

**LA EFICACIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE NACIONAL EN  
COLOMBIA.**



**AUTORES**

**DIEGO ALEJANDRO GARCÍA ARCINIEGAS.  
ABELARDO ANTONIO PAIBA CABANZO.**

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de:  
**ABOGADO**

Director:

**Dr. EDWIN BERNAL RAMÍREZ.**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
BOGOTÁ, 27 DE JULIO DE 2020**

## Tabla de contenido

|   |    |
|---|----|
| Resumen:.....   | 4  |
| Abstract: .....   | 5  |
| Formulación del problema: .....   | 8  |
| ¿Es eficaz el decreto y la práctica de las medidas cautelares dentro de un proceso arbitral nacional en Colombia?.....                    | 8  |
| Justificación.....  | 10 |
| Objetivos .....   | 11 |
| Introducción. ....  | 12 |
| <br>  |    |
| 1. Antecedentes de la tutela judicial y del arbitraje nacional en Colombia. ....  | 16 |
| 1.1    Antecedentes históricos: .....   | 16 |
| 1.2    La administración de justicia en Colombia. ....  | 18 |
| 1.3    Mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia.....   | 20 |
| 1.4    Naturaleza del arbitraje nacional adoptado por Colombia. ....  | 23 |
| 1.5    Deberes y facultades de los árbitros.....  | 26 |
| 1.6    Antecedentes Normativos: .....   | 29 |
| 1.7    Concepto del arbitraje.....  | 31 |
| <br>  |    |
| 2. Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico colombiano.....   | 33 |
| 2.1. Generalidades y concepto.....  | 33 |
| 2.2. Marco jurídico de las medidas cautelares en el ordenamiento colombiano.....  | 36 |
| 2.3. Medidas cautelares innominadas – anticipatorias. ....  | 37 |
| 2.4 Finalidad de las medidas cautelares. ....   | 39 |
| <br>  |    |
| 3. Aplicación del régimen ordinario de las medidas cautelares en el proceso arbitral; efectividad, procedimiento y sus limitaciones. .... | 41 |
| 3.1. Medidas cautelares en el proceso arbitral. ....  | 41 |
| 3.2 Declaratoria de no competencia del tribunal de arbitramento, posterior a la práctica de las medidas cautelares.....                   | 43 |
| 3.3 Omisión de trámite del levantamiento de las medidas cautelares. ....  | 44 |
| 3.4 La jurisdicción ordinaria como solución a las contingencias derivadas del levantamiento de medidas cautelares.....                    | 46 |
| 3.5. Análisis de laudos arbitrales.....   | 47 |
| 3.5.1 Tribunal arbitral Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas S.A. sucursal Colombia contra                                       |    |

Unidad Administrativa Especial del Sistema Estratégico de Transporte Público - avante SETP... 47

3.5.2 Tribunal arbitral de Asociados Marín Valencia S.A contra Perenco Colombia Limited..... 49

3.5.3 Tribunal arbitral Concesionaria Vial del Pacífico S.A.S -COVIPACIFICO S.A.S- contra Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- ..... 51

3.5.4 Tribunal arbitral de Nelly Beatriz Daza de Solarte y contra CSS Constructores S.A..... 53

3.5.5 Tribunal arbitral Blanca Irma Pachón López contra Juan Carlos Jiménez Pachón..... 55

3.6 Efectividad de las medidas cautelares en el arbitraje nacional en Colombia..... 56

CONCLUSIÓN..... 61

REFERENCIAS:..... 65

## **Resumen:**

No es una novedad que los medios alternativos de solución de conflictos estén ganando terreno en comparación con la justicia ordinaria, con sano criterio es una realidad que la mora judicial y los constantes escándalos que permean la rama judicial no permitan crear sanamente una imagen favorable entre quienes acuden en busca de justicia, al momento de accionar el aparato jurisdiccional colombiano, de ahí el hecho que las partes en debate, opten por formas autocompositivas de solución de conflictos, llegando al arbitraje como medio de arreglo de controversias, con todo y lo anterior, acudir al arbitraje trae intrínsecos ciertos beneficios, incluyendo la solicitud, decreto y práctica de medidas cautelares, permitiendo salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva, no obstante que con el inciso quinto del artículo 43 de la ley 1563 de 2012, al prohibir la ejecución del laudo al tribunal de arbitramento, dificulta y limita la efectividad del laudo y de las mismas medidas cautelares decretadas y practicadas, por cuanto para la ejecución del laudo se debe acudir a la justicia ordinaria.

Con la expedición del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional se permite que dentro del proceso se decreten (previa solicitud de la parte interesada), todas las medidas cautelares que, según el caso en estudio, serían las adecuadas para proteger los derechos objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión, aduciendo a lo que la ley llamó medidas cautelares innominadas; argumento que resulta análogo a cualquier proceso que se adelante en la jurisdicción ordinaria, lo novedoso es que el árbitro solo tiene jurisdicción por un determinado tiempo, son jueces transitorios, es decir, es ad-hoc (para el caso en concreto), fundamento que hace la gran diferencia en lo que respecta a que particulares administren justicia, hasta tal punto que solo se permita acudir al arbitraje a ventilar asuntos de libre disposición y aquellos que autorice la ley; siendo renuente el legislador en prohibir que se adelanten por el trámite arbitral procesos ejecutivos, aduciendo que sería una desventaja para el deudor el verse sometido a un proceso en el cual, adicional

a la obligación que debe cumplir, se sumen gastos de honorarios causados por acudir a éste mecanismo alternativo de solución de conflictos, apreciación que difiere al hecho de que si los árbitros administran justicia y dentro de los procesos declarativos les es permitido decretar medidas cautelares, están haciendo uso del poder de coerción apuntando a que la decisión que profieran tenga efectividad, en cierto sentido, ven (al igual que los jueces de la jurisdicción ordinaria), en las medidas cautelares la garantía de que sus decisiones sean cumplidas.

Finalmente, es claro que la naturaleza de las medidas cautelares se basa en la sorpresa de su trámite, de manera que a quien se le decrete una medida, no tenga el tiempo ni la oportunidad de llevar a cabo actuaciones tendientes al no cumplimiento de estas, tanto así que lo usual es que primero se decretan y tramitan las medidas cautelares y después se notifica al demandado, presupuesto que no es viable en el proceso arbitral, dado a la novedad de sus etapas y la duda respecto al momento en que se debe decretar las medidas; cabe entonces preguntarse si las medidas cautelares dentro del proceso arbitral cumplen de manera eficaz su función.

Palabras clave:

Arbitraje, medidas cautelares, tutela jurisdiccional efectiva, jurisdicción ordinaria, demandado, proceso arbitral.

#### **Abstract:**

It is not a novelty that the alternative means of dispute resolution are gaining ground in comparison with the ordinary or administrative litigation, hence the fact of opting for arbitration as a means of settling disputes and requesting within that process the decree of precautionary measures allows safeguarding the right to effective judicial protection, but with the fifth paragraph of Article 43 of Law 1563 of 2012, by prohibiting the enforcement of the award to the arbitration tribunal, limits the effectiveness of both the award and the measures precautionary decrees, under the budget that for the

execution of the award should go to the ordinary or administrative litigation, as the case may be.

With the issuance of the Statute of National and International Arbitration it is allowed that within the process, all the precautionary measures that, depending on the case being studied, would be adequate to safeguard the rights of the party that is being investigated, are decreed (upon request of the interested party). raises the petition, citing what the law called unnamed precautionary measures; argument that is analogous to any process that is ahead in the ordinary jurisdiction and / or administrative litigation, the novel thing is that the arbitrator only has jurisdiction for a certain time, they are transitory judges, that is, it is ad hoc for the specific case, foundation that makes the great difference in terms of individuals administering justice, to such an extent that only allow arbitration to vent issues of free disposal and those authorized by law, the legislator being reluctant to prohibit the advancement by the arbitration of executive processes, arguing that it would be a disadvantage for the debtor to be subject to an arbitration process, an assessment that differs from the fact that if the arbitrators administer justice and within declaratory processes they are allowed to order precautionary measures, they are making use of the power of coercion, pointing to the fact that the decision they make is effective, in a certain sense, they see (like the judges of the ordinary jurisdiction and / or administrative litigation), in the precautionary measures the guarantee that their decisions are fulfilled.

Finally, it is clear that the nature of the precautionary measures is based on the surprise of their procedure, so that whoever is ordered a provisional measure does not have the time or the opportunity to carry out actions tending to non-compliance with the measures , so much so that the usual thing is that first the precautionary measures are decreed and processed and then the defendant is notified, a budget that is not viable in the arbitration process, given the novelty of its stages and the doubt as to when it should be decree the measures; It is therefore necessary to ask whether the precautionary measures within the arbitration process effectively fulfill their function.

**Keywords:**

Arbitration, precautionary measures, effective jurisdictional protection, ordinary jurisdiction, contentious administrative jurisdiction, defendant, arbitration process.

### **Formulación del problema:**

#### **¿Es eficaz el decreto y la práctica de las medidas cautelares dentro de un proceso arbitral nacional en Colombia?**

Justo es decir que, con el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia, se recopiló en una única ley todo lo concerniente a este mecanismo alternativo de solución de conflictos, por cuanto antes estaban disgregadas en varias normas, lo cual dificultaba una aplicación práctica. A esta expedición normativa en el tema arbitral, se une la promulgación de un nuevo estatuto procesal, el código general del proceso, el cual acoge la realidad nacional y da un salto en el tema procesal, impulso que incluyó el tema de las medidas cautelares, incorporando las medidas innominadas.

Cabe señalar que esta regulación renovada del sistema cautelar robusteció el poder de los árbitros de aplicar las medidas tendientes a la efectividad del cumplimiento de los laudos que profieran.

Análogamente cabe preguntarse si con la limitación que impuso la ley a los árbitros de ejecutar sus propios laudos, resta eficacia a las medidas cautelares decretadas en el desarrollo del proceso; esta descripción será incompleta si dejamos de lado el hecho que en muchas ocasiones (por no decir que en todas), la medida cautelar depende del sigilo y sorpresa con que se adelanta su trámite, no en vano, en el litigio primero se lleva a cabo toda la gestión de la medida cautelar y posterior se adelanta la notificación del demandado, para de esta manera evitar actos fraudulentos que lleven a la imposibilidad de dar cumplimiento al fallo, laudo o sentencia; pero en el proceso arbitral sucede algo muy particular, existe una etapa arbitral en la cual los árbitros verifican si son o no competentes para conocer del caso (ciclo denominado primera audiencia de trámite), sin embargo esta etapa se agota después de notificada la demanda, en síntesis se pierde lo sorpresivo de la medida cautelar y en la eventualidad de que la medida cautelar hubiese sido decretada con la admisión de la demanda y se llegue a la decisión de declararse incompetente el tribunal de arbitramento traerían dos



consecuencias: **(I)** El tribunal que decretó la medida cautelar no podría ordenar su levantamiento, dado que se declaró su incompetencia para conocer del caso, y **(II)** se vería comprometida la responsabilidad de los árbitros al decretar la medida cautelar con la admisión de la demanda sin tener competencia, lo cual, sin lugar a dudas desincentivaría a los árbitros a decretar medidas cautelares.

## **Justificación**

Es significativa la importancia que han venido adquiriendo los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en especial el arbitraje, en datos tomados de la página del ministerio de justicia, en solo la ciudad de Bogotá existen 862 árbitros inscritos en un total de 121 centros de arbitraje, un número considerable si partimos desde la perspectiva que el arbitraje es de cierto modo una justicia privada; con sano criterio se proyecta que en un tiempo muy corto de cada cinco controversias que pueda conocer un árbitro, una será celebrada por un tribunal de arbitramento, lo cual hace necesario aunar más en el tema.

No es de olvidar que el fin de un proceso judicial es reconocer un derecho, entonces corresponde preguntarse si con el hecho de que se profiera un fallo, sentencia o laudo es suficiente para tener por satisfecha la tutela judicial efectiva o si por el contrario es menester de que se materialice el cumplimiento de dicho fallo, sentencia o laudo. Desde este punto de vista, es pertinente la práctica de medidas cautelares dentro de cualquier proceso para garantizar no solo el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el juez de instancia, sino aunado a ello, prevenir que, en el curso del litigio, se origine un nuevo perjuicio o se amplíe el ya causado.

## Objetivos

### Objetivo General:

Analizar la efectividad de las medidas cautelares en el proceso arbitral, como instrumento confiable y práctico, convirtiéndose en un mecanismo efectivo en la solución de conflictos; empleando apropiadamente las medidas cautelares y relacionando sus antecedentes históricos, ventajas y desventajas en comparación con la jurisdicción ordinaria.

### Objetivos Específicos:

- A.** Identificar todo lo relacionado al proceso arbitral en Colombia, llevando a cabo un examen de los antecedentes de la promulgación de la Ley 1563 de 2012, así como los más recientes pronunciamientos al respecto.
- B.** Establecer la trascendencia y efectividad de las medidas cautelares en nuestro sistema de administración de justicia, presentando aspectos relevantes de estas para obtener un uso apropiado y conveniente en los litigios.
- C.** Examinar laudos arbitrales proferidos por distintos tribunales de arbitramento, identificando las ventajas y perjuicios de las medidas cautelares dentro del proceso arbitral, para de esta manera poder evidenciar su efectividad.

## Introducción.

Para dar inicio a la exposición del tema de investigación que nos ocupa, es menester definir qué es el arbitraje, siendo este “un instrumento a través del cual un tercero, denominado árbitro, revestido con determinados poderes, resuelve un conflicto de intereses, que recae sobre materias de libre disposición mediante un auto definitivo, denominado laudo, que adquiere vinculatoriedad e inmutabilidad en un ordenamiento jurídico”, (Cremades, 2008, pág. 38), concepto que reúne a nuestro parecer los lineamientos expuestos en el tema arbitral, sin embargo la Corte Constitucional en la sentencia C-098 del 31 de enero de 2001. M. P. Dra. Martha Victoria SÁCHICA Méndez, expuso:

*“El arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, ha de entenderse como la derogación que hacen las partes involucradas en un conflicto o precaviendo su existencia, de la jurisdicción en cabeza del Estado y en favor de un particular (árbitro), quien queda investido de la facultad temporal de resolver con carácter definitivo y obligatorio, a través de una decisión denominada laudo arbitral, las diferencias que se susciten entre ellos.”*

Diremos otro tanto al respecto y es la necesidad de traer a colación las diferentes teorías que intentan descifrar la naturaleza del arbitraje, para así tener un marco que delimite el tema a tratar y poder ubicar el problema jurídico; dentro de las diferentes posturas doctrinales encontramos la “privatista que es el arbitraje como contrato, la postura procesalista<sup>1</sup> y la postura publicista, que ve el arbitraje como jurisdicción” (Castillo, 2017, p. 146); ésta última siendo la que mayor conflicto traería, dado que si los árbitros administran justicia de manera transitoria, el hecho de delimitar el tipo de procesos que pueden conocer iría en contraposición de la voluntad de las partes.

En contraste, existen publicaciones que no se limitan a encuadrar el arbitraje en una sola naturaleza, por el contrario, exponen una tesis mixta, “Ello en razón de que, si bien el arbitraje tiene

---

<sup>1</sup> La cual ve el trámite arbitral como un proceso de naturaleza especial, pero dentro de la jurisdicción ordinaria.

características propias y distintas, cuyo origen además reposa en la autonomía de la voluntad privada de las partes involucradas, subyace en su desenvolvimiento una impronta jurisdiccional.” (Vidal, 2006, p. 58)

Llegado a este punto, debemos de ubicarnos en los antecedentes del arbitraje nacional, para así poder comprender la teoría que la legislación y doctrina colombiana ha adoptado y a su vez aplicado, encontrando que un número considerable de tratadistas sitúan la cuna del arbitraje en la ley procesal colombiana (de mayo 14 de 1834), la cual incluyó el término “arbitro” facultando a los particulares para dirimir conflictos y disponiendo de unos requisitos solemnes para poder acudir a este mecanismo, limitando su competencia a asuntos susceptibles de transacción (Suárez, 1986, p. 69).

Avanzando en el tiempo, el legislador incluyó en el código de procedimiento civil todo lo referente al arbitraje civil y a su vez, el código de comercio añadió lo concerniente al arbitraje comercial, distinción que no tenía ninguna razón de ser, hasta tal punto que el gobierno nacional expidió el decreto 2279 del 7 de octubre de 1989, el cual derogó todas las disposiciones sobre el arbitraje; he aquí en pocas palabras la dicotomía que existe en torno al tema, razón por la cual no es viable encontrar por medio de la legislación la naturaleza del arbitraje y como se mencionó en líneas anteriores, la doctrina no es pasiva en éste asunto, donde la mayoría expone que se trata de una teoría mixta, entre privatistas y publicista, hipótesis que resulta la más acorde a lo recopilado en la investigación.

