

Aplicación del Precedente en la Justicia Arbitral Colombiana: Una realidad continuamente debatida.

Laura Correa Contreras, Paula Castilla Plazas y Santiago Niño¹

Pontificia Universidad Javeriana

Resumen

El constante fortalecimiento de mecanismos alternativos de solución de conflictos ha sembrado varios cuestionamientos en cuanto al control que podrá predicarse sobre los mismos. Es por esta razón que hemos decidido realizar el presente trabajo investigativo con relación al tema correspondiente a la aplicación del precedente sobre los laudos arbitrales en Colombia, pues en la sentencia del Consejo de Estado proferida 8 de febrero del año pasado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección A, se consolida la doctrina según la cual les resulta obligatorio a los árbitros a la hora de fallar tener en cuenta las decisiones tomadas por anteriores tribunales de arbitramento que resulten aplicables al contar con iguales supuestos de hecho, es así como se contempla que la figura del precedente horizontal cobra aplicación, lo que nos lleva a considerar que eventualmente el precedente vertical podría tenerla.

Palabras clave: Arbitraje, precedente vertical, precedente horizontal, recurso extraordinario de anulación.

Abstract

The constant strengthening of alternative dispute resolution mechanisms has plagued several questions regarding the control that can be predicated on them. We have decided to carry out this investigative work in relation to the subject corresponding to the application of the precedent to arbitration resolutions in Colombian law, based on the decision of the State Council of February 8 of this year, room three subsection A, consolidates the doctrine according to which arbitrators are required to fail, taking into account the decisions of previous arbitration tribunals.

We will start with an examination on the nature of the arbitration and its main characteristics, then we will evaluate the precedent and the change that this has had over the years and we will end by identifying the reasons why the application of this figure is predicable to all the bodies that exercise jurisdictional functions is a reality that has been gaining strength over time.

Key words: Arbitration, vertical precedent, horizontal precedent, extraordinary appeal for annulment.

¹ Estudiantes de VI Semestre de la facultad de ciencias jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

1. Introducción

El presente estudio pretende hacer, en primer lugar, un análisis sobre la naturaleza jurídica del arbitraje y cómo determinados elementos que tienen aplicación en la rama judicial se han extendido a esta figura partiendo de su configuración esencial en el ordenamiento colombiano como forma de administrar justicia. Específicamente busca explorar la posibilidad de que resulte obligatorio para los árbitros seguir el precedente tanto de anteriores tribunales de arbitramento como de las altas cortes de la República, razonamiento inferido por la posición que la Corte Constitucional en el ordenamiento que la obligatoriedad de sus decisiones.

En razón a lo anterior, con la finalidad de realizar un estudio contundente y concreto de la problemática planteada, partiremos con un examen sobre la naturaleza del arbitraje y sus principales características, luego evidenciaremos la naturaleza del precedente realizando un breve recuento sobre algunos cambios que ha tenido a lo largo del tiempo y finalizaremos por poner en evidencia la realidad en que se encuentra el ordenamiento jurídico colombiano en relación a las fuentes de derecho que deben ser tomadas en cuenta en toda jurisdicción .

2. Generalidades del Arbitraje

a. Noción de arbitraje

A la hora de definir esta figura es relevante considerarla desde dos puntos de vista que resultan fundamentales para entender el planteamiento debatido en el presente escrito.

Primero, desde una perspectiva legal, se consagra al arbitraje como un “mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes difieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”². Frente a ello, es preciso resaltar que esta definición gira en torno a la disponibilidad del derecho en contradicción y el carácter de mecanismo alternativo para la solución de un conflicto.

Por otro lado, la Constitución política de Colombia establece que la administración de justicia es una función pública, con la cual se pretende garantizar la eficacia del ejercicio de los derechos, las garantías y las libertades de los ciudadanos. Por lo tanto, constituye una función pública estatal de naturaleza esencial, en cuanto configura uno de los pilares fundamentales del Estado democrático social de Derecho.³

En razón a lo anterior, es preciso considerar que la definición constitucional del arbitraje se concreta primordialmente en cuatro características: i) Se rige por el principio de voluntariedad,

² (Artículo 1, ley 1563 de 2012).

