

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

**“APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DE ACUERDO A LA LEY
DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN”**

Realizado por:

MARIO HIPÓLITO SALAZAR PERALTA

Como requisito para la obtención del título de:

ABOGADO

QUITO, MAYO DE 2011

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, Mario Hipólito Salazar Peralta, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentado para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias biográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

.....
Mario Hipólito Salazar Peralta

C.C. 171209608-8

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado

“APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DE ACUERDO A LA LEY DE ARBITRAJE Y
MEDIACIÓN”

Realizado por el alumno

MARIO HIPOLITO SALAZAR PERALTA

Como requisito para la obtención del título de

ABOGADO

Ha sido dirigido por el Dr. Gabriel Galán

Quien considera que constituye un trabajo original de su autor

.....

Dr. Gabriel Galán

Los profesores informantes

Dr. Jaime Espinoza y Dra. Cecilia Salazar

Después de revisar el trabajo escrito presentado,

Lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador

.....

Dr. Jaime Espinoza

.....

Dra. Cecilia Salazar

Quito, Mayo 2011

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mi Padre Celestial, el cual ha sabido iluminar los senderos de mi vida con su bendición y revestimiento del Espíritu Santo, permitiéndome escalar cada peldaño que ha puesto en mi trayecto en este paraíso terrenal.

A mis padres y hermana los cuales con su constante apoyo y ejemplo supieron guiar mi camino permitiéndome ser un hombre honesto, emprendedor y de bien. Gracias padres por haberme inculcado todos los valores y virtudes que con sabiduría cada día supieron impartir. Amén por tenerlos junto a mí, ahora estoy seguro que sus oraciones no fueron en vano.

A mi esposa María Belén Luna Robalino, gran mujer y madre; tu perseverancia, apoyo y ejemplo ha permitido que pueda dar este gran paso que no solo es logro mío sino tuyo, este trabajo te lo dedico a ti por tu constante promesa de amor y ternura hacia mí. Por eso puedo afirmar que detrás de una gran mujer hay un gran hombre.

A mi pequeño, a mi chulito, mi razón de ser y de vivir a ti hijo mío Marito Josué por ser mi motivación constante y deseo de seguir adelante a ti te dedico el presente trabajo porque tú eres por quien me esfuerzo día a día. Te Amo mi príncipe que Dios te bendiga.

A mi mamita Blanca y papito Polo, quienes con su constante sacrificio y entrega desde mis primeros días; junto a ustedes aprendí mis primeras oraciones y letras, ahora es tiempo de decir gracias por haber sido parte en mi formación. Desde el cielo sígueme bendiciendo abuelito.

Por último a mi gran amigo y hermano José Antonio Sánchez Gutiérrez, con quien atravesamos muchas penas y glorias, gracias por haberme abierto las puertas de tu corazón y permitir que formemos esta hermandad; tu humildad y valor humano grandes virtudes han contribuido a este gran paso.

Mario Hipólito Salazar Peralta

AGRADECIMIENTO

El presente trabajo de investigación sin duda no se hubiese realizado sin el gran aporte valioso del Dr. Gabriel Galán Melo, mi Director de Tesis quien supo dirigir con liderazgo y mucho profesionalismo este trabajo investigativo, su apoyo como docente fue fundamental y vital para la realización del presente trabajo. Gracias por creer en mí y la confianza depositada en este proyecto.

A la Universidad Internacional Sek, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por haberme formado como un gran profesional, en sus aulas no solo adquirí valiosos conocimientos sino grandes amigos que permitieron trascender en la historia universitaria.

RESÚMEN

El presente trabajo de investigación pretende realizar un estudio profundo y minucioso sobre las facultades jurídicas que tiene el Tribunal Arbitral dentro de un proceso de arbitraje para dictar medidas cautelares y éste a su vez la problemática de no poder ejecutarlas dentro del mismo arbitraje, sino mas bien que las partes deban acudir a la justicia ordinaria a fin de poder ejecutar el laudo arbitral que fue producto de un convenio hetecompositivo. Desencanto el que, permite analizar partiendo de esta perspectiva qué tan efectivo sería que el Tribunal Arbitral pueda ejecutar o no, las medias cautelares ordenas por ellos mismos sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria, así como también si antes de que se instale el Tribunal se determine si tiene o no tiene la facultad de ordenar medidas preventivas o se requiere de la justicia ordinaria para llevarlas a cabo.

ABSTRACT

This research work intends to make a deep and meticulous study on the legal authority that has the arbitral tribunal in an arbitration process for protective measures and this in turn the problem of not being able to run within the same arbitration but rather that the parties should resort to the ordinary courts in order to implement the arbitration award was the result of an agreement between the parties, which allows analysis based on how effective this approach would be for the arbitral tribunal to carry out precautionary measures themselves ordain without having to resort to the ordinary courts, as well as whether they install the tribunal to determine whether or not it has the power to order preventive measures or the need of regular courts to carry them out.

RESÚMEN EJECUTIVO

El sistema arbitral es un mecanismo alternativo (heterocompositivo) de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras a fin de que sean resueltas por los Tribunales de arbitraje administrado que se conformaren o por árbitros independientes designados para conocer dichas controversias.

Para corroborar con lo manifestado es necesario determinar que la “jurisdicción convencional es la que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la ley” (Art. 3, Código de Procedimiento Civil vigente), por lo que, el arbitraje bien podría tener su origen en dicho acuerdo de voluntades en virtud de la cláusula arbitral que da origen, causa y antecedente al antedicho proceso, circunstancia legalmente permitida; no obstante, esta tesis aparentemente incuestionable ha sido muy discutida. Doctrinariamente no ha existido un acuerdo sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, ya que se han mantenido ciertas incertidumbres como: si el arbitraje forma parte del derecho público por formar parte del derecho procesal, o si forma parte del derecho privado al incluirse dentro del derecho civil.

Es por ello que para determinar el origen del arbitraje aparecen tres corrientes la primera que es la corriente contractualista o privatista, que defiende la postura de que el arbitraje es un instituto del derecho civil; la segunda que es la corriente jurisdiccional o procesalista, que pone énfasis en el carácter público del arbitraje, porque los árbitros, según afirma, ejercen una función jurisdiccional, sobre la base de que toda actividad permitida por la ley para administrar justicia debe ser de carácter público y la tercera que es la confrontación de estas dos corrientes y en mérito a las mismas, ha surgido la teoría eclécticas o mixtas, la cual realiza una fusión estructurada de las teorías anteriores y sostiene que el arbitraje es una manifestación de la jurisdicción convencional, por cuanto es la ley la que da nacimiento a la facultad del árbitro para resolver un conflicto, pero que dicha manifestación es especial ya que la jurisdicción creada por la ley se finca en aquellos elegidos de mutuo acuerdo por los contratantes en una cláusula o convenio arbitral, el cual no es sino una manifestación del principio de autonomía de la voluntad privada.

Estamos de acuerdo con esta tercera teoría ya que la naturaleza jurídica de los procesos arbitrales necesariamente comparten dos elementos: 1. la designación de los árbitros y el sometimiento exclusivo a dicho proceso lo realizan las partes por mutuo acuerdo, situación que hace evidente su carácter contractual; y 2. los árbitros están en capacidad de resolver un conflicto, es decir de juzgar y en consecuencia, de administrar justicia, y su resolución tiene la fuerza de sentencia en el sentido de todos sus efectos, por disposición expresa de la ley, como corresponde al derecho procesal y su vinculación con el principio de legalidad. De manera que la naturaleza jurídica del arbitraje es especial y ecléctica y participa de caracteres tanto del derecho privado como del derecho público.

Ahora bien La jurisdicción convencional tiene dos elementos que la delimitan, nace de la voluntad de las partes pero únicamente en los casos permitidos por la ley. Estos elementos son compartidos por la jurisdicción arbitral, la cual es libre y nace de la iniciativa de las partes en conflicto, quienes recurren a los árbitros para que diriman las causas puestas a su conocimiento a fin de obtener un laudo equivalente a una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que debe ser respetado y cumplido por quienes se sometieron a él.

Sin embargo, la jurisdicción arbitral tiene caracteres propios que la destacan, individualizan e independizan de la jurisdicción convencional, permitiéndonos estudiarla y observar sus manifestaciones y consecuencias teórico-prácticas de manera autónoma; entre dichas características tenemos las siguientes:

1. Exclusividad y voluntariedad;
2. Libertad para nombrar a los árbitros y regular el procedimiento;
3. Especialización del árbitro;
4. Confidencialidad;

Y además de las características que particularizan la jurisdicción arbitral, existe asimismo una cualidad especialísima que la distingue de la jurisdicción contenciosa (convencional) ordinaria: el arbitraje carece del poder de coacción, o lo que es lo mismo, del empleo de la fuerza pública para imponer el cumplimiento de su decisión, por cuanto dicho atributo es exclusivo de los jueces nombrados por el Estado. Por esta razón las leyes de arbitraje modernas regulan de uno u otro modo la participación y cooperación de los miembros del poder judicial en los procesos arbitrales (Art. 32, Ley de Arbitraje y Mediación vigente).

Una vez que se han determinado la esencia de lo que es el arbitraje podríamos determinar que es el convenio arbitral lo cual lo definimos de la siguiente manera:

El convenio o cláusula arbitral, o simplemente compromiso arbitral, es un convenio formal hecho por los sujetos en el cual determinan el objeto, el procedimiento y la sumisión al arbitraje que buscan constituir por su intermedio.

El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. (Art. 5, Ley de Arbitraje y Mediación)

Este convenio es formal porque exige para su existencia la forma escrita; en este aparece individualizado el grupo de personas que intervendrán en el juicio: las partes litigantes y los árbitros, y determina el objeto, porque en este compromiso se especifican las cuestiones en conflicto que deben decidir los árbitros.

En este, asimismo, se manifiesta la sumisión al proceso arbitral, porque en él se concreta la voluntad de las partes de entregar el objeto en discusión a la decisión de los árbitros. En consecuencia, sumisión es someter a la decisión de los árbitros un conflicto en particular, que implícitamente conlleva la obligación de cooperar en la actuación de aquéllos.

De esta manera el convenio arbitral al igual que una demanda cumple con las funciones determinativa y preparatoria, es decir, determina los sujetos y el objeto de un conflicto y la sumisión a un procedimiento en particular con el fin de solucionarlo; en tanto que el aspecto de preparación se cumple por cuanto el compromiso arbitral requiere de etapas posteriores que en conjunto conformarán el proceso denominado arbitraje, el cual concluye con la emisión de un laudo arbitral.

De manera que podemos delimitar el contenido del compromiso arbitral en tres compartimientos plenamente identificados, el del contenido necesario, el del contenido facultativo y el del contenido prohibido o excluido:

- El contenido necesario es el de la determinación subjetiva, objetiva y funcional del arbitraje, este debe contener, bajo pena de nulidad, la fecha de otorgamiento, los nombres de los otorgantes, los de los árbitros y la cuestión o cuestiones que se someten al fallo arbitral.
- El contenido facultativo es el que menciona el plazo en que los árbitros han de pronunciar su laudo final, la forma en la cual han de proceder y la estipulación de las sanciones que se impondrán a la parte que deje de cumplir con los actos indispensables para la realización del juicio arbitral, sin perjuicio de hacerse este efectivo.
- El contenido prohibido enumera las exclusiones del procedimiento arbitral, las cuales pueden tratarse de limitaciones al objeto sometido a este procedimiento, de incidentes o circunstancias que dilaten el proceso, determinados medios probatorios, etc.

En todo caso, es requisito indispensable para la celebración de un compromiso arbitral que las voluntades de los comprometedores sean libres y capaces, y que aquellos tengan la libre y total disposición del objeto que se compromete al proceso arbitral.

El convenio arbitral puede ser realizado de manera independiente o puede estar incluido en el texto de un contrato principal, en el cual constará como una cláusula más. Además, en nuestra legislación se entiende que existe un convenio arbitral no sólo cuando el acuerdo figura en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje (Art. 6, Ley de Arbitraje y Mediación vigente).

Ya que se ha definido que es el arbitraje y lo que es el convenio arbitral y su alcance para que tenga efectos jurídicos es necesario que cumpla con ciertos requisitos formales.

La jurisdicción arbitral, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, no es permanente ni general, sino que está limitada a cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado que las partes, o en su defecto, que un pacto expreso, le otorgan para la expedición del laudo. Los árbitros no pueden ir más allá de lo que las partes señalen en el convenio arbitral o de lo que surja en las disposiciones legales supletorias (entiéndase en la Ley de Arbitraje y Mediación y/o en los reglamentos internos de los diferentes centros de arbitraje administrado autorizados).

El procedimiento formal responde al conjunto ordenado de los siguientes actos procesales:

El primero consiste en la presentación y contenido de la demanda: La demanda se la presenta ante el Director del Centro de Arbitraje, en el caso de arbitraje administrado, o ante el árbitro que se hubiera establecido en el convenio. La demanda debe contener lo siguiente:

- La designación del centro o árbitro ante quien se la propone.
- La identificación del actor y del demandado.
- Los fundamentos de hecho y de derecho.
- La cantidad, cosa o hecho que se exige.
- La determinación de la cuantía.
- La designación del lugar en el que debe citarse al demandado y el lugar en donde se notificará al actor.
- Y los demás requisitos que la ley exija, además de los establecidos en el artículo 68 del Código de Procedimiento Civil, estos son, el poder para intervenir en el juicio cuando se actuare por medio de apoderado; la prueba de representación

del actor si se tratare de una persona natural incapaz; la prueba de la representación de la persona jurídica si esta figurare como actora; los documentos y las pruebas de carácter preparatorio que se pretendiere hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder del actor; y, los demás documentos exigidos por la ley para cada caso. Se solicitará además en la demanda la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda.

1. **Documentos que se deben acompañar a la demanda que son:**

- El convenio arbitral o copia auténtica de este.
- Las pruebas que justifiquen las afirmaciones del demandante.

2. **Conformación del expediente arbitral:** Una vez presentada la demanda, esta se archivará dentro de una carpeta debidamente foliada y numerada cada foja dentro de la cual contendrá una cubierta o carátula en donde deberá constar:

- a) Número del proceso;
- b) Número de la carpeta, si el proceso tiene varios cuerpos;
- c) Nombre del actor(es);
- d) Nombre del demandado(s);
- e) Materia de la controversia;
- f) Nombres completos de los árbitros y secretario designados;
- g) Números telefónicos, fax y direcciones de las partes, árbitros y secretarios del tribunal.

Una vez que se han cumplido con estos requisitos esencialmente formales es necesario que se proceda a la **Calificación de la demanda arbitral:** El director del centro de arbitraje o, el o los árbitros independientes, calificarán la demanda y mandarán a citar a la otra parte dentro de los cinco días subsiguientes a la presentación de la demanda, concediéndole diez días para que la demandada proceda a contestarla.

Es necesario que las citaciones o notificaciones se las realizará en las direcciones domiciliarias señaladas en el expediente por las partes, en el horario que va desde la 08h00

hasta las 20h00 y conforme a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación vigente, para lo cual las partes o quien reciba deberán dejar constancia de la recepción en la copia del original que se les entregue, indicando su nombre e imprimiendo su firma, señalando también la fecha y la hora de entrega.

Si en los domicilios señalados no hubiere persona alguna que reciba las citaciones o notificaciones, se deberá sentar una razón de este hecho, la misma que se agregará al proceso, entendiéndose válidamente realizada la citación o notificación. El acto de citar podrá realizarse válidamente por un funcionario o por un comisionado del tribunal, pudiendo ser comisionada una institución competente.

Si al actor le fuere imposible determinar el domicilio del demandado bajo juramento, la citación se hará mediante dos publicaciones en un diario de amplia circulación en el lugar en donde se sigue el arbitraje y en el domicilio del demandado. El costo de la publicación correrá a cargo del actor.

Cuando la citación o notificación se haya realizado por la prensa o mediante fax, el director del centro de arbitraje (o en su defecto el o los árbitros independientes), antes de la audiencia de sustanciación, sentarán una razón indicando la fecha y el nombre del periódico o la constancia del envío a través de fax.

Cualquier notificación se realizará válidamente en los domicilios señalados en el expediente por las partes, los cuales deberán estar localizados dentro del perímetro del lugar del arbitraje. Las notificaciones fuera del perímetro urbano pueden ser realizadas por medio de otro centro de arbitraje legalmente conformado conforme lo establece la Ley de Arbitraje y Mediación. Las notificaciones que deban ser realizadas en el exterior se las hará

por cuenta de las partes litigantes, quienes deben sufragar los gastos que se ocasionen; la atribución de los gastos queda a criterio del director del centro de arbitraje o del árbitro independiente, según sea el caso. Las partes pueden señalar domicilio para notificaciones en el lugar del arbitraje, aun cuando no tengan su domicilio en dicho lugar.

Una vez realizada la citación o notificación la contestación de la demanda arbitral deberá realizarla la parte demandada la cual deberá contestar la demanda en el término de diez días contados a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de ella (desde la citación). A la contestación deben adjuntarse las pruebas que justifiquen sus afirmaciones o solicitar la práctica de las diligencias probatorias que requiera.

El silencio por parte del demandado se considerará como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. Si la citación hubiese sido hecha por la prensa, se considerará que existe silencio por parte del demandado, transcurridos diez días después de la última publicación, y asimismo, este hecho se tendrá como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda.

Si el demandado tuviere su domicilio fuera del lugar de arbitraje, se le concederá un término extraordinario para que conteste la demanda, el cual no podrá exceder del doble del ordinario, esto es, un máximo de veinte días.

Es necesario recalcar que en la contestación a la demanda arbitral se puede realizar la reconvencción que consiste en que al contestar la demanda, el demandado podrá reconvenir únicamente sobre la misma materia del arbitraje y siempre que su pretensión pueda, conforme al convenio arbitral, someterse ha dicho arbitraje. En este caso se concederá al actor el término de diez días para que conteste la reconvencción. A la reconvencción y a su

contestación deberá adjuntarse las pruebas que ameriten o en ellas solicitar las diligencias probatorias que justifiquen las afirmaciones contenidas en estas.

Sin embargo de lo anterior a las partes procesales no se les debe pasar por alto que la modificación de la demanda o de la contestación consiste en que podrán modificar la demanda, la contestación a esta, la reconvención a la demanda y la contestación a esta última, por una sola vez. Para ello, tienen un término de cinco días luego de presentada la demanda, la contestación a la demanda, la reconvención o la contestación a ésta. Las partes tienen el término de tres días para contestar cualquiera de las modificaciones realizadas a los documentos señalados, en cuyo caso no correrán los términos ordinarios que estuvieren transcurriendo.

Transcurrido el tiempo de contestación la siguiente etapa procesal es la audiencia de mediación que consiste en que trabada la *litis* (presentada la demanda y su contestación), se notifica a las partes con el señalamiento de día y hora para que tenga lugar una audiencia de mediación.

En esta, las partes pueden llegar a un acuerdo, en cuyo caso suscribirán una acta de mediación que pondrá fin al conflicto; si no se diere un acuerdo total (o si existiere un acuerdo parcial se someterá a litigio lo no acordado) en la audiencia de mediación, las partes, en el plazo de tres días, de común acuerdo procederán a designar los árbitros principales y suplentes que deberán integrar el tribunal arbitral, si no lo hicieran, el director del centro de arbitraje (en los casos de arbitraje administrado) dispondrá se designen por sorteo público los árbitros. En el caso de arbitraje independiente, si no se llegare a un

acuerdo en la audiencia de mediación, el o los árbitros se auto-convocarán a la audiencia de sustanciación.

De la diligencia de sorteo se sienta un acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal arbitral. En el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, por ejemplo, para la integración del tribunal arbitral, el Director del Centro procede a identificar la materia del juicio arbitral remitiendo un listado con los árbitros con conocimientos afines a la materia del juicio, con la finalidad de que las partes de mutuo acuerdo designen a los árbitros de dicha lista, si no lo hiciera, se realiza el sorteo entre todos los árbitros de la lista oficial de dicho centro de mediación y arbitraje. Si el arbitraje es en derecho el sorteo se lo realiza entre árbitros de profesión abogados únicamente. El sorteo se lo realiza en presencia de las partes y del Presidente del centro, o en su defecto ante quien este delegue.

Una vez que se han designado los árbitros que conformarán el Tribunal Arbitral procede a nombre de ellos que se realice la audiencia de sustanciación la que una vez constituido el tribunal, se fija día y hora para que se realice la audiencia de sustanciación; en esta, se procede a leer el documento que contiene el convenio arbitral y el tribunal resuelve sobre su competencia. Acto seguido, de oficio o a petición de parte, se ordena la práctica de diligencias probatorias que se estiman necesarias para esclarecer los hechos y, de ser el caso, se señala día y hora para que las partes puedan presentar sus alegatos finales en audiencia de estrados.

Acto seguido los miembros del Tribunal realizarán la expedición del laudo que consiste en que una vez practicada la audiencia de sustanciación, el tribunal (o el árbitro en su caso)

tiene el plazo de ciento cincuenta días para expedir el laudo, el cual se toma por decisión mayoritaria de votos, para ello, concluida la etapa de práctica de las diligencias probatorias solicitadas, el tribunal (o el árbitro) señala un día y una hora determinada para dar lectura del laudo arbitral a las partes.

Para la emisión del laudo arbitral, luego de haber practicado las diligencias probatorias, y llevada a cabo la audiencia de estrados, el tribunal arbitral mantendrá reuniones en privado a fin de dictar el laudo correspondiente.

El texto del laudo arbitral debe contener:

- Nombres completos de las personas naturales o razón social y nombres completos de sus representantes, tanto del actor como del demandado.
- Nombres completos de los árbitros que conforman el tribunal arbitral.
- El caso planteado y las circunstancias del mismo.
- La formalización y argumentación de la decisión especificando claramente los motivos de ella.
- La fijación de costas y la determinación de la parte que debe satisfacerlas. Excepcionalmente podrá hacerse la liquidación de costas y otras estipulaciones en documento separado después de emitido el laudo.
- La liquidación de los costos del arbitraje y la determinación de la parte que debe satisfacerlos.

El original del laudo arbitral queda incorporado al expediente y las partes reciben una copia certificada del mismo, conforme a lo dispuesto por la Ley de Arbitraje y Mediación vigente. Es obligación de las partes cumplir de inmediato con lo ejecutoriado en el laudo, pues tiene el efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada.

La notificación a las partes del laudo y una vez ejecutoriado este luego de transcurridos tres días, pone fin al proceso arbitral respecto de las partes y cesa las funciones de los árbitros en dicho proceso sin que sea necesaria ninguna otra notificación o acto posterior.

En todo caso, cualquiera de las partes puede interponer la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando (1) no se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía; (2) cuando no se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal; (3) cuando no se hubiere practicado las pruebas; (4) cuando el laudo no se refiera a cuestiones sometidas al arbitraje; y, (5) cuando se hayan violado normas legales procedimentales.

En conclusión podemos decir que el laudo arbitral es la decisión definitiva de los árbitros respecto al conflicto que mantienen las partes, decisión que tiene la misma fuerza que una sentencia, mismo que puede ser dictado en equidad o en derecho, conforme lo convengan las mismas partes litigantes. Cuando en el convenio arbitral nada se dice sobre la condición para expedir el laudo, se entenderá que este debe ser dictado en equidad (Art. 3, Ley de Arbitraje y Mediación vigente).

Ahora bien, que el laudo arbitral sea dictaminado en equidad no quiere decir que los árbitros queden exentos de aplicar las disposiciones contenidas en la Ley de Arbitraje y Mediación vigente. El artículo 31 *ibídem* sanciona con la nulidad las violaciones al debido proceso y al derecho de defensa, por lo que, todo árbitro inclusive los de equidad deben sujetarse a las normas del debido proceso garantizadas por la Constitución Política de la República y por la Ley de Arbitraje y Mediación. El laudo dictado en equidad es conocido como decisión *ex equo et bono* (lo justo, lo equitativo es bueno). La informalidad procesal

es una de las características de este tipo de arbitraje, pero esta no es ilimitada, siendo su alcance lo enunciado anteriormente, ya que, el hecho de que las partes hayan querido que los árbitros dictaminen en equidad, no implica que les hayan concedido facultades para tomar una decisión arbitraria o carente de fundamentos o argumentación en términos de justicia. La intención de las partes al aceptar este tipo de arbitraje es la de permitir a los árbitros apartarse de las soluciones exactas que consagran las normas legales de forma y fondo, resolviendo las controversias en función de su conocimiento y experiencia, pudiendo morigerar el rigor que las leyes contienen, en cuanto al fondo del caso y la forma de evaluar los elementos de prueba que se produzcan en la causa.

La facultad de fallar en equidad, que también muchas legislaciones otorgan a los órganos más altos de la función judicial (Ministros de las Cortes Supremas), busca el imperio de la justicia por sobre el de la ley, de modo que el arbitraje en equidad no es ajeno ni se contrapone a los fines del Estado en su actividad de administrar justicia.

Por otro lado, si los árbitros deben decidir las controversias conforme a derecho, deberán motivar sus decisiones estrictamente en las fuentes aplicables (principios generales, leyes, jurisprudencia y doctrina), no pudiendo salirse de ellas. Por ello, en definitiva, los árbitros de derecho resuelven los casos del mismo modo que lo harían los magistrados ordinarios de justicia. Es por ello, que nuestra ley de manera expresa reconoce la necesidad de que los árbitros, en dichos casos, sean necesariamente abogados (Art. 3, Ley de Arbitraje y Mediación vigente).

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: JURISDICCIÓN CONVENCIONAL Y JURISDICCIÓN ESPECIAL ..	5
1.1 LA JURISDICCIÓN CONVENCIONAL (GENERALIDADES).....	7
1.1.1 Distinción de la jurisdicción convencional y la jurisdicción voluntaria	10
1.2 AUTONOMÍA DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL Y SU RELACIÓN CON LA JURISDICCIÓN CONVENCIONAL	13
1.2.1 El convenio o cláusula arbitral	15
1.3 RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL ARBITRAJE COMO JURISDICCIÓN ESPECIAL	18
1.3.1 Generalidades de la jurisdicción especial y especialidad de la jurisdicción arbitral	22
CAPÍTULO II: NOCIONES GENERALES DEL ARBITRAJE	26
2.1 ORIGEN DEL ARBITRAJE.....	26
2.1.1 Antecedentes del arbitraje en Ecuador	45
2.2 APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DEL ARBITRAJE	46
2.2.1 Realidad y concepción actual del arbitraje.....	49
2.3 TIPOS DE ARBITRAJES Y EL LAUDO ARBITRAL	52
2.4 VENTAJAS DE LOS PROCESOS ARBITRALES	59
2.4.1 Celeridad procesal y cumplimiento de plazos	60
2.4.2 Neutralidad y flexibilidad.....	61
2.4.3 Reconocimiento constitucional y legal del laudo arbitral	62
2.4.4 Inapelabilidad.....	63
2.4.5 Confidencialidad	64
2.4.6 Exhaustivo análisis del caso sometido a discusión	65
2.5 DESVENTAJAS DE LOS PROCESOS ARBITRALES.....	65
2.5.1 Ejecución del laudo arbitral.....	65
2.5.2 Posible alejamiento o ruptura del derecho positivo vigente.....	66
2.6 EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.....	66
CAPÍTULO III: LAS MEDIDAS CAUTELARES	75

3.1 CONCEPTO DE MEDIDAS CAUTELARES.....	78
3.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	82
3.3 CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	86
3.3.1 Instrumentalidad de las medidas cautelares	86
3.3.2 Provisionalidad o temporalidad de las medidas cautelares	89
3.3.3 Las medidas cautelares se limitan al objeto del litigio, en sí mismas son restrictivas	92
3.3.4 Las medidas cautelares son urgentes.....	95
3.3.5 La proporcionalidad de las medidas cautelares	96
3.3.6 La flexibilidad de las medidas cautelares.....	97
3.3.7 Las medidas cautelares se ordenan a solicitud de parte y sin oír previamente a la parte contraria.....	98
3.4 TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES.....	102
3.4.1 Medidas cautelares previstas por el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano	104
3.4.2 Criterios que deben respetar los árbitros para ordenar medidas cautelares no previstas por el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano.....	110
CAPÍTULO IV: EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS ARBITRALES EN ECUADOR.....	112
4.1 TEORÍA GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN ECUADOR	112
4.2 JUSTIFICACIÓN DE LA AMPLITUD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL	115
4.3 PARTICULARIDADES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS ARBITRALES.....	117
4.3.1 La tutela cautelar solicitada <i>ante causam</i> a la justicia ordinaria	118

INTRODUCCIÓN

La diversificación de las actividades civiles y mercantiles, en la actualidad, ha provocado que se aumente en gran medida el número de transacciones de nuestro entorno. Las controversias que surgen de estas transacciones en gran parte son resueltas a través de los procedimientos judiciales ordinarios, sin embargo, hay quienes prefieren solucionar los conflictos de una forma expedita, ágil y rápida, características que hacen referencia al arbitraje¹.

El sistema arbitral es un mecanismo alternativo (heterocompositivo) de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras a fin de que sean resueltas por los Tribunales de arbitraje administrado que se conformaren o por árbitros independientes designados para conocer dichas controversias². El diccionario define al arbitraje como: “*La acción o facultad de arbitrar y el juicio arbitral. Toda decisión dictada por un tercero, con*

¹ **VER MÁS EN:** ERIKA JIMÉNEZ, *El Contrato de Arbitraje, Historia y Concepto*, Revista Jurídica Virtual: “Verba Juris”, TEC de Monterrey.

² *Ley de Arbitraje y Mediación*, Artículo 1, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.

autoridad para ello, en una cuestión o un asunto. Integra un sistema de obtener justicia sin recurrir a las medida extremas, pero ateniéndose a derecho o justicia”³.

En Ecuador, el sistema arbitral comenzó a apilarse a partir de la Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo No. 735, de 23 de octubre de 1.963, publicada en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de 1.963; la cual fue derogada por la actual Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1.997, codificada últimamente mediante Codificación 2006-014, publicada en el Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2.006. En esta se enumeran las facultades de los árbitros y/o tribunales arbitrales, las cuales son afines a las potestades públicas de los jueces ordinarios. Entre dichas facultades, la Ley de Arbitraje y Mediación vigente, en su artículo 9 enuncia la siguiente:

Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo (...)⁴.

Las medidas cautelares son aquellas que se pueden adoptar preventivamente por los jueces y tribunales y se mantienen vigentes hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que este sencillamente finalice; no

³ GUILLERMO CABANELLAS, *Diccionario de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Tomo I, pág. 208.

⁴ *Ley de Arbitraje y Mediación*, Artículo 9, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.

obstante podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambian las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado⁵.

Doctrinariamente, las medidas cautelares se definen como:

(...) el conjunto de medidas de protección adoptadas por los tribunales judiciales o arbitrales -antes de la iniciación de un proceso o durante su pendencia- en beneficio del acreedor que fundadamente cree que su crédito, por actos u omisiones del deudor, se encuentra en grave riesgo; y que tienden a impedir que durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso en lo principal y el pronunciamiento de la resolución definitiva sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite, dificulte o torne inoperante la ejecución forzada a los efectos de la sentencia o del laudo firme⁶.

