



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

STC11746-2020

Radicación n.º 11001-02-03-000-2020-03427-00

(Aprobado en sesión virtual de dieciséis de diciembre de dos mil veinte)

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Se decide la acción de tutela instaurada por la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P. – Triple A S.A. E.S.P. - contra la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. La promotora del amparo, a través de apoderado judicial, reclamó protección constitucional de su derecho fundamental al debido proceso, que dice vulnerado por la autoridad accionada.

Solicitó, entonces, ordenar «*a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocar el auto del 30 de octubre de 2020*».

2. Son hechos relevantes para la definición del presente asunto los siguientes:

2.1. Canal Extensia S.A.U. formuló demanda de «*impugnación de decisión social de asamblea de accionistas*» en contra de la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P. – Triple A S.A. E.S.P., pretendiendo que «*se declare que la elección de miembros de la junta directiva de [la sociedad demandada], aprobada el 26 de marzo de 2019 por la asamblea general de accionistas de la compañía se realizó en contravención a lo previsto en los artículos 197 y 436 del Código de Comercio*»; asunto que la Superintendencia de Sociedades admitió a trámite.

2.2. Notificada la demandada formuló, entre otras, la excepción previa de cláusula compromisoria, tras aseverar que la misma está contenida en el artículo 72 de los estatutos sociales de Triple A, adoptados mediante Escritura Pública nº 1667 de 17 de julio de 1991.

2.3. El 16 de marzo de 2020 la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia declaró probado el referido medio exceptivo y, en consecuencia, terminó el proceso; determinación que mantuvo el 10 de junio siguiente.

2.4. El 29 de octubre de 2020, en sede de alzada, el Tribunal revocó la decisión referida a espacio, al considerar que al momento en el que se pactó la cláusula

compromisoria se hallaba vigente el artículo 194 del Código de Comercio, al margen de que el canon 118 de la Ley 1563 de 2012 lo hubiese derogado, pues según el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 «*en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes para su celebración*», de ahí que no se puede adelantar por la justicia arbitral.

2.5. Por vía de tutela se duele la quejosa, en síntesis, de la decisión referida a espacio, pues, deduce, el colegiado «*aplicó la norma errada respecto de la vigencia en el tiempo del artículo 194 del Código de Comercio y del artículo 118 de la Ley [1]53 de 1887..., y omitió cualquier referencia al artículo 40 de la misma Ley (modificado por el artículo 624 del CGP), el cual establece que las normas de carácter procesal son de aplicación inmediata; omisión que resulta inexplicable si se tiene en cuenta que los referidos artículos... son normas indudablemente procesales, pues regulan la forma mediante la cual se puede ejercer el derecho de acción ante la administración de justicia, en el evento en el que se pretenda la impugnación de decisiones de órganos sociales*».

2.6. Destacó que los efectos del pacto arbitral son meramente procesales, de ahí que sea aplicable el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012 que derogó expresamente la prohibición que contemplaba el citado canon 194, por lo que «*a la fecha existe la posibilidad de acudir a arbitraje en el caso en el que se pretenda la impugnación de un órgano social, si se ha pactado por medio de los estatutos sociales una cláusula compromisoria, como sucede en el presente*

caso, comoquiera que en el artículo 72 de los mismos se consagró una cláusula compromisoria».

2.7. Agregó que el Tribunal desconoció decisiones y conceptos de la Superintendencia, incluso, determinaciones del mismo colegiado, por medio de las cuales dan aplicación inmediata al canon 118 de la Ley 1563 de 2012, con independencia de que los estatutos se hayan constituido antes de la entrada en vigencia de dicha normatividad.

3. La Corte admitió la demanda de amparo, ordenó librar las comunicaciones de rigor y pidió rendir los informes a que alude el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

LAS RESPUESTAS DE LOS CONVOCADOS

1. La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá manifestó que la decisión censurada no luce arbitraria, pues no es contraria a la ley ni se enmarca en una vía de hecho.

2. Canal Extensia S.A.U. indicó que la solicitud de amparo no cumple con los presupuestos de procedibilidad, pues no se plantea un asunto de relevancia constitucional, sino un desacuerdo en la interpretación dada por el Tribunal frente a la vigencia en el tiempo del artículo 194 del Código de Comercio y su relación con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887; añadió que no se configura un perjuicio irremediable.