Resulta pertinente aclarar que al tratarse el arbitraje de naturaleza publicista (como jurisdicción), recae en los árbitros la función estatal de administrar justicia en sentido estricto, precisión que choca con la limitación que les impone la ley colombiana.

El tema que aquí nos interesa no tiene una posición doctrinaria mayoritaria; si bien es cierto el legislador prohíbe en el inciso quinto del artículo 1° de la ley 1563 de 2012 que los tribunales de arbitramento conozcan procesos de naturaleza ejecutiva y solo permite que se ventilen en esta

jurisdicción de carácter voluntaria asuntos de libre disposición y aquellos que autorice la ley, existen doctrinantes que afirman lo contrario y cuya posición es bastante coherente.

De esta circunstancia nace el hecho de que en virtud de proteger el orden público se limiten las facultades que tienen los árbitros, para que estos no puedan disponer del poder coactivo, no en vano la corte constitucional en la Sentencia T-057 de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, expuso que no es viable ampliar lo concerniente al ejercicio arbitral en temas que no ostenten la capacidad de disposición de las partes, en síntesis, no es constitucional el trasladar todos los asuntos de manera general, que bajo la función estatal conocen la jurisdicción ordinaria y/o contenciosa administrativa a los árbitros, dado que el estado no puede trasladar a los particulares su poder coactivo.

Hay otro aspecto que riñe con la anterior apreciación y se trata en lo contentivo en el artículo 87 de la Ley 510 de 1999<sup>2</sup> y el artículo 78 de la Ley 1676 de 2013<sup>3</sup>, preceptos legales que avalan la competencia arbitral en procesos de naturaleza ejecutivos, incluso en la sentencia C-1140 de 2000 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, en la que la Corte Constitucional declaró la Inexequibilidad de los artículos 35<sup>4</sup>, 36<sup>5</sup> y 37<sup>6</sup> de la Ley 546 de 1999, la ratio decidendi fue que dichas

---

<sup>2</sup> Artículo 87. Definición y ejecución arbitral. Al celebrar los contratos de crédito hipotecario y los de emisión de títulos de crédito hipotecario o en cualquier momento durante la vigencia de los mismos, las partes podrán convenir en que la definición de las diferencias surgidas de los contratos o de los títulos, y la ejecución de las obligaciones que en ellos constan, incluyendo el remate y venta de los bienes o su restitución forzosa, se confiará a la decisión de un árbitro, en los términos de los artículos siguientes.

<sup>3</sup> Artículo 78. Solución alternativa de controversias. Cualquier controversia que se suscite respecto a la constitución, interpretación, prelación, cumplimiento, ejecución y liquidación de una garantía mobiliaria, puede ser sometida por las partes a conciliación, arbitraje o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos, de conformidad con la legislación nacional y los tratados o convenios internacionales aplicables.

<sup>4</sup> Artículo 35. Pacto Arbitral. Se aplicarán las reglas previstas en el presente capítulo cuando entidades financieras que otorguen créditos para la construcción o adquisición de vivienda, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley, pacten con los deudores de dichos créditos cláusulas compromisorias o compromiso, con el objeto de deferir a un tribunal lo relacionado con el cumplimiento y la ejecución forzada de las obligaciones derivadas de dichos créditos. La cláusula compromisoria o el compromiso deberá constar por escrito.

<sup>5</sup> Artículo 36. Procedimiento Arbitral. Los procesos que, en relación con los asuntos mencionados en el artículo anterior, se sometan a la justicia arbitral, se adelantarán conforme al trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil para los procesos de ejecución con título hipotecario. Para su desarrollo, los árbitros tendrán las mismas funciones, deberes, facultades y atribuciones legalmente asignadas a los jueces en relación con dichos procedimientos. (...)

<sup>6</sup> Artículo 37. Costas y gastos. Las costas y los gastos a que haya lugar con ocasión del trámite de los procesos arbitrales previstos en el presente capítulo, incluidos los honorarios de árbitros y secretarios de los tribunales de arbitramento y los gastos fijados por éstos para el desarrollo del proceso arbitral, excluidos los honorarios del abogado del deudor, serán de cargo del acreedor, y su pago se hará conforme a las normas que regulan la materia en el procedimiento arbitral. (...)

leyes violaban el derecho a la defensa de los deudores y por ello el debido proceso, apreciación que da por entendido que, si se permitiera la defensa de los deudores y así dar cumplimiento al debido proceso, sería constitucional que un tribunal de arbitramento conociera de procesos ejecutivos.

Tras esta digresión abordemos el tema cautelar, es allí donde la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-431 de 1995, Magistrado Ponente, Dr. Hernando Herrera Vergara, reconoció que su naturaleza es evidentemente jurisdiccional, al respecto se dijo:

*“Las medidas cautelares, se les ha concebido como actos o instrumentos propios del proceso, mediante los cuales el juez está en condiciones de adoptar las medidas necesarias, **en orden a garantizar la satisfacción de un derecho material, o para su defensa a lo largo del proceso.** Tienen entonces, un carácter típicamente instrumental y provisional, en cuanto a su vigencia, aunado a su naturaleza jurisdiccional, respecto del acto del juez conducto del proceso.”*

(Subrayado y negrilla fuera del original)

En este punto la discusión toma los matices que señalan la prohibición de la jurisdicción arbitral de conocer procesos de naturaleza ejecutiva como la causal de la ineffectividad de las medidas cautelares dentro del proceso arbitral, téngase en cuenta que, si bien se pueden decretar y practicar las medidas cautelares, el hecho de no contar con el poder coactivo no hace estas medidas tan atractivas (en el litigio), bajo el presupuesto que será el juez ordinario quien finalmente ordene la ejecución del laudo.

Aquí nos preguntamos, si con las limitaciones de carácter coactivo con las que los árbitros cuentan, es pertinente solicitar dentro del proceso arbitral el decreto y la práctica de medidas cautelares, siendo estas últimas, unas actuaciones procesales a fin de ampliar el espectro de satisfacción de un derecho material.

Señalemos por último que en Colombia existen varias jurisdicciones; la Especial<sup>7</sup>, la

---

<sup>7</sup> Entiéndase por jurisdicción especial la de los pueblos indígenas (Artículo 246 de la Constitución Política de Colombia), y la jurisdicción especial para la paz.

Constitucional, la Contenciosa Administrativa y la Ordinaria, ésta última siendo la que desarrollaremos en las próximas líneas. Aclaremos esto bajo la premisa que es la jurisdicción ordinaria la que tendremos como base de nuestra investigación y será nuestro punto de comparación con el arbitraje.

## **1. Antecedentes de la tutela judicial y del arbitraje nacional en Colombia.**

### **1.1 Antecedentes históricos:**

La evolución de la raza humana trajo consigo cambios en las relaciones interpersonales, todo esto como consecuencia del incremento de la necesidad de relacionarse entre sí, lo cual terminaría en algún momento en crear conflictos entre los individuos que compartían un territorio, fue así como nació la obligación del estado y/o gobernante de fundar métodos para solucionar cualquier disputa y de paso garantizar los derechos de sus gobernados.

Desde el inicio de los tiempos, las antiguas generaciones, antepuestos a la aparición de historiadores y filósofos coinciden en la creación de unas normas de obligatorio cumplimiento, éstas más acordes a la espiritualidad, religión y creencias de la época, pero con el único fin de salvaguardar los derechos<sup>8</sup>, recaía en el estado la administración de justicia<sup>9</sup>, para citar un ejemplo, en la ley ateniense se dijo: “nuestra primera ley debe ser, que ninguno toque la linde que separa su campo de el del vecino y que nadie se atreva a mover la pequeña piedra que separa la amistad de la enemistad” (Coulanges, p. 55), pero qué pasaría si algún sujeto perteneciente a esta población incumpliera la ley, claramente la respuesta sería castigarlo o emplear un método coactivo que obligue al sujeto a cumplir

---

<sup>8</sup> Para el periodo en comento no se denominarían derechos, por el contrario, se llamaron juramentos y solo se buscaba la protección de las necesidades de la familia, parentesco o agnación, incluyendo a sus muertos; no está de más recordar que las primeras civilizaciones creían sobrenaturalmente en el hecho que los muertos conservaban su espacio, a los cuales se debían de alimentar y cuidar, el no hacerlo traía como consecuencia la aplicación de la ley, por contrariar las creencias.

<sup>9</sup> En la actualidad la administración de justicia la vinculan con el significado del derecho a la tutela judicial efectiva, inclusive en diferentes escritos se tienen como sinónimos.



con lo preceptuado, comprendemos que el fin es proteger a los demás sujetos y a la metrópoli en general, actuación que se denomina tutela judicial.

Observemos como la tutela judicial viene intrínseca en las relaciones de los seres humanos, no es de la actualidad que un Estado garantice la efectividad de la administración de justicia, justo es decir que desde la antigüedad dicha figura ha venido siendo empleada. Esta descripción será incompleta sin el análisis que hace la Corte Constitucional de Colombia al respecto, a lo cual mencionó:

*“Como es sabido, el propósito fundamental de la función judicial dentro de un Estado de derecho, es el de impartir justicia a través de diferentes medios, como son la resolución de los conflictos que se susciten entre particulares, o entre éstos y el Estado, el castigo a las infracciones a la ley penal y la defensa del principio de legalidad. Para ello, la administración de justicia debe descansar siempre sobre dos principios básicos que, a su vez, se tornan esenciales: la independencia y la imparcialidad de los jueces.”*

(Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996)

Aquí hemos de referirnos a la analogía que se entiende cuando hablamos de administración de justicia y el mencionado derecho a la tutela judicial efectiva, es así como en varios fallos de la Corte Constitucional los exponen como sinónimos, veamos un ejemplo:

*“El derecho a la administración de justicia también llamado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”. Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso.”*

(Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996)

Cabe concluir con lo mencionado hasta aquí que la tutela judicial ha estado presente desde la creación de la raza humana y como consecuencia de la evolución del hombre, dicha figura ha venido

mutando y perfeccionándose hasta ser reconocida ampliamente como derecho fundamental.

## 1.2 La administración de justicia en Colombia.

Al efectuar un análisis de la administración de justicia en Colombia, no podemos pasar por alto el hecho mismo de la creación del Estado; es sabido que la raza humana ha tenido diferentes formas de gobierno y cada una implementaba su prototipo de administración de justicia, referido a este contexto la importancia del derecho dentro del Estado y la sociedad, “no siendo el Estado otra cosa que el gobierno de una sociedad humana, no puede haber, lógicamente, Estado sin derecho” (Duguit, 1926, p. 197), conjunto con ello, es pertinente mencionar que el poder coactivo que tiene un estado debe tener un límite, el cual deberá estar dentro de un marco jurídico que armonice la relación Estado-Individuo.

No es una casualidad que la administración de justicia en Colombia, se encuentre en una rama independiente<sup>10</sup> la cual solo se encarga de impartir justicia, esto por mandato del artículo 228 Constitucional que reza:

*“La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”*

(Constitución Política de Colombia de 1991)

Queda definido que la administración de justicia está en cabeza del Estado, pero existe un gran cambio con la promulgación de nuestra actual Constitución Política, dado que, con la carta magna

---

<sup>10</sup> Es independiente respecto de su formación, pero se debe tener claro que no goza de una emancipación completa por tanto su presupuesto lo propone anualmente el presidente, presupuesto que aprueba el congreso de la república y que finalmente administra la rama ejecutiva, dado que los dineros son girados directamente desde la cartera nacional (ministerio de hacienda), esta dependencia económica ha traído consigo inquietudes que versan sobre la autonomía de la mencionada rama.

anterior, es decir la promulgada en el año de 1886, orientó que solo los jueces de la república podían administrar justicia, posición que se modificó en vigencia de la Constitución Política de 1991, por cuanto en su artículo 116<sup>11</sup> menciona:

*“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.*

*El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.*

*Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.*

*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de **administrar justicia** en la condición de jurados en las causas criminales, 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.”* (Constitución Política de Colombia de 1991)

(Subrayado y negrilla fuera del original)

Ha llegado el momento de dilucidar que a pesar de que la función de administrar justicia recae completamente en el Estado, éste puede investir de tales funciones a autoridades administrativas y a particulares, tales precisiones no hacen que cambie en absoluto la naturaleza de la función de administrar justicia, no es fortuito que la honorable Corte Constitucional haya mencionado al respecto que:

*“El arbitramento representa un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido, y claramente consagrado por el ordenamiento jurídico; es más, dicho instituto goza de autorización constitucional expresa, con determinadas características, en donde los árbitros quedan investidos transitoriamente, de la función de administrar justicia, con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades, en razón de haber quedado habilitados por las*

---

<sup>11</sup> Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 3 de 2002 - Gacetas Asamblea Constituyente de 1991: 4, 25, 29, 33, 59, 78, 105 y 115

*partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que señale la ley.”*  
(Corte Constitucional, sentencia C-242 de 1997)

Desde este punto de vista, comprendemos que los particulares que administren justicia quedan investidos transitoriamente de la aludida función constitucional, brindando su colaboración y sus conocimientos en el desarrollo de la función pública de salvaguardar la tutela judicial efectiva.

### 1.3 Mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia.

En contraste con la administración de justicia y la necesidad de garantizar el respeto de los derechos de los ciudadanos, el mismo Estado abrió la posibilidad a la creación de métodos que dieran una solución efectiva a un conflicto de derechos sin la necesidad de acudir a un proceso judicial<sup>12</sup>, buscando, primero la descongestión de los despachos judiciales y segundo satisfacer de una manera práctica las necesidades legales de quienes opten por estas vías de solución.

Al igual que la mayoría de los conceptos y/o figuras legales, los mecanismos alternativos de solución de conflictos remontan su creación a la edad antigua, momento en el cual se dieron situaciones que permiten considerar que se recurrió a componentes diferentes para la solución de conflictos. En las anteriores palabras, advertimos que para la época no se denominaban como en la actualidad, al respecto se aclaró que “los mecanismos actualmente categorizados como alternativos fueron en realidad anteriores a la justicia restaurativa<sup>13</sup> puesto que estos eran algunos métodos mediante los cuales las civilizaciones resolvían sus controversias, tiempo después fueron olvidados cuando nació el estado moderno, ya que el estado como máximo órgano se convierte en el creador de

---

<sup>12</sup> El accionar el aparato jurisdiccional en busca del reconocimiento de un derecho vulnerado es la manera más recurrente utilizada por los ciudadanos colombianos, lo cual trae como consecuencia que la mora judicial crezca, lo anterior con base a la cantidad de procesos judiciales que debe conocer cada despacho judicial.

<sup>13</sup> La justicia restaurativa es un sistema de justicia que intenta subsanar los problemas presentados por las formas retribucionistas en las cuales se procura resarcir el daño acaecido, a través del castigo impuesto a los individuos o de la negociación. A diferencia del carácter sancionador e individualista de dichos modos de punición, la justicia restaurativa se caracteriza por su posición abolicionista respecto a las formas tradicionales de castigo y, a su vez, restauradora de los vínculos sociales alterados por la transgresión a la ley. Sus fundamentos teóricos se encuentran en las concepciones filosóficas y jurídicas de Aristóteles, Johann Gottlieb Fichte y Georg Wilhelm Friedrich Hegel en torno a la idea de comunidad. (Patiño, 2015, p. 23)

las decisiones judiciales” (Pérez, 2011, p. 110), pero no entraremos a hacer un examen exhaustivo al respecto, bajo la premisa que lo importante es entender el concepto general de los mecanismos alternativos para ubicarnos finalmente en el arbitraje; en este punto de nuestras meditaciones, luego de esbozar diferentes conceptos, podemos decir que los mecanismos alternativos de solución de conflictos son instrumentos que brinda el estado a los ciudadanos que incluyen diferentes posibilidades con el único fin de dar por terminado un conflicto por sí mismos o con ayuda de un tercero imparcial, evitando con esto, accionar el aparato jurisdiccional. En el curso de esta búsqueda encontramos conceptos que exponen que:

*“Los mecanismos alternativos de solución de conflictos son una vía alterna a la justicia formal o procesal, eminentemente voluntaria, de impartir justicia de corte restaurativo, lo que genera un cambio en la concepción del derecho de acceso a la justicia, y con una finalidad más encaminada a beneficiar a las víctimas, aunado a los esfuerzos por parte de los entes estatales de administrar justicia de forma efectiva.” (Becerra, 2009, p. 271)*

Después de todo, a pesar de que existen un número plural de definiciones, vemos que todas se encaminan a un mismo punto, administrar justicia de forma efectiva<sup>14</sup>, sobre todo en relación con la comparación del tiempo empleado en acudir a la justicia formal o acudir a un método alternativo.