En consecuencia, podemos afirmar que las medidas cautelares, tanto en la justicia ordinaria como en los procesos arbitrales, son una medida de protección para garantizar el pago de una deuda o el cumplimiento de una obligación determinada, sin embargo, en el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, antes citado, se indica que los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida cautelar, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, prerrogativa que no existe al interior de la justicia ordinaria.

De ahí una seria inquietud: ¿Si el acreedor no tuviese el dinero suficiente para pagar esta garantía exigida por el árbitro o tribunal arbitral, no se la realizaría dejando así en total desamparo al acreedor y dándole muchos más beneficios al deudor que a aquel? A partir de

⁵ **VER MÁS EN:** *Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela*, solicitud de medida cautelar presentada por el abogado José Lucio González Flores en contra de los ciudadanos Yuli Carolina Rosales y Ramón Alirio Mora Carrero.

⁶ ERNESTO SALCEDO VERDUGA, *Las medidas cautelares en el Arbitraje*, pág. 10.

este razonamiento consideramos importante realizar el análisis de las facultades de los árbitros para dictar y ejecutar medidas cautelares, para ello, hemos desarrollado la siguiente investigación, realizada en cuatro capítulos, (1) confrontando la jurisdicción convencional a la ordinaria, (2) desarrollando los antecedentes, concepto, esencia y naturaleza jurídica del arbitraje, (3) indagando las nociones básicas de las medidas cautelares y (4) analizando las facultades de los árbitros y/o tribunales arbitrales para ordenarlas y ejecutarlas; debiendo realizar una única reserva. Este trabajo trata las facultades de los árbitros para dictar y ejecutar medidas cautelares, mas no estudia las medidas cautelares en sí mismas.

CAPÍTULO I

JURISDICCIÓN CONVENCIONAL Y JURISDICCIÓN ESPECIAL

Es necesario, a fin de introducirnos en la problemática objeto de este capítulo, establecer un enfoque general de lo que es la jurisdicción. La jurisdicción es entendida como la facultad que tiene el Estado para dirimir litigios de trascendencia jurídica, a través de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, mediante la aplicación de normas jurídicas e individualizadas.

CARLOS ARELLANO GARCÍA, en base a las ideas de PODETTI, define a la jurisdicción como:

(...) el conjunto de atribuciones que tiene el Estado, para ejercerlas, por conducto de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, con aplicación de normas jurídicas generales e individualizadas, a los diversos actos y hechos que susciten con motivo del planteamiento de posiciones concretas en controversia⁷.

⁷ CARLOS ARELLANO GARCÍA, *Jurisdicción y competencia*, ensayo publicado en www.monografias.com, pág. 37, resumen realizado por el autor del contenido de: RAMIRO PODETTI, *Tratado de las medidas cautelares*, EDIAR, Buenos Aires, 1.969, Tomo IV.

COUTURE por su parte, citado por OVALLE FAVELA, considera que es “*la función pública de hacer justicia, pues el Estado asume la misión de impartir justicia mediante un tercero imparcial, o sea el juzgador*”⁸.

Para HUGO ALSINA la jurisdicción presenta los siguientes elementos:

1. **Notio:** facultad para conocer de una cuestión determinada.
2. **Vocatio:** es la facultad de llamar a las partes a comparecer a juicio dentro del término de emplazamiento, y en su defecto para que el juicio se siga en rebeldía.
3. **Coertio:** es la aptitud de emplear la fuerza para hacer cumplir las resoluciones dictadas en el proceso, y hacer posible su desenvolvimiento.
4. **Iudicium:** es la facultad de dictar una sentencia que ponga fin al conflicto en forma definitiva.
5. **Executio:** es la aptitud para ejecutar la sentencia mediante el auxilio de la fuerza pública⁹.

En conclusión y atendiendo el contenido del artículo 1 de nuestro Código de Procedimiento Civil vigente, podemos afirmar que la jurisdicción es la potestad pública que tienen los jueces (y de los árbitros en los casos permitidos por la ley) de administrar justicia, esto es, de juzgar y ejecutar lo juzgado.

El artículo 3 *ibídem* nos señala que la jurisdicción puede ser voluntaria, contenciosa, ordinaria, preventiva, privativa, legal y convencional.

⁸ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *La convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, Nueva York, 1958: “Análisis de Jurisprudencia uruguaya”, revista Uruguaya de derecho Internacional Privado, FCU, Año III, No. 3.

⁹ VER MÁS EN: HUGO ALSINA, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo I, Ediar Soc. Anom. Editores, Buenos Aires, Argentina, 1.956.

1.1 LA JURISDICCIÓN CONVENCIONAL (GENERALIDADES)

La “*jurisdicción convencional es la que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la ley*” (Art. 3, Código de Procedimiento Civil vigente), por lo que, el arbitraje bien podría tener su origen en dicho acuerdo de voluntades en virtud de la cláusula arbitral que da origen, causa y antecedente al antedicho proceso, circunstancia legalmente permitida; no obstante, esta tesis aparentemente incuestionable ha sido muy discutida. Doctrinariamente no ha existido un acuerdo sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, ya que se han mantenido ciertas incertidumbres como: si el arbitraje forma parte del derecho público por formar parte del derecho procesal, o si forma parte del derecho privado al incluirse dentro del Derecho Civil.

En este sentido, se han formado dos corrientes principales. Por un lado se encuentra la corriente contractualista, que defiende la postura de que el arbitraje es un instituto del Derecho Civil pues su naturaleza es la de un convenio entre las partes, es decir, un contrato al que se lo denomina como convenio arbitral, mismo que puede ser contenido en otros contratos principales; y por otro lado, está la corriente jurisdiccional, misma que atribuye la naturaleza jurídica del proceso arbitral a la jurisdicción convencional, entendida como aquella que autoriza a las partes sujetas a controversia a convenir el tribunal o juez (arbitro) que dirima un conflicto determinado, siempre que la ley faculte a dichos tribunales o árbitros a administrar justicia.

La corriente contractualista o privatista pone énfasis en el carácter privado del arbitraje y en lo que refiere a su origen y a la calidad de los árbitros, señalando que estos no son jueces, sino que son particulares, por lo tanto no son funcionarios del órgano jurisdiccional y que

por esta razón, no administran justicia en nombre del Estado, sino que la administran en virtud de la voluntad de las partes¹⁰.

Esto, bajo la premisa de que el Estado no puede privar a las partes involucradas en un conflicto, a escoger el mejor medio que ellas consideren para resolver sus desavenencias; por lo que la efectividad de estos medios alternativos no proviene del Estado, sino de la voluntad de las partes, que, confieren a un tercero la facultad de decidir sobre una controversia y por ello no tiene las características propias de una sentencia judicial, en cuyo cumplimiento se interesaría no solo la parte beneficiada, sino también el Estado¹¹.

Quienes sostienen esta postura propugnan que la relación entre los árbitros y las partes conflictuadas, es una relación basada meramente en la autonomía de la voluntad, de la cual gozan todos los particulares, siendo los árbitros meros mandatarios de las partes. El principal argumento para realizar dicha afirmación es la falta o ausencia de *imperium* (poder público) del árbitro para hacer cumplir su laudo, por lo que en atención a la definición realizada con anterioridad (*supra* pág. 6), en dicho caso, se podría afirmar que los árbitros no ejercen jurisdicción alguna; es decir, que la labor de los árbitros no es comparable con la de los jueces por cuanto los primeros no tienen el poder de ejecutar sus juzgamientos, no pudiendo hacer uso de la fuerza pública para obligar o someter a las partes en conflicto a sus decisiones¹².

En el extremo opuesto encontramos la corriente jurisdiccional o procesalista, que pone énfasis en el carácter público del arbitraje, porque los árbitros, según afirma, ejercen una

¹⁰ VER MÁS EN: *Boletín de Conciliación y Arbitraje*, Cámara Nacional de Comercio de Bolivia.

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*

función jurisdiccional, sobre la base de que toda actividad permitida por la ley para administrar justicia debe ser de carácter público. Según ésta, es el Estado, quien por intermedio de sus leyes, reconoce a determinados particulares la capacidad de ejercer una función jurisdiccional mediante el procedimiento arbitral, por lo que, la naturaleza jurídica del mismo no puede ser otra que la jurisdicción en sí misma, por lo que los árbitros serían en realidad jueces, en virtud no solamente de la designación de las partes, sino en virtud de la aceptación de la ley que ha emanado del Estado¹³.

Para esta corriente, los árbitros tienen funciones y actuaciones jurisdiccionales muy parecidas a las de un juez, porque sus resoluciones o laudos arbitrales están investidos de la misma fuerza legal de las sentencias emanadas del poder jurisdiccional; a su vez, los laudos arbitrales adquieren la calidad de cosa juzgada y la vía judicial para obtener su cumplimiento corresponde a la de ejecución de sentencias judiciales ordinarias, por lo que, jueces y árbitros se encontrarían al mismo nivel¹⁴.

Esta teoría contradice frontalmente la suposición de aceptar a los árbitros como simples mandatarios de los litigantes, pues, un tribunal arbitral (o vistos individualmente) no actúa en representación o atendiendo los intereses de las partes inmersas en el conflicto, pese a haber sido designado por ellos, pues su deber primordial es el de juzgar en justicia como valor supremo, es decir, imparcialmente, pudiendo fallar incluso en contra de aquel que lo designó¹⁵.

¹³ **VER MÁS EN:** LETELIER LUCAS NAJARRO SILVA, *La importancia de la jurisdicción*, www.monografias.com, pág. 41, resumen realizado por el autor del contenido de: FRANCISO GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, México, 2.004.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*

En la confrontación de estas dos corrientes y en mérito a las mismas, ha surgido una tercera corriente de características eclécticas o mixtas, la cual realiza una fusión estructurada de las teorías anteriores y sostiene que el arbitraje es una manifestación de la jurisdicción convencional, por cuanto es la ley la que da nacimiento a la facultad del árbitro para resolver un conflicto, pero que dicha manifestación es especial ya que la jurisdicción creada por la ley se finca en aquellos elegidos de mutuo acuerdo por los contratantes en una cláusula o convenio arbitral, el cual no es sino una manifestación del principio de autonomía de la voluntad privada.

Estamos de acuerdo con esta tercera teoría ya que la naturaleza jurídica de los procesos arbitrales necesariamente comparten dos elementos: 1. la designación de los árbitros y el sometimiento exclusivo a dicho proceso lo realizan las partes por mutuo acuerdo, situación que hace evidente su carácter contractual; y 2. los árbitros están en capacidad de resolver un conflicto, es decir de juzgar y en consecuencia, de administrar justicia, y su resolución tiene la fuerza de sentencia en el sentido de todos sus efectos, por disposición expresa de la ley, como corresponde al derecho procesal y su vinculación con el principio de legalidad. De manera que la naturaleza jurídica del arbitraje es especial y ecléctica y participa de caracteres tanto del derecho privado como del derecho público.

1.1.1 Distinción de la jurisdicción convencional y la jurisdicción voluntaria

La jurisdicción convencional es aquella a la cual se someten las partes litigantes por mutuo acuerdo de las partes, y pese a que dicho acuerdo debe ser celebrado libre y

voluntariamente, esta jurisdicción no puede ser mal denominada o confundida con la jurisdicción voluntaria, la cual es opuesta a la contenciosa, es decir, en virtud de la cual no hay pleito o confrontación de intereses; no así en la jurisdicción convencional que es naturalmente contenciosa, aunque por la disposición de las etapas procesales del arbitraje puede concluir amistosamente por el acuerdo de los litigantes sin necesidad de presentarse ante el tribunal designado.

La jurisdicción voluntaria se ejercita a solicitud de una persona que necesita darle legalidad a una actuación o certeza a un derecho, o por varias pero sin que exista desacuerdo entre ellas al nacer tal solicitud y sin que se pretenda vincular u obligar a otra persona con la declaración que haga la sentencia; es decir, se ejercita *inter volentes o pro volentibus*¹⁶.

Y es afín (la jurisdicción voluntaria), o tiende a causar confusión con la jurisdicción convencional – que es contenciosa – por cuanto las sentencias y decisiones interlocutorias de la jurisdicción voluntaria se pueden asimismo hacer cumplir coactivamente (como en el caso de la entrega de bienes); tampoco las distingue el supuesto carácter preventivo de la

¹⁶ ***Sentencia del Tribunal Supremo de la República Bolivariana de Venezuela***, Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Caracas, 11 de mayo de 2.010. **SOLICITANTE:** ELITRON CORPORATION A.V., C.A., constituida y existente bajo las leyes industriales de Aruba, debidamente inscrita en el Registro Comercial de la Cámara de Comercio e Industrial de Aruba, en fecha 14 de agosto de 2.000 bajo el N° 26515.0; con domicilio en L.G. Smith Blvd., 106 Suite 309, Sun Plaza Building Oranjestad, Aruba. **APODERADOS JUDICIALES DEL SOLICITANTE:** JUAN ALVAREZ GRANADOS y RAFAEL CORDERO SÁNCHEZ, abogados en ejercicio e inscritos en el Inpreabogado bajo los Nos. 37.105 y 39.054. **SOLICITADOS:** ANTONIO LUIS ELORTEGUI CRUZ y DOLORES MAGDALENA DROUET DE ELORTEGUI, venezolano el primero y ecuatoriana la segunda, mayores de edad, de este domicilio y titulares de las cédula de identidad Nos. V-3.150.363 y E-82.226.325. **APODERADA JUDICIAL DE LA CIUDADANA DOLORES MAGDALENA DROUET DE ELORTEGUI:** MARIA JOSEFINA PIOL PUPPIO, abogada en ejercicio e inscrita en el Inpreabogado bajo el N° 26.729. **MOTIVO:** ENTREGA MATERIAL - OPOSICIÓN. **ASUNTO:** AH16-V-2008-000335.

jurisdicción voluntaria¹⁷ porque lo tienen varios procesos cautelares contenciosos (como la separación de bienes y cuerpos entre cónyuges, los posesorios de perturbación y para la demolición de edificaciones en ruina, y los de interdicción del incapaz por disipación), así como algunos procesos de jurisdicción voluntaria (como el de sucesión por causa de muerte) no tienen propiamente un carácter cautelar sino que sirven solamente para legalizar la transmisión del patrimonio del causante a los herederos.

Tampoco puede afirmarse que hay jurisdicción voluntaria exclusivamente cuando se es libre o no de recurrir al proceso, porque la ley exige hacerlo para muchos otros tantos fines (inclusive los de naturaleza contenciosa), en los cuales se vuelve indispensable recurrir a la intervención del Estado (como en el caso de las insinuaciones para vender inmuebles de incapaces).

En todo caso, la distinción entre la jurisdicción convencional (que es contenciosa) y la jurisdicción voluntaria es evidente, pues, en relación con la definición realizada de jurisdicción, esta mantiene una relación estrecha e inobjetable con la solución de conflictos, tanto que podríamos afirmar que la jurisdicción o es contenciosa o sencillamente no es jurisdicción. En tal virtud, la jurisdicción voluntaria en realidad no es jurisdicción ni es voluntaria, por cuanto no está dirigida a la solución de conflictos (generados por la confrontación de intereses), es decir, no resuelve conflictos intersubjetivos, ni depende del interesado utilizarla o no, todo lo contrario, la ley lo obliga a fin de obtener determinados efectos jurídicos a los cuales asimismo está obligado. De hecho, este es uno de los pocos

¹⁷ **VER MÁS EN:** FRANCESCO CARNELUTTI, *Instituciones del Proceso Civil*, Traducido por Santiago Sentis Melendo, Volumen 1, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires Argentina.

temas en los que la doctrina está de acuerdo... el nombre jurisdicción voluntaria es inadecuado¹⁸.

En conclusión, la intervención del juez en la jurisdicción voluntaria se hace para llenar la formalidad exigida por la ley con el objeto de precisar o verificar la existencia de determinadas relaciones jurídicas, o para reglamentar el ejercicio de facultades o derechos, o para que estos produzcan todos sus efectos jurídicos allí donde la voluntad de los particulares, abandonada a sí misma, es impotente, inepta o inadecuada; en tanto, que la intervención del mismo juez en la jurisdicción contenciosa (inclusive en la convencional) está dirigida a la declaración o reconocimiento de un derecho o de una obligación o a la ejecución de estos que previamente han sido ya declarados.

1.2 AUTONOMÍA DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL Y SU RELACIÓN CON LA JURISDICCIÓN CONVENCIONAL

La jurisdicción convencional tiene dos elementos que la delimitan, nace de la voluntad de las partes pero únicamente en los casos permitidos por la ley. Estos elementos son compartidos por la jurisdicción arbitral, la cual es libre y nace de la iniciativa de las partes en conflicto, quienes recurren a los árbitros para que diriman las causas puestas a su conocimiento a fin de obtener un laudo equivalente a una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que debe ser respetado y cumplido por quienes se sometieron a él.

Sin embargo, la jurisdicción arbitral tiene caracteres propios que la destacan, individualizan e independizan de la jurisdicción convencional, permitiéndonos estudiarla y observar sus

¹⁸ **VER MÁS EN:** *Boletín de Conciliación y Arbitraje*, Cámara Nacional de Comercio de Bolivia.

manifestaciones y consecuencias teórico-prácticas de manera autónoma; entre dichas características tenemos las siguientes:

1. **Exclusividad y voluntariedad:** La jurisdicción arbitral implica la renuncia o el alejamiento de la jurisdicción estatal ordinaria, requiriendo para ello el acuerdo previo de las partes. Dicho acuerdo se plasma en el convenio arbitral, que puede ser suscrito antes, conjuntamente o con posterioridad al nacimiento de la relación jurídica al interior de la cual se suscita la controversia que será resuelta mediante el arbitraje (Arts. 5 y 7, Ley de Arbitraje y Mediación vigente).

2. **Libertad para nombrar a los árbitros y regular el procedimiento:** Cuando una persona acude al poder judicial en busca de tutela jurisdiccional efectiva, debe someterse a los jueces que han sido designados por el Estado para dicho fin y acogerse al trámite y/o procedimientos establecidos por la ley correspondiente, con el objeto de encausar de debida manera su petitorio o su defensa, sin que le sea posible al reclamante o al reclamado modificar tales procedimientos. En el arbitraje ocurre lo contrario, las partes libremente pueden designar a la persona o personas que en su condición de árbitros van a resolver el conflicto, y además pueden diseñar el procedimiento con el cual se desarrollará el arbitraje, pudiendo fijar la sede del arbitraje, los medios probatorios que serán admitidos, el plazo para la emisión del laudo arbitral, entre otros (Arts. 4, literal c., 16, 35 y 38, Ley de Arbitraje y Mediación vigente).
 - a. **Especialización del árbitro:** A diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción ordinaria, en el arbitraje las partes tienen la potestad de designar a quien consideren es una autoridad en la materia sometida a arbitraje, pudiendo estos árbitros especializados no solo resolver en derecho sino en equidad, conforme a su leal saber y entender. Incluso, la connotación de la especialidad de los árbitros es tal, que si el arbitraje es en derecho, los árbitros deben ser necesariamente abogados (Art. 3, inc. 2 y 3, Ley de Arbitraje y Mediación vigente).

3. **Confidencialidad:** Por regla general, todo proceso es público en virtud de los principios procesales de publicidad y transparencia, y no es posible que las partes puedan convenir la confidencialidad del mismo; no obstante, en los procesos arbitrales, las partes sin perjuicio de los derechos de terceros pueden convenir la confidencialidad del procedimiento, pudiendo entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido (Art. 34, Ley de Arbitraje y Mediación vigente).

Y además de las características que particularizan la jurisdicción arbitral, existe asimismo una cualidad especialísima que la distingue de la jurisdicción contenciosa (convencional) ordinaria: el arbitraje carece del poder de coacción, o lo que es lo mismo, del empleo de la fuerza pública para imponer el cumplimiento de su decisión, por cuanto dicho atributo es exclusivo de los jueces nombrados por el Estado. Por esta razón las leyes de arbitraje modernas regulan de uno u otro modo la participación y cooperación de los miembros del poder judicial en los procesos arbitrales (Art. 32, Ley de Arbitraje y Mediación vigente).

1.2.1 El convenio o cláusula arbitral

El convenio arbitral, o simplemente compromiso arbitral, es un convenio formal hecho por los sujetos en el cual determinan el objeto, el procedimiento y la sumisión al arbitraje que buscan constituir por su intermedio.

El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. (Art. 5, Ley de Arbitraje y Mediación)

Este convenio es formal porque exige para su existencia la forma escrita; en este aparece individualizado el grupo de personas que intervendrán en el juicio: las partes litigantes y los árbitros, y determina el objeto, porque en este compromiso se especifican las cuestiones en conflicto que deben decidir el los árbitros.

En este, asimismo, se manifiesta la sumisión al proceso arbitral, porque en él se concreta la voluntad de las partes de entregar el objeto en discusión a la decisión de los árbitros. En consecuencia, sumisión es someter a la decisión de los árbitros un conflicto en particular, que implícitamente conlleva la obligación de cooperar en la actuación de aquéllos¹⁹.

De esta manera el convenio arbitral al igual que una demanda cumple con las funciones determinativa y preparatoria, es decir, determina los sujetos y el objeto de un conflicto y la sumisión a un procedimiento en particular con el fin de solucionarlo; en tanto que el aspecto de preparación se cumple por cuanto el compromiso arbitral requiere de etapas posteriores que en conjunto conformarán el proceso denominado arbitraje, el cual concluye con la emisión de un laudo arbitral.

De manera que podemos delimitar el contenido del compromiso arbitral en tres compartimientos plenamente identificados, el del contenido necesario, el del contenido facultativo y el del contenido prohibido o excluido:

- El contenido necesario es el de la determinación subjetiva, objetiva y funcional del arbitraje, este debe contener, bajo pena de nulidad, la fecha de otorgamiento, los nombres de los otorgantes, los de los árbitros y la cuestión o cuestiones que se someten al fallo arbitral.

¹⁹ **VER MÁS EN:** DANTE BARRIOS DE ANGELIS, *El Juicio Arbitral*, Montevideo, 1.956, pág. 13.

- El contenido facultativo es el que menciona el plazo en que los árbitros han de pronunciar su laudo final, la forma en la cual han de proceder y la estipulación de las sanciones que se impondrán a la parte que deje de cumplir con los actos indispensables para la realización del juicio arbitral, sin perjuicio de hacerse este efectivo²⁰.
- El contenido prohibido enumera las exclusiones del procedimiento arbitral, las cuales pueden tratarse de limitaciones al objeto sometido a este procedimiento, de incidentes o circunstancias que dilaten el proceso, determinados medios probatorios, etc.

En todo caso, es requisito indispensable para la celebración de un compromiso arbitral que las voluntades de los comprometientes sean libres y capaces, y que aquellos tengan la libre y total disposición del objeto que se compromete al proceso arbitral.

El convenio arbitral puede ser realizado de manera independiente o puede estar incluido en el texto de un contrato principal, en el cual constará como una cláusula más. Además, en nuestra legislación se entiende que existe un convenio arbitral no sólo cuando el acuerdo figura en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje (Art. 6, Ley de Arbitraje y Mediación vigente).

²⁰ *Ibíd.*

1.3 RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL ARBITRAJE COMO JURISDICCIÓN ESPECIAL

La Constitución Política de la República de 1.979, la de 1.998 y la de Montecristi de 2.008 (Art. 190), reconocieron al arbitraje como un procedimiento alternativo para la solución de conflictos que se aplica con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se puede transigir.

En base al reconocimiento que los textos constitucionales han planteado, reconociendo a la jurisdicción arbitral como una excepción a la jurisdicción ordinaria, podemos afirmar que la jurisdicción arbitral se trata de una jurisdicción especial reconocida constitucional y legalmente, pues entre ambas jurisdicciones – la ordinaria y la arbitral – existen notorias diferencias, pero mantienen un denominador común: la capacidad de declarar o reconocer un derecho al momento de resolver una controversia o un conflicto de intereses, motivo por el cual a ambas se las relaciona con el instituto de la *iurisdictio*.

Ahora bien, siendo el arbitraje una manifestación de la jurisdicción, esta tiene una connotación especial, ya que no puede dejarse de lado su particular carácter privado, ya que la jurisdicción arbitral resulta de la investidura que las partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad, nombran a los árbitros, que por autorización legal, van a resolver su controversia, su conflicto de intereses.

Es especial también, debido a la temporalidad de los árbitros los cuales son nombrados para resolver un conflicto en específico, de manera que habrá tantos árbitros o tantos tribunales arbitrales cuantos conflictos se produzcan entre individuos que eligen el proceso arbitral como mecanismo para la solución de su controversia. De modo, que los árbitros no siempre

son los mismos, pues en la medida en que se entablen procesos arbitrales se van a ir conformando diversos tribunales arbitrales con distintos árbitros o nombrándose distintos árbitros únicos, si fuera el caso.

Es especial, asimismo, porque no existe jurisprudencia arbitral y no puede haberla, porque los árbitros no son funcionarios que están permanentemente desarrollando la función jurisdiccional, por lo que mal podría existir una jurisprudencia arbitral como fuente del derecho, ya que no todo arbitraje se realiza en derecho, puede hacerse en equidad, ni todos los árbitros van a ser abogados, pueden serlo profesionales especialistas en cualquier materia incluso en aquellas totalmente ajenas al derecho; por lo que no es posible siquiera invocar en otro proceso arbitral un laudo anterior como precedente de cumplimiento obligatorio²¹.

En conclusión, los árbitros, que se encuentran investidos por la autonomía de la voluntad de las partes y por el reconocimiento expreso de la ley, realizan la declaración o reconocimiento de un derecho o de una obligación, con lo cual, están ejerciendo una manifestación genuina e inequívoca de la función jurisdiccional. Sin embargo, no es precisamente el ejercicio de un poder oficial, ya que los árbitros no son parte del aparato jurisdiccional del Estado, pero sí constituye un sistema alternativo de solución de controversias con reconocimiento constitucional y legal.

Cabe hacer mención de la corriente que niega la posibilidad siquiera de que la vía arbitral constituya una jurisdicción especial, y lo afirman, por cuanto a su criterio no existe siquiera jurisdicción y que por ello no es posible calificarla de ordinaria o especial, ya que para ellos la jurisdicción tiene dos dimensiones que se manifiestan abiertamente por todos los jueces,

²¹ Revista virtual de la Cámara de Comercio de Lima, *Jurisdicción Arbitral*, 2.003.

la de juzgar y la de ejecutar lo juzgado, no pudiendo los árbitros ejercer la segunda sin asistencia de jueces oficiales investidos de jurisdicción. Al respecto, debemos anotar que dicha connotación ratifica aun más la especialidad de esta jurisdicción, ya que el instituto de la *iurisdictio* descansa sobre el poder atribuido al Estado, a una de sus funciones, para que como tercero neutral resuelva los conflictos de sus habitantes, entre sí, o de aquellos relacionados al mismo Estado, siendo la potestad de ejecutar lo juzgado una consecuencia del pilar fundamental, el poder de juzgar.

Por ello, el arbitraje es concebido hoy en día como un proceso de carácter privado, derivado de un convenio entre particulares, del cual surgen consecuencias jurídicas definitivas y vinculantes. Históricamente, el arbitraje constituyó la fórmula más común que fue utilizada para resolver conflictos privados aun antes del surgimiento de los Estados nacionales, sin embargo, siempre la ejecución de la decisión arbitral dependía exclusivamente de la buena fe de las partes litigantes, de su palabra empeñada de someterse inobjetablemente a la decisión proferida por los árbitros. Por ello, es que con la evolución del derecho procesal, se incluyeron en los múltiples códigos de procedimiento civil los juicios por arbitraje²², como uno más de naturaleza procesal.

Por ello, la clásica concepción del arbitraje como proceso jurisdiccional trajo consigo dos consecuencias fundamentales, en primer lugar, el encasillamiento de las normas sobre arbitraje dentro del ámbito del derecho procesal y, en segundo, la intervención continuada del poder judicial en el ámbito del procedimiento arbitral. La primera obedecía, como ya lo hemos mencionado, a que el proceso arbitral, por razón de su naturaleza adjetiva había sido

²² En nuestro Código de Procedimiento Civil, actualizado hasta el mes de septiembre de 1.997, constaba a partir del artículo 956 (y hasta el artículo 992) el juicio por arbitraje.

tradicionalmente regulado dentro de los códigos de procedimiento civil; la segunda, devenía de la premisa que le corresponde al propio Estado asegurarse que los árbitros cumplan sus especiales funciones de conformidad con las normas del ordenamiento jurídico, ya que su jurisdicción no era más que temporal y excepcional.

Las modernas legislaciones sobre arbitraje, orientadas fundamentalmente por las normas de la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), han venido otorgando reconocimiento jurídico a los presupuestos, principios y ventajas que han hecho del arbitraje (como en proceso de carácter privado) el método por excelencia para resolver las disputas en materia mercantil, por cuanto, a pesar de que la decisión de los árbitros acarrea el efecto fundamental de una sentencia judicial, esto es, el de cosa juzgada, tal decisión no se fundamenta en la voluntad soberana del Estado, sino en la renuncia al derecho subjetivo de las partes de recurrir a la justicia ordinaria y al sometimiento a la decisión de los árbitros voluntariamente designados. No obstante, si bien la tendencia hacia una autónoma normativización del arbitraje propugna por dotar a este método de los rasgos típicos de la función jurisdiccional, las decisiones de los árbitros siguen careciendo de elementos inherentes a la jurisdicción, tales como, la coerción y la ejecución²³, circunstancia que ratifica la especialidad de esta jurisdicción (la arbitral).

El reconocimiento que constitucional y legalmente se ha dado a esta jurisdicción especial, obedece a la evolución misma de las instituciones del Estado y de las altas y proactivas demandas sociales, las cuales se han encaminado a la exigencia fundamental de resolver

²³ **VER MÁS EN:** LETELIER LUCAS NAJARRO SILVA, *La importancia de la jurisdicción*, www.monografias.com, pág. 41, resumen realizado por el autor del contenido de: FRANCISO GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, México, 2.004.

cualquier clase de controversia en un breve lapso, ya que, se ha socializado la máxima “justicia que tarda ya no es justicia”, la cual ha promovido incluso el ámbito de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos. En tal virtud, los Estados se han avocado al reconocimiento del sistema y de la actividad arbitral, misma que en los últimos años ha ido en aumento, por sus evidentes ventajas en cuanto a tiempos se refiere²⁴.

1.3.1 Generalidades de la jurisdicción especial y especialidad de la jurisdicción arbitral

Uno de los criterios de clasificación de la jurisdicción es el de la relación que tiene la misma con los diferentes niveles de la organización judicial existentes en cada país; en función de este se afirma que la jurisdicción puede ser ordinaria o especial. En las organizaciones más básicas fueron a los mismos jueces – a todos ellos – a quienes se les encargó la administración de justicia en toda clase de casos y materias, existía entonces una sola clase de jurisdicción, denominada: fuero común; pero la complejidad de las relaciones sociales obligó a diversificar el derecho material que debía armonizarlas, y así fue como aparecieron las ramas civil y penal, luego se conformaron la comercial, la administrativa, la laboral, la contencioso fiscal, la constitucional, etc., y con posterioridad y ante las muy diversas situaciones que se presentaron en estas ramas del derecho y cuyo estudio requería normas, principios y criterios diversos y muy particulares, se promovieron procedimientos

²⁴ El artículo 25 de la Ley de Arbitraje y Mediación vigente dispone que: *“Una vez practicada la audiencia de sustanciación y declarada la competencia del tribunal, éste tendrá el término máximo de ciento cincuenta días para expedir el laudo”*.

especiales y en estos se constituyeron las diferentes jurisdicciones especiales (la militar, la policial, etc.).

