

# Poderes de los árbitros vs. adopción de medidas cautelares: Un motivo de tensión en el arbitraje nacional

---

**Powers of the arbitrators against the adoption of injunction measures: A motif of tension in national arbitration**

Carlos Ernesto Quiñones Gómez\*

Universidad del Norte (Colombia)

---

\*Abogado, Universidad del Norte. Profesor de las asignaturas de Introducción al Derecho, Interpretación constitucional y Procedimiento civil en el Programa de Derecho de la Universidad del Norte. [cquinones@uninorte.edu.co](mailto:cquinones@uninorte.edu.co)

**REVISTA DE DERECHO**

Edición especial, julio de 2012

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

## Resumen

*De acuerdo con la Constitución y la ley colombiana, los árbitros pueden administrar justicia. Se discute si en ejercicio de dicha función pueden decretar cualquier tipo de medida cautelar o si tal poder es limitado. En este documento se describen y analizan las tensiones que con relación al arbitraje nacional existen en Colombia respecto al poder de los árbitros para decretar cautelas. Para ello, se analizan las disposiciones jurídicas vigentes y la doctrina imperante, así como los argumentos a favor o en contra de aceptar una u otra posición.*

**Palabras clave:** Arbitraje, arbitro, medida cautelar, proceso arbitral, poderes del árbitro.

## Abstract

*According to the Colombian Constitution and Law, arbitrators can administer justice. The discussion is set towards the possibility to impose injunction measures by arbitrators during the exercise of their functions or whether that power is limited. In this document tensions that arise in relation to national arbitration in Colombia regarding the power of arbitrators to order injunctions will be described and analyzed. In order to accomplish this several legal provisions, prevailing doctrine and also other arguments in favor or against the acceptance of arbitrators ordering will be analyzed.*

**Keywords:** Arbitration, arbitrator, injunction, power of attorney.

*Fecha de recepción:* 12 de diciembre de 2011

*Fecha de aceptación:* 2 de febrero de 2012

## 1. INTRODUCCIÓN

Dentro de los fines que se persigue con el ejercicio del derecho de acción, independientemente de la forma en que este se ejerza o el trámite dispuesto en el ordenamiento jurídico, está el de obtener rápida, cumplida, eficaz y material justicia o, por lo menos, solución a la controversia suscitada. Para alcanzar tan aquilatado propósito, sobre todo en lo que al acatamiento de una decisión jurisdiccional se refiere, especialmente si es de condena o de ejecución, se han consagrado diversos mecanismos que apuntalan a brindar seguridad a los derechos reclamados por el accionante, máxime cuando aquellos, por el paso del tiempo o la congestión a que se ven sometidas las causas jurídicas, pueden ser desconocidos o evadidos en su cumplimiento por el sujeto pasivo de la pretensión, acudiendo a maniobras de distinto orden o naturaleza. Los medios acogidos tradicionalmente por el ordenamiento jurídico para evitar la evasión en el cumplimiento de un deber jurídico pueden ir desde la adopción de mecanismos alternos para la resolución de las controversias, la reducción de los términos en que los operadores judiciales deben resolver la causa, la consagración de modelos con base en los cuales se deben adelantar los juicios hasta la consagración de medidas que conduzcan a la limitación y circulación de los bienes, cesación de actos, restricción de transacciones u operaciones e incluso anticipar la evacuación de medios probatorios cuya posterior práctica puede verse amenazada.

Es precisamente dentro de anterior derrotero que se desarrollan las llamadas por algunos “cautelares” o “proceso cautelar” por otros, denominaciones estas que, en general, se dirigen a reconocer a cargo de la jurisdicción una especial carga consistente en llevar a la práctica medidas provisionales y preventivas, ora de oficio o a petición de parte interesada, antes de iniciar un juicio o en el transcurso de este, tendientes a evitar un quebrantamiento mayor de los aparentes o ya declarados derechos que han de ser tutelados por el Estado. En últimas, dichas herramientas son formas de atenuar el paso del tiempo sobre un juicio y los efectos perniciosos que, muchas veces, aquel acarrea, por cuanto de lo que se trata es de “asegurar la eficacia práctica de futuras providencias ordinarias de sanción” (Redenti, 1957, p. 245).

Es un hecho irrefutable que los sistemas jurídicos y procesales siguen determinadas orientaciones, conforme a definidos principios que acogen como parte de su Derecho Positivo. Conforme a tales postulados incorporan estándares de conducta, así como disposiciones jurídicas que definen el marco de acción de las autoridades judiciales o de quienes ejercen jurisdicción, previendo y disponiendo a la vez lo que deben, no deben o podrían hacer.

Precisamente, acorde con esas diversas orientaciones es plausible que se incorporen distinciones en cuanto a los poderes que se asignan a quienes administran justicia, atendiendo unas veces al tipo de trámite a seguir, pero otras veces, injustificadamente, a una caracterización del sujeto o autoridad llamado a decidir la causa.

En lo atinente a los poderes que usualmente se les reconocen a quienes fungen como árbitros se materializan diferencias evidentes si se compara con el de otras autoridades jurisdiccionales. Y a pesar de que en ciertos ordenamientos jurídicos se les trata como equivalente a los jueces del Estado, ciertamente tal equivalencia no se logra llevar a todo su esplendor, debido a la inclusión de normas legales taxativas, que delimitan los poderes de los primeros.

En consonancia con lo anterior, resulta un lugar común, por lo menos en ordenamientos jurídicos como el colombiano, encontrar disposiciones legales de vieja data que materializan cierto tratamiento especial en cuanto a los poderes de los árbitros. Entre tales disposiciones se encuentran aquellas atinentes a la práctica de medidas cautelares dentro del juicio arbitral, caracterizadas por algunos por su esencial taxatividad.

Para acreditar un poco lo hasta aquí expuesto, así como la forma en que se materializa la sonada diferenciación entre árbitros y jueces comunes, lo que ha sido motivo de diversas discusiones, tomamos como referente el tratamiento jurídico que el ordenamiento jurídico colombiano incorpora en lo concerniente a las medidas cautelares dentro del proceso arbitral doméstico, aspecto este que se debate mucho no solo en el plano estrictamente académico, sino inclusive práctico, habida

cuenta que no pocas veces quienes en su condición de árbitros deben dirimir una controversia se enfrentan a peticiones diversas de cautelas a las cuales deben dar concreta solución con base en las disposiciones jurídicas que se han previsto en el derecho positivo nacional.

Con este escrito se trata de poner de presente, como se anunció, un tema que ha generado tensión desde hace varios años con relación al conocimiento y puesta en marcha de los poderes de la justicia arbitral. Se adoptará una metodología estrictamente descriptiva, aun cuando en momento se pondrán de presente ciertas opiniones. El esquema que seguiremos es relativamente sencillo: en primer lugar, hacemos una serie de comentarios explicativos concernientes a las medidas cautelares, su proyección y naturaleza (2), lo que incluirá un acercamiento a sus características (2.1.) y definición (2.2.); posteriormente, describiremos el panorama de la forma en que ha evolucionado el sistema jurídico colombiano respecto a la regulación del arbitraje nacional y el poder reconocido o negado a los árbitros para decretar cautelas (3). Finalmente, abordaremos la problemática central de este estudio, referido al alcance concreto de los árbitros para decretar medidas cautelares conforme al derecho positivo vigente (4).

