetivos y razonables, o que sean desproporcionadas en su alcance o contenido. Igualmente, implica una evaluación de los efectos y un juicio de razonabilidad de la diferencia, pues como se ha sostenido la igualdad es básicamente un concepto relacional, que de forma necesaria conduce a un proceso de comparación entre dos situaciones tratadas de forma distinta, en el que es preciso efectuar una valoración de la diferencia. Sólo tras el análisis de las características de cada supuesto que se compara, de la entidad de la distinción, y de los fines que con ella se persigue, podrá concluirse si la medida diferenciadora es o no aceptable jurídicamente.”*⁴³ (Énfasis fuera del del texto original)

Por último, y como se expondrá en el desarrollo del cargo único de esta demanda, en atención a su carácter relacional, la Jurisprudencia Constitucional ha establecido que el análisis de la igualdad da lugar a un juicio tripartito, pues involucra el examen del precepto demandado, la revisión del supuesto o régimen jurídico respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado y la consideración del principio de igualdad.

2.6. Formulación del cargo único

2.6.1. Cargo único

El numeral 2º del artículo 179 de la Ley 1564 de 2012 vulnera los principios y derechos consagrados en: El Preámbulo y el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia; el artículo 7º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta norma señala que la prueba de la costumbre mercantil nacional podrá acreditarse con decisiones de tipo judicial que sean definitivas y que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores al diferendo.

En este sentido, **la norma da un trato discriminatorio a situaciones que son jurídicamente equiparables**. En efecto, la hipótesis donde la existencia de este tipo de normas consuetudinarias se acredita por medio de decisiones

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-104 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

judiciales es **jurídicamente equiparable** a las hipótesis donde esta existencia se pretende acreditar por medio de; **(i)** decisiones arbitrales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores a la controversia: o **(ii)** de decisiones de autoridades administrativas en función jurisdiccional que sean definitivas y aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores a la controversia.

2.6.2. Test de igualdad

En este orden de ideas, y cómo lo que se alega en este cargo único de la demanda es un trato discriminatorio irrazonable en materia de acreditación de la costumbre mercantil nacional, esta censura se auxiliará en el *test integrado de igualdad*, para lo cual sustentará la tesis del caso a través de dos etapas de análisis.

En la primera **(A)**; **(i)** se establecerá el criterio de comparación, patrón de igualdad o *tertium comparationis*, es decir, se precisará si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan racional y razonablemente sujetos o situaciones de la misma naturaleza; **(ii)** se definirá si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.

En la segunda etapa de análisis **(B)**; se determinará si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política. Este examen implica una valoración de los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la norma acusada y de esta forma obtener su finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos; **(i)** el fin buscado por la medida; **(ii)** el medio empleado; y **(iii)** la relación entre el medio y el fin. Según su nivel de intensidad, este test puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Como se caracterizará *infra*⁴⁴, el grado de intensidad del test integrado viene establecido por una regla y diferentes criterios que ha determinado la Jurisprudencia Constitucional.

2.6.2.1. Patrón de comparación

Como señala la Honorable Corte Constitucional, lo primero que se tiene que verificar en este primer peldaño del *test integrado de igualdad* es si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos

⁴⁴ *Infra* 2.6.2.3.

o situaciones de la misma naturaleza. Esto implica establecer el criterio de comparación o *tertium comparationis*.

En este sentido, se advierte que, frente al objeto particular de la norma, que no es otro que la posibilidad de probar la existencia de la costumbre mercantil nacional a través de decisiones judiciales definitivas, la hipótesis donde esta se acredita por medio de este tipo de decisión jurisdiccional (Hipótesis **A**), es equiparable a las hipótesis donde esta existencia se pretende acreditar a través de; **(i)** decisiones arbitrales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores a la controversia (Hipótesis **B**); o **(ii)** de decisiones de autoridades administrativas en función jurisdiccional que sean definitivas y aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores a la controversia (Hipótesis **C**).

$$\mathbf{A = B = C}$$

2.6.2.2. Trato discriminatorio entre sujetos equiparables frente al objeto particular de la norma

En segundo lugar y en desarrollo de lo expuesto, se observa que el análisis que se propone sitúa a grupos de sujetos que son equiparables **frente al objeto particular de la norma**.

