



Revista Estudios Socio-Jurídicos
ISSN: 0124-0579
editorial@urosario.edu.co
Universidad del Rosario
Colombia

Hernández Villarreal, Gabriel

Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas?

Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 9, núm. 1, enero-junio, 2007, pp. 183-204

Universidad del Rosario

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73390108>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

 redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas?



Gabriel Hernández Villarreal

Recibido: 03 de agosto de 2006

Aprobado: 02 de febrero de 2007

RESUMEN

Cada vez adquieren mayor fuerza los denominados métodos alternativos de solución de conflictos. Dentro de estos el arbitraje ocupa un papel preponderante.

Por ese motivo, lo atinente a las medidas cautelares que pueden decretar los árbitros se erige en un tema de particular interés para quienes intervienen en un proceso de esta naturaleza, y de ahí que este artículo se ocupe de presentar el fundamento de las cautelas; cuál es su régimen legal; qué tratamiento tienen según se trate de arbitraje nacional o internacional y, finalmente, a qué conclusiones se puede llegar en torno a este asunto, tratando de probar —como es apenas obvio— la tesis central del autor, conforme a la cual en el ordenamiento jurídico colombiano las aludidas medidas tienen una consagración meramente enunciativa y no taxativa.

Palabras clave: medidas cautelares, arbitraje, naturaleza jurídica, taxatividad, enunciación, innominadas, proceso, efectos.



* Abogado egresado de la Universidad del Rosario, especializado en derecho procesal en la misma universidad, conjuuez de la Sala Civil del tribunal Superior de Bogotá; conciliador extrajudicial en derecho, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y director de la especialización en derecho procesal de la Universidad del Rosario. Profesor en pregrado y posgrado. Correo electrónico: ghernand@urosario.edu.co. Bogotá, Colombia.

Cautions measures in the arbitral process: mandatory or optional?

ABSTRACT

Alternative methods, so-called, continue to take on greater strength in dispute resolution. They have taken on a preponderant role in the area of arbitration.

For this reason, the possibility that cautious measures could be decreed by arbitrators is a matter of particular interest. This article concerns itself with presenting the fundamentals of such cautions; what is the legal regime; what treatment must follow if international and national arbitrations. Finally, it looks at the conclusions that may be drawn in this matter, seeking to test the central thesis of the author, namely that they conform to the Colombian juridical order. These means are merely stated and not required.

Key words: cautious measures, arbitration, natural justice, enunciation, requisite, process, effects, unnamed.

INTRODUCCIÓN

Asaz conocido es el postulado conforme con el cual las medidas cautelares tienen por objeto proteger un derecho o una determinada situación jurídica,¹ no obstante que para el momento en que se soliciten sólo exista una apariencia o verosimilitud respecto de uno u otra.² Pese a ello, y en lo que concierne a los procesos arbitrales, su viabilidad es relativamente reciente como quiera que los artículos 2019 del Código de Comercio y 671, numeral 11, del Código de Procedimiento Civil de manera expresa prohibían un pronunciamiento sobre el particular, por lo que la práctica de las mismas sólo es posible a raíz de la expedición del Decreto 2279 de 1989, que en su artículo 32 (hoy artículo 152 del Decreto 1818 de 1998) estableció esa opción.

En efecto y al tenor de lo reglado en la última de las citadas normas, tratándose de asuntos que se ventilan por la vía del proceso arbitral, es factible que a petición de cualquiera de las partes se decreten como medidas cautelares, la de la “inscripción del proceso en cuanto a los



¹ García Sarmiento, Eduardo, *Medidas cautelares, introducción a su estudio*, 2^a ed., Temis, Ediciones Jurídicas Radar, Bogotá, 2005, p. 10.

² Es el denominado *Fumus boni iuris* o, “humo de buen derecho” de que habla Ramiro J. Podetti en su obra *Tratado de las medidas cautelares*.

bienes sujetos a registro”, así como el “secuestro de bienes muebles”; siempre y cuando en ambos supuestos “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 universidad de bienes”. En otras palabras, en principio a los árbitros les es permitido pronunciarse sobre las mismas dos cautelas que el artículo 690 numeral 1º, literales a) y b) del Código de Procedimiento Civil contemplan como susceptibles de ser decretadas cuando de procesos ordinarios se trata.

Con todo, el aspecto que suscita debate y del que se ocupa precisamente este escrito, es el inherente a determinar si las aludidas medidas son taxativas o, por el contrario, tienen una connotación tan solo enunciativa. Al respecto, la tesis que aquí se defiende es la de que, habida cuenta que el arbitraje está estructurado como un proceso judicial, a quienes se les inviste de la facultad de administrar justicia se les habilita también para que se pronuncien sobre cautelas diversas a las ya mencionadas, acatando, como es apenas obvio, las directrices que sobre esa materia y en cada caso concreto establecen las normas legales.

Por consiguiente, para el planteamiento y defensa de la aludida tesis se procederá de la siguiente manera: en primer lugar expondré —en términos muy generales— cuáles son las posiciones que se han discutido alrededor del tema de la naturaleza jurídica del arbitraje; en segundo término recordaré los fundamentos de las medidas cautelares, para pasar luego a comentar su regulación en los procesos arbitrales, tanto nacionales como internacionales, y para finalizar consignaré las conclusiones que en mi concepto surgen después de haber efectuado el anterior análisis.

En consecuencia, este texto es de carácter conceptual y descriptivo en lo que atañe a la naturaleza jurídica del arbitraje y a los fundamentos de las medidas cautelares; y analítico en lo relacionado con los aspectos que se derivan de su regulación e implementación en el orden nacional.