³ Constitución política de Colombia, artículo 116.

ello en la medida en que la competencia de cada tribunal de arbitramento surge de un pacto arbitral celebrado entre las partes en conflicto, sin el cual sería imposible que se sujetara a este mecanismo la solución del litigio; ii) Es excepcional, característica que se deriva del hecho de que se trata de una figura *ad hoc*, que únicamente existe en virtud de la voluntariedad de las partes; iii) Es temporal, pues las funciones de los tribunales de arbitramento cesan con el fin del litigio mismo, al ser *ad hoc* no continúan existiendo una vez se ha proferido el fallo.

b. Laudo arbitral y sentencia judicial

La Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que el proceso arbitral es materialmente un proceso judicial, pues la actividad del árbitro es la de administrar justicia calificada reiteradamente como servicio público. Este fin del Estado se materializa en un laudo arbitral que resulta ser equivalente a una sentencia judicial en la medida que pone fin al proceso y desata de manera definitiva la cuestión examinada, haciendo tránsito a cosa juzgada y prestando mérito ejecutivo.⁴

Partiendo de la misma línea argumentativa, la ya mencionada sentencia del Consejo de Estado⁵, establece que son varias las razones por las cuales resultan materialmente equiparables la sentencia judicial y el laudo arbitral, (algunas de ellas traídas de la jurisprudencia constitucional): (i) tanto la justicia ordinaria como la arbitral están amparadas por la constitución y el ordenamiento jurídico en general, de lo cual se deriva que las normas que han definido la figura del laudo siempre le han otorgado iguales características y prerrogativas que aquellas predicables de las sentencias. (ii) Ambas acaban con un proceso litigioso. (iii) Deciden el asunto de modo definitivo. (iv) Su decisión resulta vinculante para las partes. (v) Dicha decisión hace tránsito a cosa juzgada.

Es más, la equiparabilidad de estas figuras no sólo se deriva de las razones expuestas, sino del hecho mismo de que las prerrogativas procesales para ejercer la función jurisdiccional de los árbitros son también equiparables a aquellas con las que cuenta un juez de la República⁶.

Así, de la equivalencia material de las figuras del laudo arbitral y la sentencia, también predicable entre las instituciones del tribunal de arbitramento y juez de la República -por la función pública que ejercen y por las prerrogativas que la ley les otorga- es que resulta plausible hacer extensivos los principios que rigen en la rama judicial a la justicia arbitral. Así, también se puede llegar a aplicar la figura del precedente, tanto vertical como horizontal, a los laudos arbitrales.

3. El Precedente

⁴ Sentencia T-048 de 2009 y Sentencia T- 430 del 2016 de la Corte Constitucional

⁵ Sección 3. Subsección A. MP: Hernán Andrade Rincón. Feb 8 2017

⁶ Juan Jacobo Calderón Villegas and Diego Eduardo López Medina, *La Constitucionalización Del Derecho Privado* (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho 2013).

El concepto de precedente es originario de un sistema jurídico con una tradición distinta a la colombiana, el *common law* propio de los países anglosajones. De acuerdo con este régimen jurídico, el precedente constituye una fuente de Derecho que surge de las decisiones tomadas por los jueces en un caso concreto. Dichas decisiones tienen un carácter vinculante casi que absoluto, el modo de fallar debe regirse de acuerdo a cómo se ha fallado en el pasado; en ello consiste el precedente: en las decisiones de autoridades judiciales como fuente directa del Derecho.

Ahora bien, el sistema de fuentes colombiano se caracteriza, en su versión originaria, por darle un trato distinto a la jurisprudencia. El artículo 230 de la Constitución política establece que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

De acuerdo a la tradición jurídica colombiana de tipo continental europeo, del derecho positivo, la fuente máxima es la ley, únicamente por debajo de la Constitución. Bajo esta tradición “se considera que el sistema jurídico, tiene la capacidad de responder a los supuestos de hecho por medio de unas reglas, , que ofrecen respuestas claras, coherentes, suficientes y universales.”⁷. Así, bajo estos lineamientos y bajo una lectura exegética del artículo 230 de la Carta, el Derecho surge de la norma escrita, la jurisprudencia tiene un carácter subsidiario en el sistema de fuentes, y la ley es capaz, por sí sola, de que los casos con iguales supuestos de hecho sean resueltos de igual manera, sin necesidad de tener él cuenta el modo en que se ha fallado en el pasado. Tal es la filosofía de la corriente jurídica a la que se ha dicho pertenece Colombia.

