

No obstante el inicial silencio legal sobre la intervención de terceros en este proceso, por lo que los autores de la presente obra, al menos en la categoría de la controversia, por tratarse de sujetos de derecho no ajenos por el pacto arbitral.

II. DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCESO ARBITRAL.

En efecto, el Tribunal de Arbitraje delabrado entre la Empresa de Energía y Gas de Bogotá y la Empresa de Energía de Bogotá (E.E.G.B.) en el año 1989, en el que se estableció la intervención de terceros en el proceso arbitral.

INTERVENCIÓN DE TERCEROS Y MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL

Por: RAMIRO BEJARANO GUZMAN
Profesor Externado y Andes
Miembro Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal

I. OBJETIVO.

El proceso arbitral en los últimos tiempos ha adquirido notoria importancia, porque cada día se consolida como el mejor y más idóneo mecanismo para dirimir las grandes controversias. Ello explica el por qué en los últimos cinco años, se han expedido normas relacionadas con este proceso, concretamente el decreto 2279 de 1989, la ley 23 de 1991 y el decreto 2651 de 1991.

No obstante la permanente atención legislativa que viene mereciendo este proceso, aún existen grandes vacíos e inquietudes. Entre otros aspectos, la intervención de terceros y el régimen de las medidas cautelares, ofrecen dudas que obligan a ensayar algunas soluciones en este tipo de procesos.

El propósito de este artículo, es simplemente consignar el estado actual de la cuestión y sus posibles soluciones, en relación con la intervención de terceros y el régimen de las medidas cautelares en los procesos arbitrales.

II. ANTECEDENTES GENERALES EN RELACION CON LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCESO ARBITRAL.

La regulación que del proceso arbitral se incluyó en los Códigos de Procedimiento Civil y de Comercio, no reglamentó la forma de intervención de los terceros en el proceso arbitral.

No obstante el inicial silencio legal sobre la intervención de terceros en este proceso, por fortuna hoy superado, la jurisprudencia arbitral de alguna manera había delineado la imposibilidad de su presencia, al menos en la categoría de la coadyuvancia, por tratarse de sujetos de derecho no atados por el pacto arbitral.

En efecto, el Tribunal de Arbitramento adelantado entre la **Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá y Estruco Ltda.**, que concluyó con laudo proferido el 15 de agosto de 1984, a propósito de la inquietud planteada por la primera sobre si era o no necesario vincular como tercero a la aseguradora afianzante del contrato, sostuvo que ello no era posible, esgrimiendo fundamentalmente dos razones: la primera, que el interés jurídico que asiste al asegurador para intervenir en esa controversia, sólo surge si hay siniestro y que este sólo se concreta en el evento de declaratoria de incumplimiento del contrato, resolución que se adopta en el laudo; la segunda, que siendo el asegurador extraño "... **al compromiso arbitral que dio origen al arbitramento...**", ello lo convertía en "... **un tercero arbitral que no está legitimado para una intervención litisconsorcial o de coadyuvancia...**" (LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL EN COLOMBIA. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988, pág. 503). Es decir, para este Tribunal la posibilidad de intervención en el proceso arbitral está reservado sólo a quienes suscribieron el pacto arbitral y jamás a terceros.

El decreto 2279 de 1989 en el confuso artículo 30, y posteriormente el artículo 109 de la ley 23 de 1991, definieron las bases para el ingreso al proceso arbitral de aquellas personas que sin haber suscrito el pacto arbitral, resulten vinculadas por el laudo que le ponga fin al proceso. El artículo en mención en su versión actual, de cuyo análisis nos ocuparemos adelante, dice:

"Cuando por la naturaleza de la situación jurídica debatida en el proceso, el laudo genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el pacto arbitral, el Tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que adhieran al arbitramento. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su expedición.

Modificado inciso segundo, ley 23 de 1991 art. 109. Los citados deberán manifestar expresamente su adhesión al pacto arbitral dentro de los diez (10) días siguientes. En caso contrario se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria para dicho caso, y los árbitros reintegrarán los honorarios y gastos en la forma prevista para el caso de declararse la incompetencia del Tribunal.

Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los terceros.

Si los citados adhieren al pacto arbitral, el Tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales.

III. DE LA INTERVENCION DE TERCEROS EN EL PROCESO ARBITRAL.

Previamente a ocuparnos del tema específicamente, nos parece conveniente definir los conceptos de parte, litisconsorcio y tercero, para establecer, si en verdad en el artículo 30 del decreto 2279 de 1989, se reguló la intervención de terceros u otro fenómeno.