En consecuencia, a la jurisdicción ordinaria o común corresponde conocer de todos los asuntos que la ley no asigna a una jurisdicción especial, y es ejercida por los jueces y tribunales ordinarios, que en Ecuador son: la Corte Nacional de Justicia, las cortes provinciales de justicia y los jueces de primera instancia. En tanto que la jurisdicción especial corresponde a jueces y tribunales diferentes, especialmente creados por la ley, como eran: los jueces eclesiásticos, los jueces militares o policiales, etc. (los cuales a raíz de la Constitución Política vigente y el Código Orgánico de la Función Judicial han sido eliminados en virtud del principio de unidad jurisdiccional).

Dicha particularidad que la ley otorga a la jurisdicción especial, en los procesos arbitrales se manifiesta de la siguiente manera:

- En la justicia ordinaria el accionante no requiere de la existencia de un convenio previo para iniciar su reclamo, en el arbitraje sí, compromiso que debe ser celebrado con anterioridad al surgimiento de la controversia (Art. 4, literal a., Ley de Arbitraje y Mediación vigente).
- En la justicia ordinaria pueden someterse todo tipo de controversias, en tanto que en la jurisdicción arbitral solo pueden ser resueltas las controversias susceptibles de transacción (Art. 1, Ley de Arbitraje y Mediación vigente).
- Las etapas procesales de los juicios en jurisdicción ordinaria son los siguientes: presentación de la demanda (sorteo al interno de la función judicial), calificación de la demanda, citación de la demanda, contestación a la demanda, junta o audiencia de conciliación (la cual en la práctica no cumple otro objetivo más que el de llevar a

cabo una mera formalidad²⁵), etapa probatoria, momento para alegatos y sentencia (en la cual se resuelve sobre las pretensiones y las excepciones dilatorias y perentorias). El proceso arbitral por su parte tiene dos etapas muy bien definidas, la primera de mediación obligatoria y la segunda contenciosa; los actos que se practican en la primera etapa son los siguientes: presentación de la demanda (en los casos de arbitraje administrado se lo hace ante el presidente de la cámara autorizada), calificación de la demanda, citación de la demanda, convocatoria a audiencia de mediación (si se llega a un acuerdo aquí concluye el proceso), suscripción del acta de imposibilidad de acuerdo (en el caso de arbitraje administrado se procede con el sorteo y designación de los árbitros); los actos que se practican a continuación y que corresponden ya a la etapa contenciosa son los siguientes: audiencia de sustanciación, en la cual primeramente los árbitros declaran su competencia o incompetencia para conocer el conflicto sometido a arbitraje (resuelven sobre las excepciones dilatorias que atañen a la competencia de los árbitros), luego las partes presentan brevemente su caso y solicitan la práctica de pruebas, una etapa de ejecución de los actos probatorios, audiencia de estrados y laudo arbitral.

- En los procesos arbitrales no se admite incidente alguno (Art. 33, Ley de Arbitraje y Mediación vigente), por el contrario, en la jurisdicción ordinaria por regla general se admiten todo tipo de incidentes procesales.
- Los jueces resuelven los asuntos sometidos a litigio apegados a Constitución y la ley, en tanto que un tribunal arbitral puede resolver en equidad y no exclusivamente en derecho (Art. 3, Ley de Arbitraje y Mediación vigente).
- Los procesos seguidos en la jurisdicción ordinaria son públicos, en tanto que el proceso arbitral puede ser confidencial (Art. 34, Ley de Arbitraje y Mediación vigente).

²⁵ Es mi apreciación personal resultado de mi experiencia como funcionario auxiliar de justicia.

- Los laudos arbitrales son inapelables (Art. 30, Ley de Arbitraje y Mediación vigente), por el contrario las sentencias judiciales son naturalmente apelable hasta obtener una definitiva de parte del órgano supremo de justicia.
- Los árbitros no pueden ejecutar sus laudos sin la asistencia de la justicia ordinaria (Art. 32, Ley de Arbitraje y Mediación vigente), en tanto un juez ordinario por sí mismo puede ejecutar lo dispuesto en sentencia.

CAPÍTULO II

NOCIONES GENERALES DEL ARBITRAJE

2.1 ORIGEN DEL ARBITRAJE

Toda relación humana está expuesta a conflictos de múltiple índole, en el que están en juego intereses diversos. A medida que el hombre ha ido evolucionando ha tratado de encontrar diversos medios para solucionar sus diferencias, hasta llegar al ordenamiento jurídico para garantizar condiciones de vida y normas de conducta dentro de la sociedad, con el fin de mantener la fuerza y evitar la violencia como métodos orientados a la administración de justicia, a través de un tercero imparcial que dirima sus confrontaciones.²⁶

PLATÓN afirmaba:

(...) que el mayor bien para el estado, no es la guerra ni la sedición, sino la paz y la buena inteligencia entre los ciudadanos. Pero como la existencia de intereses contradictorios forman parte de la naturaleza del grupo, el estadista ha debido crear sistemas que pongan remedio a los disensos, obligando a los miembros a observar ciertas reglas y previendo que en caso de presentar desavenencias, un tercero zanje las disputas. Es indispensable que se establezcan tribunales para cada sociedad y jueces que decidan sobre la marcha, las diferencias que se susciten.

²⁶ ALARCÓN FLORES, *El arbitraje en el Perú*, www.monografias.com, pág. 7, resumen realizado por el autor del contenido de: FRANCISCO CARNELUTTI, *Derecho Procesal Civil y Penal*, T.I. Edit. EJEA, Buenos Aires, 1971.

*Tribunal que estará compuesto por los jueces mas íntegros que sea posible encontrar. Un Estado no sería Estado si lo que concierne a los tribunales no estuviese reglado como es debido*²⁷.

El Estado al interior de su estructura social y pública da gran notoriedad a la jurisdicción, convirtiéndola en la institución que armada con coerción, procura resolver el conflicto social y reestablecer el orden jurídico, a través de las sentencias judiciales que también se encuentra investida de fuerza coercitiva.

El conflicto siempre ha estado presente en la sociedad, este término equivale a discrepar, a no estar de acuerdo ni coincidir con la otra parte. Consiste en opinar, pensar, sentir, actuar e interpretar los hechos de manera diferente y antagónicamente a la otra parte. El conflicto es un proceso complejo. *“El conflicto, en consecuencia, forma parte de una realidad insoslayable e inevitable, inherente a la sociedad, que no debe sorprender ni preocupar en sí misma. Lo preocupante no es la existencia del conflicto, sino la falta de vías adecuadas para resolverlo”*²⁸.

*“El conflicto debe ser percibido. Es un proceso que empieza cuando una parte percibe que otra parte ha afectado, o está por afectar negativamente, algo que le interesa e importa a la primera parte”*²⁹. El conflicto es una constante que se da y se encuentra presente en toda la historia humana. Somos individuos con deseos, intereses y necesidades distintas por lo que es normal e inevitable que los desacuerdos, disputas, incompatibilidades y conflictos se

²⁷ *Ibídem.*

²⁸ ROQUE CAIVANO APENAC, *Negociación. Conciliación y Arbitraje, Mecanismos Alternativos para la resolución de conflictos*, Lima, Perú, pág. 9

²⁹ PLA RODRIGUEZ, Américo, *Curso de Derecho Laboral*, Tomo I, Volumen I, Acali Editorial, Montevideo, 1999, pág. 56.

desencadenen.³⁰ “En toda relación humana existen coincidencias y discrepancias. Si no existieran diferencias nos confundiríamos el uno con el otro, nos fusionaríamos”³¹.

Para el Instituto de Conciliación y Análisis de Resoluciones - ICAR - el conflicto “Es un fenómeno social multidimensional, que ocurre como resultado normal de las diferencias humanas y de la no satisfacción de las necesidades”. El conflicto surge sobre todo debido a las necesidades que cada persona o grupo de personas siente insatisfechas. Ahora,

Si el interés significa una situación favorable a la satisfacción de una necesidad; si las necesidades del hombre son ilimitadas, y si, por el contrario, son limitados los bienes; es decir, la porción del mundo exterior apta a satisfacerlas; entonces, como correlativa a la noción de interés y la de bien aparece la del conflicto de intereses. Surge conflicto entre dos intereses cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta. La circunstancia elemental del fenómeno jurídico, es la de conflicto de intereses de dos personas distintas³².

“Según la teoría de las necesidades de Maslow, el conflicto surge por la insatisfacción de necesidades. La necesidad es la falta de algo, un estado deficitario. Las personas deben aprender a encontrar satisfactores apropiados y los medios para obtenerlos”³³. Todo ser humano al encontrarse ante un conflicto desea satisfacer sus intereses y de esa manera solucionar y componer el problema. Para ello es necesaria la madurez del conflicto. La madurez del conflicto surge cuando todas las partes en conflicto se dan cuenta de que les

³⁰ VER MÁS EN: ERIKA JIMÉNEZ, *El contrato de arbitraje, historia y concepto*, Revista Jurídica Virtual “Verba Juris”, TEC de Monterrey.

³¹ MARINÉS SUÁREZ, *La comunicación humana en mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Buenos Aires, Paidós, 1.996, pág. 70.

³² FRANCISCO CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Uteha, Argentina, pág. 34.

³³ MARLENE ANCHANTE RULLE, *Teoría del Conflicto y Análisis del Conflicto*, Junio, 2.003, pág. 13.

iría mejor si terminan el conflicto y buscan un acuerdo. Si una de las partes no ha llegado a este punto, el momento no está maduro y será difícil acabar el conflicto en forma pacífica. Para solucionar un conflicto es necesario que se identifiquen las posiciones, los intereses y necesidades, y que las partes no se mantengan en sus posiciones, caso contrario se haría permanente.

Lo importante para el derecho no solamente es la capacidad de resolver el conflicto, sino la forma como se lo resuelve, por ello cuando un sistema judicial es deficiente, no cumple su función a cabalidad, se convierte en una fantasía corriendo el riesgo de retroceder al pasado, en el que el hombre ejercía la justicia por su propia mano (la vindicta privada), haciendo imposible la convivencia social. Ello explica la necesidad de encontrar otras formas (alternativas) que puedan proveer las soluciones que el sistema público no está en condición de brindar.

El arbitraje puede ser una de esas formas a través de la cual las personas encuentren el acceso a una justicia eficiente constituida por ellas mismas, dentro de su esfera de libertad y en el marco de sus derechos disponibles. Ahora bien, si es cierto que este mecanismo alternativo descongestionaría la pesada carga judicial, mal haríamos en concebirlo como un competidor de la vía judicial ordinaria, pues en realidad se construye como una vía afín y complementaria, en el entendido de que el arbitraje no es válido para cualquier clase de litigios o bajo cualquier clase de circunstancia³⁴.

Es así que, los litigios que versen sobre materias de interés u orden público no son objeto del arbitraje y corresponden exclusivamente al poder judicial; y no podemos dejar de lado,

³⁴ **VER MÁS EN:** ALARCÓN FLORES, *El arbitraje en el Perú*, www.monografias.com, pág. 7, resumen realizado por el autor del contenido de: FRANCISCO CARNELUTTI, *Derecho Procesal Civil y Penal*, T.I. Edit. EJEA, Buenos Aires, 1971.

la condición auxiliar de los jueces en el desarrollo del proceso arbitral, por ello, desde la producción de ciertas medidas probatorias hasta la ejecución forzosa del laudo, el arbitraje requiere de la colaboración de los jueces. Es más, si obtenido el laudo se presentan demoras o trabas en la etapa de ejecución judicial, en la práctica, las deudas originalmente controvertidas y previamente reconocidas por el laudo, quedarían diferidas en el tiempo. Por tanto debemos ser conscientes de que el arbitraje debe convivir con la justicia ordinaria en forma armónica, manteniendo una estrecha relación y un respeto mutuo entre ambos sistemas.

En virtud de lo dicho, es claro que el arbitraje es una forma que usamos los seres humanos a fin de resolver los conflictos y de acuerdo con la historia nace o tiene su origen cuando el ser humano empezó a vincularse con los demás seres humanos. El arbitraje necesita para su existencia de varias personas y no puede existir cuando el hombre se encuentra solo; podemos afirmar que el hombre es un individuo que durante todo el tiempo está buscando interactuar con los demás seres de su misma especie para poder subsistir y sobrevivir, en consecuencia el arbitraje (y demás métodos auto-compositivos y hetero-compositivos de conflictos) son innatos al ser humano.

A continuación resumiremos como fue apareciendo el arbitraje a través del desarrollo de la historia de la humanidad.

El devenir histórico del ser humano a grosso modo se divide en prehistoria e historia. En la prehistoria, encontramos tres etapas: la paleolítica, la neolítica y la edad de los metales.

El paleolítico fue la primera era de la prehistoria y abarcó desde el surgimiento del ser humano hasta hace aproximadamente 10.000 años antes de Cristo (a.C.) La palabra

“paleolítico” significa piedra antigua y hace referencia a las herramientas de piedra que los primeros seres humanos fabricaron durante este período. En este, los seres humanos vivían de la caza, la pesca y la recolección de frutos silvestres, eran nómadas, es decir, no tenían un sitio fijo para vivir; la vida era muy dura y los seres humanos ocupaban casi todo su tiempo en conseguir alimentos y los repartían de manera equitativa y de común acuerdo entre todos los miembros del grupo. No había protección frente a las enfermedades y cualquier percance, como la rotura de un hueso, un resfriado o un dolor de muelas podían provocar la muerte.

La era neolítica aparece aproximadamente hace unos 10.000 años a.C.; en esta, los grupos humanos comienzan a dedicarse a la agricultura y la ganadería, y a vivir en poblados. El descubrimiento de la agricultura y la ganadería supuso un cambio radical en las formas de vida y en la organización de los seres humanos. La caza y la recolección permanecieron, pero dejaron de ser las únicas formas de subsistencia y los seres humanos comenzaron a elaborar sus propios alimentos. Los pueblos agrícolas se hicieron sedentarios, es decir, se asentaron de forma permanente en un lugar y dejaron de trasladarse de un sitio a otro en busca de alimento. Gracias al descubrimiento de la agricultura y la ganadería, y a la vida sedentaria, los grupos humanos aumentaron su tamaño, por lo que los poblados neolíticos tenían más miembros que las tribus paleolíticas. El jefe de la aldea dirigía el poblado, negociaba directamente con los jefes de las aldeas vecinas y comienza a acaparar el poder necesario (otorgado por los habitantes de la tribu) para la resolución hetero-compositiva de los conflictos de los miembros de su poblado.

La edad de los metales se desarrolló hace unos 7.000 años a.C.; en esta, los seres humanos comenzaron a producir objetos de metal. Los historiadores denominan “*edad de los*

metales” a la última etapa de la prehistoria por la importancia que tuvo la invención de la metalurgia. El primer metal que se utilizó fue el cobre y lo trabajaron de manera muy sencilla, golpeándolo con piedras. La aparición del metal supuso un fuerte impulso para el comercio, esto permitió el aumento de la riqueza de algunos poblados, que crecieron de tamaño y se convirtieron en ciudades, se produjo también los inicios de la especialización en el trabajo. Una gran parte de la población seguía trabajando en la agricultura y otra se dedicaba a la artesanía o al comercio. Las diferencias sociales aumentaron, las ciudades estaban gobernadas por un rey. Los más ricos, los sacerdotes y los guerreros adquirieron cargos y privilegios. El resto de la población eran artesanos o campesinos y vivían pobremente. Aquí sus problemas eran resueltos por el rey, a quien asistían para ser ayudados en sus diferencias.

En la etapa neolítica y en la edad de los metales existen los primeros vestigios de la constitución de árbitros, pero con una marcada tendencia hacia la designación de jueces, pasando del poder asignado por la voluntad de los miembros al poder pre-constituido en una organización y estructura social diferenciada y de privilegios, en la cual sus habitantes no son más que uno de sus elementos constitutivos, y posiblemente no el más importante.

La historia del ser humano, por su parte, inicia a partir del año 2.999 a.C. y dura hasta la actualidad. La historia del ser humano está dividida en cinco etapas: la edad antigua, la edad media, la edad moderna, la edad contemporánea y el mundo actual.

En la edad antigua, que inició a partir del año 2.999 a.C. y duró hasta el año 476 después de Cristo (d.C.), aparecen las primeras civilizaciones, lo cual provocó intensos cambios políticos y sociales. El poder se concentró en un único rey que dictaba las leyes, mandaba

sobre el ejército y solía cumplir importantes funciones religiosas. La población estaba formada por diferentes estratos sociales: campesinos, artesanos, comerciantes, funcionarios públicos, etc., y se dividían en dos grupos claramente diferenciados: (1) los privilegiados, formados por el rey y su familia, los nobles, los sacerdotes, los funcionarios públicos y los altos cargos del ejército, quienes eran propietarios de la mayoría de las tierras y de los grandes negocios, de los artesanos y comerciantes, y controlaban los principales cargos públicos; y, (2) los dominados, formado por los campesinos, los artesanos y los pequeños comerciantes, quienes trabajaban las tierras y los negocios de los privilegiados y pagaban fuertes tributos. Durante esta época existieron dos grandes civilizaciones las cuales dieron un gran paso para la justicia arbitral, entre ellas se encuentra la civilización griega.

La sociedad griega fue una de las primeras civilizaciones en las que se instauró una lucha por el poder político, debido a que los campesinos apoyaron a los comerciantes, artesanos y armadores quienes lograron ascender en la escala social por su esfuerzo individual y quienes luchaban en contra de la aristocracia; este conflicto llevó a ciudades como Atenas al establecimiento de la democracia, después de un largo proceso en el que jugaron un papel importante los legisladores. Los ciudadanos comenzaron a reunirse en forma periódica en asambleas (*ekklesia*) para la toma de decisiones y para la elección de los cargos públicos. Eran los magistrados los que se encargaban de poner en práctica las decisiones tomadas en la asamblea. A medida que estas asambleas ganaron importancia fueron apareciendo los consejos que preparaban las discusiones de los asuntos. En Atenas existía la bulé o Consejo de los Quinientos. Este Consejo preparaba las leyes que se discutían en la asamblea y controlaba a los magistrados. Sus miembros se elegían anualmente por sorteo. Para impartir justicia, se nombraba cada año tribunales constituidos

por 6.000 ciudadanos. También se crearon los consejos anfictiónicos quienes resolvían los conflictos entre los grupos étnicos; estos se conformaban por doce ancianos representantes de las diferentes tribus. Existieron también árbitros de carácter público elegidos al azar entre cuarenta y cuatro patriarcas que conocían las causas criminales y públicas. A medida que evolucionó el derecho y la organización del Estado, el arbitraje adquirió un carácter más o menos obligatorio, emanado de la ley, que es el pilar sobre el cual se asentó luego la *iurisdictio*.

Otra civilización de gran importancia y que dejó antecedentes a considerar refiriéndose al arbitraje, fue la romana. La población del imperio romano se dividía en dos grandes grupos: los ciudadanos y los no ciudadanos, los ciudadanos podían participar en política, ser sacerdotes e iniciar causas penales, así como ostentar propiedades y casarse. Dentro de los ciudadanos habían grandes diferencias según la riqueza. Los no ciudadanos carecían de los derechos que tenían los ciudadanos. En el siglo III d.C., el emperador Caracalla extendió el derecho de ciudadanía a todos los varones libres del imperio. El derecho fue una de las grandes creaciones de Roma. El primer código que elaboraron los romanos fue la “Ley de las XII Tablas”, a la que se fueron añadiendo los edictos o leyes imperiales. Las leyes romanas han constituido la base del derecho de los Estados actuales.

Indudablemente fue en Roma donde florecieron los métodos hetero-compositivos de solución de conflictos, y entre ellos, el arbitraje como un sistema organizado para impartir solución pacífica a los conflictos surgidos entre familiares o entre familias, mediante la decisión de personas ajenas al problema, las cuales, una vez conocidas las causas de la controversia, imponían su “última palabra”.

En la época rudimentaria del derecho romano, imperaban los sistemas primitivos que ponían en manos del ofendido los medios adecuados y suficientes para hacerse justicia por sí mismo, era la vindicta, que hacía referencia al procedimiento mediante el cual, el acreedor insatisfecho, o el padre de familia respecto de sus hijos, tenían el derecho de vida y muerte sobre su deudor moroso, o sobre su hijo. Los acreedores podían dar muerte al deudor y repartirse su cuerpo para satisfacer los créditos insolutos. Pasada esta etapa, la Ley de las XII Tablas (año 450 a.C.) racionalizó en parte la acción de los acreedores, pero no abandonó completamente las bases de la venganza por propia mano, conservó sus principios fundamentales al incorporar a su texto el procedimiento de las Acciones de Ley (*Legis Actiones*), dentro de las cuales se reconocía una acción ejecutiva denominada *Legis Actio per manus iniectiomen*; esta acción consistía en que cuando el crédito alegado había sido declarado o probado judicialmente, o era cierto e indiscutible o había sido confesado por el deudor, el acreedor podía tomar por el cuello a ese deudor donde quiera que lo hallare, a fin de vengarse de él por no haber sido pagado. Si el *obligatus* o un familiar suyo no pagaba dentro del plazo de treinta días (30) podía ser vendido como esclavo en el extranjero o podía ser muerto por su acreedor. Existieron Acciones de Ley declarativas y ejecutivas, las primeras tenían por objeto declarar o reconocer un derecho, o proceder a una participación, las segundas, como la *manus iniectio* y la *actio per pignoris capionem* (en cuya virtud el acreedor se apoderaba de una cosa perteneciente al deudor para pagarse), perseguían la efectividad del derecho cierto, declarado o reconocido. Las acciones declarativas, de las cuales fueron tres las más sobresalientes, la *Actio Sacramento* (acción por la apuesta), la *Actio per conditionem* (acción de intimación) y la *Legis Actio per*

iudicis postulationem (acción de ley de petición de un juez o de un árbitro), eran ejercitadas por los particulares cuando no había certeza sobre la existencia de la obligación alegada; era necesario entonces, establecer con toda precisión la realidad de ella, su clase y objeto; para ello, los romanos contaron con la que fuera una de sus más importantes y útiles instituciones: el sistema de arbitramento.

La Ley de las XII Tablas no creó dicho sistema, se limitó a recoger y reglamentar una costumbre muy antigua que fue, prácticamente, el origen de la administración de justicia, pues legitimaba las decisiones de un tercero componedor ajeno al litigio. Tratándose de acciones privadas ordinarias fue el arbitramento el único medio para dirimir las diferencias entre particulares; en aquel entonces, era necesario recurrir a los árbitros elegidos por las partes de común acuerdo y estas se comprometían a aceptar su decisión ofreciendo garantías. La función de los árbitros tenía origen en un pacto conocido con el nombre de “compromiso”, en virtud del cual los litigantes se obligaban a nombrar uno o sendos árbitros de mutuo acuerdo y a poner en sus manos la solución de sus desavenencias. Si una de las partes se negaba a elegir su árbitro o *Iudex* lo hacía por ella el magistrado o funcionario del Estado designado para ello, o se lo elegía aleatoriamente de determinada clase de ciudadanos. La intervención de los funcionarios del Estado (dictador, decenviros, tribunos, pretores-cónsules, y posteriormente los pretores-*minor* o magistrados *Iudiscentes*) quedó reducida a una vigilancia que aseguraba que la diferencia sería sometida al arbitraje previo planteamiento exacto que el funcionario hacía del problema, sin que este pudiera resolver por sí los litigios, de ahí que se haya afirmado, que el arbitramento fue – y aún lo es – una manera de dar fin a los conflictos o litigios con prescindencia de la labor justiciera del Estado. Transcurrido el proceso de elección del árbitro o árbitros, éstos entraban en

ejercicio de sus encargos, estudiaban el caso, oían a las partes y una vez que formaban su opinión sobre el particular, fallaban la cuestión según su propio criterio, sin otra obligación que la de pronunciar una decisión basada en las instrucciones y hechos propuestos por las partes. El laudo arbitral era de obligatorio cumplimiento por parte de los litigantes, salvo que en el compromiso se hubiese pactado lo contrario.

Es oportuno observar que el arbitramento se empleaba cuando se ventilaban causas privadas en las cuales el crédito o la obligación no eran ciertos, es decir, cuando existía duda sobre su existencia o sobre su monto. No así en los casos de obligaciones indiscutibles. El arbitramento, que en ocasiones fuera ejercido indistintamente por árbitros elegidos por las partes o por el Magistrado (funcionario designado por el Estado) si ellas así lo solicitaban, fue evolucionando y entonces encontramos que la doctrina y el Digesto determinaron con gran precisión las diferencias entre el árbitro elegido por los litigantes (que para entonces ya se denominaba *Arbiter*) y el *Iudex* (nombre que antes correspondió al árbitro en general y que luego se empleó para individualizar al designado por el pretor), de modo que los árbitros eran nombrados por las partes, conocían no solo de las causas amparadas por el *Ius Civile*, sino de muchas otras cuestiones y podían ser uno o varios; el *Iudex* por el contrario, era nombrado por el pretor directamente, sólo podía conocer de los asuntos del *Ius Civile*, y no podía ser sino solo uno.

Las partes, al celebrar el compromiso que los conduciría al arbitramento, podían pactar diferentes modalidades que dieron origen a las variadas denominaciones que adoptaron los árbitros. Así por ejemplo, si las partes determinaban cuál sería la sanción por el incumplimiento del laudo, el árbitro era llamado "*Compromissarius*", si se pactaba que la sentencia sería obligatoria, el árbitro se denominaba "*Juratos*", si las partes quedaban

facultadas para aceptar o rechazar la decisión, el árbitro era “*ex nudo pacto*”, y si los contratantes acordaban someter a la decisión de un árbitro determinado, que designaban desde ese mismo momento, todas las diferencias que entre ellos pudiesen sobrevenir con ocasión de su contrato, este recibía el nombre de “*arbiter in contractibus adjectus*”. En este pacto tuvo su origen lo que hoy conocemos con el nombre de convenio arbitral o cláusula compromisoria.

Por los años 200 a.C., con las reformas introducidas especialmente por Justiniano a través de sus célebres Constituciones, los romanos abolieron las diferencias procedimentales entre la acción privada ordinaria y la ejecutiva, de tal manera que ya todos los litigios, sin atender a la naturaleza de la acción, se sometieron a la jurisdicción ejercida por el Estado a través del *Iudex* y otros funcionarios públicos, y solo en el caso de que las partes por medio de un acuerdo privado de voluntades decidieran recurrir a los árbitros, quedaría excluida la competencia del Estado para conocer la controversia, la cual era solucionada en dicho caso por los árbitros. De esta manera quedó reafirmado el origen eminentemente privado que, aunque en forma rudimentaria, tuvo el arbitramento desde sus comienzos.

Tan difundido y exitoso fue el sistema de arbitramento, que llegó a aplicarse a las relaciones amparadas por el *Ius gentium*. El *Ius Civile* tan solo cobijaba a los ciudadanos romanos, los extranjeros al inicio no tuvieron derechos en Roma, pero las relaciones comerciales cada vez más frecuentes entre estos y los romanos dieron origen a múltiples problemas cuya solución era muy complicada, porque ignorando el extranjero las costumbres legales romanas, el asunto debía someterse al conocimiento de dos jueces, por separado, uno el romano y otro, el juez de la ciudad del extranjero. Para obviar los inconvenientes que dicho procedimiento trajo consigo, se recurrieron a los colegios

llamados “*Recuperatores*”; estos colegios o tribunales eran formados por árbitros en número impar, quienes eran elegidos por los litigantes y pertenecían a sus ciudades de origen. Sin embargo, el sistema siguió presentando enormes dificultades a causa de las distancias y los disímiles criterios legales, por ello, apareció un “nuevo” derecho, que regulaba las relaciones entre romanos y extranjeros, conocido como el *Ius Gentium*, que adoptó (con modificaciones acordes a su naturaleza) las instituciones fundamentales del *Ius Civile*, entre ellas el arbitramento en las causas privadas.

Con el tiempo el arbitramento sobrepasó de manera organizada los límites de las relaciones privadas y se concentró con preferencia en otros ámbitos, por ejemplo, en el derecho público respecto de las relaciones internacionales... cuando se intentaba evitar una guerra entre naciones, cada ciudad o cada nación designaban un árbitro y con la decisión arbitral terminaba el conflicto.

Respecto del compromiso arbitral, en el derecho romano, en un principio, no se aceptó este pacto para solventar controversias futuras, sino únicamente las presentes; y, con relación a los laudos arbitrales, en sus inicios, estos no podían ser ejecutados y es en tiempos de Justiniano cuando se autorizó su ejecución siempre que la misma fuese aceptada por escrito por los litigantes o cuando transcurrieran diez días contados desde su notificación, sin oposición alguna.

En la edad media, misma que inició desde el año 477 y duró hasta el año 1.491, existieron múltiples cambios; después de que el imperio romano cayó, los germanos mantuvieron la organización romana, la cual admiraban; sin embargo, inevitablemente crearon un sistema distinto al introducir sus propias tradiciones a la estructura dejada por los romanos. Los

reinos germanos se organizaron en monarquías que sufrieron a su vez la influencia imperial romana, al principio, el rey era elegido por los nobles y como consecuencia, muchos reyes eran depuestos e incluso asesinados por conspiradores interesados en el ejercicio y beneficio del poder, lo cual provocó una gran debilidad para la institucionalidad de estas naciones o reinos nacientes. Algunas monarquías se volvieron hereditarias. Los reyes contaban con un consejo que los asesoraba en los temas de gobierno y los ayudaba a impartir justicia, también se crearon nuevos sistemas de leyes que combinaban el derecho romano con las costumbres germanas. Con el tiempo se compilaron por escrito las leyes, así por ejemplo, el rey Visigodo RECESVINTO las unificó en el *liber Iudiciorum* o fuero juzgo.

Durante la edad media los reyes eran incapaces de defender todas sus posesiones porque sus ejércitos eran escasos y no tenían los medios suficientes para que su autoridad alcanzara todo su reino, por eso, los reyes repartieron las tierras del reino entre los principales nobles y eclesiásticos, quienes se encargaban de la defensa, impartían justicia y cobraban impuestos a los campesinos que habitaban en dichas tierras. Estas tierras recibieron el nombre de feudo o señorío, y estaban a cargo de un reducido grupo de nobles y de monjes quienes conformaban la corte del rey.