Antes de continuar, es oportuno el traer a colación las ventajas que a criterio de la Corte Constitucional se obtienen al acudir a métodos alternos, en contraste se dijo:

*“La jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, que puede resumirse así: (i) **buscan hacer efectivo uno de los fines constitucionales como el de la convivencia pacífica;** (ii) **permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos;** (iii) **son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia,** y (iv) **son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial.** (Corte Constitucional, sentencia C-222 de 2013)*

---

<sup>14</sup> Becerra, 2009, p. 271

(Subrayado y negrilla fuera del original)

Como dijimos al principio, la creación de un camino diferente para ponerle fin a un conflicto, va directamente relacionado con procurar la descongestión judicial y la rápida solución que se le pueda dar a una litis.

Ya hemos, pues, descubierto un margen amplio de la generalidad de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, ahora ubiquémonos geográficamente en Colombia, en donde se habló por primera vez de un método alternativo en la ley 13 de 1825, bajo la cual ningún proceso civil que sea contencioso se adelantará sin haber agotado el requisito de conciliación previa (López, 1992, p. 7), con posterioridad se implementó la conciliación en los asuntos laborales<sup>15</sup>.

Posteriormente la normatividad al respecto fue aumentando, se profirió el decreto 2158 de 1948, el cual facultó a las partes de acudir a una audiencia pre judicial, luego se sancionaron los decretos 3743 y 2663 de 1950, los cuales regularon temas en asuntos laborales (Valdés, 2000, p. 47), y finalmente con la expedición del código de procedimiento civil se instó a celebrar una audiencia en la cual se adelantara una etapa de conciliación<sup>16</sup>, en la cual el juez<sup>17</sup> buscaba con ayuda de las partes opciones viables para dar por finalizada la litis sin tener que agotar todas las etapas del proceso.

Avanzando en el tiempo, encontramos que la constitución política de Colombia, en su artículo 116 permitió que los particulares fuesen investidos temporalmente de la función de administrar justicia, lo cual amplió el margen de acceso a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, tanto así que en la ley 446 de 1998<sup>18</sup> recogió todas las disposiciones sobre la materia, lo cual incluía conciliación en materia contenciosa administrativa, conciliación extrajudicial y lo referente al

---

<sup>15</sup> Ley 120 de 1921

<sup>16</sup> Artículo 101 del decreto 1400 de 1970

<sup>17</sup> Al ser el juez el director del proceso, es el único que puede intentar acercamientos entre las partes, para así salvaguardar el principio procesal de inmediación.

<sup>18</sup> Diario Oficial 43335 del 8 de julio de 1998.

proceso arbitral.

Finalmente, con la expedición de la ley 640 de 2001<sup>19</sup>, se buscó crear una cultura de auto solución de conflictos y materializar uno de los objetivos de estos mecanismos, lograr la tan anhelada descongestión de los despachos judiciales, meta que no se ha podido concretar, ya que como es natural, en la mayoría de asuntos, la preferencia de los usuarios de la justicia es acudir directamente a la jurisdicción ordinaria.

#### 1.4 Naturaleza del arbitraje nacional adoptado por Colombia.

A primera vista, pareciera que en el arbitraje no tiene relevancia alguna su naturaleza jurídica, esto bajo el presupuesto que al ser las partes las que habilitan el tribunal de arbitramento, se entendería que se trata de un proceso diferente, empero, todo lo relacionado con decreto y práctica de pruebas, allanamiento, amparo de pobreza, auxiliares de la justicia, caducidad, medios exceptivos, cauciones, coadyuvancia, comisión, comparecencia, curador ad-litem, declaración de parte, confesión, dictamen pericial y otras figuras jurídico-procesales, se remitirán al código general del proceso, cual si fuera un proceso ante la jurisdicción ordinaria, de allí que, a pesar de que tal estudio sea solo de carácter académico, es necesario para comprender la realidad de la práctica del arbitraje, dado que si se trata de una naturaleza contractual los árbitros tendrían más libertad; entiéndase que son las partes quienes voluntariamente entregan la facultad de examinar un caso en concreto y darle una solución por medio de un laudo, pero si se trata de una visión jurisdiccional, claramente los árbitros tendrían más limitantes y rigorismos, dado que están administrando justicia a nombre del Estado.

Admitamos así que aquí nuestro tema recuerda que, bajo diferentes legislaciones, las facultades de los árbitros son limitadas, verbigracia en el caso de Italia, Argentina y Brasil<sup>20</sup> los árbitros tienen

---

<sup>19</sup> Antes de la sanción de esta ley se había proferido el decreto 1818 de 1998, el cual hacía un compendio de amigable composición, conciliación y arbitraje, pero el Consejo de Estado por medio de sentencia dentro del proceso con radicado número 5191 de 1999, Consejo Ponente, DR. Juan Alberto Polo Figueroa, declaró su nulidad, bajo la premisa que el referido decreto quiso revivir normatividad que no se encontraba vigente para la época.

<sup>20</sup> No son las únicas legislaciones que plantean tales restricciones.

prohibido por mandato legal decretar y/o levantar medidas cautelares, funciones que solo recaen en los jueces, lo cual nos hace preguntarnos si el árbitro administra justicia en analogía a un juez o solo cumple una misión encomendada por un tercero<sup>21</sup>, incluso se ha mencionado que:

*“La misión conferida al árbitro va más allá del marco de la función jurisdiccional clásica, que le es ordinariamente otorgada. El árbitro tiende a convertirse en una especie de regulador de un contrato en proceso de formación o de ejecución, respecto del cual se le encomienda, según el caso, completarlo, adaptarlo a las nuevas situaciones o ajustarlo para que supere las divergencias que existen entre las partes. Esto nos conduce a preguntarnos sobre el verdadero título, en virtud del cual interviene: ¿lo hace en calidad de árbitro, es decir, como un juez investido de poder jurisdiccional? O ¿simplemente en calidad de tercero que actúa en nombre de las partes, como un mandatario común o un experto? (Oppetit, 2006, p. 11)*

Acudimos a estos interrogantes para armonizar el tema y vislumbrar la importancia que tiene la naturaleza jurídica del árbitro en la práctica, esto en cuanto en varios laudos bajo estudio, encontramos que el laudo no era una decisión caprichosa, observamos que el tribunal ordenaba tomar ciertas medidas contractuales a cada una de las partes, para así minimizar las pérdidas y permitir la continuación de la ejecución del contrato base de la litis que se ventiló en el tribunal de arbitramento, en síntesis, la decisión que tomo dicho tribunal fue ajustar el contrato y permitir la continuidad de su ejecución, solución que era la menos perjudicial para las partes.

Para los fines de nuestro argumento, comenzaremos explicando brevemente las diferentes posturas sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, empezando por la teoría publicista, tal vez la más mencionada por la doctrina, la cual expone que el arbitraje no debe mirarse desde la cláusula compromisoria o el compromiso, por el contrario, lo relevante del asunto es que será un tercero

---

<sup>21</sup> Puede compararse con que el árbitro es un mandatario y deba cumplir el objeto de un contrato, que para el evento en concreto emplee todos sus conocimientos y aplique el derecho a un caso específico, todo dentro de las condiciones pactadas con el o los mandantes.



imparcial, llámese juez o árbitro quien entrará a decidir una controversia jurídica y no económica, en idénticos términos que lo haría un juez. Adviértase que, a pesar de todo, los árbitros están investidos de autoridad, pero no cuentan con la potestad de ejecutar, poderío que solo recae en el estado, de ahí que requieran de la justicia ordinaria<sup>22</sup> para ejecutar sus laudos (Merino, 2006), pero los asuntos ventilados, fallados y ejecutoriados en la justicia arbitral son cosa juzgada y gozan de su inmutabilidad, totalmente equiparable a una sentencia en la justicia ordinaria.

Referido a este contexto, encontramos la teoría contractualista, que tiene como bases que los árbitros son terceros imparciales, pero, sus funciones, poderes y limitaciones son consecuencia explícita de lo pactado en el contrato y no del Estado, es decir deben dar solución a la litis con base en el acuerdo celebrado (Martínez, 2008), aunando lo anterior, ven trascendental el hecho que los árbitros son elegidos directa o indirectamente<sup>23</sup> por las partes y que al ser la ley la que impone la obligación de que para acudir al arbitraje debe existir compromiso o cláusula compromisoria, la misma ley tipifica un contrato, tanto así que aunque el laudo lo asemejen a una sentencia proferida por un juez, no son providencias judiciales de la misma categoría. (Gil, 2010)

Tenemos, en consecuencia una tercera teoría, la mixta, la cual extrae los principales argumentos de las dos teorías mencionadas anteriormente y las une bajo el presupuesto que si bien para acudir al arbitraje se debe de cumplir un requisito sine qua non, que es el suscribir la cláusula compromisoria o el compromiso, no es menos importante que el laudo tiene las mismas consecuencias jurídicas de una sentencia, máxime que los árbitros son investidos de poderes y facultades reservadas exclusivamente para los operadores judiciales (Gil, 2010). Con esto en mente, esta teoría es la más adoptada por los tratadistas y defienden la posición en virtud de que el derecho es cambiante y lo que

---

<sup>22</sup> Recordemos que éste trabajo se hace en comparación y en el marco jurídico de la justicia ordinaria, de ahí, que siempre que elevemos ejemplos comparativos se hacen con la mencionada jurisdicción, pero es de aclarar que en el hipotético evento en que el juez natural para conocer de un asunto sea el contencioso administrativo, será ésta jurisdicción, quien por competencia deba conocer sobre la ejecución del laudo.

<sup>23</sup> Se dice que indirectamente en el evento que se haya pactado o se llegue a pactar un método diferente al de elección directa de los árbitros, pero finalmente son las partes quienes eligen como conformar el tribunal.

pudo tratarse de un contrato, pasó claramente a ser potestad exclusiva del Estado y que en la actualidad fusionaron la voluntad de las partes para acudir a un tribunal especializado junto con las condiciones legales reguladas por el Estado para administrar justicia en su nombre.

Es pertinente el traer a colación la teoría autónoma, defendida por el tratadista Julian Lew, quien dice que no puede mencionarse una naturaleza para el arbitraje en general, ni siquiera la mixta, para él depende del caso en concreto y el fin que se busque en el mismo, de esto dependerá la naturaleza jurídica del arbitraje.

Difícil es ubicar el arbitraje Colombiano en una teoría, pero al momento de examinar laudos arbitrales nacionales, encontramos que claramente están administrando justicia en los términos legales creados para tal fin, pero a la vez, la facultad de acudir a un tribunal de arbitramento, la conformación del tribunal y ciertos aspectos puntuales en cada caso, hacen que sea claramente regidos por el pacto celebrado entre las partes, siendo así, concluimos que el arbitraje nacional Colombiano tiene una naturaleza mixta, bajo el presupuesto que los árbitros son investidos transitoriamente de la función de administrar justicia y a la vez, la creación de dicho tribunal debe ser consecuencia de un pacto contractual entre las partes<sup>24</sup>.

### 1.5 Deberes y facultades de los árbitros.

Es significativa la importancia que tiene el identificar los deberes de los árbitros, bien se sabe que al administrar justicia estarían en igualdad de condiciones que un juez de la república, aunque recordemos que respecto a las facultades existen unas sutiles diferencias.

Ahora veamos que las obligaciones de un árbitro se dividen de cierta manera en tres momentos esenciales que son: antes, durante y después del trámite arbitral. Comencemos por evocar los deberes

---

<sup>24</sup> Un interrogante al respecto es el que elevan los llamados en garantía a un proceso arbitral, dado que sí es requisito el pacto contractual (denomínese cláusula compromisoria o compromiso), para acudir al arbitraje, ellos no estarían legitimados para acudir a tales procesos, bajo el presupuesto que los llamados en garantía no suscriben ningún pacto, pero si están sometidos a las decisiones que se ventilen en procesos arbitrales en los cuales se haya aceptado el llamamiento, fundamentos que dan más peso a que la naturaleza jurídica del arbitraje sea procesalista.

que plasma el artículo 15 de la ley 1563 de 2013, el cual impone a los árbitros el deber de información<sup>25</sup>, es decir, informar si en algún evento ha coincidido con alguna de las partes o de sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, así como en trámites administrativos o algún otro asunto profesional, esto incluye a los miembros de la oficina de abogados a la que pertenece, haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en el curso de los dos últimos años, de manera similar si existen relaciones de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados<sup>26</sup>.

De no advertir los datos mencionados en las líneas anteriores, traería como consecuencia que se declarara la incompetencia bien sea del árbitro y/o secretario, so pena de ser recusados; vemos una diferencia notable en comparación con un juez de la jurisdicción ordinaria, quien no tiene el deber de informar tales eventos, toda vez que por el número de procesos que conoce, es muy probable que haya coincidido con alguna de las partes o de sus apoderados. Corresponde preguntarse si tal obligación consagrada en el artículo 15 de la ley 1563 de 2013, es realmente necesaria. Partamos desde la buena fe y el profesionalismo de quienes ostentan el título de árbitros, para lo cual serían suficientes las medidas que se le imponen a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria respecto de los impedimentos; como quiera que se mencione, es deber de los árbitros al aceptar la designación y el informar los eventos estipulados en la ley, compromiso que se mantiene a lo largo del trámite arbitral, dado que de sobrevenir algún acto que pueda generar a las partes dudas sobre su imparcialidad o independencia, éste deberá ser informado de inmediato.

Aunque parezca irrelevante, otra obligación de los árbitros es contar con el tiempo suficiente para poder atender el tema, es decir, poder acudir a las audiencias, llevar a cabo la preparación de las

---

<sup>25</sup> Esta misma obligación cobija al secretario (a) que haya sido designado.

<sup>26</sup> Artículo 15 de la ley 1563 de 2012

mismas, estudiar las pruebas<sup>27</sup>, proyectar decisiones y participar activamente en la elaboración del laudo, todo esto sin dejar de lado que se debe contar con la experticia que el asunto requiera, para poder entender el contenido de los derechos debatidos y así aplicar ese conocimiento al caso encomendado.

Finalmente, es deber de los árbitros el proferir un laudo oportuno<sup>28</sup>, que vislumbre la realidad de lo debatido, obligación que también tienen los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria, aunque en este último caso, los términos para proferir sentencia son más extensos<sup>29</sup>.

Respecto de las facultades de los árbitros, al administrar justicia de forma temporal quedarán investidos de las mismas atribuciones que tienen los jueces de la república, bajo el entendido que los árbitros al ser “jueces” ad-hoc, solo podrán inmiscuirse en temas relacionados estrictamente al asunto que están conociendo, tanto así que el artículo 16 de la ley 1563 de 2012, expresa que el control disciplinario de los árbitros, los secretarios y los auxiliares de los tribunales arbitrales, se regirán por las normas disciplinarias de los servidores judiciales y auxiliares de la justicia. Comprendemos que la ley otorga a los árbitros la potestad de actuar como autoridad judicial, sin delimitar su accionar en lo que respecta al asunto bajo su estudio, no obstante, es de aclarar que hay una prohibición legal para los tribunales de arbitramento de conocer ciertos asuntos, verbigracia los litigios de naturaleza ejecutiva, los cuales están reservados exclusivamente para la jurisdicción ordinaria.

---

<sup>27</sup> Entiéndase por pruebas la recepción de testimonios, la práctica de interrogatorio de parte, la convalidación de peritajes y de ser el caso la contradicción del mismo, el estudio de documentos y en síntesis todos aquellos elementos utilizados para llevar al tribunal y/o arbitro al convencimiento.

<sup>28</sup> Recordemos que el artículo 10 de la ley 1563 de 2012, expone, salvo pacto en contrario, que el término de duración del proceso arbitral será de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, incluyendo si se hace necesario la notificación del auto que aclare, corrija o adicione el laudo.

<sup>29</sup> Con la expedición de la ley 1564 de 2012 "Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones", mandato legal que expone en su artículo 121 que el término para proferir sentencia de primera instancia será de un año, prorrogable por seis meses más y para resolver la segunda instancia, será por un término de seis meses, prorrogable por otro tanto igual; aunque es menester de aclarar que la Honorable corte constitucional en sentencia C-443 de 2019, M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez, declaró la INEXEQUIBILIDAD de la expresión “de pleno derecho” contenida en el inciso 6 del artículo 121 del Código General del Proceso, y la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del resto de este inciso, en el entendido de que la nulidad allí prevista debe ser alegada antes de proferirse la sentencia, y de que es saneable en los términos de los artículos 132 y subsiguientes del Código General del Proceso, decisión que extiende el tiempo para que sea proferida la sentencia, tanto de primera como de segunda instancia.

