

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros

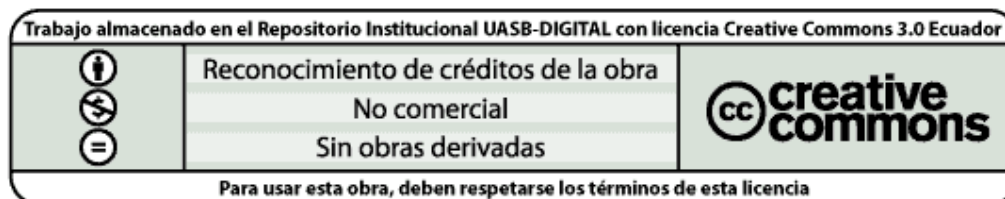
## **Las medidas cautelares en el proceso arbitral**

### **Eficacia estratégica en el sistema ecuatoriano**

Mauro Alejandro Naranjo Benítez

Tutora: Ana Carolina Donoso Bustamante

Quito, 2018



## **CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS**

Yo, Mauro Alejandro Naranjo Benítez, autor de la tesis intitulada *Las Medidas Cautelares en el Proceso Arbitral: Eficacia Estratégica en el Sistema Ecuatoriano* mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 26 de abril de 2018

Firma: .....

## RESUMEN

El arbitraje como método alternativo de solución de conflictos cada vez adquiere mayor fuerza y preeminencia al ser uno de los medios más utilizados para la solución de controversias en litigios de carácter comercial.

Al igual que en la vía jurisdiccional, en el proceso arbitral resulta necesaria la adopción de medidas cautelares que aseguren la justicia a través de la resolución final; de manera que las partes que someten sus conflictos a este tipo de procedimiento tengan la seguridad de la efectividad del laudo.

Para lograr la seguridad jurídica y eficacia al momento de ejecutar un laudo, el procedimiento arbitral, como todo proceso heterocompositivo, permite la adopción de medidas cautelares con la finalidad de salvaguardar derechos, y evitar la frustración del fallo durante la tramitación del proceso.

Sin perjuicio de lo anterior, el proceso arbitral conlleva ciertas particularidades a analizar que son necesarias de tomar en cuenta al momento de solicitar medidas precautorias, pues no se manejan de la misma forma que en los procesos de sede judicial. La falta de *imperium* de los árbitros, desencadena una serie de situaciones que limitan en cierta medida la agilidad en la ejecución de las medidas cautelares.

Finalmente, valiéndonos de algunas situaciones prácticas o comunes, podremos analizar determinados escenarios que se presentan al momento de realizar estas actuaciones, y como llegar a obtener el máximo de eficacia al momento de solicitar medidas preventivas dentro del proceso arbitral ecuatoriano.

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios que me lo da todo; a mis padres, Napo y Rosy, por su guía y apoyo en cada circunstancia de mi vida; a Janny, quien con amor y tenacidad me acompaña e impulsa para obtener mis metas; y, a mi tutora, Ana Carolina, por la colaboración y amistad para la realización de este trabajo.

## **DEDICATORIA**

A mis maestros, por el conocimiento transmitido; y, a la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, institución que continuamente busca la excelencia.

## Tabla de contenido

<b>Introducción .....</b>	<b>9</b>
<b>Capítulo primero.....</b>	<b>11</b>
<b>Nociones generales de las medidas cautelares .....</b>	<b>11</b>
1. Concepto de las medidas cautelares.....	11
2. Naturaleza jurídica de las medidas cautelares .....	15
3. La tutela judicial efectiva y el debido proceso como principios y garantías procesales básicas .....	16
4. Características de las medidas cautelares .....	19
a. Instrumentalidad .....	19
b. Provisionales o temporales .....	20
c. Proporcionales o restrictivas .....	23
d. Urgencia.....	25
e. Flexibilidad .....	27
f. Se decretan a instancia de parte .....	28
5. Tipos de medidas cautelares .....	31
a. De acuerdo a su finalidad.....	32
b. De acuerdo a la forma .....	33
6. Parámetros para dictar medidas cautelares .....	43
a. Fumus boni iuris o verosimilitud del derecho invocado.....	46
b. Periculum in mora o peligro en la demora.....	49
<b>Capítulo segundo.....</b>	<b>53</b>
<b>Nociones generales del arbitraje.....</b>	<b>53</b>
1. Reseña histórica y concepto.....	53
2. Características del Arbitraje.....	55
3. Naturaleza del arbitraje .....	57
a. Teoría contractualista.....	57
b. Teoría jurisdiccional .....	58
4. Ventajas y desventajas de los procesos arbitrales.....	61
a. Ventajas del proceso arbitral.....	61
b. Desventajas del proceso arbitral .....	63
5. Jurisdicción ordinaria y jurisdicción arbitral .....	65
a. Jurisdicción ordinaria.....	65

b. Jurisdicción arbitral.....	65
<b>Capítulo tercero .....</b>	<b>68</b>
<b>Particularidades de las medidas cautelares en los procesos arbitrales.....</b>	<b>68</b>
1. Análisis de la legislación comparada en la aplicación de medidas cautelares como proceso previo en el arbitraje .....	69
2. Aspectos sobre la solicitud de las medidas cautelares en el arbitraje .....	73
a. La medida cautelar ante causam .....	73
b. Ejecución de las medidas cautelares .....	76
3. Sobre la efectividad al requerir la tutela cautelar .....	79
4. Análisis de casos prácticos sobre el momento de la solicitud de medidas ....	84
5. Consideraciones al momento de otorgar las medidas cautelares .....	88
<b>Capítulo cuarto .....</b>	<b>91</b>
<b>Conclusiones y recomendaciones.....</b>	<b>91</b>

## Introducción

El proceso arbitral ha existido desde la época del Derecho Romano, esta figura era considerada como un mecanismo que servía para resolver las controversias que se suscitaban en aquel momento. Sin embargo, revestía una característica particular distinta de la del procedimiento actual, esto es, la inaplicabilidad de pactar acuerdos arbitrales a futuro.

El arbitraje básicamente nace por la necesidad de que un tercero imparcial dirima los distintos conflictos que se presentan entre las personas. Su concepto es definido por una serie de distinguidos autores que de forma general, sostienen que el proceso arbitral se origina en una convención que celebran las partes libremente, para someter ante la autoridad arbitral, cualquier controversia que entre ellas concretamente se haya producido.

De acuerdo a lo anterior, podemos manifestar que el arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos en el cual dos o más partes acuerdan someter la solución de sus conflictos a un tercero llamado árbitro, ya sea por expresa disposición de la ley o porque firmaron previamente un convenio arbitral.

La eficacia del proceso arbitral, así como sucede en la justicia ordinaria, en gran medida está sustentada en la capacidad de poder tutelar el objeto jurídico en disputa, y para ello cuenta con herramientas jurídicas como son las medidas cautelares; sin embargo, surge una preocupación práctica y es que, al contrario de la justicia ordinaria, en el procedimiento arbitral, las partes deben autorizar al árbitro para que éste tenga la facultad de dictar una medida cautelar como lo señala el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

La disposición legal evidencia claramente la falta de *imperium*<sup>1</sup> del árbitro, de manera que, si la parte demandante desea precautelar el adecuado cumplimiento del

---

<sup>1</sup> Tema de análisis en la investigación.



laudo arbitral por medio de una medida cautelar, y nada se estipuló al respecto en el convenio arbitral, deberá acudir a la justicia ordinaria para que sea un juez quien dicte la medida.

Las medidas cautelares como mecanismos de protección permiten asegurar la justicia, pues mantienen el equilibrio entre las partes mientras se desarrolla el proceso, aseguran el derecho a obtener una sentencia efectiva, y sobre todo garantizan el cumplimiento de la sentencia o laudo.

Ahora bien, cabe advertir que las medidas cautelares requieren de ciertas características como: ser sorpresiva, inmediata y efectiva, a fin de evitar que la otra parte tenga la posibilidad de tomar acciones que comprometan la ejecución del laudo.

Para muchos, el problema se genera cuando el sistema arbitral se encuentra subordinado al sistema de justicia ordinaria, y más aún, cuando el exceso de formalidades que se desarrollan como parte del proceso de requerimiento y ejecución de las medidas cautelares logra prevenir a la contraparte.

En este contexto, el presente estudio analiza el tipo de proceso que siguen los árbitros al momento de dictar una medida cautelar; la manera en que debe darse la actuación legal conforme a lo establecido por la legislación nacional y los requisitos que deben cumplirse, entre otros aspectos.

Asimismo, se investiga dentro del ámbito nacional, la problemática que se presenta en relación a las medidas cautelares como parte de un proceso arbitral. Se evalúa brevemente la justicia ordinaria frente a la justicia arbitral, y el papel supletorio que revela la ley procesal civil en materia de medidas cautelares dentro del arbitraje.

El análisis jurídico de este tema permitirá contar con información y análisis real, a fin de que los lectores puedan entender la aplicación de la normativa vigente y encontrar una respuesta clara sobre la eficacia de las medidas cautelares dentro del proceso arbitral ecuatoriano.

# Capítulo primero

## Nociones generales de las medidas cautelares

### 1. Concepto de las medidas cautelares

Las medidas cautelares comprenden aquellas decisiones o disposiciones adoptadas por la autoridad para prevenir las contingencias que puedan sobrevenir, antes o durante el desarrollo del proceso, sobre las personas, los bienes o los medios de prueba, con el propósito de garantizar la efectividad de la resolución final que se adopte.

Doctrinariamente, las medidas cautelares han sido definidas por diversos autores, entre sus principales tenemos: Para Calamandrei, las medidas cautelares son una “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma”.<sup>2</sup>

Enrique M. Falcón, siguiendo a los procesalistas Podetti y Alsina, nos dice que las medidas cautelares “son actos procesales del órgano jurisdiccional, adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo, o previamente a él, a pedido de los 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 ser no definido. La medida cautelar es una garantía jurisdiccional de la persona o los bienes para hacer eficaces las sentencias de los jueces”<sup>3</sup>.

Carnelutti, por su parte, denominó cautelar “al proceso cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar el buen fin de otro proceso”. Así pues, su esencia concierne la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

---

<sup>2</sup> Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, (Buenos Aires: Editorial Gráfica Argentina, 1945), 45

<sup>3</sup> Enrique M. Falcon, *Gráfica Procesal*, (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. IV, 2a. ed.), 14 y 15.

Siguiendo este lineamiento, Di Iorio advierte que 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”.<sup>4</sup>

González de Cossio, se refiere a las “medidas precautorias”, y las define como “herramientas utilizadas por tribunales [estatales o arbitrales] durante la consecución de un litigio o arbitraje que busca proteger la *litis* de la controversia durante el procedimiento buscando facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final”.<sup>5</sup>

Con un enfoque más amplio, Martínez Botos señala: “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 en el que se dicta la medida cautelar, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”.<sup>6</sup>

Finalmente, Devis Echandía, nos ilustra con la definición que hace la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas sobre las medidas cautelares: “Las medidas precautorias están destinadas a mantener una situación de hecho cuyo reconocimiento está siendo demandado al juzgador que ventila el asunto de fondo”.<sup>7</sup>

En cuanto a su nombre, la doctrina extranjera no tiene un criterio uniforme respecto a la naturaleza y denominación que debe asignársele a las medidas cautelares. Así, se habla indistintamente de “providencias cautelares”, “medidas

---

<sup>4</sup> Alfredo J. Di Iorio, *Teoría General de las Medidas Cautelares*, en Temas de Derecho Procesal. (Buenos Aires, Desalma 1985), 89.

<sup>5</sup> Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, (México: Edit. Porrúa), 200

<sup>6</sup> Raúl Martínez Botos, *Medidas Cautelares*, (Buenos Aires: Edit. Universidad, 1994) 28.

<sup>7</sup> Hernando Devis Echandía, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, (Tomo IV, Bogotá, Temis, 1964), 324.

precautorias”, “medidas de aseguramiento”, “medidas urgentes”, “medidas preventivas”, “medidas provisionales”<sup>8</sup>.

Muchos ordenamientos sustantivos y procesales de los distintos países americanos, utilizan indistintamente una u otra denominación. Por esta razón, la Convención Interamericana sobre el cumplimiento de medidas cautelares, en su artículo primero señala que, para los efectos de dicha Convención, las expresiones “medidas cautelares” o “medidas de seguridad” o “medidas de garantía” se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de 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 civil.<sup>9</sup>

En el derecho internacional de los derechos humanos, las medidas provisionales tienen fundamentalmente un carácter no solo “cautelar”, en el sentido de que preservan una relación jurídica, sino también “tutelar” por cuanto protegen derechos humanos; cuando se satisfacen los requisitos para aplicarlas, “se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo”<sup>10</sup>. De tal forma, las medidas cautelares, siempre y cuando reúnan los requisitos básicos de gravedad y urgencia, la práctica se caracteriza por desarrollar la función tutelar con el fin de evitar daños irreparables a la persona del beneficiario como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>11</sup>

Como este caso existen otros en los que la Corte ha expresado que “las medidas provisionales tienen un carácter no solo cautelar en el sentido de que

---

<sup>8</sup> Ernesto Salcedo Verduga, *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje*, (Universidad Santiago de Guayaquil, Ecuador: Guayaquil, 2006), 13

<sup>9</sup> Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares: suscrita por el Ecuador, el 8 de mayo de 1979 en Montevideo, aprobada por la Cámara Nacional de Representantes el 12 de marzo de 1982, publicada en el R.O. 240 del 11 de mayo de 1982.

<sup>10</sup> Sergio García Ramírez, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, (Universidad Autónoma de México, 2002), 129.

<sup>11</sup> Organización de Estados Americanos OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH, *Medidas Cautelares*, Módulo II, Proceso de Reforma de su Reglamento 2012, [http://www.oas.org/es/cidh/consulta/2\\_medidas.asp](http://www.oas.org/es/cidh/consulta/2_medidas.asp)

preservan una *situación jurídica*, sino fundamentalmente tutelar *por cuanto protegen derechos humanos*, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas”.<sup>12</sup> En este sentido, debemos considerar que las medidas cautelares son herramientas de gran trascendencia que deben dictarse de manera profunda y adecuada, pues en caso de que no se apliquen correctamente, pueden causar graves daños, además de violar derechos esenciales de la persona. Por este motivo, como veremos más adelante, en el caso del proceso arbitral, existen medidas que por razón de la materia no pueden ser acogidas.

El juez o árbitro debe basarse en principios o preceptos legales y constitucionales idóneos para dictar una medida cautelar (más adelante revisaremos estos parámetros), y asimismo exigir una garantía a la parte que solicita la medida, a fin de indemnizar a la parte afectada con la medida indebidamente solicitada.

De acuerdo con la Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional (LMU),<sup>13</sup> se entiende por medida cautelar toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: a) mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se dirima la controversia; b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; c) proporcione algún medio para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) preserve ciertos elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

En conclusión, conceptualmente podemos manifestar que las medidas cautelares, de seguridad, precautorias, de garantía o preventivas -como consta en

---

<sup>12</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, Resolución, 22 de abril 2004, Medidas Provisionales, Caso de la Cárcel de Urso Branco contra Brasil, considerando 4.

<sup>13</sup> Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, también conocida como UNCITRAL, por sus siglas en inglés o Ley Modelo UNCITRAL, Capítulo IV bis. Sección 1, Medidas cautelares, Artículo 17 (44º período de sesiones, Nueva York, enero 2006)

nuestra normativa-, tienen una doble función; por un lado, buscan preservar el derecho de las partes mientras se resuelve la *litis* o “mantener el status quo”; y por otra parte, permiten asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia o del laudo que se dicte, esto es, garantizar la eficacia de la función jurisdiccional.

## **2. Naturaleza jurídica de las medidas cautelares**

La naturaleza jurídica de las medidas cautelares, doctrinariamente, ha sido analizada desde un triple enfoque: 1) como acción cautelar, 2) como sentencia o providencia cautelar, y 3) como proceso cautelar.

Chiovenda señala que al momento de requerir la aplicación de una medida cautelar se lo hace a través del ejercicio de una acción. Sin embargo, considerando que la acción es una sola y por tanto no es susceptible de fraccionamiento, se puede excluir el concepto de acción cautelar. Esto quiere decir que la medida cautelar no comprende una acción en sí misma, sino que siempre será accesorio o parte de una acción principal.

Asimismo, según Salcedo, puede excluirse el concepto de sentencia cautelar, 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.<sup>14</sup> Pese a que no existe un criterio uniforme respecto a la naturaleza de las medidas cautelares, existe una tendencia de la doctrina actual a considerarlas como “proceso cautelar”.

Varios son los planteamientos enfocados desde una perspectiva procesal cautelar; un sector de la doctrina (Coltore, Chiovenda, Palacio) se inclina a reconocer su autonomía, porque sostienen que se tratan de providencias constitutivas con fines diferentes del proceso principal. Para otro sector (Carnelutti y Podetti por ejemplo), existe una naturaleza ejecutiva provisional, anticipada o preventiva, pero siempre dependiente de un proceso específico.

---

<sup>14</sup> Salcedo, *Las Medidas cautelares*, 12

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]”, pudiendo ser este último contencioso o voluntario, de conocimiento o de ejecución<sup>15</sup>. Concluye Carnelutti señalando que el proceso cautelar se introduce así, como *tertium genus*<sup>16</sup> del proceso contencioso, junto con el de cognición y el de ejecución. Mientras el proceso de cognición o de ejecución sirve para la tutela del derecho, el proceso cautelar, en cambio sirve para la tutela del proceso.<sup>17</sup>

El proceso cautelar tendrá siempre por finalidad garantizar el desarrollo o resultado del proceso, en virtud de la aplicación de ciertos instrumentos procesales conocidos como medidas cautelares.

Como hemos podido apreciar, no existe en la doctrina uniformidad de criterio respecto a la naturaleza de las medidas cautelares, aunque la tendencia es la de considerarlas como “proceso cautelar”. Sin embargo, vemos que existe consenso en cuanto a la finalidad, objeto, presupuestos y características de las medidas que, en definitiva, han sido recogidas por todas las legislaciones sustanciales y adjetivas del continente.<sup>18</sup>

### **3. La tutela judicial efectiva y el debido proceso como principios y garantías procesales básicas**

El Estado tiene la responsabilidad de ofrecer a los particulares una tutela judicial efectiva, por ello, a más de la justicia común, reconoce los métodos alternativos de solución de conflictos como procesos legítimos para la resolución de controversias.

---

<sup>15</sup> Francisco Carnelutti, *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*, (Barcelona, 1942, T.I), 86.

<sup>16</sup> Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, (Buenos Aires: Edit. Heliasta. 1980). Loe lat. Tercer género. Denominación que se aplica para caracterizar una posición distinta entre dos clásicas y al parecer irreducibles o únicas.

<sup>17</sup> Francisco Carnelutti, *Derecho Procesal Civil y Penal*, (Editorial Harla, Barcelona, T.I.), 413

<sup>18</sup> Salcedo, *Las medidas cautelares*, 14.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, la ley se apoya en el principio constitucional del artículo 75 que establece el derecho a la justicia y a la tutela efectiva, “con sujeción a los principios de inmediación y celeridad”, lo cual significa claramente que el Estado garantiza al ciudadano la sustanciación de un proceso que no debe alargarse más del tiempo necesario y razonable que disponen las mismas leyes procedimentales.

El derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, juegan un papel extremadamente importante, pues comprenden una serie de principios y garantías básicas de orden procesal entre los que se destacan el acceso a la administración de justicia y a la efectividad de las resoluciones judiciales.