Como se mencionó *supra*, tanto la hipótesis donde se acredita la existencia de la costumbre mercantil nacional a través de decisiones judiciales definitivas, entendidas estas como decisiones proferidas por jueces de la Rama Judicial del Poder Público (**A**), es análoga a las hipótesis donde la existencia de este tipo de normas consuetudinarias se pretende acreditar a través de; **(i)** decisiones arbitrales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores a la controversia (**B**); o **(ii)** de decisiones de autoridades administrativas en función jurisdiccional que sean definitivas y aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores a la controversia (**C**).

Lo anterior, en tanto este último tipo de decisiones (**B** y **C**); **(i)** También son manifestaciones de la función jurisdiccional; **(ii)** son equivalentes a una providencia dictada por jueces de la rama judicial del poder público; y **(iii)** tienen efecto de cosa juzgada.

De otro lado, no se encuentra un argumento constitucional o convencional que justifique, para efectos probatorios, la no equivalencia entre decisiones judiciales definitivas (**A**) y decisiones definitivas del tipo de (**B**) y (**C**),

máxime cuando todos estos tipos de decisiones son especies del género decisión jurisdiccional (**D**).

$$\mathbf{D}=(\mathbf{A}+\mathbf{B}+\mathbf{C})$$

En efecto, con esta norma el Legislador desconoce que, en virtud del poder jurisdiccional que la Constitución Política le otorga tanto a los particulares⁴⁵, así sea de manera transitoria, como a algunas autoridades administrativas⁴⁶, tanto los laudos arbitrales proferidos por particulares en función jurisdiccional, como las decisiones proferidas por autoridades administrativas en función jurisdiccional, tienen la condición de decisión jurisdiccional definitiva, es decir, de cosa juzgada.⁴⁷

Por otra parte, y como se ha mencionado a lo largo de este escrito, del texto legal acusado no se desprende la posibilidad de probar la costumbre mercantil nacional con; **(i)** decisiones arbitrales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores a la controversia (**B**); **(ii)** decisiones de autoridades administrativas en función jurisdiccional que sean definitivas y aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores a la controversia (**C**).

Esta interpretación no es caprichosa. Nótese que, dentro del mismo texto del artículo 179 acusado, entre los medios de prueba para acreditar la existencia de la costumbre mercantil internacional, el Legislador es explícito al usar las expresiones “*laudo*” y “*autoridad jurisdiccional*” para referirse al tipo de

⁴⁵ Como se vio *supra*, la Constitución de 1991 autoriza expresamente en su artículo 116 que 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.

En igual dirección, la LEAJ cuando señala que “(l)os particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”, y que ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política, “(l)os particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley”.

⁴⁶ La función jurisdiccional no está únicamente radicada en la rama judicial del poder público, ya que, con fundamento en el mencionado Bloque de Constitucionalidad, esta se encuentra también atribuida a ciertas autoridades administrativas. Véase, por ejemplo, las superintendencias de sociedades, financiera y de industria y comercio, las cuales han absorbido el conocimiento de ciertas controversias mercantiles que antes eran, en principio, del resorte de la rama judicial del poder público, particularmente del juez civil de la jurisdicción ordinaria.