No obstante, independientemente de lo que la tradición jurídica del ordenamiento colombiano ortodoxo señala, en la actualidad resulta inadmisibles entender el precedente judicial o la jurisprudencia como un aspecto ajeno al sistema de fuentes del derecho; es decir, que en todo contexto, el precedente va a tener una validez y una utilidad práctica al momento de resolver los casos por parte del intérprete jurídico.

a. Orígenes y breve evolución de la figura en Colombia

La forma en la que es entendido hoy día el precedente en Colombia, encuentra su origen en otras figuras que fueron evolucionando a tal punto que llegaron configurarse como la fuente de Derecho que es en la actualidad. Un primer acercamiento a esta idea se dio con un movimiento que abanderaba Rafael Núñez, buscando una unidad de la jurisprudencia a nivel nacional en pro del centralismo⁸.

⁷ Opinión Jurídica, Universidad de Medellín. P. 68. Juan Pablo Sarmiento E. 2012. Hacia la Constitucionalización del precedente judicial en Colombia (...)

⁸ Diego López Medina, citado por Pedro Javier Barrera Varela, 'La Posición De La Jurisprudencia En El Sistema De Fuentes Del Derecho Colombiano' (2014) 9 Saber ciencia y libertad.

En 1887, el artículo 10 de la ley 153 de 1887 consagró lo que se llamó “doctrina legal más probable”, la cual consistía en tres pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre un mismo punto, que los jueces debían obedecer en caso de dudas a la hora de fallar. Posteriormente, en 1889 se modificó el referido artículo, dándosele el nombre de “doctrina legal”. Estableciéndose como una facultad, meramente optativa, en virtud de la cual el juez puede acoger el modo de interpretar.

Hubo después, diversas variaciones legales y jurisprudenciales que fueron generando una evolución en esta figura. Sin embargo, el momento en el cual algunos autores indican que empezó a existir -como tal- el precedente en Colombia, se ubica en dos orígenes: el referido al precedente de la Corte Constitucional; y el de los demás cuerpos colegiados o juzgados del país.

Podría llegar a afirmarse que el “germen” del origen del precedente constitucional se remonta a la misma Constitución Política en su artículo 243, en el cual se consagró la cosa juzgada constitucional, que es aquella que se predica de las sentencias que resuelven una acción de inconstitucionalidad contra una norma con fuerza material de ley. Según dicho artículo: “Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”⁹ (Artículo 243, Constitución Política). En desarrollo del artículo anterior, el origen del precedente constitucional se concretó en la sentencia C-104 de 1993, en la cual se pronunció la Corte sobre este punto, indicando que no es posible aplicar una norma que haya sido declarada inexecutable.¹⁰

Más adelante, la ley estatutaria de la administración de justicia (Ley 270 de 1996) consagró en su artículo 48 aquello que se entiende como precedente constitucional. Así, de las sentencias de constitucionalidad tendrán efectos *erga omnes* únicamente las partes resolutivas, mientras que las partes motivadas se consagraron sólo como un criterio auxiliar; por su parte, a las sentencias de tutela se les otorgó efectos vinculantes exclusivamente *inter partes*.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ido ampliando la interpretación que se hace del referido artículo, empezando por la sentencia C-037 de 1996, en la cual se afirmó:

Sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella.

⁹ Artículo 243, Constitución Política Colombiana

¹⁰ El Precedente Judicial En Colombia: Un Análisis Desde La Teoría Del Derecho' (2011) 41 Revista Facultad de derechos y ciencias jurídicas Pontificia universidad Bolivariana.

Posteriormente, de manera progresiva, la Corte Constitucional ha ido ampliando el ámbito de cobertura de los referidos precedentes judiciales, como ocurre con la sentencia C-539 de 2011, en la cual se afirma fehacientemente su extensión y vinculatoriedad, también, a las autoridades administrativas en las decisiones que profieran.

En lo que respecta a las sentencias que se pronuncian sobre las acciones de tutela, ha de decirse que estas en un principio no parecían tener una fuerza vinculante suficiente como para constituir un precedente. No obstante, con la Sentencia C-037 de 1996 se construyó un nuevo paradigma respecto a este punto, partiendo de la idea de proteger al principio de igualdad el cual se veía vulnerado por la inaplicación del precedente de estas providencias en casos similares.