CONSIDERACIONES

1. Al tenor del artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo instituido para la protección de los derechos fundamentales, cuando sean conculcados o seriamente amenazados por la acción o la omisión ilegítima de una autoridad pública o, en determinadas hipótesis, de los particulares, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

2. Por lineamiento jurisprudencial, en tratándose de actuaciones y providencias judiciales, el resguardo se abre paso de manera excepcional y limitado a la presencia de una irrefutable vía de hecho, cuando «*el proceder ilegítimo no es dable removerlo a través de los medios ordinarios previstos en la ley*» (CSJ STC, 11 may. 2001, rad. 2001-00183-01); y por supuesto, se cumpla el requisito de la inmediatez.

No obstante, en los precisos casos en los cuales el funcionario respectivo incurra en un proceder claramente opuesto a la ley, por arbitrario o antojadizo, puede intervenir el juez de tutela con el fin de restablecer el orden jurídico si el afectado no cuenta con otro medio de protección judicial.

Al respecto, la Corte ha manifestado que:

...el Juez natural está dotado de discreta autonomía para interpretar las leyes, de modo que el amparo sólo se abre paso si ‘se detecta un error grosero o un yerro superlativo o mayúsculo que, abrupta y paladinamente cercene el ordenamiento positivo; cuando tenga lugar un ostensible e inadmisibles resquebrajamiento de la función judicial; en suma, cuando se presenta una vía de hecho, así denominada por contraponerse en forma manifiesta al sistema jurídico, es posible reclamar el amparo del derecho fundamental constitucional vulnerado o amenazado... (CSJ STC, 11 may. 2001, rad. 0183, reiterada, entre muchas otras, en STC15895-2017, 3 oct., rad. 2017-02583-00).

Así pues, se ha reconocido que cuando el Juez se aparta de la jurisprudencia, sin aportar argumentos valederos o cuando se presenta un defecto sustantivo en el proveído, entre otros, se estructura la denominada «*vía de hecho*».

3. Descendiendo al caso *sub examine* advierte la Sala que la colegiatura enjuiciada cometió un desafuero que amerita la injerencia de esta jurisdicción, conforme pasa a explicarse.

El proveído de 16 de marzo de 2020, por medio del cual la Superintendencia dio por probada la excepción de cláusula compromisoria y, en su lugar, dispuso dar continuidad al asunto por vía arbitral, fue revocado por el Tribunal luego de analizar el contenido de dicho acuerdo, con base en la siguiente consideración:

...se advierte que si bien el artículo transcrito, por sí solo no advierte la excepción o prohibición de “arbitrar la impugnación de decisiones sociales” a que se refiere el apelante, si es preciso

tener en cuenta que el instrumento público que la contiene se celebró en el año de 1991, calenda en la que se hallaba vigente el artículo 194 del Código de Comercio, a cuyo tenor: “Las acciones de impugnación previstas en este Capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria, y se tramitarán como se dispone en este mismo Código y, en su defecto, en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil...”, de lo que se infiere que al margen que tal disposición fue derogada por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, para el momento en que se pactó resultaban inaplicables las cláusulas compromisorias tratándose de procesos de impugnación de actas de asamblea y/o juntas de socios.

Con dicha conclusión se desconoció lo reglado en el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, en concordancia con el canon 38 de la Ley 153 de 1887, así como los precedentes constitucionales vigentes en punto a la aplicación de la ley en el tiempo.

La primera norma en cita derogó expresamente el artículo 194 del Código de Comercio¹ y el canon 38 de la Ley 153 de 1887, si bien establece que «*en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*», lo cierto es que seguidamente dispuso sus exclusiones, entre ellas «*las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato*».

De lo anterior deviene que, si bien la cláusula compromisoria se adoptó en los estatutos de la sociedad en vigencia del artículo 194 del Código de Comercio, este

¹ “Las acciones de impugnación previstas en este capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria, y se tramitaran como se dispone en este mismo Código y, en su defecto, en la prevista en el Código de Procedimiento Civil...”