## 2. MEDIDAS CAUTELARES Y RAZÓN DE SU PROYECCIÓN

Independientemente de la conciencia que ha despertado en la doctrina procesal, clásica y contemporánea, recogida en diversos sistemas de derecho positivo, el imperativo de proporcionar a todo actor o jurídicamente interesado en la suerte de un derecho subjetivo –cualquiera que este sea– una serie de herramientas tendientes a proteger las facultades reconocidas por el sistema legal y reclamadas mediante un juicio civil o de otra índole, no resulta ajeno la continua discrepancia en lo atinente a la naturaleza y alcance de dichos mecanismos, máxime cuando los mismos se expresan a través de medidas preventivas, providencias aseguráticas o sencillamente cautelas.

Frente a estas últimas, una primera manera de aproximarse se encuentra en la convicción de que estas deben ser estudiadas bajo la noción de

acción (asegurativa o cautelar), que se dirige a la emanación de una especial providencia. Así, desde una perspectiva clásica, se reconocen tres tipos de acción, entre las cuales se destaca la “acción cautelar” (Liebman, 1980, p. 119). Chiovenda (1980) también es partidario de esta tendencia; ello se evidencia cuando, dentro de lo que denomina las categorías de acciones, el profesor italiano da un tratamiento autónomo a las “acciones de seguridad, de garantía”, las cuales se caracterizan porque “tienden a la actuación de la ley por medios de previsión o de cautela” (p. 86).

Una segunda tendencia, atendiendo al fin que se persigue con las mismas, ha optado por asociar las cautelas, y más aun, el proveimiento que da lugar a las mismas, a un verdadero tipo de proceso (judicial), distinto, eso sí, de los que se conocían tradicionalmente: el de jurisdicción voluntaria y el de jurisdicción contenciosa (declarativos y ejecutivos). Al respecto Carnelutti (1944) afirma que el “proveimiento *cautelar* es, por tanto, el *tertium genus*, junto al proveimiento *jurisdiccional* y al proveimiento *satisfaciente*, y corresponde al tercer género del proceso por razón de la finalidad” (p. 387).

A diferencia del proceso jurisdiccional y del proceso ejecutivo, el proceso cautelar no conduce ni a la cosa juzgada ni a la restitución forzosa; a la cosa juzgada, porque su finalidad no consiste en darle la razón o en negársela a uno u otro de los litigantes; a la restitución forzosa, porque no tiene por finalidad remediar la lesión de una pretensión; por el contrario, mediante él se trata de crear un estado jurídico provisional, que dure hasta que se efectúe el proceso jurisdiccional o el proceso ejecutivo. En virtud del proceso cautelar, la *res* no es, pues, *iudicata*, sino arreglada de modo que pueda esperar el juicio; a este arreglo, cuyo concepto se aclara comparándolo con el vendaje de una herida, le cuadra el nombre de *medida cautelar*, la que a su vez presupone el *proveimiento cautelar*, o sea, el acto mediante el que el oficio dispone el arreglo provisional del litigio (Carnelutti, 1944, p. 387).

Destacan varios aspectos de lo anotado por Carnelutti. El primero, conforme al cual del tipo de providencia de que se trate deviene, a su vez, la naturaleza de proceso, de manera que la providencia caute-

lar asume tal naturaleza por el especial trámite o proceso en el que es adoptada. El segundo, conforme a la cual, siendo identificada la providencia cautelar como una modalidad de providencia distinta de las demás, la misma debe corresponder, entonces, al entorno de un proceso diferente del contencioso de cognición o de ejecución. El tercero, como desarrollo de los dos primeros, conlleva a que este proceso, diferente del de cognición o de ejecución, ha de recibir la denominación de proceso cautelar y, por ende, ha de ser tratado como un tipo de proceso con características propias (Redenti, 1957). Claro está que la posición en comento tiene también defensores entre la doctrina colombiana. En efecto, Quiroga Cubillos (1985) es uno de ellos, y al respecto explica que las cautelas constituyen un verdadero proceso, el cual corre de manera paralela al principal, facilitando los efectos de este, y se edifica sobre una verdadera acción como lo es la cautelar que, en todo caso, es distinta de la acción jurisdiccional o ejecutivas definitivas, y que una vez iniciada involucra realmente “una pretensión cautelar; se decide sobre ella, se otorga contra ella el derecho de contradicción y está dotada de un procedimiento que aun cuando esté invertida su secuencia no la desnaturaliza” ( p. 7).

Reflexiones dispares, sobre todo emanadas de la calificación del grado de principalidad o accesoriedad del tipo de proceso frente a la modalidad de providencia que se dicte, se encuentran en otros autores. Sostiene Calamandrei (2005) que entre los tres posibles enfoques a partir de los cuales pueden ser estudiadas las *providencias conservatorias o interinas* se destaca aquella que da prevalencia al “perfil de la providencia en sí misma (providencia cautelar), que se distingue por sus propios caracteres de todas las otras providencias jurisdiccionales”(p. 31), máxime cuando

(...) toda clasificación de las acciones que se funde en la diversa naturaleza de la providencia judicial a que tienen la acción, lo mismo que toda clasificación de los procesos que se funden en los fines que las partes se proponen alcanzar a través de las providencias a que el proceso se dirige, se resuelve en realidad en una clasificación de los varios tipos de providencias, respecto de las cuales los varios tipos de acción o de proceso no son más que un accesorio y una premisa (p. 32).

Se destaca, entonces, en línea a lo afirmado, que las medidas cautelares son simplemente la concreción de una especial providencia que recibiría la precisa nominación de providencia cautelar.

Ahora bien, como lo advertimos al principio, otro sector de la doctrina, sobre todo la nacional, al examinar la naturaleza y esencia de las cautelas conceptúa que estas mismas no pueden ser elevadas a la categoría de un proceso autónomo e independiente, habida cuenta que su categoría de accesorias e instrumentales no permite dicha asimilación. Para López Blanco (2009), la operancia de dichas medidas en aras de asegurar un fin –la sentencia– no permite darles la categoría de proceso, y menos de proceso cautelar, razón por la cual se coloca como principal partidario de ubicar la regulación legal de las mismas en la parte general del Código Procesal colombiano, como un acto de reconocimiento no solo de su importancia, sino de su naturaleza accesoria a los juicios especiales.

Estimamos que las cautelas en su desarrollo real corresponden ciertamente más a la naturaleza de una acción autónoma que a la vez de correr paralelamente con el juicio o incluso antes del mismo, no solo asegura la eficacia de la decisión final adoptada en este sino que, por otro lado, garantiza de manera real la efectividad de la jurisdicción consistente en administrar y garantizar una justicia material a los asociados y del cual, recalamos, se predica, también, la existencia y secuencia de diversos actos procesales de linaje jurisdiccional que concatenados unos con los otros tienen como objeto alcanzar el fin ya señalado.