⁴⁷ DEVIS HECHANDIA, en su *Compendio de Derecho Procesal Civil*, define la cosa juzgada como “(...) la calidad de inmutable y definitiva que la ley le otorga a la sentencia a algunas otras providencias que sustituyen aquella, en cuanto declara la voluntad del Estado contenida en la norma legal que aplica, en el caso concreto”. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría General del Proceso, Segunda Reimpresión*, Bogotá, Edit., Temis, 2017, pág. 446.

decisión definitiva y de autoridad que sirven de sustento para probar este tipo de costumbre. A *contrario sensu*, para efectos de la prueba de la costumbre mercantil nacional, el Legislador es explícito al utilizar la expresión “*decisiones judiciales definitivas*”, y ya no las expresiones “*laudo*” o “*autoridad jurisdiccional*”, lo cual da entender que este medio de prueba, para efectos de la prueba de la costumbre mercantil nacional, únicamente se circunscribe a las decisiones definitivas proferidas por autoridades que componen la Rama Judicial del Poder Público, **más no a decisiones arbitrales definitivas o a decisiones de autoridades administrativas en función jurisdiccional que sean definitivas**. En este sentido, si hubiera sido la intención del Legislador permitir la prueba de la costumbre mercantil nacional con decisiones del tipo de **B** y **C**, este simplemente hubiera acuñado la expresión “*decisiones jurisdiccionales definitivas*” o “*laudo*”, y no circunscrito el mencionado medio de prueba a las “*decisiones judiciales definitivas*”

De esta manera, no es posible inferir, para efectos de la prueba de la costumbre mercantil nacional, valor probatorio alguno para este último tipo de decisiones (**B** y **C**), lo cual es discriminatorio si se tiene en cuenta que, en virtud de las normas superiores, **tanto las decisiones judiciales definitivas (A) como las decisiones definitivas del tipo de B y C; (i) son manifestaciones de la función jurisdiccional; y (ii) tienen efecto de cosa juzgada.**

Dicho lo anterior, se examinará la razonabilidad del mencionado trato discriminatorio.

2.6.2.3. Necesidad de aplicación de un test intermedio de igualdad

En tercer lugar, y una vez establecido el patrón de comparación, se argumentará porqué esta diferencia de trato no está constitucional o convencionalmente justificada, esto es, la situación objeto de análisis no permite en este caso concreto un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en los Textos Superiores.

Para el efecto, se pasará a determinar el nivel de intensidad con el que se debe abordar el *test integrado de igualdad*, con la finalidad de valorar los motivos y razones que explican el trato discriminatorio acusado y la finalidad que con este se busca.

En tal sentido, y por la importancia que reviste la Jurisprudencia Constitucional para determinar dicha intensidad de escrutinio, se transcribirán *in extenso* las motivaciones de la **Sentencia C-104 de 2016**.

Dijo la Corte:

«Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado en el examen de un asunto sometido a revisión, este Tribunal ha fijado una regla y varios criterios, los cuales se explicarán a continuación.

La regla consiste en reconocer que al momento de ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último “adecuado para lograr el primero, valga decir, verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero”.

Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones, por una parte, se encuentra el principio democrático, que obliga a darle un peso importante a la labor de creación del legislador, pues debe permitirse un margen considerable de valoración sobre los asuntos objeto de regulación, a partir de la búsqueda de propósitos que se ajusten a los mandatos de la Carta; y por la otra, la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas, lo que se traduce en que no toda distinción de trato involucra la existencia de un componente discriminatorio.

Por ello, la Corte ha reiterado que “la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio”, al entender que el primero puede ser obligatorio en ciertos supuestos, mientras el segundo establece diferencias sin justificación válida. El test leve busca entonces evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, medidas que no tengan un mínimo de racionalidad.

Este test ha sido aplicado en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida en cabeza de un órgano constitucional, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecia prima facie una amenaza frente al derecho sometido a controversia.

La aplicación de un test estricto, como la más significativa excepción a la regla, tiene aplicación cuando está de por medio el uso de un criterio sospechoso, a los cuales alude el artículo 13 de la Constitución, o cuando la medida recae en personas que están

en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenecen a grupos marginados o discriminados. También se ha utilizado cuando la diferenciación afecta de manera grave, prima facie, el goce de un derecho fundamental.