La tutela judicial efectiva se entiende “como el derecho de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que este otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada –que se dirige a través de una demanda–, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión”.<sup>19</sup>

Este derecho constitucional al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, permite a los ciudadanos requerir del Estado el cumplimiento ineludible de garantías mínimas en la administración de justicia, como: la imparcialidad del juez, la inmediación y celeridad procesal, el derecho a la defensa, el cumplimiento de fallos judiciales, entre otros.

Para Pico I Junoy, el derecho a la tutela judicial efectiva, hace referencia a un contenido complejo que incluye aspectos tales como el derecho al acceso a los tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada y en sí, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, que comprenden sin duda la facultad de poder reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso, para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Vanesa Aguirre Guzmán, *El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos*, (Revista de Derecho, No. 14, UASB-Ecuador / CEN, Quito, 2010), 8.

<sup>20</sup> Pico I Junoy, J., *Las garantías constitucionales del Proceso*, (Barcelona. 1997), en José Sebastián Cornejo Aguiar, *Principio de Tutela Judicial Efectiva*, (Derecho Ecuador, 2015).



En este sentido, la tutela judicial efectiva tiende a cubrir de forma objetiva el lapso temporal que se produce entre los hechos que dan lugar al litigio y la resolución final de fondo. Las medidas cautelares, por su parte, son las encargadas de evitar el fallo frustrado y los daños inminentes, o ya iniciados, durante la tramitación del juicio. “Así pues, la tutela judicial no es tal, sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva recaída en la controversia judicial”<sup>21</sup>.

De ahí se desprende que el proceso arbitral sea un escenario en el que se debe asegurar el cumplimiento de los preceptos legales y constitucionales que permiten garantizar una resolución fundada en derecho. “Queda claro, en consecuencia, que es un derecho de carácter autónomo, independiente del derecho sustancial, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir del Estado la prestación del servicio de administración de justicia, y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no del derecho material”<sup>22</sup>.

La tutela judicial efectiva engloba un sinnúmero de principios esenciales que deben ser provistos por el Estado ante la vulneración de un derecho; además, será responsable por las faltas del órgano jurisdiccional, conforme la disposición del artículo 11 numeral 9 cuarto inciso de la constitución ecuatoriana y el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial, “el Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”.

De lo anterior, y con la finalidad de salvaguardar los derechos del accionante y garantizar la efectividad de la administración de justicia, se genera la actividad preventiva de la ley que permite proteger la situación de las partes en litigio y asegurar la ejecutabilidad de la decisión final. En este sentido la tutela judicial busca lograr que la decisión del órgano jurisdiccional o arbitral no llegue demasiado tarde,

---

<sup>21</sup> Jose Carlos Fernandez Rozas, *Arbitraje y justicia cautelar*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, (España, Vol. XXII, 2007), 24.

<sup>22</sup> Aguirre, *El derecho a la tutela*, 8.

pues trata de asegurar el éxito del proceso definitivo y evitar o prevenir las complicaciones derivadas de la duración de los procesos jurisdiccionales. Este medio constitucional preventivo es parte del origen y fundamento de las medidas cautelares.

#### **4. Características de las medidas cautelares**

Las medidas cautelares presentan una serie de características o particularidades, como son: instrumentalidad, provisionalidad, proporcionalidad, urgencia, flexibilidad, además, se ordenan a petición de parte y sin escuchar previamente a la parte contraria, lo que se conoce como *inaudita parte*.

##### **a. Instrumentalidad**

Las medidas cautelares son instrumentales o accesorias, pues al formar parte de un proceso (proceso cautelar), carecen de un fin en sí mismas, porque su existencia depende de un proceso principal en el cual se discute el fondo y respecto al cual pretenden asegurar o garantizar la efectividad de su fallo o sentencia.

El primero en destacar la importancia de esta característica fue Calamandrei. Para él la instrumentalidad era concebida en el sentido que las llamadas providencias cautelares “nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente unidas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente”.<sup>23</sup>

De ahí que, las medidas cautelares por sí mismas no tienen razón de ser, por tanto se consideran un instrumento de otro proceso, ya sea actual o futuro, pues nacen al servicio de una providencia definitiva. En palabras de Chiovenda, “la medida provisional actúa una efectiva voluntad de la ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de la ley”.<sup>24</sup>

En relación al tema, Devis Echandía, manifiesta lo siguiente:

---

<sup>23</sup> Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático*, 44

<sup>24</sup> Guiseppe Chiovenda, *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, (Madrid: Editorial Edersa, 1945), 282

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 o 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.<sup>25</sup>

Esta necesaria dependencia o accesoriedad de las medidas cautelares respecto a un proceso principal, no impide en absoluto que las partes soliciten la tutela cautelar con anterioridad al comienzo del mismo, el artículo 897 del Código Procesal Civil CPC, ahora artículo 124 del Código Orgánico General de Procesos COGEP, faculta que cualquier persona antes de presentar la demanda y dentro del proceso, puede solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se va a litigar o se litiga o de los bienes que aseguren el crédito, para el caso del procedimiento arbitral (que lo analizaremos más adelante), la posibilidad de solicitar las medidas cautelares con carácter previo no hace que pierda su carácter de instrumental o dependiente del proceso principal.<sup>26</sup>

Consecuentemente con lo anterior, nuestra Ley de Arbitraje y Mediación LAM, no determina expresamente la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes del inicio del proceso arbitral, sin embargo, considera a las normas del Código de Procedimiento Civil (CPC), ahora Código Orgánico General de Procesos COGEP, como supletorias del procedimiento arbitral, por lo tanto, cualquier persona puede solicitar medidas cautelares antes de iniciar dicho proceso (artículo 9 y 37 LAM).

### **b. Provisionales o temporales**

La provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues éstas se limitan a dar una solución temporal y desaparecen o pierden su eficacia cuando falten los presupuestos que originaron su adopción o cuando el litigio se resuelva en forma definitiva.

---

<sup>25</sup> Devis Echandía, *Tratado de Derecho Procesal*, 513.

<sup>26</sup> Código Orgánico General de Procesos, artículo 124, primer inciso: Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito.

Esta característica se relaciona con la instrumentalidad referida anteriormente, pues mientras exista la causa principal que la motiva, subsistirá también la medida cautelar. Son transitorias o temporales, pues su vida jurídica está marcada desde que son dictadas hasta el momento en que la sentencia definitiva cobre ejecutoria, o mientras duren las circunstancias que exigieron su expedición. Terminadas esas circunstancias, puede pedirse su levantamiento.

En este sentido, la provisionalidad implica que la medida se extinguirá con la efectividad de la resolución que pone fin al proceso principal, cuando éste caduque o cuando cambien o desaparezcan las causas que motivaron su adopción. 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 tanto, su ciclo vital.<sup>27</sup>

En otro sentido de provisionalidad, como diligencias previas a un proceso judicial y conforme ordena el artículo 923 CPC / 133 COGEP, las providencias preventivas caducan si dentro de quince días de ordenadas, el solicitante no propone la demanda principal, objeto de la medida cautelar. Así textualmente el artículo señala:

Art. 923.- Caducarán el secuestro, la retención, la prohibición de ausentarse y la 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; y el solicitante pagará, además, los daños y perjuicios que tales órdenes hubiesen causado al deudor. Caducarán, igualmente, si la expresada demanda dejare de continuarse durante treinta días.

El artículo 133 del COGEP, al tratar sobre la caducidad de las providencias preventivas, señala que si no se propone la demanda en lo principal, caducarán en el término de quince días de ordenadas o de que se hizo exigible la obligación, es decir, de la misma forma en que lo señalaba el CPC; sin embargo, no hace referencia alguna sobre la caducidad por falta de impulso a la causa.

---

<sup>27</sup> Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático*, 15 y 83

De cualquier modo, dentro del proceso arbitral, las medidas cautelares por su propia naturaleza, son limitadas en el tiempo, toda vez que durarán tanto como el procedimiento arbitral, es decir, hasta que se dicte el laudo. Terminado el proceso arbitral finaliza de igual manera su cometido. Tanto es esto así que si transcurre el término de que dispone el árbitro para emitir el laudo y no lo ha dictado por los motivos que sean, pierde su competencia y al mismo tiempo, las medidas cautelares ordenadas por él, pierden su eficacia.<sup>28</sup>

En todo caso, cabe advertir que las medidas cautelares en los procesos arbitrales no prejuzgan ni 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<sup>29</sup>. Esto implica que la autoridad competente debe evaluar sobre la procedencia de la medida en sí misma y sobre la credibilidad de la invocación del derecho que formula el requirente, mas no sobre el fondo del asunto. Sin embargo, el hecho de disponer una medida a favor de una de las partes no implica necesariamente que el laudo vaya a expedirse a favor ella, pues existe además una caución obligatoria al peticionario por los eventuales daños y perjuicios que pudiera causar a la otra parte en caso de considerarse injustificada la medida solicitada.

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.

Consecuentemente, es importante destacar que si la sentencia arbitral que decide el fondo del asunto es favorable a los intereses del solicitante de la medida cautelar, ésta se mantendrá vigente durante la etapa de ejecución del laudo, a fin de garantizar el cumplimiento del fallo; no obstante, si el laudo es desfavorable al solicitante de la medida, ésta perderá inmediatamente su eficacia.

---

<sup>28</sup> Salcedo, *Las medidas cautelares*, 24

<sup>29</sup> Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático*, 15 y 83.

### **c. Proporcionalidad o restrictivas**

Significa que las medidas cautelares se encuentran íntimamente relacionadas con el carácter restrictivo, pues únicamente pueden recaer sobre los bienes y derechos del demandado en el proceso cautelar. Pese al carácter autónomo de las medidas cautelares respecto del litigio, debe mediar correspondencia con el fin, es decir, debe existir coherencia y proporcionalidad entre la medida cautelar que se dicta y las pretensiones.

Dicho de otro modo, las medidas cautelares tienen que estar acordes con el fin perseguido, pues están llamadas a 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.

El concepto de proporcionalidad comprende resolver el problema atendiendo a las características y naturaleza del caso concreto, ponderando los elementos siguientes: a) idoneidad, que implica la legitimidad constitucional del principio adoptado, por ser el adecuado para lograr un fin constitucionalmente válido o apto para conseguir el objetivo pretendido, b) la necesidad, que comprende la idoneidad de la medida para satisfacer los principios constitucionales afectados, para alcanzar el fin deseado y que afecte en menor grado los derechos fundamentales de los implicados; y, c) el mandato de proporcionalidad entre medios y fines implica que al elegir entre un perjuicio y un beneficio a favor de los bienes tutelados, el principio satisfecho o que resulta privilegiado lo sea en mayor proporción que el sacrificado. Esto es, que no se renuncie o sacrifiquen valores y principios con mayor peso o medida a aquel que se desea satisfacer. “Consecuentemente, tratándose de la suspensión debe negarse dicha medida cautelar cuando el interés social constitucionalmente tutelado es preferente al del particular, ya que el derecho o principio a primar debe ser aquel que cause un menor daño y el que resulta indispensable privilegiarse, o sea, el que evidentemente conlleve a un mayor beneficio”.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, (Tesis aislada I. 4o.A.70 K, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, T. XXIV, agosto de 2006), 2346.

En los juicios de la jurisdicción ordinaria, las medidas cautelares son de interpretación restringida, su aplicación se limita expresamente a los casos taxativamente previstos por la legislación procesal civil; por el contrario, en los procesos arbitrales prevalece la discrecionalidad del árbitro para disponer las medidas cautelares que considere necesarias para cada caso, siempre y cuando no contravenga las disposiciones legales prescritas. En tal virtud, el inciso primero del artículo 9 de la LAM establece que “los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del CPC, ahora COGEP, o las que se consideraren necesarias para caso (...)”.

En este sentido, los árbitros tienen mayor libertad que los jueces los cuales se encuentran constreñidos a adoptar las medidas que puntualmente determinan las leyes adjetivas (carácter restrictivo), mientras que el árbitro goza del criterio de discrecionalidad, y en tal virtud no está atado a la taxatividad de las normas procesales que determinan las medidas cautelares (carácter flexible).

La ley autoriza a los árbitros para que actúen de conformidad con su prudente arbitrio en el dictamen de medidas cautelares; no obstante, los árbitros deben aplicar esas medidas con una correspondencia entre el objeto del proceso y el objeto de la medida cautelar que se ordena. En esta situación, la prudencia, la sensibilidad, el conocimiento y la razonabilidad del juez o árbitro, se convierten en virtudes de enorme importancia para evitar perjuicios injustificados al obligado o titular de los bienes objeto de la medida preventiva.<sup>31</sup>

Al respecto, Podetti 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 aún más, si su acogimiento favorable compromete el patrimonio de quienes todavía no han sido convocados a

---

<sup>31</sup> Salcedo, *Las medidas cautelares*, 27

juicio<sup>32</sup>. Así pues, las medidas cautelares que adopten los árbitros deben garantizar al menos la justicia e imparcialidad, características *sine qua non* del ejercicio de su función, y al mismo tiempo, deben ser proporcionales a la naturaleza y gravedad de la infracción.

En cuanto a la correlación entre la medida solicitada y el litigio, Colombo advierte que “debe mediar correspondencia con el fin”, es decir, que la medida cautelar no debe decretarse “cuando desnaturaliza el fin que institucionalmente le es propio”; 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 hostilidad.<sup>33</sup>

En efecto, se debe evitar que se utilice a la medida cautelar como un medio de presión o extorsión, sin embargo, esta situación no debe impedir la adopción de aquellas medidas que sí son procedentes. Al respecto, la LAM, en el artículo 9, exige la prestación de una contra cautela suficiente que garantice posibles daños que pudieran originarse en el eventual abuso del solicitante de una medida cautelar.

#### **d. Urgencia**

Debemos recordar que las medidas cautelares se caracterizan por la función asegurativa que cumplen frente a un daño cuya eventualidad se teme, y por la urgencia en su tramitación a causa de la inminencia del peligro. Consecuentemente, al momento de solicitar una medida cautelar, la “urgencia” es la palabra clave que delata su importancia.<sup>34</sup>

Esta característica constituye un elemento inherente y viene a ser la garantía de eficacia de las medidas cautelares; de aquí se desprende, que si la medida cautelar es procedente, se ordena y se ejecuta de inmediato, sin tener que esperar lapso alguno.

---

<sup>32</sup> J. Ramiro Podetti, *Tratado de las Medidas Cautelares*, (Buenos Aires: FOIAB, EDIAR, Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Tomo IV, 1969), 422.

<sup>33</sup> Carlos J. Colombo, *Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital*, (AbeledoPerrot, Argentina, 1964), 712.

<sup>34</sup> Salcedo, *Las medidas cautelares*, 28



Las medidas cautelares representan, a decir de 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”.<sup>35</sup>

Para que los árbitros puedan solicitar una medida cautelar, debe justificarse la existencia de un riesgo o daño inminente o de un peligro 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 manera inmediata- elimine, reduzca o evite tal daño.<sup>36</sup>

La urgencia en la adopción de una medida se da muchas veces como un medio efectivo y rápido para evitar que los derechos de una de las partes estén en peligro o en riesgo, o a su vez, para prevenir un daño inminente o irreparable, o para evitar que la situación del litigio empeore o se agrave.

En la doctrina arbitral internacional, existe un cierto consenso en cuanto al significado de esta característica de “urgente”. Así por ejemplo, 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”<sup>37</sup>.

La doctrina italiana la interpreta en el mismo sentido, señalando que es “aque-  
l perjuicio inminente e irreparable que se puede producir por el retraso en tramitar el  
proceso principal”<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup>Calamandrei, *Introducción al estudio*, 71

<sup>36</sup>Salcedo, *Las medidas cautelares*, 28

<sup>37</sup>Corte de Casación: Primera Cámara Civil, 23 de mayo de 1986, Gaceta, 1987, 1er semestre, No. 17.

<sup>38</sup>Samori E., “Comentario Breve al Código de Procedimiento Civil”, Carpi-Colesanti-Tartuffo, 3ra Edic., (Padova: CEDAM, 1994) 1413.

La urgencia es por lo general, la causa o fundamento que autoriza la adopción de cualquier medida cautelar, pues, evidencia a través de las pruebas que presenta el solicitante que de “no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada de la medida, caso de ser ésta otorgada”<sup>39</sup>. Basta que haya indicio fundado de peligro para que el juez o árbitro de manera urgente ordenen la medida cautelar sin entrar en el conocimiento previo de la materia de fondo. Nótese sin embargo, que resultan improcedentes aquellas medidas solicitadas que no acrediten de forma fehaciente la situación de urgencia requerida y la existencia de un peligro grave o irreparable presente o futuro que la justifique.

En consecuencia, la urgencia se considera una característica *per se* de la medida cautelar, en tanto que es generalmente la razón de que las medidas cautelares se adopten *inaudita parte*, es decir, sin oír previamente a la contraparte, en virtud de la limitación del tiempo para que la medida sea verdaderamente efectiva.

#### **e. Flexibilidad**

Las medidas cautelares son mutables o flexibles porque permanecen mientras está presente la situación de peligro, pueden cambiar dependiendo las circunstancias, o ser revisadas con la finalidad de ampliar, sustituir o mejorar su situación frente a la realidad del proceso, a fin de que así cumplan con su finalidad garantizadora de manera eficaz.

En este sentido, las medidas cautelares se caracterizan por ser flexibles o mutables porque pueden ser modificadas o sustituidas, reducidas o ampliadas o finalmente revocadas, en la medida que cambien las circunstancias respecto a las cuales fueron dictadas. En tal virtud, el requirente de las medidas cautelares puede pedir su ampliación, mejora o sustitución, cuando demuestre que la medida no

---

<sup>39</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Artículo 17 bis. 1°. a) de la Propuesta UNCITRAL.

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.<sup>40</sup>

En efecto, las medidas cautelares no pueden causar perjuicios innecesarios, por ello “vale decir que la sustitución de una medida cautelar cabe, a petición del deudor o del acreedor e incluso de oficio por el juez, si con ello se garantiza la igualdad de los litigantes, y se evita, en síntesis, un innecesario daño al sujeto pasivo, y en cualquier oportunidad del proceso”.<sup>41</sup>

#### **f. Se decretan a instancia de parte**

Las medidas cautelares en virtud a su carácter de urgentes se ordenan a petición de la parte interesada y sin previa audiencia de la contraparte. La efectividad de la aplicación de la tutela cautelar radica en esta característica, pues cualquiera de las partes puede solicitar medidas cautelares previo a un juicio principal, sin que la otra parte procesal sea notificada con la providencia que dispone las medidas, con el objeto de evitar entorpecer la ejecución de las mismas y asegurar su efectividad.

La ley solamente exige, para el otorgamiento de las medidas, que se pruebe la existencia del crédito y que se pruebe que los bienes de la o del deudor se encuentren en tal estado, que no alcancen a cubrir la deuda o que pueden desaparecer u ocultarse o que el deudor trate de enajenarlos (125 COGEP); o como en el caso del arraigo, que se otorgará siempre y cuando demuestre la existencia del crédito, que la o el deudor es extranjero y que no tiene bienes raíces suficientes en el país (131 COGEP).