En efecto, se entiende por **parte**, procesalmente hablando, toda persona natural o jurídica, que concurre a un proceso bien como demandante o como demandada.

A su turno el **litisconsorcio** significa pluralidad de partes en uno o en ambos extremos de la relación jurídica procesal, y admite tres clasificaciones: **necesario, voluntario o facultativo y cuasinecesario**. El litisconsorcio necesario se presenta cuando por la naturaleza de la relación jurídica sustancial no es posible adelantar ni concluir en el fondo el debate, si no están presentes todas las personas que conforman esa relación sustancial. El voluntario o facultativo se suscita cuando existiendo pluralidad de partes en uno o en ambos extremos de la relación jurídica sustancial, ella no es necesaria para el adelantamiento ni conclusión del proceso, dado que la relación jurídica sustancial de la que ha surgido el litigio contenido en el proceso, puede ser ventilada sin la presencia de todas las personas, quienes en consecuencia se consideran litigantes separados, pudiendo ser diverso el fallo para los litisconsórtes. El litisconsorcio cuasinecesario, figura que para algunos no debe tener existencia autónoma, se predica de aquellas situaciones en las que no es necesaria la presencia en el proceso de todas las personas que conforman la relación sustancial que ha suscitado el litigio, pero con la particularidad de que el fallo que se profiera tendrá efectos contra todos, presentes y ausentes.

En el caso del litisconsorcio necesario, su arribo al proceso se produce de dos formas: ab-initio como demandante o demandado, o porque el juez al advertir su ausencia decide vincularlo conforme a las prescripciones del art. 83 del C.P.C., en cuyo caso, se considerará como integrante de una de las partes.

En relación con el concepto de **tercero** la doctrina nacional ha considerado que **"...tercero es quien, en el momento de trabarse la relación jurídico-procesal no tiene la calidad de parte por no ser demandante ni demandado, y que una vez que interviene, sea voluntariamente, por citación del juez o llamado por una de las partes principales, se convierte en parte, es decir, ingresa**

en el campo del proceso...". (JAIRO PARRA QUIJANO. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Tomo I, Ed. Temis. 1992, pág. 193). Las formas de clasificación de los terceros son la del **tercero principal, la coadyuvancia, la denuncia del pleito, el llamamiento en garantía, el llamamiento oficioso y el del tenedor o poseedor.**

Si bien la tesis procesalista entiende que es tercero todo aquel que llega al debate sin ser demandado ni demandante, hay que admitir que en el caso de la vinculación tardía al proceso de quien integra un litisconsorcio necesario, la denominación de tercero no sólo no es afortunada sino confusa, pues se trata de un integrante de una de las partes. En efecto, cuando un sujeto de derecho integra con otros un litisconsorcio necesario, y no es involucrado inicialmente como demandante o demandado, y llega posteriormente al debate, si bien a la luz de la simplista tesis procesalista sería un tercero, en verdad concurre como miembro de una parte plural.

En nuestra opinión, la definición procesalista del tercero, resulta confusa para denominar a aquel sujeto de derecho que integrando pluralmente un litisconsorcio necesario no es inicialmente demandante ni demandado, pues la intervención de éste no es la de tercero sino la de parte. Tan evidente es lo anterior, que el propio Código Procesal Civil trata separadamente los litisconsorcios de los terceros, pues aunque ambos temas están regulados en el Libro I, Sección Segunda, Título VI, aquellos lo están en Capítulo II y estos en el Capítulo III.

Teniendo claro los conceptos de parte, litisconsorcio y de tercero, de antemano podemos concluir que en el artículo 30 del Decreto 2279 de 1989 reformado por el 109 de la Ley 23 de 1991, en verdad no se consagró el tema de intervención de terceros en el proceso arbitral, sino una particular forma de integración del contradictorio, o lo que es lo mismo, la citada disposición no hizo sino repetir de manera no precisamente afortunada los términos del artículo 83 del C.P.C. que se denomina —**litisconsorcio necesario e integración del contradictorio**—.

En otras palabras, nuestra legislación arbitral lo que ha regulado no se refiere a la intervención de terceros sino a los mecanismos de integración del contradictorio, lo que nos obliga, en primer término a ocuparnos de los últimos, para un segundo lugar, si las normas del Código de Procedimiento Civil sobre terceros son o no aplicables en el trámite arbitral.

El artículo 30 del Decreto 2279 de 1989, define los siguientes requisitos para integrar el litisconsorcio necesario, así:

- a) Que por la naturaleza de la situación jurídica debatida, el laudo esté llamado a tener efectos de cosa juzgada para un sujeto de derecho que esté ausente del debate.
- b) Que ese sujeto de derecho para el que el laudo llegue a generar efectos de cosa juzgada no haya suscrito el pacto arbitral.
- c) Que se ordene su citación personal y que ésta se logre dentro de los cinco (5) días siguientes a la providencia que así lo ordene.
- d) Que el citado adhiera al pacto arbitral.