Ahora, en este punto consideramos que es importante referirnos a la sentencia C-834 del 2001 considerada sentencia hito sobre la fuerza normativa de las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia, pues esta por vez primera modifica sus anteriores pronunciamientos y ratificó que hay una vinculatoriedad directa entre sus decisiones como órgano de cierre y los jueces inferiores funcionales de su jurisdicción ; es decir, la figura de la doctrina probable contemplada en el art 10 de la ley 153 de 1887 queda en este punto totalmente desvirtuada y se abre paso a una sujeción de los jueces a las decisiones de esta corporación.

b. Precedente horizontal y vertical

Para tener un mayor entendimiento del problema que busca analizar este artículo, consideramos pertinente aclarar dos vertientes que aparecen en el concepto de precedente: el vertical y el horizontal.

Respecto del primero, se ha dicho que es la forma típica en que aparece el precedente, la cual se da cuando el juez que debe seguir la forma en que se ha decidido se encuentra en un “ se encuentra en un peldaño inferior de la jerarquía judicial”.¹¹

Sobre el precedente en sentido horizontal, se ha indicado que surge de la obligación que tienen los jueces de fallar sujetándose, con un mínimo de razonabilidad, a la forma en que ellos mismos se han pronunciado en providencias anteriores¹².

4. Extensión del Precedente a la Justicia Arbitral

Partiendo de lo anteriormente expuesto respecto del precedente como fuente del Derecho y la justicia arbitral, en este capítulo extenderemos la referida doctrina del precedente jurisdiccional al caso concreto objeto de la presente investigación: la justicia arbitral. Para ello, expondremos un

¹¹ 'Vista De Precedente Y Jurisprudencia' (Webcache.icesi.edu.co, 2018) <<https://webcache.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1434/1831>> accessed 12 April 2018.

¹² Juan Carlos Lancheros, 'El Precedente Constitucional En Colombia Y Su Estructura Argumentativa. Síntesis De Las Experiencias De Un Sistema De Control Mixto De Constitucionalidad A La Luz De La Sentencia T-292 De 2006 De La Corte Constitucional' (Redalyc.org, 2018) <<http://www.redalyc.org/html/720/72024685006/>> accessed 12 April 2018

breve recuento acerca del reconocimiento del arbitraje como sistema que cuenta con las prerrogativas inherentes a la administración de justicia de la rama judicial; y por tanto, cómo la obligatoriedad de tener en cuenta el precedente -para dicha justicia arbitral- es una realidad cada vez más evidente en nuestro ordenamiento jurídico. Estas consideraciones pueden ser evidenciadas desde dos aristas: i) La obligatoriedad del precedente de todos los órganos de cierre sobre quienes ejerzan funciones jurisdiccionales y ii) La efectiva aplicación del precedente respecto de las decisiones proferidas por un Tribunal de arbitramento en un caso concreto, como lo es la sentencia proferida por el Consejo de Estado y las posturas a favor y en contra que podrían derivarse de este pronunciamiento.

a. Precedente de las altas cortes

Frente al aspecto de la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional¹³, la Corte Constitucional ha afirmado reiteradamente que éste se fundamenta por tres principales razones: i) el respeto al principio de la seguridad jurídica, ya que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, “sus determinaciones resultan ser fuente de Derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta”; ii) la diferencia entre *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*, ratificando la obligatoriedad no solo de la parte resolutive sino de los contenidos de la parte motiva de las sentencias, en el control abstracto de constitucionalidad como en el concreto, que son determinantes para la decisión o constituyen la *ratio decidendi* del fallo; y (iii) las características de la *ratio decidendi* y, por tanto, de la jurisprudencia como fuente de derecho.

En este orden de ideas la jurisprudencia, aunque tiene un carácter mucho más amplio y abstracto que la ley positiva, es fundamento de su fuerza vinculante para todos los jueces a la hora de fallar. Frente a esto último, inclusive la sentencia señala que se trata de una fuente de Derecho que se “integra la norma constitucional”, es decir, que según la Corte, inclusive se puede llegar a afirmar que ésta hace parte extensiva de la Constitución.