## **1.6 Antecedentes Normativos:**

No continuaremos exponiendo conceptos, doctrina y/o jurisprudencia, nos adentraremos al campo netamente normativo, con el único fin de lograr ubicar legalmente el nacimiento del arbitraje en Colombia.

Comencemos por evocar que desde que la sociedad dejó de ser nómada para convertirse en grupos sedentarios se hizo latente la necesidad de crear una serie de normas que garantizaran la protección de un mínimo de derechos, por lógica no podemos comparar lo que sucedía en la edad antigua, llámese imperio egipcio, persa, romano y/o griego con la actualidad, bien sabemos que para la época en mención los derechos eran solo para una clase limitada de personas, quienes equiparaban el poder ejecutivo, legislativo y el judicial.

Precisa advertir, que el desarrollo de la sociedad trajo consigo que las normas fueran evolucionando, cada vez más garantistas y universales, pero sin perder jamás su finalidad, garantizar derechos, sin hacer a un lado que cada derecho trae consigo una obligación.

Respecto a lo que nos atañe, Colombia hizo parte de un territorio extenso que estuvo dominado por la corona española, motivo por el cual se encontraba supeditada a las leyes españolas y a su virreinato, mismas leyes españolas que llevaron a los comuneros a levantarse contra la corona, como consecuencia de los altos y excesivos impuestos dictados por el gobierno central, éste movimiento se expandió rápidamente por todo el territorio Colombiano y trajo como consecuencia la independencia que finalizó con el nombramiento de Simón Bolívar como presidente y de Francisco de Paula Santander como vicepresidente.

De estas circunstancias nace el hecho que se convocara al congreso de angostura (ciudad hoy venezolana), donde se expidió la constitución de la Gran Colombia, queriendo unir a los actuales territorios de Venezuela, Ecuador y Colombia en un solo estado, sueño que duró poco; veamos lo que significó la expedición de esa primera constitución, desde la cual nace el principio de legalidad y es

desde allí donde comienza toda la contextualización de las leyes que hoy se encuentran vigentes en Colombia, incluyendo el estatuto arbitral.

También cabe nombrar que debido al dominio español, las instituciones jurídicas tuvieron influencia de las corporaciones españolas, de ahí que se hable en varios textos que el antecedente real del arbitraje viene de unas partidas del rey Alfonso de España, que menciona al arbitraje como una forma de “juez de arreglo”, pero al recapitular después de la batalla libertadora, el antecedente legal mediato es la primera constitución, dado que de ahí deviene la verdadera voluntad del pueblo Colombiano, dejando sin validez los anteriores mandatos conquistadores.

La tesis que guarda mayor relevancia dentro de la doctrina, es la que ubica a la ley del 14 de mayo de 1834 como la precursora del arbitraje en Colombia, dado que fue la que abrió la posibilidad a terceros que no ostentaban la calidad de jueces y magistrados, de conocer pleitos, en busca de una solución amigable, cabe anotar que, para poder acudir a tal instancia, se debía contar con un acuerdo y este tener la calidad de instrumento público.

Posterior se promulgó la ley 57 de 1887, la cual unificó la legislación nacional de la época, incorporando en su artículo 94<sup>30</sup>, al arbitraje como mecanismo para resolver diferencias, siempre y cuando el núcleo esencial de la disputa se tratara de materia transigible y sujeto a transacción.

En el curso de esta búsqueda el estado colombiano no escatimó esfuerzos es legislar en la materia, pero fue solo hasta la promulgación de la ley 2 de 1938, en la que se aprobó la aplicación del arbitraje en controversias futuras, dando así nacimiento a la cláusula compromisoria que hacemos uso en la actualidad; a su vez incorporó la facultad de las partes de elegir a los árbitros que dirimieran los conflictos, así como designar tal atribución a terceros o dejarlos al zar.

---

<sup>30</sup> Ley 57 de 1887. Artículo 94. “Las personas capaces de transigir, que pueden ser materia de transacción, pueden someterlas, sea cual fuere el estado del juicio, y aun antes de que éste se inicie, al conocimiento y decisión de los Magistrados de los Tribunales o de los Jueces según la cuantía, para que estos funcionarios decidan sumariamente dichas controversias, ya como árbitros (...)

Reconozcamos que el estado colombiano toma la legislación como un deporte, comentario basado en el número tan elevado de fuentes normativas sobre arbitraje que encontramos, hasta tal punto que se incluyó en el código de procedimiento civil lo concerniente al arbitraje civil y en el código de comercio lo que respecta al comerciante, siendo este último una copia del procedimiento arbitral normado en el código procedimental civil, regulación que no aportaba nada y si creaba una ambigüedad innecesaria (Devis, 1977, p. 683), todo esto continuó hasta la expedición de la ley 1563 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, momento en el cual se recopila toda la legislación sobre el tema y se da el cambio a la oralidad, en consonancia con lo normado en el código general del proceso.

#### 1.7 Concepto del arbitraje.

Antes de continuar, es menester insistir en la visión que expone la Corte Constitucional Colombiana al respecto del arbitraje, con el fin de entender constitucionalmente la posición del arbitramento, esta institución mencionó al respecto:

*“En nuestro ordenamiento jurídico, el arbitramento se define a partir de dos elementos constitutivos básicos: (1) la función principal de los árbitros es la de resolver en forma definitiva una disputa, conflicto o controversia, de índole fáctica o jurídica - por lo cual, desde esta perspectiva, los árbitros cumplen una función de tipo jurisdiccional; y (2) la fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros no es un acto del Estado - aunque es la Constitución Política la que provee su fundamento último-, sino un contrato o acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, mediante el cual han "habilitado" a los árbitros.*

*(...)*

*El artículo 116 superior no deja duda sobre la naturaleza jurisdiccional de las atribuciones que se confieren a los árbitros, al disponer que éstos pueden ser investidos excepcional y transitoriamente de la función de administrar justicia. El carácter jurisdiccional de la función arbitral se deriva, a su vez, del hecho de que, mediante el pacto arbitral, las partes sustraen el caso concreto de la competencia del sistema estatal de administración de justicia, que es sustituida por el tribunal de arbitramento - el cual no constituye una jurisdicción autónoma y permanente, sino una derogación del sistema estatal*

*de administración de justicia para el negocio en cuestión.”* (Corte Constitucional, sentencia de Unificación 174 de 2007)

En relación con el texto citado en líneas anteriores, es totalmente claro que la naturaleza mixta del arbitraje nacional sea determinante a la hora de emitir un concepto, puesto que si se tratare de una índole netamente jurisdiccional o exclusivamente contractual los deberes y obligaciones estarían enmarcadas bajo unos presupuestos alternos, diferentes a los que ostenta un sistema mixto, como el colombiano; con esto en mente, aclaramos que el concepto que hemos construido no puede ser tenido en cuenta desde un ámbito general o universal, puesto que dependiendo al ordenamiento jurídico de cada estado y la misma normatividad del arbitraje dará como resultado una noción diferente, tal vez muy sutiles, pero que pueden llegar a cambiar la perspectiva.

Llegado a este punto, luego de hacer un análisis de diferentes aspectos del arbitraje, es dable emitir un concepto al respecto para avanzar en nuestro estudio y delimitar el objeto de nuestra investigación.

En relación con el concepto del arbitraje el profesor Jorge Gil, sostuvo que:

*“el arbitraje es un procedimiento judicial sui generis, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiere la solución de conflictos privados transigibles a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría y los mismos efectos que una sentencia judicial.”* (Gil, 2002, p. 33)

Encontramos otros conceptos más adaptados al ámbito comercial, pero que, en términos generales, guardan la estructura básica del arbitramento nacional, a lo cual se dijo que el arbitraje:

*“Es el proceso por el que varias partes, no necesariamente comerciantes, encomiendan a uno o a tres árbitros la solución de determinadas controversias sobre asuntos comerciales susceptibles de ser transigidos, tarea que deben hacer en un periodo determinado, mediante sentencia -laudo- que puede ser dictada en derecho o en conciencia, y que hace tránsito a cosa juzgada, asumiendo las partes los gastos de funcionamiento del tribunal arbitral y los honorarios del árbitro o de los árbitros.”* (Martínez, 1988, p. 7)



Finalmente, la Corte Constitucional también se pronunció al respecto, indicando que:

*“El arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, ha de entenderse como la derogación que hacen las partes involucradas en un conflicto o precaviendo su existencia, de la jurisdicción en cabeza del Estado y en favor de un particular (árbitro), quien queda investido de la facultad temporal de resolver con carácter definitivo y obligatorio, a través de una decisión denominada laudo arbitral, las diferencias que se susciten entre ellos.” (Corte Constitucional, sentencia C-098 de 2001)*

Con todo y lo anterior, cabe concluir al respecto que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en el cual existe una característica jurisdiccional, que solo puede ser invocada al existir un acuerdo contractual entre las partes para sustraer la competencia del sistema Estatal de administración de justicia, facultando a un tercero imparcial denominado árbitro para que dirima sus diferencias por medio de una decisión denominada laudo arbitral, decisión que trae inmersas las mismas consecuencias que una sentencia judicial.<sup>31</sup>

En este punto, en sentido general el concepto anterior reúne las características principales para lograr entender el arbitraje y así desarrollar por completo nuestro tema de investigación.

## **2. Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico colombiano.**

### **2.1. Generalidades y concepto.**

Es interesante examinar el origen de las medidas cautelares, encontrando que su procedencia se remonta al termino latín *catus* y *cautela*, que traduce precaución, entendiendo que su fin es prevenir;

---

<sup>31</sup> Existe una paradoja al respecto, dado que un requisito *sine qua non* para poder acudir al arbitraje es que exista un contrato, pacto, cláusula compromisoria o compromiso, de otro modo el avocar conocimiento por parte del tribunal estaría viciado de nulidad, procediendo el recurso de anulación contra el laudo arbitral (artículo 40 y 41 de la ley 1563 de 2012), lo curioso es que los llamados en garantía deben concurrir al proceso, de otro modo sus intereses pueden verse afectados al no ejercer su derecho a la defensa; para ilustrar éste planteamiento, donde llegare a existir condena en la cual haga responsable directo o solidario al llamado en garantía, el laudo proferido es totalmente oponible a este último, aún sin suscribir ningún contrato, pacto, cláusula compromisoria o compromiso, lo cual estaría vulnerando su derecho a la libertad contractual y estaría imponiendo una especie de fuero de atracción. De lo anterior se ha especulado mucho, sin que el legislador haga parte, dejando todo en manos de los jueces y magistrados, quienes conocen de las acciones de tutela interpuestas por los posibles afectados.

para el caso bajo estudio, será el de precaver el cumplimiento de una orden de carácter legal y/o judicial, o en su defecto adoptar circunstancias que vayan encaminadas a restablecer un derecho, suprimir y/o prevenir un abuso o mermar un daño. (Anaya, 2010, p. 127).

Podríamos hacer un examen interminable de doctrinantes y decisiones judiciales, para poder emitir un concepto que reúna todos los elementos que giran alrededor de las medidas cautelares<sup>32</sup>, pero por simplicidad tomaremos lo que a nuestro criterio incluye las características fundamentales de las cautelas, las cuales:

*"suponen una anticipación a la garantía constitucional de defensa de los derechos, al permitir asegurar bienes, pruebas, mantener situaciones de hecho o para ayudar a proveer la seguridad de personas, o de sus necesidades urgentes. Su finalidad es evitar perjuicios eventuales a los litigantes presuntos titulares del derecho subjetivo sustancial, tanto como la de facilitar y coadyuvar al cumplimiento de la función jurisdiccional, esclareciendo la verdad del caso litigioso, de modo que sea resuelto conforme a derecho y que la resolución pertinente pueda ser eficazmente cumplida"* (Buonghermini, 2011, p. 2)

Es dable indicar que las medidas cautelares son disposiciones las cuales se pueden acoger antes y durante el trámite de un proceso para asegurar o garantizar la eficacia y eficiencia de los derechos objeto de litigio judicial; siendo decisiones de carácter jurisdiccional acogidas por los administradores de justicia, que pueden ser de oficio o a solicitud de parte, contando con atributos propios y funciones específicas en todo litigio fáctico y/o jurídico.

Dentro de la sentencia C-431 de 1995 M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, la Corte constitucional alude temas de las medidas cautelares en cuanto a que: (I) son instrumentos propios del proceso, (II) se pueden adoptar las medidas necesarias para salvaguardar un derecho, (III) tienen carácter

---

<sup>32</sup> A nuestro juicio, nuestro tema de investigación no es el de inmiscuirnos en la exegesis de la cautela, su origen, su evolución en el estado, su aplicación y sus resultados dentro de las diferentes jurisdicciones, toda vez que el núcleo central del trabajo, versa en entender el arbitraje como modelo de solución de controversias y una vez ubicados allí, identificar si las medidas cautelares cumplen su cometido en esta instancia, por eso podemos decir que con entender el concepto de las medidas cautelares, será suficiente para seguir el hilo de la investigación.

instrumental, (IV) son provisionales, (V) son de naturaleza jurisdiccional y (VI) su finalidad esencial es asegurar la satisfacción del reconocimiento de un derecho en disputa.

En definitiva, las medidas cautelares fomentan el principio de eficacia de la administración de justicia, con base en los artículos 13, 228 y 229 de nuestra Constitución política, convirtiéndose estas cautelas en un mecanismo complementario dentro del desarrollo judicial de un asunto bajo estudio; utilizadas como herramientas para acceder a la tutela judicial efectiva y favorecer a la igualdad judicial, consolidando la defensa de los derechos fundamentales<sup>33</sup>.

Quisiéramos añadir, para una mayor comprensión lo expuesto por el órgano de cierre constitucional, el cual, mediante sentencia C-774 de 2001 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, concretó su concepto y declaró que las medidas cautelares están relacionadas a un proceso legal que ya comenzó o se suscitará, desarrollándose con esto su esencia jurisdiccional, definiéndolas como:

*“Aquellas disposiciones que por petición de parte o de oficio, dispone la autoridad judicial sobre bienes o personas, cuyo objeto consiste en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial.”*

De manera similar, en sentencia C-039 de 2004 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, se dijo que:

*“Las medidas cautelares son instrumentos procesales para asegurar la efectividad de los derechos judicialmente declarados, y han sido consideradas como un componente del derecho de acceso a la Administración de Justicia, en virtud de que tal derecho comprende no solo la pretensión de obtener un pronunciamiento judicial en torno a los derechos, sino la materialización de las medidas que los hagan efectivos”.*

Para los fines de nuestro argumento, las generalidades planteadas al respecto de las medidas

---

<sup>33</sup> En especial el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, en virtud de que la finalidad de la administración de justicia va encaminada al respeto por los derechos de los ciudadanos.

cautelares, son suficientes para enmarcar lo concerniente al carácter preventivo y constitucional que envuelve el acceso a la solicitud, decreto y práctica de cautelas.

## **2.2. Marco jurídico de las medidas cautelares en el ordenamiento colombiano.**

Sin entrar en consideraciones respecto de la exposición de motivos que se tuvo para proferir la codificación del código de comercio<sup>34</sup> y el Código de Procedimiento Civil<sup>35</sup>, en lo que respecta a las limitaciones que se les impuso a los tribunales de arbitramento, en cuanto en las mencionadas normas se dispuso que: “*El tribunal no podrá decretar medidas cautelares*”, señalamos que con anterioridad tales atribuciones no eran un tema común, dada la naturaleza del arbitraje y por estar la administración de justicia exclusivamente en cabeza del estado, así las cosas, era de prever tales restricciones al ejercicio arbitral.

La normatividad que autorizó inicialmente el ejercicio de las medidas cautelares en el trámite arbitral fue el Decreto 2279<sup>36</sup> de octubre de 1989, “Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dicta otras disposiciones”, al establecer dentro de su artículo 32, que, a solicitud de cualquiera de las partes, se podrán decretar medidas cautelares sobre dominio u otro derecho real principal, sobre bienes muebles o inmuebles o sobre una universalidad de bienes.