Este test ha sido categorizado como el más exigente, ya que busca establecer “si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo”. Este test incluye un cuarto aspecto de análisis, referente a “si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales”.

Entre los extremos del test leve y del test estricto, se ha identificado el test intermedio, que se aplica por este Tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental, cuando existe un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia económica o en aquellos casos en que la medida podría resultar “potencialmente discriminatoria” en relación con alguno de los sujetos comparados, lo que incluye el uso de las acciones afirmativas. Este test examina que el fin sea legítimo e importante, “porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver”, y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin.»⁴⁸ (Énfasis fuera del texto original)

En este orden de ideas, para justificar la inconstitucionalidad (parcial) de las expresiones acusadas, en este cargo único se optará por una intensidad intermedia del *test integrado de igualdad*, habida cuenta de que la medida: (i) Representa un trato discriminatorio irrazonable; y (ii) no promueve intereses públicos valorados por la Constitución.

2.6.2.4. Razonabilidad de la medida – Trato desigual como medida inconducente e innecesaria

Como se dijo, se utilizará la intensidad intermedia *del test integrado de igualdad* para justificar la exequibilidad condicionada del mencionado trato discriminatorio. Para lo anterior; (A) se determinará la **legitimidad** de la finalidad, que en el caso del test intermedio se refiere a que sea **conveniente** en términos constitucionales; y (B) posteriormente se analizará la

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-104 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

razonabilidad de la relación medio-fin, que corresponde a que el medio sea un instrumento **conducente y necesario** para la consecución de los fines propuestos.

A. Legitimidad de la finalidad del artículo 179 de la Ley 1564 de 2012

Como se vio *supra* 2.1., en este artículo 179 del Estatuto Procesal el Legislador autoriza el uso de diferentes medios de prueba para acreditar la existencia de la costumbre mercantil, dependiendo si esta es; **(i)** nacional, **(ii)** extranjera; o **(iii)** internacional.

De otro lado, restringe su uso, admitiendo solo los documentos y los testimonios para acreditar la costumbre nacional y adicionalmente el dictamen pericial para demostrar la costumbre extranjera e internacional. Particularmente, sobre la **costumbre mercantil nacional**, señala esta Ley que su vigencia se probará: **(i)** con el testimonio de dos (2) comerciantes inscritos en el registro mercantil que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el Código de Comercio; **(ii) con decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores al diferendo;** o **(iii)** con certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rijan.⁴⁹ (Énfasis fuera del texto original)

En este sentido, **la norma tiene por finalidad;** **(i)** reconstruir la realidad mercantil a través del conocimiento de los hechos constitutivos de una norma de origen consuetudinario; **(ii)** contribuir a la búsqueda de la verdad, la prevalencia del derecho sustancial y al mantenimiento de un orden social justo a través del conocimiento de estos hechos.⁵⁰

Estos fines son Legítimos en tanto permiten alcanzar los demás propósitos comunes fijados por la colectividad, especialmente en el tráfico mercantil.

B. Trato inconducente e innecesario de las expresiones acusadas

El trato discriminatorio no es conducente. No es posible encontrar una relación entre el trato discriminatorio acusado y la consecución de los fines mencionados *supra*.

En efecto, se contradice el Legislador cuando, en búsqueda de la verdad, la prevalencia del derecho sustancial y el mantenimiento de un orden mercantil justo, a través de la prueba de existencia de la costumbre mercantil, permite

⁴⁹ Gaceta del Congreso No. 119 del 2 de marzo de 2022, pág. 3.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

acreditar la existencia de la costumbre mercantil nacional a través decisiones judiciales **y no a través de otro tipo de decisiones definitivas que son análogas a las de este tipo, como son las decisiones arbitrales y las decisiones de autoridades administrativas en función jurisdiccional.**