El primer requisito apunta a la exigencia de que en el proceso arbitral deben estar presentes todas las personas que integran una misma relación jurídico sustancial, a efectos de que el proceso pueda adelantarse y concluirse válidamente. La hipótesis de la norma antes transcrita, parte del supuesto de haber omitido en el pacto arbitral a una de las personas interesadas en el conflicto, y no parece fácil concebir en el terreno práctico, de qué manera existiendo una relación jurídico sustancial entre varias personas, el pacto arbitral fuese suscrito por algunas

La misma circunstancia en la que se encuentran tales sujetos de derecho, hace suponer que la norma es letra muerta, pues no parece factible suponer que en tales situaciones, el pacto arbitral no venga suscrito por todos los que necesariamente deben concurrir al proceso.

Desde luego, el alcance del art. 30 del Decreto 2279 de 1989 sólo debe aplicarse para los eventos en los que el Tribunal advierta la ausencia de quien tiene la calidad de litisconsorcio necesario, más no cuando se trata de uno cuasinecesario, pues bien sabido es, como así se desprende del inciso tercero del art. 52 del C.P.C., que en tal caso, el proceso puede adelantarse sin su presencia, lo que no obsta para resultar vinculado o afectado por la sentencia.

En relación con el segundo requisito, claro es que se trata de una lógica consecuencia del primero. En efecto, se citará a aquella persona que integra con otras una parte del proceso, y ello será necesario por cuanto la sentencia a proferir está llamada a tener efectos contra la misma.

En este punto, insistimos en la no aplicabilidad del art. 30 del Decreto 2279 de 1989, para cuando se trata de un litisconsorcio cuasinecesario, a pesar de que la sentencia tenga efectos para él, pues por su naturaleza la ley permite que aun en su ausencia pueda ventilarse el correspondiente conflicto.

En relación con el tercer requisito, consistente en lograr la citación personal de litisconsorte necesario dentro de los cinco (5) días siguientes a la providencia

que así lo ordene, so pena de que se desintegre el Tribunal no pudo ser más desafortunada la norma. Este término de citación es improrrogable, y por tanto si en ese exiguo y angustioso término no se logra la citación personal, no será viable proceder al emplazamiento, y fatalmente el Tribunal deberá desintegrarse.

Dado que lo que se busca con la citación es conocer expresamente si el citado ha de adherir o no al pacto arbitral, estimamos que la única forma de establecerlo ha de ser con su citación personal directa y no indirecta. El único habilitado para manifestar si adhiere o no al pacto ha de ser el citado, y en manera alguna, su eventual curador ad-litem. En efecto, la determinación de someterse a un tribunal de arbitramento es un acto de voluntad que solamente es dable ejercer a quien así lo decide, y que sólo puede delegarse en forma expresa.

Por ello no coincidimos con la Dra. MARIA CRISTINA MORALES DE BARRIOS (*El Proceso Arbitral. Rev. Academia Colombiana de Jurisprudencia*, agosto-diciembre de 1991, Nos. 294 y 295, pág. 150), quien cataloga como inocua la disposición, **— pues la imposibilidad de notificar a terceros no puede darse, ya que la ley trae los mecanismos que se aplican cuando se da esta circunstancia (art. 315 y 320 del C. de P.C.) —**, pues en nuestro concepto, fue querer del legislador que ante la peculiar y casi que inexplicable omisión de uno de los litisconsortes necesarios en el pacto arbitral, su convocatoria tardía se realice en forma estrictamente personal, para asegurar su presencia.

El propósito del legislador no fue el de que si fracasa la notificación personal al citado, ella se agote con un curador ad litem, porque entonces no tendría ninguna razón de ser la disposición para que la notificación personal se efectúe dentro de los 5 días siguientes al auto que ordene la vinculación. En efecto, si el legislador hubiere querido que el citado fuese notificado por conducto de su curador, en vez de referirse exclusivamente a los 5 días siguientes a la providencia que ordene la citación, habría además hecho referencia a la hipótesis en la que la notificación se hiciese al curador.

De otra parte, insistimos en que la citación debe hacerse en forma personal y no mediante emplazamiento, pues de acogerse el último mecanismo sería necesario designar curador ad litem, quien no teniendo la facultad de comprometer los intereses de su representado para los fines de adherir al pacto arbitral y sufragar los gastos proporcionales, ninguna labor estaría llamada a desarrollar en el proceso. Insistimos en nuestra apreciación de que adherir al pacto arbitral es un acto de voluntad que sólo es dable expresar al convocado y no a su curador ad-litem.