Hay otro aspecto relevante en el desarrollo de las cautelas en Colombia, se trata de lo establecido en el decreto 2591 de 1991, el cual reglamenta la acción constitucional de tutela, que concretamente en su artículo séptimo señala las “*medidas provisionales para proteger un derecho*”, estableciendo en esta disposición que: “El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias

---

<sup>34</sup>Decreto 410 de 1971

<sup>35</sup>Decreto 1400 de 1970

<sup>36</sup> La anterior regulación contenida en el código de comercio y en el Código de Procedimiento Civil, fue derogada por el artículo 55 del Decreto 2279 de 1989.

del caso”. Así las cosas, incluso en una acción de carácter especial<sup>37</sup>, como lo es la tutela, que su trámite no devenga mucho tiempo, el estado previó un mecanismo conexo para garantizar la efectividad de los derechos judicialmente declarados, una cautela denominada “medida provisional”.

Dentro de este marco, siguiendo la misma línea proteccionista consistente en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas dentro de un proceso, el legislador incluyó en el estatuto de arbitraje nacional e internacional, la facultad que tienen los árbitros de poder ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse dentro del proceso ante la justicia ordinaria, a su vez, el código general del proceso, destinó un Libro<sup>38</sup> completo para abordar todo el tema de medidas cautelares; siendo estas dos últimas codificaciones legislativas, en las cuales se fundamentan la actualidad jurídica respecto del tema cautelar.

### **2.3. Medidas cautelares innominadas – anticipatorias.**

Observemos como el desarrollo de la sociedad, de los mercados e incluso de la misma necesidad del ser humano, trajo consigo que las medidas cautelares típicas<sup>39</sup> fueran insuficientes para salvaguardar un derecho reclamado; reconozcamos que, en el mundo actual, en una era digital, era casi obligatorio que el legislador creara herramientas para estar a la vanguardia judicial<sup>40</sup>, es más que claro que los conflictos que se suscitan en la actualidad tienen un ingrediente novedoso que solo se puede afrontar, si se está en consonancia con las necesidades reales de los usuarios de la justicia.

Referido a este contexto, es pertinente hacer una acotación de lo que se entiende por medidas innominadas, siendo aquellas no previstas en la ley y que puede decretar un juez o arbitro, antes o

---

<sup>37</sup> Con especial nos referimos a que su trámite goza de prevalencia propia frente a los demás asuntos debatidos, téngase en cuenta que los términos para fallar en primera instancia no pueden superar los diez días y en sede de impugnación, será máximo de veinte días, lo cual hace que se trate de un mecanismo con una característica de rapidez en su trámite.

<sup>38</sup> Libro cuarto, "medidas cautelares y cauciones", que va desde el artículo 588 hasta el artículo 604.

<sup>39</sup> Nos referimos al secuestro, embargo, retención de dineros e inscripción de la demanda.

<sup>40</sup> Verbigracia, en un conflicto entre dos compañías tecnológicas, en el cual el objeto del litigio versara en la comercialización de un prototipo que una sociedad reclame como suyo, las medidas de antaño no cumplirían ningún papel importante, dado que lo que se busca es la no comercialización del mencionado prototipo, actuación que en la actualidad se puede llevar a cabo sustentando en debida forma la medida cautelar innominada

durante el transcurso del proceso según el caso, cuya finalidad es prevenir que una de las partes ocasione un daño al derecho de la otra o para certificar la certeza de la reclamación, tienen la contingencia de repetir sobre bienes o la persona en sí.

En cuanto a las medidas anticipatorias, no haremos una gran exegesis al respecto, toda vez que dicha característica dentro de las cautelas, se refiere exclusivamente al hecho de proponerlas, que se decreten y practicarlas antes de la notificación del demandado, esto con el fin de evitar actos tendientes a la evasión del cumplimiento de una orden judicial por parte del demandado.

Respecto de los requisitos para que proceda el decreto de la medida, el juez deberá actuar con prudencia, coherencia y proporcionalidad, teniendo en cuenta que lo pretendido sea lo que se amparará en la sentencia<sup>41</sup>, determinando su contenido y alcance mientras se concluye la actuación respectiva, estableciendo la cautela que considera adecuada al caso; es pertinente aclarar que estas medidas no se pueden decretar de oficio, sin embargo, si es permitido establecer límites, bien sea restringiendo la medida o modificando su contenido<sup>42</sup> en aras de minimizar los perjuicios que pueda sufrir el demandado o contra quien se decrete la medida cautelar.

En cuanto a los requisitos para que se decreten las medidas innominadas y anticipatorias, se destacan entre otros aspectos: La presentación de la demanda, legitimación o intereses de las partes, prueba de que se ocasionara un perjuicio al no acoger la medida, petición de la parte, apariencia de buen derecho, necesidad, efectividad, proporcionalidad, establecer alcance y duración, de manera similar, dichas cautelas deberán tener la circunstancia instrumental de un proceso principal, dado que tales medidas son provisionales y en el curso del proceso pueden quedar sin efecto, de ahí que

---

<sup>41</sup> Apariencia del buen derecho

<sup>42</sup> Esta modificación deberá guardar total coherencia con lo peticionado; quizá la solicitud del decreto de la cautela es desmedida, momento en el cual el juez, en uso de sus facultades, puede, si lo ve pertinente, modificar lo peticionado y evitar un perjuicio irremediable. Para ilustrar mejor, podemos adentrarnos en la eventualidad que se solicite como medida cautelar innominada y anticipatoria, la restricción total respecto a la venta de vehículos de cualquier marca en un concesionario, medida claramente excesiva, razón por la cual el juez, podrá decretar solo la prohibición de la venta de una marca de vehículos, sobre el resto no recae ninguna prohibición.

únicamente se adelanten por mandato expreso de una autoridad judicial, debiendo garantizar un equilibrio racional y guardando correlación en que la medida cautelar no puede ser más onerosa que la consecuencia jurídica probable.

#### **2.4 Finalidad de las medidas cautelares.**

Referente a la finalidad de las medidas cautelares, mediante la sentencia C- 379 de 2004 la Corte Constitucional, expuso:

*“(…) son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido”*

(Subrayado y negrilla fuera del original)

En términos generales, la finalidad, tal como se escribió en apartes preliminares, es asistir a la realización del derecho fundamental para alcanzar una tutela jurisdiccional efectiva; se pueden mencionar algunos objetivos de las medidas cautelares, como lo son: el garantizar el cumplimiento del fallo, acoger decisiones que viabilicen el acatamiento de la providencia en caso de ser favorable al demandante, conservar un estado de cosas imposibilitando su alteración y prevenir que en el curso del litigio, surja o nuevo daño o se amplíe el ya alegado por la parte solicitante.

Llegado a este punto, es significativo lo que expone el artículo segundo del código general del proceso, el cual establece que toda persona o grupo de personas tienen derecho a acceder a la justicia, mediante la tutela judicial efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, todo con sujeción a un debido proceso de duración razonable, que ponga fin a la controversia con una

decisión que se pueda materializar, es así como la Corte Constitucional mediante varios pronunciamientos ha expresado, cuál es el objeto de las medidas cautelares, aclarando que es:

*“(...) garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado. Las medidas cautelares no tienen ni pueden tener el sentido o alcance de una sanción, porque aun cuando afectan o pueden afectar los intereses de los sujetos contra quienes se promueven, su razón de ser es la de garantizar un derecho actual o futuro, y no la de imponer un castigo”.*

(Corte Constitucional, sentencia C-054 de 1997)

*“(...) se ejecutan sobre personas, bienes y medios de prueba para mantener respecto de éstos un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria e impidiendo que el perjuicio ocasionado por la vulneración de un derecho sustancial se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin”.*

(Corte Constitucional, sentencia C-925 de 1999)

**“La práctica de las medidas cautelares antes de la notificación del auto que admite la demanda tiene una razón obvia, y es evitar que el demandado, al conocer que un embargo o un secuestro fueron ordenados, pueda intentar insolventarse a fin de eludir el cumplimiento de la sentencia.** Por ende, esa regulación persigue un propósito constitucionalmente relevante, como es asegurar la efectividad de la sentencia, sin que pueda aducirse que de esa manera las expresiones acusadas desconocen el principio constitucional de la buena fe, al suponer que el demandado podría intentar sustraerse a las consecuencias de un fallo adverso. En efecto, el principio constitucional de la buena fe no implica que las autoridades deban regular los asuntos suponiendo que las personas se portan siempre bondadosamente y cumplen (...)”.

(Corte Constitucional, sentencia C-490 de 2000), (Subrayado y negrilla fuera del original)

Admitimos que aquí nuestro tema recuerda, en primer lugar, la importancia del objeto de las



medidas cautelares y, en segundo lugar, que su efectividad depende en gran medida de la sorpresa en la que se puedan adelantar tales cautelas, todo esto en virtud de la efectiva ejecución de la providencia estimatoria.

### **3. Aplicación del régimen ordinario de las medidas cautelares en el proceso arbitral; efectividad, procedimiento y sus limitaciones.**

#### **3.1. Medidas cautelares en el proceso arbitral.**

En principio, con anterioridad al Decreto 2279 de 1989<sup>43</sup> el legislador expuso que los jueces eran los únicos que tenían la autoridad de practicar medidas cautelares, esto hacía referencia a la importancia y trascendencia que podía derivar de la práctica de medidas anticipatorias; se comprende que con la promulgación de la Constitución política de Colombia y las modificaciones en materia judicial que adoptó, en especial lo concerniente a que los particulares pueden administrar justicia de manera transitoria<sup>44</sup>, estas limitaciones deberían ser sacadas del ordenamiento legal e implementar los nuevos preceptos adoptados por la carta magna.

Con la expedición del actual estatuto de arbitraje nacional e internacional<sup>45</sup>, se reguló la facultad de los árbitros respecto del decreto de las medidas cautelares, para lo cual señaló en el artículo 32 ibidem: *“A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse en el proceso ante la justicia ordinaria (...)”*, sin imponer ninguna limitación, incluso, en el inciso segundo del artículo en comento, expresó el legislador; *“el tribunal podrá decretar cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”*, ampliando las facultades del tribunal, en lo que a medidas cautelares respecta.

---

<sup>43</sup> “Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dicta otras disposiciones”

<sup>44</sup> Artículo 116 de la Constitución política de Colombia.

<sup>45</sup> Ley 1563 de 2012

Pudiera afirmarse que las medidas cautelares no deberían seguir algún trámite especial, empero que el legislador, en el mismo artículo 32 ejusdem, plasmó la importancia de hacer un estudio previo al momento de conocer medidas cautelares, a lo cual dijo:

*“Para decretar la medida cautelar, el tribunal apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.*

*Asimismo, el tribunal tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada”*

Referido a este contexto, la relación entre solicitar el decreto de una medida cautelar y que esta sea resuelta a favor por el tribunal, conlleva un examen riguroso, el cual ha sido impuesto por mandato legal, prohibiendo la libre valoración de la medida por parte del tribunal, hasta tal punto que la providencia que niegue o decrete la medida, debe de ser motivada respecto de los argumentos que se tuvieron en cuenta para llegar a tal decisión judicial, algo totalmente contrario a lo que respecta la justicia ordinaria, toda vez que el auto que decrete o niegue la medida cautelar, no requiere gran motivación, incluso, los autos que decretan las medidas cautelares, regularmente no hacen manifestación alguna de las razones que llevaron a tomar dicha decisión, diferencia que guarda una gran importancia al momento del decreto efectivo de una medida cautelar.

Para finalizar, un aspecto análogo entre el proceso arbitral y acudir a la jurisdicción ordinaria, radica en el hecho de prestar caución para el decreto de una medida cautelar innominada, de ahí que al comparar los requisitos para el decreto de la cautela en un proceso declarativo<sup>46</sup> y en un proceso arbitral<sup>47</sup>, las codificaciones son casi literalmente iguales, ordenando que se preste caución por un veinte por ciento (20%), del monto de la pretensión y dejando al libre albedrío tanto de los jueces como de los árbitros, la facultad de aumentar o disminuir el monto de la caución, en este punto no

---

<sup>46</sup> Artículo 590 de la ley 1563 de 2012 – Código General del Proceso.

<sup>47</sup> Artículo 32 de la ley 1562 de 2012 – Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.

existe diferencia alguna.

### **3.2 Declaratoria de no competencia del tribunal de arbitramento, posterior a la práctica de las medidas cautelares.**

Debemos comprender que dentro del proceso arbitral existe una etapa pre-arbitral, la cual es netamente administrativa y va desde que se radica la demanda<sup>48</sup>, es decir, desde que se eleva al centro de arbitraje la solicitud de la elección de árbitros y conformación del tribunal, hasta que se termina la audiencia de conciliación, incluyendo tanto la audiencia de instalación del tribunal<sup>49</sup> como la calificación de la demanda, inclusive, dicha etapa cobija el traslado de 20 días al convocado para contestar la demanda y 5 días al convocante para descorrer las excepciones propuestas por el convocado; solo hasta la terminación de estos términos, se podrá citar a la audiencia de conciliación.

Una vez agotada la etapa de conciliación, obteniendo como resultado el fracaso total o parcial, el tribunal procede a fijar gastos y honorarios, momento desde el cual comienza la etapa jurisdiccional o arbitral en estricto sentido<sup>50</sup>, para posteriormente fijar fecha de la primera audiencia de trámite, en la cual se decidirá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia, mediante auto que solo es susceptible del recurso de reposición.

Acudimos a esta caracterización, bajo la premisa que a pesar de que la competencia del tribunal de arbitramento solo se decide en la etapa jurisdiccional, el mismo emite pronunciamientos en la etapa pre-arbitral, decisiones tales como el auto inadmisorio si hay lugar a él, el auto que corre traslado de las excepciones propuestas por el convocado e incluso, lo concerniente a resolver las solicitudes de medidas cautelares, entonces, puede ocurrir y de hecho ha ocurrido, que el tribunal

---

<sup>48</sup> Recordemos que el libelo de la demanda debe ir dirigido al centro de arbitraje, pero la facultad de calificar la demanda es exclusiva del tribunal, el centro de arbitraje solo media en la elección de los árbitros y en tramitar su aceptación.

<sup>49</sup> Momento procesal en el cual el centro de arbitraje, entregará a los árbitros el escrito de demanda, la cual deberá reunir todos los requisitos exigidos por el código general del proceso, escrito que podrá ser admitido, inadmitido o rechazado.

<sup>50</sup> Al respecto conviene decir que las funciones del tribunal cesan hasta tanto no se efectúe la consignación de la regulación de gastos y honorarios, dado que, de no cumplir con la mencionada carga económica, el tribunal mediante auto declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso.

decrete una medida cautelar y posteriormente se declare incompetente para conocer del asunto<sup>51</sup>, por simplicidad, entendemos que al declararse incompetente, no podrán emitir ninguna providencia, ya que esta carecería de validez, todo en consonancia con el artículo 30 de la ley 1563 de 2012, el cual señala que: *“Si decidiere que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvención, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes (...)”*, registrado esto, queda el gran interrogante de quién será el llamado a resolver sobre el levantamiento de la medida cautelar.

### **3.3 Omisión de trámite del levantamiento de las medidas cautelares.**

Pudiera pensarse que, al terminar un proceso, sea ante la jurisdicción ordinaria o ante un tribunal arbitral, se adelantarían todos los trámites tendientes a finiquitar completamente las actuaciones que se vieron inmersas en dicho proceso, pero no es así, aunque es poco usual, es necesario hacer una acotación respecto a la omisión del levantamiento de las medidas cautelares una vez proferido el laudo que pone fin a la actuación arbitral.

Conviene, sin embargo, advertir que en sede de un proceso ante la jurisdicción ordinaria y en el evento que haya ocurrido la omisión del levantamiento de la medida cautelar, es simple menester de tramitar el desarchivo del proceso<sup>52</sup>, para que una vez el expediente se encuentre en la secretaria del despacho, se proceda a radicar un memorial con la solicitud del levantamiento de la cautela, lo anterior bajo el entendido que el juez nunca pierde competencia respecto de los asuntos de su conocimiento, contrario sensu sucede en los procesos arbitrales.