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

Intensa ha sido la querella jurídico-académica que frente a este asunto³ ha tenido lugar entre quienes, de un lado, defienden la

³ Para los interesados en profundizar acerca de este tema les sugiero que consulten el libro colectivo que sobre *El contrato de arbitraje* editaron la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio

visión contractualista del arbitraje y en consecuencia sostienen que en esta materia “el derecho procesal es accesorio con relación al derecho de las obligaciones y del contrato en general”;⁴ y, del otro, aquellos que con un enfoque distinto arguyen que “median razones suficientes para fundamentar la naturaleza jurisdiccional”⁵ del proceso arbitral.⁶

Para los primeros, cuando afirman que el arbitraje es un contrato, lo que en realidad buscan es resaltar el hecho de que aquél, el arbitraje:

no es, por encima de todas las cosas, o exclusivamente, un proceso o procedimiento (por lo que), no solamente las normas jurídicas procesales o procedimentales, aquellas del Decreto 1818 del 7 de septiembre de 1998 y del Código de Procedimiento Civil, lo regulan. El régimen jurídico del arbitraje también se halla en las normas jurídicas sustantivas del Código Civil y del Código de Comercio.⁷

Desde esa perspectiva y como lo evidencia el tratadista Palacio, los autores que le asignan al arbitraje una naturaleza contractual generalmente lo encuadran “en la figura del mandato”;⁸ mientras que sus contradictores estiman, en abierta discrepancia, que “a la luz del mandato no puede equipararse la labor y función de los árbitros, por cuanto el contenido del laudo no ejecuta instrucciones de las partes; tampoco hay punto de comparación con la prestación de servicios, pues en este no se tienen los poderes y facultades con las que se dota al árbitro para que adelante y concluya el proceso.”⁹

Es más, de tal intensidad ha sido la controversia suscitada entre algunos autores que pugnan por la tesis contractualista del arbi-

Mayor de Nuestra Señora del Rosario y la empresa Legis Editores S.A., Bogotá, 2005, que tuvo como director y coordinador académico a los doctores Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Serrano, respectivamente, y en el que participaron prestigiosos profesores como Christian Larroumet, Charles Jarrosson, Eduardo Zuleta Jaramillo, Ramiro Bejarano Guzmán, Alejandro Venegas Franco y Hernán Fabio López Blanco, entre muchos otros.

⁴ Silva Romero, Eduardo, *Reflexiones sobre el contrato de arbitraje — Algunas confusiones conceptuales en derecho colombiano*, publicado en Estudios de derecho civil — *obligaciones y contratos* —Libro homenaje a Fernando Hinegroza, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2003, pp. 284 y s.s.

⁵ Palacio Lino, Enrique, *Derecho procesal civil, Procesos arbitrales y universales*, t.IX, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1988, pp.26 y s.s.

⁶ Bejarano Guzmán, Ramiro, *Procesos declarativos*, 3^a ed., Temis, Bogotá, 2005, Proceso arbitral, p.431.

⁷ Silva Romero, Eduardo, “Introducción”, en *El contrato de arbitraje*, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Legis, Bogotá, 2005, XVI y XVII.

⁸ Palacio, Lino Enrique, *op. cit.*, pp. 26-30.

⁹ Bejarano Guzmán, Ramiro, *op. cit.*, p. 431.

traje, como es el caso del destacado jurista Silva Romero,¹⁰ y quienes, como sucede con el ilustre profesor Ramiro Bejarano, le atribuyen una naturaleza jurisdiccional con contenido netamente procesal, que, a juicio de este último, aquél:

sostiene cosas tan disparatadas como la de que el arbitraje no es un proceso, que las normas que lo regulan no son de orden público, que el árbitro no es juez, y que los fallos de la Corte Constitucional que declaran la constitucionalidad condicionada de una norma, como el C-037 de 1996, proferido respecto del artículo 13 de la Ley 270 de 1996, son simples criterios auxiliares de interpretación, desconociendo la cosa juzgada de tales decisiones consagradas en el artículo 243 de la Carta Política, lo previsto en el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, y además multitud de decisiones de nuestro más alto tribunal constitucional.¹¹

En torno a este punto la jurisprudencia nacional ya tomó decidido partido por atribuirle al arbitraje un carácter eminentemente procesal, y es así como en sentencia C-1038 de 2002, que contó con ponencia del doctor Eduardo Montealegre Lynett, la Corte Constitucional afirmó que “el arbitramento es un verdadero procedimiento judicial —en sentido material— y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan estas actuaciones (...) Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial (...)"

De manera análoga y en consonancia con esta misma visión, ya la Corte Suprema de Justicia había dicho que “un tribunal de arbitramento, sin duda alguna, profiere primordialmente actos jurisdiccionales (...)", y por eso:

la naturaleza jurisdiccional del papel de los árbitros se plasma en que aun cuando puedan ser escogidos por los contendores, no obran en nombre de éstos, no ostentan propiamente su representación, sino que pronuncian sus decisiones como sujetos independientes de la voluntad de unos u otros.

Por tanto, el otorgamiento de poderes jurisdiccionales a los terceros designados como árbitros, si bien se origina en un negocio jurídico privado (el compromiso o la cláusula compromisoria), emana de la ley. Y ello es así porque el derecho objetivo vincula a dicho acto no sólo efectos jurídicos privados (entre las partes) sino también efectos jurídicos públicos (entre el Estado y los árbitros) que se concretan en la atribución de funciones jurisdiccionales a estos últimos.¹²



¹⁰ Silva Romero, Eduardo, artículo intitulado “El sistema de arbitraje”, publicado en la revista *Foro del Jurista* de la Cámara de Comercio de Medellín, abril de 2002.

¹¹ Bejarano Guzmán, Ramiro, ponencia sobre las “Falacias del arbitraje nacional y sugerencias para su reforma”, publicada en el libro - memorias del XXIII Congreso Colombiano de Derecho procesal, organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2002, pp. 69 y 70.

¹² Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 42 del 21 de marzo de 1991, magistrado ponente Pedro Trujillo Escobar.