El cuarto y último requisito, consistente en que el convocado debe manifestar su adhesión al pacto arbitral dentro de los diez días siguientes a su notificación

personal, so pena de que se desintegre el Tribunal, está encaminado a establecer la inequívoca voluntad del litisconsorte necesario de sumarse al proceso. Obsérvese que el art. 30 del Decreto 2279 de 1989, pudiendo haber consagrado que el silencio del citado equivaldría a manifestación de adhesión al pacto arbitral, optó por el camino de exigir un pronunciamiento expreso.

Averiguado entonces que el Decreto 2279 de 1989 guardó silencio sobre la intervención de terceros en el proceso arbitral, lo que debe precisarse es si las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la intervención del tercero principal, la coadyuvancia, la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía, el llamamiento oficioso y el del poseedor o tenedor, son de aplicación en el proceso arbitral. Cualquiera sea el resultado de la indagación que nos proponemos, creemos que dada la peculiar naturaleza del proceso arbitral, no resulta conveniente que el tema de los terceros no tenga una regulación autónoma, pues las normas del Código de Procedimiento Civil ofrecen serias dudas sobre su procedencia y aplicabilidad.

1) **El tercero principal** no puede intervenir en el proceso arbitral, por las siguientes tres razones: por no haber suscrito el pacto arbitral, porque la sentencia a proferirse en el proceso donde pretende total o parcialmente la cosa o derecho debatido no tiene efectos para él, y finalmente, porque su pretensión quedando a salvo del juzgamiento en el trámite arbitral, habilita a la ulterior formulación de una demanda en contra de quien hubiere obtenido laudo favorable.

2) **La intervención adhesiva o coadyuvante**, en nuestro concepto es viable, pues aquella ha sido autorizada en los procesos de conocimiento, siempre que el tercero tenga una relación jurídico sustancial a la que no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y el proceso arbitral es un proceso de cognición. Nos separamos en consecuencia de la tesis prohijada por algunos doctrinantes en el sentido de que el coadyuvante por no haber suscrito el pacto arbitral no está autorizado a intervenir en este proceso, pues creemos que su habilitación a intervenir en cualquier proceso no deviene de la declaración de voluntad de las partes enfrentadas sino de la particular relación jurídica sustancial que la ata a uno de los extremos de la relación jurídico-procesal. Para la profesora MORALES DE BARRIOS, la única posibilidad de intervención del coadyuvante en el proceso arbitral se da en el caso de la actuación de **"...la Procuraduría General de la Nación, por virtud de la facultad que le otorga el artículo 13, literal 11 de la Ley 4 de 1990..."** (Rev. cita, pág. 150), opinión que no podemos compartir, en primer término, porque el procurador cuando interviene en un proceso no lo hace como coadyuvante sino como una parte imparcial, según la denominación de Carnelutti, y además, porque no existiendo ninguna disposición legal que restrinja la coadyuvancia en este tipo de proceso, tal intervención está autorizada por el artículo 52 del C. de P.C.

Es importante precisar que si se celebra un compromiso para sustraer del conocimiento de la justicia ordinaria un conflicto, aquel no debe venir suscrito por el coadyuvante que haya sido reconocido en ese momento, por la sencilla razón de que él no introduce tema alguno al juzgamiento pendiente. Empero, ello no significa que quien haya sido autorizado a intervenir como coadyuvante, pierda tal prerrogativa por el hecho de que se celebre un compromiso, pues no habiéndose previsto tal exclusión, mal puede decretarse por vía de interpretación.

3) Bien sabido es que en nuestro país, mediante la **denuncia del pleito**, el comprador que ve perseguido o perturbado judicialmente un bien a instancias de un tercero, debe convocar al proceso respectivo al vendedor, para que responda por la obligación de saneamiento por evicción, pues de no hacerlo el último se exonerará de tal responsabilidad. El fundamento sustancial de tal figura es el artículo 1899 de C.C.C., que dispone:

El comprador a quien se demanda la cosa vendida por causa anterior a la venta, deberá citar al vendedor para que comparezca a defenderla.

Esta citación se hará en el término señalado por las leyes de procedimiento.

Si el comprador omitiere citarle, y fuere evicta la cosa, el vendedor no será obligado al saneamiento; y si el vendedor citado no compareciere a defender la cosa vendida, será responsable de la evicción; a menos que el comprador haya dejado de oponer alguna defensa o excepción suya y por ello fuera evicta la cosa.