Se ha dicho que los árbitros administran justicia de manera transitoria, es decir, son jueces ad-hoc, lo cual hace inferir que una vez terminado el asunto para el que fueron habilitados por las partes,

---

<sup>51</sup> Ya sea porque los derechos que se ventilan no son de libre disposición o por la ocurrencia de hechos extintivos en cuanto al compromiso o cláusula compromisoria, es decir, existió el derecho, pero un hecho posterior lo extinguió

<sup>52</sup> Se trata de un trámite administrativo en el cual se envía el expediente a un centro especializado que lleva a cabo la guarda y conservación de los expedientes físicos, los cuales, por petición elevada de las partes en litigio o de un tercero, será remitido nuevamente a un despacho judicial, para que se surta cualquier actuación judicial.

pierden total competencia del asunto, máxime que el artículo 47 del estatuto de arbitraje nacional e internacional, ordena la inscripción en el registro correspondiente del laudo, así como su archivo por parte del centro de conciliación, para que este último trámite la expedición de copias y autorice desgloses; sin entrar en consideraciones específicas, es claro que el centro de arbitraje conserva las facultades de conservar el expediente, de lo que se deriva que los árbitros no tienen cabida alguna respecto de decisiones posteriores a la ejecutoria del laudo<sup>53</sup>.

Desde este contexto deseamos subrayar que a pesar que el artículo 32 Ibidem, vaticinó en gran medida la ocurrencia de tal contingencia al decir que:

*“Si el tribunal omitiere el levantamiento de las medidas cautelares, la medida caducará automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia que decida definitivamente el recurso de anulación. **El registrador o a quien le corresponda, a solicitud de parte, procederá a cancelarla.**”*

(Subrayado y negrilla fuera del original)

Lo cierto, es que solo por mandato de autoridad judicial competente, se procederá al levantamiento de las medidas cautelares, verbigracia, si se tratare de una cautela consistente en la inscripción de la medida en alguna oficina de instrumentos públicos, bajo la vigilancia de la superintendencia de notariado y registro, el ritualismo es tal, que se debe radicar el oficio proveniente de la autoridad judicial en 2 ejemplares originales, de no cumplir con tales requisitos, no se procederá a la inscripción del levantamiento de la medida.

En relación con tramitar un derecho de petición o una acción de tutela para dar aplicación al último inciso del aludido artículo 32 ejusdem, son mecanismos sin relevancia alguna, los cuales siempre van a direccionar que se requiere que la autoridad judicial competente ordene el levantamiento de la medida cautelar, es ahí, donde surge otro interrogante, ¿Quién es el competente para adelantar dicho

---

<sup>53</sup> Si bien el laudo no puede ser sujeto de apelación, si puede elevarse la solicitud de aclaración, complementación y/o adición, actuaciones procesales que no dejan en firme el laudo hasta tanto no sean resueltas de fondo.

trámite?

### **3.4 La jurisdicción ordinaria como solución a las contingencias derivadas del levantamiento de medidas cautelares.**

Esta revisión, tan somera como irremediablemente necesaria, nos ubicó en la necesidad de encontrar el mecanismo idóneo para adelantar el levantamiento de las medidas cautelares en las eventualidades que los tribunales de arbitramento perdieren o no tuvieran la competencia para adelantar tal actuación procesal.

Hemos examinado las distintas posibilidades que otorga la ley en casos como los antes expuestos y la conclusión a la que llegamos se sitúa en la jurisdicción ordinaria, si bien las partes habilitan un tribunal para que resuelvan de fondo una controversia, dicha habilitación es temporal, es decir, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, esto conduce a que una vez terminado el encargo, la función pública de administrar justicia retorna nuevamente al estado, en cabeza, para el caso en concreto, de la jurisdicción ordinaria.

Una vez hecha esta precisión, surge otra inquietud, ¿cuál es el juez competente? Al respecto conviene decir que el tribunal de arbitramento tiene una semejanza a un tribunal de distrito judicial o por los temas que allí se ventilan, quizá se pensaría que el asunto deberá ser de conocimiento de la Corte suprema de justicia, pero lo cierto es que el Código general del Proceso en su artículo 20 fijó las competencias del juez civil del circuito en primera instancia y el numeral 11 imprimió que conocerá *“De los demás procesos o asuntos que no estén atribuidos a otro juez”*, al no estar señalado tácitamente el proceso de levantamiento de medida cautelar a algún otro juez o tribunal, por analogía de las normas, se deberá recurrir al juez civil del circuito.

Sorprende comprobar el excesivo ritualismo judicial que se debe de llevar a cabo para adelantar un trámite que no representa gran envergadura, sin embargo, el legislador al no prever las posibles contingencias que podían surgir respecto del levantamiento de las medidas cautelares, hace que

pierdan su atractivo al momento de solicitarlas.

### **3.5. Análisis de laudos arbitrales.**

Comenzaremos dando algunos ejemplos prácticos de laudos arbitrales que se tramitaron ante el centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá<sup>54</sup>, en los cuales el objeto de la controversia era la responsabilidad contractual; allí evocaremos lo atinente a todo su trámite y en especial a lo concerniente con la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares, sin dejar de lado la esencia misma del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos:

#### **3.5.1 Tribunal arbitral Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas S.A. sucursal Colombia contra Unidad Administrativa Especial del Sistema Estratégico de Transporte Público - avante SETP.**

a. El pacto arbitral. Las partes acordaron pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria, contenida en la cláusula 32 del Contrato de suministro No. 2013 - 014 de fecha 23 de diciembre de 2013.

b. Presentación de la demanda. Con fundamento en la cláusula compromisoria antes transcrita, consorcio sociedad ibérica de construcciones eléctricas s.a. sucursal Colombia, el día veintiuno (21) de marzo de dos mil diecisiete (2017), presentó solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral contra unidad administrativa especial del sistema estratégico de transporte público -avante SETP.

c. Integración del tribunal arbitral. Acto procesal al cual concurrieron las partes y por sorteo público se efectuó la designación de los árbitros, quienes aceptaron de manera oportuna el encargo. El centro de arbitraje fijó fecha y hora para la instalación del tribunal, momento en el cual se le hace entrega del expediente para su calificación. El día trece (13) de septiembre de 2017, mediante correo certificado se notificó el auto admisorio de la demanda.

---

<sup>54</sup> Tomamos laudos del mencionado centro de arbitraje, en virtud que fue quien nos facilitó en gran medida el material de estudio.

**d. Medidas cautelares.** Mediante escrito radicado vía correo electrónico el día siete (7) de septiembre de 2017, el apoderado de la parte convocante solicitó al Tribunal decretar medidas cautelares. Mediante Auto No. 6 de nueve (9) días del mes de octubre de dos mil diecisiete (2017), el Tribunal decretó las medidas cautelares solicitadas por la convocante, previo otorgamiento de caución<sup>55</sup>. El día diecinueve (19) de octubre de 2017, la apoderada de la parte convocada, se pronunció sobre el Auto No. 6 de nueve (9) de octubre de 2017, que decretó las medidas cautelares solicitadas.

**e. Desarrollo del trámite arbitral.** Por Auto No. 8 de seis (6) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), Acta No. 7, el Tribunal declaró fallida la audiencia de conciliación, y dispuso la continuación del trámite. El mismo día, mediante Auto No. 9, Acta 7, fijó la suma correspondiente a los gastos y honorarios del Tribunal, que fueran consignados dentro del término legal. El día seis (6) de febrero de 2018, Acta No. 9, se realizó la Primera Audiencia de Trámite de conformidad con el artículo 30 de la ley 1563 de 2012, en la cual se dispuso: Previo análisis de la cláusula compromisoria, la existencia y debida representación de cada una de las partes y las pretensiones formuladas por la demandante, el Tribunal, mediante Auto No. 11 de seis (6) de febrero de 2018, se declaró competente para conocer y decidir en derecho todas las controversias de contenido particular, económico y patrimonial surgidas entre las partes, en relación con el contrato celebrado entre las mismas.

**f. Parte resolutive.** Después de agotar la etapa probatoria y escuchar los alegatos de conclusión de las partes, el tribunal de arbitramento concluyó la prosperidad parcial de las pretensiones, condenando al convocado al pago total de \$1.343.139.152, por el incumplimiento contractual, más las costas causadas, incluidas las agencias en derecho<sup>56</sup>, suma que ascendió a \$115.908.791,00

---

<sup>55</sup> Conforme al artículo 32 de la ley 1562 de 2012 (estatuto de arbitraje nacional e internacional), señala que “Para que sea decretada cualquiera de las medidas cautelares innominadas, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida”

<sup>56</sup> Las agencias en derecho se tasaron en \$18.942.540



g. Análisis del caso. Cabe concluir que el tribunal de arbitramento tuvo en cuenta la apariencia de buen derecho al momento de tramitar la medida cautelar, la cual nunca fue sorpresiva, máxime que la apoderada de la parte convocada asistió a la designación de los árbitros, se pronunció sobre la medida cautelar y tuvo la primicia de conocer que se adelantaba un proceso en contra de su poderdante.

Para el caso en concreto, la prosperidad parcial de las pretensiones hizo ver muy oportuna la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares, trámite que demoró un mes<sup>57</sup>, pero véase que el decreto de la cautela se hizo antes de que el tribunal se declara competente<sup>58</sup>, lo cual hubiera podido terminar en un limbo jurídico, dado que si en la primera audiencia de trámite, se declara que el tribunal es incompetente, éste ya no podría ordenar el levantamiento de la medida cautelar, pero la misma seguiría practicándose, hasta tanto una autoridad judicial ordene su levantamiento. Lo que nos lleva decir que el decreto de la medida cautelar fue un acto de osadía por parte del tribunal de arbitramento, dado que aún no se había declarado su competencia para el caso ad-hoc, en el cual habían sido designado como árbitros.

(Tribunal arbitral cámara de comercio de Bogotá, Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas S.A. sucursal Colombia contra Unidad Administrativa Especial del Sistema Estratégico de Transporte Público - avante SETP, radicado: 5109, septiembre de 06 de 2018)

### **3.5.2 Tribunal arbitral de Asociados Marín Valencia S.A contra Perenco Colombia Limited.**

a. El pacto arbitral. Las partes acordaron pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria, contenida en la cláusula 14 del “Contrato para la recuperación del gas de teas en la estación Morichal

---

<sup>57</sup> En comparación con la justicia ordinaria, dicho trámite suele demorar más tiempo, bajo la premisa que, al solicitar el otorgamiento de la caución, el expediente debe volver a entrar al despacho para revisar si la caución dio estricto cumplimiento a lo ordenado, una vez hecha la respectiva validación, saldrá decretando la medida cautelar. Todo el trámite se ve muy semejante al que se adelanta en el procedimiento arbitral, con la diferencia que la integración del tribunal arbitral se hace para conocer solo un negocio, mientras el juzgado debe conocer un sin número de procesos a la vez.

<sup>58</sup> El decreto de la medida cautelar fue el 09 de octubre de 2017 y la declaración de competencia del tribunal fue el 06 de febrero de 2018, es decir, casi cuatro meses después de estar practicada la medida cautelar.

y Tocaría y el acondicionamiento y tratamiento del gas natural de la estación Tocaría de la Asociación de Casanare” de fecha 17 de mayo de 2012.

**b.** Presentación de la demanda. Con fundamento en la cláusula compromisoria antes transcrita, Asociación Marín Valencia S.A, el día diecisiete (17) de agosto de dos mil dieciséis (2016), presentó solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral contra Perenco Colombia Limited.

**c.** Integración del tribunal arbitral. Acto procesal al cual concurrieron las partes y se efectuó la designación de los árbitros, quienes aceptaron de manera oportuna el encargo. El centro de arbitraje fijó fecha y hora para la instalación del tribunal, momento en el cual se le hace entrega del expediente para su calificación. El día seis (06) de diciembre de 2016, de manera personal se notificó el auto admisorio de la demanda al apoderado de la parte convocada.

Notificada la parte convocada presento demanda de reconvenición, la cual fue admitida mediante auto proferido el siete (07) de febrero de 2017 y notificado esta misma fecha mediante correo electrónico al apoderado de la parte reconvenida.

**d.** Medidas cautelares. Mediante escrito radicado junto con la demanda arbitral, la parte convocante presentó solicitud de medidas cautelares, las cuales fueron negadas mediante auto del veintiséis (26) de enero de 2017, con ocasión a que no se evidenciaba apariencia de buen derecho ni peligro por la demora.

**e.** Desarrollo del trámite arbitral. El once (11) de junio de 2017, el Tribunal declaró fallida la fase de conciliación, y fijó la suma correspondiente de gastos y honorarios de esta judicatura. El día cinco (5) de septiembre de 2017, se llevó a cabo la primera audiencia de trámite en la cual, mediante Auto No. 01, el Despacho se declaró competente para conocer y decidir sobre las pretensiones formuladas tanto en la demanda principal como en la demanda de reconvenición.

**f.** Parte resolutive. Después de agotar la etapa probatoria y escuchar los alegatos de conclusión de

las partes, el tribunal de arbitramento concluyó la prosperidad de las pretensiones formuladas en la demanda principal, condenando así a la parte convocada a pagar los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) ocasionados a la sociedad convocante con ocasión al incumplimiento contractual y aunado a ello, condenar a esta misma al pago de costas y agencias en derecho; en la parte resolutive de esta providencia, se negó totalmente las pretensiones formuladas por la parte demandante en reconvención.

**g.** Análisis del caso. Cabe concluir que, bajo el presupuesto que esta judicatura negó la medida cautelar solicitada por la parte convocante con ocasión a que no se estaba en presencia de un buen derecho o de un peligro en la demora, es menester poner en evidencia la posible inseguridad jurídica en la que pudo haber incurrido el Tribunal al momento de negar esta, dado que se estaba en presencia de una demanda arbitral cuya cuantía superaba los cuarenta mil millones de pesos, incluso, se desconoció lo que establece la ley 1563 de 2012 en su artículo 32, precepto legal que menciona que: *“el demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución”*. posibilidad que el tribunal ni siquiera estudió.

Consecuencia de lo anterior, puede establecerse que la abstención al decreto de las medidas cautelares solicitadas por la parte convocante pudo haber causado un perjuicio irremediable, téngase en cuenta que el laudo concluyó la prosperidad de las pretensiones de la demanda principal, en síntesis, si existía apariencia de buen derecho.

(Tribunal arbitral cámara de comercio de Bogotá, Asociados Marín Valencia S.A contra Perenco Colombia Limited, radicado: 4900, mayo de 22 de 2018)

### **3.5.3 Tribunal arbitral Concesionaria Vial del Pacifico S.A.S -COVIPACIFICO S.A.S- contra Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-**

**a.** El pacto arbitral. Las partes acordaron pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria, contenida en la cláusula 15.2 del Contrato de Concesión No. 007 de 2014 Celebrado el 15 de

septiembre de 2014.

**b. Presentación de la demanda.** Con fundamento en la cláusula compromisoria antes transcrita, Concesionaria Vial del Pacífico S.A.S presentó el día dieciocho (18) de enero de dos mil dos mil dieciséis (2016), demanda arbitral contra de la Agencia Nacional de Infraestructura.

**c. Integración del tribunal arbitral.** Acto procesal al cual concurrieron las partes y se efectuó la designación de los árbitros, quienes aceptaron de manera oportuna el encargo. El centro de arbitraje fijó fecha y hora para la instalación del tribunal, momento en el cual se le hace entrega del expediente para su calificación. El día quince (15) de junio de 2016 en audiencia se admite la demanda y por encontrarse allí el apoderado de la parte convocada, quedo notificado por estrados de la decisión.

**d. Medidas cautelares.** Mediante escrito radicado el quince (15) de junio de 2016 la parte convocante solicitó a esta judicatura el decreto de medidas cautelares en función a que se evitara un daño irresarcible en la vigencia de este litigio. En auto del primero (01) de julio de 2016, el Tribunal decretó las medidas solicitadas por la parte convocante y ordenó al convocado, dar cumplimiento a lo establecido.

**e. Desarrollo del trámite arbitral.** El veintiséis (26) de julio de 2017, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual tuvo como resultado que las partes no llegasen a ningún acuerdo respecto de la controversia aquí esbozada, con ocasión a ello en la misma audiencia el Tribunal fijó la suma correspondiente a sus gastos y honorarios, la cual fue pagada dentro del término por la parte convocante. El once (11) de septiembre de 2017, se realizó la primera audiencia de trámite en la cual, la judicatura declaró su competencia para conocer y dirimir en derecho las controversias originadas entre las partes.

**f. Parte resolutive.** Después de agotar la etapa probatoria y escuchar los alegatos de conclusión de las partes, el tribunal de arbitramento concluyó la prosperidad parcial de las pretensiones y no hubo condena en costas para la parte vencida.

**g. Análisis del caso.** Para el caso en concreto, puede observarse que, la prosperidad parcial de las pretensiones propuestas por la parte convocante, evidencia la importancia de la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares, incluso, se pudo establecer que estas medidas previas no son relevantes únicamente en los procesos cuyo objeto del litigio gire en torno a pretensiones económicas, adquiriendo bastante importancia en busca de que se abstengan de tomar medidas administrativas que eviten continuar dando un curso normal al contrato objeto del litigio.