Sin embargo, resulta pertinente recordar que no siempre ha sido así, pues, como en todo proceso deben existir unos requisitos subjetivos, objetivos y de actividad, en determinado momento de nuestra historia jurídica se consideró que en relación con los requisitos subjetivos, en concreto respecto del carácter jurisdiccional de las cautelas, los árbitros no podían decretarlas¹³ debido a que el arbitraje era visto como un método alternativo de solución de conflictos, exclusivamente, y de ahí que “todo lo relacionado con el orden público y todo aquello que le corresponde de manera exclusiva e indelegable a la rama jurisdiccional, constituye materia vedada para la actividad de los árbitros.”¹⁴

En igual sentido, la más alta autorizada doctrina foránea también se identificaba con estas restricciones, al decir que “quizá por haber intuido que las medidas cautelares hacen relación, más que a la tutela de los derechos subjetivos, a la policía del proceso, la jurisprudencia se ha manifestado reacia a admitir que se le pueda conferir a los árbitros por los compromitentes el poder de conceder secuestros durante el juicio arbitral.”¹⁵ En este campo se hacía énfasis en que “La adopción de medidas cautelares sólo corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado. Es comúnmente admitido que los árbitros no pueden acordar medidas cautelares, ni siquiera cuando las partes les han conferido esta función. Ello es debido a la similitud entre la medida cautelar y la ejecutiva, excluida de la jurisdicción arbitral por entrañar necesariamente la medida cautelar el ejercicio de una potestad de que carecen los árbitros.”¹⁶

Al parecer, en el fondo de estas apreciaciones latía subyacente la idea de que no siempre que a los particulares se les otorgaba la facultad de dirimir un conflicto se estaba en presencia de un proce-



¹³ “Si las partes no tienen la potestad de embargar, tampoco se la pueden dar a los árbitros, por virtud del compromiso arbitral, porque nadie da lo que no tiene. El Estado ha tolerado expresamente que los arbitradores diriman contienda jurídica de los particulares, o que éstos deleguen en ellos la facultad de solución, pero dicha generosidad o tolerancia no puede entenderse más allá de lo expreso”. Laudo proferido por un tribunal de arbitramento integrado por los doctores Darío Echandía, Antonio Rocha y Ricardo Hinestrosa Daza, citado por el tratadista Quiroga Cubillos en el libro *Procesos y medidas cautelares*, y tomado a su vez del profesor Emilio J. Duque Echeverri.

¹⁴ Duque Echeverri, Emilio J., *Del arbitramento mercantil*, Bedout, Medellín, 1974, p. 117, citado por Quiroga Cubillos, Héctor Enrique, en su obra *Procesos y medidas cautelares*, 2^a edición, 1991, Okey Impresores, p. 42.

¹⁵ Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, traducción de Sentís Melendo, Bibliografía Argentina, Santiago, Buenos Aires, 1945, p. 141.

¹⁶ Serra Domínguez, Manuel y Ramos Méndez, Francisco, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Industrias Gráficas M. Pareja, Barcelona, 1974, p. 19.

so que implicaba el ejercicio de una atribución jurisdiccional; situación ésta que, cuando menos en lo que atañe a los árbitros quedó superada y definida con la expedición de la Carta Política de 1991,¹⁷ y estatutos tales como el Decreto 2651 de 1991,¹⁸ la Ley 270 de 1996¹⁹ y el Decreto 1818 de 1998.²⁰

Ciertamente, este cúmulo de disposiciones normativas y las jurisprudencias de los tribunales supremos en lo constitucional y en la jurisdicción ordinaria, dejaron en claro que el arbitraje sí es un proceso (de hecho, el artículo 13 numeral 3º de la Ley 270 de 1996 determina que “Tratándose de arbitraje las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso”); que su naturaleza es jurisdiccional²¹ y no meramente contractual²² (sentencias C – 431 de 1995, C- 330 de 2000 y C – 1038 de 2002); y que los árbitros tendrán los mismos deberes, poderes “y facultades que para los jueces se consagran en el Código de Procedimiento Civil” (artículo 114 inciso 2º de la Ley 23 de 1991).

II. FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La cautela parte siempre de una apariencia del derecho o de una verosímil situación jurídica²³ conocida como *fumus boni iuris*, que



¹⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 116 inciso 4º: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

¹⁸ Decreto 2651 de 1991, artículo 11: “En razón del pacto arbitral los árbitros quedan investidos transitoriamente de la función de administrar justicia (...)"

¹⁹ Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, artículo 13 numeral 3º: “Ejercen función jurisdiccional, los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso (...)".

²⁰ Decreto 1818 de 1998, artículo 1: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en condición de (...) árbitros habilitados por las partes para proferir fallos (...)".

²¹ En términos por demás contundentes, la jurisprudencia constitucional sostuvo que “Por consiguiente, y según lo dejó expuesto esta misma Corporación en sentencia No. C-294 de 1995, a la luz del artículo 116 de la Carta Política, todas las elucubraciones sobre la función arbitral, como lo es la naturaleza pública o privada, o si los árbitros son verdaderos jueces, etc., quedan reducidas al ámbito académico. Es así como la norma transcrita no deja lugar a dudas, en el sentido según el cual los particulares en su condición de árbitros, administran justicia, en los términos que determine la ley”. (Sentencia C- 431 de 1995, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara).

²² Para la Corte Constitucional “no obstante que el arbitramento se origina en un negocio jurídico privado, por virtud de la habilitación de las partes —una vez se ha llegado a acuerdo entre las partes—, quien le otorga la facultad de administrar justicia a los particulares en la condición de árbitros, es la misma Constitución Política” (Sentencia C-431/95, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara).

²³ García Sarmiento, Eduardo, *op. cit.*, p.19.

en razón al peligro que implica la tardanza en la tramitación del proceso²⁴ o, *periculum in mora*, precipitan su adopción como mecanismo idóneo para evitar que la sentencia que ha de dictarse pueda quedar sin efectividad. Adicionalmente, en algunas legislaciones se incluye como requisito para la procedencia de las medidas cautelares el hecho de que la persona que ha de soportarlas dé la impresión de que se sustraerá del cumplimiento de la sentencia,²⁵ y es ahí cuando se habla de la *suspectio debitoris*.²⁶ Ahora bien, como de acuerdo con la premisa que impera en materia de cautelas, éstas buscan asegurar los efectos de una sentencia futura debido a la lentitud con que se adelanta el proceso, entonces el verdadero fundamento de las mismas es el *periculum in mora*, cuyas nefastas consecuencias se pretenden conjurar permitiendo que se adopten desde la presentación de la demanda, e incluso con anterioridad a ésta, si ello garantiza la efectividad futura del derecho que invoca el peticionario.