Aun cuando en la norma anterior, se consagra la pérdida del derecho del comprador a obligar al vendedor al saneamiento cuando no le denuncia el pleito, ella no es la única causa de extinción de tal carga. En efecto, el artículo 1.903 del C.C.C. consagra otras dos modalidades de extinción de la obligación de sanear, la primera de ellas referida al tema del proceso arbitral, así:

— **“Cesará la obligación de sanear en los siguientes casos:**

1º) Si el comprador y el que demanda la cosa como suya se someten al juicio de árbitros, sin consentimiento del vendedor, y los árbitros fallaren contra el comprador.

2º) Si el comprador perdió la posesión por su culpa, y de ello se siguió la evicción”.

Con base en lo previsto en el numeral primero del art. 1.903 del C.C.C. es claro entonces, que si el comprador decide someter su diferencia con el tercero que pretende o persigue la cosa al trámite arbitral, sin el consentimiento del vendedor, cesa la obligación de sanear, lo que se traduce en que ese comprador ya no podrá denunciar el pleito a su vendedor en el curso del proceso. Es decir, si el comprador quiere ventilar su diferencia con el tercero ante árbitros, debe contar con la autorización del vendedor, si no quiere que cese la obligación de saneamiento. En cuanto el comprador suscribe el pacto arbitral con el tercero, se releva de responsabilidad el vendedor, lo que implica que a aquel le queda cercenada la posibilidad de denunciar el pleito durante el proceso arbitral, pues por ministerio de la ley, ya para entonces habrá cesado la obligación de sanear.

Aun cuando en principio pareciera que estando en curso un proceso en la justicia ordinaria en el cual ha sido admitida la denuncia del pleito, el compromiso tendría que venir suscrito por las partes y por el denunciado, creemos que atendiendo los términos del numeral 1 del artículo 1.903 del C.C.C. puede celebrarse sólo entre demandante y demandado, omitiendo al tercero, pues en tal caso, la consecuencia no será la ineficacia del pacto arbitral, sino la exoneración al vendedor de la obligación de sanear. Ciertamente, si el numeral 1 del art. 1.903 del C.C.C. es claro al señalar que cesará la obligación del vendedor de salir al saneamiento por evicción, sin su autorización el comprador se somete a proceso arbitral con el tercero que persigue o pretende la cosa, tal situación debe predicarse también del evento en el que el compromiso se celebre después de haberse denunciado el pleito ante la jurisdicción ordinaria. Es decir, si inicialmente el comprador en la justicia ordinaria denuncia el pleito a su vendedor, y a pesar de ello decide suscribir compromiso sólo con su contraparte, ello jurídicamente significará que ese comprador decidió exonerar a su vendedor de la obligación del saneamiento por evicción.

4) En el caso de producirse **llamamiento en garantía** en el curso de un proceso arbitral, estimamos que el tribunal debe admitirlo y disponer la citación, sólo que en tal caso, si el llamado no es notificado o no adhiere al pacto arbitral, éste no se extingue y el proceso puede continuar su curso, porque, en todo caso, al llamante le quedan abiertas las puertas de la justicia ordinaria para promover posteriormente un nuevo proceso. Es decir, si quien debiendo llamar en garantía no lo hace, tal conducta no exonerará de responsabilidad al llamado, quien podrá ser demandado en proceso separado.

No compartimos la decisión adversa adoptada el 17 de enero de 1994 por el Tribunal de Arbitramento de **Inverpetrol** contra **Repsol Exploración S.A.**, integrado por los juristas CARLOS HOLGUIN HOLGUIN, ANTONIO DE IRISARRI Y FERNANDO MENDOZA,

que denegó un llamamiento en garantía "...porque el proceso arbitral tiene su origen y razón de ser en un pacto expreso, en el cual el tercero no ha sido parte y en relación con el cual lo allí acordado tiene el carácter de *res inter alios acta*. Ello impide que al proceso arbitral puedan llegar a intervenir, como partes, quienes no hayan suscrito el pacto arbitral, llámese compromiso o cláusula compromisoria y; además, el tercero seguirá siendo tercero, y si desea formar parte de esa convención requiere del consentimiento de las partes en el pacto arbitral, dado que se trata de introducirse una modificación..."