Como se dijo *supra*, esta interpretación no es caprichosa. Nótese que, dentro del mismo texto del artículo 179 acusado, entre los medios de prueba de la costumbre mercantil internacional, el Legislador es explícito al usar las expresiones “*laudo*” y “*autoridad jurisdiccional*” para referirse al tipo de decisión definitiva y de autoridad que sirven de sustento para probar este tipo de costumbre. *A contrario sensu*, para efectos de la prueba de la costumbre mercantil nacional, el Legislador es explícito al utilizar la expresión “*decisiones judiciales definitivas*”, y ya no las expresiones “*laudo*” o “*autoridad jurisdiccional*”, lo cual da entender que este medio de prueba, para efectos de la prueba de la costumbre mercantil nacional, únicamente se circunscribe a las decisiones definitivas proferidas por autoridades que componen la rama judicial del poder público, **más no a decisiones arbitrales definitivas o a decisiones de autoridades administrativas en función jurisdiccional que sean definitivas.**

En este sentido, **el trato discriminatorio es innecesario.** Entre todos los medios que el Legislador tiene para alcanzar los fines mencionados **escoge el trato que más restringe** la búsqueda de la verdad dentro del proceso, la prevalencia del derecho sustancial y el mantenimiento del orden social justo, a través del conocimiento de los hechos constitutivos de la costumbre mercantil nacional. Esto, con la consecuente desconfianza de la sociedad en el proceso o los MASC como métodos racionales de solución de conflictos.

En efecto, y desconociendo también lo dispuesto en los artículos 116 de la Constitución Política de Colombia y 8° y 13 de la Ley 270 Estatutaria de Justicia (Bloque de Constitucionalidad), en cuanto a la función jurisdiccional que tienen los particulares transitoriamente y algunas autoridades administrativas, el Legislador **de un trato discriminatorio a hipótesis que perfectamente pueden contribuir a la verdad de los hechos constitutivos de la costumbre mercantil nacional, así como a alcanzar la solución definitiva de las controversias mercantiles a través de normas que se derivan de la misma practica uniforme de los agentes del mercado.**

A guisa de ejemplo, véase como perfectamente un laudo arbitral proferido por particulares, en la forma de tribunales arbitrales especializados en materia mercantil, como por ejemplo el Centro de Arbitraje y Conciliación

de la Cámara de Comercio de Bogotá, donde se asevera la existencia de una costumbre mercantil nacional, constituye prueba idónea y pertinente para acreditar, **de manera análoga a como lo haría una decisión judicial definitiva**, la existencia de este tipo de normas jurídicas de origen consuetudinario. De igual manera una decisión jurisdiccional de autoridad administrativa, como lo sería la sentencia definitiva de la Superintendencia Financiera de Colombia, al resolver una controversia contractual de su competencia, **constituye prueba idónea y pertinente para los mismos efectos**, si en esta se asevera la existencia de la costumbre mercantil nacional como fuente del derecho mercantil.

En suma, este trato discriminatorio es **inconducente e innecesario** como medio para satisfacer algún interés público valorado por la Constitución o el Derecho Convencional.

2.7. Especificidad de la censura

Por otro lado, es necesario señalar que en este escrito no se considera que el Legislador, a la hora de regular la prueba de la costumbre mercantil nacional, haya incurrido en una omisión legislativa relativa (de ahora en adelante OLR), razón por la cual no se acusa la norma bajo la metodología que la H. Corte Constitucional ha construido sobre este tipo de omisiones⁵¹, sino únicamente bajo la égida de la igualdad.

⁵¹ El control de constitucionalidad puede tener por objeto una omisión del Legislador cuando, al regular una materia, incumpla un mandato específico impuesto por el Constituyente. Sobre este particular, la Jurisprudencia Constitucional ha señalado que la demanda de inconstitucionalidad en la cual se formulen cargos por omisión legislativa relativa deberá cumplir con una carga argumentativa extra y explicar “*cómo el Congreso de la República, en el marco de la expedición de una norma específica y concreta, (i) omitió la inclusión de un ingrediente o (ii) de un grupo de sujetos que resultaban imperativos por mandato expreso de la Constitución Política*”.