último es una norma procesal y, por tanto, no resulta aplicable al pacto arbitral a voces del canon 38 de la Ley 153 de 1887, pues dicha normatividad, además de haber sido derogada, se trata de una prescripción adjetiva, sujeta al principio de vigencia inmediata de la ley.

El linaje procesal del artículo 194 del Código de Comercio refulge de su literalidad, pues esta norma se limita a gobernar la autoridad competente para conocer de los juicios sobre impugnación de actos de asambleas o juntas de accionistas, así como el procedimiento por el cual deben surtirse este tipo de reclamaciones; sin duda, la distribución de la jurisdicción en concreto frente a las autoridades jurisdiccionales, así como la ritualidad de los litigios, son materias que atañen al aspecto adjetivo, con independencia de que se encuentren ubicados en codificaciones sustanciales.

Ahora bien, es cierto que este canon prohibía la inclusión de estas controversias dentro de un pacto arbitral; pero esta restricción carece de la condición de sustancialidad que le atribuyó el Tribunal criticado, pues simplemente está gobernando la autoridad que puede conocer de los litigios mencionados.

Mal podría interpretarse la restricción contenida en el derogado artículo 194 del estatuto mercantil, como una norma de carácter sustancial que pueda entenderse incorporada al pacto arbitral por haber estado vigente al momento de la suscripción de tal acuerdo, pues la misma

gobierna la competencia para dirimir los conflictos originados en las impugnaciones de decisiones sociales a través de la jurisdicción ordinaria o arbitral, aspecto netamente procesal.

Es cierto que el pacto arbitral, por su fuente, tiene un contenido contractual, incorporándose a éste, entonces, las prescripciones sustanciales vigentes al momento de su perfeccionamiento; de allí que las reglas que gobiernan lo relativo a los requisitos, derechos y obligaciones de los sujetos negociales, son las que se entienden integradas al vínculo jurídico negocial, regla diametralmente opuesta en las materias procesales.

Esto debido a que, según el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el canon 624 del Código General del Proceso, *«Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir...»*.

Así las cosas, al ser el canon 194 del Estatuto Comercial una norma de carácter procesal, una vez fue derogada deja de surtir efectos de forma inmediata frente a todos los convenios celebrados, sin que puede entenderse incorporado dentro del contenido de la cláusula compromisoria.

La Corporación tiene dicho, frente a las normas procesales eliminadas por fuerza del nuevo estatuto arbitral, que:

Como consecuencia del alcance procesal que tiene la norma en cita, es claro que perdió vigencia con la expedición de la ley 1563, la cual entró a gobernar de manera inmediata la materia.

Tal es la directriz que emerge del artículo 40 de la ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, el cual prescribe que '[l]as leyes que concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir' (SC001, 15 en. 2019, rad. n.º 2016-03020-00).

En asuntos con similitud al acá auscultado, esta Sala *in extenso* encontró razonables las determinaciones que afirman lo anteriormente expuesto, consignando que:

En el precitado proceso, mediante auto del 11 de marzo del año en curso la Superintendencia de Sociedades resolvió «declarar probada la excepción previa de cláusula compromisoria», y en consecuencia, «declarar terminado el presente proceso», tras analizar el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, con énfasis en el aparte que indica que «exceptuase de esta disposición: 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato», y considerar que, «revisadas las diferentes tesis y sus correspondientes argumentos, este Despacho ha adoptado la posición según la cual es posible declarar la excepción previa de cláusula compromisoria aun cuando la misma haya surgido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012. Ciertamente, el derogado artículo 194 del Código de Comercio no se instituye como una norma de carácter sustancial que pueda interpretarse como incorporada al momento de la suscripción de la cláusula compromisoria, en tanto que la misma regulaba, en estricto sentido, la forma en la que podía reclamarse en juicio la impugnación de decisiones sociales, esto es, a través de la jurisdicción ordinaria o a través de la justicia arbitral, aspecto eminentemente procesal frente a la impugnación de decisiones sociales. La anterior postura, además, posee coherencia sistemática con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012, en la cual se establece que “las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el

momento en que deben empezar a regir”. De esta forma, el Despacho considera que, en términos generales, si una cláusula compromisoria dispone someter todas las controversias originadas con ocasión al desarrollo del contrato social a la justicia arbitral, hoy por hoy, ésta incluye las controversias originadas con ocasión de la impugnación de decisiones sociales, incluso si la misma fue suscrita con anterioridad a la vigencia la Ley 1563 de 2012».