Esta corporación abre la puerta -inclusive- al control de laudos arbitrales por vía de tutela cuando estos hayan infringido la obligación de tener en cuenta el precedente judicial, pues al pronunciarse sobre las causales en las que un tribunal de arbitramento llega a incurrir en un error sustantivo -en virtud del cual es procedente la referida acción en su contra- afirmó: “El defecto sustantivo se presenta, entre otras hipótesis cuando la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática;”. Esta teoría ampliará muchísimo más el alcance de la figura en las decisiones de tribunales arbitrales, aun cuando no ha habido hasta la fecha una sentencia de la Corte Constitucional, en sede de revisión de tutela contra laudo arbitral, en la cual se haya tutelado derecho fundamental alguno vulnerado por la omisión de tener en cuenta el precedente.

¹³ Sentencia C-539 de 2011

De igual manera, acogiéndonos a la interpretación que ha dado el ya mencionado Contreras Calderón, la Sentencia C-836 de 2001 indica cómo todo el que realice una función jurisdiccional está determinado por el precedente, sea o no órgano judicial. Esto se compagina con la similitud en sentido material indicada por esta Corte¹⁴, y la idea de cómo se debe atener el tribunal de arbitramento a ciertas garantías constitucionales, las cuales en últimas estarán sujetas al valor hermenéutico expuesto en el precedente¹⁵.

Sin embargo, consideramos importante resaltar que el precedente judicial no está limitado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sino que se extiende a todas las Altas Cortes de la República. En este sentido, la Corte Constitucional, en la sentencia C-335 de 2008, refiriéndose a las decisiones de todos los órganos judiciales de cierre, reitera su carácter vinculante, y al respecto afirma:

Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundará en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares¹⁶.

Bajo esta línea argumentativa, la fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. Dicho función de unificación, únicamente ejercida por las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente, para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del Derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores.

Una reciente decisión de la Corte Constitucional, en Sentencia de Unificación, se refirió con toda claridad a la importancia de la jurisprudencia de las Altas Cortes, al pronunciarse sobre la causal de nulidad de sentencias vía acción de tutela por desconocimiento del precedente. Al respecto la Corte reiteró:

Cuando el precedente emana de los altos tribunales de justicia en el país (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza legítima,

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia C-330 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁵ Un ejemplo de esto son las sentencias: T-010/17 o la Sentencia T-018/17 que siendo pronunciamientos recientes muestran cómo la Corte sigue dando maneras de entender al debido proceso.

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-335 de 2008. Referencia: expedientes D-6943 y D-6946. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto

certeza del derecho, seguridad jurídica y debido proceso. Adicionalmente, se considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento¹⁷.

Así, en la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones, deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad.

b. Posturas frente a la aplicación del precedente en el laudo arbitral

Consideramos que el desarrollo y fuerza vinculante que estamos evidenciando en el presente escrito, se presta para posturas adversas que varían dependiendo de la percepción progresista -p no- de la intervención de las decisiones de la Corte Constitucional dentro del ordenamiento jurídico Colombiano.

En primer lugar se encuentra la posición de la sentencia del Consejo de Estado¹⁸ de la que parte el presente artículo, providencia que resolvía un recurso de anulación interpuesto por una de las partes de un proceso arbitral, la cual afirmaba que el laudo recurrido incurría en la causal novena¹⁹ de dicho recurso: haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. Según la parte recurrente, se configuraba la causal en la medida en que el laudo omitía pronunciarse respecto de “algunos extremos planteados en la litis”, al haberse utilizado la ratio decidendi de un tribunal anterior entre las mismas partes y por hechos relacionados.

No obstante, la sala falló en contra del recurrente al considerar que era errónea la premisa según la cual una decisión arbitral no era vinculante para un proceso análogo futuro, premisa de la cual aquel partía. Así, la sala prosiguió a argumentar por qué los laudos sí constituían precedentes judiciales, ello partiendo de dos grandes razones: (i) la equivalencia existente entre la sentencia y el laudo, y la consecuencia de ello según la cual (ii) los principios constitucionales que hacen obligatorio para los jueces el respeto por el precedente propio, también son principios que rigen la actividad arbitral.

Frente al primer argumento, la correspondiente explicación se realizó en la segunda parte del segundo capítulo del presente artículo. Ahora bien, el segundo argumento, que a su vez es

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 053 de 2015. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección 3. Subsección A. Feb 8 de 2017. M.P: Hernán Andrade Rincón.

¹⁹ Artículo 41 ley 1563 de 2012

consecuencia directa del primero, se concreta en los principios específicos que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional hacen del precedente una fuente de carácter vinculante para todo juez de la república. Dichos principios son: (i) la igualdad, que también tiene el carácter de derecho fundamental, (ii) la seguridad jurídica, (iii) la buena fe y confianza legítima, y (iv) la publicidad de las decisiones judiciales.