El fundamento de esta actuación “inaudita parte”, es evitar que el demandado se entere con anticipación de la medida dispuesta y pueda realizar 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,

---

<sup>40</sup> Salcedo Ernesto, *Las medidas cautelares*, 30

<sup>41</sup> Jaime Greif, *Medidas Cautelares*, (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002), 313

no se oye previamente al afectado para evitar la posibilidad de frustrar el propósito asegurativo o protector de la medida cautelar.<sup>42</sup>

Sin embargo, esta práctica *-inaudita altera parte-* que en los litigios ante el juez ordinario puede resultar eficaz, sin embargo, y como veremos con mayor detalle en el capítulo II, 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 proceso de arbitraje, ha pasado en promedio seis meses, lo que conlleva a que la contraparte ya conoce del pedido de medidas, asimismo, 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.<sup>43</sup>

En términos generales, la iniciativa del proceso cautelar se produce siempre a petición de parte y se decretan bajo la responsabilidad de quienes las solicitan.

Así, por ejemplo, en lo que respecta a los Reglamentos Internacionales, encontramos este principio de actuación a instancia de parte en las medidas cautelares, entre otros, en el Reglamento de Arbitraje de la C.C.I (Cámara de Comercio Internacional)<sup>44</sup>, las Reglas de Arbitraje de la A.A.A. (American Arbitration Association)<sup>45</sup>, el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL<sup>46</sup>, las Reglas de Arbitraje de la O.M.P.I.,<sup>47</sup> y finalmente en la Ley Modelo UNCITRAL<sup>48</sup>.

---

<sup>42</sup> Gonzalo Quintero Muro, *Medidas Preventivas, prohibición de enajenación, embargo y secuestro*, publicado por el Instituto Nacional de Hipódromos INH (Caracas, 1961), 16

<sup>43</sup> Salcedo, *Las medidas cautelares*, 31

<sup>44</sup> El Art. 23 del Reglamento de Arbitraje de la C.C.I. de Paris, dice: "...el Tribunal Arbitral podrá desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales..."

<sup>45</sup> El art. 21.1 de la A.A.A., señala: "A solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal podrá tomar aquellas medidas provisionales que sean necesarias, incluyendo prohibiciones y medidas para la protección o conservación de los bienes"

<sup>46</sup> El art. 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL), dispone: "A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá tomar las medidas provisionales que considere necesarias..."

<sup>47</sup> El art. 46 a) de las Reglas de la O.M.P.I. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), dice: "A instancia de parte, el tribunal puede ordenar cualquier medida cautelar que estime necesaria..."

En el texto de la UNCITRAL<sup>49</sup>, artículo 17, primer inciso, manifiesta que “salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte podrá demandar una medida cautelar sin dar aviso a ninguna otra parte y solicitar una orden preliminar del tribunal arbitral por el que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar demandada”.

En cuanto a la responsabilidad de quien las solicita, Chiovenda señala que “la acción aseguradora es en sí misma una acción provisional; y esto implica que se ejercite, por regla general, a cuenta y riesgo del actor, es decir, que éste, en caso de revocación, caducidad o desistimiento, sea responsable de los daños causados por la resolución, tenga o no la culpa [...]”<sup>50</sup>

Como hemos señalado anteriormente, deben concurrir razones de urgencia para que pueda fundarse esta posibilidad excepcional de obtener una tutela cautelar antes de que comience el proceso principal del que dependen, sin audiencia de la parte afectada; no obstante, “como contrapeso a esta circunstancia, la gran mayoría de ordenamientos procesales exigen como requisito de admisibilidad de las medidas cautelares que se ordenan sobre bienes del obligado, la prestación por parte del solicitante de una caución o garantía que asegure a la contraparte el resarcimiento de los eventuales perjuicios que le produzca la medida indebidamente solicitada”.<sup>51</sup>

La caución o garantía tiene como propósito, además de concretar el principio de igualdad entre las partes, compensar la falta de contradicción inicial que caracteriza generalmente la adopción de una medida cautelar, y, el responder por los daños y perjuicios que podría generar la medida si ésta se hubiera pedido sin derecho. Es decir, “a través de la cautela se obtiene cantidad suficiente para

---

<sup>48</sup> El art. 17 de la Ley Modelo CNUDMI. Establece: “...el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que estime necesarias...”

<sup>49</sup> Ley Modelo UNCITRAL, Capítulo IV bis. Sección 1, Medidas cautelares, Artículo 17 (44º período de sesiones, Nueva York, 2006), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V05/907/61/PDF/V0590761.pdf?OpenElement>

<sup>50</sup> Chiovenda, *Instituciones del Derecho Procesal*, 160

<sup>51</sup> Salcedo, *Las medidas cautelares*, 42

responder, en caso de los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionarse, al demandado sí, con posterioridad, se pone de manifiesto que la medida carecía de fundamento y, por ello, es revocada”<sup>52</sup>. Su función, básicamente, es ofrecer el equilibrio legal entre los sujetos cautelares.

En todo caso, los árbitros pueden exigir una garantía al solicitante de la medida a fin de cubrir posibles daños y perjuicios que la concesión injustificada de la medida pudiese causar al patrimonio del demandado. Al respecto, el artículo 9 de la LAM prevé la posibilidad de que los árbitros exijan una garantía a quien solicita la medida con el propósito de cubrir e indemnizar los daños y perjuicios a la parte contra quien se dicta la medida, si la pretensión es declarada infundada en el laudo. Así también, nuestra ley dispone que la parte contra quien se dicta la medida, puede solicitar la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

En efecto, la concesión de medida cautelar supone una gran ventaja inicial para el solicitante de la medida, de ahí que, como contrapartida, la persona agraviada por ella pueda obtener una garantía que le ponga a salvo de los posibles abusos y que le asegure la indemnización de daños y perjuicios en caso de que se revelara posteriormente injustificada la medida. Por ello, se establece la caución como un elemento reparador, en razón de los posibles daños y perjuicios que la adopción de una medida cautelar injustificada pueda causar al sujeto pasivo de la medida. Sin embargo, la necesidad o innecesariedad de la caución está determinada por el juez o árbitro, de acuerdo con las circunstancias concurrentes o situación jurídica que pretendan garantizar. Es el juzgador quien establece la idoneidad de la caución, y en su caso, la cuantía.

## **5. Tipos de medidas cautelares**

Dependiendo del tipo de proceso, la ley define las medidas cautelares que se pueden ordenar subordinándose a la competencia que tenga para ello el juez o árbitro. Si la competencia se atribuye al juez, éste sólo puede disponer las medidas

---

<sup>52</sup> Silvia Barona Vilar, *Medidas Cautelares en el Arbitraje*, (España, Thomson, Civitas, Ediciones Aranzadi, SA, 2006), 238

cautelares previstas expresamente en la ley, mientras que si la facultad es arbitral, existe mayor flexibilidad o amplitud para determinar o adoptar medidas cautelares.

A pesar de que existen múltiples clasificaciones de las medidas cautelares, para el presente estudio, se las clasificará de la siguiente manera:

- a) de acuerdo a su finalidad, y
- b) de acuerdo a la forma.

#### **a. De acuerdo a su finalidad**

Desde la perspectiva de la finalidad de las medidas cautelares, se las puede clasificar a su vez en dos grandes grupos: Las que buscan tutelar la integridad física o moral de las personas (carácter personal); y, Las que buscan la integridad o valor económico de los bienes (carácter patrimonial).

##### **• Medidas cautelares de carácter personal**

Igual que en el proceso civil, en el penal suele también ser necesaria la adopción de determinadas medidas para asegurar la celebración del juicio y garantizar la efectividad de la sentencia que en el mismo se resuelva. Así, el artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal señala como medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada:

1. Prohibición de ausentarse del país.
2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe.
3. Arresto domiciliario.
4. Dispositivo de vigilancia electrónica.
5. Detención.
6. Prisión preventiva.

El artículo 324 del Código de la Niñez y Adolescencia enumera las medidas cautelares de orden personal que el juez puede decretar: La permanencia del adolescente en su propio domicilio, con la vigilancia que el juez disponga; la obligación de someterse al cuidado de una persona o entidad de atención, que informaran regularmente al juez sobre la conducta del adolescente, entre otras.

En este contexto, la ley señala que se ejecutará por apremio personal, previa instrucción fiscal y orden de juez competente, las disposiciones que se den para devolución de procesos o para ejecutar providencias urgentes, como depósito, posesión provisional, aseguración de bienes, arraigo y las demás que estén expresamente determinadas. En los demás casos solo habrá apremio real.

Sin perjuicio de referir las medidas cautelares anteriores, es importante resaltar, por los fines propios del presente estudio, que no son medidas aplicables al proceso arbitral, toda vez que no son materias susceptibles a este proceso.

- **Las medidas cautelares de carácter patrimonial**

Las medidas cautelares que recaen sobre el patrimonio de una persona son también llamadas como “reales” y tienen por objeto la conservación de los bienes y de su valor económico con el objeto de garantizar una futura obligación. Las medidas cautelares de carácter real contenidas en la ley procesal ecuatoriana son las siguientes: la prohibición de enajenar bienes (126 COGEP / 421 y 900 CPC), el secuestro (129 COGEP / 422 y 899 CPC codificado) y la retención (130 COGEP / 422, 899 y 906, CPC codificado).

- b. De acuerdo a la forma**

Conforme se encuentran reguladas las medidas cautelares, surge otra clasificación: Las legales o previstas en la ley y las innominadas o discrecionales

- **Medidas cautelares previstas en la Ley**

Como su nombre lo indica son las que están previstas en las diferentes leyes. En el caso de la ley procesal civil tenemos: la prohibición de enajenar, la retención, el secuestro y el arraigo.



## **- Prohibición de enajenar**

Enajenar es transmitir el dominio o propiedad de una cosa. La prohibición de enajenar constituye una limitación al derecho de propiedad, y por lo tanto su interpretación debe ser restrictiva.

En la legislación ecuatoriana, la prohibición de enajenar consiste, al tenor del artículo 126 COGEP / 426 del CPC, en la prohibición del deudor de vender, hipotecar o constituir gravamen que limite el dominio o goce de los bienes que alcancen a responder por el valor de la obligación demandada.

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 que el juez pueda declarar la prohibición de enajenar bienes raíces, bastará que se acompañe prueba legal del crédito y que se demuestre que el deudor, al realizar la enajenación, no tendría otros bienes raíces y saneados, suficientes para el pago. (126 tercer inciso COGEP / 900 segundo inciso CPC).

Presentada la solicitud 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, expirado el cual dará la resolución correspondiente, sin otra sustanciación. Si de las pruebas resultan justificados plenamente los requisitos, el juez pronuncia el auto de prohibición de enajenar.

Caduca la prohibición de enajenar bienes inmuebles, 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.

Ahora bien, en el campo arbitral, el árbitro puede dictar una medida cautelar que impida que la parte contra quien se dicta tal medida, enajene sus bienes raíces, de conformidad con la disposición prevista en el artículo 9 de la LAM. En muchos casos este bien puede ser el que dio lugar al inicio del proceso, y por tanto cabe resguardar su existencia mientras dure el proceso.

### **- La retención**

José García Falconí concibe esta medida cautelar desde una postura muy apegada a lo dispuesto en el artículo 907 de CPC, es decir “la aprehensión de una cosa mueble, generalmente rentas o créditos que el deudor tiene en poder de una tercera persona y que queda a disposición del juez en manos del depositario judicial”.<sup>53</sup>

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.

El artículo 130 del COGEP, primer inciso, prescribe que la retención se verificará en las rentas, créditos o bienes que tenga la o el deudor en poder de una o un tercero. La orden de retención debe ser notificada a la persona en cuyo poder estén las rentas, créditos o bienes que se retengan, para que no se los entregue sin orden judicial. Esta orden podrá impugnarse en el término de tres días.

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.

---

<sup>53</sup> José García Falconí, *Las medidas Cautelares en Materia Civil*, (Quito: Ed. Rodin, 1996), 87.

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, el juez pronuncia el auto de retención correspondiente.

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. El deudor podrá hacer cesar las providencias previstas en los artículos precedentes, dando hipoteca o fianza que, a juicio del juez, asegure el crédito.

En el campo arbitral, para ejecutar esta medida, el árbitro debe officiar a la persona o institución en la que el deudor tenga un valor o crédito a fin de que estos bienes sean retenidos, hasta disposición en contrario. No existe ninguna disposición legal que determine cuáles son los presupuestos para disponer esta medida cautelar, sin embargo, se considera que la autoridad correspondiente debe contemplar los preceptos de admisibilidad estudiados por la doctrina: verosimilitud del derecho invocado y peligro en la demora. El árbitro deberá verificar previamente la existencia del crédito y la imposibilidad de los bienes del deudor para cubrir el pago o la intención de enajenarlos.

### **- El secuestro**

Según Palacio, 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.<sup>54</sup> En palabras de Podetti, se sustrae del uso y disposición del sujeto afectado por la medida una cosa, generalmente mueble, sobre la cual se litiga o se va a litigar, poniéndola en manos de un custodio judicial, mientras se decide la controversia.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, (Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994).

<sup>55</sup> Podetti, *Tratado de las medidas cautelares*, 217

Nuestra norma civil en el artículo 2154 define al secuestro como el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga decisión judicial a su favor.

Por otro lado, se prevé como presupuesto del secuestro, que el solicitante de dicha medida cautelar justifique con pruebas instrumentales la existencia del crédito y que pruebe que los bienes del deudor se hallan en tan mal estado que no alcanzarán a cubrir la deuda, o que puedan desaparecer u ocultarse o que el deudor trata de enajenarlos.

El artículo 129 del COGEP establece que el secuestro de bienes y sus frutos, podrá ordenarse “en los casos en que se tema su deterioro”. Así también, establece que la parte contra quien se pida el secuestro, podrá oponerse presentando una caución suficiente. En caso de que el secuestro recaiga sobre inmuebles se debe inscribir en el registro de la propiedad. Esta disposición, adicionalmente, determina que mientras subsista el gravamen no podrá inscribirse otro, excepto la venta en remate forzoso.

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.

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.

En materia de arbitraje, y para las medidas cautelares en general, el tribunal arbitral, con el fin de garantizar los gastos que represente tal medida cautelar y posibles daños en que pudiera incurrir la parte contra quien se la dictó, en caso de que ésta llegare a declararse infundada, tiene la facultad de exigir una garantía al solicitante de la medida cautelar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la LAM.

Para ejecutar esta medida cautelar, siempre que las partes hayan facultado al árbitro para ello, deberá contar con el auxilio de un depositario y al efecto notificará a la oficina de depositarios judiciales de la función judicial, quienes al tenor de lo dispuesto en el artículo 314 del COFJ, son quienes deben intervenir en los embargos, secuestros de bienes y otras medidas legales.

#### **- El arraigo**

El arraigo es una medida de apremio personal que se distingue de las medidas que limitan exclusivamente el derecho de propiedad del deudor, como: la prohibición de enajenar bienes inmuebles, la retención y el secuestro; pues el arraigo, por el contrario, comprende una limitación al derecho al libre tránsito o a la libertad de locomoción.

Es la medida cautelar por la cual el juez puede disponer que un extranjero se abstenga de ausentarse del país cuando se tema que dicha ausencia implique que el deudor pretenda eludir sus obligaciones.

El COGEP, artículo 131, en relación a esta medida preventiva estipula que el acreedor que tema la ausencia del deudor con el fin de eludir el cumplimiento de una obligación, puede solicitar el arraigo, siempre y cuando demuestre la existencia del crédito, que el deudor es extranjero y que no tiene bienes raíces suficientes en el país.

En el ámbito de menores, el Código de la Niñez y Adolescencia en el artículo 324 numeral 4, no hace distinción entre nacionales y extranjeros y para los efectos de proteger el derecho de los menores, faculta al juez a decretar esta medida cautelar sin importar la nacionalidad de la persona. Sin embargo, es importante recordar que aquellos temas que no son susceptibles de transacción, no tienen relevancia en materia arbitral.

El Código Tributario establece por su parte (artículo 164), que el “ejecutor” puede ordenar en el mismo auto de pago o posteriormente, el arraigo o la prohibición de ausentarse.

En términos generales, una vez que el juez justifique los presupuestos antes señalados, dispondrá la medida cautelar a fin de que la autoridad competente (policía de migración) impida al deudor ausentarse del lugar, hasta que concluya el juicio o sea pagado el acreedor. Esta medida podría ser suspendida siempre que el extranjero demuestre que tiene un apoderado en el país y solvencia para el pago del crédito; pues, lo que se busca es garantizar el pago de una deuda u obligación a favor del acreedor.

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.

- **Medidas cautelares discrecionales o innominadas**

El Estado, a través del poder jurisdiccional, debe prever mecanismos adecuados que permitan garantizar a los ciudadanos el derecho a la tutela judicial efectiva cuando éstos requieran la intervención estatal para resolver sus controversias. Esta tutela conlleva el derecho subjetivo de acudir a los órganos de administración de justicia, a fin de que proporcione una defensa o protección judicial óptima de los derechos que se considera han sido vulnerados.

Este derecho a la tutela judicial efectiva es precisamente el instrumento jurídico cuya misión es el ejercicio correcto de la función jurisdiccional que busca garantizar el eficaz cumplimiento de la justicia. De este derecho se desprende la adopción de medidas cautelares que justifican los fundamentos o presupuestos encaminados a contrarrestar los riesgos o peligros que puedan provocar la ineffectividad de la resolución final del proceso.

Cuando las medidas cautelares reguladas en la ley no son suficientes para evitar un peligro o riesgo producido durante la pendencia del proceso correspondiente, la norma jurídica (LAM), permite a la autoridad arbitral disponer de otros fundamentos u otras medidas denominadas discrecionales o innominadas.

En palabras de Podetti, la medida cautelar genérica o innominada es la que puede dictar el juez de acuerdo a las exigencias del caso, si no existe una disposición legal que satisfaga la necesidad de aseguramiento.<sup>56</sup> De ahí que, generalmente, el fundamento que genera una medida innominada o atípica surge de las inminentes necesidades de la justicia ante la insuficiencia de las medidas tradicionales para cubrir las situaciones que surgen de las relaciones jurídicas y sociales.

Cuando hablamos de medidas innominadas nos referimos a medidas asegurativas o conservadoras que pueden ser autorizaciones o prohibiciones que no están previstas expresamente en la ley, pero que la autoridad puede disponer si lo considera razonable a fin de proteger un derecho, prevenir daños, evitar una situación de disparidad o incertidumbre jurídica, o asegurar la efectividad de la pretensión.

La medida cautelar genérica permite no solo el dictado de cualquier medida de naturaleza cautelar no prevista en la ley, pero que resulta eficaz en razón de las circunstancias, sino que, además, permite que se decrete una medida nominada o típica cuando el antecedente fáctico del caso no encuadra en el presupuesto de una

---

<sup>56</sup> Podetti, *Tratado de las medidas cautelares*, 45

medida prevista en la ley e igualmente existan verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela.<sup>57</sup>

Los rasgos típicos de las medidas cautelares innominadas según Jorge Fábrega,<sup>58</sup> son las siguientes:

- A diferencia de las medidas cautelares típicas, las innominadas no se encuentran reguladas en la ley; el juez goza de un poder cautelar amplísimo para adoptarlas.
- El juez puede decretarlas siguiendo un criterio de oportunidad y conveniencia de modo que se empleen medios idóneos para garantizar el fin del proceso.

En nuestro sistema procesal civil no existen regulación de las medidas cautelares genéricas, esto es, no hay un texto legal expreso que autorice la protección cautelar innominada. Los jueces dictan las medidas cautelares que se encuentran taxativamente previstas en el COGEP, sin que puedan salirse de dicho ámbito legal.<sup>59</sup> En cambio la LAM, en su artículo 9, permite al árbitro adoptar además de las medidas cautelares típicas puntualizadas en el COGEP, aquellas que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste.

