

GACETA ARBITRAL

PROPIETARIO-EDITOR: RODRIGO BECERRA TORO, Cali, Colombia

NUMERO: 79

AÑO VII

FECHA: 1 de OCTUBRE de 2019

ASUNTO: El fundamento constitucional del deber de información de árbitros y secretarios

CARÁCTER: Los comentarios u opiniones del editor no obligan al lector porque la doctrina no es fuente formal del derecho colombiano.

Sea lo primero manifestar que el deber legal de los árbitros y secretarios de expresar la coincidencia que han tenido en los dos años anteriores con una de las partes o sus apoderados, en cualquier trámite arbitral, judicial, administrativo o profesional, así como las actuales relaciones familiares o personales con aquellos, y las actuaciones que sobrevengan en el curso del proceso, que puedan tener incidencia en la independencia o imparcialidad de los jueces arbitrales y los secretarios, se encuentra contenido en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 [Ver, GACETA ARBITRAL Nos.14 y 51]. [Ver, al respecto, la Sentencia C-305 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]. Cabe decir, al punto, que el citado artículo encuentra su *antecedente y fundamento*, en primer término, en lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.1) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), que hacen parte del bloque de constitucionalidad de nuestro país (los cuales exigen que el juez o el árbitro sea independiente e imparcial) y, en segundo lugar, en el carácter *axiológico* del deber de información (que el legislador reguló discrecionalmente, acorde con el fin último del arbitraje).

Sea lo primero indicar que el “deber de información” de árbitros y secretarios encuentra su fundamento jurídico en el *principio de legalidad*, conforme al cual, las actuaciones del ente estatal o de los particulares cuando se encargan de cumplir funciones públicas (como en el caso del arbitraje), deben estar previamente definidas y regladas por disposiciones legales, que se convierten en pilares insustituibles sobre los que se construye no sólo la estructura del régimen jurídico constitucional y democrático, sino también la garantía del debido proceso. Este principio, el de legalidad, cumple en el campo arbitral dos funciones distintas, de un lado la fijación de las reglas sustantivas y procesales que guían la actuación en este tipo de causas, y de otro establece el derecho de libertad de las partes vinculadas a este medio resolutivo de conflictos, conforme a las cuales es posible saber cuáles *conductas* suyas son compatibles o no con el ordenamiento jurídico, y las consecuencias de este orden que se predicán de comportamientos acordes a derecho o violatorios a su contenido. Es, por ello, que la Corte Constitucional indica que el principio de legalidad impide que se restrinja la libertad si no existe una disposición que así lo determine, por lo que constituye un referente ineludible a efectos de orientar las actividades de los organismos a los que se asignan funciones de control respecto a autoridades públicas (o de particulares que ejercen funciones públicas), [Ver, Sentencia C-414 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo]. Ello significa, en rigor, que el orden jurídico rechaza las decisiones subjetivas y arbitrarias, concretamente, de los agentes judiciales, a lo cual opone un régimen objetivo, igualitario y previsible, basado en normas generales [Ver, Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto], no siendo, pues, absolutamente necesario que, como ocurre en el caso del deber de información, todas las circunstancias o tipos de regulación alcancen un nivel o grado minucioso, altamente detallado, o excesivamente definido, sino que la actuación ofrezca *per se* un grado perceptible de afectación a

la luz del comportamiento ordinario, según el caso, bastando al efecto, como lo sostiene la Corte Constitucional, que exista un *parámetro* identificable (de carácter general y/o genérico) que permita interpretar que se vulnera el orden constitucional [Ver, Sentencia C- 538 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva], porque, sólo cuando ese supuesto genérico se materialice en una actuación de orden práctico podrá hablarse de una violación a los preceptos constitucionales. [Razón por la cual se entiende que el deber genérico de información constituye una situación deferente a los hechos concretos y determinados que constituyen impedimentos y recusaciones]. El motivo de información es apenas la revelación o formulación de una situación que puede llegar o no a constituir para las partes una duda razonable sobre la falta de independencia o imparcialidad del árbitro, mientras que el hecho concreto del impedimento o recusación alude a una situación particular, específica y configurada que impide ejercer el arbitraje [Ver, traducción de Claudia Cáceres a Thomas Clay, El Árbitro, Grupo Bancolombia, Editorial Ibáñez, Bogotá, págs. 58/61, citada en las Sentencia C-538/2016].