Respecto del principio de igualdad, la referida sentencia establece que las decisiones arbitrales se deben fundamentar en principios y reglas “universalizables”, es decir, normas que hayan sido siquiera tenidas en cuenta para la decisión de otros casos, pues las decisiones no pueden obedecer al capricho momentáneo de quien funge como juez. El segundo principio, la seguridad jurídica, radica en el respeto por la convicción que tienen los destinatarios del Derecho de que a casos iguales se les otorgará un trato igual, la cual es un presupuesto de la estabilidad que dichos destinatarios esperan tener de las situaciones jurídicas a lo largo del tiempo.

Por su parte, el principio de buena fe y confianza legítima, emanados del artículo 83 de la Constitución Política, consiste en aquella garantía para los mencionados destinatarios del Derecho, de que las actuaciones del Estado, en sus diferentes manifestaciones, sean contradictorias con el modo en el que éste se ha venido comportando. Así, el último principio analizado, la publicidad de los actos jurisdiccionales, envuelve la obligación de todo aquel que administre justicia por autoridad de la ley, de motivar debidamente sus decisiones. Dicha motivación debida comprende, entre otras cosas, el deber de referirse de manera explícita respecto de las decisiones anteriores en casos análogos, de modo tal que se justifique suficientemente las razones por las cuales el fallador ha decidido acoger, los criterios de dichas decisiones, o apartarse de los mismos.

En este orden de ideas, dicho principio de publicidad, que implica debida motivación de las decisiones jurisdiccionales, no amarra a quien ejerza la función judicial a fallar del mismo modo en que se ha hecho con anterioridad, pues éste bien puede apartarse de ello si hace explícita la existencia de dicho precedente y las razones por las cuales ha decidido apartarse del mismo. En este sentido, la referida sentencia del Consejo de Estado establece: “la fidelidad al precedente judicial o arbitral (...) no deriva de un deber de seguir incuestionadamente las justificaciones conceptuales de los jueces superiores o (...) del mismo juez o de un tribunal arbitral, (...)”²⁰. Más adelante afirma: “si bien lo usual debería ser que el juez o el árbitro se limite a seguir los precedentes vinculantes, excepcionalmente puede, (...), modificar el precedente -previa satisfacción de las aludidas cargas de transparencia y de argumentación-”²¹.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencias que le sirvieron de fundamento a la que acá se analiza, como ocurre, por ejemplo, con la C-252 de 2001, en la cual se afirmó que la eficacia de un sistema respetuoso de los precedentes judiciales se encuentra

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección 3. Subsección A. Feb 8 de 2017. M.P: Hernán Andrade Rincón.

²¹ *Ibidem*

en la argumentación a través de la cual quien ejerza la función jurisdiccional haga explícita la motivación a partir de la cual decidió continuar con el precedente, o cambiarlo (Corte Constitucional de Colombia, 2001), donde se resalta el poder de decisión que sobre la controversia tiene el referido fallador .

Bajo esta línea argumentativa, se puede llegar a afirmar que la doctrina surgida a partir de la mencionada sentencia del Consejo de Estado, no vulnera los principios fundantes de la figura del arbitramento: su independencia, su excepcionalidad, transitoriedad y voluntariedad. Pues no están los árbitros obligados a seguir las decisiones de tribunales anteriores frente a iguales supuestos de hecho, sino únicamente a tenerlas en cuenta, bien pudiendo apartarse de las mismas si cumplen debidamente con la transparencia y motivación de su decisión. Así, de acuerdo con esta postura, la decisión de la sala de lo contencioso administrativo únicamente busca amparar la seguridad jurídica y los demás principios mencionados sin necesidad de que por ello se vulnere a la figura del arbitramento.

En conclusión, alejándose de los argumentos planteados por el Consejo de Estado, podría llegar a afirmarse -como argumento a favor de la teoría de la sala- que en la actualidad, las prácticas jurídicas y las discusiones que éstas han generado, hacen imposible defender fehacientemente los principios básicos fundantes de un sistema jurídico de tipo continental europeo -al que pertenece Colombia-. Pues de acuerdo con los dogmas en los cuales dicha tradición se basa, la ley escrita es suficiente para que cada caso análogo sea fallado de igual manera, sin que para ello sea necesario remitirse a las decisiones anteriores de quienes imparten justicia. No obstante, el ejercicio del Derecho, las contingencias a las que se sujetan los falladores, la ambigüedad del lenguaje, las transformaciones de las realidades que el Derecho regula, hacen casi que imposible seguir considerando como cierto que la ley escrita es suficiente, por sí sola, para garantizar la seguridad jurídica, la igualdad y los demás derechos que con la vinculatoriedad del precedente se buscan proteger.