Sin duda, la adopción de este tipo de medidas cautelares genéricas que la norma autoriza, requiere mayor consideración y apreciación del estado del proceso por parte de la autoridad correspondiente, a fin de evitar perjuicios a los afectados. Su procedencia demanda los presupuestos o requisitos concurrentes que permitan su viabilidad, es decir, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora; así también, la prestación de una contracautela con el fin de preservar la igualdad de las partes en el proceso.

---

<sup>57</sup> Mabel De los Santos, *La medida cautelar genérica o innominada* en “Tratado de las Medidas Cautelares”, (Editorial Jurídica Panamericana S.R.L, 1997, T. 4) 136.

<sup>58</sup> Jorge Fábrega, *Medidas Cautelares*, (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez 1998), 229

<sup>59</sup> Salcedo, *Las medidas cautelares*, 72



Si el árbitro en lugar de acogerse a las disposiciones del COGEP, opta por ordenar cualesquier otra medida que “considere necesarias para cada caso”, deberá aplicar -con base en la propia indeterminación que hace la ley- su prudencial entender para escoger aquella que estime más apropiada al asunto, siempre y cuando la medida sirva para asegurar los bienes del proceso o para garantizar su resultado.<sup>60</sup>

Esta flexibilidad de los árbitros tiene su origen en la amplia libertad que las leyes les conceden para la elección de la medida cautelar que pueden adoptar, por ejemplo, el Reglamento a la Cámara de Comercio de París de 1998, 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.

Las legislaciones que contemplan este tipo de medidas, continuamente hacen hincapié en la subsidiaridad y urgencia de estas medidas respecto de las típicas. Esto es, prevén siempre dos presupuestos:

1. Que se puedan dictar en los casos en los que no hubiera medida cautelar típica más específica para conseguir el efecto buscado.
2. Que sean aplicadas en situaciones de efectiva urgencia.

De acuerdo a lo anterior, en el proceso arbitral se admiten las mismas medidas cautelares que se adoptan en el proceso civil; o alternativamente, aquellas

---

<sup>60</sup> *Ibíd.*, 52

que los árbitros consideren necesarias para cada caso. Como anteriormente se señaló, considerando que se trate siempre de un caso grave y urgente, con el que se procura evitar un daño irreparable.

En tal virtud, el daño que pueden producir estas medidas cautelares legales o discrecionales, pueden asegurarse a través de una caución o garantía que debe rendir el solicitante a favor del afectado por los eventuales perjuicios que le produzca la medida indebidamente solicitada.

Sobre la diversidad de las medidas innominadas, podemos citar estos ejemplos:

- La inscripción de la demanda en el Registro de la Propiedad tratándose de litigios donde está en discusión la propiedad de un inmueble.
- La suspensión de una obra que produce daños.
- La suspensión de la ejecución de un contrato mientras dura el litigio.

En efecto, las medidas discrecionales o innominadas deben adoptarse siempre que sirvan para asegurar los bienes del proceso o para garantizar su resultado, es decir, que la potestad discrecional de los árbitros para ordenar una medida cautelar, no es absoluta, sino que se encuentra limitada y orientada por dos criterios fundamentales, el peligro en la demora al que están las medidas cautelares llamadas a contrarrestar, y las situaciones jurídico cautelables, cuya efectividad se pretenden salvaguardar.

## **6. Parámetros para dictar medidas cautelares**

La adopción de las medidas cautelares dependerá de que el peticionario acredite la concurrencia de los presupuestos necesarios. El artículo 9 de ley arbitral ecuatoriana concede a los árbitros la posibilidad de adoptar las medidas que considere necesarias para cada caso; esta disposición de facultar a los árbitros a dictar medidas cautelares en el proceso arbitral, se acoge al principio previsto en la Ley Modelo UNCITRAL:

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. [...]

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitaran el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a Juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

[...]

Para que los árbitros puedan adoptar la medida cautelar es necesaria la petición expresa de la parte interesada, pues, los árbitros no deciden de oficio. La solicitud de la medida debe estar formulada con claridad y precisión, y debe justificar adecuadamente la concurrencia de los presupuestos exigidos para su adopción en el artículo 125 COGEP / 899 del CPC, esto es: 1) Que se justifique con pruebas instrumentales, la existencia del crédito; y 2) Que se pruebe que los bienes del deudor se hallan en mal estado, que no alcanzarán a cubrir la deuda, o que puedan desaparecer u ocultarse, o que el deudor trata de enajenarlos.

El peticionario deberá acompañar a la solicitud los documentos probatorios que la apoyen y que permitan la adopción de la medida y también, el ofrecimiento de la garantía, dejando a criterio de los árbitros fijar el tipo de garantía y su monto.

La discrecionalidad que la LAM le concede a los árbitros en el Ecuador, tienen una limitación impuesta por la misma ley cuando dice: *la medida ha de ser necesaria*. Esto significa que no es suficiente que la medida sea adecuada o conveniente para asegurar la eficacia del laudo que vaya a expedirse en lo principal, sino que fundamentalmente debe ordenarse con criterio de necesidad.<sup>61</sup>

El criterio de la necesidad de la medida, debe ser entendido como aquel que es indispensable o imprescindible para alcanzar un determinado fin. En consecuencia, el árbitro ante cualquier solicitud cautelar, antes de ordenar la medida

---

<sup>61</sup> Salcedo, *Las medidas cautelares*, 53 y 54

deberá realizar una comprobación previa de la existencia de esa necesidad de asegurar la efectividad del futuro laudo a dictarse en el juicio arbitral.<sup>62</sup>

En este sentido, el criterio de necesidad es el principio que los árbitros deben considerar siempre para ordenar una medida cautelar. Esta necesidad debe ser equivalente a la existencia de un peligro evidente que se pretende evitar con la concesión de esta medida.

En tal virtud, la legislación arbitral ecuatoriana consideró facultar a los árbitros a dictar además de las medidas cautelares previstas en el CPC (ahora COGEP), aquellas que estos consideren necesarias para cada caso. Precisamente ese criterio dispuesto en el artículo 9 de la LAM concede a los árbitros incuestionables facultades para disponer cualquier medida que a su juicio permita la protección del bien materia del litigio o la ejecutabilidad plena del laudo que posteriormente emitan.

No obstante, respecto de medidas cautelares, además de los anteriores presupuestos, el profesor Kielmanovich señala que aquella medida a dictarse “no debe perjudicar el interés público o colectivo, en general, especialmente, cuando se trata de servicios públicos”. Nuestra ley (COGEP) reconoce estos presupuestos en los artículos 129 respecto del secuestro; 126 respecto de la prohibición de enajenar; y, 131 respecto del arraigo o prohibición de ausentarse.

En relación a la admisibilidad de las medidas cautelares, la doctrina reconoce que los tribunales arbitrales deben observar ciertos requisitos o circunstancias para admitirlas, es el caso del *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. Estos elementos fundamentales que la doctrina denomina *presupuestos* tienden a evitar la disparidad o incertidumbre jurídica y al mismo tiempo garantizar la efectividad de la resolución definitiva.

---

<sup>62</sup> *Ibíd.*, 54

### **a. *Fumus boni iuris* o verosimilitud del derecho invocado**

Para que pueda adoptarse una medida cautelar en un proceso arbitral, o dependiendo de él, es necesario que concurra una especial situación jurídica que le haga favorecedor de la cautela. Dicha situación jurídica cautelable se halla conectada con el presupuesto de la apariencia del buen derecho o *fumus boni iuris*.<sup>63</sup>

El *fumus boni iuris* o apariencia jurídica o de prevalencia jurídica, implica que la existencia del derecho ha de parecer verosímil, o sea suficiente para seguir un cálculo de probabilidades que permita prever que la resolución principal declarará el derecho en sentido favorable al que solicita la medida cautelar.<sup>64</sup> Consiste en dar la apariencia de razón fundada, por la posibilidad de que la demanda sobre el fondo del litigio prospere. El juez no debe perseguir la certeza del derecho invocado, le basta y es suficiente la apariencia de buen derecho.

Este presupuesto determina, en consecuencia, la necesidad de que exista un cierto juicio positivo por parte del juzgador de que el resultado del proceso principal será probablemente favorable al actor. Este presupuesto actúa en el ámbito cautelar, al suponer la medida cautelar una injerencia clara en el ámbito de la esfera jurídica del demandado. No implica, por ello, “entrar a valorar el fondo del asunto”<sup>65</sup>

Para ejercer la tutela cautelar por medio de alguna de las medidas que el ordenamiento establece, es fundamental determinar la situación jurídica que se quiere amparar, la cual se relaciona fundamentalmente con el tipo de pretensión que se está ejercitando en el proceso principal. Por esta razón, ha de existir un cierto juicio positivo por parte del juez de que el resultado de tal proceso principal será probablemente favorable al actor. No obstante, ésta no supone un convencimiento absoluto de que la pretensión del demandante será estimada, sino que es suficiente con la mera probabilidad de que tal resultado se pueda producir efectivamente.

---

<sup>63</sup> Barona, *Medidas Cautelares en el Arbitraje*, 210.

<sup>64</sup> Fernandez, *Arbitraje y justicia cautelar*, 24.

<sup>65</sup> Barona, *Medidas Cautelares*, 210

De acuerdo a esta realidad, al momento de solicitar una medida cautelar se necesita la presunción de buen derecho o una situación jurídica verosímil, pues “si para emanar la medida cautelar fuera necesario un conocimiento completo y profundo sobre la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto en la relación al cual se espera la providencia principal, valdría más esperar ésta y no complicar el proceso con una duplicidad e investigaciones, que no tendrían ni siquiera la ventaja de prontitud”.<sup>66</sup>

En este sentido, la presunción de un derecho a ser vulnerado o efectivamente vulnerado, debe ser probada en una base sólida. La solicitud de medidas precautorias debe fundamentarse en pruebas (título ejecutivo, acta de matrimonio, contrato, etc.), que justifiquen que los bienes que se solicitan su secuestro, retención o prohibición de enajenar, pertenezcan al demandado. No obstante, en procesos relacionados a la propiedad intelectual, esta medida se presenta cuando el autor de una obra solicita la suspensión de ésta o de una representación musical que se va o se está ejecutando sin su autorización; o en materia de propiedad industrial aquellas medidas que pretenden evitar que una marca o cualquier otro signo distintivo continúe siendo usurpado. El solicitante deberá demostrar la urgencia, el peligro y vulneración que acarrea su derecho, en caso de no concedérsele la medida cautelar solicitada.

De ahí que, el árbitro o tribunal arbitral en el ejercicio de su competencia cautelar, debe proveer las medidas cautelares solicitadas en función de la apariencia o aspecto exterior de derecho, pues como ya se mencionó antes, el proceso principal es el encargado de declarar la certeza del derecho.

Calamandrei, en relación a este tema, aborda y sostiene:

La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria, sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos,

---

<sup>66</sup>Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático*, 77

valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la sentencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad.<sup>67</sup>

En consecuencia, es importante que la medida cautelar se emita luego de un exhaustivo análisis que permita comprobar la exigibilidad de la medida como resultado de un juicio de probabilidades, por medio del cual se prevea una posible declaratoria de certeza del derecho. En palabras de Manuel Serra, “con una probabilidad cualificada; es decir, en cuanto aparezca como jurídicamente aceptable la posición material del solicitante.”<sup>68</sup>

En el Ecuador, se emite una medida precautoria en un juicio ejecutivo, previa la presentación del título ejecutivo y de pruebas documentales que justifiquen que los bienes muebles o inmuebles, objeto del litigio, son de propiedad del demandado, es así, que se exige un certificado de gravámenes del Registro de la Propiedad en el que conste que el demandado es el dueño y que el inmueble no está embargado. En casos como el secuestro de bienes muebles también es aceptada la prueba testimonial.

Con la exigencia de la prueba documental que justifique la verosimilitud del derecho, se consigue que el juzgador forme un criterio solamente en base a lo que en ese momento le presenta el actor, sin que llegue juzgar el fondo de la controversia, lo cual será objeto de la causa principal.

En caso de que no se haya podido aportar prueba que justifique la apariencia del derecho, la única opción es la negación de la solicitud de la medida cautelar, ya que no hay una norma que se adapte a esta situación, sin embargo, quedaría la posibilidad de la contracautela que permite garantizar los daños y perjuicios que se puedan originar de una maliciosa solicitud de medidas cautelares.

En efecto, cabe advertir, que la concesión de una medida cautelar, no significa que se ha resuelto el fondo de la situación, sino que es una breve apreciación de la pretensión del actor, lo cual no constituye ni determina la decisión

---

<sup>67</sup>Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático*, 84

<sup>68</sup>Manuel Serra Domínguez, *Teoría General de las Medidas Cautelares*, en: “Las medidas cautelares en el proceso civil”, con Ramos Méndez, Francisco, (Barcelona, 1974), 36.

o resolución final, sin embargo, requiere que el solicitante aporte pruebas que denoten la urgencia de adoptar la medida solicitada, en virtud de tutelar su derecho y alcanzar la efectividad del proceso.

#### **b. *Periculum in mora* o peligro en la demora**

El *periculum in mora*, como presupuesto de las medidas cautelares, se concibe como el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal, riesgo que puede surgir como ocasión de la necesaria dilación temporal en alcanzarse, tras la realización del proceso de declaración, la sentencia que conceda aquella tutela.<sup>69</sup>

El peligro en la demora es el temor fundado de que ese derecho se frustre o sufra menoscabo, durante el tiempo que dure la sustanciación del proceso tendiente a tutelarlo. Configura la posibilidad de que de no adoptarse tales medidas, sobrevenga un peligro o daño inminente que transformará en tardío, el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión.<sup>70</sup>

En otras palabras, es el temor de que al dejar que las cosas sigan el curso normal del proceso, la tutela jurídica que la parte actora busca, pueda frustrarse por el transcurso del tiempo. Jorge Fábrega considera este presupuesto como “el daño que pueda sobrevenir por razón de la lentitud del proceso”.<sup>71</sup>

Esta es una condición de las providencias cautelares, pues se debe considerar que existe el peligro de que un derecho sea vulnerado por la demora en resolver el asunto principal. Los árbitros deben deducir de la petición y del respaldo presentado por el solicitante, si efectivamente hay un riesgo o posible vulneración de un derecho.

En este sentido, Calamandrei ha afirmado que “el *periculum in mora* es, específicamente, el peligro del ulterior daño material que podría derivar del retraso

---

<sup>69</sup>Fairén Guillén, *La reforma del proceso cautelar español*, en *Temas del ordenamiento procesal*, II, (Madrid, 1969), 901-903

<sup>70</sup>Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 777

<sup>71</sup>Fábrega, *Medidas Cautelares*, 38



en la obtención de la resolución definitiva”<sup>72</sup>. De este criterio se desprenden claramente dos elementos: 1) debe existir una demora en el pronunciamiento de la resolución final; y 2) un daño causado por esa lentitud.

La imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, es la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria; es la mora de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar, que anticipe provisoriamente los efectos de la providencia definitiva.<sup>73</sup>

De manera similar, Chiovenda realizó una distinción de dos aristas en el principio del *periculum in mora* y señaló que el peligro de infructuosidad se relaciona a un peligro real de no poder ejecutar la sentencia, por falta de objetos muebles e inmuebles que la cubran, y el otro, el peligro retardado, en el que la efectividad de una sentencia se ve mermada por su demora y la convierte en insuficiente y hasta infructuosa.

El *periculum in mora* debe ser comprobado objetivamente ante el tribunal, pues no solo debe ser un temor de quien lo sostiene. Las circunstancias de demora deben provocar un daño en la eficacia del fallo final. El tribunal para otorgar una medida cautelar, en relación a la tardanza de la sentencia, deberá tomar en cuenta no solo la situación económica de la persona a quien se le va a imponer la medida, sino también la conducta del deudor o que éste sea conocido por la falta de cumplimiento en sus obligaciones. La medida cautelar debe apuntar a proteger tanto el daño causado por el incumplimiento de la sentencia, como por la demora en la obtención de la misma; es decir el daño principal y el daño marginal.

En tal virtud, la solicitud de las medidas cautelares debe hacerse a petición de parte y con el cumplimiento de ciertos requisitos. En la Ley Modelo UNCITRAL<sup>74</sup>,

---

<sup>72</sup> Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático*, 42.

<sup>73</sup> Greif, *Medidas Cautelares*, 481

<sup>74</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

el artículo 17 (A) determina dos condiciones básicas para otorgar las medidas provisionales:

- a) De no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, en caso de ser ésta otorgada; y,
- b) Existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará, en modo alguno, toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

Si bien la ley de arbitraje no hace referencia al presupuesto del *periculum in mora* al solicitar una medida cautelar, el árbitro deberá exigir del peticionario que acredite la concurrencia de este presupuesto en los términos que se derivan del artículo 125 del COGEP. La normativa ecuatoriana exige demostrar esa posibilidad de peligro de que el accionado incumpla la ejecución del fallo final, demostrando que los bienes del deudor se hallan en mal estado, que no alcanzarán a cubrir la deuda, o que puedan desaparecer u ocultarse, o que el deudor trata de enajenarlos.

Así pues, el *peligro en la demora* es presupuesto entendido como el temor fundado en la configuración de un daño a los derechos del demandante, que puede darse como consecuencia de que la tutela jurídica no pueda en los hechos hacerse efectiva, porque en función del transcurso del tiempo en el trámite del juicio, el fallo resulte inoperante o de cumplimiento imposible.<sup>75</sup>

La apreciación del peligro que puede suponer la tramitación del proceso deberá ser justificada o sustentada por el solicitante de la medida, pues es a él a quien le corresponde probar la existencia del riesgo que amenace la efectividad del proceso y sentencia, es decir, deberá probar que de no adoptarse la medida solicitada se

---

<sup>75</sup> Salcedo, *Las medidas cautelares*, 39

impedirá o dificultará la efectividad de la tutela judicial que la resolución final le pudiese otorgar.

En efecto, las medidas cautelares tienen básicamente por objeto asegurar la plena efectividad del fallo que en su momento se pueda dictar, efectividad que en muchas ocasiones se encuentra en presumible riesgo por el simple hecho de la demora del trámite de un proceso. Por ende, el peticionario deberá justificar la concurrencia del peligro que pueda restringir la efectividad del laudo; al mismo tiempo, los árbitros no pueden tener un criterio ajeno a estos presupuestos indispensables al momento de dictar una medida cautelar, pues el peligro de un daño jurídico derivado del propio retraso en la administración de justicia es el fundamento indiscutible de la tutela cautelar.

## Capítulo segundo

### Nociones generales del arbitraje

#### 1. Reseña histórica y concepto

En el pasado, como una necesidad natural de encontrar solución a las diferentes controversias que se presentaban en la sociedad nace el arbitraje, más allá de las formas de juicio acostumbrado, esta figura tiene su antecedente histórico en el Derecho Romano donde se involucra a un tercero para que dirima los conflictos entre las personas.

A lo largo de la historia, encontramos múltiples estudios y definiciones de arbitraje; sin embargo, tomaremos algunos conceptos de tratadistas contemporáneos a fin de conseguir una definición conforme a nuestros objetivos.