En tal virtud, limitándonos a las medidas cautelares en los procesos arbitrales, a primera vista daría la impresión que las cautelas no tienen mayor relevancia, precisamente porque si algo caracteriza a estas actuaciones es su celeridad, cuando menos si se compara con el tiempo que demanda tramitar un asunto ante los demás jueces. Igualmente, tampoco se justificaría la necesidad de implementarlas, porque si el arbitraje es el resultado del mutuo acuerdo al que llegaron las partes para dirimir su conflicto, no parece razonable concluir que, mientras se surte el proceso, entre ellas medie algún perverso interés de sustraerse a los resultados del laudo o de disponer indebidamente del bien objeto de la controversia.

Empero y no obstante estas observaciones, en los procesos arbitrales la posibilidad del decreto y práctica de las mencionadas medidas sí conserva toda su entidad jurídica, por lo que a quienes así razonan habría que decirles que no todas las cautelas se toman basadas en el *periculum in mora*, sino en el daño concreto que pueden causar



²⁴ Chiovenda, José, *Derecho procesal civil*, t. I, Reus, Madrid, p. 281.

²⁵ Quiroga Cubillos, Héctor Enrique, *op.cit.*, p. 49. En Alemania, por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil estima que para la viabilidad de la medida cautelar es necesario evidenciar la existencia del crédito o acción para reclamar de la contraparte una suma de dinero en metálico; y además la existencia de una causa que haga temer al solicitante de la medida, que al no tomarse ésta se frustrará o dificultará la ejecución del fallo (artículos 916-935).

²⁶ Chiovenda, José, *Ibíd.*

otras cautelas, tal como ocurre en el caso de las cauciones. En efecto, estas últimas constituyen también una medida cautelar que recae sobre el demandante y que busca proteger al demandado del daño que le puedan causar aquellas, mas no porque el proceso sea lento sino por el peligro de daño específico, no genérico, que puede llegar a sufrir quien tuvo que soportar la medida.²⁷

Así mismo, estimo que a la par con el *periculum in mora*, inherente a toda actuación procesal por expedita que ésta sea, en presencia de asuntos arbitrales tendríamos que considerar otro fundamento que no es propio de las cautelas patrimoniales sino de las personales, y que consiste en el *periculum in damni*; conforme con el cual, de no darle vía libre a las cautelas se podrían generar daños públicos y privados derivados de un laudo que se torne ilusorio en sus efectos. En este caso, los daños públicos quedarían evidenciados —respecto del Estado— en que vería menoscabada su confianza e *imperium* si las personas a las que se les habilita para solucionar una controversia no pudieran ejecutar su propia decisión. De manera análoga y ante la orfandad cautelar, los particulares enfrentarían —y de hecho ocurre— unos daños privados que terminarían por afectar sus derechos reconocidos en la providencia que le ponga fin al proceso, pues, luego de haber invertido tiempo y dinero llevando a cabo una actuación de esta naturaleza, se encontrarían con que no podrían materializarlos por la ausencia de bienes que garantizaran su efectivo reconocimiento.

Por último, y en esto sigo al profesor Bejarano Guzmán, el que existe un pacto arbitral no puede ser razón suficiente para aseverar que la solicitud de cautelas se torna inane, toda vez que en no pocas ocasiones, si bien las partes se encuentran enfrentadas en un tribunal de arbitramento, alguna de ellas se ha resistido a su tramitación, y de ahí que aunque los contendientes pudieron estar de acuerdo al suscribir un contrato en involucrar el pacto arbitral, esa puede no ser necesariamente la misma postura al momento de surgir el conflicto, en cuyo caso no solo toman sentido sino que se hacen necesarias las medidas cautelares.²⁸



²⁷ Quiroga Cubillos, *op. cit.*, p. 34.

²⁸ Bejarano Guzmán, Ramiro, *Procesos declarativos*, 3^a edición, Temis, Bogotá, p. 473.

III. RÉGIMEN LEGAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS ARBITRALES

En el arbitraje nacional

El estatuto arbitral, inicialmente en el artículo 32 del Decreto 2279 de 1989, y después en el artículo 152 del Decreto 1818 de 1998, de manera expresa consagra dos medidas cautelares:²⁹ la inscripción del proceso y el secuestro de bienes muebles.

Salvo por la obvia observación en el sentido de que esas normas hablan de “inscripción del proceso” y no de “inscripción de la demanda”, y de que para decretar esa medida no se exija prestar caución; en los demás aspectos tales cautelas son idénticas a las que proceden en los procesos declarativos que se ventilan ante los jueces ordinarios y cuya regulación legal se encuentra en el artículo 690 numeral 1º, literales a) y b) del Código de Procedimiento Civil.

Esta circunstancia ha llevado a sostener al grueso de la doctrina, en una posición que es avalada por la mayoría de los árbitros, que en materia de cautelas que informan a este proceso, la regulación del Decreto 2279 de 1989 es taxativa, lo que supone entonces que por fuera de las mencionadas no existe la posibilidad de que se decreten otras. Así, por ejemplo, en opinión de Julio Benetti:



²⁹ “En el proceso arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrán decretarse medidas cautelares con sujeción a las reglas que a continuación se indican: Al asumir el tribunal su propia competencia, o en el curso del proceso, cuando 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, podrá decretar las siguientes medidas cautelares: a) La inscripción del proceso en cuanto a los bienes sujetos a registro, para lo cual se librárá oficio al registrador en que conste el objeto del proceso, el nombre de las partes y las circunstancias que sirvan para identificar los inmuebles y demás bienes. Este registro no excluye los bienes del comercio, pero quienes los adquieran con posterioridad estarán sujetos a los efectos del laudo arbitral. Si el laudo fuere favorable a quien solicitó la medida, en él se ordenará la cancelación de los actos de disposición y administración efectuados después de la inscripción del proceso, siempre que se demuestre que la propiedad subsiste en cabeza de la parte contra quien se decretó la medida, o de un causahabiente suyo. En caso de que el laudo le fuere desfavorable, se ordenará la cancelación de la inscripción. LIT (a), INC. 4º - Modificado. L23/91, art.110. Si el tribunal omitiere las comunicaciones anteriores, la medida caducará automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia del tribunal superior que decida definitivamente el recurso de anulación. El registrador a solicitud de parte procederá a cancelarla. b) El secuestro de los bienes muebles. La diligencia podrá practicarse en el curso del proceso a petición de una de las partes; para este fin, el interesado deberá prestar caución que garantice los perjuicios que puedan causarse. Podrán servir como secuestre los almacenes generales de depósito, las entidades fiduciarias, y las partes con las debidas garantías. PAR. El tribunal podrá durante el proceso, a solicitud de terceros afectados, levantar de plano las anteriores medidas, previo traslado por tres (3) días a las partes. Si hubiere hechos que probar, con la petición o dentro del traslado, se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos”.