De otro lado, habiendo estudiado las posturas a favor de la incidencia del precedente en las decisiones de los Tribunales de arbitramento, nos corresponde ahora la exposición de las ideas que podrían llegar a componer la antítesis de dicha postura.

Un primer argumento, que se dirige a limitar la aplicación del precedente constitucional, habla de la pérdida progresiva de seguridad jurídica y la vulneración de la autonomía de la voluntad de las partes. Ronald Ralf Becerra indica que la constitucionalización del arbitraje internacional no permite un real desarrollo del Derecho dentro de un plano de globalización, en el cual se debería -según él- dar una mayor importancia a las expectativas jurídicas de los agentes de negocios más que a ciertas garantías constitucionales. Así, en este orden de ideas, los destinatarios del Derecho tienen unas expectativas acerca del trato que éste le otorgará a sus circunstancias, expectativas que pueden no llegar a ser cumplidas en la medida en que, por vía de la vinculatoriedad del precedente, se “entrometen” principios constitucionales, cada vez más extensos, en la materia. Así, se puede llegar a desincentivar el tráfico mercantil, pues las referidas expectativas que se tienen de la administración de justicia estarían sujetas a fuertes incertidumbres y contingencias.

Así mismo, remitiendonos a la exposición motivos de la ley 1563 de 2012²², no sólo se sigue un mismo discurso de efectividad del arbitraje en el plano global, que justifica la independencia del mecanismo frente a la rama judicial, sino que además se dice que uno de los objetivos de la ley es solucionar inconvenientes: “surgidos a partir de haberse proferido la Sentencia C-1038 de 2002 de la Corte Constitucional, toda vez que han existido diferentes interpretaciones respecto del desarrollo del trámite arbitral, las cuales han causado traumatismos en el desarrollo de los procesos arbitrales”, lo cual pone en evidencia la problemática que se deriva de seguir un pronunciamiento jurisprudencial.

También puede llegar a utilizarse el argumento que tiene como base unas de las características principales de dicho mecanismo: la temporalidad, excepcionalidad y la naturaleza *ad hoc*. Esta fue la postura que tomó el recurrente en la sentencia del Consejo de Estado de la que se habló con anterioridad. De acuerdo a este argumento, no es vinculante el llamado “precedente horizontal” que se genera de las decisiones de tribunales de arbitramento respecto de casos análogos que se fallen en el futuro por otros tribunales. Ello en la medida en que se trata de una institución cuya existencia se justifica únicamente en el caso concreto y cuyas funciones jurisdiccionales están limitadas en el tiempo, durando única y exclusivamente lo que dure la resolución del conflicto.

Así, debido a dichos principios de excepcionalidad con los que cuenta la justicia arbitral, sus decisiones son vinculantes exclusivamente *inter partes*, no pudiendo hacerse extensivas, ni de obligatoria consideración, en futuros laudos frente a iguales supuestos de hecho, pues ello sería desconocer dichas características. Bajo esta línea argumentativa, las decisiones arbitrales no generan precedente que deba ser tenido en cuenta por tribunales de arbitramento futuros.

Un último argumento en contra se podría derivar del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que como lo indican LONDOÑO y ORTIZ: “el efecto más relevante y que contiene la esencia del arbitraje es el de impedir a la jurisdicción estatal el ejercicio de su propia función, por razón de su derogatoria por la voluntad contenida en el pacto arbitral”²³. Esto permite entender que la autonomía de las partes de un proceso arbitral es el pilar de esta institución, tal como se señaló brevemente en el acápite de “noción del arbitramento” del presente artículo, y permite trazar un paralelo con la jurisdicción ordinaria, lo cual podría llegar a indicar que las decisiones dictadas en uno no tienen por qué influenciar en el otro.