Carnelutti, conceptualiza al arbitraje en los siguientes términos:

Es una forma heterocompositiva (una solución al litigio), dada por un tercero imparcial, un juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes, y en ausencia de su consentimiento, el juez público nacional, será quién sea encargado de designarlo, el cual tiene un procedimiento establecido en la ley adjetiva, pero menos riguroso que el de un proceso jurisdiccional. Al finalizar tal procedimiento se llega a una resolución, la cual recibe el nombre de laudo, empero, la eficacia de la ejecución radica en la voluntad de las partes o de la intervención judicial oficial; dependiendo de las variantes con las que se haya acordado llevar el arbitraje.<sup>76</sup>

Por su lado, Patricio Aylwin Azócar se refiere al arbitraje como “aquel [procedimiento] a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos

---

<sup>76</sup> Carnelutti, *Derecho Procesal Civil y Penal*, 27

permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones”.<sup>77</sup>

Jorge Hernán Gil Echeverri define al arbitraje como “un procedimiento jurisdiccional ‘sui géneris’, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiere la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, quienes transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial.”<sup>78</sup>

Para Roque Caivano, el arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos que se ha constituido como una manera eficaz de justicia privada, pues sirve como una herramienta para resolver conflictos o problemas, a través de entes particulares que no tienen la calidad de jueces.<sup>79</sup>

Entre los autores nacionales, Carlos Larreátegui se pronuncia diciendo que “el arbitraje es un instituto creado para la resolución de las controversias de índole jurídica, mediante laudos que, en las condiciones determinadas por la ley, producen el efecto de cosa juzgada”<sup>80</sup>. Es destacable que el autor abarca en su definición hasta el efecto que tiene un laudo como es el de cosa juzgada, aspecto que no se ve reflejado en otras definiciones.

El efecto de cosa juzgada es la garantía constitucional por medio de la cual nadie podrá ser llamado a un litigio o sometido a juicio por los mismos hechos por los cuales hubiese sido juzgado o litigado con anterioridad.<sup>81</sup> Esto denota la gran relevancia de un laudo arbitral, y el reconocimiento que nuestro ordenamiento jurídico le otorga.

---

<sup>77</sup> Patricio Aylwin Azócar, *El juicio arbitral*, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 5a.ed.,1958), 21.

<sup>78</sup> Jorge Gil Echeverry, citado por Artavia Barrantes, S., *El Arbitraje en el Derecho Costarricense*, (San José, Editorial Sapiencia, Dupas, 2000), 41

<sup>79</sup> Roque J. Caivano, *Arbitraje*, (Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc Villela, 2000), 47

<sup>80</sup> Carlos Larreátegui Mendieta, *Contribución al Estudio del Arbitraje Privado*, (Quito, Cámara de Comercio de Quito), 15.

<sup>81</sup> Vicente Puppio, *Teoría General del Proceso*, (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008), 72

Al analizar nuestra legislación, la Constitución de la República en el artículo 190, reconoce al arbitraje como un método de solución de conflictos -delimitándolo a temas que por su naturaleza se pueda transigir-; por otra parte, la Ley de Arbitraje define al sistema arbitral como “un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”.<sup>82</sup>

Consecuentemente de lo anterior, son diversas las definiciones que destacan - en mayor o menor medida- los aspectos o características más determinantes del arbitraje, con todo, desde una perspectiva personal, podemos definir al arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos, en el cual las partes acuerdan someter la solución de sus conflictos a un tercero llamado árbitro, siempre que hayan expresado su voluntad de hacerlo previamente con la firma de un convenio arbitral.

## **2. Características del Arbitraje**

De las disposiciones de la LAM, se pueden resaltar las siguientes características del arbitraje:

- Es un mecanismo hetero-compositivo, toda vez que es un tercero diferente a las partes quien se encarga de dirimir el conflicto.
- Es voluntario y consensual, ya que las partes deciden libre y voluntariamente adoptar el sistema de arbitraje a través de un convenio o cláusula arbitral.
- Recae sobre conflictos privados transigibles, por tanto excluye materias de interés u orden público.

---

<sup>82</sup> Ley de Arbitraje y Mediación Artículo 1, R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006.

- El arbitraje puede ser administrado e independiente, en equidad o en derecho, según la LAM, así:

Arbitraje en derecho: el árbitro o tribunal como profesionales del derecho dictan el laudo motivado en criterios jurídicos y en base a las normas y principios universales del derecho, jurisprudencia y doctrina.

Arbitraje en equidad: el árbitro o tribunal son jueces legos, es decir, no son necesariamente profesionales del derecho, los mismos que resuelven según su leal saber y entender, dándole a la ley un mayor margen de discrecionalidad, debiendo mantener firmemente las reglas del proceso legal.

- La resolución es decidida por uno o varios árbitros conforme lo estipulado en el convenio arbitral, la ley y el reglamento del Centro de Arbitraje al que hayan convenido las partes, en caso de que sea administrado.
- Es temporal, dado que el tribunal cesa sus funciones con la expedición del laudo, el vencimiento del término, entre otros.
- Es oneroso, pues incurre en honorarios y gastos del tribunal; sin embargo, resulta económico considerando que soluciona la controversia en menos tiempo que los largos y tediosos procesos judiciales.
- Su procedimiento es breve, tiene plazos fijos, ausencia del recurso de apelación, y la controversia se resuelve en un periodo de tiempo razonable, pues los árbitros manejan un número determinado de casos, a diferencia de los cuantiosos procesos judiciales que deben despachar los jueces en el proceso judicial ordinario.

- Especialización, los árbitros son expertos en la materia sobre la que se dirime, tienen conocimiento especializado en el tema objeto del conflicto y experiencia sobre la materia sometida a su consideración.
- Es confidencial, pues la información y los hechos que se debaten en el proceso arbitral son reservados y de conocimiento exclusivo de las partes involucradas en el arbitraje, si así lo hubiesen convenido.
- El laudo es definitivo e inapelable, adquiere el valor de cosa juzgada, no obstante, podrá aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días.

Con fundamento en lo antes expresado, el arbitraje se presenta como un método alternativo de solución de conflictos, que surge a partir de la voluntad de las partes, quienes por medio de un convenio o cláusula arbitral, deciden llevar sus controversias al sistema de arbitraje, otorgando características particulares al proceso, con el fin de obtener una resolución por medio de un laudo, con carácter inapelable y obligatorio.

### **3. Naturaleza del arbitraje**

Para poder entender la naturaleza del arbitraje, debemos acudir a las principales teorías que recoge la doctrina, que son: la contractualista y la jurisdiccional.

#### **a. Teoría contractualista**

Esta teoría erige su base a partir de las siguientes características:

- El arbitraje tiene una naturaleza privada, pues proviene del acuerdo de voluntades entre las partes que convienen someter sus controversias a la decisión de los árbitros. La relación que surge entre las partes y los árbitros, es netamente privada y de origen contractual.



- Los árbitros no son jueces, sino particulares, por tanto no administran justicia en nombre del Estado, sino por la voluntad de las partes; es decir, las facultades de los árbitros provienen del contrato, y no de la ley. Para corroborar este aserto el doctor Carlos Larreátegui<sup>83</sup> sostiene que los árbitros son mandatarios de las partes, pues deben someterse estrictamente a las facultades conferidas en el convenio arbitral, sin exceder lo convenido por los contratantes.
- Esta doctrina se apoya en la *falta de imperium* y considera que los árbitros no ejercen una verdadera jurisdicción, pues su poder deriva de la facultad que las partes les confieren en virtud de un contrato. Más aún, contempla que sólo los órganos del Estado pueden ejercer jurisdicción. Sobre este presupuesto Roque Caivano señala:

La cuestión en la que se basa la tesis contractualista pasa fundamentalmente por pretender que los órganos del Estado son los únicos que pueden ejercer la jurisdicción. Pero olvidan que lo que califica a los jueces del Poder Judicial como órganos estatales no es solamente el ejercicio de la jurisdicción, sino su pertenencia estructural a uno de los Poderes del Estado.<sup>84</sup>

Esta teoría se afirma en el hecho de que el arbitraje es el resultado de la libertad que tienen las partes en someterse a éste método alternativo de solución de conflictos, siendo la autonomía de la voluntad la que da origen a dicho sistema de justicia. Sin embargo, el árbitro tiene la capacidad de emitir un laudo, el cual produce efecto de cosa juzgada, que lo hace plenamente ejecutable, dejando incompleta a esta teoría.

### **b. Teoría jurisdiccional**

Quienes defienden la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, sustentan:

- Esta teoría considera que los árbitros son verdaderos jueces, ya que es el Estado quien les asigna sus potestades jurisdiccionales. La designación del árbitro mediante el acuerdo arbitral, constituye una ampliación de las funciones del

---

<sup>83</sup> Larreátegui, *Contribución al Estudio*, 28

<sup>84</sup> Caivano, *Arbitraje*, 96

Estado; para algunos el acuerdo arbitral es una derogatoria de jurisdicción, en virtud de la cual esta se traslada a los particulares.<sup>85</sup>

- Los árbitros además de ser terceros imparciales, ostentan la calidad de jueces conforme lo dispone la Ley; quedan revestidos de jurisdicción, porque la ley a través de las partes les concede parte de la soberanía del Estado, mientras dure el desempeño de sus funciones.
- Los laudos tienen iguales características que las sentencias dictadas por los jueces, y por tanto son de obligatorio cumplimiento para las partes.

Cabe mencionar que ninguna postura ha recibido una aceptación generalizada, pues cada teoría trata la naturaleza jurídica del arbitraje en forma distinta, lo que ha proliferado y dado fuerza a una doctrina mixta que recoge algunos aspectos de las teorías antes enunciadas. Debemos considerar que “el arbitraje no es más que un medio para lograr un fin: llámese justicia arbitral o simplemente resolución de controversias, el arbitraje no es un propósito en sí mismo, sino un camino que tiene al final una meta”<sup>86</sup>.

Es evidente que ambas teorías tienen elementos ciertos, pero no absolutos; por ello, exponer las características de cada una, ha sido necesario a fin de generar una postura más acertada sobre la naturaleza del arbitraje de acuerdo a nuestra realidad jurídica. Pues, conforme nuestro propósito, el resultado de combinar ambos criterios nos permite llegar a una definición más acertada sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.

En el caso ecuatoriano, el arbitraje responde mayormente a una teoría mixta, pues por una parte los árbitros necesitan del convenio para conocer del proceso, y por otra, el árbitro designado se convierte en juez, investido del poder jurisdiccional que

---

<sup>85</sup> Ernesto Salcedo Verduga, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, (Ecuador: Editorial Jurídica Miguez Mosquera, 2001), 59.

<sup>86</sup> González de Cossio, *Arbitraje*, 18

le es conferido por la ley, encargándose de administrar justicia. Así lo advierte el autor ecuatoriano Ernesto Salcedo cuando dice:

El arbitraje ha sido concebido en el Ecuador con una naturaleza eminentemente procesal. No es, por tanto, una institución en la que predomina la concepción contractualista, ni puede ser visto como un sistema totalmente jurisdiccionalista, aunque sin lugar a dudas, participa de ambas características. En efecto, si bien la base inicial del arbitraje (convenio arbitral, elección de árbitros, etc.) está sometida a la voluntad privada de las partes, una vez que el árbitro designado actúa ya como tal, se convierte en juez, e investido del poder jurisdiccional que le es conferido por la Constitución de la República, realiza la función de administrar justicia, la que nace, en consecuencia, por mandato propio del Estado.<sup>87</sup>

Según el artículo 7 del COFJ, referente a la jurisdicción, dice que “los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley”. Es decir, estos están sujetos a las condiciones establecidas en la ley, así como a la existencia de un convenio arbitral.

Como ha expresado Cortés Domínguez, cuya opinión puede aplicarse a nuestra legislación arbitral: “...no puede olvidarse que la Ley lo que regula es la institución del arbitraje y que esa institución, a pesar de las múltiples conexiones que puede tener con distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico, es esencialmente una institución procesal que está incardinada de manera inequívoca en el aparato jurisdiccional: por consiguiente, se desarrolla y produce sus efectos en el ámbito procesal”<sup>88</sup>.

Por lo antes visto, podemos determinar que el sistema arbitral ecuatoriano tiene una naturaleza eminentemente mixta, pues participa tanto de la teoría contractual, al momento en que la ley exige el pronunciamiento de la voluntad de las partes a través del convenio arbitral; así como de la teoría jurisdiccional, en tanto que es la ley de donde se origina la potestad de los árbitros de administrar justicia efectiva.

---

<sup>87</sup> Salcedo, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, 60-61

<sup>88</sup> Coord. Lorca Navarrete, *Prólogo a Comentarios a la Ley de Arbitraje*, (Madrid, 1991), 14

#### **4.Ventajas y desventajas de los procesos arbitrales**

El proceso arbitral presenta numerosas ventajas y algunas desventajas, en lo que respecta la resolución de conflictos, siendo las siguientes las más relevantes:

##### **a.Ventajas del proceso arbitral**

###### **• Celeridad procesal y sencillez del procedimiento**

Existen dos características que permiten la agilidad de un proceso arbitral, la primera es que cada tribunal arbitral se constituye para resolver un solo conflicto, y la segunda es que tiene un plazo máximo señalado en la ley para hacerlo. Asimismo, se puede señalar otros aspectos que aportan rapidez al proceso, como son: la prohibición de la práctica de incidentes y que el laudo arbitral sea inapelable.

Otra situación a considerar, y quizás la más importante, es que la ley establece un tiempo determinado de duración del arbitraje, así, el artículo 25 de la LAM manifiesta “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*”. Éste término determinado en la ley puede ser ampliado si las partes lo disponen o si el tribunal de oficio así lo determina; sin embargo, la ley permite al respecto la siguiente excepción: “El término podrá prorrogarse, *en casos estrictamente necesarios*, hasta por un período igual, ya por acuerdo expreso de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio”.

Esta característica, que define al sistema arbitral como un proceso que permite obtener una justicia rápida y sin dilaciones, es determinante al momento en que las partes deciden someter sus controversias, existentes o futuras, a un proceso de arbitraje. De la celeridad surge la economía procesal, pues el proceso arbitral al ser más breve que el ordinario, como veremos más adelante, resulta menos oneroso para las partes.

### • **Flexibilidad**

El arbitraje se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, por lo tanto, las partes están habilitadas para constituir un procedimiento de acuerdo a sus necesidades específicas, con el fin de alcanzar la flexibilidad y neutralidad deseada.

Todo lo relacionado con las normas de procedimiento es materia de orden público, tal como lo tiene establecido tanto la doctrina como la jurisprudencia y en las leyes de arbitraje el legislador suele otorgar un extenso margen de discrecionalidad a las partes hasta el punto de estar habilitadas para establecer sus propias reglas de procedimiento, incluyéndose: constitución del tribunal arbitral, lugar, idioma, plazos, pruebas; y, lo que nos interesa, el otorgamiento de la facultad cautelar a los árbitros.<sup>89</sup>

### • **La economía del arbitraje**

Para algunos autores, el hecho de que la duración del arbitraje tenga un límite, implica que los costos son menores en relación a la justicia ordinaria, pues mantener durante años un proceso judicial supone mayores gastos y honorarios para el abogado defensor.

Así lo destaca Ernesto Salcedo quien explica que el arbitraje resulta más económico, pues “a mayor duración del caso judicial, este se torna más gravoso para los participantes. Considerando que los arbitrajes por lo general son más rápidos que un procedimiento judicial, los costos son potencialmente menores”.<sup>90</sup>

Esta característica resulta relativa pues dependerá de las circunstancias que envuelvan cada caso; no obstante de considerar que la justicia ordinaria es gratuita.

### • **Reconocimiento constitucional y legal del laudo arbitral**

Por una parte, el proceso arbitral tiene su reconocimiento constitucional como método alternativo de solución de conflictos (artículo 190); por otra, el laudo arbitral

---

<sup>89</sup> Fernandez, *Arbitraje y justicia cautelar*, 23-60

<sup>90</sup> Salcedo, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, 14-15

tiene la fuerza de cosa juzgada conforme lo estipulado en el artículo 32 de la LAM, que dispone “que los laudos arbitrales 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, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo”.

En consecuencia, el laudo arbitral constituye una resolución definitiva, *no susceptible de apelación y con los efectos de cosa juzgada*, de modo que una vez resuelta la controversia por esta vía, ya no se puede seguir conteniendo sobre lo que ha sido resuelto.

- **Privacidad y confidencialidad**

Un atributo importante del arbitraje es el que las partes pueden pactar confidencialidad en el convenio arbitral, lo que permite que se mantengan en secreto las diferencias surgidas entre ellas, salvaguardando sus secretos industriales, información confidencial, registros corporativos, planes de inversión y demás información importante para su negocio, incluyendo su reputación y buen nombre.

## **b. Desventajas del proceso arbitral**

- **Ejecución del laudo arbitral**

El laudo arbitral es la decisión o resolución final, que sobre una controversia, dictan los árbitros para dar fin al litigio, conforme a lo establecido por la ley. Los arbitros disponen de ciento cincuenta días desde que declaran su competencia hasta la emisión del fallo, plazo que puede ser prorrogado por un tiempo similar, sea por acuerdo expreso de las partes, o por declaración de oficio del tribunal.

Sobre el laudo, las partes podrán pedir aclaración o ampliación dentro de los tres días siguientes de la notificación, luego producirá efecto de cosa juzgada. Esta resolución puede cumplirse de forma voluntaria por las partes, o por el contrario, a través de una ejecución forzosa ante la justicia ordinaria, pues, como se ha manifestado anteriormente, los arbitros carecen de “imperium”, por tanto, no tienen potestad para ejecutar lo resuelto.

Con la emisión del laudo se produce la extinción de la competencia arbitral, situación particular de este proceso, pues ésto no sucede en un proceso ordinario, ya que la competencia de los jueces es permanente y no se extingue al dictar sentencia, ni con interposición de recursos, que de conformidad con la ley se puede solicitar.

Consecuentemente de lo anterior, y ante la falta de potestad de los arbitros, conforme el artículo 362 y 363 del COGEP, las partes deben acudir a la justicia ordinaria para la ejecución del laudo, es decir, requieran necesariamente la intervención del Estado para hacer efectiva la resolución o laudo.

#### • **Ejecución y levantamiento de medidas cautelares**

La ley de arbitraje, para la ejecución de las medidas cautelares, determina que los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios, sin tener que recurrir al juez ordinario. Es decir, se debe estipular expresamente esa potestad a favor de los arbitros, a fin de que estos puedan ejecutar las medidas cautelares solicitadas, sin el auxilio de un juez.

La situación anterior no se presenta cuando nos encontramos ante la justicia ordinaria, pues el juez puede conocer, resolver y ejecutar, por potestad propia, las medidas cautelares presentadas ante él; no así, en el proceso arbitral, además de la limitación de tener que estipular la potestad de ejecutar medidas cautelares en favor de los arbitros, se debe esperar a que el tribunal se declare competente y conozca de la demanda; lo que conlleva cierta dilación e inconvenientes que continuaremos analizando más adelante.

Por otra parte, a fin de garantizar el cumplimiento del laudo arbitral, y por ende, del objeto mismo del proceso, las medidas cautelares dictaminadas deben permanecer vigentes; sin embargo, como se analizó en el punto anterior, los arbitros finalizan su competencia al emitir su fallo, y una vez que tiene la calidad de cosa juzgada; quedando insoluto un tema esencial, sobre quien debe levantar las medidas cautelares. En la práctica se han generado algunas alternativas, pero no concluyentes.

## **5. Jurisdicción ordinaria y jurisdicción arbitral**

### **a. Jurisdicción ordinaria**

La jurisdicción es la potestad pública que tienen los jueces o tribunales de administrar justicia, esto es, de juzgar y ejecutar lo juzgado en una materia determinada. La jurisdicción se clasifica en voluntaria, contenciosa, ordinaria, preventiva, privativa, legal y convencional.

De conformidad al COFJ, artículo 7, se determina que la jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley, y establece que son los jueces los únicos que podrán ejercer la potestad jurisdiccional, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.