(...) 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 (...) Dentro de este orden de ideas, si el legislador hubiera deseado dotar al árbitro de facultades para adoptar cualquier medida cautelar, le habría bastado con derogar el numeral 9º 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 la ley arbitral respecto de otros temas (...) en el supuesto de que en nuestro derecho la cautela fuera la regla general en cualquier proceso.³⁰

Connotados árbitros como Nicolás Gamboa Morales³¹ y Ramiro Bejarano Guzmán,³² entre otros, han expuesto una argumentación contraria: consideran que la regulación a la que se refiere el artículo 32 del Decreto 2279 de 1989 no tenía por objeto prohibir las demás medidas cautelares, sino reglamentar las de inscripción de la demanda y el secuestro de bienes muebles, en esas dos específicas situaciones.

Por mi parte y en razón a que me alineo con la corriente *procesalista* del arbitraje colombiano, no sólo comparto el punto de vista expresado en el párrafo precedente (como quiera que esa es la tesis alrededor de la cual gira este escrito), sino que, además, 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, sin lugar a dudas afirmo que los árbitros están facultados para decretar las medidas cautelares previstas en los procesos ordinarios, y en todos aquellos otros en los que la naturaleza de la controversia y las normas legales así lo permitan.

Para corroborar este aserto, habría que empezar por recordar que el artículo 2º del otro Decreto 2651 de 1991, conocido como de descongestión de despachos judiciales, contemplaba la posibilidad de que en los procesos en que no se hubiera proferido sentencia de primera o única instancia, las partes, de común acuerdo, le podían pedir al juez que su controversia se sometiera al trámite de la conciliación, y que si ésta fracasaba o fuere parcial, “a posterior arbitramento”; petición que incluso era susceptible de ser



³⁰ Benetti Salgar, Julio, *El arbitraje en el derecho colombiano*, Temis, Bogotá, 2001, pp. 180 y 181.

³¹ Gamboa Morales, Nicolás, “Arbitraje y medidas cautelares”, en *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario - Facultad de Jurisprudencia y Legis, Bogotá, 2005.

³² Bejarano Guzmán, Ramiro, *op. cit.*, pp. 473 y 474.

formulada “en los procesos de ejecución en los que se (hubieran) propuesto excepciones de mérito.”

Pues bien, pese a que en un primer momento y como resultado de una acción de tutela (Sentencia T-057 de 1995, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz), la sala tercera de revisión de la Corte Constitucional adujo que los árbitros no podían conocer de procesos ejecutivos; luego, con base en una decisión adoptada por la sala plena de esa corporación, en la que se pronunció acerca de la demanda de inexequibilidad del citado artículo 2º del Decreto 2651 de 1991, recogió el criterio anterior y concluyó que los tribunales de arbitramento sí son competentes para tramitar procesos ejecutivos³³ y, desde luego, para decretar los embargos y secuestros a que hubiere lugar³⁴ (Sentencia C-294 de 1995, magistrado ponente Jorge Arango Mejía).

Siendo así, con fluidez se colige que la facultad conferida a los árbitros en materia de cautelas se extiende también a los procesos ejecutivos, situación ésta que conserva plena vigencia por cuanto aunque la Corte Constitucional en Sentencia C-1140 del 30 de agosto de 2000 declaró inexequibles los artículos 35 , 36 y 37 de la Ley 546 de 1999; en ese fallo no se desautorizó el trámite del proceso ejecutivo ante los árbitros, sino que simplemente se estimaron contrarias a la Carta las normas demandadas, bajo el entendido de que como el deudor de un crédito hipotecario no gozaba de la prerrogativa de discutir el pacto arbitral, su adherencia al mismo no era producto de la voluntad consensuada.

Naturalmente que de la ejecución del laudo propiamente dicha sólo puede conocer la justicia ordinaria conforme a las reglas generales



³³ Sentencia C-294 de 1995, magistrado ponente Arango Mejía Jorge. En este fallo se aseveró que “Los árbitros, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, puedan administrar justicia para decidir conflictos surgidos en torno a obligaciones exigibles ejecutivamente, así esté en trámite el proceso ejecutivo, o no haya comenzado aún. Así lo establece inequívocamente el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución”. En esa misma providencia se sostuvo igualmente que “Hay que recordar que corresponde al legislador, en virtud del mandato del artículo 29 de la Constitución, y especialmente en su inciso segundo, fijar las formas propias de cada juicio, es decir, las normas procesales, y señalar el juez o tribunal competente para cada clase de asuntos. Por consiguiente, si el legislador dispone que ante los árbitros habilitados por las partes en conflicto, se diriman asuntos propios del proceso de ejecución y establece las reglas de este proceso arbitral, en nada quebranta la Constitución”.

³⁴ Mediante Sentencia C-431 del 28 de septiembre de 1995, magistrado ponente Herrera Vergara Hernando, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 32 del Decreto 2279 de 1989, que le confiere a los árbitros la facultad de decretar medidas cautelares, y en lo que respecta al inciso 2º del Decreto 2651 de 1991 (sobre procesos ejecutivos), resolvió estarse a lo dispuesto en la Sentencia C-294 de 1995.

(artículo 129 de la Ley 446 de 1998 y 165 del Decreto 1818 de 1998), pero ese es otro tema que no le resta a tan particulares jueces la facultad en comento, pues “al decretar el árbitro medidas cautelares, lo único que está haciendo es uso del poder de coerción con miras a lograr la efectividad de su decisión; (y) al hacerlo, en ningún momento está usurpando una competencia que no le corresponda en forma privativa y excluyente a la justicia ordinaria.”³⁵

Igualmente y teniendo en cuenta que a través de un proceso arbitral se pueden decidir todo tipo de controversias susceptibles de transacción,³⁶ si el conflicto versa, por ejemplo, sobre competencia desleal (cuyo trámite es el abreviado y no el ordinario), el tribunal que conozca del asunto podría decretar como medida cautelar y con base en el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, que cese provisionalmente la realización del acto constitutivo de dicha competencia; o disponer de cualquier otra medida cautelar que resulte pertinente.³⁷

Lo mismo es factible predicar de disputas jurídicas que involucren los derechos de autor, casos estos en los que con fundamento en la Ley 23 de 1982, modificada por la Ley 44 de 1993, los árbitros podrían decretar el secuestro preventivo de otra obra o declarar interdicta o en suspensu la representación, ejecución o exhibición de una obra que vaya a hacerse en público sin la autorización de su autor (artículos 244 y 245 de la Ley 23 de 1982).