(Tribunal arbitral cámara de comercio de Bogotá, Concesionaria Vial del Pacifico S.A.S - COVIPACIFICO S.A.S- contra Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, radicado: 4494, mayo de 03 de 2018)

#### **3.5.4 Tribunal arbitral de Nelly Beatriz Daza de Solarte y contra CSS Constructores S.A.**

**a. El pacto arbitral.** Las partes acordaron pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria, contenida en el artículo 64 de los Estatutos de CSS constructores, contenidos en la escritura pública No. 1875 otorgada el doce (12) de diciembre de 2001 en la Notaria Segunda (2ª) de Zipaquirá.

**b. Presentación de la demanda.** Con fundamento en la cláusula compromisoria antes transcrita, la parte convocante, el día siete (07) de febrero de dos mil catorce (2014), presentó solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral contra CSS Constructores S.A.

**c. Integración del tribunal arbitral.** Acto procesal al cual concurrieron las partes, como no fue posible que se llegase acuerdo alguno respecto de los árbitros encargados de dirimir el conflicto, esta situación tuvo que ser resuelta por el Juzgado 17 Civil Circuito de Bogotá, los seleccionados aceptaron de manera oportuna el encargo. El centro de arbitraje fijó fecha y hora para la instalación del tribunal, momento en el cual se le hace entrega del expediente para su calificación. El día veinticuatro (24) de septiembre de 2015, se notificó el auto admisorio de la demanda a la convocada CSS Constructores S.A

Notificada la parte convocada presentó demanda de reconvenición, la cual fue admitida mediante

auto proferido el veinticinco (25) de enero de 2016 y notificado el ocho (08) de marzo de la misma anualidad a la parte reconvenida.

**d. Medidas cautelares.** Conforme a las solicitudes expuestas por la parte convocante en el lapsus del 29 de octubre de 2015 al 30 de noviembre de 2017, se decretaron cuatro medidas cautelares tendientes a evitar que mientras se resolvía de fondo el presente asunto, se pudiese llegar a ampliar el daño presuntamente ocasionado a los convocantes.

**e. Desarrollo del trámite arbitral.** Mediante audiencia llevada a cabo el día veintisiete 27 de enero de 2017, se declaró desierta la etapa conciliatoria, el Tribunal fijó los gastos y honorarios en relación con el proceso, los cuales fueron debidamente cancelados en el término oportuno. En audiencia celebrada el veintidós (22) de marzo de 2017, esta judicatura se declaró competente para conocer y resolver sobre la demanda principal y la propuesta en reconvencción.

**f. Parte resolutive.** Después de agotar la etapa probatoria y escuchar los alegatos de conclusión de las partes, el tribunal de arbitramento concluyó la prosperidad parcial de las pretensiones formuladas en la demanda principal; en la parte resolutive de esta providencia, se negó totalmente las pretensiones formuladas en la reconvencción.

**g. Análisis del caso.** Es oportuno mencionar el alcance de las medidas cautelares innominadas dentro del proceso Arbitral. Tal como se mencionó en el capítulo segundo del presente trabajo, el objetivo de las cautelas innominadas incluye un universo de posibilidades, que, para el caso bajo estudio, impidió que se modificara una situación de hecho y así limitar la posibilidad de que se continuara produciendo un daño.

Ahora bien, es pertinente resaltar lo dinámica que es la jurisdicción arbitral respecto al momento en el que se puede solicitar la medida cautelar, como se evidenció, esta puede ser peticionada y decretada en cualquier tiempo, siempre y cuando vaya encaminada a proteger un derecho directamente relacionado con el objeto de la litis.

En conclusión, puede establecerse que el Arbitro está facultado para decretar y ordenar la práctica de cualquier medida cautelar solicitada en cualquier tiempo, siempre y cuando cumpla las especificaciones de racionalidad y proporcionalidad.

(Tribunal arbitral cámara de comercio de Bogotá, Nelly Beatriz Daza de Solarte y otro contra CSS Constructores S.A y otros., radicado: 3289, marzo de 21 de 2018)

### **3.5.5 Tribunal arbitral Blanca Irma Pachón López contra Juan Carlos Jiménez Pachón.**

a. El pacto arbitral. Las partes acordaron pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria, contenida en la cláusula 14 del Contrato “obra llave en mano” de fecha 24 de noviembre de 2014.

b. Presentación de la demanda. Con fundamento en la cláusula compromisoria antes transcrita, Blanca Irma Pachón López, el día quince (15) de enero de dos mil dieciséis (2016), presentó solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral contra Juan Carlos Jiménez Pachón.

c. Integración del tribunal arbitral. Acto procesal al cual concurrieron las partes y por sorteo público se efectuó la designación de los árbitros, quienes aceptaron de manera oportuna el encargo. El centro de arbitraje fijó fecha y hora para la instalación del tribunal, momento en el cual se le hace entrega del expediente para su calificación. El día veintiocho (28) de marzo de 2016, se admite la demanda.

Notificada la demanda a la parte convocada, dentro del término previsto en la ley, esta fórmula demanda de reconvención.

d. Medidas cautelares. Mediante auto proferido por el Tribunal el once (11) de abril de 2016, se decretaron las medidas cautelares.

e. Desarrollo del trámite arbitral. Mediante auto proferido el dieciséis (16) de enero de 2017, esta Judicatura declara fracasada la audiencia de conciliación y en concordancia a esto, se permite señalar la suma correspondiente a gastos y honorarios, la cual, es pagada por las partes dentro del término oportuno. En Auto proferido el diez (10) de febrero de 2017 el Tribunal declara su competencia para

conocer y fallar respecto de la controversia puesta en conocimiento.

**f. Parte resolutive.** Después de agotar la etapa probatoria y escuchar los alegatos de conclusión de las partes, el tribunal de arbitramento concluyó la prosperidad parcial de las pretensiones, condenando al convocado por el incumplimiento contractual, más las costas causadas, incluidas las agencias en derecho, adicional negó las pretensiones de la demanda en reconvención.

**g. Análisis del caso.** En el caso en comento, puede observarse que el decreto de la medida cautelar solicitada por la parte convocante, se dio previo a la primera audiencia de trámite, siendo en esta en donde la Judicatura ratificaría si es o no competente para conocer y resolver respecto del asunto objeto del litigio.

Por lo anterior, el decretar la medida cautelar previo a ratificar su competencia, no genera más que inseguridad jurídica para la parte convocada, ya que, de no ser competente el tribunal y habiéndose practicado ya la medida, el convocado tendría que incurrir en un trámite complejo para que cesen los efectos de esta medida.

(Tribunal arbitral cámara de comercio de Bogotá, Blanca Irma Pachón López contra Juan Carlos Jiménez Pachón, radicado: 4493, agosto de 24 de 2017)

### **3.6 Efectividad de las medidas cautelares en el arbitraje nacional en Colombia.**

Es de vital importancia, llevar a cabo un comparativo entre la efectividad<sup>59</sup> y eficacia<sup>60</sup> de las medidas cautelares aplicadas en la jurisdicción ordinaria en relación con las aplicadas en el trámite Arbitral.

En lo concerniente a las medidas cautelares denominadas anticipatorias y como se ha expuesto en el cuerpo de la presente investigación, es oportuno traer a colación que en la jurisdicción ordinaria

---

<sup>59</sup> Que produce el efecto esperado – Concepto tomado de la Real Academia Española (RAE)

<sup>60</sup> Capacidad para producir el efecto deseado - Concepto tomado de la Real Academia Española (RAE)



las mismas son decretadas y practicadas previo a la notificación de la parte demandada, hecho que, sin duda alguna, genera sorpresa a la parte pasiva, tendiente a que la medida se pueda practicar cumpliendo con los fines previstos para ella, empero, respecto del proceso arbitral, es claro que este tipo de cautela no puede si quiera preverse en este ordenamiento, ya que el convocado tiene conocimiento de la existencia de un litigio, hecho que genera que no exista estupor alguno al momento de su práctica.

En lo que respecta a las medidas cautelares “garantistas”<sup>61</sup> y “preventivas”<sup>62</sup>, puede observarse en la jurisdicción ordinaria, que respecto a la primera de estas, se vislumbra una total efectividad ya que, como se mencionó con antelación, están revestidas del factor sorpresa y aunado a ello, el juez conserva total conocimiento del proceso, con la posibilidad de ejecutar la sentencia respecto al asunto de su conocimiento, cumpliendo así, con el propósito para el que están previstas, mientras que, en lo que atañe al proceso arbitral, al no contar dicha judicatura con la facultad de conocer procesos de naturaleza ejecutiva, hace que las medidas decretadas pierdan eficacia, ya que no se cumple el efecto esperado.

Ahora bien, en lo que concierne a las medidas “preventivas” debe mencionarse que son tal vez estas, la que mayor relación presentan en los procesos arbitrales, siendo su esencia el conservar un estado de cosas imposibilitando su alteración y prevenir que en el curso del litigio, surja o nuevo daño o se amplíe el ya alegado por la parte solicitante.

Sobran razones para defender la práctica de las medidas cautelares en el desarrollo de un proceso arbitral, la esencia misma de esta figura jurídico procesal la hace inevitable al momento de idear la estrategia jurídica adecuada, empero, el ritualismo excesivo junto con los vacíos legislativos hace un

---

<sup>61</sup> Aquella cuya función es brindar una garantía respecto al cumplimiento del laudo arbitral, claro está, siempre y cuando el mismo sea favorable a la parte solicitante de la medida, se acoge esta, según lo observado, en litigios cuya controversia gire en torno a pretensiones económicas.

<sup>62</sup> Aquellas medidas cautelares que tienen como única finalidad prever que en el curso del proceso arbitral no se ocasione a la parte convocante un nuevo daño y/o se maximice el presunto daño ya originado, esta medida se puede observar su aplicación en procesos cuya pretensión no sea económica.

mecanismo un poco complejo de ejercitar.

Sin necesidad de ir tan lejos, ubiquémonos en el vacío que existe respecto del momento en el cual se deben decretar las medidas cautelares, como pudimos comprobar, en la mayoría de los casos, el decreto de las medidas se hizo en la etapa pre-arbitral, es decir, antes de que el tribunal decidiera sobre su propia competencia, esto nos lleva a pensar sobre la validez del auto que decreta la medida, bajo el presupuesto que ha sido proferido sin que el tribunal haya sido investido transitoriamente de la función pública de administrar justicia, pues si bien, existe la habilitación de las partes, el tribunal no se ha declarado competente, esta característica resta atractivo, recordemos que los árbitros serán juzgados como funcionarios públicos, en virtud de las funciones que desempeñan temporalmente.

En relación con la particularidad sorpresiva que distingue a las medidas cautelares, es más que claro que en el proceso arbitral no existe tal peculiaridad, pues desde el principio de la actuación, las partes tienen conocimiento de la existencia de un litigio o controversia, así que, por lo menos en el proceso arbitral, la medida cautelar no cumple la función de evitar que el demandado, al conocer de un embargo o un secuestro que fueron ordenados, pueda intentar insolventarse a fin de eludir el cumplimiento del laudo.

Tal vez queda hacer un comentario direccionado a que las medidas cautelares también podrán tener como objeto recaudar elementos de prueba que pudiesen ser relevantes y pertinentes para la controversia, todo esto, bajo la premisa de las medidas cautelares innominadas, entre tanto, podemos asegurar que la práctica de dichas medidas son un completo acierto del legislador, hasta tal punto que en sede arbitral son las medidas cautelares innominadas las más solicitadas y decretadas, dada su importancia, no solo en procurar el cumplimiento del laudo, sino, en impedir se siga causando un daño o limitar actos que pueden desencadenar en un menoscabo o perjuicio

Una última observación direccionada a las medidas cautelares nominadas, siendo estas muy poco ejercitadas en el ámbito arbitral y la razón es sencilla, al prohibir el conocimiento de procesos de

naturaleza ejecutiva a un tribunal de arbitramento, las solicitudes como embargo y secuestro no tienen cabida alguna en el proceso arbitral, siendo útil únicamente la medida nominada de inscripción de la demanda.

Señalemos en pocas palabras que la efectividad de las medidas cautelares en el proceso arbitral varía según el objeto del litigio que se va a ventilar, así como de las probabilidades de la prosperidad de las pretensiones, esto para fundamentar la apariencia de buen derecho, e incluso la exigencia del recaudo de material probatorio, todo esto deberá ser examinado minuciosamente, aclaremos que en un proceso en el cual se encuentre la ejecución de un contrato, una medida cautelar podrá ser la continuación de la prestación del servicio para evitar un daño mayor, medida cautelar sumamente efectiva para el caso en concreto.

En definitiva, es imposible unificar criterios por la cantidad de posibilidades que ofrece un litigio, sin embargo, una vez analizados varios laudos arbitrales, encontramos que en la gran mayoría no se solicitan medidas cautelares, quizá porque su estrategia jurídica no lo requiere o porque la solvencia económica del convocado lo hace innecesario, sin embargo, en los casos que fueron solicitadas las medidas, se vieron adecuadas a derecho y fueron estrictamente necesarias, así las cosas, no podemos entender que quienes no solicitan las medidas cautelares lo hacen porque desconfían de su efectividad, por el contrario, podemos comprender que al momento de practicar medidas previas cumplieron con su naturaleza esencial, precaver o limitar un daño, así como buscar la efectiva ejecución de la providencia estimatoria e impidiendo que el perjuicio ocasionado por la vulneración de un derecho sustancial se haga más gravoso.

Cabe concluir que a pesar de las distintas desventajas en comparación con la jurisdicción ordinaria, las medidas cautelares conservan una efectividad parcial durante el proceso arbitral, en mayor relevancia las medidas innominadas, por ser las llamadas a brindar más garantías en esta clase de procesos; siendo prudente advertir que claramente las cautelares tienen un nivel más alto de efectividad

en la jurisdicción ordinaria, pero en sede de arbitramento, las cautelas van encaminadas a la seguridad que se otorga en los procesos arbitrales, guardando la simetría de su procedencia, necesidad, racionalidad y proporcionalidad.

## CONCLUSIÓN.

No es un hecho fortuito que la Honorable Corte Constitucional en su sentencia C-060 de 2001. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, exponga que el arbitraje se encuentre enmarcado en términos de la voluntad y de la habilitación, con fundamento en el acuerdo previo de los contratantes, de ahí que si es voluntad de las partes el ventilar ciertos asuntos en un tribunal de arbitramento, se debería respetar tal decisión, sumado a que los árbitros administran justicia, entiéndase que *“el arbitraje posee tal calidad, aun cuando el árbitro que juzga es designado por las partes, no implica que sean estas y no aquel el que decide la forma como debe resolverse el conflicto, el árbitro y el juez, es aquel tercero imparcial, llamado a resolver, y es él quien finalmente lo hace”* (Reglero, 1991, p. 29).

Para simplificar podríamos decir que el hecho en que el legislador prive a las partes de acudir al proceso arbitral para dirimir sus conflictos en ciertos asuntos, estaría vulnerando la eficacia de la tutela judicial, tema que expone el tratadista Hernán F. López B. y en sus palabras menciona, *“(…) está más que probado que es la justicia arbitral hoy por hoy, al menos en Colombia, es la única forma para lograr una adecuada decisión dentro de razonables límites de tiempo, ante la casi paralización de la justicia ordinaria (...)”* (López, 2013, p. 64).

Queda todavía un hilo, la postura de diferentes normatividades respecto de la facultad de los árbitros de decretar medidas cautelares, siendo pertinente tener en cuenta que *“En la esfera internacional comparada hay países que no contemplan en sus normativas internas que los árbitros tengan competencia en materia cautelar, otorgando la exclusividad de la misma a los jueces. Pueden servir como ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, el caso de Italia, China, Argentina, Honduras y Brasil”* (Rodríguez, 2013, p. 16); legislaciones que limitan tal facultad basados en que la naturaleza del arbitraje es privatista (arbitraje como contrato), razón por la cual los árbitros no tienen atribuciones jurisdiccionales, ya que estas recaen exclusivamente en los jueces; presupuestos que no concibe la legislación colombiana.

Por otra parte, con la promulgación del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, se dio la facultad a los árbitros de decretar medidas cautelares innominadas, siendo estas “(...) *el resultado de la estimación de la pretensión, como mecanismo más idóneo para que las partes participen en el proceso en igualdad de condiciones, produciendo una innovación sobre la situación jurídica preexistente al proceso principal (...)*”.(Subirats, 2001, p. 12), dejando a prevención del árbitro su decreto, quien deberá “estimar la pretensión” y de ahí observar la pertinencia de la medida.