Las circunstancias determinadas en la norma citada obedecen a la naturaleza misma del arbitraje [Ver, Sentencia C-947 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado] y de la función que cumplen los árbitros y los secretarios, no tienen por qué coincidir con las causales de impedimentos y recusaciones de otras jurisdicciones, se enmarcan dentro de la libertad de configuración normativa que tiene el legislador y resultan claramente apegadas a la Carta Política, como ya quedó definido en la Sentencia mencionada. Las situaciones planteadas en el artículo 15, ya citado, no son en sí mismas meramente subjetivas, como para que por sí solas impidan que una persona ejerza como árbitro, sino que se trata de casos que superan una duda razonable y que ofrecen la posibilidad clara de una materialización (que pueda afectar los intereses de las partes en el proceso), que, adicionalmente, deben ser apreciados por los restantes árbitros (o por el juez civil del circuito en su caso) para descartar cualquiera imputación irrazonable o arbitraria. [La mera percepción de las partes, o su intuición, no son razones suficientes para que el árbitro (o secretario) sea desvinculado]. Los motivos a que alude la disposición mencionada se plantean en abstracto (bajo un enunciado genérico) porque pueden resultar de hecho tantas suposiciones probables, que no se acabaría de enlistar las situaciones o relaciones que afecten la independencia e imparcialidad de los árbitros (y secretarios). [Distinto al caso del artículo 16 de la ley 1563/2012 dedicado a la consagración exegética y limitada de los motivos de impedimento y recusación].

La razón natural indica que contraer el deber de información a causales típicas, precisas, taxativas, y de interpretación restringida, conduce a reducir, sin sentido, las posibilidades que en la práctica puedan darse como dudas o motivos serios y justificados sobre la independencia o imparcialidad del árbitro o del secretario. Es, por eso, que bajo este tópico, no debe perderse de vista que el árbitro es un particular que ocasionalmente y por excepción se convierte en servidor público judicial, lo que hace recomendable conocer las relaciones personales, profesionales, familiares o de negocios que él ha tenido con las partes, en el tiempo señalado por la ley, a efecto de darle cabal aplicación al principio de la transparencia, como quiera que juzgar exige una postura de plena buena fe y de completa lealtad con las partes. Insistimos que, si se lee con atención la disposición del artículo 15, se observa que no queda espacio para suponer un *margen* de parcialización de árbitros o secretarios, por menor que sea, y que las expresiones *genéricas* del mismo *cierran eficazmente el paso* a la toma parcializada de decisiones, por cercanía o distanciamiento con las partes, vínculos de familia, o por las relaciones de negocios que se lleven a cabo con ellas.

Así las cosas, lo relativo a la *independencia e imparcialidad* de los árbitros se verifica por tres mecanismos diferentes, pero, con igual propósito, a saber: la aplicación de las causales de impedimento y recusación del juez, los motivos que el árbitro aduzca al diligenciar el “deber de