En esta época de la historia, la burguesía encontró en el arbitraje la mejor forma de resolución de conflictos comerciales al interior de sus gremios y corporaciones, para dirimirlos con seguridad y rapidez:

Los burgueses, artesanos y comerciantes buscan justicia en sus gremios y corporaciones, en los grandes señores o en el rey o sus delegados. Los señores se la

*hacen por sí mismos o someten sus litigios a otro de ellos y al rey en calidad de árbitros. A medida que los poderes reales se robustecen, tiende el arbitraje a ser sometido al propio rey o a practicarse con su autorización y aún a ser substituido por la justicia pública, en los siglos XIII y XIV subsiste el laudo y las jurisdicciones estatales, ya en pleno desarrollo, como una práctica enteramente privada, pero de uso muy frecuente.*³⁵

Sin embargo, durante los siglos VII y VIII, los procesos arbitrales prácticamente desaparecieron, aunque los códigos: bávaro y el de Prusia, los tomaron en consideración y los permitieron.

En la edad moderna (comprendida entre los años 1.492 y 1.789) los monarcas medievales vieron limitado su poder por el de la nobleza y las ciudades. Los reyes del siglo XVI intentaron conseguir una mayor autonomía y libertad de acción, así apareció el Estado moderno como marco territorial y político del poder, cuyas instituciones se orientaron fundamentalmente a la sujeción de los súbditos a la soberanía superior del rey.

En Francia, el edicto de Francisco II, de agosto de 1.560, confirmado por la ordenanza de *Moulins*, impuso el arbitraje forzoso en las diferencias entre mercaderes, en las demandas de partición entre parientes próximos y en las cuentas de tutela y administración, en estos, el litigio debía ser resuelto sumariamente por tres o más personas elegidas por las partes y en caso de no hacerlo, eran elegidas por el juez.

En 1.636, los puritanos de Dedham, una comunidad local al sudeste de Boston, previeron en su carta constitutiva un sistema informal de solución de conflictos; en Nueva Betherlan,

³⁵ PATRICIO AYLWIN AZÓCAR, *El juicio arbitral*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1.958, Colección de Estudios, pág.67.

los colonizadores holandeses establecieron una junta de nueve hombres para servir como mediadores amistosos y árbitros; y, en la colonia de Virginia, la legislatura alentó a los ciudadanos a resolver sus conflictos por sus propios medios, pues había notado un excesivo recargo y grandes demoras en los litigios.

En 1.698, el parlamento inglés aprobó la primera ley sobre arbitraje, en la cual se dispuso que ninguna de las partes podía revocar el acuerdo arbitral, mecanismo que trató de fortalecer el proceso arbitral, sin embargo, en esta misma ley no se incluyó la prohibición para las partes de revocar el nombramiento hecho al árbitro, situación que declinó el fortalecimiento que buscaba dicho cuerpo normativo.

La edad contemporánea, del año 1.790 al año 2.000, fue una época de múltiples convulsiones políticas que supusieron fin al antiguo régimen. Entre 1.775 y 1.848, sobresalieron los hechos, causas y efectos de las revoluciones americana y francesa, pese a que se produjeron en lugares geográficos muy diferentes. Como consecuencia de la revolución francesa se asentó el arbitraje como un mecanismo de solución de controversias constitucionalmente reconocido, la asamblea constituyente en Francia declaró que el arbitramento es el medio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos, elevando dicha declaración a un principio constitucional. La convención nacional francesa reafirmó este principio. Por ello, en Francia, en 1.806, se registró el primer caso de juntas de conciliación, denominadas “Colegios de Árbitros”, formados por hombres de gran rectitud que aconsejaban a las partes a fin que resuelvan sus conflictos.

En Inglaterra, en 1.833, se prohibió a los litigantes revocar el nombramiento que hayan realizado del árbitro. En 1.854, the *common law procedure act* dispuso a los tribunales

judiciales sobreseer (cancelar/suspender) cualquier procedimiento que impidiera la ejecución de un acuerdo arbitral; asimismo le otorgó a los tribunales la facultad de designar árbitros cuando hubiese fallado el designado por las partes. A pesar de esto, fue imposible resolver los problemas por medio del arbitraje como se había supuesto, pues, los jueces cobraban por los conflictos que resolvían, de manera que desalentaron el reconocimiento del arbitraje por considerarlo competencia. Con la ley de 1.889 se le reconocieron los efectos totales al acuerdo arbitral, tanto para la resolución de litigios futuros como para aquellos que ya habían surgido. Y en 1.927, se ejecutó al interno el primer laudo arbitral extranjero, por ello, se considera a Inglaterra un puntal en el desarrollo del arbitraje internacional.

En Estados Unidos de América el arbitraje no fue mayoritariamente empleado. La posibilidad de revocar el acuerdo arbitral era permitida, manteniéndose vigente hasta 1.920, pero solo para los acuerdos relativos a los litigios presentes. En los casos de irrevocabilidad, se dispuso que, ante la falta o negativa de designación de los árbitros por parte de los litigantes, el tribunal judicial lo hiciera. Con la Ley de Arbitraje de 1.926 se consolidó el arbitraje al menos a nivel interno. En la actualidad, en los Estados Unidos de América, el arbitraje se ha instaurado en dos niveles perceptibles: el primero de ellos regulado bajo las normas del *common law*, el cual se encarga de solventar los problemas internos; y el segundo, que se basa en la codificación de normas y hace referencia al nivel internacional.

De la misma manera, durante la etapa contemporánea de la historia, se desarrollaron en varios Estados leyes independientes que reglaban la actividad arbitral.

En el mundo actual, considerado a partir del año 2.001, una gran cantidad de países en el mundo han reconocido en sus legislaciones al arbitraje, considerándolo una institución que se justifica como un mecanismo de reacción en contra de las deficiencias e ineficacias de la administración de justicia del Estado, no con el propósito de convertirse en simples auxiliares de la función judicial, sino con el objetivo de sustituir los mecanismos ordinarios de administración de justicia en determinadas materias y actividades en donde se considera que el sistema formal y estatal no es eficiente. En Ecuador su labor sigue siendo complementaria y no sustitutiva del ejercicio de la jurisdicción ordinaria.

En el mundo actual, limitado por las consecuencias de la globalización, se caracteriza por múltiples intereses muchas veces antagónicos entre sí, por la escasez creciente de los recursos, por una distribución desigual de la riqueza, y por las fuertes demandas de resultados rápidos que garanticen la satisfacción de las necesidades básicas de los seres humanos, la resolución judicial de los conflictos es insuficiente. Y es en este escenario social que cobra especial importancia los métodos alternativos de resolución de conflictos, y entre estos, el arbitraje, por tratarse de un mecanismo interdisciplinario y transversal que recoge el saber teórico y práctico de diferentes disciplinas (sociales, jurídicas y psicológicas), experiencias e incluso culturas, que procuran una solución eficaz a una controversia.

Sin embargo, en las legislaciones actuales aun persisten determinadas limitaciones al arbitraje por parte del poder público, contradicción manifestada en las diferentes teorías que le otorgan o le niegan la naturaleza jurídica de jurisdicción (en nuestra legislación los laudos arbitrales son ejecutados por la justicia ordinaria). Se destacan, empero, las ventajas

del arbitraje: celeridad y economía en la resolución de un conflicto. Y son estas las motivaciones que empujan a los individuos modernos a acudir o preferir el sistema arbitral.

2.1.1 Antecedentes del arbitraje en Ecuador

La conciliación y el arbitraje aparecen regulados en nuestro ordenamiento jurídico (en épocas de la colonia) desde la Constitución Política de la monarquía española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1.812.

Ya en el Ecuador republicano, el arbitraje fue reconocido y adoptado legalmente a partir del año 1.960, con la promulgación del Código de Procedimiento Civil, publicado en el Registro Oficial No. 81 de 8 de diciembre de dicho año, que derogó el viejo Código de Enjuiciamiento Civil, promulgado el 16 de enero de 1.917. En este, el juicio por arbitraje se regulaba en su sección 23, a partir del artículo 1.020 y hasta el artículo 1.056.

En el año 1.963, se promulgó la Ley de Arbitraje Comercial, publicada en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de dicho año. En esta y en su reglamento de aplicación, se compilaron normas más acordes a una administración de justicia ágil y adecuada para resolver controversias de carácter exclusivamente mercantil, que eran sometidas a los tribunales de arbitraje designados por las agremiaciones comerciales (Cámaras de Comercio). Esta ley fue expresamente derogada y sustituida por la Ley de Arbitraje y Mediación – aun vigente – publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1.997, misma que a la fecha ha sido codificada por efecto de reformas menores realizadas desde su fecha de promulgación.

En 1.998, la Asamblea Nacional Constituyente aprobó la Constitución Política de la República de Ecuador de 5 de junio de 1998, la cual en su artículo 191 señalaba: “*Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley*”.

De la misma manera, la Constitución Política de la República de 2.008, aprobada en Montecristi, reconoce en su artículo 190 al arbitraje como un procedimiento alternativo válido para la resolución de conflictos.

2.2 APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DEL ARBITRAJE

La distinción del arbitraje como un método hetero-compositivo de solución de conflictos no ofrece dificultad alguna con relación a los mecanismos de autocomposición, en especial, de aquellos en los que no se produce intervención alguna de terceros, como en la transacción; sin embargo, en aquellas ocasiones en las que aparece la figura de un “tercero”, tal distinción no es tan clara, como en el caso de la mediación o la conciliación, por lo que resulta conveniente precisar sus límites a fin de encaminarnos hacia una correcta conceptualización del arbitraje³⁶.

Por lo dicho es indispensable indicar lo siguiente: la actividad mediadora es llevada a cabo por un tercero de forma espontánea, quien trata de lograr la avenencia entre las partes, sin decidir sobre el conflicto, limitándose exclusivamente a aproximar a las partes en pos de

³⁶ **VER MÁS EN:** RICHARD MERINO ALAMA, Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura, Perú, *El arbitraje, una solución alternativa para aliviar la carga procesal*, ensayo enviado a www.monografias.com.

que ellas por sí mismas solucionen el conflicto; sin embargo, tratadistas como GUASP³⁷ y QUINTERO³⁸ incluyen a la mediación entre los mecanismos hetero-compositivos de solución de conflictos, excluyéndolos de los de autocomposición, es decir, entre aquellos en los que el conflicto es resuelto por un tercero, por considerar la actuación del mediador determinante en la resolución del conflicto.

A nuestro criterio, la mediación es un mecanismo auto-compositivo bilateral de solución de conflictos sociales, ya que los terceros que intervienen como mediadores no resuelven el conflicto sino que simplemente colaboran en el proceso para la coincidencia de la voluntad de las partes conflictuadas.

MONTERO AROCA distingue la conciliación y la mediación en atención al origen, provocado o espontáneo, de la intervención del tercero³⁹, de modo que la conciliación se limitaría a la actividad llevada a cabo por un tercero que, de manera provocada, acude al llamamiento que hacen las partes para tratar de aproximar sus posiciones confrontadas, a fin de lograr la avenencia. El conciliador no resuelve el conflicto, sino que, como en la mediación, se limita a aproximar a las partes. Sin embargo, la actividad mediadora se lleva a cabo por un tercero que de forma espontánea trata de lograr el acuerdo de las partes. Afirma también Montero Aroca que el mediador, además de aproximar a las partes, está en la obligación de realizar propuestas concretas de solución que las partes pueden o no

³⁷ **VER MÁS EN:** JAIME GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.956.

³⁸ **VER MÁS EN:** BEATRIZ QUINTERO y EUGENIO PRIETO, *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, 1.995.

³⁹ **VER MÁS EN:** RICHARD MERINO ALAMA, Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura, Perú, *El arbitraje, una solución alternativa para aliviar la carga procesal*, ensayo enviado a www.monografias.com.

aceptar, en tanto que el conciliador se limita únicamente a la aproximación de las partes.⁴⁰ No obstante, esta disimilitud resulta falaz en nuestra práctica procesal común, pues, al conciliador sí se le está permitido proponer fórmulas de arreglo, como ocurre en las etapas de conciliación intraprocesal y en la conciliación extrajudicial.

Para BEATRIZ QUINTERO, la conciliación es en último término una mediación porque resulta de la intervención de un tercero que busca un acercamiento de las partes procurando el acuerdo basado en la voluntad de ellas⁴¹. Por su parte, CARNELUTTI señala que la nota que distingue estas dos formas de actividad, se orienta a que la mediación persigue una composición contractual cualquiera sin preocuparse de su justicia, en tanto que la conciliación aspira a una composición justa⁴².

En conclusión, la conciliación tiene actitudes diferentes a la mediación, mientras la primera arrima posiciones desde la perspectiva del objeto a decidir, la segunda acerca la comunicación entre las partes, no se detiene en el contenido del problema sino en conducir un proceso de interpretación sobre las verdaderas necesidades e intereses de los sujetos en conflicto. Con la conciliación se persigue pacificar sobre la cuestión litigiosa, su marco es el *thema decidendum* propuesto en la demanda y su contestación, hay todavía un aura de contienda que subsiste y pervive por sobre la eficacia posible del acto, en la mediación el resultado es lo que menos interesa por estar elevado el sentido humanista del encuentro que pretende quebrar la rigidez para acercar puntos de reflexión coincidentes, por eso es

⁴⁰ **VER MÁS EN:** RICHARD MERINO ALAMA, Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura, Perú, *El arbitraje, una solución alternativa para aliviar la carga procesal*, ensayo enviado a www.monografias.com.

⁴¹ **VER MÁS EN:** BEATRIZ QUINTERO y EUGENIO PRIETO, *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, 1.995.

⁴² **VER MÁS EN:** RICHARD MERINO ALAMA, Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura, Perú, *El arbitraje, una solución alternativa para aliviar la carga procesal*, ensayo enviado a www.monografias.com.

correcto ver al mediador como un negociador espiritual que busca despejar la crisis elocuente entre las partes⁴³.

De manera que tanto la conciliación como la mediación, sin importar su origen o su metodología, no están encaminadas a que la solución al conflicto nazca del conciliador o mediador, sino a que por intermedio de estos las voluntades de las partes se acerquen al punto de lograr un acuerdo, en tanto que en el arbitraje, que se origina en el convenio libre de las partes y en el reconocimiento de la ley, la resolución del conflicto es dictaminada por el árbitro o los árbitros, quienes deciden en función de su conocimiento y entendimiento respecto del conflicto.

2.2.1 Realidad y concepción actual del arbitraje

Esta institución jurídica, innegablemente, se ha constituido en uno de los mecanismos de resolución de conflictos; sin embargo, hay que tener en cuenta que en nuestro medio la tendencia hacia la judicialización de todo conflicto es lo que muchas veces ha impedido que se recurra a este mecanismo para solucionar los problemas. Debemos de tener en cuenta que bajo las actuales circunstancias, en que se vienen implantando los mecanismos de solución extrajudicial, el arbitraje cobra importancia, empero ello no se acompaña de la cultura y hábito de las personas, instituciones, organismos y empresas para optar por este medio alternativo.

⁴³ **VER MÁS EN:** RICHARD MERINO ALAMA, Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura, Perú, *El arbitraje, una solución alternativa para aliviar la carga procesal*, ensayo enviado a www.monografias.com.

En la medida que se solucione esta problemática, entonces podrá arribarse a una mejor identificación del arbitraje para componer discrepancias sin las dilaciones, gastos y desaliento que significa tener que llevar adelante un proceso que finalmente perjudica a ambas partes.

Es por ello que el arbitraje se constituye en una alternativa, pero que no es conocida aún a profundidad, porque no existe información suficiente dirigida hacia la ciudadanía, en la que se promoció el sentido y la forma en que pueden acceder a este tipo de procesos, sus procedimientos y sus particularidades.

La construcción conceptual del arbitraje nos permite determinar que este es un método de solución de controversias mediante el cual, la ley permite, en ciertas ocasiones, a las partes privarse de la intervención de los órganos judiciales estatales. Para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el arbitraje supone la adjudicación de derechos por un tribunal compuesto por uno o varios árbitros, con la facultad de dictar una decisión obligatoria para las partes.

En todo caso, la concepción actual de este sistema presupone que la denominación “árbitros” es adquirida a fin de distinguirlos de los “jueces” o “magistrados”, ya que los primeros tienen, en definitiva, una jurisdicción limitada, pues poseen la *notio*, la *vocatio* y la *iudicium*, en tanto que los jueces agregan a las anteriores la *coertio* y *al executio*; por ello los jueces pueden ser requeridos desde la iniciación del arbitraje, en la ejecución de medidas cautelares, hasta su finalización, en la ejecución del laudo arbitral. Mantener la limitación al arbitraje establecida por la Constitución Política y las leyes, que reservan el *imperium* a los jueces, es prudente, ya que los árbitros son de carácter privado, no

pudiéndoseles atribuir parte del poder público, por lo que la ejecución del laudo dependerá en última instancia de la aceptación por las partes del laudo o del control posterior del juez que lo ejecute. Todo ello contribuye a la seguridad del proceso arbitral... las partes y sus letrados percibirán a través de una amortización de seguridad y celeridad, la conjugación de los valores que los lleven a resultados prudentiales⁴⁴.

Asimismo las connotaciones actuales del arbitraje nos permiten aseverar que el arbitraje es un medio de solución de conflictos intersubjetivos, al que se recurre como vía alternativa al proceso judicial para solucionar controversias, el cual tiene carácter excluyente respecto de la jurisdicción ordinaria, porque la existencia de un convenio arbitral impide a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje. Tal exclusión está condicionada a que la parte a quién interese, lo invoque oportunamente mediante la excepción de convenio arbitral; siendo este, el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial.

Es indiscutible también, que el arbitraje es un mecanismo hetero-compositivo de solución de conflictos porque la solución final al problema la impone un tercero, a cuya decisión las partes quedan obligadas jurídicamente⁴⁵, y que, los conflictos solucionados con el arbitraje pueden lograrse atendiendo la naturaleza disponible de determinados derechos, es decir, ha de referirse a materias sobre las que las partes puedan disponer válidamente conforme a

⁴⁴ **VER MÁS EN:** RICHARD MERINO ALAMA, Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura, Perú, *El arbitraje, una solución alternativa para aliviar la carga procesal*, ensayo enviado a www.monografias.com.

⁴⁵ **VER MÁS EN:** RICHARD MERINO ALAMA, Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura, Perú, *El arbitraje, una solución alternativa para aliviar la carga procesal*, ensayo enviado a www.monografias.com.

derecho, porque cuando son absolutamente titulares de los derechos subjetivos materiales que se discuten en el conflicto, no se les puede constreñir a impetrar su tutela ante los tribunales arbitrales, como en el caso de los derechos personalísimos, en cuyo caso se deberá acudir necesariamente al proceso judicial común para obtener la solución del conflicto.

Finalmente debemos reconocer que es esencial en el arbitraje la voluntariedad, pues nace del sometimiento voluntario a él por parte de las partes en conflicto, que provoca la actuación arbitral que concluye con una decisión final denominada laudo que pone fin al litigio planteado de manera irrevocable:

En efecto, por un lado, el laudo decide con carácter definitivo las cuestiones objeto de controversia; por otro, su contenido no puede ser revisado en vía jurisdiccional, por lo que habrá de considerarse irrevocable, por ello debemos decir que el arbitraje se configura como un medio voluntario de heterocomposición dispositiva de conflictos intersubjetivos, alternativo y condicionalmente excluyente del proceso judicial, que proporciona una decisión definitiva, irrevocable y ejecutiva.⁴⁶

2.3 TIPOS DE ARBITRAJES Y EL LAUDO ARBITRAL

Existen diversos tipos y connotaciones del arbitraje, en el Perú se habla por ejemplo, del arbitraje convencional y el de ofertas finales, que tratan en realidad de procesos de negociación con la intervención de árbitros. En el arbitraje convencional, el acuerdo final se basa en los argumentos y posiciones de las partes en conflictos; en este, el árbitro

⁴⁶ **VER MÁS EN:** RICHARD MERINO ALAMA, Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura, Perú, *El arbitraje, una solución alternativa para aliviar la carga procesal*, ensayo enviado a www.monografias.com.

comúnmente concluye con un acuerdo intermedio entre las diversas posiciones finales. Para BAZERMAN y NEALE a menudo:

(...) los árbitros convencionales son acusados de limitarse al partir la diferencia entre las ofertas finales de ambas partes, por ello es, que bajo la premisa que el árbitro divide la diferencia, en una negociación que tal vez termine en arbitraje, las partes tienden a resistirse a realizar cualquier concesión, para que, si se impone el arbitraje, la decisión final esté más cerca de su posición inicial que la de su oponente⁴⁷.

Este parece ser un incentivo para que ambas partes no hagan concesiones o si las hacen no sean tantas. El arbitraje de ofertas finales fue introducido como respuesta a este problema. Con este método el árbitro tiene que elegir una u otra de las ofertas finales de las partes, de modo que tiene poco control sobre la elaboración del acuerdo. En este caso, cuando las partes negocian y se enfrentan a la posibilidad de un arbitraje de ofertas finales, llegan a acuerdos con más frecuencia porque saben que tienen más que perder si el árbitro elige la posición final de la otra parte, por ello, los participantes están más dispuestos a hacer concesiones en la negociación para llegar a su propia solución.

La estrategia a emplear depende del tipo de arbitraje. Según BAZERMAN y NEALE:

(...) en el arbitraje convencional tenemos que educar y persuadir al árbitro con información favorable a nuestra postura. Un modo de convencer al árbitro sobre las ventajas de nuestra oferta, consiste en enmarcar los resultados favorables para nosotros, como ganancias para la otra parte. Si a lo que nos enfrentamos es a un arbitraje de ofertas finales, tenemos que persuadir al árbitro que nuestra oferta

⁴⁷ MAX H. BAZERMAN y MARGARET A. NEALE, *La negociación racional en un mundo irracional*, Ediciones Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, Título original: *Negotiating Rationally*, publicado en inglés por The Free Press-A Division of Macmillan, Inc., Nueva York, traducción de Jorge Platigorsky, 1era. edición, Buenos Aires, 1.993, pág. 122.

*final es la más justa. Para hacerlo, debemos comprender no sólo la concepción de lo justo que tiene el árbitro, sino también predecir lo que se propone nuestro oponente*⁴⁸.

Es decir, nuestra estrategia en este caso, sería la de realizar una oferta final que al árbitro le parezca más justa que la de nuestro oponente.

En Ecuador, el arbitraje es un proceso por el cual se resuelven extrajudicialmente las diferencias que surgen en las relaciones entre dos o más partes, quienes acuerden la intervención de un tercero (árbitro o tribunal arbitral), para que las resuelva. De los mecanismos alternativos de solución de conflictos reconocidos, el arbitraje es el que mayor aproximación tiene con el modelo adversarial⁴⁹ del litigio común, pues, su estructura es básicamente la de un litigio. El rol del árbitro es similar al del juez; las partes le presentan el caso, prueban los hechos y sobre esa base se decide la controversia; sin embargo, no obstante sus similitudes el arbitraje mantiene con el sistema judicial una gran diferencia: la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del estado, sino de particulares libremente elegidos por las partes⁵⁰, y a diferencia de la conciliación y la mediación, el tercero neutral no ayuda ni colabora con las partes a efectos de resolver el conflicto, sino más bien impone una solución por intermedio de su laudo arbitral, que tiene efectos de sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada.

Por el origen privado del arbitraje, las partes pueden designar al árbitro o tribunal arbitral, según sea el caso, y en dicha designación existen ciertas particularidades que permiten

⁴⁸ *Ob. Cit.*, págs. 122 – 123.

⁴⁹ El *modelo adversarial* tiene su fundamento en la igualdad de armas, en la igualdad que deben tener las partes de una relación procesal para actuar en el proceso.

⁵⁰ **VER MÁS EN:** ALARCÓN FLORES, *El arbitraje en el Perú*, www.monografias.com, pág. 7, resumen realizado por el autor del contenido de: FRANCISCO CARNELUTTI, *Derecho Procesal Civil y Penal*, T.I. Edit. EJEJA, Buenos Aires, 1971.

clasificar al arbitraje según el sistema en el que vaya a insertarse: el arbitraje voluntario proviene de la libre determinación de las partes, sin que preexista un compromiso que los vincule y el arbitraje forzoso, en cambio, es impuesto por una cláusula legal o por el sometimiento pactado entre las partes antes de ocurrir el conflicto. A su vez, la elección de la vía supone recurrir a árbitros libremente seleccionados o bien designar a un organismo especializado (arbitraje institucionalizado o administrado).

Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación vigente clasifica al arbitraje, según sus artículos 2 y 3, en: (1) arbitraje administrado, que es aquel que se desarrolla con sujeción a dicha Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje formalmente constituido y reconocido; (2) arbitraje independiente, que es aquel cuando se realiza conforme a lo que las partes pactan libremente, con arreglo a dicha Ley; (3) arbitraje de equidad, que es aquel en el cual los árbitros deciden en equidad, es decir, conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica; y, (4) arbitraje de derecho, que es aquel en el cual los árbitros deben decidir en derecho, es decir, atendiendo a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. Los árbitros en el arbitraje de equidad no tienen que ser necesariamente abogados, en tanto que los árbitros en el arbitraje de derecho deben ser necesariamente abogados.

La clasificación anotada obedece a dos criterios, el primero respecto de la condición y organización de los árbitros que actuarán en la resolución del conflicto, y el segundo respecto de la fundamentación o de los pilares argumentativos del laudo arbitral, este que por su importancia amerita ser analizado.

Según lo dispuesto por el artículo 32 de la última codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, se reconoce a la decisión arbitral el valor de cosa juzgada, otorgándole para tal efecto el procedimiento de ejecución de sentencia judicial. Obviamente, el arbitraje no pretende de modo alguno reemplazar a los jueces ni mucho menos desmerecerlos, antes bien, su objetivo es complementar el papel que los jueces desempeñan dentro de la sociedad. La decisión del laudo arbitral obliga a las partes pero no las somete, es decir, causa efectos que vinculan el derecho de las partes, pero la inexecución no tiene sanción alguna por parte de los árbitros y son los jueces ordinarios quienes asumen la competencia ejecutiva.

La Ley de Arbitraje y Mediación vigente no define lo que debe entenderse por laudo arbitral, pero los doctrinarios sí. Ernesto SALCEDO VERDUGA la define señalando:

*El laudo es la decisión emanada de los árbitros que pone término al proceso arbitral, resolviendo en forma definitiva la controversia que las partes sometieron a su conocimiento. Tanto como por su contenido formal como por el sustancial, el laudo equivale a una verdadera sentencia y, por esta razón, su alcance y efecto son idénticos*⁵¹.

Para BARRIOS DE ANGELIS, “*El laudo sentencia arbitral es la decisión definitiva de los árbitros sobre el conflicto o conflictos objeto de la sumisión*”⁵².

ROQUE CAIVANO, por su parte, nos dice que:

⁵¹ ERNESTO SALCEDO VERDUGA, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, editorial jurídica Mínguez Mosquera, 2.001, pág. 131

⁵² DANTE BARRIOS DE ANGELIS, *El Juicio Arbitral*, Montevideo, 1.956, pág. 261.

*El laudo es la decisión emanada de los árbitros que pone fin al litigio. Tiene fuerza vinculante y es obligatorio, resolviendo definitivamente el diferendo que las partes les han sometido. Constituye la expresión más acabada de la jurisdicción que ejercen los árbitros, al imponer a las partes una solución para las diferencias que los separaban, y es el acto que finalmente tuvieron en mira las partes al pactar el arbitraje como medio de resolución de sus conflictos.*⁵³

De acuerdo con los diccionarios jurídico Espasa y el Enciclopédico Visual, el laudo arbitral es la “Resolución que dictan los árbitros en el arbitraje, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo”⁵⁴ y la “Decisión, sentencia de los árbitros y componedores a los que las partes han sometido voluntariamente un asunto”⁵⁵ GUILLERMO CABANELLAS define al laudo de la siguiente forma: “El que pronuncian los árbitros designados en el compromiso. Ha de ser conforme a lo alegado y probado, y dictado en la misma forma que las sentencias de los jueces de primera instancia”⁵⁶.

En conclusión, el laudo arbitral es lo que en paralelo es la sentencia en la justicia ordinaria, es decir, la decisión emanada de tercero juzgador que pone fin al litigio, que tiene fuerza vinculante y es de obligatorio cumplimiento. La asimilación del laudo arbitral con la sentencia judicial no es sólo en cuanto a su naturaleza, alcanza también a sus efectos; el artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación vigente establece:

Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes.

⁵³ ROQUE CAIVANO, *Arbitraje*, Buenos Aires, Villela Editor 2.000, pág. 247.

⁵⁴ *Diccionario Jurídico Espasa*, Edición Espasa Calpe S. A., Madrid, 2.002, pág. 886.

⁵⁵ *Gran Diccionario Enciclopédico Visual*, edición Edidac, 1.995, pág. 712.

⁵⁶ GUILLERMO CABANELLAS, *Diccionario de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Tomo II, pág. 496.

Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación. Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley.

El laudo arbitral es la decisión definitiva de los árbitros respecto al conflicto que mantienen las partes, decisión que tiene la misma fuerza que una sentencia, mismo que puede ser dictado en equidad o en derecho, conforme lo convengan las mismas partes litigantes. Cuando en el convenio arbitral nada se dice sobre la condición para expedir el laudo, se entenderá que este debe ser dictado en equidad (Art. 3, Ley de Arbitraje y Mediación vigente).

Ahora bien, que el laudo arbitral sea dictaminado en equidad no quiere decir que los árbitros queden exentos de aplicar las disposiciones contenidas en la Ley de Arbitraje y Mediación vigente. El artículo 31 *ibídem* sanciona con la nulidad las violaciones al debido proceso y al derecho de defensa, por lo que, todo árbitro inclusive los de equidad deben sujetarse a las normas del debido proceso garantizadas por la Constitución Política de la República y por la Ley de Arbitraje y Mediación. El laudo dictado en equidad es conocido como decisión *ex equo et bono* (lo justo, lo equitativo es bueno). La informalidad procesal es una de las características de este tipo de arbitraje, pero esta no es ilimitada, siendo su alcance lo enunciado anteriormente, ya que, el hecho de que las partes hayan querido que los árbitros dictaminen en equidad, no implica que les hayan concedido facultades para tomar una decisión arbitraria o carente de fundamentos o argumentación en términos de justicia. La intención de las partes al aceptar este tipo de arbitraje es la de permitir a los

árbitros apartarse de las soluciones exactas que consagran las normas legales de forma y fondo, resolviendo las controversias en función de su conocimiento y experiencia, pudiendo morigerar el rigor que las leyes contienen, en cuanto al fondo del caso y la forma de evaluar los elementos de prueba que se produzcan en la causa.

La facultad de fallar en equidad, que también muchas legislaciones otorgan a los órganos más altos de la función judicial (Ministros de las Corte Supremas), busca el imperio de la justicia por sobre el de la ley, de modo que el arbitraje en equidad no es ajeno ni se contrapone a los fines del Estado en su actividad de administrar justicia.

Por otro lado, si los árbitros deben decidir las controversias conforme a derecho, deberán motivar sus decisiones estrictamente en las fuentes aplicables (principios generales, leyes, jurisprudencia y doctrina), no pudiendo salirse de ellas. Por ello, en definitiva, los árbitros de derecho resuelven los casos del mismo modo que lo harían los magistrados ordinarios de justicia. Es por ello, que nuestra ley de manera expresa reconoce la necesidad de que los árbitros, en dichos casos, sean necesariamente abogados (Art. 3, Ley de Arbitraje y Mediación vigente).