Es interesante examinar el problema también desde la perspectiva práctica, ya hicimos un recuento doctrinal y jurisprudencial del problema que trae la limitación que el legislador ha impuesto al trámite arbitral, ahora centrémonos en el hecho de que no existe un procedimiento que regule las medidas cautelares en el proceso arbitral, situación que sin lugar a dudas resta efectividad, dado que “*una de las características especiales de las medidas cautelares anticipatorias es que se surten antes de notificado el demandado del proceso en su contra, dicho sea, para garantizar la efectividad del objeto del proceso*” (Calamandrei, 1984, p. 45), característica que dentro del trámite arbitral no se da.

Una vez hecha esta precisión, es de aclarar que en el artículo 32 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, menciona que la solicitud de medidas cautelares en los procesos arbitrales se hará: “*A petición de cualquiera de las partes*” y ante lo cual “*el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa*”; dado que el Estatuto enuncia que la petición o solicitud de las medidas cautelares, las hará el accionante ante el tribunal de arbitraje, se deduce que este (el tribunal) ya debe estar instalado al momento de realizarse la solicitud de medidas, es decir, es posterior a la instalación. (Reyes, 2016, p. 407), en resumidas cuentas, no existe la particularidad sorpresiva que distingue a las medidas cautelares, de lo que autoriza dejar en entre dicho su efectividad dentro del proceso arbitral.

Una última observación recae en el trámite que debe adelantar quien solicite el decreto y práctica

de las medidas cautelares, dado que la competencia del tribunal de arbitramento se estudia en la primera audiencia de trámite, es decir, luego de admitir la demanda, notificar al demandado y correr traslado para la contestación, actuaciones que desdibujan solicitudes previas, máxime cuando el tribunal arbitral no tiene fuerza coercitiva para hacer cumplir su laudo.

Junto a lo ya mencionado, es imprescindible esbozar que, dentro del amplio marco de las medidas cautelares innominadas, se pueden observar dos vertientes, como lo son las garantistas y las preventivas; entiéndase por la primera de estas, aquella cuya función es brindar una garantía respecto al cumplimiento del laudo arbitral, claro está, siempre y cuando el mismo sea favorable a la parte solicitante de la medida, se acoge esta, según lo observado, en litigios cuya controversia gire en torno a pretensiones económicas; respecto de las medidas preventivas, son aquellas cautelas que tienen como única finalidad prever que en el curso del proceso arbitral no se ocasionen a la parte convocante un nuevo daño y/o se maximice el presunto daño ya originado. Cabe aclarar que, sin perjuicio de lo mencionado, estas no se excluyen entre sí, pueden ser solicitadas en el curso de un mismo litigio.

Corresponde poner en conocimiento que en lo que respecta a las medidas cautelares anticipatorias, son impensables ejercitarlas en el proceso arbitral, esto de conformidad al trámite establecido por el legislador, en el cual, el estudio de la solicitud de la medida cautelar se efectúa con posterioridad a que el convocado tenga conocimiento de la demanda y solicitud de conformación del tribunal, en razón a ello, el factor sorpresa de este tipo de medida es totalmente nulo.

Entre tanto, al encontramos en presencia de una medida cautelar “garantistas”, hablaríamos de una medida que no cumple su función anticipatoria, bajo el presupuesto que no consumará su característica especial, entendida esta como las que: “*se surten antes de notificado el demandado del proceso en su contra, dicho sea, para garantizar la efectividad del objeto del proceso*” (Calamandrei, 1984, p. 45), con ocasión a que no existirá un estado de estupor en la parte convocada.

No es de olvidar, que en presencia de una medida cautelar “preventiva”, conociendo su finalidad,

se puede establecer que al momento de su decreto, indiscutiblemente estamos ante la efectividad de la cautela, logrando el efecto para el cual está previsto, es decir, conservar un estado de cosas imposibilitando su alteración y prevenir que en el curso del litigio, surja o nuevo daño o se amplíe el ya alegado por la parte solicitante.

Conforme a lo expuesto, se ha descubierto las diferentes posturas respecto de la naturaleza del arbitraje, de las medidas cautelares, de lo que expone el órgano de cierre constitucional en todo lo concerniente a las facultades de los árbitros de conocer procesos de ejecución y del trámite de la solicitud y decreto de medidas cautelares dentro del proceso arbitral, por cuanto la hipótesis planteada bajo este primer estudio e investigación, no es otro que sin un trámite especial que regule la solicitud de las medidas cautelares, sumado a la limitación que impone la ley, las medidas cautelares pierden de manera relativa (relatividad que se genera conforme al tipo de medida cautelar solicitada) la efectividad dentro del proceso arbitral, efectividad que sí garantiza el concurrir a un proceso en la jurisdicción ordinaria.

Para finalizar, es sensato exponer que, de llenar los vacíos jurídicos dejados por el legislador, sumado a la creación de un trámite que dinamice las medidas cautelares y logre unificar criterios, podríamos estar hablando de la efectividad total de las medidas cautelares dentro del proceso arbitral nacional en Colombia.



## REFERENCIAS:

1. Alexy R. (1993). Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial Centro de estudios constitucionales.
2. Alvarado A. (2015), El garantismo procesal. Belo Horizonte, Brasil: Arraes Editores.
3. Anaya, R. Á. M. (2010). Medidas Cautelares y Medidas Provisionales ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Madrid, España: 21ª edición. Espasa-Calpe, S.A.
4. Barona S. (2006), Medidas cautelares en el arbitraje. Navarra, España: Editorial Bomson-Civitas
5. Becerra, D (2009). La conciliación pre procesal en el nuevo sistema acusatorio como mecanismo de justicia restaurativa. Bogotá: Universidad Católica.
6. Bejarano R. (2011), Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales 5a ed. Bogotá: Editorial Temis.
7. Bejarano R. (2012), Código General del Proceso y Código de Procedimiento Civil comparativo. Bogotá: Editorial Externado de Colombia.
8. Bejarano R. (2012), La jurisprudencia arbitral en Colombia, Tomo V. Bogotá: Editorial Externado de Colombia.
9. Benetti S. J. J. (2001), El Arbitraje en el Derecho Colombiano. Bogotá: Editorial Temis
10. Benetti S. J. J. (2009). El arbitraje en el derecho colombiano. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
11. Bernal C. (2005), El Derecho de los derechos. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
12. Buonghermini M. (2011). Medidas cautelares. Tribunal de Apelación Civil y Comercial. En <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/procesal/Mar%C3%ADa-Buonghermini-Medidas-Cautelares.pdf> recuperado el 21 de agosto de 2019
13. Calamandrei P. (1984.) Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
14. Camacho J. (2010), Manual de derecho procesal. Bogotá: Editorial Temis
15. Capitán H. (1979) Vocabulario jurídico. Buenos Aires: Ediciones Desalma
16. Castillo, J. A. (2017). Medidas cautelares en el arbitraje: algunas notas a propósito de la anotación de la existencia del proceso arbitral en los registros públicos. Revistas ICDP, 44. En: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/428> recuperado el 21 de noviembre de 2018
17. Colombia. Decreto 1400 de 1970. "Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil". Agosto 06 de 1970.
18. Colombia. Decreto 2279 de 1989. "Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dicta otras disposiciones.". Octubre 7 de 1989 D.O. sin registro
19. Colombia. Decreto 410 de 1971. "Por el cual se expide el Código de Comercio". Marzo 27 de 1971. D.O. núm 33.339

20. Colombia. Ley 120 de 1921. "por la cual se aclaran las 10 de 1882, 68 de 1890 y 96 de 1896". Noviembre 14 de 1921. D.O. núm 17.980
21. Colombia. Ley 13 de 1825. Por la cual se dictan disposiciones en relación a que ningún proceso contencioso civil se tramitará sin que previamente se haya intentado el medio de la conciliación ante alguno de los alcaldes municipales o parroquiales. D.O. sin registro
22. Colombia. Ley 1563 de 2012. "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones". Julio 12 de 2012. D. O. No. 48.489
23. Colombia. Ley 1564 de 2012. "Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones". Julio 12 de 2012. D.O. No. 48.489
24. Colombia. Ley 1676 de 2013. Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias. D.O. núm 48888
25. Colombia. Ley 2 de 1938. "Por la cual se da validez a la cláusula compromisoria". 12 de marzo de 1938. D.O. núm 23.727
26. Colombia. Ley 446 de 1998. "Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia". Julio 07 de 1998. D.O. núm 43.335
27. Colombia. Ley 510 de 1999. Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades. Agosto 4 de 1999. D.O. núm 43654
28. Colombia. Ley 546 de 1999. Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones. Diciembre 23 de 1999. D.O. núm 43.827
29. Colombia. Ley 640 de 2001. "Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones". Enero 05 de 2001. D.O. 44.303
30. Colombia. Ley 84 de 1873. "Código civil de los estados unidos de colombia". Mayo 26 de 1873. D.O. núm 2.867
31. Colombia. Ley de procedimiento civil. Por la cual se crea el procedimiento civil colombiano. Mayo 14 de 1834. D. O. sin registro
32. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-037 de 1996 (M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)
33. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-431 de 1995 (M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara; Septiembre 28 de 1995)
34. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-443 de 2019 (M. P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez; Septiembre 25 de 2019)
35. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-039 de 2004 (M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil; enero 27 de 2004)

36. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-060 de 2001 (M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz; enero 24 de 2001)
37. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-098 de 2001. (M. P. Dra. Martha Victoria SÁCHICA Méndez; enero 31 de 2001)
38. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1140 de 2000 (M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo; agosto 30 de 2000)
39. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-222 de 2013. (M. P. Dra. María Victoria Calle Correa; abril 17 de 2013)
40. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-242 de 1997 (M. P. Hernando Herrera Vergara; mayo 20 de 1997)
41. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-774 de 2001 (M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil; julio 25 de 2001)
42. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Unificación 174 de 2007. (M. P. Dr. Manuel Jose Cepeda Espinosa; marzo 14 de 2007)
43. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-057 de 1995. (M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; febrero 20 de 1995)
44. Corte Constitucional, sentencia C-054 de 1997 (Dr. Antonio Barrera Carbonell; febrero 06 de 1997)
45. Corte Constitucional, sentencia C-490 de 2000 (Dr. Alejandro Martínez Caballero; mayo 4 de 2000)
46. Corte Constitucional, sentencia C-925 de 1999 (Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; noviembre 18 de 1999)
47. Couture E.J. (2002), Fundamentos del Derecho procesal civil, 4ª Ed. Buenos Aires: Editorial B de F.
48. Cremades, B. M., & Madalena, I. (2008). Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional. Revista de la Corte Española de Arbitraje. En: [http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rarbitraje&document=rarbitraje\\_7680752a7d26404ce0430a010151404c](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rarbitraje&document=rarbitraje_7680752a7d26404ce0430a010151404c) recuperado el 13 de junio de 2018
49. Devis E.H. (1977), Compendio de derecho procesal. Tomo III, El Proceso Civil, Tercera Edición, Bogotá D.C: Editorial ABC.
50. Devis H. (1985), Situación de la justicia judicial en Colombia. Artículo publicado en la Revista Arco. N° 290. Bogotá D.C., noviembre – diciembre de 1985
51. Duguit, L. (1926). Manual de derecho constitucional: Teoría general del Estado, el derecho y el Estado. Madrid: Francisco Beltrán.
52. Dworkin, R. (2012). Los derechos en serio. Barcelona, España: Editorial Ariel Derecho.
53. Gil E. J. H. (2002) Nuevo régimen de arbitramento: manual práctico. Bogotá; Cámara de Comercio de Bogotá
54. Gil E. J. H. (2010) Nuevo régimen de arbitramento: manual práctico. Bogotá; Segunda edición, Cámara de Comercio de Bogotá
55. Hart H. (2009), El concepto del derecho. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

56. López B. H. F. (1992) Comentarios al decreto de descongestión de justicia. Bogotá; ABC Editores
57. López, B. H. F. (2013). El proceso arbitral nacional. Bogotá: Dupre.
58. Martínez N. N. H. (2008). Pacto Arbitral y arbitramento en conciencia. Bogotá; Temis
59. Martínez N.N.H. (1988), Pacto Arbitral y Arbitramento en Conciencia. Bogotá: Editorial Temis.
60. Merino J. F. (2006) Tratado de derecho arbitral. Navarra; Cizur Menor
61. Monroy J. (2006). Bases para la formación de una teoría cautelar. Lima, Perú: Editorial Communitas.
62. Nisimblat, N. (2005). Los principios rectores del procedimiento y del proceso en Colombia. En: [http://www.academia.edu/30498710/LOS\\_PRINCIPIOS\\_RECTORES\\_DEL\\_PROCEDIMIENTO\\_Y\\_DEL\\_PROCESO\\_EN\\_CÓLOMBIA\\_Principles\\_of\\_Procedure\\_and\\_process\\_in\\_Colombia](http://www.academia.edu/30498710/LOS_PRINCIPIOS_RECTORES_DEL_PROCEDIMIENTO_Y_DEL_PROCESO_EN_CÓLOMBIA_Principles_of_Procedure_and_process_in_Colombia) Recuperado el 7 de mayo de 2019
63. Nisimblat, N. (2014), Código General del Proceso derecho probatorio. Bogotá: Editorial ediciones doctrina y ley ltda
64. Oppetit B. (2006), Teoría del arbitraje, Bogotá; Legis
65. Oppetit B. (2006), Teoría del arbitraje. Traducido por Eduardo Silva Romero. Bogotá: Editorial Temis.
66. Patiño M.D.M. (2015) La justicia restaurativa: un modelo comunitarista de resolución de conflictos. Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas - UPB. Vol. 45 / No. 122 / enero - junio 2015/ Medellín, Colombia. En <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v45n122/v45n122a10.pdf> Recuperado el día 16 de noviembre de 2019
67. Pérez S. J. (2011). Métodos alternos de solución de conflictos: justicia alternativa y restaurativa para una cultura de paz. Tesis Doctoral, México: Universidad Autónoma de Nuevo León.
68. Quintero B. (2008), Teoría general del derecho procesal 4ª ed. Bogotá: Editorial Temis
69. Reglero C. L. F, (1991) El arbitraje: (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la ley de 5 de diciembre de 1988). Madrid: Montecorvo.
70. Rey A. (2014), Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: un análisis de las normativas de arbitraje doméstico en Colombia y en el hemisferio”. Revista 128 Enero - junio 2014 Vniversitas. En: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n128/n128a09.pdf> recuperado 11 de mayo de 2019
71. Reyes S. C. C. (2016). Las medidas cautelares anticipatorias e innominadas en el proceso arbitral en Colombia. Revista Vniversitas N. 132. En <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.mcai> Recuperado el día 04 de octubre de 2018.
72. Rodríguez M. M. (2013). Medidas cautelares en el proceso arbitral. Bogotá: Editorial U. Externado de Colombia.
73. Suárez H., D. (1986) Sobre arbitramento civil y comercial. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, volumen 1, núm. 5, Bogotá.
74. Subirats A. M. C. (2001) Las medidas cautelares: su instrumentalidad. En: <http://www.derecho.com/articulos/2001/07/15/las-medidas-cautelares-su-instrumentalidad/> recuperado el 7 de octubre de 2018.

75. Tribunal arbitral cámara de comercio de Bogotá, Asociados Marín Valencia S.A contra Perenco Colombia Limited, radicado: 4900, mayo de 22 de 2018
76. Tribunal arbitral cámara de comercio de Bogotá, Blanca Irma Pachón López contra Juan Carlos Jiménez Pachón, radicado: 4493, agosto de 24 de 2017
77. Tribunal arbitral cámara de comercio de Bogotá, Concesionaria Vial del Pacifico S.A.S -COVIPACIFICO S.A.S- contra Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, radicado: 4494, mayo de 03 de 2018
78. Tribunal arbitral cámara de comercio de Bogotá, Nelly Beatriz Daza de Solarte y otro contra CSS Constructores S.A y otros., radicado: 3289, marzo de 21 de 2018
79. Tribunal arbitral cámara de comercio de Bogotá, Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas S.A. sucursal Colombia contra Unidad Administrativa Especial del Sistema Estratégico de Transporte Público - avante SETP, radicado: 5109, septiembre de 06 de 2018
80. Valdés S. R. (2000). El pacto, compromiso con opción múltiple. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
81. Vidal R., F. (2006) Jurisdiccionalidad del Arbitraje. En: Revista Peruana de Arbitraje. Lima: Editorial Grijley.
82. Zapata A. (2010), El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro. Bogotá: Editorial Externado de Colombia