El conocido hecho de que con las cautelas se intenta asegurar la ejecución efectiva de una decisión judicial, emanada ora en sede declarativa, ora en sede coactiva, no supone *per se* que con base en aquellas no se adelante un proceso, un trámite judicial autónomo.

Creemos que a pesar de que en el trámite cautelar no se produce una sentencia en sí misma considerada, es decir, no se dicta una decisión con relación a una pretensión y a una excepción, ello no es óbi-

ce para desestimar su especial naturaleza, máxime cuando, como puede acontecer, en su desarrollo, tal y como ocurre en todo tipo de proceso judicial, se pueden expedir providencias que emanadas de la jurisdicción constituyen la culminación de dicho trámite, incluso susceptibles de ser censuradas o impugnadas por aquellos a quienes interesa y/o afecta.

## 2.1 CARACTERÍSTICAS DE LAS CAUTELAS

Teniendo de presente las nociones anteriores, en especial aquellas que resaltan la finalidad de las cautelas, tradicionalmente se consideran como características esenciales de las mismas el ser actos de linaje jurisdiccional, ser eminentemente instrumentales y provisionales, así como ser taxativas.

Conveniente es resaltar los rasgos más destacados de las mencionadas características, en aras de perfilar cómo tales particularidades influyen en el tratamiento que la legislación colombiana les ha dado e estas en un especial tipo de proceso como lo es el arbitral.

### 2.1.1 Son ante todo actos jurisdiccionales

Las cautelas, como se ha venido indicando –y a pesar de lo manifestado por algunos–, son verdaderos actos jurisdiccionales, que se desarrollan en virtud del ejercicio de una acción, de un derecho subjetivo público, habida cuenta que a través de ellas se procura, también, la garantía y eficacia del aparato judicial. Ahora, no solo ello destaca su notable esencia jurisdiccional, sino que también esto se ratifica por el indudable hecho de que con las mismas se evita la frustración o desconocimiento de cierta facultad y, por el contrario, se asegura la ejecutabilidad de otro acto también jurisdiccional como lo es la sentencia o una decisión análoga.

Resaltando la característica en comento, así como las precauciones que han de tenerse al momento de calificar ciertas medidas como cautelares, con razón se ha expresado que

(...) el primero de los caracteres propios de las medidas cautelares es el de su jurisdiccionalidad. Aunque también suele atribuirse la denominación de medidas cautelares a las medidas de aseguramiento de la eficacia de una decisión definitiva, acordadas por un órgano administrativo, dichos actos no son medidas cautelares de naturaleza procesal, que son las que nos interesan, por la sencilla razón de que no se sitúan en el ámbito del ejercicio de la potestad jurisdiccional que se actúa a través del proceso (Gimeno & González-Cuéllar, 1996, pp. 499-500).

Tampoco debe confundirse el hecho según el cual cuando un funcionario de naturaleza administrativa asume competencia, incluso para decretar medidas cautelares, estas pierden su esencia netamente jurisdiccional. Siguen siendo actos con la anotada calidad. No puede pasarse por alto que, precisamente, a dichos funcionarios les está permitido decretar las mismas no en virtud de su función administrativa, sino en ejercicio de una actividad netamente jurisdiccional. Aquí, como en otros campos, la actividad a desarrollar o desarrollada es la que define el acto como jurisdiccional y no la ubicación del funcionario dentro del arquetipo estatal.

### **2.1.2 Su instrumentalidad**

Esta característica se encuentra estrechamente ligada a las muchas veces citadas finalidades del proceso cautelar, como lo son asegurar la eficacia y la ejecutabilidad de la decisión definitiva que habrá de adoptarse en un proceso principal. Por ello son, parafraseando a Calamandrei, “instrumento del instrumento”, al punto que ambos constituyen un binomio inseparable.

Vista de este modo la instrumentalidad de las medidas cautelares, de lo que se trata en última, es de desarrollar el argumento, no siempre valedero, de que las cautelas no tienen un fin que les sea propio, sino que se manifiestan como herramientas accesorias a una acción principal con la cual se busca la tutela definitiva al derecho reclamado.

No obstante que la doctrina mayoritaria acepta tal aserto, creo que la instrumentalidad que se predica de las medidas cautelares es hipo-

tética y teórica, habida cuenta que si bien es cierto que con estas se pretende asegurar la eficacia real de una decisión final sobre la base de que esta poseerá un determinado contenido, también lo es que la declaración de inexistencia del derecho demandado –que puede ser uno de los posibles extremos de la decisión final– o que dicha decisión final sea inhibitoria –aun cuando lo ideal es que no sea así–, ello no conlleva a estimar dicha situación “como declaración retrospectiva de la inexistencia de una de las condiciones de la acción cautelar y, por tanto, como revelación de ilegitimidad de la medida cautelar ya concedida y actuada” (Calamandrei, 2005, p. 83).

Es por esto último también que no compartimos la posición de López Blanco (2009) cuando afirma de manera categórica que las cautelas “por sí mismas no tienen razón de ser” (p. 1074)<sup>1</sup>; doctrinante este que, valga resaltar, llega a considerar como elemento de la esencia de la cautela la inexistencia de un fin propio.

### **2.1.3 Son provisionales**

Este atributo hace alusión a la existencia limitada que tienen las medidas cautelares, la cual se encuentra justificada, para muchos, en la vigencia del proceso principal al que acceden y del cual son instrumento. Finalizado el proceso, las medidas cautelares también se extinguirían, sin que ello suponga que siempre debe acontecer en sentido contrario, habida consideración que también pueden haber casos en los cuales las medidas cautelares dejen de tener eficacia, sin que con ello se produzca la terminación del proceso principal o en razón de la finalización del mismo.

Es prudente no incurrir en el yerro de creer que con el término “provisionalidad” se está haciendo referencia, también, a la temporalidad como elemento definitorio de las medidas cautelares. Como afirma Calamandrei (2005):

---

<sup>1</sup> En similar sentido se pronuncia Hernando Morales Molina (1991, p.150 y ss.) en su obra *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General*.

Es conveniente no pasar adelante sin advertir que el concepto de provisoriedad (y lo mismo el que coincide con el de interinidad) es un poco diverso, y más restringido, que el de temporalidad. Temporal es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada: provisorio es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio. En este sentido, provisorio equivale a interino, ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo intermedio que precede al evento separado (p. 36).

La resolución principal dictada en el juicio cuya eficacia busca garantizar las medidas cautelares es el acto que determina la vigencia misma de estas. Así, si aquella es desfavorable al accionante y peticionario de la medida cautelar, estas deberían extinguirse. Y si es favorable, las mismas transforman su identidad, convirtiéndose ya en medidas ejecutivas de la sentencia por el poder vinculante que de ella emana.