2.4 VENTAJAS DE LOS PROCESOS ARBITRALES

Las ventajas o desventajas de los procesos arbitrales, por su naturaleza, se enlistan en virtud de la realidad socio-jurídica de un entorno determinado. Visto en Ecuador, con relación a nuestra práctica procesal general, las ventajas de la jurisdicción arbitral son las siguientes:

2.4.1 Celeridad procesal y cumplimiento de plazos

Es notable la rapidez y el cumplimiento de lo establecido en la ley para este tipo de procedimientos (los arbitrales), por cuanto, los juicios en los juzgados de lo civil, por ejemplo, se demoran por lo general en la práctica más de dieciocho meses y esto, respetando el trámite establecido, ya que en muchas ocasiones puede excederse de dicho plazo y con demasiada frecuencia de la práctica indebida de incidentes procesales. Por el contrario, los tribunales arbitrales se demoran, por mandato legal, un máximo aproximado de seis meses, en muchas ocasiones incluso disminuyen sus tiempos, y por excepción se extienden tratándose de conflictos severos, pero en ningún caso superan el año y medio, ya que legalmente es imposible extenderse aun más. A esto se suman las disposiciones contenidas en los artículos 30 y 33 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que prohíben categóricamente la práctica de incidentes (pudiendo sancionarse a los litigantes desleales) y entregan al laudo arbitral la característica de inapelable; lo cual en definitiva acorta el desarrollo de este proceso. Adicionalmente, es evidente que la misma celeridad en los procesos arbitrales y su entorno contribuye a crear el ambiente propicio para la realización de acuerdos directos entre las partes litigantes; contrario a lo que ocurre en las cortes judiciales donde el solo trato con los auxiliares de justicia y la lentitud general en el desarrollo del trámite colabora escalonando el conflicto, favoreciéndole inclusive a los infractores (al deudor) otorgándoles un trinchera en la cual resguardarse en el tiempo.

Es así que, la misma Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana promueve la pronta solución de controversias, limitando la intervención de las partes y estableciendo plazos para la emisión del laudo. En los artículos 10 y 11 *ibídem* se establece la obligación de las

partes de adjuntar a la demanda arbitral, a la contestación a la demanda, a la reconvencción o a la contestación a esta, todas las pruebas pertinentes, debiendo desde ya solicitar la práctica de las diligencias probatorias que sustenten sus aseveraciones, por su parte, el tribunal arbitral en la audiencia de sustanciación ordena la práctica de las diligencias probatorias dentro del término que considere conveniente. Este mecanismo sobretodo evita la introducción de pruebas irrelevantes que normalmente entorpecen los juicios sometidos a la justicia común. Así mismo, y como ya lo habíamos mencionado, la Ley de Arbitraje y Mediación limita la duración del arbitraje, estableciendo un término de 150 días como máximo para que el tribunal emita el laudo, contados a partir de la fecha de la audiencia de sustanciación en la cual declara su competencia, no pudiendo prorrogarse este período sino solo en casos estrictamente necesarios y nunca por un tiempo mayor al inicial.

Por las razones expuestas, el arbitraje debe ser considerado un medio de solución de conflictos más económico y rápido que los mecanismos de la justicia ordinaria.

2.4.2 Neutralidad y flexibilidad

Cuando se suscita una controversia comercial (y no solo en estas) entre cualquier clase de individuos, estas tienen el legítimo anhelo de que su caso se resuelva de forma neutral, en igualdad de condiciones y con las mismas oportunidades procesales. La flexibilidad de este medio alternativo de solución de conflictos (el arbitraje) permite a las partes estructurar un proceso de acuerdo a sus necesidades y circunstancias específicas en la disputa, con el fin de alcanzar la neutralidad deseada; así, las partes son libres de escoger el lugar del arbitraje,

la competencia del tribunal, las reglas materiales y formales aplicables al proceso, según mejor les convenga, eliminando en definitiva cualquier ventaja que una parte pudiera tener sobre la otra. Por ello, el acuerdo y/o convenio arbitral debe ser realizado con sumo cuidado a fin de conseguir este objetivo, pues, se pueden lograr acuerdos que permitan prevenir un litigio eventual o terminar un pleito pendiente, sin trámites, costos y formalismos procesales.

Además, en comparación entre los conflictos sometidos a arbitraje y los sometidos a la justicia ordinaria, una parte considerable de los primeros concluyen con un acuerdo directo de las partes, pues las partes litigantes resuelven directamente sus discrepancias, convirtiéndose en los mejores voceros de sus intereses y en los mejores argumentadores de sus causas.

2.4.3 Reconocimiento constitucional y legal del laudo arbitral

El reconocimiento constitucional y legal de los laudos arbitrales es otra importante ventaja de este sistema, por cuanto la decisión tomada por los particulares a quienes se los ha designado como árbitros, tiene completa validez en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, siendo reconocida en todo nuestro territorio, convirtiéndolas en una resolución definitiva no susceptible de apelación y con los efectos de cosa juzgada. De esta manera, la legislación ecuatoriana acoge y promueve el arbitraje, reconociendo la validez de los convenios arbitrales, de los laudos arbitrales y ratificando la obligación de ser ejecutados.

2.4.4 Inapelabilidad

A diferencia de lo que sucede en la justicia ordinaria donde las sentencias judiciales pueden ser recurridas e impugnadas por medios ordinarios y extraordinarios (lo que colabora en la extensión del proceso), en el arbitraje las decisiones son inapelables, por lo que el arbitraje naturalmente es de única instancia y las decisiones adoptadas por los árbitros son definitivas, irrevocables y obligatorias para las partes.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que no existan mecanismos para controlar la conducta de los árbitros y sus decisiones; en último término, un laudo puede ser impugnado ante un juez ordinario competente, por motivos de nulidad generalmente relacionada con la regularidad procesal del arbitraje, la competencia, y el acatamiento a las reglas de orden público. No puede alegarse nulidad del laudo por la simple inconformidad con la decisión tomada o por su relación argumentativa material.

Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación es consecuente en no permitir que las cortes judiciales interfieran en la parte sustantiva de los procesos arbitrales y de sus laudos, por ello en su artículo 30 establece con claridad que: *“los laudos arbitrales dictados por tribunales de arbitraje son inapelables (...)”* y que solo caben contra ellos los recursos horizontales – a ser resueltos por el mismo tribunal – de aclaración y ampliación... *“Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso”*.

De modo que los laudos arbitrales expedidos en Ecuador son “impugnables” únicamente mediante la acción de nulidad, cuando uno o varios de los motivos taxativamente establecidos en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación vigente concurren en la

decisión del árbitro o del tribunal arbitral⁵⁷; y entre estos, no se considera como causal de nulidad el error o desacierto de un árbitro en la aplicación de normas sustantivas en su decisión.

2.4.5 Confidencialidad

La información y resultados de los procesos llevados ante la justicia ordinaria son de dominio público, salvo contadas excepciones. Los procesos arbitrales, por el contrario, son generalmente confidenciales. La confidencialidad del arbitraje permite que las partes de un proceso mantengan sus diferencias en secreto y salvaguarden su imagen, con la seguridad de que sus secretos industriales, información confidencial, registros corporativos, planes de inversión y demás información importante para su negocio no serán difundidos o descubiertos a sus competidores y terceros. Adicionalmente, la confidencialidad es también beneficiosa para la pronta resolución de los conflictos, pues sin la injerencia de factores externos es mucho más sencillo llegar a un entendimiento entre partes conflictuadas.

⁵⁷ *“Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o, e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral (...)”.*

2.4.6 Exhaustivo análisis del caso sometido a discusión

Por el solo hecho de que en el arbitraje hay un tribunal especializado para resolver un determinado caso, los árbitros emplean el tiempo y conocimientos suficientes para analizar y estudiar el caso, sin tener que preocuparse por resolver cientos de otros casos adicionales, ni tampoco guardar un excesivo cuidado en las formalidades. La única limitación que tienen los asuntos que son sometidos a arbitraje es que traten de cuestiones transigibles.

2.5 DESVENTAJAS DE LOS PROCESOS ARBITRALES

Las desventajas de la jurisdicción arbitral son las siguientes:

2.5.1 Ejecución del laudo arbitral

Una de las principales desventajas es que los laudos si bien es cierto tienen fuerza de sentencia, esta fuerza de sentencia que emana de la capacidad de decisión de los árbitros, se ve limitada por la falta de capacidad de aquellos para ejecutar sus propios laudos, por lo que los interesados tienen que recurrir en último término a un juez para la ejecución de los laudos que les sean favorables y que no se hayan cumplido.

2.5.2 Posible alejamiento o ruptura del Derecho Positivo vigente

La posibilidad de que los conflictos se sometan a arbitrajes de equidad, en los cuales no existe la necesidad de que participen personas versadas en derecho, crea cierta incertidumbre respecto de la vigencia o respeto normativo a la legislación nacional vigente, ya que ante la gran diversidad de conflictos actuales, muchas decisiones justas pueden oponerse a las normas legales vigentes, dejando en entredicho social la validez de las leyes y de las actuaciones de los jueces de la justicia ordinaria.

2.6 EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

La jurisdicción arbitral, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, no es permanente ni general, sino que está limitada a cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado que las partes, o en su defecto, que un pacto expreso, le otorgan para la expedición del laudo. Los árbitros no pueden ir más allá de lo que las partes señalen en el convenio arbitral o de lo que surja en las disposiciones legales supletorias (entiéndase en la Ley de Arbitraje y Mediación y/o en los reglamentos internos de los diferentes centros de arbitraje administrado autorizados).

El procedimiento formal responde al conjunto ordenado de los siguientes actos procesales:

- 1. Presentación y contenido de la demanda:** La demanda se la presenta ante el Director del Centro de Arbitraje, en el caso de arbitraje administrado, o ante el árbitro que se hubiera establecido en el convenio. La demanda debe contener lo siguiente:

- La designación del centro o árbitro ante quien se la propone.
- La identificación del actor y del demandado.
- Los fundamentos de hecho y de derecho.
- La cantidad, cosa o hecho que se exige.
- La determinación de la cuantía.
- La designación del lugar en el que debe citarse al demandado y el lugar en donde se notificará al actor.
- Y los demás requisitos que la ley exija, además de los establecidos en el artículo 68 del Código de Procedimiento Civil, estos son, el poder para intervenir en el juicio cuando se actuare por medio de apoderado; la prueba de representación del actor si se tratare de una persona natural incapaz; la prueba de la representación de la persona jurídica si esta figurare como actora; los documentos y las pruebas de carácter preparatorio que se pretendiere hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder del actor; y, los demás documentos exigidos por la ley para cada caso. Se solicitará además en la demanda la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda.

2. Documentos que se deben acompañar a la demanda: A la demanda debe acompañarse adicionalmente:

- El convenio arbitral o copia auténtica de este.
- Las pruebas que justifiquen las afirmaciones del demandante.

3. Conformación del expediente arbitral: Una vez presentada la demanda, esta se archivará dentro de una carpeta debidamente foliada y numerada cada foja dentro de la cual contendrá una cubierta o carátula en donde deberá constar:

- a. Número del proceso;
- b. Número de la carpeta, si el proceso tiene varios cuerpos;
- c. Nombre del actor(es);
- d. Nombre del demandado(s);
- e. Materia de la controversia;
- f. Nombres completos de los árbitros y secretario designados;

g. Números telefónicos, fax y direcciones de las partes, árbitros y secretarios del tribunal.

Las carpetas que contengan los procesos arbitrales deberán permanecer debidamente archivadas en las instalaciones del tribunal y no podrán ser trasladadas a otro lugar, sin que esto impida la consulta del tribunal y de las partes. Para cuando se realicen audiencias fuera de las instalaciones del tribunal y sea indispensable que el mismo se traslade junto con las carpetas, éstas podrán salir bajo responsabilidad del respectivo tribunal.

Los escritos y demás documentos que lleguen a presentar las partes, y que se deban incorporar al proceso, se los recibirá en el domicilio del centro de arbitraje o del árbitro independiente, según sea el caso, y llevarán la fe de presentación con sello de quien recibe, su nombre y firma, y, la fecha y la hora en que lo hizo. Los escritos, documentos y actas se incorporarán al proceso cronológicamente. Las partes deberán adjuntar a los escritos, tantos ejemplares cuantas partes intervengan en el proceso.

- 4. Calificación de la demanda arbitral:** El director del centro de arbitraje o, el o los árbitros independientes, calificarán la demanda y mandarán a citar a la otra parte dentro de los cinco días subsiguientes a la presentación de la demanda, concediéndole diez días para que la demandada proceda a contestarla.
- 5. Citación de la demanda arbitral:** Presentada la demanda, el director del centro de arbitraje, o si fuere el caso, el árbitro o árbitros independientes, previa su posesión, calificarán la demanda y mandarán a citar a la otra parte, dentro de los cinco días subsiguientes.

Las citaciones o notificaciones se las realizará en las direcciones domiciliarias señaladas en el expediente por las partes, en el horario que va desde la 08h00 hasta las 20h00 y conforme a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación vigente,

para lo cual las partes o quien reciba deberán dejar constancia de la recepción en la copia del original que se les entregue, indicando su nombre e imprimiendo su firma, señalando también la fecha y la hora de entrega.

Si en los domicilios señalados no hubiere persona alguna que reciba las citaciones o notificaciones, se deberá sentar una razón de este hecho, la misma que se agregará al proceso, entendiéndose válidamente realizada la citación o notificación. El acto de citar podrá realizarse válidamente por un funcionario o por un comisionado del tribunal, pudiendo ser comisionada una institución competente.

Si al actor le fuere imposible determinar el domicilio del demandado bajo juramento, la citación se hará mediante dos publicaciones en un diario de amplia circulación en el lugar en donde se sigue el arbitraje y en el domicilio del demandado. El costo de la publicación correrá a cargo del actor.

Cuando la citación o notificación se haya realizado por la prensa o mediante fax, el director del centro de arbitraje (o en su defecto el o los árbitros independientes), antes de la audiencia de sustanciación, sentarán una razón indicando la fecha y el nombre del periódico o la constancia del envío a través de fax.

- 6. Del lugar de las notificaciones:** Cualquier notificación se realizará válidamente en los domicilios señalados en el expediente por las partes, los cuales deberán estar localizados dentro del perímetro del lugar del arbitraje. Las notificaciones fuera del perímetro urbano pueden ser realizadas por medio de otro centro de arbitraje legalmente conformado conforme lo establece la Ley de Arbitraje y Mediación. Las notificaciones que deban ser realizadas en el exterior se las hará por cuenta de las partes litigantes, quienes deben sufragar los gastos que se ocasionen; la atribución de los gastos queda a criterio del director del centro de arbitraje o del árbitro independiente, según sea el caso. Las partes pueden señalar domicilio para notificaciones en el lugar del arbitraje, aun cuando no tengan su domicilio en dicho lugar.

- 7. Contestación de la demanda arbitral:** La demandada deberá contestar la demanda en el término de diez días contados a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de ella (desde la citación). A la contestación deben adjuntarse las pruebas que justifiquen sus afirmaciones o solicitar la práctica de las diligencias probatorias que requiera.

El silencio por parte del demandado se considerará como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. Si la citación hubiese sido hecha por la prensa, se considerará que existe silencio por parte del demandado, transcurridos diez días después de la última publicación, y asimismo, este hecho se tendrá como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda.

Si el demandado tuviere su domicilio fuera del lugar de arbitraje, se le concederá un término extraordinario para que conteste la demanda, el cual no podrá exceder del doble del ordinario, esto es, un máximo de veinte días.

- 8. Reconvención:** Al contestar la demanda, el demandado podrá reconvenir únicamente sobre la misma materia del arbitraje y siempre que su pretensión pueda, conforme al convenio arbitral, someterse a dicho arbitraje. En este caso se concederá al actor el término de diez días para que conteste la reconvención. A la reconvención y a su contestación deberá adjuntarse las pruebas que ameriten o en ellas solicitar las diligencias probatorias que justifiquen las afirmaciones contenidas en estas.

- 9. Modificación de la demanda o de la contestación:** Las partes litigantes podrán modificar la demanda, la contestación a esta, la reconvención a la demanda y la contestación a esta última, por una sola vez. Para ello, tienen un término de cinco días luego de presentada la demanda, la contestación a la demanda, la reconvención o la contestación a ésta. Las partes tienen el término de tres días para contestar

cualquiera de las modificaciones realizadas a los documentos señalados, en cuyo caso no correrán los términos ordinarios que estuvieren transcurriendo.

10. Audiencia de mediación: Trabada la *litis* (presentada la demanda y su contestación), se notifica a las partes con el señalamiento de día y hora para que tenga lugar una audiencia de mediación.

En esta, las partes pueden llegar a un acuerdo, en cuyo caso suscribirán una acta de mediación que pondrá fin al conflicto; si no se diere un acuerdo total (o si existiere un acuerdo parcial se someterá a litigio lo no acordado) en la audiencia de mediación, las partes, en el plazo de tres días, de común acuerdo procederán a designar los árbitros principales y suplentes que deberán integrar el tribunal arbitral, si no lo hicieran, el director del centro de arbitraje (en los casos de arbitraje administrado) dispondrá se designen por sorteo público los árbitros. En el caso de arbitraje independiente, si no se llegare a un acuerdo en la audiencia de mediación, el o los árbitros se auto-convocarán a la audiencia de sustanciación.

De la diligencia de sorteo se sienta un acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal arbitral. En el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, por ejemplo, para la integración del tribunal arbitral, el Director del Centro procede a identificar la materia del juicio arbitral remitiendo un listado con los árbitros con conocimientos afines a la materia del juicio, con la finalidad de que las partes de mutuo acuerdo designen a los árbitros de dicha lista, si no lo hiciera, se realiza el sorteo entre todos los árbitros de la lista oficial de dicho centro de mediación y arbitraje. Si el arbitraje es en derecho el sorteo se lo realiza entre árbitros de profesión abogados únicamente. El sorteo se lo realiza en presencia de las partes y del Presidente del centro, o en su defecto ante quien este delegue.

11. Audiencia de sustanciación: Constituido el tribunal, se fija día y hora para que se realice la audiencia de sustanciación; en esta, se procede a leer el documento que

contiene el convenio arbitral y el tribunal resuelve sobre su competencia. Acto seguido, de oficio o a petición de parte, se ordena la práctica de diligencias probatorias que se estiman necesarias para esclarecer los hechos y, de ser el caso, se señala día y hora para que las partes puedan presentar sus alegatos finales en audiencia de estrados.

12. Expedición del laudo: Una vez practicada la audiencia de sustanciación, el tribunal (o el árbitro en su caso) tiene el plazo de ciento cincuenta días para expedir el laudo, el cual se toma por decisión mayoritaria de votos, para ello, concluida la etapa de práctica de las diligencias probatorias solicitadas, el tribunal (o el árbitro) señala un día y una hora determinada para dar lectura del laudo arbitral a las partes.

Para la emisión del laudo arbitral, luego de haber practicado las diligencias probatorias, y llevada a cabo la audiencia de estrados, el tribunal arbitral mantendrá reuniones en privado a fin de dictar el laudo correspondiente.

El texto del laudo arbitral debe contener:

- Nombres completos de las personas naturales o razón social y nombres completos de sus representantes, tanto del actor como del demandado.
- Nombres completos de los árbitros que conforman el tribunal arbitral.
- El caso planteado y las circunstancias del mismo.
- La formalización y argumentación de la decisión especificando claramente los motivos de ella.
- La fijación de costas y la determinación de la parte que debe satisfacerlas. Excepcionalmente podrá hacerse la liquidación de costas y otras estipulaciones en documento separado después de emitido el laudo.
- La liquidación de los costos del arbitraje y la determinación de la parte que debe satisfacerlos.

El original del laudo arbitral queda incorporado al expediente y las partes reciben una copia certificada del mismo, conforme a lo dispuesto por la Ley de Arbitraje y Mediación vigente. Es obligación de las partes cumplir de inmediato con lo ejecutoriado en el laudo, pues tiene el efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada.

La notificación a las partes del laudo y una vez ejecutoriado este luego de transcurridos tres días, pone fin al proceso arbitral respecto de las partes y cesa las funciones de los árbitros en dicho proceso sin que sea necesaria ninguna otra notificación o acto posterior.

En todo caso, cualquiera de las partes puede interponer la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando (1) no se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía; (2) cuando no se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal; (3) cuando no se hubiere practicado las pruebas; (4) cuando el laudo no se refiera a cuestiones sometidas al arbitraje; y, (5) cuando se hayan violado normas legales procedimentales.

13. Normas procedimentales comunes:

- El proceso arbitral es oral. Las audiencias se ventilan oralmente, al igual que las diligencias de despacho de pruebas. Todas las actuaciones se hacen constar en actas a las que se adjuntan las transcripciones mecanográficas de las grabaciones magnetofónicas respectivas.
- En caso de ausencia temporal del presidente del tribunal arbitral, éste podrá delegar la sustanciación del juicio a cualquiera de los otros árbitros que integren el tribunal. A falta de delegación, sustanciará el proceso cualquiera de los otros árbitros que integre el tribunal.

- Una vez que se ha aceptado mediante providencia el desglose de documentos, el director del centro (o el árbitro independiente, en su caso), antes de la audiencia de sustanciación, o el secretario del tribunal, después de ésta, deberá sentar una razón sobre las piezas o documentos desglosados con la indicación de la providencia donde se ordenó, y el nombre completo y número de cédula de la persona que recibe la documentación. La razón se la sentará al reverso de las copias de los originales desglosados, las mismas que se incorporarán al proceso en el mismo lugar en donde se encontraban los originales y no se alterará la foliación original.

CAPÍTULO III

LAS MEDIDAS CAUTELARES

Una introducción importante que se realizó en la Ley de Arbitraje y Mediación vigente (cuando se sustituyó la extinta Ley de Arbitraje Comercial) fue aquella que otorgó capacidad a los árbitros para dictar medidas cautelares, las mismas que podían y pueden dictar los jueces y que se encuentran reguladas en el Código de Procedimiento Civil. Estas medidas se dictan para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de este. Sin embargo los árbitros pueden exigir una garantía del solicitante para cubrir el pago del costo de tal medida y una posible indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo. La parte afectada por la medida cautelar podrá solicitar la suspensión de la misma si rinde caución suficiente ante el tribunal de arbitraje⁵⁸.

Los árbitros, para la ejecución de las medidas cautelares, pueden solicitar el auxilio de funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos si es que las partes en el convenio arbitral establecieron esta facultad para el tribunal; de lo contrario, cualquiera de las partes podrá solicitar a un juez que ejecute las medidas cautelares que expresamente le solicite. La toma de tales medidas ante un juez no significa la renuncia al convenio arbitral.

⁵⁸ **VER MÁS EN:** José IRURETA GOYENA, *Diferencia entre prescripción y caducidad*, RDP y P., año VIII, Tomo XV, No. 89.

En la práctica, de igual manera que como ocurre con la jurisdicción estatal, en determinados casos dentro del desarrollo del proceso arbitral, se vuelve necesaria la adopción de medidas cautelares que aseguren que la justicia, a través de la emisión del laudo, alcance el cumplimiento eficaz de su cometido. La adopción de esta tutela cautelar se aplica en la gran mayoría de las legislaciones arbitrales de otros países, tanto en Europa como en América, así como también en los diversos reglamentos internos de las entidades o centros que administran el arbitraje.

Las medidas cautelares tienen básicamente por objeto asegurar la plena efectividad de la sentencia que en su momento se pueda dictar, efectividad que en muchas ocasiones se encuentra en presumible riesgo por el simple hecho de demorarse el trámite de un proceso más allá de lo legalmente permitido. Es decir, que hoy en día, las leyes objetivaban el peligro en la demora durante la sustanciación de un juicio (el llamado *periculum in mora*), bajo la ecuación: tiempo = riesgo⁵⁹.

En efecto, el reconocimiento jurisdiccional del derecho a través del correspondiente fallo y su eventual ejecución posterior exigen, por lo general, un tiempo más o menos prolongado, según la mayor o menor complejidad del asunto sometido a la *litis*. Es un hecho cierto, en consecuencia, que el tiempo y el proceso mantienen una relación controversial que tiene su origen en el desarrollo del trámite, sea éste judicial o arbitral.

⁵⁹ **VER MÁS EN:** FLAVIA GOLDCHER Y GUSTAVO MURANO, *Respecto de las Medidas Cautelares en el Arbitraje*, trabajo ganador del 1° premio, en la categoría libre, del *II Concurso de Monografías sobre Arbitraje*, sobre el tema: Arbitraje y Medidas Cautelares, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a través del Centro de Graduados y el Grupo de Apoyo al Arbitraje, durante el mes de septiembre de 2.009, www.consiliarius.com.ar

Si bien el proceso arbitral se caracteriza en principio por ser más breve que el judicial, no deja de ser verdad que, en virtud de lo sui géneris de su estructura procedimental, también conlleva inevitablemente, un necesario período de tiempo que puede poner en peligro las expectativas de las partes. Consecuentemente, mientras se aguarda el normal desenlace del conflicto judicial o arbitral, pueden alterarse, deliberada o involuntariamente, las circunstancias fácticas y/o jurídicas existentes al momento en que se propuso la acción frente al órgano jurisdiccional, volviendo así ilusorias o ineficaces las resoluciones que pueden tomar los jueces o los árbitros en su propósito de restablecer la observancia del derecho.

Puede ocurrir que en el transcurso del litigio, quien ha sido emplazado para que comparezca al juzgamiento desenvuelva su accionar de manera legítima, colaborando con el órgano jurisdiccional y aguardando la resolución que a la larga acepte o deniegue su pretensión. Pero también puede suceder que, aprovechando la demora del proceso, ejecute determinadas conductas que impidan el cumplimiento del futuro mandato judicial o arbitral, ya sea enajenando sus propiedades u ocultando el bien materia de la *litis* o disminuyendo de cualquier manera su patrimonio.

El factor tiempo, pues, se constituye en un aspecto de radical importancia dentro del desarrollo del proceso judicial o arbitral, pues la función de administrar justicia no radica solamente en la simple y abstracta declaración del derecho en litigio, sino que el concepto incluye el efectivo cumplimiento del fallo, teniendo en cuenta que una decisión tardía o inoportuna equivale a un acto de injusticia que vuelve inexistente el restablecimiento del

derecho ordenado en el fallo, como de igual manera, una resolución oportuna pero de imposible cumplimiento la convierte en un acto frustrado y decepcionante⁶⁰.

3.1 CONCEPTO DE MEDIDAS CUATELARES

Las medidas cautelares han sido definidas por la doctrina de la siguiente manera:

CALAMANDREI, en su obra titulada: **Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares**, analiza el sentido o finalidad que poseen las providencias cautelares, y enfrenta la lentitud del iter procesal con la necesidad de una tutela urgente y efectiva, y concluye definiendo a la providencia cautelar como una “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma”⁶¹. Por tanto, según CALAMANDREI, la nota típica de las providencias cautelares es que éstas no constituyen un fin en sí mismas, sino que están pre-ordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, asegurando así su resultado práctico.

Por su parte, PODETTI, connotado tratadista argentino, conceptúa las medidas cautelares como:

(...) actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes; como un anticipo, que puede o

⁶⁰ VER MÁS EN: RAÚL IZURIETA MORA BOWEN, *Nueva Ley de Arbitraje*, www.derechoecuador.com

⁶¹ PIERO CALAMANDREI, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Primera Edición, 1.997, Intercodex Librería Jurídica, Buenos Aires, pág. 45.

no ser definitivo, de la garantía constitucional de la defensa de la persona y de los bienes y para hacer eficaces las sentencias de los jueces”⁶².

DE LÁZZARI afirma que para evitar que – estando pendiente el proceso – el obligado lleve a cabo determinadas conductas que en definitiva impedirían la materialización del futuro mandato judicial, la ley permite que surja una actividad preventiva que:

(...) enmarcada en esa objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro, a partir de la base de un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca el peticionante, según las circunstancias, y exigiendo el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la petición no reciba finalmente auspicio, anticipa los efectos de la decisión de fondo ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existente o, a veces, la innovación del mismo según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento. Las medidas cautelares reflejan, por lo tanto, esa actividad de tipo policial dentro del proceso⁶³.

Para DI IORIO, las medidas cautelares “*tienen por finalidad asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado, para que la justicia no sea burlada haciéndola de imposible cumplimiento*”⁶⁴.

MARTÍNEZ BOTOS, citando un fallo de la Cámara Segunda de lo Civil y Comercial y Minería de San Juan (Argentina), 27-4-83. “Medidas Cautelares”, página 457, dice:

La medida cautelar puede conceptuarse como aquella que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través del proceso

⁶² RAMIRO J. PODETTI, *Tratado de las Medidas Cautelares*, Ediar, Buenos Aires, 1.969, Tomo IV, pág. 33.

⁶³ EDUARDO DE LÁZZARI, *Medidas Cautelares*, Tomo I, Segunda Edición, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1.995, pág. 15.

⁶⁴ ALFREDO J. DI IORO, *Teoría General de las Medidas Cautelares*, artículo publicado en el Libro: Temas de Derecho Procesal, Desalma, Buenos Aires, 1.985, pág. 89.

*en el que se dicta la providencia cautelar, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva*⁶⁵.

RAMOS MÉNDEZ, tratadista español, señala que: “*La medida cautelar es el remedio arbitrado por el derecho para obviar de alguna manera los riesgos de la duración temporal del proceso, en orden a su eficacia*”⁶⁶.

DAVIS ECHANDÍA, importante tratadista colombiano, sostiene que:

*“Se entiende por acciones accesorias aquellas que no tienen vida propia, porque dependen de otra a la que le sirven de afianzamiento o seguridad. Estas acciones pueden intentarse antes o después de la principal, es decir, antes o después de iniciado el juicio en el cual se conoce de esta. Las acciones accesorias son preventivas y cautelares, ya que tienden a evitar que por maniobras hábiles del demandado o presunto demandado se haga ineficaz la demanda que contra él se ha intentado o va a intentarse”*⁶⁷.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, tratadista mexicano, las denomina (a las medidas cautelares) “medidas precautorias”, y las define como aquellas “*herramientas utilizadas por tribunales (estatales o arbitrales) durante la consecución de un litigio o arbitraje que buscan proteger la litis de la controversia durante el procedimiento buscando facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final*”⁶⁸. Este mismo autor, nos ilustra con la definición que hace la Corte de Justicia de la Comunidad Europea: “*Las medidas precautorias están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho con la finalidad de*

⁶⁵ RAÚL MARTÍNEZ BOTOS, *Medidas Cautelares*, Edit. Universidad, Buenos Aires, 1.994, pág. 28.

⁶⁶ FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1.986, Tomo II, pág. 949.

⁶⁷ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo IV, Bogotá, Temis, 1.964, pág. 513.

⁶⁸ GONZALEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*. Edit. Porrúa, México, pág. 200.

salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento está siendo demandado al juzgador que ventila el asunto de fondo”⁶⁹.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés), que actualmente trabaja en una modificación al artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL, ha propuesto la siguiente definición de “medidas cautelares”, para los efectos del proceso arbitral: “*Por medida cautelar se entiende toda medida de carácter temporal, establecida en forma de laudo o de otra forma, dictada por el tribunal arbitral en cualquier momento antes de pronunciar el laudo en virtud del cual se dirima la controversia definitivamente*”.