3.3. Mediante proveído del 10 de junio siguiente, el ente de Supervisión resolvió el recurso horizontal interpuesto por las aquí interesadas, manteniendo su decisión, y concediendo el subsidiario mecanismo de alzada incoado, para lo cual consideró, previo análisis de algunas posturas existentes sobre la temática propuesta, que «el artículo 194 del Código de Comercio no se instituye en una norma de carácter sustancial que pueda interpretarse como incorporada al contrato al momento de la suscripción de la cláusula compromisoria, en tanto que la disposición legal regulaba, en estricto sentido, la forma en la que podía reclamarse en juicio la impugnación de decisiones sociales, esto es, a través de la jurisdicción ordinaria o a través de la justicia arbitral (...) [p]ara este Despacho, la intención de las partes fue supremamente clara; solucionar todas sus diferencias a través del trámite arbitral. Si hoy en día se puede definir la impugnación de decisiones sociales a través de arbitraje, pues a ello debemos estarnos. Esta posición es más fuerte aún, cuando entendemos que en el presente asunto se debe buscar determinar quién será el juez que deba definir la controversia, aspecto que no constituye un asunto sustancial, no es un tema que cree derechos ni obligaciones para las partes, sino que establece la competencia en cabeza de uno u otro juez», a lo cual agregó que por el «principio pro-arbitrii (...) al analizarse un determinado pacto arbitral, en caso de duda, el juzgador debe favorecer el arbitraje sobre la justicia ordinaria. Es decir, si no es claro que un determinado asunto se encuentre incluido en el pacto arbitral, deberá preferirse la interpretación que lo incluya», y que por el «principio Kompetenz – Kompetenz (...) la competencia de un tribunal arbitral puede y debe ser definida por el mismo tribunal».

3.4. Al desatar el recurso de alzada, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, resolvió ratificar la decisión en proveído del 30 de julio pasado, tras considerar que «por regla de principio, en aquellos casos en que los particulares acuerden, por escrito, someter las controversias derivadas de un específico negocio

*jurídico a consideración de un tribunal de arbitramento, será este órgano (de naturaleza transitoria) el llamado a resolver los litigios originados en ese vínculo contractual, **incluso**, lo atinente a la eficacia y vigencia de la cláusula compromisoria por cuya virtud el juez accidental fue facultado para administrar justicia.*

Al respecto, se ha dicho “como extensión del principio de autonomía del acuerdo arbitral, ante una controversia sobre la existencia, validez o eficacia de dicho acuerdo, es la jurisdicción arbitral la que debe decidir sobre la cuestión. Si no fuera así, bastaría con alegar vicios del acuerdo arbitral directamente, o del contrato principal en el que ésta se encontrara, para eludir el arbitraje” y que “solamente el mismo tribunal arbitral podría, durante el transcurso del trámite arbitral, reconsiderar su posición en cuanto a su competencia”.

(...)

4. Así las cosas, revisado el contenido de las determinaciones criticadas, en especial, la emitida por la Colegiatura convocada por ser la que definió la temática, advierte la Corte que lo pretendido a través de este mecanismo especial está llamado al fracaso, en razón a que lo resuelto se soportó en argumentos que, con independencia de si la Corte los comparte o no, lejos están de poder ser considerados arbitrarios o caprichosos, lo que descarta la posibilidad de intervención del juez de tutela para modificar o invalidar lo resuelto.

Ello en razón a que, en criterio del Tribunal accionado, el asunto sometido a estudio le correspondía definirlo a la justicia arbitral, por ser la legalmente autorizada para ello según lo establecido en el artículo 79 de la Ley 1563 de 2012², en reflejo del principio de «Kompetenz – Kompetenz» que rige en la materia, por virtud del cual, según ha considerado la Corte Constitucional, «el tribunal arbitral es el único competente para establecer su competencia, excluyéndose cualquier injerencia judicial en la materia. De igual manera, se observa que la lista de excepciones de incompetencia de las que pueden conocer los árbitros no es taxativa, pues el texto normativo hace alusión, entre otras, a la inexistencia,

² «El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquiera otra que tenga por objeto impedir la continuación de la actuación arbitral (...).»

nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje. Asimismo, menciona las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir el trámite arbitral. Señala también que las excepciones de incompetencia se pueden resolver como cuestión previa o en el respectivo laudo, siendo facultativo de los árbitros». (T-288 de 2013).