#### **2.1.4 Su taxatividad**

Las disposiciones jurídicas presentes en un sistema de derecho pueden tener las más diversas cualidades, lo que de hecho permite la configuración de diversas y no siempre pacíficas distinciones. Metodológicamente hablando, se han descrito una serie de criterios para justificar no solo tales diferencias, sino también para elaborar un mapa conceptual sobre la forma en que el operador jurídico debe hacer ciertas operaciones, en los planos de la interpretación y aplicación de reglas jurídicas. Así, por ejemplo, usualmente se distinguen las reglas jurídicas dispositivas de las reglas jurídicas taxativas, afirmando respecto de estas últimas que su naturaleza es esencialmente restrictiva, lo que permite concluir que lo que ellas disponen debe ser así, respecto de lo cual no caben acuerdos o tratamientos que evadan la consecuencia concreta prevista para el supuesto fáctico en ellas indicado. Síguese de ello el que tales reglas, a su vez, se utilizan en forma limitada, es decir que no cualquier interpretación de las mismas vale, sino solo aquella que respete su esencia y naturaleza restrictiva.

Las normas taxativas (llamadas también normas *congenti* o *ius cogens*) son –a tenor de la doctrina corriente– aquellas que mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes, de manera que no es lícito derogarlas, ni absoluta, ni relativamente, en vista al fin determinado que las partes propongan alcanzar; porque la obtención de este fin está cabalmente disciplinado por la norma misma. Se suele citar, a este propósito, la máxima: *ius publicum privatorum pactis mutari nequit*. En cambio, las dispositivas (*ius dispositivum*) son aquellas que sólo valen cuando existe voluntad diversa de las partes, manifestada legalmente (Del Vecchio, 1942, p. 94).

El legislador usualmente se vale de este tipo de disposiciones jurídicas, las restrictivas, para indicar las medidas cautelares procedentes en determinado juicio o situación. Por ello, se ha sostenido que las medidas cautelares se caracterizan por ser de naturaleza taxativa. Así las cosas, se entiende que son única y exclusivamente medidas cautelares las que como tales prevea anticipadamente la ley, las que como tales sean tipificadas –en cuanto a su procedibilidad– por esta importante pero no única fuente formal de derecho. Y si bien puede suceder que la regla de linaje legal no establezca de manera precisa la denominación de cada una o faculte al juez para decretar en determinado juicio las que “estime pertinentes”, al parecer con ello no se socava la anotada particularidad.

Esta es, valga indicarlo, la posición mayoritaria, y lo reconocemos, empero, vemos con celo el segundo de los supuestos citados, máxime cuando bajo la cláusula que faculta al juez para decretar las medidas que “estime pertinentes”, la taxatividad –entendida como tipificación previa en la ley– cede no poco ante la discrecionalidad judicial, la cual implica, incluso, la posibilidad de que el juez decrete medidas no solo no previstas en la ley, sino reforzadas, en aras de eficacia, con un procedimiento que ha de ser lo suficientemente expedito, en aras de asegurar el fin perseguido por las mismas.

### **2.1.5 Otras características**

No puede pasarse por alto que, igual como acontece con las mencionadas características, hay otras notas distintivas de las medidas cautelares, tales como:

- ***Su mutabilidad.*** Las medidas cautelares son susceptibles de cambio, entendiendo por tal toda modificación en su estado a partir del momento en que las mismas fueron decretadas por el juez o autoridad competente. Las cautelares, en la mayoría de las legislaciones, dentro de las cuales se encuentra la colombiana, pueden ser objeto de modificación, sustitución, reducción o ampliación, con lo cual se demuestra que su original constitución no es inmutable hasta el momento de su extinción plena, ora por causas naturales, ora por cuanto surgen nuevos datos o hechos que conllevan a la imperiosa necesidad de su modificación o revocatoria.
- ***Su urgencia.*** Con lo que se recalca el trámite sumarísimo del que deben ser objeto las medidas cautelares, sin que esto dé a entender que son las únicas actuaciones procesales de las cuales deba predicarse tal noción. No obstante, el fin que une a las medidas cautelares con la necesidad de su existencia hace reflexionar que las mismas deben ser revestidas de un mecanismo que apuntale su rapidez en la práctica, por cuanto, no se olvide, de su real ejecución depende la suerte, muchas veces, del derecho reclamado en el juicio iniciado o próximo a iniciar.
- ***Usualmente son tomadas sin oír a la parte contraria.*** Lo que implica que en la medida en que quien solicita la cautela cumpla con una serie de requisitos previstos en el mismo ordenamiento jurídico, bastaría ello para ordenar su práctica, sin que sea necesario enterar al sujeto contra el cual se ejecutarían las mismas. Al parecer con este elemento se busca precisamente lograr la eficacia de la cautela, pues, como ya se dijo, su propósito es asegurar un estado de cosas, lo que de seguro no se lograría si se advierte sobre su práctica.

## 2.2 UNA DEFINICIÓN

Como bien se puede verificar en la doctrina o en las legislaciones modernas, son disímiles las expresiones con las que usualmente se denomina e identifica el concepto objeto de este escrito. No obstante dicha multiplicidad, es pacífico el punto consistente en aceptar que las

medidas cautelares resultan, en últimas, ser un tipo especial de acto jurisdiccional que, asumiendo la naturaleza de providencia y siendo proferida de oficio o a petición de parte interesada,

(...) puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas o bienes que pueden resultar afectados por la demora en las decisiones que se tomen dentro del juicio, siempre con carácter provisional y tendientes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez y, especialmente, de la sentencia una vez ejecutoriada (López Blanco, 1997, p. 1023).

Debe tenerse presente que cuando haya lugar a discernir sobre la medida cautelar no puede pasarse por alto su inconmesurable naturaleza jurisdiccional y el hecho de que con la misma lo que se busca es garantizar un estado de cosas que permita realmente obtener el debido cumplimiento de un deber jurídico y, por ende, el pleno ejercicio de un derecho subjetivo.

### 3. LAS CAUTELAS DENTRO DEL PROCESO ARBITRAL DOMÉSTICO EN COLOMBIA

#### 3.1 ANOTACIONES PREVIAS

Tradicionalmente se ha sostenido que los árbitros poseen jurisdicción pero carecen de *imperium* (Herrera Mercado, 2007, p. 665). Tal ausencia (de *imperium*) apuntala a la vez la idea de que el árbitro no puede llevar a cabo o ejecutar las medidas coercitivas que le permitan garantizar el cumplimiento de sus decisiones, y en ese sentido, tal fuerza coercitiva o coactiva debe ser ejercida (o desarrollada) por otro funcionario estatal. Conforme a esto, no resultaría, bajo aquella perspectiva, procedente, o por lo menos aceptable, en tratándose de la justicia arbitral, la potestad en cabeza del árbitro para decretar y llevar a la práctica medidas cautelares. Claro que es inocultable la existencia de posiciones teóricas y jurisprudenciales, tanto nacionales como foráneas, que apuntan a que tal limitación carece de todo sentido<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Caivano (2000, pp. 235 y 236). Al respecto este autor afirma lo siguiente: "Una interpretación

En el caso colombiano resulta importante considerar que la compatibilidad de la potestad para decretar medidas cautelares por parte de los árbitros debe ser estudiada frente a las fuentes formales de donde emergen sus poderes, fuentes estas que, como lo destaca la doctrina, serían la legislación vigente aplicable y, en ciertas circunstancias, los reglamentos de arbitraje (Gamboa Morales, 2005, p. 592).