CRUZ BAHAMONDE, procesalista ecuatoriano, sostiene por su parte que:

*“Las personas – naturales o jurídicas – que sean o crean ser titulares de un derecho se encuentran amparadas por la ley para protegerlo. Esta manera de encarar esa protección adopta la forma de cuidar, amparar, prever el daño que los bienes materiales, las personas y los bienes morales, pueden sufrir por su deterioro, por su destrucción o por su desaparición”*⁷⁰.

Y anota que:

*“(…) en nuestro Código de Procedimiento Civil esas medidas de protección o medidas cautelares, son de dos clases: las primeras por tratarse de las autorizadas en juicio ejecutivo –art. 434- (hoy, 424) el Código las llama ‘precautorias’ y al tratar del proceso cautelar –art. 912 y siguientes- (hoy, 897 y siguientes) las llama preventivas”*⁷¹

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ ARMANDO CRUZ BAHAMONDE, *La acción cautelar en la doctrina y en el derecho positivo ecuatoriano*, Edino, 1.992, Guayaquil, pág. 138.

⁷¹ *Ibíd.*

De las definiciones anotadas podemos extraer una noción clara de lo que son las medidas cautelares, pudiendo definir las como: el conjunto de medidas de protección adoptadas por los tribunales judiciales o arbitrales – antes de la iniciación de un proceso o durante su pendencia – en beneficio del acreedor que fundadamente cree que su crédito, por actos u omisiones del deudor, se encuentra en grave riesgo; y que tienden a impedir que durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso en lo principal y el pronunciamiento de la resolución definitiva sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite, dificulte o torne inoperante la ejecución forzada o los efectos de la sentencia o del laudo que se encuentren en firme.

3.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La naturaleza jurídica de esta institución ha sido estudiada desde tres perspectivas, las cuales le atribuyen a las medidas cautelares las siguientes características: a) unas, la definen como una acción cautelar; b) otras, como sentencia o providencia cautelar.; y, c) otras, como un proceso cautelar, siendo esta última la posición de mayor aceptación por la doctrina actual.

A decir de DI IORO, en consideración al moderno concepto unitario de acción el cual impide su fraccionamiento (la acción es solo una) y por cuanto la sentencia como acto procesal no es más que una parte del todo, y es ese todo el que debe ser analizado y calificado, las medidas cautelares no pueden ser concebidas ni como acción cautelar ni como sentencia o providencia cautelar. Por ello, en opinión de este mismo tratadista, quien

se apoya en las ideas de CARNELUTTI, las medidas cautelares deben ser consideradas un proceso cautelar, sosteniendo además, que dicho proceso cautelar goza de autonomía y que está en igualdad de condiciones con los procesos de conocimiento y los de ejecución⁷².

CARNELUTTI, por su parte, denominó cautelar “*al proceso cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)*”⁷³, pudiendo ser este último contencioso o voluntario, de conocimiento o de ejecución. Concluye – este autor – señalando que en dicho caso el proceso cautelar se define como un *tertium genus*⁷⁴ del proceso contencioso, junto con los de cognición y los de ejecución, afirmando que mientras el proceso de cognición o de ejecución sirven para la tutela del derecho, el proceso cautelar, sirve para la tutela del proceso⁷⁵.

El procesalista argentino LINO PALACIO considera también a las medidas cautelares como un proceso; para este tratadista, quienes no admiten al proceso como naturaleza jurídica de las medidas cautelares no reparan en la estructura misma del proceso cautelar, pues no toman en consideración el hecho de que la cautela se solicita antes o después de promovida la demanda y se tramita, como regla general, en expediente separado. Señalando que, la estructura que exhibe el proceso cautelar obedece a la superficialidad que viene impuesta al conocimiento judicial, pues las diversas medidas con las que aquel pueda

⁷² **VER MÁS EN:** ARMANDO CRUZ BAHAMONDE, *La acción cautelar en la doctrina y en el derecho positivo ecuatoriano*, Edino, 1.992, Guayaquil, pág. 140.

⁷³ FRANCISCO CARNELUTTI, *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*, Barcelona, 1.942, Tomo I, pág. 86.

⁷⁴ *Tertium genus* es una locución latina usada para referirse a una tercera posibilidad distinta de las dos ordinarias o comunes.

⁷⁵ **VER MÁS EN:** FRANCISCO CARNELUTTI, *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*, Barcelona, 1.942, Tomo I, pág. 86.

culminar requieren, simplemente, la previa justificación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado (*fumus boni iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*)⁷⁶.

En definitiva – según lo dicho por PALACIO –:

“la limitación cognoscitiva del juzgador que permite anticipar la tutela del derecho invocado, incide en otros caracteres del proceso cautelar y no se presenta en ninguna otra clase de procesos, lo cual configura una nota suficientemente significativa como para propiciar su autonomía, sin perjuicio de reconocer la existencia de ciertas medidas cautelares que no se insertan en un proceso autónomo de esa índole”⁷⁷.

Otros autores, como REDENTI, no admiten que el proceso cautelar, o que las medidas cautelares, puedan ser independientes de la acción tendiente al pronunciamiento de la providencia final de mérito⁷⁸.

CALAMANDREI, por su parte, habla de “providencias cautelares” y al igual que MICHELI, COSTA y LUGO, destaca que el acto judicial mediante el cual se decreta una medida cautelar, exhibe (al margen de su contenido declarativo o de ejecución) una característica constante que se evidencia en la circunstancia de que sus efectos tienen necesariamente un margen temporal estrecho en cuanto se consumen, cumpliendo el susodicho acto su objeto, en el instante en el cual se dicta el fallo definitivo sobre la cuestión debatida⁷⁹.

⁷⁶ VER MÁS EN: LINO PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, Tomo VII, Buenos Aires, 1.967, pág. 13 y ss.

⁷⁷ LINO PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, Tomo VII, Buenos Aires, 1.967, pág. 13.

⁷⁸ VER MÁS EN: ENRICO REDENTI, *Derecho Procesal Civil*, Milán, 1.952-1.953, Tomo III, pág. 53.

⁷⁹ VER MÁS EN: PIERO CALAMANDREI, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Primera Edición, 1.997, Intercodex Librería Jurídica, Buenos Aires, pág. 15.

PODETTI prefirió denominarlas “medidas” cautelares, expresión que se ha vuelto de uso generalizado por “*dar idea del objeto y del resultado*”⁸⁰. NOVELLINO prefiere hablar de “actos o actuaciones procesales”, rechazando las tesis de la acción cautelar y del proceso cautelar, afirmando que: “*las medidas cautelares son actos procesales que se adoptan antes de deducida la demanda o después de ello, para asegurar bienes o mantener situaciones de hecho existentes al tiempo de aquélla y con el objeto de preservar el cumplimiento de la sentencia que, en definitiva, recaiga sobre el proceso*”⁸¹.

En conclusión, como podemos apreciar, no existe en la doctrina uniformidad de criterio respecto a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, aunque la tendencia es la de considerarlas como un “proceso cautelar”; sin embargo, sí existe consenso en cuanto a la finalidad, objeto, presupuestos de hecho y características de las medidas cautelares en general, y de esa manera han sido recogidas por las diferentes legislaciones adjetivas del continente. Su denominación tampoco respeta un solo criterio; así, se habla indistintamente, de “providencias cautelares”, “medidas precautorias”, “medidas de aseguramiento”, “medidas urgentes”, “medidas preventivas”, “medidas provisionales”, etc.; por ello es que la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, en su artículo primero señala que, para los efectos de dicha convención, las expresiones “medidas cautelares”, “medidas de seguridad” o “medidas de garantía” se consideran equivalentes cuando se utilicen para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de

⁸⁰ RAMIRO J. PODETTI, *Tratado de las Medidas Cautelares*, Ediar, Buenos Aires, 1.969, Tomo IV, pág. 14.

⁸¹ *Ibíd.*

los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil⁸².

3.3 CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares presentan una serie de características que son comunes, tanto si se refieren a un procedimiento arbitral como a uno judicial. Partiendo de esta paridad, podemos afirmar que las medidas cautelares en un proceso arbitral se caracterizan por su instrumentalidad, su provisionalidad o temporalidad, su carácter de restricción (se limitan al objeto del litigio), su urgencia, su proporcionalidad, su flexibilidad, su carácter dispositivo (se ordenan a petición de parte) y su ejecución inaudita parte (sin oír previamente a la parte contraria).

3.3.1 Instrumentalidad de las medidas cautelares

Las medidas cautelares son meramente instrumentales, esto es, carecen de un fin en sí mismas porque su existencia depende de la pendencia de un proceso principal al que aseguran, con el propósito de obtener el efectivo cumplimiento de la sentencia a dictarse en dicho proceso, como lo señala CHIOVENDA: “(...) *en la medida provisional actúa una*

⁸² **VER MÁS EN:** *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares*, suscrita por el Ecuador en Montevideo el 8 de mayo de 1.979, aprobada por la Cámara Nacional de Representantes el 12 de marzo de 1.982 y ratificada por el Presidente Oswaldo Hurtado Larrea, mediante Decreto No. 852 del 5 de mayo de 1.982, publicada en el Registro Oficial No. 240 de 11 de mayo de 1.982.

efectiva voluntad de la ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de ley”⁸³.

Las cautelas en ningún caso constituyen un fin en sí mismo, son accesorias, es decir, están pre-ordenadas “*a la emanación de una ulterior providencia definitiva*”⁸⁴ En este sentido se ha pronunciado CALAMANDREI, afirmando, además, que “*ellas se encuentran inevitablemente ligadas a la providencia a la cual han de rendir su tributo*”⁸⁵.

En Italia, ROCCO ha negado el carácter de la instrumentalidad y lo ha sustituido por el del “*peligro en la demora*”. Este tratadista italiano describe la actividad jurisdiccional cautelar como aquella:

“(…) dirigida a comprobar desde el punto de vista objetivo y subjetivo la existencia de un peligro (posibilidad de un daño) y a eliminar tal peligro que amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, incierto o controvertido, conservando el estado de hecho y de derecho mientras esté pendiente o por previsión de la declaración de certeza o de la realización coactiva de la tutela aprontada por el derecho objetivo de intereses”⁸⁶.

Sin embargo, considerar el peligro en la demora como carácter esencial de la medida cautelar significaría hablar de todos modos de la existencia de un proceso principal, pues,

⁸³ GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Madrid, 1.936, pág. 282.

⁸⁴ PIERO CALAMANDREI, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Primera Edición, 1.997, Intercodex Librería Jurídica, Buenos Aires, pág. 44.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ UGO ROCCO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Volumen V, Parte Especial: Proceso Cautelar, Editorial Temis - De Palma, Bogotá - Buenos Aires, 1.977, pág. 57.

como dice CARRERAS LLANSANA, “*las medidas cautelares, por tanto, tienden a evitar un peligro, ciertamente, pero el peligro proviene de la existencia del proceso mismo*”⁸⁷.

En nuestro criterio, esta característica de instrumentalidad expresa la relación de dependencia o accesoriedad que existe entre la medida cautelar y el proceso ulterior cuyo fallo final asegura, es decir, este carácter esencial (la instrumentalidad) da fe de que la medida cautelar tiene un solo objetivo, el de asegurar la efectividad de la sentencia que se expida en un proceso principal, y no nos es posible entender esta característica si no es en relación al proceso a ser asegurado, toda vez que a través de estas medidas no se va a actuar el derecho en el caso concreto, sino asegurar que se pueda hacer efectivo en su momento.

Esta necesaria dependencia o accesoriedad de las medidas cautelares respecto a un proceso principal no impide, en absoluto, que en el juicio de arbitraje, las partes soliciten la tutela cautelar con anterioridad al inicio del mismo, esto es, antes de que el tribunal de arbitraje se constituya en forma definitiva (previamente a que califique su propia competencia en la audiencia de sustanciación).

Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación vigente no establece expresamente la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes del inicio del juicio arbitral, sin embargo, el artículo 37 de la misma, considera como supletorias las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, siempre que se trate de arbitraje de derecho, por lo que, en virtud de dicha norma entendemos que sería factible remitirnos al artículo 897 del Código de Procedimiento Civil vigente, que permite a cualquier persona, antes de presentar su demanda en lo principal, pedir las medidas cautelares que prevé dicha norma, para asegurar

⁸⁷ CARRERAS LLANSANA, *Las medidas cautelares del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en: *Estudios de Derecho Procesal*, con FENECH NAVARRO, editorial Librería Bosch, Barcelona, 1.962, pág. 571.

los bienes materia del proceso o para garantizar su resultado (juicio de providencias preventivas).

Esta posibilidad de solicitar las medidas cautelares previamente a iniciar el procedimiento de arbitraje no es incompatible con la característica esencial de instrumentalidad o dependencia del proceso principal de las medidas cautelares, todo lo contrario, dicha característica es de tal fortaleza, que la antedicha posibilidad se sujeta a un plazo fatal de quince días, en los cuales, el actor o proponente del juicio debe presentar la demanda principal, so pena de que caduquen las medidas preventivas dispuestas en el procedimiento cautelar previo (artículo 923, Código de Procedimiento Civil vigente).

En nuestra opinión, incluso, en los procesos arbitrales de equidad las partes podrían solicitar cualquier medida cautelar con anterioridad al inicio del procedimiento arbitral principal, pues en esta clase de procesos los árbitros gozan de discrecionalidad respecto de las normas que aplican en el desarrollo del juicio, debiendo en todo caso guiarse por su conocimiento y experiencia, supuestos que en ningún momento pueden ser considerados contrarios a la ley en la temática que estamos analizando, todo lo contrario, son argumentos válidos considerados por las normas procesales que permiten la solicitud previa de medidas cautelares.

3.3.2 Provisionalidad o temporalidad de las medidas cautelares

Del carácter instrumental ya mencionado surge otro de los caracteres comunes a todo tipo de medida cautelar: su provisionalidad o temporalidad. Esta característica atribuye a las medidas cautelares el distintivo de que solucionan, en parte, temporalmente el objeto de

litigio hasta que el mismo se resuelva en forma definitiva por intermedio de sentencia: “*Los efectos de la resolución que se dicte en el proceso cautelar tienen inexorablemente, un dies ad quem representado por el momento en que adquiere carácter firme la resolución o sentencia pronunciada en el proceso principal o definitivo*”⁸⁸.

De modo que, las medidas cautelares adoptadas en cualquier arbitraje, por su propia naturaleza, son limitadas en el tiempo, toda vez que durarán, por regla general, tanto como el procedimiento arbitral, esto es, hasta que se dicte el laudo arbitral. Terminado el proceso arbitral finaliza de igual manera su cometido. Tanto es así que si transcurre el término del que dispone el árbitro para emitir su laudo, sin que lo haya hecho por los motivos que sean, pierde su competencia y al tiempo, las medidas cautelares ordenadas por él, pierden su eficacia.

Es por ello, que las medidas cautelares no suponen una ejecución anticipada del fondo del asunto, salvo que se trate de medidas tendientes a garantizar la ejecución del laudo arbitral que en su día se dicte, es decir, las llamadas medidas anticipatorias. Pero por lo general, habrá que esperar hasta que concluya el procedimiento arbitral y se expida la decisión definitiva para conocer la suerte de la medida. Dicho de otro modo, cuando el pronunciamiento sobre el fondo del asunto alcanza firmeza o lo que es lo mismo, autoridad de cosa juzgada, se extingue ipso iure la eficacia de la resolución cautelar, porque a partir de ese instante pierde su razón de ser y agota, por lo tanto, su ciclo vital⁸⁹.

⁸⁸ FRANCISCO CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Editorial Cárdenas Velasco Editores, impreso en Argentina, Tomo I, pág. 390.

⁸⁹ **VER MÁS EN:** PIERO CALAMANDREI, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Primera Edición, 1.997, Intercodex Librería Jurídica, Buenos Aires, págs. 15 y 83.

En todo caso, es necesario hacer una aclaración: si la sentencia arbitral que decide el fondo del asunto es favorable a los intereses del que solicitó la medida cautelar, esta se mantendrá vigente durante la etapa de ejecución del laudo ante la justicia ordinaria para garantizar el cumplimiento del fallo. En cambio, si el laudo le es adverso al solicitante de la medida, ésta perderá de inmediato su eficacia.

Para DE LÁZZARI, la extinción de la medida cautelar no opera de pleno derecho “*sino que requiere previa declaración judicial*”⁹⁰, circunstancia que concuerda con nuestro sistema procesal civil (Art. 439, Código de Procedimiento Civil vigente).

En los procesos arbitrales, las medidas cautelares – por el hecho de ser provisionales – no prejuzgan el fondo, ni ponen fin al procedimiento principal, ni tampoco lo sustituyen. El hecho de que se disponga una medida “asegurativa” a favor de una de las partes no implica necesariamente que el laudo se vaya a expedir a favor del solicitante, porque además, existe la exigencia de una caución al peticionario de la cautela por los eventuales daños y perjuicios que pudiera causar al patrimonio del demandado la injustificada concesión de dicha medida.

Sin embargo, ciertos ordenamientos jurídicos disponen medidas cautelares que carecen de esta característica de provisionalidad o temporalidad; así por ejemplo, en el sistema británico las “*interlocutory injunctions*” son medidas cautelares que se solicitan durante el trámite del proceso y por lo general, suelen poner fin al litigio porque son indicativas de que las partes han alcanzado una transacción. En estos casos su adopción implica, en definitiva, la terminación del conflicto, pues la tutela provisional sustituye a la definitiva, es

⁹⁰ EDUARDO DE LÁZZARI, *Medidas Cautelares*, Tomo I, Segunda Edición, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1.995, pág. 45.

decir, deja de ser una tutela temporal para convertirse en una solución del fondo de la controversia.

Normalmente, en la práctica – sobre todo a nivel internacional – los árbitros se muestran reticentes a adoptar una medida cautelar que signifique prejuzgar el fondo del asunto; entre otras razones, porque la medida corre el riesgo de dejar de ser provisional para convertirse en definitiva, como ocurre en el sistema británico, rompiendo el criterio en firme de que la medida cautelar debe limitarse a mantener el status quo de las partes en el proceso.

Finalmente, otra condición que avala la provisionalidad o temporalidad de las medidas cautelares es que la resolución que dispone la medida cautelar puede ser modificada o revocada atendiendo a la variación de las circunstancias sobre cuya base se decretó la medida cautelar, circunstancias que deben ser adecuadamente justificadas.

3.3.3 Las medidas cautelares se limitan al objeto del litigio, en sí mismas son restrictivas

En los juicios de la jurisdicción común, las medidas cautelares son de interpretación restringida, por cuanto tienden a limitar o prohibir de una u otra forma, según su especie, el derecho de propiedad garantizado constitucionalmente. Por ende, siendo de interpretación restringida, su aplicación se limita expresamente a los casos taxativamente previstos por las disposiciones legales que las prescriben; no obstante, en los procesos arbitrales prima, como regla general, la discrecionalidad en la actuación de los árbitros (si no se contraviene la ley o lo acordado en el compromiso arbitral), por lo que, serán ordenadas en función de la prudente determinación de la medida que corresponda en cada caso, sin detenerse forzosamente en la taxatividad de las normas legales (esto sobre todo en los arbitrajes de

equidad). Ejemplo de lo afirmado, es la amplitud de la expresión de la norma contenida en el primer inciso del artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación vigente, el cual reza: “*los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso (...)*” (**EL SUBRAYADO ES NUESTRO**).

De manera que, hemos de entender que la ley autoriza a los árbitros para que actúen de conformidad con su prudente arbitrio en el dictamen de medidas cautelares, garantizando al menos la justicia e imparcialidad, características sine qua non del ejercicio de su función.

PODETTI, sin embargo, está en contra de adoptar medidas cautelares en forma demasiado amplia, y al respecto, señala que las medidas cautelares, en general, deben acordarse restrictivamente, limitándolas al mínimo indispensable, evitando dentro de lo posible que puedan constituirse en un medio de extorsión o una traba al normal desenvolvimiento de las actividades del afectado y aun más, si su acogimiento favorable compromete el patrimonio de quienes todavía no han sido convocados a juicio⁹¹.

CALAMANDREI, de igual manera nos alerta sobre la extensión desmedida que puede llegar a alcanzar este tipo de medidas. En manos de un litigante astuto, señala, vienen a ser en realidad un arma a veces irresistible para constreñir a su adversario a la rendición, y obtener así en el mérito una victoria que, si el contradictor hubiese podido defenderse, sería

⁹¹ **VER MÁS EN:** RAMIRO J.PODETTI, *Tratado de las Medidas Cautelares*, Ediar, Buenos Aires, 1.969, Tomo IV, pág. 422.

absurdo que se produjera⁹². De ahí, la necesidad de ponderar los límites en que ha de desarrollarse la facultad arbitral de decretar medidas “asegurativas”.

Colombo, asimismo, advierte sobre el mismo tema, indicando que: “*debe mediar correspondencia con el fin*”⁹³, entendiendo con ello que no debe decretarse la medida cautelar “*cuando desnaturaliza el fin que institucionalmente le es propio*”⁹⁴; y citando precedentes jurisprudenciales ejemplifica que no cabe autorizarlas con tanta extensión que impliquen extorsionar a la parte o imposibilite la marcha de sus negocios o importe propósitos de hostilidad⁹⁵.

Por ello, en virtud de todo lo anotado, podemos afirmar que debe existir necesariamente una correlación entre la medida solicitada y el litigio al que hace referencia la misma y que, la medida cautelar únicamente podrá recaer sobre los bienes y derechos del demandado en el proceso cautelar. Ahora, si bien es verdad que es necesario impedir que se utilice la medida cautelar como medio de presión o de eventual extorsión, no es menos cierto que el posible peligro de ciertas medidas preventivas pedidas abusivamente, no debe ser motivo para evitar que se adopten las que sí son procedentes. Para esto, nuestra legislación (la Ley de Arbitraje y Mediación vigente) exige la prestación de una contra cautela suficiente que garantice los posibles daños que originará el eventual abuso del solicitante de la medida cautelar.

⁹² PIERO CALAMANDREI, *Estudios sobre el Proceso Civil*, Título: El dispositivo psicológico de las medidas cautelares, EJE, traducción de SENTÍS MELENDO, pág. 282.

⁹³ COLOMBO, *Código de Procedimiento Civil y Comercial anotado y comentado*, Abeledo-Perrot, 1.964, pág. 712.

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ VER MÁS EN: COLOMBO, *Código de Procedimiento Civil y Comercial anotado y comentado*, Abeledo-Perrot, 1.964, pág. 712.

3.3.4 Las medidas cautelares son urgentes

Las medidas cautelares se caracterizan por la función asegurativa que cumplen frente a un eventual daño, por ello, la urgencia en su tramitación es indispensable a causa de la inminencia del peligro de la ocurrencia de dicho daño. En consecuencia, para que los árbitros puedan ordenar una medida cautelar debe justificarse la existencia de un riesgo de daño inminente o de un perjuicio irreparable, tanto de presente como de futuro, para el derecho de alguna de las partes o respecto del objeto de la *litis*, para que la medida que se adopte, de modo inmediata, elimine, reduzca o evite tal daño.

La urgencia viene a ser, entonces, la garantía de eficacia de las medidas cautelares. Ellas representan, como lo afirma CALAMANDREI:

“(...) una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde; las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario”⁹⁶.

Ahora bien, no debe entenderse que la característica de urgencia de las medidas cautelares debe ser considerada como requisito de admisibilidad o procedencia de las mismas. Aun cuando la ley exige la prueba de la existencia del crédito y la del peligro de insolvencia en el caso de las medidas preventivas, en ninguna parte la ley exige prueba de la urgencia por parte del solicitante. Esto se debe a que la urgencia constituye per se, la causa motivo de la

⁹⁶ PIERO CALAMANDREI, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Primera Edición, 1.997, Intercodex Librería Jurídica, Buenos Aires, pág. 71.

medida, es decir, constituye un elemento inherente al concepto mismo de medida cautelar. Si la medida es procedente, se ordena y se ejecuta de inmediato, sin tener que esperar lapso alguno.

Obviamente, la urgencia es un término relativo, por lo que dependerá del juez o del árbitro, en su caso, la valoración de la medida que tenga que ordenarse. Por ejemplo, en algunos casos la urgencia para solicitarla y disponerla se la puede interpretar como aquella situación que requiere la adopción de la medida con el fin de evitar que los derechos de una de las partes estén en peligro o en riesgo. Por otro lado, también se la puede entender, no tanto como para prevenir un daño inminente o irreparable, sino como para evitar que la situación del litigio empeore o se agrave.

En Francia, los tribunales arbitrales entienden la urgencia como “*aquella situación que requiere que sean adoptadas medidas con el objeto de evitar que los derechos legítimos de una persona estén en peligro*”⁹⁷. En Italia, se sostiene que el objeto de la medida cautelar es “*aquel perjuicio inminente e irreparable que se puede producir por el retraso en tramitar el proceso principal*”⁹⁸; criterio que justifica la necesidad de actuar urgentemente.

3.3.5 La proporcionalidad de las medidas cautelares

Esta característica se encuentra íntimamente relacionada al criterio restrictivo con el que deben ordenarse las medidas cautelares. Las medidas cautelares que se solicitan y se ordenen dentro de un proceso judicial o arbitral deben responder al principio de

⁹⁷ CORTE DE CASACIÓN, *Primera Cámara Civil*, 23 de mayo de 1.986, *Gaceta*, 1.987, primer semestre, No. 17.

⁹⁸ E. SAMORI, *Comentario Breve al Código de Procedimiento Civil*, Carpi-Colesanti-Tartuffo, 3ra. Edición, Padova, CEDAM, 1.994, pág. 1.413.

proporcionalidad, es decir, tienen que ser acordes con el fin perseguido, lo que equivale a decir, expedidas solo para garantizar la decisión que en su momento se dicte en el juicio principal, asegurando los derechos de las partes en el proceso, sus bienes o el resultado final del juicio.

Las medidas cautelares, precautelatorias o preventivas, constituyen un remedio procesal cuyo fundamento radica en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el litigio, evitando que se convierta en lérica o ilusoria la sentencia o laudo que en él se dicte, y por la misma razón deben ser proporcionales y limitadas al objeto del litigio. Toca a los órganos jurisdiccionales o a los árbitros en su caso, la evaluación de todas las circunstancias que el asunto sometido a su conocimiento tenga, a fin de adoptar las medidas de aseguramiento que mejor correspondan al objeto del litigio; esto se logra cuando existe una correspondencia y una proporcionalidad entre el objeto del proceso y lo que es el objeto de la medida cautelar que se ordena.

3.3.6 La flexibilidad de las medidas cautelares

Las medidas cautelares se caracterizan por ser flexibles o mutables, es decir, pueden ser modificadas o sustituidas, reducidas o ampliadas o finalmente revocadas, en la medida en que cambie el estado de cosas para el cual fueron dictadas. En efecto, el requirente de las medidas puede pedir su ampliación, mejora o sustitución cuando se demuestre que la medida no cumple a cabalidad con su función de garantía. A su vez, por su parte, el afectado puede solicitar su sustitución por otra medida menos gravosa o su reemplazo por otros bienes de igual valor o la reducción del monto de la cautela originalmente dispuesta.

El deudor puede pedir, también, que no se acumulen varias medidas cautelares, pues podrían causar perjuicios innecesarios y convertirse en claro ejemplo de abuso del derecho que el juzgador está obligado a evitar y sancionar. Siempre que el obligado garantice de forma adecuada el derecho que se pretende cautelar, está legitimado para obtener su modificación en la forma señalada.

Las medidas cautelares son susceptibles de alteración, son variables e incluso revocables, de acuerdo con el principio *rebus sic stantibus*, esto es, que cabe su modificación en tanto y en cuanto haya cambiado el estado sustancial de los datos tomados en cuenta para decretar y practicar inicialmente la cautela. La modificación de la cautela es pues, la mutabilidad o inmutabilidad de la situación que de hecho les dio origen. Se pueden modificar a fin de prevenir posibles perjuicios, y siempre a condición de que se garantice efectivamente el derecho del acreedor, es decir, en tanto dicha modificación no traiga detrimento a la seguridad originalmente otorgada.

3.3.7 Las medidas cautelares se ordenan a solicitud de parte y sin oír previamente a la parte contraria

Las medidas cautelares se ordenan a petición de parte interesada y sin previa audiencia de la contraparte (*inaudita altera pars*), es decir, sin sustanciación previa con la intervención de la parte afectada por las mismas, puesto que el juez o el árbitro funda su decisión en los hechos que afirma y acredita sumariamente el solicitante. El *inaudita altera pars* hace posible la ejecución de las medidas cautelares con mayor seguridad y facilidad.

El fundamento de esta actuación "*inaudita parte*" es el de evitar que el afectado se entere con anticipación de la medida dispuesta y realice actos que le otorguen la posibilidad de

desaparecer u ocultar los bienes objeto de la medida o que pretenda enajenarlos antes de que se haga efectiva la cautela o dicho de otra forma, no se oye previamente al afectado para evitar la posibilidad de frustrar el propósito asegurativo o protector de la medida cautelar.

No escuchar previamente al afectado con la medida preventiva, no significa, en modo alguno, constreñir el ejercicio de su derecho a la defensa, soslayando el principio de bilateralidad o contradicción propio del debido proceso. Lo que ocurre es que la etapa de contradicción se difiere para que se haga efectiva con posterioridad a la traba de la medida y estrictamente limitada a la posibilidad de impugnación de la resolución que la concede, en procura de su revocatoria o modificación, a través de la apelación que en el proceso cautelar judicial sólo se concederá en el efecto devolutivo (Art. 921, Código de Procedimiento Civil vigente).

Sin embargo, esta práctica – *inaudita altera pars* – que en los litigios ante el juez ordinario puede resultar eficaz, en los procesos de arbitraje se enfrenta al inconveniente de que, una vez que los árbitros se han declarado competentes y se encuentran sustanciando el juicio de arbitraje, el árbitro tiene el deber de notificar a las partes cada una de sus resoluciones, incluyendo aquella en la que ordene una medida preventiva, lo que dará lugar a que habiéndose perdido el elemento esencial de la sorpresa, la contraparte afectada – si no actúa con la debida lealtad procesal – busque la forma de impedir el cumplimiento de la medida dispuesta en su contra.

En cuanto a la iniciativa para incoar el proceso cautelar, en la mayoría de los sistemas procesales vigentes en esta materia (la civil), incluyendo nuestro Código de Procedimiento

Civil, predomina el principio dispositivo o principio de justicia rogada, según el cual, la iniciación del proceso cautelar se produce siempre a petición de parte. En virtud de este principio, como regla general, son las partes quienes solicitan, ya sea de los jueces ya sea de los árbitros, la adopción de una determinada medida cautelar que asegure el crédito o las resultas del juicio, sin que sea común que actúen *ex officio*. Como bien señala CALDERÓN CUADRADO:

“(…) cabría pensar que, siendo la finalidad básica del proceso cautelar asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere, el órgano jurisdiccional estuviera interesado en que esa resolución no se convirtiera en papel mojado. De ello se desprendería la posibilidad de que el juez, de oficio, pudiera disponer del proceso cautelar, lo cual no es sostenible.”⁹⁹

Sin embargo, si bien las medidas preventivas sólo proceden a pedido de parte, en los últimos tiempos ha comenzado a admitirse en ciertos ordenamientos procesales que el juez pueda ordenarlas de oficio en causas que interesan al orden público. Es que hoy en día, aquella noción de un proceso civil netamente dispositivo con la figura del juez como ente amable, mero espectador y pasivo, sometido a la voluntad de las partes litigantes en cuanto al impulso del proceso, está siendo superada y ha comenzado a cambiarse por el criterio de que las medidas cautelares exceden los meros intereses privados y afecta más bien de manera sustancial al interés público o general, bajo el entendimiento de que el cumplimiento de las decisiones judiciales contribuye a asegurar no sólo los derechos privados de los justiciables, sino la eficacia práctica y la vigencia del derecho material que constituye el objeto y la razón de ser de los procedimientos judiciales.