En efecto, la decisión que se acaba de mencionar le da el mismo tratamiento al llamado en garantía, que la ley ha reservado sólo para quien resulte vinculado por la sentencia. Si el llamado en garantía no ha de resultar necesariamente vinculado con el fallo, por economía procesal sugerimos que en vez de rechazar se admita ese llamamiento, quedando sujeto a que adhiera al pacto arbitral, como condición para su ingreso y permanencia en el proceso. Si el llamado adhiere al pacto arbitral se despejará el obstáculo para que haga parte del proceso arbitral, y esa sola razón indica que conviene más al proceso admitir el llamamiento que rechazarlo.

5) En relación con el **llamamiento del poseedor o tenedor**, creemos que en el terreno práctico no será fácil concebir una situación en la que se suscriba un pacto arbitral por quien no es poseedor o tenedor. No obstante, de llegar a presentarse la hipótesis de que se suscriba pacto arbitral con quien se dice tenedor o poseedor sin serlo, y éste decida en el proceso llamar a quien sí detente esa calidad, la vinculación del último debe hacerse siguiendo las indicaciones del artículo 30 del decreto 2279 de 1989. Ciertamente, si la sentencia ha de tener efectos de cosa juzgada en relación con el verdadero poseedor o tenedor, su vinculación debe hacerse como la que se previó en esa norma para el caso de un litisconsorte que no suscribió el pacto arbitral.

6) Finalmente, creemos que la figura del **llamamiento oficioso** también debe ser de recibo en el proceso arbitral, tanto más cuanto que se trata de una intervención que se ordena oficiosamente por el juez, cuando advierta colusión o fraude, para proteger sus intereses. Pero este llamado, como tiene un perfil eminentemente precautelativo, no está dirigido para que se extinga el pacto arbitral y se desintegre el tribunal, en el evento de que no sea posible la citación personal del tercero, quien por la misma razón está relevado de adherir al pacto arbitral, tanto más cuanto que, al parecer se ha celebrado con el propósito de infringirle daño.

Por las mismas razones, si las partes en contienda ante la justicia ordinaria, deciden celebrar compromiso, el llamado oficiosamente no está obligado a suscribirlo, ni será desplazado en el proceso arbitral, pues su intervención no surge de un acuerdo de voluntades sino de la ley y la decisión jurisprudencial.

IV. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL.

En relación con el tema de las medidas cautelares, los numerales 11 de los artículos 671 del C.P.C. y 2019 del C. de Co. expresamente consagraban la prohibición de su decreto y práctica en el proceso arbitral. Al parecer el sustento de esta prohibición fue la conclusión adoptada en el Tribunal de Arbitramento integrado por RICARDO HINESTROSA DAZA, DARIO ECHANDIA y ANTONIO ROCHA, que al respecto sostuvo “... **el fundamento de las atribuciones de los árbitros está en la facultad dispositiva que tienen las partes sobre los derechos que someten a su decisión. Y por esto la ley exige que estos tengan capacidad para transigir sobre tales derechos. Pero sobre el derecho público los particulares no pueden transigir. Si en un contrato de transacción las partes convinieran, por ejemplo, en que sea embargado un bien perteneciente a una de ellas, ese contrato no tendría, por sí solo, el efecto de sacar del comercio el bien que se conviene embargar, sino que sería necesario, además, obtener el decreto del poder público para hacer efectivo dicho embargo...**” y además agregó “...**Si las partes no tienen la facultad de embargar, tampoco se la pueden dar a los árbitros, por virtud del compromiso arbitral, porque nadie puede dar lo que no tiene...**” (Decisión citada por HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO, en su libro *Derecho Procesal Civil Colombiano. Parte Especial*. Cuarta edición. Editorial Temis, Bogotá, 1989, pág. 556, quien a su vez la tomó del texto de J. EMILIO ECHEVERRY).

Muy seguramente, la presencia de tan eminente opinión, a pesar de su desacuerdo, debió pesar sobre quienes en algún momento pensaron en autorizar el decreto y práctica de medidas cautelares en procesos arbitrales, pues, como lo habíamos sostenido en artículo publicado en la revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Volumen I N° 5, 1986. pág. 129; – **“Desde el punto de vista conceptual, la práctica de una medida cautelar en cualquier proceso, y en ello debe comprenderse el arbitral, tiene por objeto siempre el mismo: asegurar el cumplimiento de la sentencia que habrá de producirse...”**. Por lo demás, la facultad de decretar y practicar medidas cautelares no deriva del acuerdo de las partes, sino de la función jurisdiccional que cumple todo arbitramento, así sea ella transitoria.