De tal manera que asumir una posición teórica con relación a los poderes de los árbitros descartando la regulación que el derecho positivo ha previsto para tal asunto resulta, desde el punto de vista jurídico, por razones obvias, abiertamente inviable.

### 3.2 ANTECEDENTES MEDIATOS DE LAS REGLAS DE ARBITRAJE NACIONAL Y EL PODER DE LOS ÁRBITROS PARA DECRETAR CAUTELAS

Bien se sabe que el arbitraje en el derecho colombiano no fue incorporado a partir de 1991, aunque sea acertado sostener que, en virtud de la promulgación de la Constitución en tal año, el asunto cobró una especial referencia supralegal.

Antes de la Constitución de 1991, por lo menos en lo que al arbitraje doméstico se refiere, el ordenamiento jurídico colombiano había sido nutrido con distintas disposiciones legales que lo reglamentaban. Así, con la Ley 105 de 1890 se dispuso la regulación del “juicio por arbitramento”, como aquel por el cual los “arbitradores” podrían conocer de aquellas “controversias que ocurran entre personas capaces de transigir”, decidiendo las mismas a través de una sentencia cuya fuerza era equivalente a la de cualquier juez. No consagró la mencionada Ley

---

(a nuestro juicio desacertada) de lo que debe entenderse por imperium ha motivado conclusiones erradas: de la falta de imperium de los árbitros se ha inferido que no pueden dictar medidas cautelares. El apoyo normativo que se invoca es el art. 753 del Cód. Procesal nacional (idéntico al art. 791 del Cód. de Buenos Aires) que bajo el título “medidas de ejecución” dispone: “Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”. Creemos, por el contrario, que la falta de imperium no impide a los árbitros el ejercicio de esta atribución y que la norma citada no representa un obstáculo para esta interpretación”. En similar sentido puede verse a Gedwillo (2011, pp. 46 a 48).

una sola disposición específicamente referida a la posibilidad de que “arbitradores” pudiesen decretar medidas cautelares, por lo que se podía inferir que la habilitación que se les daba a los mismos no se extendía hasta el decreto de las mismas.

Posteriormente, mediante la Ley 105 de 1931 se adoptó un nuevo “código judicial”. En el título XLVII de dicho estatuto se consignaron las reglas atinentes al “Arbitramento”, las cuales fueron muy similares a las dispuestas en la Ley 105 de 1890. Tampoco en este nuevo código de 1931 se incorporó una regla clara y precisa atinente al poder de los arbitradores para decretar medidas cautelares durante el trámite arbitral; por ende, la conclusión que se imponía era la misma, esto es, que la habilitación para resolver controversias no se extendían a la potestad para decretar y practicar cautelares.

También la Ley 2 de 1938, por medio de la cual “se da validez a la cláusula compromisoria”, se refirió al arbitraje. Consagró esta Ley siete artículos, a través de los cuales, entre otros aspectos, se define qué se entiende por “cláusula compromisoria” y se dispuso que las “Las sentencias arbitrales se ejecutarían desde que queden notificadas y son inapelables”. Sin embargo, esta normativa no hizo referencia alguna al poder de los árbitros para ordenar medidas cautelares.

Con el Decreto-Ley 1400 de 1970 se adoptó el Código de Procedimiento Civil, que empezó a regir a partir de 1971 en nuestro medio. En este Código se reguló el proceso arbitral (art. 633 a 677), y en el numeral 11 de su artículo 671 se dispuso la prohibición explícita de que los árbitros pudieran decretar o practicar medidas cautelares.

Por el Decreto-Ley 410 de 1971 se expidió en Colombia un nuevo Estatuto Mercantil, dejándose de lado el anterior régimen normativo contenido en el Código de Comercio Terrestre y el Código de Comercio Marítimo, adoptados ambos por la Ley 57 de 1887. Este nuevo código incorporó una regulación más precisa y detallada del proceso arbitral en comparación con las regulaciones que lo precedieron, y como se hizo en el Decreto - Ley 1400 de 1970, se incorporó una disposición

por la cual expresamente el legislador se refirió a la posibilidad o no de decretar medidas cautelares los árbitros, indicando en forma clara y explícita que en este tipo de juicios el Tribunal no podía decretar tales medidas (art. 2019 - 10). La prohibición entonces apareció en forma enfática, con carácter general y sin excepción alguna, al margen de la naturaleza de la pretensión sometida a los árbitros y al hecho, incluso, de que las partes hubiesen acordado algo distinto.

Así las cosas, la prohibición consagrada en el artículos 671 del CPC y en el 2019 del Código de Comercio no ofrecía mayor discusión. En tales disposiciones expresamente se dispuso que el poder de los árbitros no se extendía al decreto de medidas coercitivas o de ejecución. Por ello, hasta la expedición del Decreto 2279 de 1989, la doctrina mayoritaria, así como la legislación, asociaba el poder para practicar medidas cautelares exclusivamente a los jueces del Estado, con jurisdicción permanente. Y los árbitros, al no tener tal condición, por lo menos en lo que a la permanencia se tratase, estaban proscritos de potestad para la ejecución de sus propias decisiones a través del uso de la fuerza institucionalizada o incluso de la adopción de medidas para evitar hacer nugatorio lo que luego en el laudo final se decidiese.

El Decreto 2279 de 1989 reorientó un poco la cuestión atinente a la regulación de la potestad de los árbitros para practicar medidas cautelares. Su artículo 32 estableció que en los juicios arbitrales “a petición de parte” procedían medidas cautelares, las cuales, en todo caso, se limitarían: (i) a la inscripción del proceso “en cuanto a los bienes sujetos de registro” y (ii) al secuestro de los bienes muebles. Agregó el mismo artículo que en lo atinente al momento procesal en que tales medidas podían ser decretadas, ello era viable una vez el tribunal asumiera competencia o posteriormente “en el curso del proceso”.

Se colige de lo anterior que el artículo 32 aludido, en forma por demás expresa, hizo referencia a dos tipos de cautelas que se abrirían paso en el proceso arbitral colombiano, consagrando con esta fórmula, por vía especial, y siguiendo la Ley Modelo de Uncitral (Cámara de Comercio de Bogotá, 1977, p. 42) una regulación un tanto distinta de la

prohibición que por vía general había recogido el artículo 2019, numeral décimo, del Código de Comercio (Decreto-Ley 410 de 1971).

Claro está que paralelamente a esta disposición (art. 32) estaban vigentes otras relacionadas con las cautelas, no presentes, eso sí, en el Decreto 2279 de 1989, ni tampoco asociadas en forma directa y concreta con el proceso arbitral. Estas “otras” disposiciones por vía genérica aparecían, y siguen estando, en el articulado del Código de Procedimiento Civil (Decreto Ley 1400 de 1970). De esta manera, el sistema jurídico contenía unas disposiciones generales en el CPC y otras particulares referidas al proceso arbitral.