Al respecto la Honorable Corte Constitucional ha precisado que el demandante, en adición a los requisitos generales de admisión, debe plantear el cargo soportando las siguientes cargas argumentativas específicas en su discurso: “(a) la existencia de una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo y que (i) excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o (ii) que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo; (b) que exista un impuesto directamente por el Constituyente al legislador que resulta omitido, por los casos excluidos o por la no inclusión del elemento o ingrediente normativo del que carece la norma (c) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente (d) que en los casos de exclusión, la falta de justificación y objetividad genere una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma”. De evidenciarse la omisión legislativa relativa en los términos señalados, la Corte ha dicho que uno de los remedios judiciales idóneos es “modular el contenido de la sentencia, al extender las consecuencias normativas que el legislador no incluyó injustificadamente”, para que se “mantenga en el ordenamiento el contenido que, en sí mismo, no resulta contrario a la Carta, pero incorporando al mismo aquel aspecto omitido, sin el cual la disposición es

En este sentido, si bien la Constitución de 1991 autorizó expresamente en su artículo 116 que los particulares y la Administración pueden ser investidos de la función de administrar justicia (*supra* 2.2, 2.3 y 2.4), lo cierto es que ninguna norma superior contiene un mandato específico que ordene al Legislador, a la hora de regular el régimen procesal en general y la prueba de la costumbre mercantil en particular, que los hechos constitutivos de este tipo de normas consuetudinarias se tengan que probar a través de decisiones jurisdiccionales.

Por otra parte, y como se mencionó (*supra* 2.5) , en virtud de los artículos 114 y 115 de la Constitución Política el Legislador goza de una amplia cláusula de configuración normativa para regular las diferentes formas procesales correspondientes a las acciones, trámites, actuaciones y demás aspectos que se consideren pertinentes para la consecución de los fines constitucionales del proceso, **incluyendo la búsqueda de la verdad procesal a través de la regulación de la actividad probatoria**, por lo que bien puede regular la actividad probatoria de la forma que más considere conveniente.

Ahora bien, lo que no puede hacer el Legislador, en virtud del principio constitucional y convencional de igualdad (Preámbulo y artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, artículo 7º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), es dar un trato desigual a situaciones que son jurídica y fácticamente equiparables, como es el caso de **A, B y C (A=B=C)**.⁵²

En este sentido, lo que se acusa específicamente es el trato discriminatorio que el Legislador otorga a situaciones que son jurídicamente equiparables.

incompatible con la Constitución". La sentencia aditiva no reemplaza al legislador en sus funciones -lo que resultaría contrario al principio de separación de poderes- sino que "cumple directamente su función de guarda de la supremacía constitucional, de la que se predica el contenido normativo omitido por el legislador". Sentencia-040 de 2021, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. La Corte reitera la mencionada Sentencia C-352 de 2017.

⁵² Como marco normativo que delimita la producción normativa del Legislador, el artículo 13 de la Constitución Política consagra el principio de igualdad, según el cual todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación alguna.

En igual dirección, el artículo 7º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales señalan que todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección por parte de esta.

2.8. Petición de fondo

Finalmente, en virtud del *principio democrático* y de *conservación del derecho*, y como solución que permite preservar al máximo posible las disposiciones emanadas del Legislador⁵³, se solicita respetuosamente a este H. Tribunal Constitucional declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de la expresión “*(c)on decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores al diferendo*” en el entendido de que, para efectos de la prueba de la costumbre mercantil nacional, las decisiones arbitrales y las decisiones de autoridades administrativas en función jurisdiccional, que sean definitivas y aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores a la controversia, tendrán el mismo valor probatorio que las decisiones judiciales definitivas de que habla este artículo.