Así mismo, se observa que la Superintendencia de Sociedades para arribar a la decisión cuestionada, analizó el contenido del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, especialmente el evento de no incorporación al contrato de las leyes «concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato», para de ahí colegir, que al ser el artículo 194 del Código de Comercio una norma de carácter procesal, porque establecía una limitación a la competencia de la justicia arbitral para tramitar acciones como la de impugnación de acto de asamblea intentada por las aquí accionantes, no se entendía incorporado en la cláusula compromisoria, de modo que el precitado pacto debía interpretarse sin esa limitación, y por ende el conocimiento del asunto correspondía a aquella justicia, lo que justificó el decreto de la excepción previa con que así se pidió (CSJ, STC7425-2020; criterio avalado, entre otros en STC2685-2019; STC9526-2020).

Bajo esa óptica, basta observar las anteriores disquisiciones para que esta Corte concluya que el Tribunal incurrió en el defecto que se le enrostra, pues no hay lugar a entender que el contenido del artículo 194 del Código Comercio, pese a que fue derogado expresamente por el canon 118 de la Ley 1563 de 2012, pueda aplicarse al caso concreto por haber estado vigente para cuando se incorporó la cláusula compromisoria en los estatutos de la sociedad, pues dicha norma es de carácter procesal por ser el indicador de la competencia del asunto, de ahí que esté en las exclusiones del artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

4. Lo considerado impone conceder el resguardo rogado, ante la vulneración de la garantía fundamental al debido proceso de la sociedad gestora, por lo que se ordenará al Tribunal acusado que tras dejar sin efecto la determinación censurada, proceda a dictar una nueva que atienda las consideraciones precedentes.

DECISIÓN

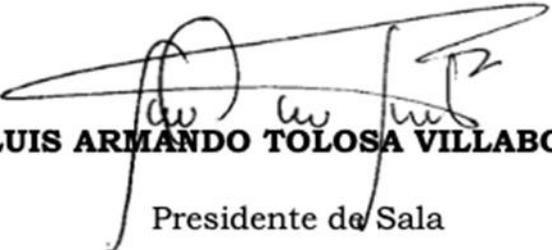
Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **concede** el resguardo al derecho al debido proceso de la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P. – Triple A S.A. E.S.P. En consecuencia, **dispone:**

Primero: Ordenar a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que, tras dejar sin efecto el proveído que profirió el 29 de octubre de 2020 en el proceso de impugnación de actas de asamblea que promovió Canal Extensia S.A.U. contra la accionante (*radicación 11001-31-99-002-2019-00288*), dentro de los diez (10) días siguientes al recibo del correspondiente expediente, emita una nueva providencia en la que resuelva el recurso de apelación propuesto por la referida actora frente al auto que dictó la Superintendencia de Sociedades, el 16 de marzo de 2020, a través del cual dio por probada la excepción de cláusula compromisoria, teniendo en cuenta las consideraciones contenidas en la parte motiva de este fallo. Por Secretaría remítasele copia de esta determinación.

Segundo: Ordenar a la Superintendencia de Sociedades, remitir de inmediato y en un término no superior a un día, el expediente objeto de la queja constitucional a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que dé cumplimiento a lo dispuesto en el ordinal anterior.

Tercero: Comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes y, en oportunidad, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no impugnarse.

La autoridad accionada informará a esta Corporación sobre el cumplimiento de la orden impartida, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento de aquel término.


LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Presidente de Sala

Ausencia Justificada

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado



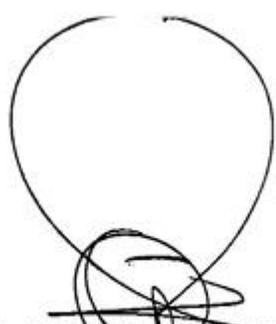
AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado



LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

MAGISTRADO



FRANCISCO TENNERA BARRIOS

Magistrado