La jurisdicción ordinaria es aquella que corresponde a los órganos del Estado (jueces y tribunales ordinarios), para conocer de todos los asuntos que la ley no asigna a una jurisdicción especial; así pueden someterse a la justicia ordinaria todo tipo de controversias, a diferencia de la jurisdicción arbitral donde únicamente pueden resolverse aquellas controversias susceptibles de transacción (Art. 1 LAM).

El Estado le otorga la potestad jurisdiccional a los jueces para que, mediante un fallo o sentencia, restablezcan el orden jurídico alterado. Esa resolución emitida por el juez tiene carácter de cumplimiento obligatorio para las partes, más aún, en caso de existir resistencia en el cumplimiento, el juez podrá ordenar la ejecución a través de medios coactivos.

### **b. Jurisdicción arbitral**

La jurisdicción arbitral deriva de una facultad que proviene directamente de la ley y emana propiamente de la autonomía de la voluntad de las partes. Puede entenderse como un sistema privado reconocido constitucionalmente, al que las partes deciden someterse libre y voluntariamente, y son justamente las partes quienes deciden otorgar la jurisdicción para que unos particulares denominados árbitros conozcan y resuelvan sobre sus controversias.



La Constitución del Ecuador reconoce al arbitraje y la mediación como procedimientos alternativos para la solución de conflictos, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. Contempla, además de la jurisdicción ordinaria, estas distintas formas de solución de conflictos, con el fin de brindar herramientas varias que aseguren a las personas el acceso a una justicia eficiente y eficaz; y, que permitan a su vez, aliviar la carga procesal.

El arbitraje como un medio alternativo de solución de controversias tiene carácter excluyente respecto de la jurisdicción ordinaria, pues la existencia de un convenio arbitral impide a los jueces y tribunales conocer sobre cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje. Básicamente, es el reconocimiento de que la jurisdicción no es un atributo exclusivo de los jueces, sino que también la pueden ostentar los árbitros, en razón de que los particulares pueden elegir sustraer determinadas controversias de la justicia ordinaria a su conocimiento. Esto, en virtud de que el Estado en su afán de descongestionar la justicia, restaurar el equilibrio, y otorgar diligencia y celeridad al sinnúmero de conflictos que se presentan, faculta a los particulares para que puedan decidir sobre quien resolverá sus controversias.

Las partes, a través del convenio arbitral, entregan transitoriamente a un tribunal arbitral la potestad de administrar justicia, es decir, confían a un tercero la facultad de resolver sus controversias. No obstante, a pesar que el arbitraje conlleva la exclusión o renuncia de la jurisdicción estatal ordinaria, la existencia del convenio arbitral no excluye por completo la abstención de los órganos jurisdiccionales del Estado, tanto para solicitar medidas cautelares, como para la ejecución de laudos.

Lo expresado anteriormente, conlleva algunos aspectos a considerar, sobre todo en el tema de las medidas cautelares, pues como ya hemos revisado, las medidas cautelares sirven para precautelar el objeto mismo de la *litis*, garantizando la ejecución de la resolución final. Sin embargo, el trámite inherente al proceso arbitral produce que la dinámica para solicitarlas sea distinta, conforme lo analizaremos en el siguiente capítulo.

Por otro lado, la jurisdicción arbitral, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, no es permanente ni general, pues está limitada a cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado. Tiene características especiales que la destacan e independizan:

1. Requiere de un acuerdo voluntario expresado a través de un convenio arbitral.
2. Existe libertad para designar a la persona o autoridad, que en su condición de árbitro, va a resolver el conflicto; y para diseñar el procedimiento arbitral.
3. Permite la confidencialidad del procedimiento.

Otro aspecto relevante de la jurisdicción de los árbitros, es aquel que rodea a la ejecución de las medidas cautelares, pues necesitan que las partes les otorguen esta potestad. Asimismo, se debe analizar a quien corresponde levantar dichas medidas una vez que el tribunal haya terminado su intervención, y por ende, haya perdido su jurisdicción.

Es esencial considerar que las medidas cautelares pretenden asegurar el cumplimiento de una obligación, precautelando los bienes materia de la controversia, por ello, requieren ser ejecutadas con rapidez y urgencia, de ahí, la importancia de la jurisdicción cautelar como respuesta al tiempo que naturalmente dura el proceso principal.

## Capítulo tercero

### Particularidades de las medidas cautelares en los procesos arbitrales

Como mencionamos en el capítulo anterior, las medidas cautelares pueden ser solicitadas por la parte interesada, a fin de precautar los bienes suficientes para la efectiva ejecución del fallo o resolución final; así también, conforme lo determina la LAM, en su artículo 9, los árbitros tienen la facultad de dictar, y, siempre que las partes lo hayan pactado, de ejecutar medidas cautelares.

Las medidas cautelares desempeñan un papel relevante en cualquier procedimiento de arreglo de controversias por su doble función: proteger la situación de las partes en espera de la solución del litigio existente entre ellas, y asegurar la ejecutabilidad de la resolución final.

El arbitraje como un medio alternativo para la solución de conflictos basado en la autonomía de las partes, constituye una herramienta fundamental que permite que los árbitros, al igual que los jueces, puedan administrar justicia, pues en ejercicio de sus funciones declaran el derecho a través de la emisión del laudo arbitral.

La mayoría de países han implementado en sus sistemas jurídicos, leyes que regulan el desarrollo del proceso arbitral, con la finalidad de que las partes puedan confiar la solución de sus controversias a un árbitro o tribunal arbitral. Sin embargo, existe una tendencia en algunos Estados que restringen el ámbito de la tutela cautelar en el arbitraje y que se niegan a reconocer a los árbitros la facultad de decretar medidas cautelares.<sup>91</sup> Este esquema se inclina a buscar el soporte del sistema judicial para que sean los jueces los encargados de decretar y ejecutar tales medidas.

---

<sup>91</sup>Entre los sistemas que mantienen esta actitud cabe referirse a los arts. 577 del Código de Procedimiento Civil austriaco donde los tribunales arbitrales carecen de competencia para adoptar medidas cautelares, quedando esa función limitada a los jueces ordinarios; y para que éstos últimos decidan su concesión deben valorar las pruebas inmediatamente disponibles presentadas por la parte que las solicite. La imposibilidad de que los tribunales arbitrales otorguen medidas cautelares figura también en el art. 22 de la Ley checa de 1994 relativa a los procedimientos arbitrales y a la ejecución de laudos arbitrales.

En la jurisprudencia española, se hace referencia sobre la facultad de acudir a los órganos jurisdiccionales por medidas preventivas, es así que en pronunciamiento emitido por la SAP Madrid, Sección 10, de 20 de noviembre de 1999, señala:

... sin desconocer que constituye una cuestión doctrinalmente controvertida, la existencia de un convenio arbitral no excluye que asista a las partes la facultad de impetrar de los órganos jurisdiccionales la adopción de medidas cautelares, previa o coetáneamente a la iniciación del arbitraje, mediante las cuales se garantice la efectividad del laudo, y ello aún cuando no se exprese en la solicitud previa al efecto formulada que la parte solicitante se propone poner en marcha la institución arbitral (...)<sup>92</sup>

Es decir, las partes tienen total libertad para solicitar al juez medidas cautelares en el transcurso del arbitraje sin que ello pueda afectar al contenido del convenio arbitral. “El auxilio judicial no puede implicar en modo alguno sumisión tácita a los tribunales ordinarios, pues no es incompatible con el acuerdo arbitral ni constituye una renuncia a éste”.<sup>93</sup>

### **1. Análisis de la legislación comparada en la aplicación de medidas cautelares como proceso previo en el arbitraje**

En muchos sistemas procesales, es preponderante el reconocimiento del poder de los jueces para decretar medidas cautelares, negándose a reconocer a los árbitros la facultad de decretar dichas medidas. Las jurisdicciones estatales, en efecto, han desarrollado una abundante práctica para la aceptación, del alcance y los efectos de este tipo de medidas, generándose de hecho una apreciable armonización en la mayor parte de las jurisdicciones nacionales en esta materia. Sin embargo, esta armonización no ha contado con una proyección generalizada en las reglamentaciones sobre arbitraje; y ello pese a que, con todas las reservas que ello

---

<sup>92</sup> Así se reconoce explícitamente en el art. 1679.2º del Código de Enjuiciamiento belga (...), habiendo señalado el Tribunal de Apelación de Bruselas en SS de 28 de noviembre de 1979 y 23 de junio de 1987 que “...una cláusula compromisoria no puede excluir ni anular el derecho fundamental de obtener a título provisional –precaire- una protección de los derechos del demandante en référé, incluso cuando el arbitraje ya está constituido”; el art. 1022 del Código de Procedimiento holandés (...). Por su parte, los Código de Procedimiento de Suiza -art 26- e Italia -art. 669- reservan a los órganos jurisdiccionales estatales la adopción de medidas cautelares, incluso en el caso de que la controversia haya sido sometida a cláusula compromisoria o convenio arbitral. Fuente: La Ley, 1999, No. 167116. Ver: Fernández Rozas, *Arbitraje y Justicia Cautelar*, 35.

<sup>93</sup> P. Bernardini, *Les povoirs de l'arbitre, Mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage international*, (Bulletin du CCI, N° 519, 1993), 22 ss.

entraña, en el proceso arbitral se producen las mismas vicisitudes y limitaciones procesales que acontecen en el procedimiento judicial.<sup>94</sup>

Las medidas cautelares, siempre que sean dictadas y ejecutadas oportunamente, constituyen un medio propicio para alcanzar el fin pretendido y garantizar un resultado legítimo y procedente. El reconocimiento y oportunidad de la normativa relacionada a este punto, podrá fortalecer el arbitraje como herramienta eficiente para la solución de conflictos.

Legislaciones como la española, reconoce expresamente la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares. Además, establece que el convenio arbitral no impide a las partes solicitar a un juez la adopción de medidas cautelares con anterioridad a las actuaciones arbitrales. De igual forma, permite acudir al juez ordinario para obtener medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral, sin que esto implique una renuncia al convenio arbitral.

La legislación italiana, por el contrario, desconoce expresamente la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares, sin siquiera dar una alternativa de solución. En tal virtud, la adopción de una medida cautelar dentro del proceso arbitral debe realizarse directamente ante el juez.<sup>95</sup>

La legislación brasilera<sup>96</sup> también desconoce a los árbitros la capacidad para dictar medidas cautelares y dispone que tienen la obligación de, atentas las circunstancias, solicitarlas al Poder Judicial que sería originalmente competente para conocer la causa.

De manera similar, en el caso argentino, el código procesal civil y comercial establece que los árbitros no pueden decretar medidas cautelares manifestando la falta de imperium, ya que compara a las medidas precautorias con medidas ejecutorias, y concluye así la imposibilidad de decretar medidas cautelares por parte

---

<sup>94</sup> Fernández, *Arbitraje y justicia cautelar*, 26.

<sup>95</sup> Decreto Legislativo n° 40, de 2 de febrero, modificación del Capítulo II del Código de Procedimiento Civil en materia de Arbitraje de Italia

<sup>96</sup> Ley No. 9.307, de 23 de septiembre de 1996, artículo 22

de los árbitros.<sup>97</sup> Es decir, señala “que los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución” y sugiere la posibilidad de requerir al juez el auxilio de su jurisdicción, para una eficaz sustanciación del proceso arbitral.<sup>98</sup>

De acuerdo a lo anterior, la legislación de Italia, Brasil y Argentina deniegan a los árbitros la atribución suficiente para dictar medidas cautelares, considerando la falta de *imperium* y reconociendo que éstas facultades corresponden exclusivamente al juez ordinario.

En cuanto a la ley sueca de 1999, artículo 4, establece que mientras un conflicto se halla en curso ante los árbitros, o antes de ello, una corte puede, respecto del pacto arbitral, expedir decisiones respecto de medidas de garantía, en tanto esté legalmente autorizado para ello.<sup>99</sup>

Al contrario de las apuntadas reglamentaciones estatales restrictivas, la Ley Modelo UNCITRAL contempla la adopción de medidas cautelares por los jueces y por los árbitros. De un lado, faculta al tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes y a petición de una de ellas, a ordenar a cualquiera de las medidas provisionales o cautelares respecto del objeto del litigio; al respecto su artículo 9 establece que “no será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones judiciales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el Tribunal conceda esas medidas”. De otro lado el artículo 17 establece que:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.

Como puede observarse, este último precepto no establece las modalidades de la ejecución de tales medidas y, al efecto, los Estados que adopten la Ley modelo

---

<sup>97</sup> Caivano, *Arbitraje*, 213

<sup>98</sup> Código Procesal Civil y Comercial, Artículo 753

<sup>99</sup> Ley Sueca de Arbitraje, de 4 de marzo de 1999, artículo 4

tienen la posibilidad de establecer el procedimiento específico para que tenga lugar la asistencia judicial”.<sup>100</sup> Esta Ley Modelo de la UNCITRAL se ha constituido en el pilar normativo para el desarrollo de la ley ecuatoriana, pues nuestra normativa acoge de sus instituciones para erigir los parámetros de nuestro articulado.

De manera similar, esta postura moderna ha sido adoptada tanto por el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (“LCIA”), como por el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (“CCI”).

En este sentido, la ley inglesa de arbitraje en su artículo 38 establece que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral puede adoptar medidas cautelares de múltiples características, tales como garantizar los costos procesales, dar instrucciones para la preservación o custodia de propiedades en poder de una parte, así como para conservar evidencia en custodia o posesión de una de ellas.

En todo caso, cabe advertir que la legislación comparada, ante la existencia del convenio arbitral, pretende impulsar la cooperación absoluta de las autoridades judiciales a fin de obtener una plena solución efectiva del conflicto; y al mismo tiempo, evitar que las partes al optar por un medio alternativo de solución de conflictos como es el arbitraje, tengan que renunciar a las ventajas que hubiesen obtenido al someter su controversia ante la jurisdicción ordinaria.

Indistintamente de que la normativa jurídica internacional, atribuya a los árbitros la potestad de decretar o no medidas cautelares; lo que se debe conseguir es garantizar prontitud y eficacia de las medidas con relación al objeto del proceso, y poder asegurar la adecuada efectividad y ejecución del fallo.

---

<sup>100</sup> Vid. A. Reiner, *Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'Arbitrage CCI*, (Journ. Dr. int., 1998), 853-904, que examina el derecho y la práctica en material de medidas cautelares en el arbitraje internacional, poniendo de relieve la evolución experimentada en cuanto a las facultades de los árbitros.

## **2. Aspectos sobre la solicitud de las medidas cautelares en el arbitraje**

### **a. La medida cautelar ante causam**

Las medidas cautelares *ante causam*, se refieren al hecho de que existe una circunstancia urgente que implica que se deban adoptar las medidas antes del proceso arbitral, a fin de garantizar la ejecución del laudo.

La LAM, en su artículo 9, determina que el tribunal arbitral podrá dictar medidas cautelares y ejecutar tales medidas, si las partes así lo hubiesen pactado en el convenio arbitral; caso contrario, las partes deberán solicitar a los jueces ordinarios la ejecución de dichas medidas, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.

Existen varios cuestionamientos que surgen en caso de que las partes dispongan en el convenio que los árbitros dicten y ejecuten las medidas cautelares; ¿Necesariamente se debe esperar a la constitución del tribunal para solicitar las medidas? ¿Cómo proceder si existe una situación superviniente que pone en riesgo el resultado del proceso?

La Constitución de la República en el artículo 75 establece que toda persona tiene derecho a la tutela efectiva, y por otra parte, el artículo 37 de la LAM instituye la funcionalidad o labor de apoyo de las normas supletorias, por lo que se entiende que la intervención o auxilio de los jueces debe ser mínimo sobre aquellas situaciones que por falta de jurisdicción arbitral, vacío, o ambigüedad legal, puedan exponer los derechos de los legitimados, quebrantando y menoscabando la tutela cautelar pretendida.

De acuerdo con las particularidades y limitaciones propias del proceso arbitral, la ejecución de medidas cautelares supone el apoyo de la justicia ordinaria, principalmente cuando surge la necesidad de adoptar una medida cautelar y el tribunal arbitral no se encuentra formado, o cuando se debe llevar a cabo la ejecución forzosa de una medida.



En el caso de que las partes establecieron que los árbitros pueden ordenar y ejecutar medidas preventivas, pero ante situaciones de urgencia que pueden llegar a suscitarse en sectores económicos o comerciales, en la que los conflictos se agravan en un tiempo corto y exigen una respuesta rápida de la justicia a fin de evitar perjuicios irreparables o de muy compleja reparación;<sup>101</sup> las partes no tendrían otra alternativa que solicitar dichas medidas al juez ordinario, pues aparentemente es el único medio que disponen para salvaguardar sus derechos de manera ágil y oportuna.

Francisco Carrión, sobre las medidas cautelares solicitadas antes de la demanda arbitral, considera:

Es perfectamente compatible solicitar a un juez estatal, competente conforme a la normativa internacional vigente en su país o, en su defecto, conforme a la normativa nacional de competencia, una medida cautelar prevista en su legislación procesal, aunque para la resolución de las controversias existe una cláusula compromisoria o pacto arbitral. Particular interés tienen las medidas cautelares solicitadas antes de la presentación de la demanda arbitral y consiguiente constitución del tribunal arbitral o aceptación del árbitro, llamadas anticipatorias, máxime cuando la subsistencia de las medidas cautelares así solicitadas queda de ordinario subordinada a la presentación de la demanda de fondo en un plazo preclusivo.<sup>102</sup>

De cualquier modo, cuando las partes convienen de mutuo acuerdo someter sus conflictos al arbitraje, los jueces deben inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que se hayan originado por dicho acuerdo, sin embargo, las medidas cautelares no son el objeto mismo de la litis -podrían catalogarse como un proceso distinto-, pues son medidas que sirven para garantizar el fallo o resolución final; por lo tanto, su requerimiento ante los jueces, en un sentido amplio, no implicaría una renuncia al convenio arbitral.

La Corte de Arbitraje CCI, del Tribunal Supremo, en auto de 8 de octubre 2002, estableció que “[...] la causa de oposición así formulada ha de ser desestimada al no poder sostenerse que la solicitud ante los Tribunales españoles de la adopción de medidas cautelares suponga una sumisión tácita a aquellos y, en consecuencia,

---

<sup>101</sup> Silvia Barona, *Medidas cautelares en el arbitraje*, 251

<sup>102</sup> Francisco Carrión García de Parada, *La tutela cautelar de los derechos en el arbitraje*, (Revista Jurídica de Castilla y León, 2013), 13

una renuncia a la sumisión a arbitraje expresamente pactada”<sup>103</sup> De manera que, cuando las medidas cautelares son solicitadas previamente a la demanda arbitral ante los jueces ordinarios, estos no pueden alegar incompetencia por la existencia de un convenio arbitral, ni tampoco renuncia al mismo, pues se trata de un proceso distinto.

Consecuentemente, los tribunales arbitrales surgen en función de resolver una controversia determinada -siempre y cuando exista un convenio arbitral previo-, sin embargo, al surgir la controversia y el legitimado activo acude por tutela judicial efectiva, encuentra el inconveniente de que el tribunal arbitral aún no está constituido – a diferencia de la jurisdicción ordinaria que es permanente –, y deberá esperar a que el tribunal se declare competente a fin de poder requerir la tutela cautelar, poniendo en serio peligro el objeto de la litis; por lo que, la parte interesada en la medida, a fin de que se le reconozca un derecho o de que se proteja el bien materia de controversia, deberá acudir al juez estatal para que dicte tales medidas, sin que esto signifique una renuncia al convenio arbitral.