información” y, finalmente, la decisión de las partes vinculadas al proceso (al conocer los hechos expuestos por el árbitro al presentar el citado deber), [Aunque, también puede resultar que el árbitro, al formular el deber aludido, decida abstenerse de continuar ejerciendo función jurisdiccional]. Así las cosas, de esta forma puede afirmarse que no toda situación tiene la virtualidad necesaria para que se entienda que queda cuestionada la imparcialidad o independencia del árbitro, lo que es bueno que así ocurra, para que sus actuaciones queden revestidas de seguridad jurídica. [Este triple catálogo de causales relativas a la dependencia o a la parcialidad del árbitro ha llevado al ordenamiento jurídico colombiano a prever mecanismo amplios y suficientes para dilucidar cuestiones tan delicadas. (Ver, Sentencia C-305 de 2013). Con ello se evita que los árbitros puedan ser removidos por las partes si no media una causal que objetivamente demuestre su parcialidad o carencia de independencia, lo cual debe ser evaluado por los restantes árbitros o por el juez del circuito]. En buen romance, la forma de establecer en la práctica la independencia e imparcialidad del árbitro requiere la adopción de un régimen legal de impedimentos, recusaciones e *informaciones* con relación al árbitro, de contenido diferente pero con unidad de propósito, para que quede protegido el derecho al debido proceso, la igualdad de los sujetos ante la ley, y el imperio del derecho [Ver, al respecto, entre otras, las Sentencias C-426 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-019 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía; C- 573 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C.947 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, y C-365 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa].

De suyo, la cuestión de la independencia e imparcialidad del árbitro es indispensable para que éste pueda dedicarse a hacer un análisis racional, lógico, y objetivo de la controversia que se le plantea, lo que quiere decir que sólo cuando el árbitro es independiente adquiere autonomía para decidir el conflicto, logrando así la imparcialidad en el ejercicio de los poderes públicos, pues, como sabemos, la tradición universal y reiterada del arbitraje exige la intervención de un tercero ajeno a la cuestión debatida [Ver, Sentencia C-762 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez]. Pero, del hecho que el árbitro deba reunir las calidades anotadas no se sigue que su papel se reduzca a la mera aplicación de los supuestos objetivos de la norma a un caso particular, sino que su función (transparente y racional), es eminentemente hermenéutica o interpretativa, ya que el árbitro no es un autómata ni una máquina del derecho, de lo que se sigue que en proceso de escoger y aplicar la norma al caso concreto, -lo que puede suponer un abanico de posibilidades-, su autonomía para juzgar le permite examinar distintos enunciados normativos, y no sólo eso, sino también establecer jerarquías axiológicas, ponderar su relevancia, escoger la que a su criterio subsume los hechos discutidos, y valorar las pruebas que llegan a su conocimiento [Ver, Sentencia C-084 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]. A tenor de lo dicho, es imperativo que el árbitro ejerza su función sin alterar la imparcialidad (subjetiva y objetiva), puesto que, como lo ha afirmado hace poco la Corte Constitucional, la actividad jurisdiccional debe estar protegida de toda injerencia que altere el análisis judicial, el cual está circunscrito a la confrontación entre el orden jurídico y los hechos del caso, a fin de proponer la solución basada en una interpretación razonable tanto de dichas normas como del material probatorio acreditado en el trámite [Ver, Sentencia C-538 de 5 de octubre de 2016, Exp. D-11287, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]. Para que ello pueda darse, la imparcialidad del árbitro tiene que manifestarse, según se anota, en dos sentidos diferentes, indesligables, el subjetivo (que indica que éste no haya tenido relaciones anteriores con las partes que afecten su criterio al juzgar) y el objetivo (que indica que no haya tenido un contacto previo con el caso que va a decidir), [Ver, Sentencias C-762/2009, ya citada, y T-1034/2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]. [La independencia e imparcialidad del árbitro resultaría apenas una entelequia del derecho si no se cuenta con que el ente estatal garantice e imponga a todas las ramas del poder público el deber de respetarlas y observarlas, para evitar su restricción o interferencia y la realización de prácticas o presiones indebidas que las anulen, o que restrinjan la facultad decisoria del árbitro para decidir sobre su propia competencia, o se establezcan recursos o mecanismos dirigidos a quitarle eficacia a las decisiones del árbitro, o se acepten prácticas o mecanismos que atenten contra el procedimiento arbitral, o se impongan condiciones de procedibilidad para acceder al arbitraje, entre otras perversas maquinaciones].