El tema está definido en el artículo 32 del decreto 2279 de 1989, en los siguientes términos:

“En el proceso arbitral, a petición de cualquiera de las partes podrán decretarse medidas cautelares con sujeción a las reglas que a continuación se indican:

Al asumir el tribunal su propia competencia, o en el curso del proceso; cuando la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho

real principal sobre bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes, podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

a) La inscripción en cuanto a los bienes sujetos a registro, para lo cual se librará oficio al registrador en que conste el objeto del proceso, el nombre de las partes y las circunstancias que sirvan para identificar los inmuebles y demás bienes. Este registro no excluye los bienes del comercio, pero quienes los adquieran con posterioridad estarán sujetos a los efectos del laudo arbitral.

Si el laudo fuere favorable a quien solicitó la medida en él se ordenará la cancelación de los actos de disposición y administración efectuados después de la inscripción del proceso, siempre que se demuestre que la propiedad subsiste en cabeza de la parte contra quien se decretó la medida, o de un causahabiente suyo.

En caso de que el laudo le fuere desfavorable, se ordenará la cancelación de la inscripción.

Modificado inciso 4° del literal a). Ley 23 de 1991 art. 110. **Si el tribunal omitiere las comunicaciones anteriores, la medida caducará automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia del tribunal superior que decida definitivamente el recurso de anulación. El registrador a solicitud de parte procederá a cancelarla.**

b) El secuestro de los bienes muebles. La diligencia podrá practicarse en el curso del proceso a petición de una de las partes; para este fin, el interesado deberá prestar caución que garantice los perjuicios que puedan causarse.

Podrán servir como secuestros los almacenes generales de depósito, las entidades fiduciarias, y las partes con las debidas garantías.

Parágrafo. El tribunal podrá durante el proceso, a solicitud de terceros afectados, levantar de plano las anteriores medidas, previo traslado por tres (3) días a las partes. Si hubiere hechos que probar, con la petición o dentro del traslado, se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos".

Como se ve, las medidas cautelares autorizadas en el proceso arbitral poco difieren de las autorizadas en el artículo 690 numerales 1 y 2 del C.P.C., pues am

bas proceden atendiendo el contenido de la pretensión, y participan de idéntico alcance.

No obstante lo anterior, la denominada inscripción del proceso no requiere la prestación de caución, que si es exigida en el proceso ordinario, como tampoco es viable su decreto oficioso, como sí se permite en algunos específicos asuntos.

De otra parte, en el proceso arbitral cuando en el laudo se absuelve a la parte en contra de la cual se decretó la inscripción del proceso, sino se ordena su levantamiento en esa providencia, pasados tres meses, de la ejecutoria del laudo, el registrador respectivo a solicitud de parte procederá a la cancelación de la misma.

En relación con el secuestro, admitimos la posibilidad de la comisión por parte del tribunal a jueces del circuito o municipales, pues no hay norma que lo prohíba y por tanto son de recibo las disposiciones del estatuto procesal civil, y coincidimos con el profesor HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO (*Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo II, Parte Especial, Ed. A.B.C., Bogotá, 1992, pág. 647), en cuanto afirma que los terceros opositores que no estuvieron presentes o que no contaron con representación de un abogado en el curso de la diligencia, si pretenden formular la solicitud de levantamiento, deben presentarla dentro del término de los 20 días siguientes a la práctica de la misma, previsto en el artículo 687 N° 8 del C.P.C., so pena de que precluya la oportunidad. No compartimos la opinión de quienes sostienen, con fundamento en la redacción inicial del parágrafo del artículo 32 del decreto 2279 de 1989, "**El Tribunal podrá durante el proceso...**" que la solicitud pueda formularse en cualquier tiempo siempre que no haya precluido el debate, pues en nuestro concepto, la citada norma lo que está significando es que tal pedimento no pueda hacerse sino en el curso del proceso, pero en manera alguna, que pueda incoarse pasado el perentorio término del artículo 687 N° 8 del C.P.C..

Creemos que para obtener el levantamiento del secuestro es viable la prestación de caución prevista para procesos ordinarios (art. 687 N° 3). En efecto la caución sustituye la cosa secuestrada, y en tales circunstancias el aseguramiento perseguido con la cautela, de todas maneras se obtendrá.

Algunos critican la consagración del régimen de medidas cautelares en el proceso arbitral, con el argumento de que en la práctica ellas no serán necesarias dado que si las partes de mutuo acuerdo se han sometido a un proceso de esta naturaleza, no es dable suponer que exista discordia para los fines de la protección del derecho o de la cosa mientras dura el debate. Desde luego, quienes ven inútil la regulación de las cautelares en estos procesos, olvidan que en muchas ocasiones si bien las partes se encuentran enfrentadas en un tribunal de arbitramento, alguna

de ellas se ha resistido a su tramitación, como con alguna frecuencia se presenta en el caso de la cláusula compromisoria. En efecto, si bien las partes pudieron estar de acuerdo al suscribir un contrato en involucrar el pacto arbitral, esa puede no ser necesariamente la misma postura al momento de surgir el conflicto, en cuyo caso, no sólo toman sentido sino que se hacen necesarias las medidas cautelares.