⁹⁹ M.P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1.992, pág. 205.

Ahora bien, como estamos tratando de las medidas cautelares en el arbitraje, dicho interés público podría hacer relación o participar asimismo en el ejercicio de las facultades de los árbitros, esto es, que estos – en función del antedicho interés superior – pudieran de oficio ordenar las medidas de aseguramiento. Sin embargo, en nuestra opinión, considerando el ámbito privado de las relaciones que abarca el arbitraje, donde la autonomía de la voluntad (de interés particular) de las partes tiene radical importancia, debe ser esta la determinante a la hora de tomar la decisión sobre solicitar o no la medida cautelar, y no el interés público.

Es así, que una gran cantidad de ordenamientos jurídicos, así como la normativa de las principales instituciones arbitrales (como en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional – UNCITRAL –), aceptan como principio el supuesto de que la adopción de medidas cautelares procede a instancia de parte y bajo la responsabilidad del solicitante quien, sobre todo en los procedimientos arbitrales, estará obligado a prestar una caución para cubrir dicha responsabilidad. Encontramos este principio contenido en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (C.C.I) – en París –, en las Reglas de Arbitraje de la *American Arbitration Association* (A.A.A.), en el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, en las Reglas de Arbitraje de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (O.M.P.I.).

En particular, nuestra ley guarda silencio sobre la posibilidad de que los árbitros puedan ordenar de oficio cualquier tipo de medida cautelar, pero como en la misma, se dispone que estas (las medidas cautelares) se adoptarán de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil, que sigue el principio dispositivo o de justicia rogada, hemos de

entender, en consecuencia, que los árbitros deben actuar siempre a petición expresa de parte.

3.4 TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES

Respecto del tipo de medidas cautelares que se pueden ordenar, depende de la competencia que tenga para ello, el juez o el árbitro que las vaya a ordenar; si la competencia se atribuye al juez, este solo puede disponer las medidas cautelares previstas o admitidas por su *lex fori*, esto es, por lo dispuesto por las normas procesales expresas que debe acatar. Si la facultad es arbitral, existe una mayor flexibilidad a la hora de determinar las medidas cautelares a adoptar; esto se debe, en primer lugar, porque los árbitros a nivel internacional no están sometidos a ninguna ley estatal que le sea propia, por lo que carecen de *lex fori*; y en segundo lugar, porque una cantidad considerable de ordenamientos jurídicos aplicables al arbitraje (leyes aplicables al procedimiento, leyes del lugar de la celebración, etc.) presentan una variedad de medidas cautelares que pueden ser adoptadas, más amplia que la que existe para los jueces comunes.

Esta mayor flexibilidad de los árbitros tiene su origen en la amplia libertad que las leyes les otorgan para la elección de la medida cautelar que pueden adoptar, por ejemplo, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París de 1.998, en su artículo 23.1, cuando otorga a los árbitros la capacidad para ordenar medidas cautelares, señala: “(...) *cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas (...)*”. No existe, en consecuencia, ninguna restricción en el tipo de medidas que pueden ordenar los árbitros de dicha cámara, por lo que no tienen la obligación de limitarse a ordenar las medidas cautelares enumeradas taxativamente en la ley del lugar de celebración del

arbitraje o en cualquier otra que fuera aplicable al conflicto a ser resuelto. Si acaso existe alguna restricción, es aquella obligación, que incumbe tanto a árbitros como a jueces comunes, de respetar lo dispuesto en las normas de orden público, esto, sin embargo, no afecta la amplia discreción de la que gozan los árbitros a la hora de elegir la medida cautelar que consideren más apropiada. Mismo criterio se repite en nuestra Ley de Arbitraje y Mediación vigente.

Así también, el artículo 26.1 del Reglamento de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional indica que se pueden ordenar aquellas “(...) *medidas provisionales que considere necesarias respecto al objeto del litigio (...) inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto del litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de terceros o que se vendan los bienes perecederos*”; texto que se repite en el artículo 23 del Reglamento (modificado) de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), vigente a partir del 1 de abril de 2.002:

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

Las Reglas de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje, por su parte, utilizan un texto más amplio aún, evitando recurrir (por consideraciones semánticas antes que jurídicas) a los términos: “objeto del litigio”, utilizando una terminología más abierta

dirigida a la aplicación de todas las medidas que sean necesarias para la conservación y protección de la propiedad.

En Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación vigente, en su artículo 9, establece que “*los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste*”; por lo que, en el proceso arbitral se admiten las mismas medidas cautelares que se adoptan en los procesos civiles regulares o cualquier otra, no prevista por el Código de Procedimiento Civil vigente, que los árbitros consideren necesarias para cada caso.

3.4.1 Medidas cautelares previstas por el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano

Las medidas cautelares contenidas en el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano (CPC) son las siguientes:

1. La prohibición de enajenar (artículos 421 y 900, CPC).
2. La retención (artículos 422, 899 y 906, CPC).
3. El secuestro preventivo (artículos 422 y 899, CPC).
4. El arraigo (artículo 912, CPC).
5. El secuestro de bienes raíces (artículo 920, CPC).
6. El embargo de bienes raíces si la demanda se funda en título hipotecario o en sentencia ejecutoriada (artículo 423, CPC).

1. **La prohibición de enajenar:** Esta medida no afecta ni perturba de manera inmediata al afectado, constituye una limitación al derecho de propiedad y por lo tanto su interpretación debe ser siempre restrictiva. El juez en los casos permitidos

por la ley, a solicitud del acreedor, puede prohibir que el deudor enajene sus bienes raíces, para lo cual debe notificar al respectivo registrador de la propiedad quien inscribirá la prohibición de enajenar sin cobrar derecho alguno. Mientras subsista la inscripción no podrán enajenarse ni hipotecarse los inmuebles cuya enajenación se ha prohibido, ni imponerse sobre ellos gravamen alguno.

Para la prohibición de enajenar bienes raíces, bastará que se acompañe prueba legal del crédito y de que el deudor, al realizar la enajenación, no tendría otros bienes, raíces saneados, suficientes para el pago. Puede admitirse como prueba del crédito, una sentencia que lo declare, aunque haya recurso pendiente.

Presentada la demanda para la prohibición de enajenar bienes raíces, el juez, si se hubiesen acompañado las pruebas respectivas, la decretará provisionalmente, y en el mismo auto recibirá la causa a prueba, por el término común de tres días, expirado el cual dará la resolución correspondiente, sin otra sustanciación. Si de las pruebas resultan justificados plenamente los requisitos del artículo 900 del CPC, el juez pronuncia el auto de prohibición de enajenar.

El deudor puede hacer cesar las providencias previstas dando hipoteca o fianza que, a juicio del juez, asegure el crédito. Si se trata de una cosa raíz, podrá cualquiera de las partes pedir que inmediatamente se proceda al inventario, para que conste el verdadero estado de la cosa y el juez nombrará perito o peritos que formen el inventario.

En cualquier estado del juicio en que se reclame la propiedad, si se ha hecho ya la citación de la demanda, podrá el juez de la causa prohibir que se otorguen o inscriban escrituras de enajenación o hipoteca de la cosa litigiosa; y si, contraviniendo a la prohibición, se las otorgare, se podrá decretar el secuestro de la misma cosa.

Caduca la prohibición de enajenar bienes raíces si, dentro de quince días de ordenados, o de que se hizo exigible la obligación, no se propone la demanda en lo principal, debiendo el solicitante pagar, además, los daños y perjuicios que tal orden hubiese causado al deudor. Caduca, igualmente, si la demanda principal dejare de continuarse durante treinta días.

2. **La retención:** De conformidad con el artículo 897 del CPC, cualquier persona puede, antes de presentar su demanda principal y en cualquier estado del juicio, pedir la retención de la cosa sobre la que se va a litigar o se litiga, o de bienes que aseguren el crédito. La retención se pide siempre al juez de primera instancia, aún cuando la causa se halle ante la corte provincial de justicia.

Para que se ordene la retención, es necesario: (1) que se justifique con pruebas instrumentales la existencia del crédito y (2) que se pruebe que los bienes del deudor se hallan en tal mal estado, que no alcanzarán a cubrir la deuda, o que pueden desaparecer, ser ocultados, o que el deudor trata de enajenarlos. Puede admitirse como prueba del crédito, una sentencia que lo declare, aunque haya recurso pendiente.

Presentada la demanda pidiendo la retención, el juez, si se hubiesen acompañado las pruebas respectivas, la decretará provisionalmente y en el mismo auto recibirá la causa a prueba por el término común de tres días, expirado el cual emitirá la resolución correspondiente, sin otra sustanciación. Si de las pruebas resultan justificados plenamente los requisitos del artículo 899 del CPC, el juez pronuncia el auto de retención correspondiente.

El deudor podrá hacer cesar las providencias previstas en los artículos precedentes, dando hipoteca o fianza que, a juicio del juez, asegure el crédito. La retención se verificará en las rentas, créditos o bienes que tenga el deudor en poder de un tercero, inclusive en las tesorerías u otras oficinas públicas.

Ordenada la retención, bastará que se notifique a la persona en cuyo poder estén los bienes o derechos que se retengan, para que esta no pueda entregarlos sin orden judicial. Si la persona en cuyo poder se ha hecho la retención, no reclama dentro de tres días, no podrá alegar después que no debe al deudor, ni tiene ninguna cosa de este. Si la retención se refiere a rentas, derechos u otros bienes del deudor, sobre los cuales está conociendo otro juez, deberá éste llevarla a efecto luego que reciba el oficio respectivo. Las resoluciones sobre, retención, no serán apelables sino en el efecto devolutivo. Caducará, la retención, si, dentro de quince días de ordenada, o de que se hizo exigible la obligación, no se propone la demanda en lo principal, debiendo el solicitante pagar, además, los daños y perjuicios que tal orden hubiese causado al deudor. Caducará, igualmente, si la demanda principal dejare de continuarse durante treinta días.

3. **El secuestro:** Según PALACIOS, el secuestro es la medida cautelar en cuya virtud se desapodera a una persona de un bien sobre el cual se litiga o se ha de litigar, o de un documento necesario para deducir una pretensión procesal.¹⁰⁰

El secuestro es el depósito de bienes muebles o inmuebles materia de un litigio en manos de terceros y, para fines preventivos y de conservación, que hacen los interesados o que ordena el juez. En el primer caso se trata de un contrato de depósito entre los deponentes y el depositario; y en el segundo, es un secuestro judicial. El depósito voluntario se rige únicamente por las disposiciones del Código Civil, el secuestro judicial, por su parte, se rige, además por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, debiendo practicarlo por medio de un oficial de justicia quien en su momento deberá levantar el acta correspondiente, dejando constancia del estado de la cosa y de su entrega al depositario judicial.

Según el artículo 897 del CPC, cualquier persona puede, antes de presentar su demanda principal y en cualquier estado del juicio, pedir el secuestro de la cosa

¹⁰⁰ **VER MÁS EN:** RAMIRO J. PODETTI, *Tratado de las Medidas Cautelares*, Ediar, Buenos Aires, 1.969.

sobre la que se va a litigar o se litiga, o de los bienes que aseguren el crédito. El secuestro se pedirá siempre al juez de primera instancia, aún cuando la causa se encuentre ante la corte provincial de justicia.

Para que el juez ordene el secuestro es necesario: (1) que se justifique con pruebas instrumentales la existencia del crédito y (2) que se pruebe que los bienes del deudor se hallan en tal mal estado, que no alcanzarán a cubrir la deuda, o que puedan desaparecer, ocultarse o que el deudor trata de enajenarlos. Presentada la demanda pretendiendo el secuestro de un bien determinado, el juez, si se hubiesen acompañado las pruebas respectivas, lo ordenará provisionalmente y en el mismo auto recibirá la causa a prueba por el término común de tres días, expirado el cual, emitirá la resolución correspondiente, sin otra sustanciación. Si se tratase de secuestro de bienes raíces, no se lo ordenará sino después de expirado el término probatorio, siempre que las pruebas aportadas den fundamento para ello. Si de las pruebas resultan justificados plenamente los requisitos del artículo 899 del CPC, el juez el juez emitirá el auto definitivo de secuestro.

El deudor podrá hacer cesar la providencia que ordena el secuestro, dando hipoteca o fianza que, a juicio del juez, asegure el crédito. El secuestro puede tener lugar en los bienes muebles y en los frutos de los raíces, y en los bienes raíces, solo en los casos en que se tema su deterioro. Si se trata de una cosa raíz, pueden cualquiera de las partes pedir que inmediatamente se proceda al inventario, para que conste el verdadero estado de la cosa; y el juez nombrará perito o peritos que hayan de formar el inventario. El secuestro de bienes raíces se inscribe en el registro de la propiedad del cantón a los que pertenezcan; y mientras subsiste la inscripción no puede inscribirse ninguna enajenación o gravamen, excepto la venta en remate forzoso, sin perjuicio de los derechos de terceros.

Las resoluciones sobre secuestro y remoción del depositario, no son apelables sino en el efecto devolutivo.

El secuestro caduca si, dentro de quince días de ordenado, o de que se hizo exigible la obligación, no se propone la demanda en lo principal; debiendo el solicitante pagar, además, los daños y perjuicios que tal orden hubiese causado al deudor. Caduca, igualmente, si la expresada demanda principal dejare de continuarse durante treinta días.

4. **El arraigo:** El término “arraigo” significa acción y efecto de arraigar y deviene de las locuciones latinas *ad* y *radicare*, que significan en conjunto: echar raíces.

“Se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda. Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte”¹⁰¹.

En consecuencia el arraigo es una medida de apremio personal que la distingue de las medidas de la prohibición de enajenar bienes inmuebles, de la retención y del secuestro que limitan exclusivamente el derecho de propiedad del deudor y no en sí, a si mismo, como lo es esta limitación (el arraigo) a su derecho al libre tránsito, también llamado como derecho a la libertad de locomoción.

Esta medida puede solicitarse cuando el deudor pretenda ausente para eludir el cumplimiento de una obligación, siempre que el acreedor justifique la existencia del crédito, que el deudor es extranjero y que no tiene bienes raíces. El juez, si se justifican los particulares enunciados, dispone que inmediatamente se intime al deudor que no debe ausentarse del lugar hasta que se concluya el juicio y sea pagado el acreedor, a no ser que constituya apoderado expensado o que dé seguridades de que pagará lo que se ordene en la sentencia.

¹⁰¹ WALTER RAÑA ARANA, *El Arraigo como instrumento jurídico que limita el valor y el derecho a la libertad de locomoción*, en www.tribunalconstitucional.gob.bo, 12 de marzo de 2.011.

Si el deudor quebranta la prohibición de ausentarse, puede ser aprehendido en cualquier lugar en que se le encuentre, y puesto a disposición del juez competente. Si alguna persona solicita maliciosamente la prohibición de ausencia, pagará todos los daños y perjuicios causados. Las resoluciones dictadas ordenando la prohibición de ausentarse no son apelables sino en el efecto devolutivo, únicamente.

La prohibición de ausentarse o arraigo se caduca si dentro de quince días de ordenada, o de que se hizo exigible la obligación, no se propone la demanda en lo principal; debiendo el solicitante pagar, además, los daños y perjuicios que dicha medida hubiese causado al deudor. Caduca, también, si la demanda principal dejare de continuarse durante treinta días.

3.4.2 Criterios que deben respetar los árbitros para ordenar medidas cautelares no previstas por el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano

Es importante en mérito al objeto de estudio del presente trabajo, establecer que criterios básicos deben respetar los árbitros para ordenar cualquier medida que considere necesaria y que no sea de las contenidas en el CPC. La Ley de Arbitraje y Mediación vigente entrega al prudencial arbitrio de quienes resuelven el conflicto, la concesión de medidas cautelares que estimen sean las más apropiadas al asunto, siempre y cuando dichas medidas sirvan para asegurar los bienes del proceso o para garantizar su resultado. Pero esta potestad discrecional de los árbitros, no es absoluta, sino que se encuentra limitada por dos criterios connaturales a la esencia y naturaleza misma de cualquier medida cautelar, que deben orientar al juzgador en su otorgamiento en un caso concreto.

El primer criterio tiene que ver con los presupuestos exigidos, esto es, aquellas circunstancias que hacen necesarias las medidas, es decir, la clase de *periculum in mora* que estas están llamadas a contrarrestar, y el segundo, se refiere a las situaciones jurídico cautelables a las que ha de referirse el laudo arbitral cuya efectividad se pretende salvaguardar¹⁰².

ORTELLS RAMOS entiende por situaciones jurídico cautelables, las que:

“(...) sin prejuzgar, podemos denominar situación jurídica para cuya tutela (frente a los riesgos que la amenazan) se establece la medida; abreviadamente: situación jurídica cautelable. Esta situación se define a veces, en términos jurídico-materiales (por ejemplo deudas en metálico y en especie (...); obligación de hacer o no hacer o entregar cosas determinadas o específicas, (...) y, más frecuentemente, con referencia – aunque sea incorrectamente expresada – a la clase de pretensión que se interpone en el proceso principal con fundamento en cierta situación jurídico-material (por ejemplo acción real que tenga por objeto cosa mueble (...), reclamar el pago de una deuda (...), demandar en juicio la propiedad (...))”¹⁰³

En conclusión, los árbitros al momento de ordenar una medida cautelar, cualquiera que crea conveniente, debe tomar en cuenta, necesariamente, que dicha medida sea necesaria en la medida que tiene el acreedor respecto de la exigibilidad de la obligación que persigue, y siempre que la misma mantenga proporción y vinculación directa con el *quantum* o el *sumus* de la razón del litigio, esto es, con el monto o con el objeto mismo materia del conflicto.

¹⁰² **VER MÁS EN:** Ernesto Salcedo Verduga, *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

¹⁰³ ORTELLS RAMOS: “Sobre las medidas cautelares indeterminadas del art. 1428 de la LEC. Rev. Justicia, No. 1, 1989, págs. 53 y 54.

CAPÍTULO IV

EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS ARBITRALES EN ECUADOR

4.1 TEORÍA GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN ECUADOR

Ernesto SALCEDO VERDUGA afirma que:

Para la doctrina ecuatoriana las medidas cautelares son actos procesales, que cuando se adoptan dentro del trámite de un juicio (judicial o arbitral) devienen en incidentes procesales y cuando se solicitan como diligencias preventivas antes del inicio del juicio principal, asumen la forma de un verdadero proceso cautelar totalmente autónomo en cuanto a su procedimiento se refiere¹⁰⁴.

Para CRUZ BAHAMONDE, por su parte:

Las medidas cautelares son actos procesales que, como se ha visto al estudiar las ratio juris que las identifican, tienen motivaciones jurídicas que las apartan de otros actos procesales como son los actos preparatorios, señalados en el art. 68 (actualmente Art. 64), las medidas precautorias incluidas en el proceso de ejecución, arts. 431 a 434 (actualmente Arts. 421 a 424), el embargo de bienes

¹⁰⁴ ERNESTO SALCEDO VERDUGA, *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, pág. 25.

*destinados al remate, art. 449 (actualmente Art. 439), y la detención del deudor que ordene el juez del proceso concursal, art. 509 del Código de Procedimiento Civil (actualmente Art. 509). Esta distinción no es meramente formal, aunque sus procedimientos propios sean, sin duda, diferentes, pues, pertenecen los unos al trámite de un proceso, en el que son incidentes, mientras el proceso cautelar asume la forma propia de un juicio aunque la vida y resultados de éste dependen de la vida y resultado de otro juicio, al que se ha llamado principal.*¹⁰⁵

En cambio, TROYA CEVALLOS afirma que:

*(...) las medidas cautelares que conocemos con el nombre de providencias preventivas, reguladas en los artículos 968 (actual 897) y siguientes del CPC, son el secuestro, la retención, la prohibición de enajenar, el inventario, y en tratándose de extranjeros, el arraigo. Estos actos preparatorios y estas medidas anteriores al proceso, suelen luego ser presentados como prueba dentro del respectivo término, los primeros, y las segundas (las medidas cautelares) sirven para asegurar de antemano la ejecución de la sentencia (...) Dichas medidas precautelatorias o preventivas, más bien denominadas juicios cautelares, pueden constituir un incidente cuando son solicitadas dentro del proceso al cual van a servir (...) Solicitadas antes del proceso, no pueden ser consideradas técnicamente como incidentes (...)*¹⁰⁶.

Nuestra Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional) ha coincidido con lo dicho por Alfonso TROYA CEVALLOS; en la Gaceta Judicial, Serie XII, No. 12, págs. 2502-03-04, en un fallo de 27 de mayo de 1976, consta el siguiente texto: “*Los artículos 973 (902) y 993 (922) del Código de Procedimiento Civil, establecen, respectivamente, que es demanda la presentada para solicitar las providencias preventivas... y que es un verdadero juicio el procedimiento que las resuelve*”.

¹⁰⁵ ARMANDO CRUZ BAHAMONDE, *Las acciones del acreedor*, Cap. IX: La acción cautelar en la doctrina y en el derecho positivo ecuatoriano, Edino, 1.992, Guayaquil.

¹⁰⁶ ALFONSO TROYA CEVALLOS, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Pudeleco Editores, 2.002, Quito.

De manera, que en nuestro país, los tratadistas y los jueces, en su generalidad, consideran que las medidas cautelares constituyen un verdadero proceso, pero en relación a la ejecución de las denominadas por nuestro Código de Procedimiento Civil como providencias preventivas, ya que, al tratarse de las mismas medidas pero en el devenir interno de los procesos de ejecución (en los juicios ejecutivos y en la vía de apremio), son tratados como incidentes propios de dichos procesos, y en consecuencia deben ser concebidos como actos procesales parte de algún proceso de ejecución determinado:

En suma, en la doctrina ecuatoriana, las medidas cautelares se denominan 'medidas precautorias' cuando son ordenadas dentro de juicio, en especial dentro del trámite del juicio ejecutivo o en la fase de ejecución de los juicios declarativos, y constituyen incidentes a resolver dentro del mismo proceso. En cambio, cuando se las pide por parte del acreedor o de quien se considera acreedor, como providencias preventivas antes de la iniciación del juicio principal, se las tramita dentro de un verdadero proceso o acción cautelar, que tiene un trámite propio, con su propio sistema de prueba, decisión y recursos, que aunque autónomo en cuanto a su procedimiento, depende para su vigencia y resultados, de la existencia de un juicio principal en donde se discuta la validez, eficacia y procedencia del crédito o del derecho que se pretende proteger con la providencia preventiva.¹⁰⁷

De modo que a criterio de nuestros pensadores, en los procesos civiles de ejecución ecuatorianos las medidas preventivas o cautelares (llamadas también “medidas precautorias”) adoptan la forma de incidentes que se ordenan dentro del trámite propio de los antedichos procesos y en tal virtud, en aquellos casos, no constituyen medidas autónomas o independientes y sirven para garantizar las resultas del juicio en donde son dictadas e implementadas, pero que, también pueden ejecutarse estas mismas medidas

¹⁰⁷ ARMANDO CRUZ BAHAMONDE, *Las acciones del acreedor*, Cap. IX: La acción cautelar en la doctrina y en el derecho positivo ecuatoriano, Edino, 1.992, Guayaquil.

independientemente, solicitándolas por intermedio de una demanda e iniciando para cuyo caso un proceso de tramitación propia, por cuerda separada, es decir, a través de un proceso cautelar autónomo en procedimiento pero dependiente de otro principal, en donde se discute la validez, eficacia y procedencia del crédito o del derecho que se pretende proteger con la providencia preventiva.

En nuestra opinión, las medidas cautelares en los procesos arbitrales se caracterizan fundamentalmente por su instrumentalidad, es decir por la necesidad de estar atadas a un proceso principal que naturalmente les resta cualquier consideración de autonomía e independencia procesal, y que las distingue, en consecuencia, de las acepciones de los procesos declarativos y los de ejecución, y no únicamente en relación al criterio de autonomía procedimental, sino por su individualidad manifiesta en sus objetos y sus finalidades; de modo, que no creemos conveniente considerar a las medidas cautelares en los procesos arbitrales que devienen de un carácter innegablemente privado, como un proceso cautelar *tertium genus* (*supra.*, pág. 70), ubicado en el mismo plano de igualdad que los procesos declarativos y los proceso de ejecución.

4.2 JUSTIFICACIÓN DE LA AMPLITUD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL

La indeterminación con que ha sido concebida por el legislador la facultad de los árbitros para ordenar cualquier medida cautelar que crean conveniente y pertinente para un caso en particular (no solo las concebidas legalmente), permite considerar a la norma que la contiene (artículo 9, Ley de Arbitraje y Mediación vigente) como de aquellos preceptos

denominados “flexibles o elásticos” en contraposición a aquellas normas típicas en las que se enuncia un supuesto de hecho determinado y la consecuencia jurídica concreta que conlleva dicho supuesto. Los preceptos flexibles existen en las legislaciones con la finalidad de permitir una mayor adaptación a la realidad, posibilitando que el resultado de su aplicación pueda ajustarse mejor a la función y espíritu que garantizan dichas disposiciones. Salcedo lo advierte de la siguiente manera:

Esto es, mientras una norma cautelar típica regula concretamente los presupuestos que configuran el supuesto de hecho así como las consecuencias jurídicas que de ello se derivan, en los preceptos flexibles como el artículo 9 de nuestra ley, ocurre todo lo contrario. Por esta razón, se refiere a este tipo de preceptos como ‘medidas cautelares atípicas, genéricas, indeterminadas o innominadas’¹⁰⁸.

ESCARTÍN NÚÑEZ sobre este tipo de disposiciones, las flexibles, comenta:

El legislador al momento de plasmar sus normas, previó la posibilidad de que existiesen aquellos casos no incluidos en sus previsiones, sabiendo que, necesariamente, debían tener una respuesta en Justicia, ya que si la ley tiene sus lagunas, el Derecho es pleno. Pero la respuesta en justicia todavía no tiene nombre, es innominada. La solución estribaba, pues, en crear el apoyo legal positivo (...) para que la discrecionalidad jurisdiccional aportara la respuesta adecuada, hoy innominada. Y, en esta materia, la respuesta jurisdiccional, abarcada por los supuestos legales que la apoyan, es precisamente, una medida cautelar innominada¹⁰⁹.

¹⁰⁸ ERNESTO SALCEDO VERDUGA, *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, pág. 25.

¹⁰⁹ ESCARTÍN NÚÑEZ: “Las medidas cautelares innominadas o atípicas”, en *“Estudios de Derecho Procesal*, Zaragoza, Institución Fernando El Católico, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1983.

De modo que, podemos afirmar que el texto del artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación vigente es un claro ejemplo de una norma innominada, debido a su indeterminación en cuanto al supuesto de hecho y a las consecuencias jurídicas que se desprenden de este, en tanto a las posibles medidas cautelares que el árbitro podría o debería adoptar, no obstante, no es menos cierto, que la hipótesis normativa puede ser considerada la de la facultad de ordenar medidas cautelares y la consecuencia jurídica su ejecución, por lo que sigue siendo una norma jurídica pero que ha buscado cierta amplitud en la aplicación de determinadas medidas de manera que en la realidad se cumpla de mejor manera con su espíritu. Queda claro, en todo caso, que la amplitud normativa encontrada de ningún modo justifica una actuación discrecional arbitraria, sino que argumenta y da paso a una discrecionalidad técnica jurídica, que lo autoriza para actuar consultando lo más equitativo y racional.

4.3 PARTICULARIDADES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS ARBITRALES

Los árbitros designados para un proceso en particular pueden dictar las mismas medidas cautelares que dictan los jueces y que se encuentran reguladas, en Ecuador, en el Código de Procedimiento Civil, y otras que creyeran convenientes. No obstante, en unas y en otras, y a diferencia de lo que ocurre en la justicia ordinaria, en los procesos arbitrales, los árbitros pueden exigir una garantía al solicitante para cubrir el pago de los costos que amerita tal medida y una posible indemnización por daños y perjuicios al afectado, si la pretensión principal fuera declarada infundada en el laudo arbitral.

Como una peculiaridad propia, los árbitros para la ejecución de las medidas cautelares pueden solicitar el auxilio de funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos, si es que las partes en el convenio arbitral acordaron expresamente esta facultad para el tribunal o árbitro designados; de lo contrario cualquiera de las partes podría solicitar a un juez que ejecute las medidas cautelares que expresamente le solicite, sin que, la disposición de tales medidas hecha por un juez signifique la renuncia al convenio arbitral.

En consecuencia, tales particularidades las individualizan respecto del tratamiento que se les da regularmente desde la óptica de la justicia ordinaria. Y a más de lo indicado, la ejecución de las medidas cautelares en los procesos arbitrales presentan las siguientes particularidades:

4.3.1 La tutela cautelar solicitada *ante causam* a la justicia ordinaria

Pese a lo señalado con anterioridad, en la práctica común, debido a la especialidad del proceso arbitral en el cual la competencia sobre el asunto principal se decide apenas y en la audiencia de sustanciación, las solicitudes de medidas cautelares deben ser dirigidas a los jueces comunes. A estos efectos, son perfectamente aplicables las normas de la Sección 27 (De las Providencias Preventivas), del Título Segundo, Libro Segundo, del Código de Procedimiento Civil vigente (arts. 897–923), que determinan el juez competente para su adopción, las medidas que se pueden ordenar, los presupuestos de admisibilidad de las mismas y el procedimiento para su adopción.

La parte que solicita la medida cautelar *ante causam* debe tener presente que la medida preventiva que haya pedido y obtenido por intermedio del juez común (secuestro, retención, prohibición de ausentarse y la de enajenar bienes raíces), caducará si, dentro de quince días

de ordenada, no propone la demanda arbitral que pretenda la resolución del asunto principal, cosa que de ocurrir lo convertirá en responsable de los daños y perjuicios que tales medidas hubiesen causado al deudor. También deberá tener presente que, cualesquier medida ordenada, caducará igualmente, si la demanda arbitral en lo principal, se la deja de continuar durante treinta días, regulación que involucra tanto a las providencias provisionales como a las definitivas.

Cabe anotar, que en nuestra opinión, el hecho de que haya habido una solicitud previa y una decisión (provisional o definitiva) de los jueces comunes sobre la medida cautelar no impide que una vez iniciado el proceso de arbitraje y constituido el tribunal correspondiente, puedan solicitarse las medidas correspondientes a este último. Adicionalmente, cabe precisar que si antes del inicio del juicio arbitral se ha ordenado una medida cautelar, quien ordenó, sería el único competente para decidir sobre cualquier cuestión que tenga que ver con la modificación o la revocatoria de la medida dispuesta. Esto quiere decir, que el tribunal arbitral que posteriormente conozca del juicio principal no podría tomar ninguna decisión sobre la revocatoria o modificación de la medida cautelar previamente ordenada por el juez ordinario, salvo que dejen de concurrir los supuestos connaturales a la existencia de dichas medidas, esto es el riesgo del acreedor, y, la oportunidad y proporcionalidad de la medida.