De conformidad con el presente argumento, y de la mano con el anterior, se puede llegar a negar la posibilidad de que se consideren como “precedente” aquellas decisiones que tomen los tribunales de arbitramento, así como -de acuerdo a una postura más restrictiva- inclusive se puede negar la vinculatoriedad del precedente de las altas cortes para los particulares cuando

²² Gaceta No 542/11 Senado

²³ Los Laudos Arbitrales Como Sentencias Judiciales Frente A La Acción De Tutela En Colombia' [2011] Universidad ICESI. Edgar Roberto Londoño y Gustavo Ortiz.

funcionan como árbitros. Ello en la medida en que es la voluntad de las partes, manifestada a través de un pacto arbitral, la que justifica y es origen de la competencia misma de los árbitros. Así, por fuera de dicha manifestación de la voluntad, los árbitros no cuentan con poder jurisdiccional alguno aun cuando se encuentren en las listas de árbitros de las cámaras de comercio, pues el investimento de funciones jurisdiccionales surge -materialmente- con el cumplimiento del compromiso o la cláusula compromisoria: con el cumplimiento de la voluntad privada.

5. Conclusiones

Con respecto al precedente vertical sostenemos que, pese a las fuertes razones que fundamentan los argumentos que no aceptan la extensión del precedente de las altas Cortes a la jurisdicción arbitral, ésta resulta ser una realidad sobre la cual, indudablemente, las puertas se encuentran abiertas en el sistema Colombiano. Resulta claro que las razones que le sirven de fundamento a los argumentos en contra pueden ser consideradas como excesivamente formalistas y por ende, lejanas a los desarrollos jurídicos que se han vivido en Colombia desde 1991.

Así, debido a la función constitucional de unificación jurisprudencial de los tribunales de cierre, y a que -en todo caso- los árbitros deben fallar en Derecho -lo cual implica tener en consideración todo el ordenamiento jurídico-, es casi que irreversible el camino a través del cual se llegue a que, indudablemente, el precedente de las altas cortes le sea vinculante a los tribunales de arbitramento. Lo anterior ocurriría, no en razón de que se trate de un superior jerárquico, sino en virtud de la función unificadora que cumplen esos pronunciamientos, y de la fuerza que por ello adquieren la interpretación de la norma constitucional y legal que realicen las altas cortes.

Por todo lo anterior reconocemos que, hacia la extensión de la aplicabilidad del precedente a la justicia arbitral, el Consejo de Estado ha dado el primer paso. En este sentido, el simple hecho de que la presente discusión se consolide con la referida sentencia, ya da cuenta de un reconocimiento unánime del impacto de las decisiones judiciales sobre los tribunales de arbitramento, quiérase esto o no.

6. Bibliografía

6.1 Fuentes Nacionales

6.1.1 Libros

Calderón Villegas JD López Medina, La Constitucionalización Del Derecho Privado (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho 2013)

6.1.2 Artículos

'El Precedente Judicial En Colombia: Un Análisis Desde La Teoría Del Derecho' (2011)
41 Revista Facultad de derechos y ciencias jurídicas Pontificia universidad Bolivariana

Barrera Varela P, 'La Posición De La Jurisprudencia En El Sistema De Fuentes Del Derecho Colombiano' (2014) 9 Saber ciencia y libertad

Lancheros- J, 'El Precedente Constitucional En Colombia Y Su Estructura Argumentativa. Síntesis De Las Experiencias De Un Sistema De Control Mixto De Constitucionalidad A La Luz De La Sentencia T-292 De 2006 De La Corte Constitucional' (Redalyc.org, 2018) <<http://www.redalyc.org/html/720/72024685006/>> accessed 12 April 2018

Los Laudos Arbitrales Como Sentencias Judiciales Frente A La Acción De Tutela En Colombia' [2011] Universidad ICESI

Rey Vallejo P, 'La Autonomía Del Arbitraje Doméstico Desde La Perspectiva Constitucional En Colombia Y Puntuales Análisis De Derecho Comparado Latinoamericano' (2015) 34 Revista de Derecho Público

6.1.2 Legislación.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.

Ley 153 de 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

Ley 270 de 1996 Por la cual se expide el ESTATUTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

613 Jurisprudencia

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección 3. Subsección A. Feb 8 de 2017. M.P: Hernán Andrade Rincón.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-335 de 2008. Referencia: expedientes D-6943 y D-6946. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-242 de 1997

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-330 de 2000

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-048 de 2009

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T- 430 del 2016

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C.621 del 1015