En nuestro concepto, la regulación anterior no excluye el decreto y práctica de otras medidas cautelares, pues el alcance del artículo 32 del decreto 2279 de 1989, no fue el de prohibir las demás sino el de reglamentar la inscripción de la demanda y el secuestro de bienes muebles, en dos específicas situaciones. Desde luego, las otras medidas cautelares podrán decretarse sí, en cada caso, se estructuran los requisitos previstos en el estatuto procesal civil.

Compartimos integralmente los términos de la decisión adoptada el 28 de febrero de 1994, por el Tribunal de Arbitramento de **Inversora Ulloza Ltda.** contra **Inversionista Fresno S.A. y Cía S. en C.** integrado por los juristas caleños HUGO ROLDAN VILLA, HUMBERTO RAFFO y FRANCISCO CHAVES CAJIAO RIVERA que al respecto sostuvo:

“Considera el Tribunal que la expresión **Podrán decretarse medidas cautelares**, es una norma general y absoluta, que consagra la admisión de tales medidas en todo proceso arbitral. Ahora bien, cuando el legislador fija el procedimiento a seguir en los casos en que la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho real principal no significa que limite a tales casos las medidas cautelares susceptibles de ordenar en los procesos arbitrales, sino que se concreta a reglamentar una situación especial. Es preciso observar, en efecto, que el texto del mismo artículo 32 en comentario reza “... **cuando la controversia recaiga** sobre dominio, etc... La palabra **cuando** es necesario interpretarla en el sentido de que el legislador consideró oportuno fijar reglas con respecto a determinado caso, sin que por el sólo hecho de no referirse a otros eventos deba deducirse la aceptación de apenas una sola medida cautelar. La palabra **cuando** bien puede ser reemplazada por la expresión **en el caso en que**, entre los muchos otros casos que a juicio del legislador no requerían el señalamiento de procedimientos o reglamentos especiales. Y es que constituiría una falta de sindéresis pensar que la ley restringió las medidas cautelares a una sola, siendo que a través del proceso arbitral pueden dirimirse los más variados e innumerables conflictos o controversias, distintos de los que versan sobre dominio u otro derecho real principal radicados en muebles e inmuebles. Para muestra, este Tribunal está en presencia de un conflicto que recae sobre la validez de las decisiones adoptadas por una Junta de Socios, proceso en el cual la propia ley, el inciso segundo del artículo 421 del

Código de Procedimiento Civil, prevé como medida cautelar la suspensión de los actos impugnados...”

La anterior decisión nos parece correcta y por ello, además de acogerla sin reparo alguno, formulamos invitación a todos los tribunales de arbitramento a que acudan a la misma, porque insistir en la restricción aparente del artículo 32 del decreto 2279 de 1989, es desconocer que la finalidad de toda medida cautelar es la de asegurar el cumplimiento de un hipotético fallo favorable, sea que éste se profiera por un juez ordinario o por árbitros, en un proceso ordinario o en cualquiera otro.

V. CONCLUSIONES.

1) El artículo 30 del decreto 2279 de 1989 no reguló el tema de la intervención de terceros, sino un mecanismo particular de integración del litisconsorcio necesario para el proceso arbitral.

2) La intervención de terceros en el proceso arbitral, en principio debe regirse por las normas del estatuto procesal civil, teniendo en cuenta cada caso particular.

3) Resulta inconveniente que la intervención de terceros no tenga una reglamentación autónoma para el proceso arbitral, pues las normas del Código de Procedimiento Civil ofrecen confusiones.

4) Se hace necesario definir cuál es el término con el que cuenta un tercero que ha sido afectado con una de las medidas cautelares previstas en el artículo 32 del decreto 2279 de 1989, para formular su solicitud de levantamiento, de manera que quede claro si puede incoarla en cualquier momento del proceso o dentro de los veinte (20) días siguientes a la práctica de la misma, como lo manda el artículo 687 del C. de P.C.

5) El artículo 32 del decreto 2279 de 1989, gobierna solamente la forma como deben decretarse las medidas cautelares de inscripción de la demanda y el sequestro de bienes muebles, en dos específicos casos, pero no prohibió el decreto y práctica de otras cautelas, que pueden ser autorizadas, siempre y cuando se den los presupuestos legales en cada caso.

Bogotá, junio de 1994.