4.3.2. La potestad de los árbitros para ejecutar las medidas cautelares depende de la voluntad de las partes

La norma general establecida en la Ley Arbitraje y Mediación vigente es la de que los árbitros pueden ordenar pero no ejecutar las medidas cautelares que dispongan, a menos que las partes así lo hayan establecido en el convenio de arbitraje. Esto nos lleva a realizar una distinción: por un lado está el aspecto declarativo de las medidas cautelares y, por otro, el aspecto ejecutivo de las mismas, es decir, una cosa es ordenar la medida cautelar y, otra bien distinta, ejecutarla. Ambas facultades forman parte del concepto unitario de la jurisdicción: poder de administrar justicia y para ejecutar lo juzgado.

La pregunta que surge, entonces, es, ¿pueden separarse el poder declarativo y el poder ejecutivo de los árbitros en la adopción de medidas cautelares sin afectar el concepto de jurisdicción?

Hay autores como GARCIMARTIN que señalan que sí es posible que el árbitro decida sobre el contenido de la medida cautelar a adoptar y que, para el caso de que no sea cumplida en forma voluntaria por la parte, se recurra al juez para pro- cláusula arbitral¹¹⁰.

Otros autores se muestran contrarios a la posibilidad de disociar el poder de ordenarla medida y el poder de ejecutarla. Alegan que el *imperium* se compone de elementos que están inseparablemente unidos a la *iurisdictio*, de ahí que no quepa separarlos.

En mi opinión, el hecho de que los árbitros carezcan de *imperium* y de que el poder ejecutivo recaiga de manera exclusiva en manos de los jueces ordinarios no afecta el

¹¹⁰ VER MÁS O BIBLIOGRAFÍA REFERIDA: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional”, Madrid, McGraw/Hill, 1996, pág. 188.

concepto unitario de la jurisdicción ni impide, -teóricamente hablando- que los árbitros puedan ordenar las medidas cautelares aun cuando tengan que ser los jueces quienes procedan a su ejecución. Esto implica reconocer necesariamente que, en la adopción de toda medida de cautela haya una fase declarativa –solicitud y adopción- y una ejecutiva. Por tanto, es perfectamente factible atribuir la competencia para cada una de estas etapas a un órgano distinto. La etapa declarativa se atribuye a los árbitros y la ejecutiva a los jueces. La misma diferencia existe respecto a la facultad de los árbitros para expedir un laudo. Los árbitros tampoco tienen poder para ejecutar el laudo, pero nadie duda que están perfectamente legitimados para resolver el fondo del asunto, es decir, no se les priva de la competencia para dictar la decisión definitiva. En consecuencia, no existe obstáculo alguno para que, respecto de las medidas cautelares se actúe de igual manera que como si se tratara del fondo del asunto, atribuyendo poder a los árbitros para ordenarlas del mismo modo que tienen potestad para dictar un laudo que ponga fin a la controversia.

No obstante lo dicho, hay que señalar una diferencia importante: no es posible dar el mismo tratamiento a las órdenes en materia cautelar que a los laudos arbitrales. Estos últimos tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, en cambio que las órdenes cautelares son provisionales y pueden ser modificadas o dejadas sin efecto, además tampoco existe un sistema análogo al Convenio de Nueva York de 1.958 que permita la ejecución por los jueces de las órdenes dictadas por los árbitros en materia cautelar, posibilidad limitada solamente a los laudos arbitrales finales.

Nuestra Ley de Arbitraje prevé expresamente la posibilidad de que la parte interesada – siempre que en el convenio arbitral no se haya atribuido al árbitro la potestad de ejecutar la

medida- solicite del juez ordinario la ejecución de la medida acordada por un tribunal de arbitraje. La ley admite de esta forma el poder declarativo del árbitro en materia cautelar y la posibilidad de que se recurra a la autoridad judicial para la ejecución de las medidas cautelares. Se pone así de manifiesto la diferencia entre, por un lado, el poder declarativo de los árbitros para ordenar las medidas cautelares y, por otro, el poder ejecutivo de los jueces para hacerlas efectivas.

Importante es destacar que esta diferencia queda, en definitiva, sometida a la voluntad de las partes que pueden, expresa o tácitamente, excluirles a los árbitros la potestad de tomar decisiones sobre medidas cautelares.

La exclusión expresa tiene lugar cuando las partes manifiestan su voluntad de que la tutela cautelar en el arbitraje sea prestada exclusivamente por la justicia ordinaria y así debe quedar claramente señalado en el convenio arbitral.

La otra manera de excluir la potestad cautelar de los árbitros es de manera implícita. Esto ocurre cuando las partes deciden acudir al arbitraje institucional y el reglamento de arbitraje de la institución o Centro de Arbitraje encargado de la gestión del arbitraje no contenga regulaciones expresas sobre la posibilidad de que los árbitros puedan tomar decisiones en materia de medidas cautelares.

Afortunadamente, nuestra LAM permite que los árbitros ordenen medidas cautelares y que la voluntad de las partes se exprese en el convenio arbitral otorgándoles la potestad de ejecutarlas sin tener que recurrir a los jueces ordinarios. De este modo, se presupone el poder de los árbitros para disponer medidas cautelares y la manifestación expresa de la

voluntad de las partes para que los árbitros puedan tener potestades ejecutivas respecto a las medidas ordenadas por ellos mismos.

4.3.2.1 Los presupuestos para la concesión de las medidas cautelares

La adopción de las medidas cautelares dependerá de que el peticionario acredite la concurrencia de los presupuestos necesarios. En este sentido, al referirse el artículo 9 de la LAM a la posibilidad de solicitar y adoptar las medidas “*que se consideren necesarias para cada caso*”, se está refiriendo implícitamente al presupuesto del *fumus boni iuris*, como presupuesto cuya concurrencia debe justificarse. Es decir, sea idónea para garantizar los bienes materia del proceso o asegurar el resultado de éste, debiendo para ello, presentar los datos, argumentos y en su caso, las justificaciones documentales que conduzcan al árbitro, sin llegar a prejuzgar el fondo del asunto, a tomar una decisión favorable a su petición.

Por otro lado, aunque el artículo 9 de la LAM no se refiere al presupuesto del *periculum in mora*, al solicitar una medida cautelar, el peticionario deberá acreditar la concurrencia de este presupuesto en los términos que se derivan del artículo 899 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto al presupuesto de la garantía o contracautela, el artículo 9 de la LAM no lo considera como necesario. La norma dispone que “*los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida*”. Sin embargo, aunque la ley no considere necesaria su constitución a juicio del árbitro, ello no significa que el peticionario de la medida no deba ofrecer la constitución de la garantía. Dicho ofrecimiento debe realizarse, sin perjuicio de que los árbitros, al resolver sobre la petición de la medida, no consideren necesaria la constitución de la contracautela.

En cuanto a los efectos de las medidas cautelares respecto a los sujetos a los que pueden afectar, la Ley no establece ningún tipo de limitación, esto es, permite que los árbitros puedan decidir la adopción de medidas cautelares que afecten tanto a las partes del procedimiento arbitral, así como a terceros.

4.3.1.2 Algunos aspectos formales sobre la petición de medidas cautelares a los árbitros

Para que los árbitros puedan ordenar la medida cautelar es necesaria la petición expresa de parte interesada, los árbitros no deciden de oficio. Esta necesidad de petición tiene su fundamento en el propio ámbito de la institución arbitral, en la medida en que el arbitraje es una institución heterocompositiva para la resolución de controversias en el ámbito del Derecho Privado y en que nuestro sistema procesal aplica el principio de “justicia rogada”, esto es, actúa por lo general, a petición de parte.

En cuanto a la forma y contenido de la solicitud de medidas cautelares a los árbitros, la LAM guarda silencio al respecto, pero, pensamos que puede aplicarse al procedimiento arbitral, la regulación del Código de Procedimiento Civil sobre la solicitud de medidas preventivas a la justicia común. Consecuentemente, la solicitud dirigida al árbitro, deberá formularse con claridad y precisión, justificando adecuadamente la concurrencia de los presupuestos exigidos para su adopción por el artículo 899 del CPC al que nos hemos referido con anterioridad. Esto es, que el peticionario deberá acompañar a la solicitud los documentos probatorios que la apoyen y que permitan la adopción de la medida y también, creemos que será necesario el ofrecimiento de la garantía, dejando al criterio de los árbitros fijar el tipo de garantía y su monto.

Otro aspecto de interés procesal en cuanto a la solicitud, es el relativo al momento en que pueden solicitarse las medidas cautelares a los árbitros. En nuestra opinión, las decisiones arbitrales sobre la tutela cautelar sólo podrán ser tomadas una vez que los árbitros hayan constituido el tribunal correspondiente. Con anterioridad a esta fase del proceso arbitral, cualquier decisión sobre medidas cautelares deberán ser tomadas por los jueces ordinarios.

Siguiendo con el examen del momento en que pueden solicitarse las medidas cautelares, se hace necesario establecer que con la expedición del laudo terminan las actuaciones arbitrales y cesa la competencia de los árbitros. Por lo tanto, a partir de este momento, si la parte que ha obtenido un laudo a su favor pretende la adopción de una medida cautelar, la solicitud deberá realizarla ante la justicia ordinaria. Esto no obstante, si emitido el laudo, las partes pretenden su aclaración o ampliación o la corrección de errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar en los términos previstos en el artículo 30 de la LAM, en la medida en que la actuación de los árbitros no ha terminado todavía (pues las peticiones presentadas conforme a lo establecido en el artículo 30 serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación), creemos que la eventual solicitud de medidas cautelares deberá dirigirse al tribunal arbitral.

4.3.1.3 El principio de la bilateralidad y la contradicción en las medidas cautelares adoptadas por los árbitros

El artículo 9 de la LAM no prevé ningún aspecto relativo al procedimiento que debe seguir un árbitro para decidir sobre la medida cautelar que se le solicita. En este caso, pensamos que, en cuanto al régimen de contradicción, también puede acudirse a la regulación procesal general del CPC. De esta manera, las medidas que se adopten, se las hará

provisionalmente, inaudita parte aunque posteriormente deberá ofrecerse al sujeto pasivo de la medida, la posibilidad de oposición a la medida cautelar, incluso concediendo un término de prueba de conformidad con lo regulado por el artículo 902 del CPC. Estas consideraciones permiten indicar que las partes deberán ser tratadas en igualdad de condiciones dándole a cada una de ellas la oportunidad de ejercer su legítimo derecho a la defensa y de hacer valer sus respectivos derechos. Este régimen de contradicción diferida implica conceder al sujeto afectado con la medida, peticionario deberá acompañar a la solicitud los documentos probatorios que la apoyen y que permitan la adopción de la medida y también, creemos que será necesario el ofrecimiento de la garantía, dejando al criterio de los árbitros fijar el tipo de garantía y su monto.

Otro aspecto de interés procesal en cuanto a la solicitud, es el relativo al momento en que pueden solicitarse las medidas cautelares a los árbitros. En nuestra opinión, las decisiones arbitrales sobre la tutela cautelar sólo podrán ser tomadas una vez que los árbitros hayan constituido el tribunal correspondiente. Con anterioridad a esta fase del proceso arbitral, cualquier decisión sobre medidas cautelares deberán ser tomadas por los jueces ordinarios.

Siguiendo con el examen del momento en que pueden solicitarse las medidas cautelares, se hace necesario establecer que con la expedición del laudo terminan las actuaciones arbitrales y cesa la competencia de los árbitros. Por lo tanto, a partir de este momento, si la parte que ha obtenido un laudo a su favor pretende la adopción de una medida cautelar, la solicitud deberá realizarla ante la justicia ordinaria. Esto no obstante, si emitido el laudo, las partes pretenden su aclaración o ampliación o la corrección de errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar en los términos previstos en el artículo 30 de la LAM, en la medida en que la actuación de los árbitros no ha terminado todavía (pues las

peticiones presentadas conforme a lo establecido en el artículo 30 serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación), creemos que la eventual solicitud de medidas cautelares deberá dirigirse al tribunal arbitral.

4.3.1.4 El principio de la bilateralidad y la contradicción en las medidas cautelares adoptadas por los árbitros

El artículo 9 de la LAM no prevé ningún aspecto relativo al procedimiento que debe seguir un árbitro para decidir sobre la medida cautelar que se le solicita. En este caso, pensamos que, en cuanto al régimen de contradicción, también puede acudirse a la regulación procesal general del CPC. De esta manera, las medidas que se adopten, se las hará provisionalmente, inaudita parte aunque posteriormente deberá ofrecerse al sujeto pasivo de la medida, la posibilidad de oposición a la medida cautelar, incluso concediendo un término de prueba de conformidad con lo regulado por el artículo 902 del CPC.

Estas consideraciones permiten indicar que las partes deberán ser tratadas en igualdad de condiciones dándole a cada una de ellas la oportunidad de ejercer su legítimo derecho a la defensa y de hacer valer sus respectivos derechos. Este régimen de contradicción diferida implica conceder al sujeto afectado con la medida, la oportunidad suficiente para que pueda oponerse la medida y justificar el motivo de su contradicción.

4.3.1.5 La ejecución de los laudos provisionales sobre medidas cautelares

La falta de poder coercitivo de los árbitros les impide ejecutar sus propias órdenes sobre medidas cautelares. La LAM reserva a los árbitros la actividad declarativa en materia

cautelar, pero la actividad ejecutiva posterior corresponde necesariamente a los jueces, salvo que las partes hayan dispuesto lo contrario en el convenio arbitral.

En cuanto a la determinación del órgano jurisdiccional competente para la ejecución del laudo provisional sobre medidas cautelares, el artículo 9 de la LAM señala que la competencia corresponde al juez ordinario del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas y, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos 302 y 898 del Código de Procedimiento Civil, la ejecución de las medidas cautelares así como de las sentencias, se pedirá siempre al juez de primera instancia.

Ahora, toca determinar qué facultades tienen los jueces cuando les toca ejecutar una medida cautelar ordenada por un tribunal de arbitraje, es decir, debemos conocer si los jueces al ejecutar las medidas deben limitarse a hacer cumplir lo ordenado por los árbitros o si, por el contrario, están facultados para revisar el fondo del asunto.

En el arbitraje nacional está fuera de lugar que los jueces comunes se nieguen a ejecutar las medidas cautelares dispuestas por los tribunales de arbitraje –sean institucionales o independientes-, puesto que entre las decisiones judiciales y las arbitrales existe sustancial equivalencia. Dicho de otro modo, los jueces carecen de competencia para volver a analizar el fondo de la decisión tomada por los árbitros en materia cautelar, aun cuando la estimen equivocada o crean que no era el órgano apropiado para ordenarla. Simplemente deben limitarse a ejecutarla, si es que son competentes en razón del territorio, pues para ejecutar las medidas cautelares se recurre al juez ordinario de primera instancia del lugar donde se encuentren los bienes o del lugar donde sea necesario ejecutar la medida. Como dice CARMIGNIANI: *“Ese es el régimen creado por la ley ecuatoriana tratándose de la*

ejecución de laudos (art. 32 de la LAM), el cual debe ser aplicado por analogía pues las medidas cautelares pueden considerarse laudos provisionales”¹¹¹.

En lo que respecta a la ejecución de una medida cautelar dispuesta dentro de un arbitraje internacional, nuestra legislación de arbitraje establece en el artículo 42 que los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional tienen los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional. Ya hemos visto que la ley impide –en materia de ejecución de laudos nacionales– que los jueces ordinarios revisen el fondo de la decisión tomada por los árbitros al disponer una medida cautelar. Por lo tanto, en virtud de la equivalencia de efectos entre laudos nacionales e internacionales en el Ecuador, ni siquiera sería necesario el exequátur (reconocimiento o ejecución de las sentencias arbitrales) al que se refieren los artículos III y IV de la Convención de Nueva York. Más aun, algunos tratadistas sostienen que “*parece equivocado que se intente ejecutar vía la Convención de Nueva York –que está diseñada para ejecutar laudos finales– para ejecutar lo que en su esencia no es una medida final, sino temporal y que puede ser modificada por los árbitros*”¹¹².

Con todo, una alternativa para la ejecución de medidas cautelares, considerándolas como laudos provisionales, es la de acudir a la aplicación de las mismas reglas que, para la ejecución de laudos internacionales, contiene nuestra LAM.

En cuanto tiene que ver con los laudos provisionales extranjeros, el referido artículo 42 de la LAM no trata sobre su ejecución, ni siquiera los menciona, pues se limita a regular la ejecución de laudos definitivos expedidos en arbitrajes internacionales y su equiparación

¹¹¹ CARMIGNIANI, Eduardo: “Medidas Cautelares en el Arbitraje”. Ponencia expuesta en el Primer Congreso Nacional de Arbitraje en el Ecuador, 5 y 6 de junio de 2000, pág. 6.

¹¹² Francisco GONZALEZ de COSSÍO,: “Arbitraje”. Obra cit., pág. 375.

con los laudos nacionales. En estos casos, para la ejecución de laudos cautelares extranjeros sí se vuelve necesario obtener el exequátur al que se refiere el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil que exige, además del cumplimiento de los requisitos que determinan las Convenciones y Tratados Internacionales suscritos por el país, que la decisión a ejecutar no contravenga al Derecho Público ecuatoriano.

4.3.1.6 Vigencia de la eficacia de las medidas cautelares adoptadas por los árbitros

En cuanto a la eficacia de las medidas cautelares adoptadas en sede arbitral, debemos señalar que las mismas se mantienen en vigor durante la pendency del procedimiento arbitral. Sin embargo, por ser de naturaleza revocable, si se produce la alteración o la desaparición de los presupuestos que justificaron su adopción de la medida, los árbitros – previa petición de parte- deben modificar o revocar las medidas ordenadas.

Por otro lado, la decisión final que tomen los árbitros al decidir el asunto principal del debate, afectará indudablemente la eficacia de las medidas cautelares adoptadas. Así, si el laudo es desfavorable a la parte que obtuvo la medida, ésta necesariamente debe perder su eficacia pues el laudo pone de manifiesto la ausencia del *fumus bonis iuris* que justificó su adopción. Una vez que el laudo quede firme, deberán levantarse y se declararán canceladas todas las medidas preventivas.

Por supuesto que, en el evento de que la sentencia arbitral sea favorable al acreedor que obtuvo las medidas cautelares en su beneficio, éstas deben mantenerse y no perder eficacia hasta que se cumpla voluntariamente la obligación que manda a cumplir el laudo a cargo

del deudor o en su defecto, mientras dure la etapa de ejecución del fallo arbitral ante la justicia ordinaria, mediante la aplicación de la vía de apremio.

CONCLUSIONES

1. El arbitraje está considerado en la actualidad como el método más idóneo para la solución de conflictos *inter partes*, toda vez que las ventajas que presenta frente a la justicia común lo vuelven un sistema más expeditivo que el judicial, particularmente en los litigios de naturaleza comercial. No obstante, el proceso arbitral conlleva un tiempo más o menos considerable, durante el cual, tal como sucede en el proceso judicial, pueden surgir ciertos riesgos para las partes que pueden poner en peligro sus expectativas en el litigio. Frente a esta eventual situación que en la práctica ocurre muy a menudo, se vuelve necesaria la adopción de medidas cautelares que aseguren que la justicia, a través del laudo arbitral o de la sentencia judicial, en su caso, logren el cumplimiento eficaz de su cometido.
2. Las medidas cautelares tienen como objeto fundamental asegurar la plena efectividad de la sentencia o del laudo que en su momento se pueda expedir. Su adopción mantiene el equilibrio entre las partes mientras se desarrolla el trámite del proceso, al neutralizar los daños que la duración normal o anormal del procedimiento pudieran causar, al mismo tiempo que aseguran el derecho a obtener una sentencia efectiva.
3. Tanto el laudo arbitral como la sentencia judicial, para poder ser tales, requieren de un previo proceso que en ambas instituciones responde básicamente a un mismo modelo, y en donde ambas – sobre la base de un proceso – tienen como propósito esencial la solución pacífica de los conflictos intersubjetivos de intereses, y en donde el proceso instaurado en ambos sistemas concluye con una decisión final que tiene efectos de cosa juzgada, elemento jurisdiccional que las identifica. Por tanto, no debe causarnos extrañeza que el Estado provea a ambos sistemas jurisdiccionales los mismos

mecanismos de protección para proteger las expectativas de las partes litigantes mientras dure el desarrollo del proceso. Estos mecanismos de protección son las medidas cautelares.

4. En el proceso civil ecuatoriano las medidas preventivas o cautelares (llamadas por la ley “medidas precautorias”) adoptan la forma de incidentes que se ordenan dentro del trámite propio de los procesos ejecutivos o en la fase de ejecución de los procesos declarativos y en tal virtud, no son medidas autónomas sino que pertenecen al mismo proceso en el que son ordenadas y sirven para garantizar sus resultados. Pero también pueden dar base a un proceso independiente cuando tales medidas se peticionan antes de la presentación de la demanda respecto del juicio principal, en cuyo caso, de conformidad con el artículo 897 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se someten a una tramitación propia, por cuerda separada, es decir, configurando un proceso cautelar, totalmente autónomo en cuanto a su procedimiento, pero, dependiente, a su vez, de la existencia de un juicio principal respecto del cual aseguran el cumplimiento de la sentencia definitiva que recaiga en este último proceso.

5. Las medidas cautelares presentan una serie de características que las particularizan, ya sea que se dispongan en un proceso judicial o en uno arbitral. Estas características son: la instrumentalidad, la provisionalidad, su temporalidad, son restringidas al objeto del litigio, son urgentes, proporcionales, flexibles y se ordenan a petición de parte y sin oír previamente a la parte contraria (*inaudita parte*). Son instrumentales porque dependen o porque son accesorias de un proceso principal cuyo resultado final aseguran. Son provisionales porque sus efectos tienen un límite de tiempo, un *dies ad quem* representado por el momento en que adquiere carácter firme la resolución pronunciada en el proceso principal. Son restrictivas y se aplican exclusivamente sobre el objeto del litigio, para evitar la extensión desmedida que puede alcanzar este tipo de medidas en perjuicio de alguna de las partes. Son urgentes, porque deben aplicarse de inmediato, en virtud de su función asegurativa frente a un daño inminente cuya eventualidad se teme. Son proporcionales, porque tienen que ser expedidas acordes con el fin perseguido, esto es, solo para garantizar la decisión que en su momento se dicte en el juicio principal.

Son flexibles o mutables, porque pueden ser sustituidas, modificadas, reducidas, ampliadas o revocadas, en la medida que cambie el estado de cosas para el cual fueron dictadas. Se decretan a instancia de parte y sin oír a la parte contraria, para evitar que el deudor se entere de la medida dispuesta y realice actos que le otorguen la posibilidad de desaparecer u ocultar los bienes objeto de la medida cautelar. No escuchar a la contraparte antes de dictar la medida no implica desconocer o menguar su derecho a la defensa, pues el deudor puede ejercerlo ampliamente después de ejecutada la medida.

6. Según nuestro Código de Procedimiento Civil, el juez o el árbitro pueden ordenar cualesquiera de las siguientes medidas cautelares: la prohibición de enajenar, la retención, el secuestro preventivo, el arraigo, el secuestro de bienes raíces y el embargo de bienes raíces. Pero, el árbitro, además, está facultado por la ley para disponer cualesquier otra medida “*que considere necesaria para cada caso*”, es decir, con base en su prudencial arbitrio podrá escoger aquella medida que aunque no esté prevista puntualmente en la ley procesal común, la considere la más apropiada para asegurar los bienes del proceso o las resultas del juicio principal.
7. Los jueces están obligados a ordenar las medidas cautelares expresamente previstas en el Código de Procedimiento Civil, sin que puedan salirse de dicho marco normativo. En cambio, según el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el árbitro – en Ecuador – los árbitros pueden adoptar además de las medidas cautelares establecidas en el Código Procesal Civil, aquellas otras (innominadas) que estimen necesarias para proteger los bienes materia del litigio o los resultados de éste.
8. Pese a que la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador atribuye las mismas facultades tanto a los jueces ordinarios como a los árbitros, respecto de las medidas cautelares, debido al proceso establecido para el arbitraje (en el que los árbitros se pronuncian sobre su competencia en la audiencia de sustanciación y no antes), para la adopción de medidas cautelares antes del inicio del proceso de arbitraje son competentes los jueces comunes y se impone al solicitante como requisito que en el término de quince días

después de ordenada la medida preventiva presente la demanda que dé inicio al juicio arbitral, so pena de que caduque la medida.

9. Si las medidas se piden durante el desarrollo del proceso arbitral, es decir a los árbitros, el solicitante debe justificar la concurrencia del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* para lograr su admisibilidad, quedando a criterio del árbitro exigir una contra cautela o garantía a quien solicite la medida para cubrir su costo así como la eventual indemnización de perjuicios a la parte afectada con ella.

10. De conformidad con el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, los árbitros – en Ecuador – gozan de amplias facultades para ordenar medidas cautelares, ya sean las taxativas que prescribe el Código de Procedimiento Civil o ya sea, aquellas que a su entera discreción consideren necesarias para cada caso. No obstante esta amplitud, las medidas tienen un límite: se ordenarán en tanto y en cuanto cumplan con el objeto del proceso arbitral, esto es, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar su resultado, vale decir, la efectividad del laudo. También permite que los árbitros a su total discreción y si lo estiman necesario exijan una garantía o contra-cautela a quien solicite la medida de protección, a fin de asegurar los costos de ella y la indemnización de perjuicios en caso de que su pretensión en lo principal sea desechada. También la parte afectada con la medida puede solicitar la suspensión de esta rindiendo caución suficiente a juicio del tribunal.

RECOMENDACIONES

1. Se sugiere una reforma al artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación que señale expresamente si es que antes de que el tribunal arbitral se instale y califique su competencia, puede o no ordenar medidas cautelares o si se debe recurrir necesariamente a los jueces ordinarios para pedir medidas preventivas.
2. El arbitraje debe ser promovido desde el ámbito académico, en las aulas universitarias, con el fin de elevarlos a una categoría de práctica común en el escenario procesal ecuatoriano.
3. Para que las medidas cautelares dentro de un proceso de arbitraje cumplan sus objetivos y fines, es necesario reformar la Ley de Mediación y Arbitraje, a fin de que los árbitros sean quienes ejecuten tales medidas, siempre y cuando en el convenio arbitral se establezca categóricamente el sometimiento a dicha jurisdicción.

BIBLIOGRAFÍA

- ANCHARTE RULLE, Marlene, Teoría del Conflicto y Análisis del Conflicto, Junio 2.003.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio. “El Juicio arbitral”, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1.958, Colección de Estudios.
- BARRIOS DE ANGELIS DANTE, El Juicio Arbitral, Montevideo, 1.956.
- CAIVANO ROQUE, Arbitraje, Buenos Aires, Villela Editor, 2.000
- CALDERÓN CUADRADO, M.P.: “Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil”, Madrid, Civitas, 1.992.
- CARMIGNIANI, Eduardo: “Medidas Cautelares en el Arbitraje”. Ponencia expuesta en el Primer Congreso Nacional de Arbitraje en el Ecuador, 5 y 6 de junio de 2.000.
- CARNELUTTI, Francisco, Sistema de Derecho Procesal Civil, Uteha, Argentina.
- CARNELUTTI, Francisco: “Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano”, Barcelona, 1.942, T. I.
- CARNELUTTI, Francisco: “Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano”, Barcelona, 1.942, T. I.
- CARNELUTTI, F.: “Derecho Procesal Civil y Penal”, T. I. Edit. EJEA, Buenos Aires, 1.971. |

CALAMANDREI, Piero: “Introducción al Estudio Sistemático del Procedimiento Cautelar”, Padua, 1.936 (Trad. de SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1.945).

CALAMANDREI: “Estudios sobre el Proceso Civil”, Título “El dispositivo psicológico de las medidas cautelares”, EJEA, traduc. SENTÍS MELENDO.

CARRERAS LLANSANA: “Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en “Estudios de Derecho Procesal” –con FENECH NAVARRO-, Edit. Librería Bosch, Barcelona, 1.962

CHIOVENDA: “Instituciones...”, Teoría del Proceso Cautelar. Edit. Temis, De Palma, Bogotá-Buenos Aires, 1.977.

CRUZ BAHAMONDE, Armando: “Las acciones del acreedor”. Cap. IX: “La acción cautelar en la doctrina y en el derecho positivo ecuatoriano”. Edino, 1.992, Guayaquil.

DE LÁZZARI, Eduardo: “Medidas Cautelares”, T. I., Segunda Edic., Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1.995.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “Tratado de Derecho Procesal Civil” T. IV, Bogotá, Temis, 1.964.

DI IORO, Alfredo J.: “Teoría General de las Medidas Cautelares”, Artículo publicado en el Libro: “*Temas de Derecho Procesal*”, Desalma, Buenos Aires, 1.985.

DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, Edición Espasa Calpe S. A., Madrid 2.002.

DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, Cabanellas Guillermo, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1980.

SCARTÍN NÚÑEZ: “Las medidas cautelares innominadas o atípicas”, en “*Estudios de Derecho Procesal en homenaje a los profesores Herce Quemada y Duque Barraqués*”, Zaragoza, Institución Fernando El Católico, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1.983.

GRAN DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO VISUAL, Edición Edidac, 1.995.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional”, Madrid, McGraw/Hill, 1.996.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco: “Arbitraje”. Edit. Porrúa, México, 2.004.

MARINÉS SUÁREZ, La Comunicación Humana en mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas, Buenos Aires, Paidós, 1.996.

MARTÍNEZ BOTOS, Raúl: “Medidas Cautelares”. Edit. Universidad, Buenos Aires, 1.994

PALACIO, Lino: “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, 1.967-1.972.

PODETTI, Ramiro J.: “Tratado de las Medidas Cautelares”, Ediar, Buenos Aires, 1969.

ROQUE CAIVANO, Negociación. Conciliación y Arbitraje Mecanismos Alternativos para la resolución de conflictos, Apenac, Lima, Perú.

ROBBINS, Comportamiento Organizacional. Conflicto, negociación y Comportamiento entre grupos 1.999, México.

SALCEDO VERDUGA ERNESTO, El Arbitraje: La Justicia Alternativa, Editorial Jurídica Míguez Mosquera, 2.001.

PODETTI, Ramiro: “Tratado de las medidas cautelares”. EDIAR, Buenos Aires, 1.969, T. IV.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: “Derecho Procesal Civil”. Librería Bosch, Barcelona, 1.986.

REDDENTI, Enrico: “Derecho Procesal Civil”, Milán, 1.952-1.953, T. III.

ROCCO, Ugo: “Tratado de Derecho Procesal Civil”. V –Parte Especial.

TROYA CEVALLOS, Alfonso: “Elementos de Derecho Procesal Civil”, Pudeleco Editores, 2.002, Quito, T. I.