Para continuar con los ejemplos y en lo que concierne a controversias sobre propiedad intelectual, la Decisión 486 de 2000 permite que a la autoridad nacional competente, que bien podría ser un tribunal de arbitramento si mediara, verbigracia un compromiso, se le pueda pedir como medidas cautelares, entre otras, las enlistadas en el artículo 246.

Algunas de esas cautelas son el cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción; el retiro de los productos resultantes de esa misma infracción; la constitución por el presunto in-



³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-431 de 1995, magistrado ponente Herrera Vergara Hernando.

³⁶ Como lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia en antes citada, sólo están “excluidas del arbitramento cuestiones relativas al estado civil o las que tengan que ver con derecho de incapaces o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer”.

³⁷ Ley 250 de 1996, artículo 31: “Comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el juez (...) podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes.”

fractor de una garantía suficiente, etc., eventos todos estos en los que la contienda, ni versa sobre dominio u otro derecho real principal que afecte bienes muebles o inmuebles, tal como es la hipótesis del literal a) del artículo 32 del Decreto 2279 de 1989; ni se ventilan siempre por la vía del proceso ordinario.

Y es 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 ya 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 al principio ‘de efectividad de los derechos y garantías’.”³⁸ Conforme a este principio, todas las personas tienen derecho al otorgamiento de instrumentos legales que permitan sanear y superar los impedimentos y deficiencias de forma que obstaculizan el proceso, de tal suerte que el juez pueda contar con el poder suficiente para la ejecución de la sentencia.³⁹

Por supuesto que se conculcaría también el principio del debido proceso, en la medida en que el núcleo fundamental de este es el libre acceso a la administración de justicia, entendido desde una perspectiva real, material, efectiva y no simplemente nominal que es, en últimas, la que surgiría de un proceso arbitral en el que, no obstante estar dadas todas las condiciones fáctico jurídicas para el decreto y práctica de las cautelas, se limitara su aplicación con el argumento de que no se trata de un proceso ordinario, o de que, siéndolo, la controversia no versa sobre dominio u otro derecho real principal.

La invocación del debido proceso en estos asuntos emerge de la propia Constitución Política, que en el artículo 93 hace referencia a las normas que integran lo que se ha dado en llamar el *bloque de constitucionalidad*, del que hacen parte los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia cuando se trate de derechos reconocidos por la Constitución.

Integran ese bloque de constitucionalidad, en sentido estricto: (i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de lími-



³⁸ Ramírez Gómez, José Fernando, *Principios constitucionales del derecho procesal*, Señal Editora, Medellín, 1999, p. 229.

³⁹ Ramírez Gómez, José Fernando, *op. cit.*, p. 230.

tes ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta y (vii), en cierta medida la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales, al menos como criterio relevante de interpretación.⁴⁰

Por lo tanto, como la tendencia de los sistemas actuales es hacer del derecho a la jurisdicción y al procedimiento un derecho fundamental; y como la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso tienen ese carácter, en presencia de procesos arbitrales y por virtud del bloque de constitucionalidad, resulta ineludible aplicar la Convención Interamericana Sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, la cual fue aprobada por la Ley 42 del 17 de septiembre de 1986 y cuyo alcance es el siguiente:

Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes en esta Convención darán cumplimiento a las medidas cautelares que, decretadas por jueces o tribunales de otro Estado Parte, competentes en la esfera internacional, tengan por objeto:

- a) El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de personas, tales como custodia de hijos menores o alimentos provisionales.
- b) El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de los bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda y administración e intervención de empresas.

Desde mi punto de vista, la referencia que la citada convención hace a las medidas cautelares decretadas por jueces o tribunales de otro Estado, no puede ser entendida en el sentido formal de que sólo cobija a quienes tienen la condición de jueces ordinarios, pues, sabido es que los árbitros participan de esa misma calidad, al punto de que al decir del artículo 12 del Decreto 2279 de 1989, estos particulares que ejercen la función pública de administrar justicia “están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.”

Con base en lo expresado anteriormente, se soslayarían los derechos fundamentales al procedimiento y a la tutela jurisdiccional efectiva, si se le cercenara a los árbitros la posibilidad de que con amplitud decretaren las medidas cautelares que la naturaleza del



⁴⁰ Uprimny Yepes, Rodrigo, “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”, en *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2004.

asunto permita, arguyendo que ello sólo es factible para quienes formal y materialmente tienen el carácter de jueces, y que la taxatividad, como característica propia de las medidas cautelares, impide extenderlas a situaciones no contempladas en el artículo 32 del Decreto 2279 de 1989.

En efecto, que los árbitros en ejercicio de sus funciones se asimilen a los jueces ordinarios es algo que la normatividad arbitral ya prevé, por lo que mal puede generarse discusión en ese sentido. Y en cuanto a la taxatividad, no debemos olvidar que ésta difiere de la nominación y de la enunciación, como quiera que se está en presencia de la taxatividad cuando la ley dispone que en un determinado proceso son viables las medidas cautelares —cualesquiera que sean—, mientras que la nominación de ellas tiene que ver con que se señalen, a título meramente enunciativo, cuáles resultan viables.

Para sustentar esta afirmación, basta recordar que el artículo 959 del Código Civil dispone que si se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, el poseedor seguirá gozando de él hasta la sentencia definitiva, pero “el actor tendrá derecho de provocar todas las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía.”