En caso de que se requiera levantar o sustituir una medida ordenada por el juez, una vez terminado el proceso arbitral y emitido el respectivo laudo, sobre la base normativa, correspondería levantar dichas medidas al órgano competente que las dictó y ejecutó, es decir, por el juez ordinario.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que anotar que a pesar de la salida que tiene esta situación particular con las normas supletorias al proceso arbitral y la práctica consuetudinaria, es imprescindible que se norme este aspecto en la ley, pues no deja de ser un tema que deja algunas inquietudes doctrinarias al respecto, como que el demandante no pueda solicitar medidas cautelares hasta que el tribunal se constituya y declare competente, pues así se estipuló en el convenio; que el mismo proceso encuentra un riesgo de ilegitimidad, pues teniendo los arbitros potestad, otorgada por las partes, de conocer y ordenar medidas cautelares, el interesado debe acudir al juez ordinario para que las ordene y ejecute oportunamente. Finalmente, el legitimado activo se encuentra con una importante limitación al acudir a los jueces ordinarios ya

---

<sup>103</sup> *Ibíd.*, 12

que, estos solamente pueden dictar las medidas cautelares establecidas taxativamente en el COGEP, mientras que los árbitros las que consideren necesarias para cada caso, teniendo un espectro más amplio que el juez en ese sentido pues goza de más flexibilidad para dictar medidas innominadas o que considere más acertada para la consecución de la finalidad perseguida.

### **b. Ejecución de las medidas cautelares**

La jurisdicción del árbitro surge a partir de la voluntad de las partes, como lo hemos señalado anteriormente, esta voluntad viene condicionada tanto en el aspecto de conocer la litis o controversia en sí misma, como en el de ejecutar medidas cautelares. Esta potestad de que sea un tribunal quien pueda atender la tutela cautelar, debe constar previamente en el convenio arbitral.

Conforme la legislación ecuatoriana, los árbitros pueden dictar aquellas medidas cautelares reguladas en la normativa procesal civil (COGEP), y adicionalmente, aquellas que consideren necesarias conforme la ley arbitral (artículo 9 LAM). Es decir, a diferencia del procedimiento judicial, donde los jueces están obligados a ordenar las medidas cautelares expresamente previstas en el COGEP, la LAM ha establecido presupuestos elásticos o flexibles, a fin de que los árbitros puedan adoptar, además de las medidas establecidas en el COGEP, otras denominadas *atípicas o innominadas*, que pese a no estar establecidas en la ley, si el árbitro las considera necesarias, podrá ordenarlas, respetando siempre los límites legales.

Según Ortells Ramos<sup>104</sup>, estas medidas son consideradas flexibles o elásticas porque permiten una adaptación a la realidad de cada caso para la obtención de un resultado; esto es, a diferencia de una medida cautelar taxativa que describe concretamente los presupuestos y las consecuencias jurídicas que se originan con su solicitud, las medidas flexibles son modificables a cada caso en particular y pueden ser un apoyo legal para que el tribunal arbitral o juez aporte la respuesta a cada caso de acuerdo a su discrecionalidad.

---

<sup>104</sup> Ortells Ramos, *Sobre las Medidas Cautelares Indeterminadas*, (Revista Jurídica 1989), 53.

De acuerdo a esta realidad, la facultad *sui generis* de los árbitros para ejecutar las medidas cautelares depende de la voluntad de las partes, pues conforme la LAM, los árbitros pueden ordenar, pero no ejecutar las medidas cautelares, a menos que las partes así lo hayan acordado expresamente en el convenio arbitral. En este contexto, nuestra LAM en el artículo 9 establece:

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.

La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.

De lo anterior, cabe recordar que doctrinariamente se considera oportuno que los árbitros, antes de dictar las medidas cautelares tipificadas en el código adjetivo o las que consideren necesarias según la LAM, puedan analizar discrecionalmente la existencia de los principios o presupuestos indispensables: el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*.

Ahora bien, considerando la disposición jurídica antes citada, se desprende que los árbitros al momento de dictar una medida cautelar, en su leal entender, podrán exigir una garantía al solicitante de la medida, a fin de cubrir el pago de los costos y de una posible indemnización por daños y perjuicios al afectado, en caso de que la pretensión principal fuera declarada infundada en el laudo arbitral.

El tribunal arbitral podrá exigir al solicitante de la medida, que presente una garantía equivalente o proporcionada respecto de la medida requerida, salvo que dicho tribunal lo considere inapropiado o innecesario.

Consecuentemente, los árbitros deberán determinar si la situación jurídica es susceptible de cautela, y de ser así, fijarán el monto y tipo de caución. La parte afectada con la medida, podrá solicitar la suspensión de tal medida rindiendo caución suficiente a juicio del tribunal. No obstante, en caso de no cumplirse con la caución requerida, se podrá negar la petición de suspensión de dicha medida.

En cuanto a la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros pueden solicitar el auxilio de funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos, siempre que las partes así lo hayan acordado expresamente en el convenio arbitral; de lo contrario, cualquiera de ellas podrá solicitar al juez la ejecución de dichas medidas, sin que ello signifique renuncia alguna al convenio arbitral.

Un árbitro o tribunal siempre va a tener una jurisdicción incompleta o limitada, no solo porque no tiene el carácter permanente que tienen los jueces, pues requiere de la voluntad de las partes para conocer y resolver sobre la controversia, sino que también es limitada en cuanto a la ejecución del laudo y de medidas cautelares, dado que requiere autorización expresa de las partes en el convenio arbitral.

Muchos consideran factible que los árbitros puedan dictar y ejecutar las medidas cautelares siempre que su cumplimiento sea voluntario, no así, en caso de cumplimiento forzoso. Al respecto, el profesor Aylwin señala que: “la falta de imperio no priva a los árbitros de la facultad de dictar medidas precautelatorias, ya que estas no importan un medio de apremio o compulsión, sino únicamente una garantía para asegurar los resultados del juicio”<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> Aylwin, *El juicio arbitral*, 464.

Existen varias posturas que señalan que el tribunal arbitral siempre puede dictar medidas cautelares, es decir, no necesita autorización, pues el artículo 9 de la LAM, conlleva dos fases: una cognitiva, que comprende la facultad del Tribunal de dictar medidas cautelares, y la otra ejecutiva, que hace referencia a la facultad de ejecutar o no medidas cautelares. El aspecto de ejecución es el que debe estar pactado en el convenio de arbitraje, caso contrario será el juez quien se encargue de ejecutar las medidas solicitadas.<sup>106</sup>

En este escenario, la disposición jurídica establecida en la LAM sostiene que los árbitros pueden ordenar, pero no ejecutar, las medidas cautelares que dispongan, a menos que las partes así lo hayan estipulado en el convenio arbitral. Es decir, que el poder ejecutivo de los árbitros está sometido a la voluntad de las partes, pues son éstas quienes a través del convenio arbitral pueden incluir o excluir la potestad de los árbitros de tomar decisiones sobre las medidas cautelares.

El legislador basado en el espíritu esencial de este tipo de procesos, permite que sean las partes quienes decidan si el árbitro puede o no ejecutar las medidas cautelares. En la práctica, especialmente, considero que se debería permitir que los árbitros ejecuten las medidas cautelares, a menos que las partes decidan lo contrario; esto, en favor de una mayor efectividad de las mismas, y más aún, considerando, que muy escasamente la cláusula arbitral de un convenio o contrato es suficientemente amplia y completa; generalmente, es básica, y deja por fuera este importante aspecto que difícilmente puede subsanarse una vez presentada la controversia.

### **3. Sobre la efectividad al requerir la tutela cautelar**

Adentrándonos en la práctica común al momento de solicitar medidas cautelares, podemos observar que la ley arbitral no especifica ni establece el momento procesal a partir del cual el árbitro puede dictaminar una medida cautelar; generando cierta incertidumbre sobre si puede hacerlo a partir de que acepta el cargo, luego de que se posesiona, o una vez que se declara competente.

---

<sup>106</sup> Ramiro Salazar, entrevista realizada al catedrático sobre “La eficacia de las Medidas Cautelares en el Proceso Arbitral Ecuatoriano”, Quito, 27 de julio de 2015.

Adicionalmente, cabe precisar que la eficacia en las medidas cautelares está atada al momento en que éstas son solicitadas. Es decir, considerando que las medidas cautelares tienen características especiales, pues requieren ser sorpresivas, dictadas *inaudita parte* y de ejecución inmedita, han de ser debidamente requeridas a fin de lograr el fin jurídico pretendido.

Lo anterior gana relevancia al momento de considerar el tiempo que transcurre hasta que el árbitro conoce y dicta la medida cautelar. Así, de conformidad al artículo 10 de la LAM, la demanda debe presentarse ante el director del centro de arbitraje correspondiente, o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio.

Presentada la demanda, el director del centro de arbitraje deberá calificar la demanda y dispondrá que se cite a la otra parte, dentro de los cinco días subsiguientes; y una vez realizada la citación, concede el término de diez días para la contestación de la misma. De ahí que, conforme lo previsto en la norma habrá transcurrido 15 días término, pues para los efectos del presente estudio, no revisaremos el escenario de imposibilidad de determinar el domicilio del demandado.

La ley concede hasta el doble de tiempo para contestar la demanda cuando el demandado tuviere su domicilio fuera del lugar del arbitraje, es decir 10 días más. Es preciso recordar, que el demandado ya tiene en su poder la demanda y pleno conocimiento sobre las medidas cautelares solicitadas por la parte accionante.

Conforme lo plantea la ley, el demandado puede reconvenir sobre la demanda; y, de hacerlo, se le concede al actor el término de diez días para que conteste la reconvenición.

Un factor importante que establece la ley, es aquel que las partes pueden modificar la demanda, su contestación, la reconvenición a la demanda, o la contestación a ésta, por una sola vez, en el término de cinco días luego de presentada cualquiera de ellas. Asimismo, se establece un término de tres días para contestar

cualquiera de las modificaciones, en cuyo caso no correrán los términos que estuvieren transcurriendo.

Una vez superadas las etapas anteriores, contestada o no la demanda o la reconvencción, el director del centro de arbitraje, señala día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación, a fin de procurar un avenimiento de las partes. La ley de arbitraje no establece un plazo para la mediación, ni tampoco cuantas sesiones han de ser necesarias, lo que conlleva a un tiempo indeterminado, quedando a criterio y prudencia del Director del centro arbitral, o a lo establecido en los reglamentos de los centros de arbitraje y mediación al que las partes hayan pactado someterse.

Para continuar con una cuantificación del tiempo transcurrido, estimaremos 5 días para señalar la audiencia de mediación, y 2 sesiones con un intermedio de 15 días. Presumiremos, además, que existió un acta de imposibilidad.

La ley establece que de no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que designen en el término de tres días los árbitros principales y el alerno que conformarán el tribunal. Para Ramiro Salazar, ex director de un centro de arbitraje y mediación, el tiempo para enviar la lista al director es de 3 días en promedio.

Ahora, en el supuesto de que partes no logran ponerse de acuerdo, la designación de árbitros se deberá hacer por sorteo de conformidad al artículo 16 de la LAM, para lo cual el director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que señalada, y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando de esta manera legalmente integrado el tribunal de arbitraje. El tiempo estimado para señalar día para el sorteo será de 7 días.

En cuanto a los árbitros designados, éstos tienen tres días luego de haber sido notificados, para aceptar o no el cargo, de acuerdo al artículo 17 de la LAM; la ley establece que si guardan silencio se entenderá que no aceptan. Una vez aceptada la designación, los árbitros serán convocados por el director del centro para tomar



posesión de sus cargos ante el presidente del centro de arbitraje. Tómese en cuenta que hay tres momentos diferentes, la aceptación individual de los árbitros, mediante carta aceptando el cargo, la posesión y la declaración de competencia.

Sobre este aspecto la ley no establece un término entre la aceptación del cargo y la posesión, sin embargo, tomaremos como ejemplo lo establecido en el artículo 59 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito CCQ, que los árbitros tomarán posesión del cargo en un término no mayor a diez días hábiles a partir de la aceptación de último árbitro.

Asimismo, tomaremos como referencia el artículo 16 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, donde establece que la posesión de los árbitros podrá ser en uno o varios actos, ante el Presidente del Centro y sin convocatoria a las partes, y que el trámite de posesión de todos los árbitros no excederá los cinco días hábiles, contados desde la fecha en que se posesiona el primero de ellos. Si cumplido este término, alguno de los árbitros no se hubiere posesionado y el Centro lo considerare conveniente, será reemplazado en la forma prevista en el reglamento; y de no posesionarse en ese término, el director del centro reemplazará al árbitro.

Entre los tres días que establece la ley a partir de haber sido notificados, y considerando los ejemplos prácticos anteriormente citados, como es el caso del reglamento de la Cámara de Comercio de Quito, donde se conceden 10 días en la etapa comprendida entre la notificación hasta la posesión, podrían transcurrir en promedio hasta 30 días. Esto, sin considerar el imprevisto de reemplazar a un árbitro que no se posesionó.

Una vez posesionados todos los árbitros, y tomando como referencia el término fijado por el Reglamento de la Cámara de Comercio de Guayaquil, se establece que éstos nominarán en el término de veinticuatro horas, al Presidente y al Secretario del Tribunal, y una vez realizado esto, se convocará a la audiencia de sustanciación, la cual podrá durar más de un día. Jurídicamente, tampoco se

determina en cuanto tiempo se debe llamar a la audiencia, sin embargo, para fines prácticos estimaremos 8 días.

A partir que el tribunal se posesiona, obtendrá el expediente y tendrá un primer análisis del mismo. Cuando el proceso es voluminoso y considerando la complejidad del caso, es posible que se disponga de más de 8 días para llamar a audiencia.

Nada dice la ley respecto si a partir del momento de la posesión de los árbitros, éstos pueden o no dictar medidas cautelares. Desde una perspectiva particular, se podría considerar, toda vez que la competencia que tiene el tribunal es para resolver el fondo del litigio y las medidas cautelares no son el fondo del litigio; sin embargo, sosteniendo nuestra posición respecto que es cuando se declaran competentes, seguiremos cuantificando el término transcurrido.

La audiencia de sustanciación, es fijada por el tribunal ya constituido, quienes en esa instancia declaran si son o no competentes, y en el supuesto que lo sean, habrán transcurrido hasta el momento, aproximadamente 7 meses, tiempo más que suficiente para romper cualquier mecanismo de sorpresa o efectividad de una medida cautelar solicitada. Esto, sin considerar demoras adicionales que podrían ampliar el tiempo analizado anteriormente.

Consecuentemente de lo anterior, podemos observar que al solicitar medidas cautelares con la demanda arbitral se estaría previniendo siete meses antes a la otra parte, dándole la posibilidad de que ésta pueda tomar medidas para precautelar sus bienes; precisamente lo opuesto al objeto principal de una medida cautelar, que es que sea decretada y ejecutada de manera inmediata y sorpresiva, sin prevención de la contraparte.

Nótese sin embargo, que en la justicia ordinaria al solicitar medidas cautelares con la demanda, estas son atendidas por el juez una vez que avoca conocimiento, quien las ordena en su primer auto. Por esta razón la ley procura suplir subsidiariamente posibles fallas, en el sentido de que el arbitraje al ser un proceso

alternativo, no excluye al proceso ordinario. Consecuentemente, las partes, previo al proceso o a la posesión del tribunal arbitral, pueden recurrir a la justicia ordinaria a fin de solicitar la adopción de medidas cautelares.

De esta forma, tomando en cuenta que el propósito de la medida cautelar es que sea rápida, secreta y sorpresiva, y considerando las dificultades que se presentan al momento de solicitarlas durante el desarrollo del proceso arbitral; el accionante a través de su defensor deberá actuar a su mejor criterio y conveniencia, y podrá solicitarlas al juez ordinario, antes de presentar la demanda arbitral o después de presentarla mientras transcurre el tiempo para que el tribunal se declare competente.

#### **4. Análisis de casos prácticos sobre el momento de la solicitud de medidas**

Sin perjuicio de lo anterior, existen excepciones que pueden desdecir la recomendación anterior; en la investigación se encontró un caso práctico suscitado en un centro de arbitraje de la ciudad de Quito, el cual nos refleja cómo se puede tomar ventaja de cada alternativa al momento de iniciar un proceso judicial. El catedrático y experto en temas arbitrales Ramiro Salazar<sup>107</sup>, nos plantea la situación:

Consecuentemente de una controversia comercial presentada en el centro arbitral, el actor entabló una demanda solicitando en ella una medida cautelar y abundando notoriamente en la literatura jurídica sobre dicha medida. La estrategia jurídica del abogado patrocinador más que advertir a la parte contraria sobre la solicitud de la medida cautelar fue asegurarse y dejar constancia escrita sobre todos los bienes patrimoniales que la parte demandada disponía hasta ese momento; y de esta manera, advertir por un lado que si desaparece alguno de sus bienes, se pueda demostrar la mala fe y se puedan iniciar las acciones civiles y penales correspondientes; y por otro lado, hacerle conocer el peligro que corren todos sus bienes.

Efectivamente, en este caso, el abogado patrocinador consiguió en audiencia de mediación llegar a un acuerdo, es decir, no necesitó ejecutar ninguna medida cautelar, y aunque no se puede saber a ciencia cierta si aquella estrategia fue determinante para llegar al acuerdo, seguramente resultó influyente.

Es así que, a criterio de Ramiro Salazar, la eficacia de las medidas cautelares en el proceso de arbitraje, en gran medida depende de la intención del abogado

---

<sup>107</sup> Salazar, entrevista sobre “La eficacia de las Medidas Cautelares”.

patrocinador del accionante y sus objetivos establecidos; pues en el caso planteado, aunque no se llegó a decretar ninguna medida, se consiguió resolver el problema del cliente.

Por otra parte, para María Elena Jara<sup>108</sup>, presentar un pedido de medidas cautelares en la demanda arbitral, constituye una falla estratégica del abogado patrocinador; pues considerando el caso anteriormente planteado y suponiendo que el actor solicitaba una retención de fondos de una cuenta bancaria al momento de presentar la demanda, la parte contraria quedaría advertida de la medida cautelar, disponiendo de tiempo suficiente para retirar los fondos de la cuenta.

Para María Elena, no se consideraría maliciosa la acción del demandado de retirar los fondos, pues es libre de disponer de ellos. En este caso, el problema de acuerdo con su opinión, radica en la estrategia del abogado, pues las medidas cautelares deben pedirse inaudita parte. Sin embargo, no descarta la posibilidad de la perspectiva del abuso del derecho<sup>109</sup>, esto es, a pesar de la facultad de la persona de disponer sus fondos bancarios, se podría demostrar que la intención ha sido evadir sus obligaciones. De manera que sería conveniente presentar ante la justicia ordinaria las medidas precautorias hasta el momento en que el tribunal arbitral declare su competencia, pues el requirente de la medida podría demostrar que no tiene juzgador y por lo tanto no puede cumplir plenamente con el convenio en el tema de medidas cautelares.

Ciertamente, las medidas cautelares se pueden solicitar al momento en que el tribunal se declara competente en la audiencia de sustanciación, sin perjuicio de que la parte contraria desde la demanda haya podido deducir la posibilidad de que más adelante se puedan pedir medidas cautelares y anticipadamente pueda ocultar sus bienes.

---

<sup>108</sup> María Elena Jara, entrevista acerca de la “Eficacia de las Medidas Cautelares en el Proceso Arbitral en el Ecuador”, Quito, 24 de julio de 2015.