El Decreto 1818 de 1998, por el cual se expidió el “Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos” y se compilaron las disposiciones legales atinentes al arbitraje, incorporó el artículo 32 del Decreto 2272 de 1989 y la Ley 23 de 1991 (art. 110), con relación a la posibilidad de que los árbitros pudiesen practicar medidas cautelares en el proceso arbitral. La regulación fue semejante a la precisada en tales normativas, de manera que las condiciones y cautelas citadas en tales disposiciones se repitieron en el artículo 152 del Decreto 1818.

Varias son las condiciones entonces que a primera vista se observan en la disposición transcrita. La primera, ya indicada en el artículo 32 del Decreto 2279 de 1989, referida al momento procesal en el cual se pueden decretar las medidas cautelares en el proceso arbitral, aparece repetida en el Decreto 1818, artículo 152. En efecto, conforme a la citada disposición, la oportunidad para que se decreten las cautelas que proceden en el juicio arbitral es posterior a aquella en la cual el Tribunal asume su propia competencia, la que incluso puede ser parcial; ello quiere decir que si bien es cierto que la petición de medida cautelar se puede formular en cualquier momento del proceso, incluso desde la misma demanda, también lo es que el Tribunal solo podría referirse a ella (negándola o decretándola) una vez asuma competencia, lo cual solo acontece, conforme a la estructura vigente del proceso arbitral, en la primera audiencia de trámite. La segunda, de acuerdo con la regla mencionada, es que son dos las medidas cautelares que en el proceso

arbitral pueden decretarse a petición de parte, en la medida en que “la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho real principal sobre bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes”. Es esta una condición cuyos contornos no siempre resultan claros de definir. Y a pesar de lo amplio que pudiera parecer el poder del árbitro para decretar medidas cautelares en aquellas situaciones en las que “la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho real principal sobre bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes”, el estatuto arbitral colombiano de manera precisa indica cuáles son las dos medidas que son viables. En primer lugar, establece como medida cautelar procedente la que denomina “inscripción del proceso en cuanto a los bienes sujetos a registro”, para lo cual habrá de oficiarse al registrador correspondiente informando sobre el objeto del proceso, el nombre de las partes y aquellos datos que permitan identificar los bienes respectivos. En segundo lugar, se autoriza la posibilidad de que se decrete el secuestro de bienes muebles, bajo la condición de que el interesado preste caución para garantizar los perjuicios que puedan causarse con su práctica.

Realmente resulta de suma importancia en este tipo de diligencias tener presente hasta qué punto llegan los poderes de los árbitros durante su ejecución de frente, hay que decirlo, a los diversos actos procesales (con marcado gen sustancial) que pueden presentarse por terceros ajenos al litigio arbitral. En particular, nos referimos a si la habilitación que proviene de las partes entronizadas en la controversia que da origen a la instalación del tribunal y sobre la cual recae, *stricto sensu*, la competencia de los árbitros, se extiende, por ejemplo, para resolver una oposición presentada por un tercero durante una diligencia de secuestro o para definir un incidente de desembargo incoado por un tercero, quien estima que los bienes sobre los cuales recae la medida de secuestro no corresponden a aquellos que deben ser objeto de la misma. ¿Podrán los árbitros sin rubor alguno resolver tales peticiones de sujetos ajenos al juicio arbitral, a pesar de no estar habilitados por estos terceros en virtud de un pacto arbitral?

#### 4. ¿PUEDEN SER DECRETADAS POR LOS ÁRBITROS EN UN ARBITRAJE NACIONAL OTRAS MEDIDAS CAUTELARES DIFERENTES DE LAS INDICADAS EN EL ARTÍCULO 152 DEL DECRETO 1818 DE 1998?

La respuesta al anterior interrogante es precisamente lo que siempre ha sido objeto de controversia, a partir de la vigencia del Decreto 2279 de 1989. Claro que las conclusiones a las que se arribe para justificar la solución no pueden perder de vista que el ordenamiento jurídico colombiano ha venido progresando con relación al poder reconocido a los árbitros para decretar medidas cautelares en el proceso arbitral. En una primera etapa, dicho poder no aparecía en las disposiciones que regulaban la materia; en una segunda fase, la prohibición para que los árbitros pudieran practicar cautelas aparecía explícita; y en lo que podemos denominar la tercera etapa, se ha verificado la inclusión de disposiciones jurídicas que habilitan a los árbitros a decretar y practicar medidas del tipo ya indicado, pero acudiendo a una redacción tal que ha originado diferentes interpretaciones.

En lo que respecta a la tercera etapa, desde hace muchos años, y en lo que al arbitraje doméstico corresponde, la discusión teórica viene moviéndose en torno al alcance de las disposiciones jurídicas que se refieren a la posibilidad de que los árbitros practiquen medidas cautelares y si las mismas son enunciativas o taxativas. La discusión sobre tal aspecto realmente envuelve una de mayor transcendencia, cual es el reconocimiento o no a los árbitros de los mismos poderes con los que cuenta un juez del Estado.

Teóricamente, dos son las posiciones con relación a la respuesta que puede dársele al interrogante arriba esbozado y que ha incidido en la práctica arbitral en Colombia, pues usualmente los árbitros a quienes se les pide el decreto de una medida cautelar deben definir cuál de las dos posiciones asumen.

La primera tesis plantea que el artículo 32 del Decreto 2279 de 1989 (art. 152 del Decreto 1818 de 1998) es una disposición jurídica eminentemente enunciativa, lo que conduce a concluir que las medidas cautelares que

aparecen citadas en la misma no son las únicas que pueden decretarse por los árbitros en el proceso arbitral.

La segunda posición precisa que tal disposición es taxativa y, por ende, las únicas medidas que proceden en el juicio arbitral, independientemente de la causa, son las que se indicaron en la citada disposición jurídica.

Como se observa, tales tesis, si bien no son diametralmente opuestas, sí pueden en determinado momento conducir a consecuencias diferentes. En efecto, ambas posiciones reconocen, y de allí un rasgo en común, que las medidas que cita el artículo 32 del Decreto 2279 de 1989 (art. 152 del Decreto 1818 de 1998) resultan viables en el juicio arbitral, de manera que no es en este punto en el cual radica la verdadera discusión; la cuestión radica en que mientras el primer planteamiento define que las medidas previstas en la norma citada no son las únicas que los árbitros pueden decretar en el proceso arbitral, la segunda explicación asume y concluye que sí lo son, o lo que es lo mismo: los árbitros no pueden decretar de oficio o a petición de parte medidas cautelares diferentes de las indicadas en dicha disposición jurídica.