Con esa norma se acredita la aseveración que se viene haciendo, pues la taxatividad se deriva del hecho de que conforme al artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, en los procesos reivindicatorios procede la inscripción de la demanda o el secuestro de los bienes muebles —según se persigan bienes inmuebles o de esta última clase—; aunque según el artículo 959 del Código Civil también son de recibo otro tipo de cautelas —las innominadas— que no otra cosa significa la expresión en el sentido de que el actor tendrá derecho de provocar todas las providencias necesarias para evitar el deterioro del bien.

Para concluir este acápite y con el fin de ser aún más descriptivo, la Ley 472 de 1998 sobre acciones populares, en el artículo 25 establece la *taxatividad* de las medidas cautelares, al preceptuar que es posible su decreto de oficio o a solicitud de parte. La *enunciación* se evidencia en el listado que, sin ser exhaustivo, aparece en los literales a), b), c) y d) de esa norma y, finalmente, el que no todas las

cautelas son *nominadas* se desprende del artículo 15 de la Ley 446 de 1998 cuando dice:

Los posesorios especiales previstos en el Código Civil y las acciones populares, actualmente reguladas por la ley, se tramitarán mediante el procedimiento abreviado, en dos instancias. En estos procesos, además de las medidas cautelares contenidas en el artículo 450 del Código de Procedimiento Civil, *se podrán practicar las demás que el juez estime pertinentes para proteger los derechos amenazados* (las cursivas son mías).

Por consiguiente, trayendo esas consideraciones a los procesos arbitrales estimo que, al igual que lo sostuvo el tribunal de arbitramento de Inversora Ulloza Ltda. contra Inversiones Fresno S.A. y Cía. S. en C., la expresión “podrán decretarse medidas cautelares” es una norma general y absoluta que consagra la admisión de tales medidas en todo proceso arbitral, y que aunque el legislador fija el procedimiento a seguir en los supuestos en que la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho real principal, no significa que limite a esos casos las medidas cautelares susceptibles de ser decretadas en los procesos arbitrales, sino que se concretan a reglamentar una situación especial, ya que la palabra “cuando” con que se inicia la redacción del artículo 32 (hoy 152 del Decreto 1818 de 1998):

es necesario interpretarla en el sentido de que el legislador consideró oportuno fijar reglas con respecto a determinado caso, sin que por el solo hecho de no referirse a otros eventos deba deducirse la aceptación de apenas una sola medida cautelar. La palabra ‘cuando’ bien puede ser reemplazada por la expresión ‘en el caso en que’, entre los muchos otros que a juicio del legislador no requerían el señalamiento de procedimientos o reglamentos especiales. Y es que constituiría una falta de sindéresis pensar que la ley restringió las medidas cautelares a una sola, siendo que a través del proceso arbitral pueden dirimirse los más variados e innumerables conflictos o controversias, distintos de los que versan sobre dominio u otro derecho real principal radicados en muebles e inmuebles (...).⁴¹

En el arbitraje internacional

Por oposición a lo que ocurre en Colombia, en el ámbito internacional sí existe una marcada tendencia mayoritaria acerca de la posibilidad de que los árbitros puedan decretar medidas cautelares con



⁴¹ Decisión que tuvo como árbitros a Hugo Roldán Villa, Humberto Raffo Rivera y Francisco Chaves Cajiao, citada por Ramiro Bejarano Guzmán, en *Procesos declarativos*, 3^a edición, Temis, Bogotá, 2005, p. 473.

mayor discrecionalidad, tal como se desprende de su legislación y de los reglamentos de arbitraje.

En primer lugar, en lo que concierne al campo legislativo, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española consagra en su artículo 23 que “Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancias de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio (...).” Similar pronunciamiento se encuentra en la Ley inglesa de arbitraje de 1996 y en la sueca de 1999, al disponer esta última que “Salvo que las partes hayan acordado lo contrario, los árbitros pueden, a solicitud de una parte, decidir que, durante el trámite arbitral, la parte contraria debe asumir ciertas medidas cautelares para asegurar la pretensión objeto del arbitraje (...).”

Por su parte, aunque la Ley federal de arbitraje o FAA que rige en los Estados Unidos no regula de manera directa los poderes de los árbitros a este respecto, el grueso de las cortes norteamericanas sí han reconocido —amparadas en la FAA— el poder que tienen los tribunales arbitrales para decretar este tipo de medidas, supeditado, eso sí, a que ello de alguna manera esté contemplado en el pacto arbitral.⁴²

En segundo término y en lo que atañe a la otra fuente⁴³ de donde se derivan las facultades de los árbitros en materia de cautelas (la primera es la legislación internacional aplicable), encontramos los reglamentos de arbitraje de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC); de la Cámara de Comercio Internacional (CCI); de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o, como es más conocida por su sigla en inglés, Uncitral); de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), y de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), entre otros.

El común denominador en esos reglamentos es el de que, a menos que las partes pacten lo contrario, los árbitros están dotados de amplias facultades para decretar las medidas cautelares que mejor



⁴² Gamboa Morales, Nicolás, “Arbitraje y medidas cautelares”, en *El contrato de arbitraje*, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Legis, Bogotá, 2005, pp. 594 y ss.

⁴³ Gamboa Morales, Nicolás, *op. cit.* p.602. Como atinadamente lo precisa este destacado autor, a las convenciones internacionales no se les da el alcance de fuentes, “pues poco o nada es lo que ellas expresan sobre el poder de los árbitros para decretar medidas cautelares, como puede evidenciarse, por ejemplo, de una revisión de los Convenciones de Nueva York (1958) y de Panamá (1975).”

tutelen los derechos y bienes involucrados en la controversia sometida a su consideración.

Así, por ejemplo, el reglamento Uncitral —y lo mismo contemplan, en esencia, los demás citados reglamentos—, al regular el tema en el artículo 26 numeral 1º dispone:

A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto del litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos.

Como se observa, la regla que impera en el escenario internacional del arbitraje es la de la medida cautelar genérica, con apoyo en la cual el juzgador puede decretar, además de las que por mera enunciación se citan en esos reglamentos, cualquier otra que “asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”, según la afortunada redacción del artículo 629 del Código Procesal Civil del Perú, que resulta muy ilustrativa para estos menesteres.