<sup>109</sup> Se denomina abuso del derecho a la situación que se produce cuando el titular de un derecho subjetivo actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales

Cabe señalar que existen tribunales que sostienen que una vez posesionados pueden dictar medidas cautelares, sin embargo hay otros que no las dictan sino hasta declararse competentes. Esta situación resulta determinante, considerando que pueden transcurrir más de quince días entre ambos momentos, pudiendo generar perjuicios sobre las intenciones del solicitante.

Por otro lado, otra situación a considerar subsiste sobre el levantamiento de las medidas cautelares, que como se analizó en el capítulo anterior, resulta controversial y de criterio contradictorio en la práctica. No existe certeza o disposición legal que determine cuál es la autoridad competente para levantar la medida cautelar, en caso de que hubiese sido dictaminada por el juez ordinario, ya sea durante el desarrollo del proceso arbitral o una vez dictado y ejecutoriado el laudo. O bien, en caso que sea necesaria la subsistencia de la medida cautelar, con el fin de precautar el cumplimiento de la obligación que emana de la resolución, si el tribunal termina su existencia legal una vez que tiene la calidad de cosa juzgada el laudo ¿A quien correspondería levantar posteriormente la medida?

El artículo 37 de la LAM, determina que “en todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil -ahora COGEP-, Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho”. Asimismo, el artículo 32 de la misma ley establece que “los laudos arbitrales 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”, quedando claramente establecido que los jueces ordinarios son quienes tienen la labor de auxilio en relación al proceso arbitral.

Por otra parte, y como ya lo referimos anteriormente, la jurisdicción de los árbitros es limitada y fenece al resolver sobre el asunto de la controversia mediante el laudo, y de lo estipulado en el párrafo precedente, la ejecución del laudo se ventila por medio de la vía de apremio, siendo así, cabe la posibilidad que el juez que conoce la resolución del laudo pueda levantar las medidas cautelares solicitadas en el proceso, toda vez que pronunciarse sobre estas medidas no implica intervenir el fallo emitido por el tribunal arbitral.

Sin embargo, existen criterios contrapuestos a la tesis planteada. Para Paulina Velarde<sup>110</sup>, es el mismo tribunal quien debe hacerlo, y plantea un caso práctico:

En un caso particular, una institución financiera solicitó el embargo de un inmueble ante el tribunal arbitral; aceptado y dictado el embargo, se llegó a la etapa resolutive del proceso, obteniendo el laudo a favor de la institución financiera; evidentemente a fin de garantizar el pago, la medida cautelar no fue levantada. Una vez ejecutado el laudo, era necesario el levantamiento de la medida; sin embargo, el tribunal ya había terminado su existencia legal, y al acudir a un juez ordinario, éste se negó motivando su actuación en el sentido que el tribunal arbitral era el único competente para hacerlo. En este caso se reinstaló el tribunal para que se ordene el levantamiento de la medida, casi dos años después de dictado el laudo.

Ampliando su explicación, Paulina plantea que si se envía un oficio ordenando la retención de fondos a una institución financiera, por parte de un tribunal arbitral, al querer ser levantada la medida por un juez, la institución sostendrá que no fue éste quien solicitó la medida y que le corresponde a quien la ordenó, solicitar su levantamiento. Asimismo, sostiene que efectivamente el tribunal no termina su vida jurídica al haber decretado una medida cautelar, por lo tanto, les corresponde a ellos, y no el juez resolver sobre este asunto.

En el caso planteado, María Elena Jara añade que existe una interacción entre la justicia ordinaria y la arbitral, por ende, si ya se disolvió el tribunal, será el juez ordinario quien debe levantar las medidas, pues la ley determina que una vez que dictado el laudo, el tribunal se agota, por lo que sería muy complicado constituir un nuevo tribunal para levantar medidas.

Kleinheisterkamp observa el rol ambiguo de las medidas cautelares en el contexto del arbitraje, y señala que se torna en una complejidad que impone la reflexión sobre la relación de la jurisdicción arbitral frente a la jurisdicción estatal.<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> Paulina Velarde, entrevista sobre la “Eficacia de las Medidas Cautelares en el Proceso Arbitral en el Ecuador”, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, 25 de julio de 2015.

<sup>111</sup> Jan Kleinheisterkamp, *Medidas cautelares en el arbitraje. Una perspectiva comparatista en Derecho Económico Internacional*, (Colección Estudios Jurídicos 26, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2006), 151-165.

Sobre estos casos prácticos y sobre las posturas planteadas, considero que el juez es plenamente competente de conocer sobre las medidas cautelares, pues no se refiere al asunto mismo sometido al arbitraje, sino a una medida que resguarda la situación fáctica de los bienes, y, al mismo tiempo, asegura el efectivo cumplimiento del laudo. En este sentido, y considerando que la ley no se pronuncia sobre la falta del tribunal arbitral, pues su jurisdicción termina con la emisión del laudo, correspondería al juez ordinario el levantamiento de las medidas, siendo esta acción parte de sus funciones de auxilio. Además, una vez que se obtenga el laudo definitivo, y finalizada la actuación del tribunal, la parte beneficiaria del laudo, únicamente podrá acudir al juez para solicitar la ejecución o levantamiento de las medidas cautelares. Esto, sin descartar la posición que hace referencia a que el tribunal arbitral es el único competente.

En conclusión, sea por vía ordinaria o arbitral, las medidas preventivas deberán responder siempre por su efectividad, y de eso justamente se debe encargar el defensor en protección de los intereses del accionante; no obstante, de aquellas situaciones y aspectos que deben ser dilucidados taxativamente por la ley.

### **5. Consideraciones al momento de otorgar las medidas cautelares**

El otorgamiento de medidas cautelares es un tema sensible pues estas pueden provocar daño a la parte contra quien se las impone; es por esto que se manejan presupuestos mínimos para su concesión (situación jurídica cautelable, *fumus boni iuris*, *periculum in mora*); por esta razón, los árbitros deben aplicar la justicia necesaria para su concesión, de manera que permita equilibrar tanto la preservación del interés y derechos del solicitante, como los de la parte que resulta afectada por la medida.

La preocupación de los árbitros podría radicar, en primer lugar, en el temor de que al resolver sobre una providencia preventiva, antes o durante el proceso de conocimiento, se generen inequívocas preferencias o inclinaciones hacia una de las partes procesales; y, en segundo término, que el rechazo de una medida cautelar se pueda considerar injusta o parcializada y pueda acarrear posibles sanciones. Aún así, el deber ser del árbitro busca que de ninguna manera su otorgamiento influya o

adelante el resultado final del proceso principal. Tal vez por eso se explica que en muchas ocasiones es más difícil conseguir las medidas cautelares de los árbitros que de los jueces.

Para algunos autores, la reticencia de los tribunales arbitrales a dictar medidas cautelares es por temor a exceder sus facultades, sin embargo, la consecuencia de esta actitud no es otra que retrasar indefinidamente el procedimiento, poniendo en peligro la eventual ejecución del laudo.<sup>112</sup>

Evidentemente, al momento de dictar una medida precautoria, un aspecto importante a ser considerado por los árbitros, sería evitar que un fallo favorable se pierda ante la falta de otorgamiento de una medida cautelar, así como, el otorgamiento de las medidas solicitadas que compelen a que el asunto se resuelva dentro de un plazo razonable, situaciones que aseguran la tutela efectiva. Aún así, es frecuente encontrar árbitros que no decretan muchas de las medidas solicitadas por los aspectos antes referidos.

En este sentido, podemos señalar que la ambigüedad o ausencia normativa sobre la aplicación y exigibilidad de las medidas cautelares previo al proceso arbitral, generan una pérdida de certeza del procedimiento y restringen la facultad de usar en mayor medida las providencias preventivas. Esta situación comúnmente produce inseguridad jurídica de quienes acuden a este método alternativo de solución de conflictos, pues muchos de ellos advierten como inconvenientes los problemas anteriormente planteados, prefiriendo obviar el sistema arbitral y optar por el proceso judicial ordinario para la solución de sus controversias.

No obstante esas observaciones, el proceso arbitral se encuentra envuelto de particularidades y ventajas exclusivas que lo convierten en un sistema más breve y sencillo que el judicial, toda vez que disminuye la formalidad en el proceso pero gana eficacia al adecuarse a las necesidades y expectativas de las partes. Esto no impide que deba restablecerse la normativa arbitral con el objeto de otorgar

---

<sup>112</sup>Fernández, *Arbitraje*, 14.



instrumentos legales que permitan sanear y superar aquellos impedimentos y deficiencias de forma y ejecución que obstaculizan el proceso.

En definitiva, la aplicación de las medidas cautelares debe realizarse de manera oportuna y conveniente a fin de proporcionar equilibrio entre las partes y asegurar el derecho a obtener la resolución efectiva del proceso; pero sobretodo, precisa una propuesta de modificaciones legislativas para superar los vacíos legales que la norma arbitral adolece, y generar parámetros que permitan asegurar la justicia y promover al arbitraje dentro del sistema procesal ecuatoriano como una opción práctica y efectiva en la solución privada de conflictos.

## Capítulo cuarto

### Conclusiones y recomendaciones

El Estado, responsable de garantizar la tutela efectiva dentro de los procesos judiciales, y en su afán de prever justicia, restaurar el equilibrio y brindar celeridad procesal, reconoce al arbitraje como método alternativo de solución de conflictos para resolver controversias en litigios de naturaleza comercial.

El arbitraje es el medio más utilizado para la solución privada de conflictos *inter partes*, pues posee un sistema particular y más expedito que el judicial. Sin embargo, en virtud de su estructura procedimental, presenta particularidades o vicisitudes similares a las del proceso ordinario que ponen en peligro las expectativas en el litigio, ante lo cual se vuelve indispensable la adopción de medidas cautelares a fin de garantizar la efectividad del laudo.

Las medidas cautelares constituyen una herramienta fundamental que deben aplicarse de manera oportuna y de conformidad a la ley, a fin de fortalecer el sistema arbitral y evitar que las ventajas que este procedimiento ofrece -emergencia, celeridad y economía procesal-, en la práctica queden desvirtuadas.

Para alcanzar la tutela judicial efectiva, recurrir a la justicia ordinaria resulta indispensable, pues determinadas actividades propias del proceso arbitral no pueden llevarse a cabo sin la colaboración de los jueces estatales u ordinarios, como en el supuesto de decretar medidas preventivas o precautorias, esto es, cuando el Tribunal Arbitral aún no se encuentra formado, o a su vez, para la ejecución forzada de una medida. Cabe eso sí señalar que, el auxilio judicial de ninguna manera constituye renuncia al acuerdo arbitral.

Aunque la norma no especifica en qué momento el Tribunal Arbitral puede resolver sobre las medidas cautelares: sea al aceptar el cargo de árbitro, al posesionarse, o al

momento de declararse competente; a criterio personal, el árbitro puede dictar una medida cautelar a partir de que en Audiencia de Sustentación se declara competente para conocer la causa, y durante el transcurso del proceso hasta una vez ejecutoriado el laudo. Cualquier solicitud extemporánea a estas etapas, debe realizarse ante el juez ordinario.

Quienes ejercen el derecho constitucional de resolver sus controversias por vía arbitral pueden solicitar la disposición de medidas cautelares preventivas por vía judicial. El juez no puede negarse a prestar auxilio sobre la medida arbitral requerida, ni puede modificarla o limitarla, salvo que ésta atente de forma notoria contra una norma de orden público.

El solicitante de la medida encuentra ciertas limitaciones al hecho de que sea el juez y no el árbitro quien atiende su pedido de tutela cautelar, pues los jueces solamente pueden dictar las medidas cautelares taxativas, sin salirse del marco normativo, mientras que los árbitros “las que consideren necesarias para cada caso”, teniendo una esfera más amplia y flexible que el juez, para asegurar los bienes materia del proceso y garantizar la efectividad del laudo.

La amplitud del árbitro para disponer medidas innominadas debe justificarse en la concurrencia de los presupuestos *periculum in mora* y *fumus boni iuris*; quedando a su criterio exigir una garantía o contra cautela al solicitante de la medida, para cubrir la indemnización de perjuicios a la parte afectada indebidamente con la medida.

La eficacia del arbitraje requiere de una relación e intervención armónica y complementaria entre el sistema arbitral y judicial; no obstante es necesaria una propuesta de modificaciones legislativas para superar la laguna normativa de la Ley de Arbitraje con respecto a las medidas cautelares.

Sobre el tema, surgen varios aspectos de interés procesal, más aún, cuando no está integrado el tribunal arbitral; sin embargo, la práctica ha logrado demostrar que el momento procesal más idóneo para solicitar las medidas cautelares forma parte de la estrategia y pericia del profesional del derecho que dirige la causa; dependerá de su

destreza solicitar las medidas preventivas a los jueces, o a los árbitros una vez designados, estimando que ante un eventual acto de urgencia, no sería prudente esperar a la declaratoria de competencia del Tribunal Arbitral.

El valor del arbitraje, como pronto y eficaz método alternativo de solución privada de un conflicto, radica en gran medida en que se otorgue a los tribunales arbitrales de instrumentos legales que permitan asegurar la justicia a través del laudo. Si la facultad con que cuentan los árbitros se restringiera, se menoscabarían principios constitucionales como el de la tutela judicial efectiva. Conforme este principio todas las personas tienen derecho al otorgamiento de herramientas que permitan superar los impedimentos y deficiencias que obstaculizan el proceso.

Se recomienda revisar y regular aspectos normativos correspondientes a la etapa arbitral, aclarando y determinando argumentos como si el juez puede ordenar medidas cautelares a pesar que exista un convenio donde se estipula que sea el tribunal arbitral quien las ordene; o, atributos como si dictaminadas por el juez las medidas el árbitro puede reconsiderarlas y revocarlas dictaminando otras innominadas.

Asimismo, sería conveniente estructurar una reforma normativa a fin de reconocer a los árbitros la facultad de ejecutar sus medidas y laudos, y que únicamente por expresa disposición de las partes se decida lo contrario, a propósito de evitar que las partes en procura de justicia deban recurrir al órgano jurisdiccional, desdibujando el sentido de este proceso.

Otra propuesta para que las medidas cautelares sean eficaces y efectivas al momento de ser solicitadas en el proceso de arbitraje, es la posibilidad de crear un tribunal arbitral permanente o -ad hoc- en cada centro de arbitraje para dictar y ejecutar medidas cautelares, lo que evitaría conflictos como quien levanta las medidas cautelares una vez disuelto el tribunal.

En caso de haber solicitado garantías o contracautela para dictaminar medidas cautelares, y éstas hayan generado un daño a la contraparte que supera la garantía,

resolver quien debe conocer el proceso de daños y perjuicios indemnizatorio que dicha medida ocasione a alguna de las partes, el juez o el mismo tribunal arbitral. En este último caso, se debe establecer el alcance de la competencia para que los laudos no tengan un pronunciamiento *ultra petita*, pues no sería un monto indemnizatorio no pretendido.

Finalmente, las medidas cautelares siempre que sean dictaminadas y ejecutadas oportunamente, constituyen un medio propicio para alcanzar el fin pretendido y garantizar un resultado legítimo y procedente, permitiendo impulsar y fortalecer el sistema arbitral como herramienta eficaz para dirimir conflictos y alcanzar seguridad jurídica al margen del sistema jurisdiccional.

## BIBLIOGRAFIA

Aylwin Azócar, Patricio. *El juicio arbitral*, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958.

Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*, Bogotá, Colombia, 1978.

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Edit. Heliasta. Buenos Aires: 1980.

Caivano, Roque. *Arbitraje*, Editorial Ad-Hoc Vilella, Buenos Aires 2000.

Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Padua. 1936 Trad. Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Gráfica Argentina, 1945.

Carnelutti, Francisco. *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*, Barcelona, 1942, T.I

Chiovenda, Guiseppe. *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, Edit. Edersa, Madrid 1945.

Devis Echandía, Hernando. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Edit. Temis, Tomo IV Bogotá 1964

Fábrega P., Jorge. *Medidas Cautelares*, Edit. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia.

Falcon M., Enrique. *Grafica Procesal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. IV, 2a. Edición.

Gil Echeverry, Jorge. *Curso Práctico de Arbitraje*. Ediciones Librería Profesional, Bogotá 1993.

Fernandez Rozas, Jose Carlos. *Arbitraje y justicia cautelar*. Revista de la Corte Española de Arbitraje, Universidad Complutense de España, Vol. XXII, España 2007.

Di Ioro, Alfredo J. *Teoría General de las Medidas Cautelares*. Artículo publicado en el Libro: "Temas de derecho procesal". Buenos Aires, Desalma 1985.

González de Cossío, *Arbitraje*. Edit. Porrúa, México, 2004.

- García Ramírez, Sergio. *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. Universidad Autónoma de México, 2002.
- Greif, Jaime. *Medidas Cautelares*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2002.
- Kleinheisterkamp, J. *Medidas cautelares en el arbitraje. Una perspectiva comparatista*, en *Derecho Económico Internacional*. Colección Estudios Jurídicos 26, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, 2006.
- Larreátegui, Carlos. *Contribución al Estudio del Arbitraje Privado*. Publicación de la Cámara de Comercio de Quito, Ecuador, 1982.
- Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.
- Lorca Navarrete. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid, 1991.
- Martínez Botos, Raúl. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Edit. Universidad, 1994
- Ortells Ramos. *Sobre las medidas cautelares indeterminadas*. Revista Jurídica, 1989.
- Ottolenghi, M.A. *Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral*. Revista de Derecho Procesal, num. II, Buenos Aires, 1943.
- Bernardini, P. *Les povoirs de l'arbitre, Mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage international*. Bulletin du CCI, N° 519, 1993.
- Podetti J., Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Edit. Ediar, Tomo IV, Buenos Aires 1969.
- Quintero Muro Gonzalo, *Medidas Preventivas*, publicado por el I.N.H., Caracas, 1961.
- Salcedo Verduga Ernesto, *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje*, Universidad Santiago de Guayaquil, Ecuador: Guayaquil, 2006.
- Samori E., *Comentario Breve al Código de Procedimiento Civil*, Carpi-Colesanti-Tartuffo, 3ra Edic., CEDAM, Padova 1994.
- Serra Domínguez, Manuel, *Teoría General de las Medidas Cautelares*, en: "Las medidas cautelares en el proceso civil", con Ramos Méndez, Francisco. Barcelona, 1974.

Vid. A. Reiner, *Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'Arbitrage CCP*, Journ. Dr. int., 1998.

## **Marco Normativo**

### **Internacional**

Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares: suscrita por el Ecuador, el 8 de mayo de 1979 en Montevideo, aprobada por la Cámara Nacional de Representantes el 12 de marzo de 1982, publicada en el R.O. 240 del 11 de mayo de 1982.

Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985.

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, Resolución, Medidas provisionales, Caso Cárcel de Urso Branco contra Brasil, considerando 4, 22/04/2004.

Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de Paris.

### **Nacional**

Constitución Política de la República del Ecuador, 2008.

Código Orgánico General de Procesos

Código Orgánico Integral Penal

Código de Procedimiento Civil del Ecuador.

Código de la Niñez y Adolescencia.

Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador.

Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil.



## **Entrevistas**

Dr. Salazar Ramiro, *La eficacia de las Medidas Cautelares en el Proceso Arbitral Ecuatoriano*, Quito, 27 de julio de 2015.

Dra. María Elena Jara, *La eficacia de las Medidas Cautelares en el Proceso Arbitral en el Ecuador*, Quito, 24 de julio de 2015.

Dra. Paulina Velarde, *La eficacia de las Medidas Cautelares en el Proceso Arbitral en el Ecuador*, Quito, 25 de julio de 2015.