Bejarano Guzmán viene considerando desde hace varios lustros que el planteamiento que debe aceptarse, por ser correcto, es el que rescata la naturaleza dispositiva o enunciativa del artículo 32 del Decreto 2279 de 1989 (hoy 152 del Decreto 1818 de 1998). Para justificar esto, con apoyo de la decisión adoptada en un proceso arbitral<sup>3</sup> que cursó en Colombia, prohija que: (i) la expresión “podrán decretarse medidas cautelares” consignada en la disposición “es una norma general y absoluta, que consagra la admisión de tales medidas en todo proceso arbitral”; (ii) que la intención del legislador no fue limitar a los casos consagrados en la norma aludida las medidas cautelares que son susceptibles de decretar en el juicio arbitral; (iii) que la palabra “cuando” utilizada en

---

<sup>3</sup> Tribunal de Arbitramento de Inversora Ulloza Ltda. contra Inversionista Fresno S.A. y Cía. S en C. Providencia del 28 de febrero de 1994. Citada en Bejarano Guzmán (1998, pp. 384 y 385).

el artículo 32 citado no debe ser interpretada de manera que se arribe a la idea conforme a la cual lo que el legislador pretendió fue excluir del juicio arbitral otras medidas, sino, por el contrario, que a lo que quiso referirse el legislador fue a unos casos específicos sin excluir otros. En conclusión, el artículo 32 del Decreto 2279 de 1989 (art. 152 del Decreto 1818 de 1998) solo menciona algunas medidas cautelares que proceden en los procesos arbitrales, lo que conduce a que los árbitros sí están habilitados por el legislador mismo para decretar otras medidas distintas de las recogidas en la plurimencionada norma jurídica.

Claro que Bejarano Guzmán no es el único que sostiene lo anterior. Gabriel Hernández Villarreal (2007) defiende una tesis similar, agregando otros argumentos. En efecto, luego de hacer un repaso de las disposiciones que sobre la materia se encuentran vigentes (en el Decreto 1818 de 1998) concluye que el artículo 32 del Decreto 2279 de 1989 (art. 152 del Decreto 1818 de 1998) no es de naturaleza taxativa; tesis a la que arriba “apoyado en el diseño procesal de este tipo de asuntos y a la luz de los pronunciamientos constitucionales y de la integración de normas que hay que aplicar debido al bloque de constitucionalidad” (p. 196). A lo que agrega que

(...) si la facultad con que cuentan los árbitros para decretar medidas cautelares se restringiera a los dos precisos casos del artículo 32 del Decreto 2279 de 1989, se menoscabarían principios constitucionales como el de la eficacia de la tutela jurisdiccional efectiva, al que se ha referido la Corte Constitucional, no de manera directa sino al hablar de la “eficacia y eficiencia de la administración pública en general (...) [y] (...) también del principio de efectividad de los derechos y garantías (p. 196).

De tal manera que, de acuerdo con la anterior doctrina, debido a una interpretación garantista que del artículo 152 debe hacerse, acorde con los más elevados principios constitucionales, se debe concluir que (i) la potestad de los árbitros al momento de decretar medidas cautelares es la misma que la de cualquier juez de la república y (ii) que las medidas que se pueden decretar en el juicio arbitral no se restringen exclusivamente a las indicadas en la plurimencionada norma jurídica.

Por otro lado, algunos expertos, cuyos aportes al derecho arbitral en Colombia no se pueden pasar por alto, consideran que la mentada disposición debe ser interpretada en forma prudente, máxime cuando “cualquier medida cautelar es restrictiva de la libertad de las personas o de la libre circulación de los bienes, y ello permite afirmar que las cautelas son taxativas, no solo en cuanto a las que el juez puede decretar, sino también en cuanto a los procesos en que ello es posible” (Benetti Salgar, 2009, p. 323). A lo que debe agregarse, según el mismo profesor Benetti (2009), que

(...) si el legislador hubiera deseado dotar al árbitro de facultades para adoptar cualquier medida cautelar, le habría bastado con derogar el numeral 9 del artículo 2019 del Código de Comercio en que existía prohibición expresa en el arbitraje, sin necesidad de dictar la norma que se comenta; o simplemente decir que en esta cuestión se aplicaría el Código de Procedimiento Civil, como lo hizo en la ley arbitral respecto de otros temas (por ejemplo, respecto a las causales de impedimentos y recusaciones o en el recurso de revisión), en el supuesto de que en nuestro derecho la cautela fuera la regla general en cualquier proceso (p. 323).

Fluye de esta explicación que las únicas medidas cautelares que pueden ser decretadas por los árbitros son las indicadas en la disposición del artículo 32 del Decreto 2279 de 1989 (art. 152 del Decreto 1818 de 1998) si se configuran las condiciones descritas en tal norma jurídica.

La práctica arbitral ha venido dando cuenta sistemáticamente de la aceptación de esta última tesis. La mayoría de pronunciamientos que sobre el particular profieren los tribunales de arbitramento, por lo menos en Barranquilla (Colombia), permiten considerar que la tendencia ha sido la de concebir que los poderes de los árbitros en materia de medidas cautelares se limitan a la posibilidad de decretar la práctica de aquellas que taxativamente indica el artículo 152 del Decreto 1818 de 1998, atendiendo a la naturaleza de esta disposición legal y al hecho de que el arbitraje es un proceso especial que se rige en este aspecto por disposiciones jurídicas excepcionales.

No se descarta, sin embargo, que es posible que ante una futura reforma del Estatuto Arbitral, la discusión vigente al momento de redactar este documento sea superada. De hecho, la reforma que se haga al respecto y la nueva redacción de una disposición jurídica que defina hasta dónde llegan los poderes de los árbitros en materia de medidas cautelares en un juicio arbitral doméstico será la prueba de que la discusión y las divergencias sobre este punto tenían una razón de ser.

Sin embargo, y hasta que la reforma no se haga, creemos que considerar que el artículo 152 del Decreto 1818 de 1998 hoy por hoy establece una facultad condicionada a los árbitros es un hecho innegable, máxime cuando tal disposición se caracteriza por referirse específicamente a un especial tipo de proceso, el arbitral, y a unas específicas medidas que los árbitros, dentro de tan especial trámite, pueden decretar y ordenar.

Téngase como argumentos adicionales a los ya citados el que acudir a una interpretación extensiva de disposiciones como la mentada, bajo el supuesto que de esta manera se garantiza la efectividad de ciertos derechos sagrados, contribuye también a que bajo tal excusa las jurídicas taxativas pierdan su razón de existir; a lo que se agrega el desconocimiento de la libertad y legitimidad del legislador para incorporar por vía excepcional la improcedencia de ciertos actos en determinados procesos o precisar cuáles sí son viables, atendiendo, claro está, a la potestad regulativa que le es propia de acuerdo con la Constitución. Y, valdría agregar, el que no sea absurdo concebir la posibilidad de que los árbitros puedan adelantar ejecuciones, habida cuenta que el artículo 116 no excluye tal circunstancia, tampoco es argumento suficiente para con base en el mismo justificar que si no les está vedada constitucionalmente tal poder (coactivo), tampoco les puede estar minada la potestad para decretar cautelas.