CONCLUSIONES

1. Una aplicación restrictiva de las medidas cautelares hace cada vez más ilusorios los efectos de un laudo, porque limitar su aplicación a los puntuales eventos del Decreto 2279 de 1989 sería dejar por fuera un importante número de asuntos que, aunque son tramitados y decididos por árbitros, no siempre se dilucidan mediante el proceso ordinario sino, como ya se vio, el abreviado o el verbal de mayor y menor cuantía. Incluso, es perfectamente viable que ante una controversia que determine la apertura de un proceso divisorio (que no es ni ordinario ni abreviado), las partes celebren un compromiso y opten porque su conflicto lo dirima un tribunal de arbitramento en el que, sin lugar a dudas, es procedente la inscripción de la demanda como medida cautelar.
2. La hipótesis del artículo 32 del Decreto 2279 de 1989 es meramente enunciativa, no taxativa, puesto que si al decir de la Corte Constitucional en las sentencias de exequibilidad que tuve ocasión de referenciar, los árbitros no sólo pueden tramitar procesos ejecutivos sino además decretar medidas cautelares en ellos, con mayor razón contarán con esa amplia prerrogativa a la hora de decidir asuntos de estirpe netamente declarativa.

3. La taxatividad, que es una característica propia de las medidas cautelares, sólo lo es en el entendido de que el legislador autorizó su práctica en los procesos arbitrales, mas no significa que estas cautelas se tengan que circunscribir al registro de la demanda y el secuestro de bienes muebles; ya que en el artículo 32 del Decreto 2279 de 1989 (hoy artículo 152 del Decreto 1818 de 1998), lo que en verdad se consagró es la *medida cautelar genérica*, conforme con la cual, además de las que enunciativamente allí se citan, también es factible decretar cualquier otra que asegure en forma adecuada el cumplimiento del laudo.

4. El valor del arbitraje, como pronto y eficaz método alternativo de solución privada de un conflicto, radica también y en gran medida en que se dote a quienes tienen la facultad de dirimirlo, de unos instrumentos que aseguren el objeto de la disputa, de suerte tal que dicho objeto no se frustre a la hora de pronunciar y pretender ejecutar el laudo.

5. Insisto en que los árbitros sí están facultados para conocer de procesos ejecutivos y de pronunciarse sobre las respectivas medidas cautelares, debido a que la Corte Constitucional en las sentencias C-294 de 1995 y C-431 del mismo año así expresamente lo declaró. Otra cosa es que haya discrepancias acerca de la manera como se implementarían esas facultades, puesto que al parecer la normatividad actual no prevé un específico procedimiento que puedan seguir los árbitros para llevar a cabo tales ejecuciones, dado que las leyes vigentes parten del supuesto de que ellos conocerían de controversias de carácter declarativo.

6. Es esta última circunstancia la que ha permitido que en la práctica forense judicial se entronice la idea de que en los procesos ejecutivos no es procedente invocar la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria (artículo 97, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil), en el entendido, no tanto de que a los árbitros les esté vedada la posibilidad de conocer de ejecuciones judiciales, sino porque consideran que mientras no se expida la ley que implemente el aludido procedimiento, esa prerrogativa seguirá siendo posible sólo en forma nominal.

7. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se expresa en la posibilidad de lograr que la sentencia logre su cometido, en el sentido de

que además de resolver el conflicto materialice la decisión que allí se tome, pues, de lo contrario, el proceso no puede considerarse realmente concluido. Tan es así, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (bloque de constitucionalidad), ha decantado su jurisprudencia en virtud de la cual se da por finalizado el caso, si y sólo si, el Estado cumple cabalmente lo dispuesto en el fallo.

Por consiguiente, si la tutela jurisdiccional efectiva forma parte de los derechos fundamentales, y estos a su vez integran el bloque de constitucionalidad, tratándose de medidas cautelares es insoslayable la aplicación de la Ley 42 de 1986 y, en consecuencia, sus efectos deben irradiarse para todo tipo de procesos, incluyendo, por supuesto, los arbitrales.

BIBLIOGRAFÍA

- Bejarano Guzmán, Ramiro, *Procesos declarativos*, 3^a edición, Temis, Bogotá, 2005.
- “Falacias del arbitraje nacional y sugerencias para su reforma”, en *Memorias del XXIII Congreso Colombiano de derecho procesal*, I.C.D.P., Bogotá, 2002.
- Benneti Salgar, Julio, *El arbitraje en el derecho colombiano*, Temis, Bogotá, 2001.
- Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las provisiones cautelares*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1945.
- Chiovenda, José, *Derecho procesal civil*, Tomo I, Reus, Madrid, 1922.
- Duque Eheverry, Emilio J, *Del arbitramento mercantil*, Bedout, Medellín, 1974.
- Gamboa Morales, Nicolás, “Arbitraje y medidas cautelares,” en *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia y Legis, Bogotá, 2005.
- García Sarmiento, Eduardo, *Medidas cautelares, introducción a su estudio*, 2^a ed., B Temis, Ediciones Jurídicas Radar, Bogotá, 2005.
- Mantilla Serrano, Fabricio y Silva Romero, Eduardo, *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia y Legis, Bogotá, 2005.
- Palacio, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, Tomo IX, “Procesos arbitrales y universales”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Podetti, Ramiro J., *Tratado de las medidas cautelares*, Ediar, Buenos Aires, 1958.

- Quiroga Cubillos, Héctor Enrique, *Procesos y medidas cautelares*, 2^a edición, Okey Impresores, Bogotá, 1991.
- Ramírez Gómez, José Fernando, *Principios constitucionales del derecho procesal*, Señal Editora, Medellín, 1999.
- Serra Domínguez, Manuel y Ramos Méndez, Francisco, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Industrias Gráficas M. Pareja, Barcelona, 1974.
- Silva Romero, Eduardo, “El sistema de arbitraje”, en *Revista Foro del Jurista*, Cámara de Comercio de Medellín, abril de 2002.
- Silva Romero, Eduardo, *Reflexiones sobre el contrato de arbitraje*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- Uprimny Yepes, Rodrigo, “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”, en *Reflexiones sobre el nuevo sistema penal*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2004.
- Velásquez Gómez, Juan Guillermo, *Los procesos ejecutivos y medidas cautelares*, 12^a edición, Librería Jurídica Sánchez, R., Bogotá, 2004.