Esta declaración, y no la declaración de inexecutable simple, se justifica en la medida que aquella es la solución que más se compadece con la efectividad y operatividad de todos los principios involucrados, incluyendo el mencionado *principio de conservación del derecho*.

En este sentido, y para efectos de la declaración de executable condicionada de las normas, el *principio de igualdad* y el *principio de conservación del derecho* **no resultan excluyentes**, por el contrario, una sola decisión, con un único condicionamiento, sobre Ley acusada, conseguiría un doble efecto de guarda constitucional; **(i)** erradicar del ordenamiento jurídico un trato discriminatorio; y **(ii)** garantizar la efectividad del principio democrático, en la mayor medida de lo posible, en tanto se conservan las disposiciones emanadas del Legislador como expresión de la voluntad popular.

Por otra parte, y como ha mencionado a lo largo de este escrito, la prueba de la costumbre mercantil nacional a través de decisiones judiciales definitivas resulta plausible como medio para reconstruir los hechos constitutivos de la costumbre mercantil nacional, lo que claramente contribuye a la búsqueda de la verdad, la prevalencia del derecho sustancial y al mantenimiento de un orden social y económico justo.

Finalmente, y como señala la Jurisprudencia Constitucional, “*(s)i la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas*

⁵³ La H. Corte Constitucional ha señalado que, a través del *principio de conservación del derecho*, “*se busca que los tribunales constitucionales interpreten las normas en el sentido de preservar al máximo posible las disposiciones emanadas del legislador, en virtud del respeto al principio democrático*”. Corte Constitucional. Sentencia C-633 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

violan la Carta pero otras se adecuan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente (...)”, razón por lo cual se solicita respetuosamente a esta Honorable Corte Constitucional condicionar la norma acusada en los términos de esta demanda.⁵⁴ (Énfasis fuera del texto original)

III. TERCERA SECCIÓN – PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA DEMANDA POR INCONSTITUCIONALIDAD

3.1. Competencia de la Corte Constitucional

La Honorable Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda por inconstitucionalidad en los términos del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, por medio del cual se le “*confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los escritos y precisos términos de este artículo*”, y, que conforme a su numeral cuarto (4to), le otorga la función de “*decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación*”.

3.2. Cosa juzgada constitucional

Se considera que no existe cosa juzgada constitucional en el presente caso.

Hasta la fecha este Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la norma acusada en los términos de esta demanda, por lo cual, respetuosamente, se solicita un pronunciamiento de fondo al respecto.

3.3. Procedimiento constitucional

El trámite que debe seguir la presente demanda es el señalado en el Decreto Ley 2067 de 1991⁵⁵ y el Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento Interno de la Corte Constitucional)⁵⁶, así como las demás normas que en lo pertinente regulen los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la H. Corte Constitucional.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁵⁵ Diario Oficial No. 40.012, del 4 de septiembre de 1991.

⁵⁶ <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Reforma%20Reglamento-19.pdf>

3.4. Principio pro actione

Se considera que la presente demanda cumple con los requisitos formales y sustanciales para su admisión y tramite, cumpliéndose, además, las cargas argumentales propias que este tipo de control constitucional abstracto exige cuando el cargo por inconstitucionalidad se estructura a partir de una infracción al principio de igualdad.

En caso de que la Honorable Corte Constitucional no considere que sea así, se solicita respetuosamente a la Magistratura Constitucional actuar en aplicación del principio *pro actione*.⁵⁷

3.5. Anexos de la demanda

Con este escrito de la demanda se acompaña, a través de mensaje de datos, copia del documento de identidad del accionante en formato pdf.

Protegida por Habeas Data

Protegida por Habeas Data

⁵⁷ Sobre este principio las Sentencias C-087 de 2019, C- 291 de 2015, C-767 de 2014 y C-1052 de 2001 entre otras.