Es que es un hecho que la Corte Constitucional colombiana por medio de sentencia de constitucionalidad del 28 de septiembre de 1995 (C-431) se pronunció sobre la constitucionalidad de los artículos 32 del Decreto 2279 de 1989 y 110 de la Ley 23 de 1991, los cuales a la postre fueron declarados exequibles, pero de tal providencia no se puede

inferir un aval de la Corte para interpretar extensivamente el artículo citado. Y claro, si bien es cierto que en la mencionada Sentencia C-431 de 1995 se trae a colación lo indicado por la misma Corte en Sentencia C-294 de 1995, también lo es que tal referencia no constituyó un fundamento directo e inescindible de la decisión final. Además, la Corte dejó en claro, con base en la Sentencia C-294 mencionada, que la posibilidad de que los árbitros conozcan de controversias nacidas con ocasión de obligaciones claras, expresas y exigibles no está excluida constitucionalmente, no es menos cierto que corresponde al legislador, en virtud de lo prescrito en el artículo 29 superior, definir las formas procesales que deben respetarse para que la justicia arbitral conozca de juicios de naturaleza ejecutiva, de los cuales, en todo caso, estarían excluidos los propios de la jurisdicción coactiva.

Entonces, para quienes asumen que el poder de los árbitros para decretar medidas cautelares diferentes de las mencionadas en el artículo 152 del Decreto 1818 de 1998 se puede inferir también por vía de la interpretación de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre los cuales se encuentran los plasmados en las sentencias C-294 y C-431 de 1995, habrá que aclarar que tal forma de razonar resulta imprecisa, porque lo que en forma precisa deja en claro la honorable Corte Constitucional en la mentada Sentencia C-431 es que la regulación del proceso arbitral, por mandato constitucional, está en manos del legislador, de manera que es a este a quien “le corresponde determinar: a) los asuntos y la forma en que los particulares pueden administrar justicia en la condición de árbitros; b) los límites y términos en que los árbitros están habilitados para administrar justicia, y c) sus funciones y facultades, que son las mismas que tienen los jueces ordinarios”, de lo cual fluye, por tanto, que dada la facultad constitucional en cabeza del legislador para limitar el ámbito de competencia de los árbitros y definir las características del juicio arbitral, este optó de manera decidida por indicar cuáles son las únicas medidas que proceden en este tipo de proceso.

Y se insiste en que no es ajustado ni viable considerar que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-431 de 1995, hiciera referencia alguna

a que el artículo 32 del Decreto 2279 de 1989 fuera una disposición legal enunciativa. Lo que sí resaltó la Corte, se insiste, es que la facultad de configuración que le brinda la Constitución al legislador para regular el proceso arbitral se concreta en las disposiciones legales que rigen formalmente este especial tipo de procesos, por medio de las cuales incluso puede establecer “los límites y términos en que los árbitros están habilitados para administrar justicia”.

Así las cosas, la forma en que ha evolucionado el ordenamiento jurídico colombiano en cuanto a la regulación del proceso arbitral permite concluir que el poder que se les reconoce a los árbitros en un juicio arbitral nacional para decretar medidas cautelares está ciertamente limitado por obra del propio legislador, quien incluyendo una disposición especial, referida solo al proceso arbitral, los habilitó para decretar dos especiales medidas si y solo si se dan las condiciones descritas en el artículo 32 del Decreto 2279 de 1989, hoy artículo 152 del Decreto 1818 de 1998. Por ello, de quererse ampliar tales poderes, no basta hacer uso de una interpretación extensiva de la mentada disposición, sino de una decidida reforma legislativa a través de la cual se amplíen tales poderes, para de una vez por todas superar una controversia que solo genera sentimientos de inseguridad en quienes acuden ante la justicia arbitral a obtener una solución rápida a sus controversias.

## REFERENCIAS

- Bejarano Guzmán, R. (1986). Informe sobre la Ponencia del Arbitramento Civil y Mercantil en Colombia. *Revista del Instituto de Colombiano de Derecho Procesal*, 1(5). Bogotá.
- Bejarano Guzmán, R. (1998). *Los Procesos Declarativos*. Bogotá: Temis.
- Benetti Salgar, J. (2009). *El Arbitraje en el derecho colombiano*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Calamandrei, P. (2005). *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Lima (Perú): ARA Editores.
- Caivano, R. (2000). *Arbitraje* (2ª ed. actualizada y ampliada). Buenos Aires.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal*, t. I. Buenos Aires: Uteha Argentina.

- Chiovenda, J. (1980). *Principios de Derecho Procesal Civil*, t. I. México: Cárdenas Editor.
- Del Vecchio, G. (1942). *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch.
- Fairen Guillén, V. (1996). El Proceso Cautelar en la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (C.B.). En *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Bogotá.
- Fábrega, J. (1996). *Medidas Cautelares*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Gamboa Morales, N. (2005). Arbitraje y medidas cautelares. En *El contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis.
- García Sarmiento, E. & García Olaya, J. M. (2005). *Medidas Cautelares. Introducción a su estudio* (2ª ed.). Bogotá: Temis y Ediciones Jurídicas Radar.
- Gedwillo, I. N. (2011). *Cuestiones Modernas de Arbitraje. Un análisis doméstico e internacional*. Buenos Aires: Legis Argentina.
- Gimeno Sendra, V. & González-Cuéllar Serrano (1996). Las Medidas Cautelares en Materia Comercial. En *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Bogotá.
- Hernández Villarreal, G. (2007). Medidas cautelares en los procesos arbitrales. ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas? En *Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Herrera Mercado, H. (2007). El arbitraje en el derecho privado. En *Los contratos en el Derecho Privado*. Bogotá: Universidad del Rosario y Legis.
- López Blanco, H. F. (1997). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, t. I. Parte General. Bogotá: Dupré.
- López Blanco, H. F. (2009). *Procedimiento Civil*, t. I. (10ª ed.). Bogotá: Dupré.
- Liebman, E. T. (1980). *Manual de Derecho Procesal Civil*. (Traducción de Santiago Sentis Melendo). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Morales Molina, H. (1991). *Curso de Derecho Procesal Civil*. Parte General (11ª ed.). Bogotá: ABC.
- Quiroga Cubillos, J. (1985). *Procesos y Medidas Cautelares*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Redenti, E. (1957). *Derecho Procesal Civil*, t. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Cámara de Comercio de Bogotá (1997). *El Arbitraje. La Alternativa Actual*. Bogotá: Cámara de Comercio.

## **Leyes y normas**

Constitución Política de Colombia.

Decreto-Ley 1400 de 1970. Código de Procedimiento Civil colombiano.

Decreto-Ley 410 de 1971. Código de Comercio colombiano.

Decreto 2279 de 1989.

Decreto 1818 de 1998.

Ley 105 de 1890.

Ley 105 de 1931.

Ley 2 de 1938.

Ley 23 de 1991.

Sentencia C-431 de 1995 de la Corte Constitucional colombiana. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C- 294 de 1995 de la Corte Constitucional colombiana. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía.