



UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO

FACULTAD DE DERECHO

**TESIS DE GRADO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS
DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TEMA:

**ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL
ARBITRAJE ECUATORIANO Y LA COMPETENCIA DE JUECES Y
ÁRBITROS PARA DICTARLAS Y EJECUTARLAS**

AUTORA:

MIRYAN GRACIELA MACIAS CASTRO

DIRECTOR DE TESIS:

DR. JUAN ULISES DÍAZ CASTRO

QUEVEDO – LOS RIOS ECUADOR

2014

APROBACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN

NÓMINA DEL TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

Dr. Colón Bustamante Fuentes, MSc.

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ab. Agustín Campuzano Palma, MSc.

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

Ab. Eliceo Ramírez Chávez, MSc.

DOCENTE PRINCIPAL MIEMBRO DEL TRIBUNAL

Ab. Víctor Hugo Bayas Vaca, MSc.

DOCENTE PRINCIPAL MIEMBRO DEL TRIBUNAL

Dr. Juan Ulises Díaz Castro

DIRECTOR DE TESIS

Miryan Graciela Macías Castro

EGRESADA DE LA FACULTAD DE DERECHO

POSTULANTE

Fecha: 26 de noviembre de 2014

UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO

FACULTAD DE DERECHO

Quevedo, Noviembre 04 de 2014

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DE TESIS

En mi calidad de Director de Tesis del Trabajo de Investigación sobre el tema: **“Argumentación jurídica de las Medidas Cautelares en el arbitraje ecuatoriano y la competencia de jueces y árbitros para dictarlas y ejecutarlas”** investigación perteneciente a la Srta. **MIRYAN GRACIELA MACIAS CASTRO**, Egresada de la Facultad de Derecho, de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, me permito aprobar dicho trabajo práctico por reunir los requisitos metodológicos aprobados por el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho.

Solicito que sea sometido a la evaluación del Tribunal Examinador que el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho designe.

Dr. Juan Ulises Díaz Castro

DIRECTOR DE TESIS

DEDICATORIA

Dedico este trabajo, resultado del esfuerzo y tesón diario, a mi querido esposo, por su paciencia y comprensión, quien prefirió sacrificar su tiempo para que yo pudiera cumplir con mis sueños, y de manera especial a mi adorado hijo Berlyn Jesshua, quien es mi motor y constituye la joya más preciosa de mi vida, que su sola presencia impregna mi corazón de amor y luz cada vez que respiro, ahora puedo decir que esta tesis lleva mucho de ustedes, gracias por estar siempre a mi lado, gracias por existir, los amo.

Con cariño, Miryan

AGRADECIMIENTO

Agradezco primeramente a Dios por guiar mis pasos, por darme fortaleza, sabiduría y permitirme culminar con éxito una etapa más de mi vida estudiantil.-

A la gloriosa Universidad Técnica Estatal de Quevedo, por ser el alma mater que me acogió en sus alas durante todo este tiempo.

A mi Director de tesis e incondicional amigo, Dr. Ulises Díaz, quien asumió el reto de creer en mí en todo momento, sin dudar de mis habilidades y capacidades, convirtiéndose en mi inspiración y motivación.

A mis maestros por compartir conmigo sus sabios conocimientos y transmitirme a través de sus enseñanzas la luz del saber.

Y no podía faltar el agradecimiento profundo y sincero a mis compañeros, amigos, familiares y a todas aquellas personas que hicieron posible cristalizar este reto, y materializar este gran sueño, depositando en mí, su confianza, sobre todo a las instituciones públicas y privadas que compartieron conmigo sus sabias experiencias.

AUTORÍA

El desarrollo del presente trabajo de investigación, comentarios e ideas, corresponden exclusivamente a la autora, excepto en aquellos referentes bibliográficos que están debidamente citados.

Miryan G. Macías Castro

AUTORIZACIÓN DE LA AUTORÍA INTELECTUAL

Yo, **MIRYAN GRACIELA MACIAS CASTRO**, en calidad de autora del trabajo investigativo o tesis realizada sobre el tema: “ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE ECUATORIANO Y LA COMPETENCIA DE JUECES Y ÁRBITROS PARA DICTARLAS Y EJECUTARLAS, mediante el presente autorizo a la **UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO**, hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o de parte de los que contienen esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos que como autor me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8, 19 y demás pertenecientes a la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento, en concordancia con el Art. 144 de la Ley de Educación Superior.

Quevedo, octubre 10 de 2014

Miryan Graciela Macías Castro

C.C.: 120554744-9

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo de investigación jurídica lleva como título “ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE ECUATORIANO Y LA COMPETENCIA DE JUECES Y ÁRBITROS PARA DICTARLAS Y EJECUTARLAS, el cual tiene por objeto plantear la reforma a nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas acreedores que justifiquen su crédito y fundamente que éste se haya en riesgo, fortaleciendo de esta manera el desarrollo de los procesos de arbitraje y sus resultados.

El problema planteado es la falta de norma expresa que identifique en forma precisa el momento en el que especialmente los jueces ordinarios tienen la competencia para dictar y ejecutar las medidas cautelares en la fase pre arbitral, cuya finalidad consiste en permitir que aquellas personas que cumplan con los dos presupuestos elementales para conceder medidas cautelares, puedan ejercer el derecho a solicitar estas medidas y obtener estas garantías antes de la constitución del tribunal arbitral.

El marco teórico establece una recopilación de la doctrina jurídica y sus principales generalidades, legislación ecuatoriana, extranjera y jurisprudencia acerca de las medidas cautelares en el arbitraje ecuatoriano, jurisdicción y competencia de jueces y árbitros.

En base a un análisis profundo de los resultados, se generaron las conclusiones y recomendaciones para solucionar el problema y demostrar la veracidad de la hipótesis, y en base al análisis crítico se emitió una propuesta de solución a este problema que permite subsanar este vacío legal que afecta a la ciudadanía ecuatoriana.

EXECUTIVE SUMMARY

This legal research work is titled "LEGAL ARGUMENT OF INTERIM MEASURES IN ECUADOR ARBITRATION AND COMPETITION FOR JUDGES AND REFEREES" dictate and implemented, which aims to bring reform to our Law Arbitration and Mediation, with order to guarantee the fundamental rights of creditors who justify and substantiate his credit that he has been at risk, thereby strengthening the development of the arbitration process and its results.

The issue is the lack of express provision to identify precisely the time when especially the ordinary courts have jurisdiction to issue and implement precautionary measures in the pre arbitration phase, whose purpose is to allow people who meet the two elementary to grant interim measures budgets, can exercise the right to apply these measures and get these guarantees before the tribunal is constituted arbitral.-

The theoretical framework provides a compilation of legal doctrine and major general, Ecuadorian law, foreign and jurisprudence on precautionary measures in the Ecuadorian arbitration jurisdiction of judges and arbiters.

Based on a thorough analysis of the findings, conclusions and recommendations to solve the problem and demonstrate the veracity of the hypotheses were generated, and based on the critical analysis of a proposed solution to this problem is issued that can bridge this gap law that affects Ecuadorian citizenship.

INDICE

NÓMINA DEL TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN	II
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DE TESIS	III
DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
AUTORÍA.....	VI
AUTORIZACIÓN DE LA AUTORÍA INTELECTUAL.....	VII
RESUMEN EJECUTIVO	VIII
INDICE DE GRAFICOS.....	XV

CAPÍTULO I - 1 -

1. EL PROBLEMA - 1 -

1.1. INTRODUCCIÓN	- 1 -
1.2. PROBLEMATIZACION.....	- 3 -
1.2.1. Formulación del Problema	- 4 -
1.2.2. Delimitación del Problema	- 5 -
1.3. JUSTIFICACION.....	- 5 -
1.4. OBJETIVOS	- 7 -
1.4.1. General	- 7 -
1.4.2. Específicos	- 7 -
1.5. HIPOTESIS	- 7 -
1.6. VARIABLES.....	- 8 -
1.6.1. Variable Independiente	- 8 -
1.6.2. Variable Dependiente	- 8 -
1.7. RECURSOS	- 8 -
1.7.1. HUMANOS	- 8 -
1.7.2. MATERIALES:.....	- 9 -
1.8. PRESUPUESTOS	- 9 -

CAPÍTULO II - 10 -

2. MARCO TEÓRICO - 10 -

2.1. ANTECEDENTES DEL ARBITRAJE.....	- 10 -
2.2. FUNDAMENTACIÓN DOCTRINARIA.....	- 14 -
2.2.1. DEFINICION DE ARBITRAJE	- 15 -
2.2.2. NATURALEZA JURIDICA DEL ARBITRAJE	- 16 -
2.2.2.1. Teoría Contractualista: (Privatista).....	- 17 -

2.2.2.2.	Teoría Jurisdiccionalista (Procesalista)	- 18 -
2.2.2.3.	Teoría Mixta: (Ecléctica)	- 19 -
2.2.3.	DIFERENCIAS ENTRE ARBITRAJE Y MEDIACION	- 20 -
2.2.4.	CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE	- 21 -
2.2.5.	VENTAJAS DEL ARBITRAJE	- 22 -
2.2.6.	CAPACIDAD PARA SOMETERSE AL ARBITRAJE	- 23 -
2.2.7.	FORMAS DE SOMETERSE AL ARBITRAJE Y PACTAR	- 24 -
2.2.7.1.	Convenio Arbitral.....	- 24 -
2.2.7.2.	Juicio Iniciado ante la justicia ordinaria.....	- 24 -
2.2.7.3.	Intercambio de cartas u otro medio escrito..	- 25 -
2.2.8.	ASPECTOS IMPORTANTES SOBRE EL ARBITRAJE	- 25 -
2.2.8.1.	Modo de pactar el arbitraje en un contrato.....	- 25 -
2.2.8.2.	Inicio del arbitraje.....	- 26 -
2.2.8.3.	Tarifas que se aplican en el arbitraje	- 26 -
2.2.7.4.	Duración del arbitraje.....	- 26 -
2.2.8.	Instancia	- 27 -
2.2.9.	CLASES DE ARBITRAJE.....	- 27 -
2.2.9.1.	Según su Organización.	- 27 -
2.2.9.2.	Según la Forma de Juzgamiento	- 27 -
2.2.9.3.	Según el Lugar donde se lleve a cabo.....	- 28 -
2.2.10.	MODALIDADES DEL ARBITRAJE.....	- 29 -
2.2.10.1.	Arbitraje necesario legal.	- 29 -
2.2.10.2.	Arbitraje necesario convencional.	- 29 -
2.2.10.3.	Arbitraje voluntario.	- 30 -
2.2.11.	EL ARBITRAJE, JUDICATURA Y FUNCIÓN JUDICIAL	- 31 -
2.2.11.1.	Cooperación judicial en el arbitraje	- 34 -
2.2.12.	LA JURISDICCION	- 35 -
2.2.12.1.	Etimología.....	- 35 -
2.2.12.2.	Definición.....	- 35 -
2.2.12.3.	Conceptos	- 36 -
2.2.12.4.	Elementos de la Jurisdicción.....	- 37 -
2.2.12.5.	Atributos que la jurisdicción confiere al juez	- 38 -
2.2.12.6.	Clases de jurisdicción	- 38 -
2.2.12.7.	Jurisdicción en el arbitraje	- 39 -
2.2.13.	COMPETENCIA	- 42 -
2.2.13.1.	Definición.....	- 42 -
2.2.13.2.	Conceptos	- 42 -

2.2.13.3.	Regulación de la competencia arbitral	- 43 -
2.2.13.4.	DETERMINACION DE LA AUTORIDAD COMPETENTE EN MATERIA CAUTELAR	- 44 -
	Primera Posibilidad	- 45 -
	Segunda Posibilidad	- 47 -
	Tercera Posibilidad.....	- 48 -
	Cuarta Posibilidad	- 48 -
	Quinta Posibilidad.	- 51 -
2.2.14.	MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE.....	- 52 -
2.2.14.1.	Conceptos Doctrinarios	- 52 -
2.2.14.2.	Finalidad	- 55 -
2.2.14.3.	CARACTERÍSTICAS	- 56 -
	Instrumentalidad	- 27 -
	Provisionalidad o Temporalidad.....	- 58 -
	Se limitan al objeto del litigio (Restrictivas).....	- 60 -
	Son urgentes.	- 60 -
	Proporcionalidad de las medidas cautelares.....	- 61 -
	Flexibilidad de las medidas cautelares.....	- 62 -
	Se ordenan a solicitud de parte	- 62 -
2.2.15.	MODALIDADES Y CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES:.....	- 63 -
	La Prohibición de Enajenar.....	- 64 -
	La Retención.	- 65 -
	El Secuestro.....	- 66 -
	El Arraigo.....	- 67 -
	OTRAS MEDIDAS CAUTELARES QUE PUEDE DICTAR EL TRIBUNAL ARBITRAL ...	- 68 -
2.2.16.	PRESUPUESTOS PARA CONCEDER MEDIDAS CAUTELARES.....	- 70 -
	El fumus boni iuris.....	- 71 -
	El periculum in mora o suspectio debitoris.....	- 71 -
2.3.	FUNDAMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL	- 73 -
2.4.	FUNDAMENTACIÓN LEGAL	- 75 -
2.4.1.	Reconocimiento del Arbitraje en el Ecuador	- 75 -
2.4.2.	Medidas Cautelares en la legislación ecuatoriana	- 79 -
2.5.	FUNDAMENTACION COMPARADA	- 88 -
	Medidas Cautelares en Argentina	- 88 -
	Medidas Cautelares en Perú.....	- 89 -
	medidas Cautelares en Colombia	- 92 -
	CUADRO COMPARATIVO.....	-94 -

CAPITULO III	- 100 -
3. PROCEDIMIENTO DE LA INSTITUCIÓN ARBITRAL.....	- 100 -
3.1. CENTROS DE ARBITRAJES	- 100 -
3.2. ORGANIZACIÓN DE CENTROS DE ARBITRAJE	- 100 -
3.2.1. FORMA DE ORGANIZACIÓN DEL CENTRO.....	- 100 -
3.3. REGLAS BÁSICAS PARA FUNCIONAMIENTO DE CENTROS DE ARBITRAJE ...	- 101 -
3.4. LOS ARBITROS	- 101 -
3.4.1. Designación de Árbitros	- 102 -
3.4.2. Inhabilidades para ser árbitro	- 103 -
3.5. ASPECTOS FORMALES SOBRE LA PETICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES A LOS ÁRBITROS.	- 104 -
3.6. PROCEDIMIENTO ARBITRAL ECUATORIANO	- 105 -
3.6.1. EL PROCESO ARBITRAL.....	- 106 -
Presentación de la Demanda Arbitral.....	- 106 -
Citación y Contestación de la Demanda Arbitral.....	- 107 -
Audiencia de Mediación	- 108 -
Designación de Árbitros	- 109 -
Constitución del Tribunal.....	- 110 -
Audiencia de Sustanciación.....	- 111 -
Audiencia de Estrados	- 111 -
Laudo y Ejecucion.....	- 112 -
3.7.2. TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO ARBITRAL.....	- 112 -
3.7.2.1. Transacción	- 112 -
3.7.2.2. Desistimiento.....	- 113 -
3.7.2.3. Abandono	- 114 -
3.7.2.4. Allanamiento	- 114 -
CAPÍTULO IV.....	- 115 -
4. METODOLOGÍA	- 115 -
4.1. DETERMINACIÓN DE LOS MÉTODOS A UTILIZAR.....	- 115 -
4.2. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	- 116 -
4.3. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	- 117 -
4.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN	- 118 -
4.4.1. Encuestas.....	- 119 -
4.4.2. Entrevistas.	- 119 -
4.4.3. Revisión de documentos..	- 119 -
4.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DE LOS INSTRUMENTOS	- 119 -
4.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS.....	- 120 -

CAPÍTULO V	- 121 -
5. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS EN RELACIÓN CON LA HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN.....	- 121 -
5.1. Análisis e interpretación de Gráficos y resultados	- 121 -
5.1.1. Interpretación del cuestionario dirigido y aplicado a la población general	- 121 -
5.1.2. Interpretación del cuestionario dirigido y aplicado a profesionales del derecho	- 126 -
CAPÍTULO VI.....	- 135 -
6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	- 135 -
6.1. CONCLUSIONES	- 135 -
6.2. RECOMENDACIONES	- 136 -
CAPÍTULO VII.....	- 137 -
7. LA PROPUESTA	- 137 -
7.1. TITULO	- 137 -
7.2. ANTECEDENTES.....	- 137 -
7.3. JUSTIFICACIÓN.....	- 138 -
7.4. SÍNTESIS DE DIAGNÓSTICO	- 139 -
7.5. OBJETIVOS	- 140 -
7.5.1. General	- 140 -
7.5.2. Específicos	- 140 -
7.6. DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA.....	- 141 -
7.6.1. Desarrollo	- 141 -
7.6.2. Beneficiarios.....	- 142 -
7.6.3. Impacto social	- 142 -
7.7. PROPUESTA DE REFORMA.....	- 143 -
7.7.1. Texto actual	- 146 -
7.7.2. Redaccion del texto propuesto	- 147 -
BIBLIOGRAFIA.....	- 149 -
LINKOGRAFIA.....	- 149 -
ANEXOS.....	- 156 -
ENTREVISTA REALIZADA AL DR. CRISTHIAN CASTELBLANCO.....	- 156 -
ENTREVISTA REALIZADA AL DR. FRANKLIN SALTOS MUÑOZ.....	- 159 -

ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRAFICO 1.....	- 20 -
GRAFICO 2.....	- 30 -
GRAFICO 3.....	- 39 -
GRAFICO 4.....	- 64 -
GRAFICO 5.....	- 65 -
GRAFICO 6.....	- 66 -
GRAFICO 7.....	- 68 -
GRAFICO 8.....	- 94 -
GRAFICO 9.....	- 105 -
GRAFICO 10.....	- 118 -
GRAFICO 11.....	- 121 -
GRAFICO 12.....	- 122 -
GRAFICO 13.....	- 123 -
GRAFICO 14.....	- 125 -
GRAFICO 15.....	- 126 -
GRAFICO 16.....	- 127 -
GRAFICO 17.....	- 128 -
GRAFICO 18.....	- 130 -
GRAFICO 19.....	- 131 -
GRAFICO 20.....	- 132 -
GRAFICO 21.....	- 133 -
GRAFICO 22.....	- 134 -

CAPÍTULO I

1. EL PROBLEMA

1.1.INTRODUCCIÓN

El arbitraje es el medio de solución de conflictos más antiguo en la historia de la humanidad, por lo tanto, esta herramienta no es nueva, ni de esta época y siglo, puesto que surge como consecuencia y en respuesta a las contrariedades de la denominada Ley de Talión, que figuró cadenas de venganzas reciprocas sucesivas que se proyectó por generaciones y que luego fue sustituida por las constitución de la Ley de las XII Tablas, en la que se trataba asuntos arbitrales, que más tarde, hace más de medio siglo, se vio obstaculizada por la falta de reconocimiento en la ejecución de los laudos, negándose así, en cierta forma, la práctica del arbitraje, institución que encontró fluidez, a partir de la Revolución Francesa.-

En las últimas décadas el arbitraje ha ido evolucionando a lo largo de la historia, cambiando conforme a la influencia cultural de los pueblos y las épocas, puesto que es producto de la experiencia y conocimiento acumulados por siglos, sin embargo en sus bases aun ha quedado las directrices procedimentales de buena fe.

En los tiempos modernos, el deseo de mantener la paz social acrecienta, el incremento en la relaciones comerciales, y la generación de otras necesidades sociales han ocasionado un aumento de inconvenientes, que ha rebasado las estructuras que el Estado dispone para dirimirlos, y en este contexto y espacio, puede el arbitraje, como medio eficaz e idóneo, resolver conflictos, y a su vez que prueba su eficacia a través de la obtención de medidas cautelares, que además de proteger el posible

resultado, debe de estar acorde a los principios constitucionales y en la autonomía de la voluntad de las partes.

El propósito del presente trabajo es explicar los fundamentos jurídicos de las medidas cautelares en el arbitraje ecuatoriano, determinando la competencia que tienen jueces ordinarios y árbitros para dictar y ejecutar estas medidas.

Este trabajo comprende un análisis doctrinario, jurisprudencial jurídico y comparado; Dentro del marco doctrinario referente al arbitraje y las medidas cautelares, se hace un enfoque en las diversas definiciones, naturaleza jurídica, ventajas y generalidades que brinda la doctrina sobre este tema, que nos permiten comprender su devenir histórico y sistémico; Dentro de la fundamentación jurisprudencial se examina un fallo referente a la clasificación del proceso cautelar en el Ecuador; El marco legal trata de las normativas legales que reconocen al arbitraje y a las medidas cautelares; En la fundamentación comparada se hace un enfoque de las analogías y diferencias de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación con legislaciones arbitrales de Colombia, Argentina y Perú.

Asimismo, la presente investigación científica, contiene referencias y estructura del procedimiento arbitral ecuatoriano y sus formas anormales de culminación, se utilizaron los métodos generales inductivo –deductivo, así como los métodos jurídico doctrinal, comparativo, experimental y propositivo; y, en base a la investigación de campo realizada, se hizo factible el análisis e interpretación de los resultados obtenidos de la aplicación de los instrumentos de recopilación de datos, lo que también facilitó la determinación de las conclusiones y recomendaciones, culminando con una propuesta de reforma al Art. 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador.

1.2.PROBLEMATIZACION

Si bien es cierto, el arbitraje tiene como finalidad solucionar las desavenencias entre las partes, de manera rápida, razonable y eficaz, pero para cumplir con este último objeto hay que tener en cuenta que la veracidad y la eficacia del arbitraje está sujeta a dos factores básicos, por un lado depende de la validez de las medidas cautelares y por otro, de la correcta aplicación de estas medidas, si estos dos factores no se cumplen, afecta a esta institución.

La competencia concurrente de jueces y árbitros no se perfecciona a cabalidad, debido a que la Legislación Arbitral no determina a ningún órgano ya sea arbitral u ordinario que pueda atender la solicitud de medida cautelar antes de la constitución del tribunal arbitral, lo que resulta inoperante que los árbitros adopten medidas de protección antes de haberse constituido, por ser un órgano creado *a posteriori*.

Regularmente, las partes no se pronuncian en forma expresa acerca de quién será el órgano competente para ordenar las medidas de cautela, sino que simplemente se limitan a acogerse a las normas del Reglamento o al sistema de arbitraje al que se han sometido en el convenio arbitral, lo que en ocasiones supone que para solicitar medidas cautelares de debe estar a la expectativa de la constitución del tribunal arbitral.

La Ley de Arbitraje y Mediación, no es clara y simplemente en la práctica se basa en interpretaciones del Código Procesal Civil y a la doctrina, lo que constituye dificultad para las partes que recurren al arbitraje, debido al tiempo que tendrían que esperar para beneficiarse de las garantías protectoras, que va desde tres a cuatro meses hasta que se constituya el tribunal arbitral, tiempo que influye negativamente en el arbitraje, puesto que el peligro en la demora representa un temor para el

acreedor, debido a la falta de garantía inmediata, ya que en ese lapso de tiempo bien puede una contraparte inescrupulosa actuar intencionadamente, ocultando o disipando su patrimonio, enajenándolo o gravándolo de manera que se haga inasequible.

Por otra parte, el arbitraje no es un tema nuevo, sin embargo existe un gran desconocimiento y falta de cultura por parte de los estudiantes, profesionales del derecho y de la población que frecuentemente celebran contratos civiles, comerciales, relacionados en asuntos societarios, seguros, construcción, financieros, etc., ignorando las ventajas y demás factores que lo componen.

Son varios problemas que opaca al arbitraje, desconocimiento, ausencia de cultura, falta de ley expresa, escasa instrucción a los estudiantes de derecho sobre los mecanismos de solución de conflictos, poca difusión y publicación por parte de los Centros de Arbitrajes y del mismo Estado, todos estos factores lo mantiene incógnito, aislado e inexplorado en la actualidad, especialmente en lo concerniente a las medidas cautelares como bases de su fortalecimiento, lo que lo convierte en un método poco práctico, impidiendo su despliegue total en todas sus formas.

1.2.1. Formulación del Problema

¿En qué medida, la falta de atribución expresa por la norma, referente a la competencia concurrente de jueces y árbitros en materia cautelar, estaría afectando la correcta interpretación y aplicación en el desarrollo del proceso arbitral?

1.2.2. Delimitación del Problema

CAMPO DE ACCIÓN: Constitución de la República del Ecuador

TIEMPO: Año 2014

OBJETO DE ESTUDIO: Ley de Arbitraje y Mediación

LUGAR: Ciudad de Quevedo

1.3. JUSTIFICACION

La literatura jurídica sobre el arbitraje se ha incrementado en los últimos tiempos, en la actualidad muchos Estados acogen esta institución por su gran aporte a la justicia ordinaria, considerándose que existen numerosos conflictos sobre asuntos susceptibles de transacción que bien se podrían solucionar a través del arbitraje, por ser éste un sistema ágil y significativo para el descongestionamiento de la Función Judicial.

Sin embargo, para que exista un “buen juicio arbitral”, se debe tener en cuenta la correcta aplicación de las garantías que sustenta el proceso, por lo tanto, dado el atributo dinámico y evolutivo de la materia comercial, contexto en el cual las medidas cautelares contribuyen a crear un factor de seguridad para el acreedor, asegurando los bienes materia del proceso y su resultado, siendo consideradas éstas como el remedio interpuesto para obviar de alguna manera los riesgos de la duración temporal del proceso, por lo tanto, siempre que se justifiquen, deben ser decretadas y ordenadas con carácter urgente.

En el mismo orden de cosas, la Constitución como norma rectora en nuestro país, establece que para la realización de la justicia, se consagrarán los principios de celeridad y economía procesal, por lo tanto, esto determina, entonces, que el factor tiempo, en base al principio de celeridad, sea un aspecto importante dentro del desarrollo del proceso ya

sea judicial o arbitral, teniendo en cuenta que una decisión tardía o inoportuna equivale a un acto de injusticia.

No obstante, pese a que las medidas de cautela son garantizadoras y urgentes, en la actualidad en nuestro país, no existe en la Legislación Arbitral, determinación expresa que establezca quien tiene competencia y jurisdicción para adoptar y ejecutar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral, y ante quien deben recurrir las partes para solicitarlas en ese lapso de tiempo, puesto que, en muchas ocasiones existe un enorme riesgo, esperar hasta que el tribunal declare su competencia, las adopte y ejecute.

Dicho de otro modo, la interpretación no puede suplantar a la ley, simplemente porque esta presupone la existencia de la norma a la que se le debe aclarar o esclarecer, y las autoridades pasan a cumplir una función secundaria, llenando vacíos. Por lo tanto, con recursos institucionales y bibliográficos, llevamos a cabo el proyecto de reforma al Art. 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, de manera que admita expresamente la competencia concurrente de jueces y árbitros para dejar bien previsto que antes de que el tribunal arbitral se instale, se puede recurrir a los jueces para pedir medidas cautelares.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. General

Realizar un estudio sistémico sobre el arbitraje y aplicación de las medidas cautelares, mediante el análisis de argumentaciones jurídicas para garantizar los derechos fundamentales de las personas.

1.4.2. Específicos

- Analizar el marco teórico-doctrinal y jurídico, referente al arbitraje y las medidas cautelares
- Establecer un análisis comparativo entre la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana y legislaciones foráneas.
- Proponer la reforma al Art. 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador.

1.5. HIPOTESIS

Con la reforma del Artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se determinará el órgano competente facultado para dictar y ejecutar las medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral.

1.6. VARIABLES

1.6.1. Variables Independientes

Con la reforma del Artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación

1.6.2. Variables Dependientes

Se determinará el órgano competente facultado para dictar y ejecutar las medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral.

1.7. RECURSOS

1.7.1. HUMANOS

AUTORA: Miryan Graciela Macías Castro

ASESORES: Ab. Agustín Campuzano Palma

Ab. Edison Fuentes Yáñez

Dr. Ulises Díaz Castro

APORTES:

Dr. Roque J. Caivano

Escritor de varios libros de arbitraje

Ab. Francisco Albuja

Subdirector de Arbitraje Nacional e Internacional Procuraduría General del Estado

Ab. Karla Chaparro

Asistente del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana Ecuatoriana – Quito

Ab. Cristina Rodríguez

Secretaría Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil

1.7.2. MATERIALES:

- Libros
- Constituciones
- Leyes
- Revistas Jurídicas
- Revistas Doctrinarias y legislación extranjeras
- Ensayos
- Modelo tesis de grado
- Diarios
- Correo electrónico
- Copias
- Computadora
- Internet
- Impresora
- Páginas Web
- Teléfonos

1.8. PRESUPUESTOS

DESCRIPCIÓN	VALOR UNIT	TOTAL
Copias		25,00
Computador + Internet		100,00
Impresiones		75,00
Movilización		50,00
Alimentación		180,00
Adquisición de libros		420,00
Anillados		15,00
Empastado tesis		80,00
Imprevistos (3%)		28,35
TOTAL		973,35

CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DEL ARBITRAJE

El arbitraje es una de las formas más antiguas utilizadas para resolver conflictos, y como toda institución, ha tenido origen y posterior evolución hasta alcanzar una verdadera categoría histórica, en la cual, según Patricio Aylwin Azocar, explica que “...se empieza a renunciar al derecho de decidir disputas a mano armada y se las somete, para su fallo, a terceros elegidos entre las personas más importantes de la comunidad”¹, y es así que la contribución de la doctrina y la legislación arbitral han ido reforzando la eficacia de este sistema de solución de controversias.

Desde la época rudimentaria del derecho romano se ha reconocido que a partir de la historia de la humanidad han existido los conflictos entre individuos, empleándose la violencia como medio para solucionar controversias, es decir, “... por la ley del más fuerte o del mejor dotado físicamente que, debido a tal condición, se imponía al más débil, para luego surgir la autotutela, mediante la cual las personas podían solucionar sus conflictos, haciendo justicia con la mano propia, de esta manera, el individuo que se sentía agraviado por otro, estaba en todo el derecho de cobrar venganza por el agravio o perjuicio, en la misma proporción que se le había inferido, “ojo por ojo, diente por diente”, como mandaba la Ley Romana del Talió”².

¹ Patricio Aylwin Azocar citado por Monroy Cabra, Marco Gerardo, Arbitraje comercial nacional e internacional, II Edición, Editorial Legis Editores, Bogotá D.C., 1998.

² Boletín Informativo. “Naturaleza jurídica del arbitraje”. Cámara Nacional de Comercio. Vol. 02. 2006

A partir de la Ley de las XII Tablas aparece el procedimiento y la intervención de un magistrado, limitándose a recoger y reglamentar costumbres antiguas, siendo esta una forma, mediante la cual el Derecho Romano decide confiar el arbitraje a hombres considerados rectos, mediante la ley y el *ius praetorium* (Derecho Pretoriano), que contenía normas sobre el Arbitraje, iniciando una etapa en la formación jurídica y orgánica de este sistema, mediante regulaciones en las funciones del árbitro y sus responsabilidades, así como el carácter del laudo arbitral y aspectos básicos sobre el compromiso, imponiendo una sanción pecuniaria, sustituyendo así, la venganza privada.

De modo, pues que, *“...en el Derecho Romano existía el proceso público y el proceso privado, siendo un rasgo particular de este último el que la definición del litigio o controversia se otorga siempre a través de un acto inicial de parte al estar involucrado un interés particular y la decisión de la controversia no se encomienda a un órgano jurisdiccional sino a un órgano privado que las partes eligen o aceptan. Asimismo se comprometen a acatar la decisión en base a un contrato arbitral, la litis contestatio”*³.

Al pasar el tiempo, *“...las partes perdieron la facultad de nombrar los jueces, los cuales eran designados por el pretor. Sin embargo el derecho romano junto al procedimiento judicial ordinario mantuvo el arbitraje privado como un modo extrajudicial para resolver litigios”*⁴, lo que dio un giro y marcó en el Derecho Romano un punto de inflexión, puesto que el arbitraje conserva una figura autónoma, y en ese entorno la autoridad pública actuaba más bien como controlador del procedimiento de arbitraje, asimismo en este sistema, la sentencia arbitral era irrevocable e inapelable,

³ Sara L. Feldstein, Hebe M. Leonardo, El arbitraje, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998. Pág. 37-38.

⁴ VILLALBA CUÉLLAR Juan Carlos y MOSCOSO VALDERRAMA Rodrigo Andrés, “Orígenes y panorama actual de arbitraje”. Volumen XI. Colombia. 2008

“...sin que se pueda rehusar su cumplimiento, porque a ellos se han obligado libremente las partes”⁵.

En la edad media, misma que inició desde el año 477 y duró hasta el año 1.491, se implementó un auge extraordinario del comercio, lo que permitió la creación de las asociaciones gremiales, a la cuales acudían los comerciantes para resolver sus conflictos, e incluso según Feldstein *“La burguesía encontró en el arbitraje el instrumento ideal para dirimir con seguridad y rapidez sus conflictos comerciales entre gremios y corporaciones. La justicia del monarca, llena de laberintos procesales, lenta y pesada fue dejada de lado por los nuevos mercaderes”⁶.*

En esta época, se consideran tres aspectos principales, como lo señala Monroy *“La sentencia arbitral no es ejecutoria por sí misma sino que la cláusula penal sirve para asegurar su ejecución, al final de la Edad Media empieza a practicarse el procedimiento de la homologación ante el juez, quien provee la sentencia arbitral de la fórmula ejecutiva. Surge además la diferencia entre árbitro que declara el derecho y amigable componedor que no está sujeto a ninguna regla de procedimiento ni de derecho”⁷.*

En la época comprendida entre los años 1.492 hasta 1.789, los monarcas ya empezaban a sentir limitado su poder, y se promovió el arbitraje forzoso en las diferencias entre mercaderes, disponiendo que el litigio debía ser resuelto por 3 o más personas elegidas por las partes o por el juez. Posteriormente en 1.698, el parlamento inglés aprobó la primera ley sobre arbitraje, misma que prohibía a las partes, revocar el acuerdo arbitral.

⁵ BENETTI SALGAR, Julio, “El arbitraje en el derecho colombiano”, 9, II Edición, Temis, Bogotá, 2001

⁶ Ibídem

⁷ MONROY CABRA, Marco Gerardo, Arbitraje, Editorial Temis, Bogotá D.C., 1982.

La edad contemporánea, trajo consigo la propagación de la institución al ámbito voluntario, por cuanto la reconoce como un mecanismo o antídoto adecuado contra los abusos, los costos y la lentitud de la justicia del Estado, asimismo supone que el núcleo del arbitraje es el contrato social, considerándose al arbitraje como “...*el medio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos, los legisladores no podrán expedir disposiciones que tiendan a disminuir las ventajas y eficacia del compromiso*”⁸, e incluso la Asamblea General le brinda rango constitucional.

En consecuencia, Francia y la mayor parte de las nuevas naciones europeas, considerando la evolución del arbitraje, promueven su habilitación voluntaria en 1790; posteriormente, el arbitraje encuentra una sistematización sobre las distintas materias de la disciplina arbitral, siendo regulado en los Códigos de Procedimiento Civil de los distintos países. Entre los instrumentos internacionales del arbitraje latinoamericano merecen destacar el Tratado de Derecho Procesal Internacional (Montevideo 1989 y 1940), el Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante 1928), la Convención Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional referido a la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (Montevideo 1979).

En la actualidad muchos países en el mundo han reconocido en sus legislaciones al arbitraje, considerándolo una institución idónea para resolver los conflictos, con la intervención de particulares, cuyo objeto es cooperar con la administración de justicia, y mas no ser vistos como simples auxiliares de la función judicial.

⁸ ROBERT, Jean, “L’arbitrage”. 5ta. edición, Dalloz. Paris. 1983

En nuestro país, el arbitraje moderno tiene una corta historia, tenemos como primicia la promulgación del Código de Procedimiento Civil aprobado el 31 de marzo de 1960, en la cual se incluyó el “juicio por arbitraje”. Luego, el 23 de octubre de 1963 se publica la Ley de Arbitraje Comercial, que limitaba el arbitraje a diferencias derivadas de operaciones o actos de comercio, exclusivamente. Dichas normas fueron derogadas por la Ley de Arbitraje y Mediación vigente, promulgada el 21 de agosto de 1997 y publicada el 4 de septiembre de dicho año y reformada en el 2005, esta ley reconoce el sistema arbitral y la mediación asistida por un tercero neutral, como procedimientos de solución de conflictos en el Ecuador.

Asimismo, en el ámbito constitucional el arbitraje ha sufrido varias reformas, entre ellas, se destacan la Carta Política de 1998, cuando la Asamblea Constituyente aprobó el texto del artículo 191, el cual señalaba: *“Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la Ley”*⁹. Luego, en el año 2008, esta norma sería derogada por la Carta Magna promulgada por la Asamblea Constituyente instaurada en el régimen del Econ. Rafael Correa, en cuanto al arbitraje, la actual constitución señala en el Art. 190 que *“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”*¹⁰.

2.2. FUNDAMENTACIÓN DOCTRINARIA

⁹ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador, Asamblea nacional. 2008

2.2.1. DEFINICION DE ARBITRAJE

Según el profesor PATRICIO AYLWIN AZÓCAR, lo define como “...el juicio al que las partes concurren de común acuerdo o por voluntad del legislador, y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones”¹¹.

Según SANTOS BELANDRO, “El arbitraje es un modo de solucionar los litigios sobre la base del respeto del derecho, recurriendo a jueces personas privadas que han sido elegidos por las partes para que dicten una decisión jurídicamente obligatoria”¹².

Por otro lado de la doctrina sostienen que CARNELUTTI, consideraba que *“El arbitraje como institución jurídica independiente con fisonomía propia debe su vida a la creación de la ley. La ley lo establece como un medio extraordinario de administración de justicia; la ley involucra en él una especie de jurisdicción: un poder para ciertas personas de ejercer oficio de tribunales, de juzgar litigios. Las funciones que en el arbitraje se cumplen por el árbitro constituyen el desempeño de una autoridad y tienen, por consiguiente, carácter público”*¹³.

De igual forma, *para el autor JEAN ROBERT, “...es la constitución de una justicia privada por la cual los litigios son sustraídos de la*

¹¹ Autor citado por: CAIVANO J. ROQUE, “Arbitraje”, Segunda Edición, Editorial AD-HOC S.R.L, Argentina, 2000. Pág. 49

¹² Autor citado por: DONOSO BUSTAMANTE Ana Carolina, Ius Humani. Revista de Derecho “Análisis de derecho comparado, las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)”, Vol. 2. 2010. Pág. 149

¹³ ALARCÓN FLORES, “EL Arbitraje en el Perú”, pág. 7, resumen realizado por el autor del contenido de: FRANCISCO CARNELUTTI, Derecho Procesal Civil y Penal, T.I. Edit. EJE, Buenos Aires, 1971. El Juicio Arbitral, Edit. Jurídica de Chile, Pág. 53

jurisdicción común, para ser resueltos por individuos revestidos, por las circunstancias, de la misión de juzgar”¹⁴.

Según la Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana, *“El sistema arbitral es 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”¹⁵.*

En un fallo se lo ha definido como *“...un sustituto de la jurisdicción, en cuya virtud los árbitros tienen la atribución de sustanciar y decidir contiendas no exclusivamente reservadas al Poder Judicial, por un procedimiento en el que prevalece la libertad de las formas y que reviste carácter obligatorio cuando las partes lo han convenido por medio de una cláusula compromisoria...”¹⁶.*

Como se puede apreciar, el arbitraje figura un mecanismo o medio idóneo, de carácter extrajudicial, al que las partes concurren de común acuerdo con la finalidad que un tercero imparcial y particular, llamado árbitro, que bien puede ser uno o varios, resuelvan los conflictos de manera ágil y eficaz, emitiendo una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes, en asuntos susceptibles de transacción.-

2.2.2. NATURALEZA JURIDICA DEL ARBITRAJE

La naturaleza jurídica del arbitraje ha sido objeto de tres posiciones cuya diversidad obedece al enfoque y prioridad con que se observe cada

¹⁴ Autor citado por: CAIVANO J. ROQUE, “Arbitraje”. Obra cit., Pág. 49

¹⁵ Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana. 2006

¹⁶ Corte Nacional Civil. Sala G, 14/8/1990, LL 1990-E-148 y ED 141-121. Argentina

una de las diferentes fases, toda vez que la doctrina no ha coincidido sobre este asunto.

2.2.2.1. TEORÍA CONTRACTUALISTA: (PRIVATISTA)

Esta teoría es sustentada y apoyada por quienes observan al arbitraje desde el punto de vista contractual, y al convenio, en virtud del cual someten su controversia a la decisión del tribunal arbitral, esta tesis es seguida por *“Merlín, Fuzier-Herman, Giovenda, Weiss, Brachet, Guasp, Herze y Ogayar entre otros”*¹⁷.

Establece asimismo que el origen del arbitraje nace de un contrato, considerando que los árbitros *“...no son jueces, sino particulares que no revisten por lo tanto la calidad de funcionarios públicos, y que no administran justicia en nombre del Estado, sino por voluntad de las partes”*¹⁸, por lo tanto, no están facultados para ejecutar sus propias decisiones.

Esta tesis manifiesta que el vínculo que se crea entre el árbitro y las partes, es eminentemente contractual y se fundamenta en la falta de *imperium* (poder) del árbitro, quien no puede ejercer el poder coercitivo, que solamente emana del Estado y constituye elemento sine qua non y constitutivo para el perfeccionamiento de la jurisdicción.

Por lo tanto, niegan la naturaleza jurisdiccional y a su vez consideran que el árbitro es un agente de las partes, a quien ellos autorizan con la única intención, que el tribunal arbitral emita un pronunciamiento que ponga fin a sus conflictos, y cuyo laudo arbitral que dicten los árbitros no tiene

¹⁷ MONROY CABRA Marco Gerardo, “Arbitraje Comercial”. Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1982. Pág. 6

¹⁸ CAIVANO ROQUE J. “Arbitraje”. 2da Edición. AD-HOC. Villela Editor. Argentina. 2000. Pág. 94

carácter de sentencia, puesto que, viene a ser una simple ejecución del mandato por el compromisario adquirido.

Chiovenda y Betti afirman que *“Los árbitros no ejercen funciones jurisdiccionales, entendiéndose por tales, la aptitud de juzgar y hacer justicia, por lo tanto, el laudo, aunque se asimile a sentencia, no es su equivalente”*¹⁹.

2.2.2.2. TEORÍA JURISDICCIONALISTA (PROCESALISTA)

Esta teoría defiende la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y sostiene que *“...los árbitros ejercen una verdadera función jurisdiccional, se apoya en el carácter público de la administración de justicia, en tanto es uno de los servicios que el Estado mismo debe garantizar”*²⁰, y pese a que posea raíz genética contractual, sus funciones son jurisdiccional, toda vez que sus resoluciones o laudo arbitral, *“están revestidos de la misma fuerza de las sentencias de las autoridades del Poder Judicial...”*²¹, es decir, efectos de cosa juzgada.

Consecuentemente, desde el momento en que las partes incluyen una cláusula compromisoria en sus contratos o celebran un acuerdo arbitral, se produce *ipso iure* como facultad jurisdiccional derivada del poder Estatal, a favor de los árbitros.

En defensa de esta postura, uno de los más destacados protectores de la doctrina jurisdiccional del arbitraje es, sin lugar a dudas, Carnelutti, quien admite que la función que el árbitro ejerce es una función judicial, más exactamente, es la función jurisdiccional.

¹⁹ GIL ECHEVERRI Jorge Hernán, Nuevo Régimen de Arbitramento, Editorial Cámara de Comercio de Bogotá, Santa Fe de Bogotá, 1999, Pág. 24.

²⁰ CAIVANO ROQUE J. “Arbitraje”. 2da Edición. AD-HOC. Villela Editor. Argentina. 2000. Pág. 95

²¹ Ibídem, Pág. 96

A juicio de Laurent, Glasson, Tissiel, Morel, entre otros que justifican esta posición y advierten que *“si bien es cierto que el arbitraje deriva su poder del compromiso de las partes en lo que pudiera asimilarse al mandatario, sin embargo desempeña su función como juez, y como tal, es independiente y autónomo. Solo tiene en cuenta los intereses de la justicia y dicta su fallo en derecho o en equidad; y, sin otras consideraciones que su conciencia y la ley, desempeñan en tal carácter su función jurisdiccional, lo cual da lugar a que las resoluciones tengan el carácter de verdaderas sentencias”*²².

2.2.2.3. TEORÍA MIXTA: (ECLÉCTICAS)

Del resultado de la confrontación de las dos corrientes anteriormente vistas, ha surgido una tercera corriente, que determina al arbitraje como una manifestación de la jurisdicción convencional, por cuanto se deriva del reconocimiento que hace primeramente la Constitución y demás leyes, lo que da origen a la facultad del árbitro para resolver un conflicto, pero sin dejar de lado la manifestación que por mutuo acuerdo hacen los contratantes en una cláusula o convenio arbitral, que constituye el principio de autonomía de la voluntad privada.

Sobre la base de los argumentos, sin lugar a dudas, esta teoría goza de buena lógica, toda vez que los procesos arbitrales precisamente comparten dos elementos: a).- La designación de los árbitros y el sometimiento voluntario de las partes a dicho proceso, lo que perfecciona su carácter contractual; y, b).- La capacidad que se les confiere a los árbitros para juzgar y administrar justicia, cuya decisión goza de fuerza de sentencia, por disposición expresa de la ley.

²² MONROY CABRA Marco Gerardo, “Arbitraje Comercial...” Ob. cit., Pág. 6.

Por lo tanto, para los doctrinarios que comparten esta tesis “...el arbitraje es una institución sui generis, de naturaleza mixta o híbrida, en la que conviven, como un todo indiscutible, el origen contractual del mismo, y la teoría jurisdiccional que, en última instancia, explica su aparición”²³, es decir, la naturaleza jurídica del arbitraje es especial y eclética, puesto que participa de caracteres tanto del derecho privado como del derecho público, tesis que las legislaciones moderna aceptan en sus respectivos ordenamientos jurídicos en el campo arbitral.

2.2.3. DIFERENCIAS ENTRE ARBITRAJE Y MEDIACION

CUADRO COMPARATIVO:

GRÁFICO 1

FACTOR	MEDIACION	ARBITRAJE
CARÁCTER	Pacífico	Litigioso
FORMALIDAD	Informal	Formal
NATURALEZA	Autocompositivo	Heterocompositivo
TERCERO NEUTRAL	Mediador - Facilitador	Arbitro
MEDIO	Construye solución	Impone Solución
MAGNITUD	No vinculante (Propone)	Vinculante (Decide)
ESTADO DE LAS PARTES	Protagonismo (alto) Activo	Protagonismo (bajo) Pasivo
TIPO DE RESULTADOS	Ambas partes ganan	Una parte gana la otra pierde
CLIMA EN QUE SE DESARROLLA	No adversarial	Adversarial

²³ CALVO CARAVACA, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “El Arbitraje Comercial internacional”. Madrid. 1989

DURACIÓN	No hay tiempo determinado	150 días (término) a partir de la Audiencia de Sustanciación
DECISION	Las partes (Voluntad de las partes)	Árbitros
DISPOSICIÓN FINAL	Acta de Mediación	Laudo

Fuente: Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador

Diseño: Propio de la Autora

2.2.4. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE

- Es una forma de solución de conflicto cuya decisión es emitida por un árbitro o árbitros neutrales.
- El arbitraje surge de la voluntad de las partes.
- En el arbitraje hay ausencia de la competencia judicial (salvo en la facultad ejecutiva y en la fase pre-arbitral).
- El convenio arbitral obliga a las partes a someterse al arbitraje y renunciar a la vía ordinaria para conocimiento del asunto
- Procedimiento se realiza con rapidez y en forma sencilla.
- Rige el principio de economía.
- Se puede requerir la intervención de expertos.
- Los árbitros tienen la facultad para actuar de acuerdo a la potestad que le han otorgado las partes en el convenio arbitral.
- El arbitraje es un sistema privado de pronunciar laudo arbitral, siendo las partes y no el Estado quien controla las atribuciones y deberes de los árbitros.
- La decisión de los árbitros es considerada como cosa juzgada, cuyo laudo no es susceptible de ningún recurso.

2.2.5. VENTAJAS DEL ARBITRAJE

Son grandes las ventajas que posee el arbitraje, entre las más importante podemos mencionar:

- a) **Celeridad:** El arbitraje es un procedimiento ágil, dinámico, breve y de pronta resolución, cuya rapidez con la que se desarrolla el procedimiento se debe a la mayor disponibilidad que tienen los árbitros en comparación a los jueces de los Tribunales de justicia. Asimismo el Tribunal Arbitral dispone de un término máximo de 150 días contados a partir de la audiencia de sustanciación para expedir el laudo. Por otra parte, al no existir prácticamente recursos, no se producen retardos por estas cuestiones.
- b) **Economía:** Acudir al arbitraje resulta económico y rentable para las partes, toda vez que ahorra tiempo y dinero, primeramente porque el procedimiento arbitral termina con un laudo firme y de ejecución inmediata, sin que pueda ser recurrido en apelación ni casación, obteniéndose en una misma instancia, una solución definitiva y sin más sobrecoste que el producido por el propio arbitraje. A parte de eso, los costes son más módicos de los que regularmente se sufragaría en la justicia ordinaria.
- c) **Idoneidad:** El procedimiento arbitral constituye un instrumento válido e idóneo para la aplicación en la solución de desacuerdos.
- d) **Reserva:** Este medio se caracteriza por mantener la reserva de los expedientes, prevaleciendo el “*principio de discrecionalidad y confidencialidad*”²⁴. Esta característica del arbitraje muestra su importancia, principalmente cuando se tratan cuestiones tales

²⁴ BULLA, Jairo Enrique, “Justicia Alternativa”, Ediciones Nueva Jurídica, 2010, Pág. 65

como: el derecho de propiedad industrial, competencia, propiedad intelectual, temas patrimoniales familiares etc.

- e) **Eficacia:** El procedimiento arbitral garantiza el cumplimiento del laudo, y por ende proporciona equilibrio entre las partes, pero esta eficacia dependerá de la adopción de una medida de cautela.
- f) **Flexibilidad procesal:** El arbitraje le permite elegir libre y voluntariamente, el número de árbitros, el lugar del arbitraje, el idioma del arbitraje, y el derecho a aplicar para la resolución del conflicto, cuyo propósito es evitar demoras innecesarias.

2.2.6. CAPACIDAD PARA SOMETERSE AL ARBITRAJE

Para acudir al arbitraje se requiere como un requisito *sine qua non*, la capacidad para transigir y podrán hacerlo:

Sector Privado.- Podrán someterse al arbitraje regulado en la Ley especial sobre la materia, las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Sector Público.- “Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece la Ley, tendrán que cumplir con los siguientes requisitos adicionales:

1. La modalidad del arbitraje debe ser en derecho.
2. Debe existir un previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado.

3. La relación jurídica a la cual se refiere el convenio debe tener naturaleza contractual.
4. El Convenio deberá estar firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de la institución”²⁵.

2.2.7. FORMAS DE SOMETERSE AL ARBITRAJE Y PACTAR

A) POR CONVENIO ARBITRAL.- *“Es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.*

- a) *El convenio arbitral deberá constar por escrito.*
- b) *La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”²⁶.*

En tanto, *“La corriente clásica y más común ha sido la promotora de que el convenio pueda manifestarse de dos maneras ya sea mediante la cláusula compromisoria, o el compromiso”²⁷.*

Cuando el convenio no consta por escrito.- *“Si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere”²⁸.*

B) JUICIO INICIADO ANTE LA JUSTICIA ORDINARIA.- *“No obstante haber juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia*

²⁵ Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana, 2006, Art. 5

²⁶ *Ibíd*em

²⁷ PROJUSTICIA “Medios Alternativos de solución de conflictos”. 1ra Edición, 1997

²⁸ Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana, 2006, Art. 6

susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al Juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán además desistir de él”²⁹.

C) INTERCAMBIO DE CARTAS U OTRO MEDIO ESCRITO.- “Se entenderá que existe un Convenio Arbitral no solo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al Arbitraje.

El Convenio Arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria”³⁰.

2.2.8. ASPECTOS IMPORTANTES SOBRE EL ARBITRAJE

2.2.8.1. MODO DE PACTAR EL ARBITRAJE EN UN CONTRATO

Para acudir a este procedimiento, es necesario que dentro del contrato suscrito por las partes se incluya una CLÁUSULA ARBITRAL o convenio arbitral, en la cual se exprese la voluntad de someter las desavenencias presentes o futuras a la decisión de un Tribunal Arbitral. Sin embargo, aun cuando el contrato no contemple dicha cláusula, si surge un conflicto las partes pueden pactar un COMPROMISO ARBITRAL para someter diferencias específicas a la decisión de árbitros.

²⁹ Ibídem

³⁰ Ibídem

2.2.8.2. INICIO DEL ARBITRAJE

El arbitraje se inicia con una demanda escrita de una de las partes dirigida al Director del Centro de Arbitraje o en el caso de existir árbitros independientes, a quien corresponda, verifiquen todos los requisitos legales, califica la demanda para dar inicio al proceso, y se ordena citar a la parte demandada. La demanda debe reunir los requisitos establecidos en el Art. 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación y se deben adjuntar las pruebas así como original o copia auténtica del convenio arbitral.

2.2.8.3. TARIFAS QUE SE APLICAN EN EL ARBITRAJE

Se aplica una tarifa basada en la cuantía del conflicto. Cada centro regula una tarifa administrativa que van desde el 1 al 3% considerando la cuantía, estos valores deben ser cancelados por el demandante, como anticipos para iniciar, que oscilan desde el 25 al 50% del costo del arbitraje.

2.2.8.4. DURACION DEL ARBITRAJE

El arbitraje, tiene una duración máxima de 150 días, contados a partir de la audiencia de sustanciación, que es el momento en que los árbitros asumen su competencia. Este plazo puede prorrogarse en casos estrictamente necesarios, hasta por un periodo igual.

2.2.8.5. INSTANCIA ARBITRAL

El arbitraje es de única instancia, por cuanto los laudos arbitrales son inapelables, es decir no son susceptibles de ningún recurso, únicamente se puede interponer acción de nulidad.

2.2.9. CLASES DE ARBITRAJE

El Arbitraje puede clasificarse de varias formas:

2.2.9.1. Según su Organización.

En este grupo tenemos que el Arbitraje puede ser Administrado e Independiente.

a) Arbitraje Administrado.- Este tipo de arbitraje se perfecciona cuando se desarrolla con sujeción a la Ley de Arbitraje y Mediación, a las normas, procedimientos y los Reglamentos expedidos por un Centro de Arbitraje.

b) Arbitraje Independiente.- *“Cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten...”*³¹, con arreglo a la Ley de Arbitraje y Mediación. En el Arbitraje Independiente no interviene ningún centro de arbitraje que administre el proceso, ni sometido a ningún reglamento, siendo las partes quienes convienen y atribuyen las facultades del tribunal y las reglas sobre las cuales se desarrollará el arbitraje.

2.2.9.2. Según la Forma de Juzgamiento

A este conjunto pertenece el Arbitraje en Equidad y en Derecho.

a) Arbitraje en Equidad.- El arbitraje es en Equidad cuando los árbitros al expedir el laudo se fundamentan y actúan conforme “...a su *leal saber y entender, y atendiendo a los principios de la sana crítica...*”³². En este caso, no es preciso que los árbitros sean abogados.

³¹ Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, Art. 2

³² Ibídem, Art. 3

b) Arbitraje en Derecho.- El Arbitraje es en Derecho cuando los árbitros al expedir el laudo se fundamentan desde el punto legal, es decir, *“...deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina...”*³³. En este caso, es obligatorio que los árbitros sean abogados.

2.2.9.3. Según el Lugar donde se lleve a cabo

Puede ser nacional o extranjero (Internacional)

a) Arbitraje Nacional.- Este tipo de arbitraje es el que se lo realiza dentro del territorio ecuatoriano, bajo nuestras legislaciones, reglamentos y preceptos legales.

b) Arbitraje Extranjero.- El arbitraje internacional se encuentra regulado por las convenciones, protocolos, tratados y demás actuaciones de carácter internacional que hayan sido suscrita y ratificado por nuestro país, considerados como tal *“...cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos: a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; o, b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o, c) Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses Nacionales o de la colectividad”*³⁴.

³³ Ibídem

³⁴ Ibídem

2.2.10. MODALIDADES DEL ARBITRAJE

El arbitraje posee varias modalidades y estas pueden ser:

2.2.10.1. ARBITRAJE NECESARIO LEGAL

Es aquel que se impone por la ley para ciertos y determinados conflictos que las normativas determinan, las partes se hayan en un estado de sujeción o coerción, puesto que están obligadas a elegir la vía arbitral para solucionar sus controversias, cuya obligatoriedad les es impuesta en la misma ley, no pudiendo las partes presentar sus conflictos ante la justicia ordinaria.

Dentro de esta modalidad, en nuestro país tenemos disposiciones en materia laboral que mantienen el arbitraje necesario legal. Tal es el caso del Artículos 225 del Código de Trabajo que considera el Trámite obligatorio ante el Tribunal de Conciliación y Arbitraje, e indica que transcurridos los plazos previstos en el artículo 224 (de 15 a 30 días a partir de la notificación para la negociación del contrato colectivo) si, transcurrido este plazo *“...las partes no se pusieren de acuerdo sobre la totalidad del contrato, el asunto será sometido OBLIGATORIAMENTE a conocimiento y resolución de un Tribunal de Conciliación y Arbitraje...”*³⁵, en este estado, *“...el tribunal resolverá exclusivamente sobre los puntos en desacuerdo”*³⁶.

Asimismo los artículos 468, 472, 474, 486 y otros, establecen directrices sobre el trámite, integración y modo de sometimiento del conflicto al Tribunal de Conciliación y Arbitraje.

2.2.10.2. ARBITRAJE NECESARIO CONVENCIONAL.

³⁵ CODIGO DEL TRABAJO DEL ECUADOR, 2010. Art. 225

³⁶ Ibídem

Es aquel que se impone exclusivamente por acuerdo entre las partes *“...a través de la formalización de una cláusula compromisoria, que constituye un acuerdo expreso de voluntades, que hace necesario el arbitraje para la resolución de determinadas cuestiones futuras”*³⁷.

2.2.10.3. ARBITRAJE VOLUNTARIO

En el arbitraje voluntario, las partes consienten por acuerdo mutuo entre ellas, sujetar sus controversias al arbitraje, y *“...la sumisión se concreta en el compromiso arbitral asumido, así mientras en el proceso judicial la voluntad de una parte se impone a sí misma y actualiza en la otra parte las cargas procesales, en esta modalidad solo el acuerdo de voluntades de ambas partes pueden imponer las cargas procesales de ambas”*³⁸, ya que gozan de libertad para decidir sus conflictos de manera que deseen, teniendo la facultad no solo de elegir a los particulares o árbitros que resolverá la controversia, sino también el procedimiento que se seguirá para ello.

GRÁFICO 2

MODALIDAD	NECESARIO LEGAL	NECESARIO CONVENCIONAL	VOLUNTARIO
Situación Jurídica de las partes	Sujeción	Sujeción	Libertad
Presupuesto	La Ley	La cláusula compromisoria	La voluntad de las partes
Actividad Preparatoria	Compromiso Arbitral	Compromiso Arbitral	Compromiso Arbitral

Fuente: Carolina Giuffra, *Teoría y Práctica del Proceso Arbitral*

Diseño: Propio de la Autora

³⁷ GIUFFRA Carolina, “Teoría y práctica del proceso arbitral en el Código General del Proceso”. Fundación de Cultura Universitaria. Uruguay. 2007. Pág. 19

³⁸ *Ibíd*em

2.2.11. EL ARBITRAJE, JUDICATURA Y FUNCIÓN JUDICIAL

Como todo aficionado al Derecho Constitucional sabe, la Constitución de la República del Ecuador, determina cuales son los órganos de la Función Judicial, misma que se compone de “*órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos*”³⁹, por lo tanto, en su Art. 178 establece que: “*El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial*”⁴⁰.

De hecho, la Función Judicial, (antiguamente denominada hasta la anterior Constitución de 1998, “Poder Judicial”), es el órgano de la soberanía que le corresponde cumplir con uno de los servicios sociales y públicos de mayor trascendencia, que es de administrar justicia al pueblo ecuatoriano.

Ahora bien, ciertamente, los seres humanos podemos tolerar grandes necesidades; pero no la injusticia, puesto que sin la justicia disfrutar sensatamente de la vida no sería probable, y si lo fuera no merecería vivirla, el mismo Platón indicaba que “*La justicia es la virtud fundamental de la cual derivan todas las demás virtudes*”⁴¹, al igual que Aristóteles mencionaba que la justicia era “*...igualdad proporcional; reconocer a cada uno lo suyo*”⁴².

Precisamente, el arbitraje es distinguido por el Código Orgánico de la Función Judicial y se incorpora en el Principio de Servicio a la Comunidad, que menciona que “*...el arbitraje, la mediación y otros medios alternativos*

³⁹ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR. 2008

⁴⁰ Ibidem

⁴¹ www.frasescelebres.com

⁴² BULLA, Jairo Enrique, “Justicia Alternativa, Mecanismos Facultativos de Resolución de Conflictos y Conciliación Administrativa”, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2010, Pag. 34

de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público...”⁴³.

Indudablemente, se puede precisar que la Función Judicial y la Judicatura están muy relacionadas con el Arbitraje, debido a los grandes beneficios que mutuamente podrían producirse entre ellos, y pueden ser analizadas desde varios puntos de vista, que se detallaran a continuación:

1. El Consejo de la Judicatura, observa al arbitraje como una herramienta útil de solución de desavenencias.
2. El propósito del Consejo de la Judicatura no debe pretender ser un vigilante del arbitraje, sino por lo contrario debe ser visto como un asistente de cooperación, cuyo fin es acatar el deseo de las partes para resolver sus controversias.
3. Al Consejo de la Judicatura, le favorece que el arbitraje continúe y sea reconocido por todos, como un mecanismo eficaz de solución de conflictos, puesto que precisamente las causas que son susceptibles de transacción pueden resolverse fuera del sistema judicial del Estado.
4. El arbitraje descongestiona el aparato judicial y es un aliado efectivo de la Función Judicial, aminora el porcentaje de causas que ingresan a la justicia ordinaria.
5. El arbitraje satisface necesidades y exigencias, puesto que los procesos son rápidos y económicos.
6. En ambas instituciones, se debe velar porque se cumpla el debido proceso y se mantenga siempre el equilibrio, existiendo un balance

⁴³ Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador

entre las relaciones de los jueces y los árbitros, considerándose que el fomento de la prosperidad va de la mano con la procuración de la justicia. Y ambos temas el juez y el árbitro deben trabajar como aliados.

Según Francisco González de Cossío, “...no existe una relación de *supra subordinación*”⁴⁴ entre la Judicatura y el arbitraje, y que “...no hay competencia sino cooperación entre ambos”⁴⁵, cuya labor está orientada específicamente a lograr que se respete la voluntad de los participantes en el arbitraje.

Para González de Cossío, “La judicatura juega un papel importante en el arbitraje...”⁴⁶, por lo que no hay razón para pensar que el arbitraje divide, sino más bien une, ya que busca los mismos objetivos, ‘hacer justicia’.

En la misma línea rectora, la Función Judicial brinda los elementos de coacción necesarios para que el sistema arbitral funcione, por lo que se lo puede comparar a un “aparato de mecánica sofisticada”, para que funcione adecuadamente tiene que mantenerse, respetarse y entenderse, cuya decisión de las partes debe ser considerada y aceptada.

Realmente, el Consejo de la Judicatura en la actualidad, atraviesa un tiempo no solo interesante, sino también apasionante, por eso siguiendo la corriente ideológica del escritor mexicano, Francisco González, quienes hemos decidido creer y confiar en los beneficios del Estado de Derecho, observamos los pasos firmes que se están dando en la Judicatura, lógicamente no se puede cambiar todo en un santiamén, pero si, aspiremos que se siga con el ideal innovador, de cambiar en la justicia cuya pérfida historia.

⁴⁴ GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. El Arbitraje y la Judicatura, Editorial Porrúa, México, 2007

⁴⁵ Ibídem

⁴⁶ Ibídem

2.2.11.1. COOPERACIÓN JUDICIAL EN EL ARBITRAJE

Como cuestión preliminar, cabe poner en manifiesto que la judicatura juega un papel importante en el arbitraje, y como es determinado en el ordenamiento jurídico arbitral, la justicia ordinaria coopera, prestándole el auxilio necesario o cuando se requiera del uso de la fuerza o coacción, ya que como se ha establecido, estos no gozan del poder coercitivo para hacer cumplir sus disposiciones, usando la fuerza, fundamentalmente en lo referente a la facultad ejecutiva.

a) Ejecución en el Convenio Arbitral (respeta decisión de las partes).- De acuerdo a lo que establece la Ley de Arbitraje y Mediación, si existe un convenio arbitral formal que obligue a las partes a someterse de mutuo acuerdo al arbitraje, ya sea este, un documento firmado por las partes, o que haya sido resultado de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, *“...los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las haya originado...”*⁴⁷, Salvo las causas de excepción prevista en la Ley, es decir cuando las partes hayan decidido renunciar al convenio arbitral, o dicho acuerdo sea nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

b) Ejecución de las Medidas Cautelares.- Cuando nada está determinado 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, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral”*⁴⁸, de esta manera se sobreentiende que se podría interpretar y aplicar el Código Adjetivo Civil como Ley complementaria o conexas a la legislación arbitral.

⁴⁷ Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, Art. 7

⁴⁸ *Ibíd*em

c) Ejecución del Laudo Arbitral.- Si bien es cierto, los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y “...se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia”⁴⁹, por lo tanto, una vez que se haya ejecutoriado el laudo, las partes deberán cumplirlo de inmediato. “Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada”⁵⁰.

2.2.12. LA JURISDICCION

2.2.12.1. ETIMOLOGIA

La palabra jurisdicción “...procede de la frase romana *a jure dicendo*, y de un modo más concreto, de las voces *juris dictio*, que significa el acto público de declarar el derecho”⁵¹.

2.2.12.2. DEFINICIÓN

Según el Art. 1 del Código de Procedimiento Civil, la jurisdicción “...esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las

⁴⁹ Ibídem

⁵⁰ Ibídem

⁵¹ Juan Isaac LOVATO: “Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano”, Tomo 1, Pág. 227

leyes...”⁵². Es decir, constituye la soberanía del Estado expresada en la justicia, a través de sus jueces y sus Leyes.

2.2.12.3. CONCEPTOS

Desde el punto de vista doctrinario se entiende la jurisdicción como una expresión de la soberanía del Estado que a través de órganos especialmente instituidos (los tribunales de justicia) *“por acto de juicio, determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”*⁵³.

Según COUTURE, la jurisdicción es:

*“La función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones de autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”*⁵⁴.

Al respecto, VESCOVI, con un criterio similar se manifiesta en su obra Teoría General del Proceso en el que indica:

*“Jurisdicción es la función estatal destinada a dirimir los conflictos individuales e imponer el derecho”*⁵⁵.

⁵² CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO

⁵³ Eduardo J. COUTURE: “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Pág. 27.

⁵⁴ CABRERA, BENIGNO, Teoría general del proceso y la prueba, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Ltda., S. A. Pág. 84

⁵⁵ VESCOVI, ENRIQUE, Teoría general del proceso, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1999, Pág. 99

Según CALAMANDREI, citado por Benigno Cabrera en su obra Teoría general del proceso y la prueba, manifiesta que:

*“La función de la jurisdicción es la declaración de certeza”*⁵⁶.

El autor CHIOVENDA, citado por Cabrera Benigno, define a la jurisdicción así:

*“Es la función del Estado, que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley, mediante la sustitución de la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros”*⁵⁷.

De hecho, la jurisdicción consiste en ese poder o facultad de administrar justicia, que solo poseen aquellas personas que la misma ley reconoce, las cuales tienen la potestad de efectuar los dos elementos *sine qua non*, que son juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, poder que solo la poseen los jueces, tribunales de justicia y árbitros, nombrados y constituidos de acuerdo a la ley.

2.2.12.4. ELEMENTOS DE LA JURISDICCIÓN

Doctrinariamente y como lo enseña ALSINA, *“la jurisdicción está constituida por diversos elementos y son los siguientes:*

- 1) **“La notio**, o facultad de conocer la cuestión litigiosa;
- 2) **La vocatio**, o facultad de convocar a las partes a comparecer a juicio;
- 3) **La coertio**, o facultad de imponer forzosamente el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso;

⁵⁶ CABRERA, BENIGNO, Teoría General del Proceso y la Prueba, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Cía. Ltda., 1996, Pág. 83

⁵⁷ Ibídem

- 4) **La iudicium**, o facultad de resolver definitivamente mediante la sentencia, el conflicto llevado a su conocimiento; y,
- 5) **La executio**, o facultad de hacer cumplir las resoluciones definitivas, inclusive mediante el uso de la fuerza pública⁵⁸.

Otros expositores señalan más concretamente que “Los elementos de la jurisdicción son únicamente tres, la notio, la decisio y el imperium, esto es, que los jueces conocen, deciden y ejecutan lo juzgado”⁵⁹.

Explícitamente, en materia jurisdiccional, el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, describe claramente, dos de estos elementos, y son: Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

2.2.12.5. ATRIBUTOS QUE LA JURISDICCIÓN CONFIERE AL JUEZ

- a) **Decisión:** Le faculta resolver y decidir las controversias que llegan a su conocimiento.
- b) **Coerción:** Mediante este atributo, se le faculta al juez o jueza compeler y apremiar por los medios legales a personas y bienes cuando o acaten disposiciones de carácter judicial.

2.2.12.6. CLASES DE JURISDICCIÓN

Según el Art. 3 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, existen 7 clases de jurisdicción y estas son:

⁵⁸ ALSINA Hugo, “Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial”. Ediar. Buenos Aires, 1957, Pág. 426

⁵⁹ MAURO MIGUEL Y ROMERO Y CARLOS DE MIGUEL ALONSO: “Derecho Procesal Práctico, pág. 50

GRÁFICO 3

CLASES	CONCEPTO
JURISDICCIÓN LEGAL	“En nuestra legislación ecuatoriana este tipo de jurisdicción la encontramos expresamente determinada como aquella que nace únicamente de la ley. De ésta se derivan las otras, que no podrían tener su efecto jurídico si la ley no les permitiera existir o actuar.
JURISDICCIÓN CONVENCIONAL	Es la que nace de la convención, pacto o acuerdo de las partes, en los casos permitidos por la ley, este tipo de jurisdicción es ejercida por los árbitros.
JURISDICCIÓN ORDINARIA	Se la ejerce en los juzgados y tribunales comunes que se desempeñen en la Función Judicial.
JURISDICCIÓN PREVENTIVA	Este tipo de jurisdicción la ejercen los jueces cuando previamente han tenido conocimiento de una causa, ya sea por el sorteo, por haber avocado conocimiento antes que otro, o por el hecho de la citación al demandado. Quien avoca conocimiento de una causa y otro posteriormente entabla o inicia otra acción por la misma causa, se entiende que el primero que previno en el conocimiento, tiene la jurisdicción por la prevención.
JURISDICCIÓN PRIVATIVA	Esta jurisdicción se halla limitada al conocimiento de cierta especie de asuntos, o al de las causas de cierta clase de personas.
JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	La jurisdicción voluntaria, es la que ejercen los jueces, en los asuntos que por su naturaleza se resuelven sin contradicción.
JURISDICCIÓN CONTENCIOSA	La jurisdicción contenciosa, es la que ejercen los jueces, cuando se demanda la reparación o el reconocimiento de un derecho” ⁶⁰

Fuente: Código de Procedimiento Civil

Diseño: Propio de la Autora

⁶⁰ Código de Procedimiento Civil ecuatoriano. Art. 3

2.2.12.7. JURISDICCIÓN EN EL ARBITRAJE

Atendiendo la clasificación de la jurisdicción enunciada en el punto anterior, que hace el Código Procesal Civil, es evidente que el arbitraje se encaja en una jurisdicción convencional, emanada del acuerdo de las partes.

La doctrina hace referencia a la jurisdicción en el ámbito arbitral, es así que el doctor VÍCTOR MANUEL PEÑAHERRERA, en una de las Cumbres de la Ciencia Jurídica ecuatoriana, indicó que:

*"La administración de justicia, o sea el ejercicio de la jurisdicción, supone tres operaciones diversas: el **conocimiento del asunto**, es decir, la averiguación de la verdad, **el juzgamiento y la ejecución**. Notio, iudicium et imperium"*⁶¹.

El mismo autor, en su obra "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", expresa lo siguiente:

*"Teniendo en cuenta la institución del arbitraje como medio de terminar las diferencias en las relaciones civiles de los individuos divídase la jurisdicción en legal y convencional. **Es legal** la que nace únicamente de la ley, y se ejerce por los jueces ordinarios y especiales que representan el Poder Judicial de la Nación. **Es convencional** la que tiene lugar en virtud de convención de las partes, y se ejerce por personas particulares, a quienes aquellos autorizan para decidir sus diferencias. Cuando las partes eligen el segundo medio, la opinión o el parecer del tercero recibe su fuerza, ya del compromiso previo de ellas, sin el cual ese individuo no tendría ninguna intervención ni poder, ya de la ley, que da a esa opinión o*

⁶¹ PEÑAHERRERA, Víctor Manuel, "Cumbre de la Ciencia Jurídica Ecuatoriana" Obra: "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", Tomo 1, Editorial EDINO, Pág. 73

*parecer el carácter y los efectos de una sentencia. Es en cierto modo el término medio entre lo judicial y lo extrajudicial"*⁶².

Por otro lado, en la Obra "Instituciones de Derecho Procesal Civil", los procesalista JOSÉ CASTILLO y RAFAEL DE PINA manifiestan:

*"El ejercicio de la función jurisdiccional, como hemos expuesto, corresponde, en general, a órganos específicos constituidos para este efecto por el Estado; pero esto no es obstáculo para que, en determinadas condiciones, éste conceda a las partes la facultad de constituir accidentalmente, un órgano especial para el ejercicio de la jurisdicción, limitando su actividad a la resolución de un caso concreto"*⁶³.

En este sentido HERNANDO MORALES, en la obra "Curso de Derecho Procesal Civil", el procesalista se pregunta: ¿Quiénes ejercen la función jurisdiccional?, y luego de advertir que no toda la jurisdicción civil la ejercen las autoridades judiciales, explica cómo la función puede excepcionalmente cumplirse por medio de otras autoridades y personas, para concluir con esta frase: *"...no se olvide que aún los particulares en función de árbitros también ejercen la jurisdicción"*⁶⁴.

Como se ha visto, es dable deducir que la jurisdicción arbitral, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, no es permanente ni general, no es permanente porque esa potestad es otorgada por las partes e inicia desde la declaratoria de su competencia hasta que emitan el laudo arbitral, y no

⁶² PEÑAHERRERA, Víctor Manuel, Obra "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", Tomo 1, Editorial EDINO, Pág. 116

⁶³ LARRAÑAGA, José Castillo y DE PINA Rafael, Obra "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Segunda Edición, Editorial Porrúa S. A., México, año 1950, Pág. 54

⁶⁴ MORALES, Hernando. "Curso de Derecho Procesal Civil", Sexta Edición, Editorial ABC-Bogotá, 1973

es general porque están facultados para ejercer el poder declarativo mas no ejecutivo, salvo el caso que las partes decidan en cuestiones de medidas cautelares, estos cumplan con ese cometido ejecutivo.

Es claro entonces, que corresponde al arbitraje una jurisdicción convencional, cuya potestad está limitada, por lo tanto, los árbitros no pueden ir más allá de lo que las partes señalen en el convenio arbitral o de lo que surja en las disposiciones legales supletorias, es decir, la Ley de Arbitraje y Mediación, el Código Procesal Civil y los reglamentos internos de los diferentes centros de arbitraje autorizados.

2.2.13. COMPETENCIA

2.2.13.1. DEFINICIÓN

Según el inciso segundo del artículo 1, del Código Procesal Civil de nuestro país, define a la competencia como *“...la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados”*⁶⁵.

2.2.13.2. CONCEPTOS

Según MANRESA Y NAVARRO, la competencia es la *“...facultad que tienen los jueces para conocer de ciertos negocios jurídicos, ya que por la naturaleza misma de las cosas, o bien por las personas...”*⁶⁶.

Por otro lado CHIOVENDA, afirma que la competencia *“...es la parte del poder jurisdiccional que puede ejercer el órgano”*⁶⁷.

⁶⁵ Código de Procedimiento Civil ecuatoriano

⁶⁶ J. M. MANRESA Y NAVARRO, “Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Madrid, 1981

⁶⁷ J. CHIOVENDA, “Principios de Derecho Procesal Civil”, Madrid, 1922

PODETTI, determina que la competencia, tiene “...relación de la parte al todo con la jurisdicción del Estado, en cuanto a extensión material y objetiva (territorial, personal, de procesos según su materia), pero se confunde con esta es cuanto a contenido”⁶⁸.

2.2.13.3. REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA ARBITRAL

En materia arbitral la palabra competencia no responde necesariamente a lo que en doctrina y en la ley se conoce como “...medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida por razones de territorio, de las personas, de las cosas y de los grados”⁶⁹, sino más bien en el arbitraje, se trata de saber en cada caso concreto, si la materia de la controversia es susceptible de transacción, si los sujetos han cumplido y llenan los requisitos de ley y si el convenio atribuye la potestad de conocer y juzgar en el caso controvertido.

Consecuentemente, el factor que más se acerca al concepto competencia, señalado en el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil, corresponde a los asuntos susceptibles de transacción, que pueden ser sometidos al arbitraje, lo que significa que en este caso no hay tribunales entre los que haya que distribuir el trabajo. Más bien, la ley a lo que quiere referirse es al requisito del convenio arbitral que otorga competencia a los árbitros y al asunto propio capaz de generar o no en el tribunal la potestad de conocer y juzgar.

Dicho de otro modo, la legitimidad del árbitro o Tribunal Arbitral para ejercer la función jurisdiccional nace de la facultad delegada por el Estado, conjuntamente con la voluntad de las partes involucradas de someter un

⁶⁸ PODETTI J. Ramiro, “Derecho Procesal Civil, Comercial y laboral, Tratado de la Competencia”, Ediar Soc. Anon. Editores. Buenos Aires. 1954

⁶⁹ Ibídem

conflicto de intereses a la competencia de un árbitro o Tribunal Arbitral, toda vez que la voluntad de las partes en conflicto, es la que habilita a los árbitros para actuar.

Dentro de este marco ha de considerarse que la atribución de jurisdicción a particulares, proviene entonces del pacto, y para que la misma encuentre legitimidad y se ajuste a derecho, requiere versar necesariamente sobre bienes jurídicos respecto de los cuales se predique ‘capacidad dispositiva’ por quienes concurren a su estipulación. Por ello, *“...sólo podrá versar el arbitramento sobre cuestiones o derechos susceptibles de disposición por las partes, o como reiteradamente lo han sostenido la legislación y la jurisprudencia, por personas que tengan capacidad para transigir”*⁷⁰.

2.2.13.4. DETERMINACION DE LA AUTORIDAD COMPETENTE EN MATERIA CAUTELAR

Cuando se aplica la tutela protectora dentro de un proceso arbitral, surge inmediatamente la interrogante, si en dicha cuestión *“...la competencia para ordenar las medidas de cautela corresponde a los árbitros o a los jueces comunes...”*⁷¹.

Si bien es cierto, por lo general las partes no se pronuncian al respecto sobre la determinación de la autoridad competente que dicte y ejecute las medidas cautelares, y pese a que el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación les delega esa designación, rara vez lo hacen, puesto que, las partes bien pueden escoger a los árbitros para que ejerzan la potestad de ejecución de las medidas cautelares, y en caso de no hacerlo se sujetan a la Ley y a los reglamentos.

⁷⁰ REVISTA DE DERECHO PÚBLICO, No 11, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, 2000

⁷¹ SALCEDO VERDUGA Ernesto, “Las Medidas Cautelares en el Arbitraje”, 2006, Pág. 83

De ahí que, se aluden varias posibilidades doctrinarias sobre la competencia:

A) PRIMERA POSIBILIDAD: La competencia en materia cautelar pertenece exclusivamente al Tribunal Arbitral, (existen varias hipótesis que respaldan esta posible solución).

Aspectos de posibilidad:

El arbitraje es visto como un “...sistema autosuficiente de resolución de Conflictos...”⁷².

1. Los árbitros no requieren de la asistencia de los órganos del Estado para resolver las cuestiones que se presenten dentro del proceso de arbitraje.
2. Se estima la competencia exclusiva de los árbitros y la incompetencia de los jueces comunes en materia de medidas cautelares, considerando las disposiciones contenidas en Tratados y Convenios Internacionales, en los que “...excluyen la competencia de los jueces estatales cuando existe un convenio de arbitraje”⁷³.

Estos puntos de vista, son calificados de nada viable, puesto que hay que tener en cuenta que aunque al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos se le ha brindado Constitucionalmente el reconocimiento dentro de nuestro sistema, no se puede dejar de lado, la existencia de limitaciones muy propias de la institución arbitral, como la falta de *imperium* o poder coercitivo, por lo tanto, la colaboración de los tribunales estatales es sumamente indispensable.

⁷² Ibídem

⁷³ Ibídem

Por otro lado, algún sector de la doctrina, consideran la tesis de incompetencia del juez ordinario, interpretando lo que dice la Convención de Nueva York que establece que: *“La expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. El Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inapelable”*⁷⁴. Incluyendo a esta incompetencia por parte de juez, a las medidas cautelares.

Frente a esto, según Salcedo, *“...en la práctica muchos jueces se declararan incompetentes ante la solicitud de una medida cautelar en apoyo al arbitraje, aludiendo que existía una cláusula arbitral válida celebrada por las partes”*. Pese que nuestra Ley de Arbitraje y Mediación evidentemente considera la intervención de los jueces ordinarios en la ejecución de medidas cautelares *“sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral”*⁷⁵.

Hoy en la actualidad, estas situaciones ya no se producen, *“...por cuanto se admite de forma unánime en todos los sistemas, tanto estatales como institucionales de arbitraje, la compatibilidad de una cláusula de arbitraje con la solicitud de medidas cautelares ante los jueces de la justicia común”*⁷⁶.

⁷⁴ Convención de Nueva York, 1958

⁷⁵ Ley de Arbitraje y Mediación, 2006

⁷⁶ SALCEDO VERDUGA, Ernesto: “Las Medidas...” Obra cit., Pág. 85.

B) SEGUNDA POSIBILIDAD: La competencia para ordenar medidas cautelares es exclusiva de la jurisdicción ordinaria.- De acuerdo a este criterio los únicos competentes para ejercer la facultad declarativa, es decir ordenar o dictar las medidas cautelares son los jueces ordinarios, incluso cuando se trata de procesos arbitrales.

Esta posibilidad muy contraria a la posibilidad anterior, ha sido acogida por muy pocos países, tales como Italia, Grecia y Argentina, y se diferencian en dos grupos: a).- *“Los que niegan de forma expresa la competencia de los árbitros, como ocurre en la legislación italiana; y, b).- Los que lo hacen de manera implícita (sobreentendida), como sucede en el procedimiento argentino”*⁷⁷.

La doctrina critica este tipo de solución porque se pone en manifiesto *“...un sentido de desconfianza hacia la institución del arbitraje”*⁷⁸, y al ocurrir esto, no se le brinda al arbitraje las garantías que necesita cualquier institución, que en la actualidad *“En el ámbito del tráfico mercantil y el comercio internacional, lo categoriza como la alternativa más adecuada para resolver los conflictos inter partes, lo que desvirtúa ese criterio de desconfianza que no se acomoda en absoluto a la nueva realidad que se impone en el mundo”*⁷⁹.

En definitiva, es por eso que muchos sistemas arbitrales internacionales prefieren interpretar que la competencia en materia cautelar pertenece a los árbitros, mientras tanto los jueces estatales poseen atribuciones para ejecutarlas.

⁷⁷ SALCEDO VERDUGA, Ernesto, “Las Medidas...” Obra cit., Pág. 85.

⁷⁸ Ibídem

⁷⁹ Ibídem

C) TERCERA POSIBILIDAD: La competencia concurrente de jueces y árbitros.- Esta posibilidad es acogida en varias legislaciones arbitrales, así como en los Reglamentos Internacionales de arbitraje, entre ellos la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), que ha sido inspiración para muchas normativas estatales que la han acogido para formar parte de sus normativas internas.

De acuerdo con esta posibilidad, *“la competencia en materia cautelar es atribuida tanto a los jueces ordinarios como a los árbitros, en condiciones de igualdad, es decir que las partes pueden dirigirse indistintamente a uno o a otro órgano jurisdiccional”*⁸⁰, conforme a sus voluntades.

Nuestro sistema arbitral adopta esta posibilidad, lo que significa que *“A la hora de determinar el órgano legitimado en materia cautelar la mayoría de las legislaciones de arbitraje, tanto estatales como institucionales, aplica la teoría de los poderes concurrentes, esto es, aquella que atribuye competencia tanto a los jueces como a los árbitros para ordenar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento de arbitraje, lo que en la práctica permite dirigirse de manera indistinta ante unos u otros para solicitar una medida de protección, dependiendo de las circunstancias de cada caso”*⁸¹.

D) CUARTA POSIBILIDAD: La competencia compartida entre jueces y árbitros.- Esta posibilidad permite atribuirle la competencia tanto a los árbitros como a los jueces, pero no en forma concurrente, sino no más bien de manera compartida, delimitando el ámbito de actuación tanto del árbitro como del juez y donde cada uno desempeña un rol determinado

⁸⁰ Ibídem

⁸¹ Ibídem

en su respectivo espacio, *“generando una especie de división de poderes o de competencia compartida”*⁸².

Dentro de esta posibilidad, la doctrina la reconoce bajo dos criterios: a).- *“Que la competencia de cada órgano se establezca en función del tipo de medida cautelar que se pretenda ordenar; o, b).- Que esta distribución de competencias se realice dependiendo del momento procesal en que la medida sea solicitada”*⁸³.

De acuerdo al primer criterio que establece la competencia atribuida en función del tipo de medida que se pretende ordenar, se hace una distinción entre las medidas cautelares coercitivas y las no coercitivas, puesto que las que no son coercitivas pueden dictarlas y ejecutarlas el o los árbitros sin ningún inconveniente, como por ejemplo, las medidas destinadas a obtener una garantía bancaria; no siendo igual para las medidas cautelares coercitivas, que para hacerse efectivas en caso de incumplimiento requieren de la necesaria colaboración de la justicia ordinaria, como por ejemplo, el embargo de los bienes del deudor.

Como hemos visto, en las medidas coercitivas es necesaria la intervención del poder ejecutivo a través del juez ordinario, quien puede adoptar y ejecutar este tipo de medidas, ya que realmente los árbitros, debido a falta de imperium, *“no puede garantizar el cumplimiento de una medida cautelar que implique una ejecución”*⁸⁴, en tanto que las otras (medidas no coercitivas), podrán ser ordenadas tanto por un juez, como por un árbitro.

No obstante, existen sistemas que atribuyen competencia a los árbitros de una manera general, sin puntualizar la medida específica a

⁸² Ibídem

⁸³ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. “Las Medidas...” Obra cit., Pág. 87.

⁸⁴ Ibidem

adoptar, *“lo que en principio se entiende que nada impide que dentro de tales sistemas, se adopten medidas que lleven aparejada ejecución”*⁸⁵.

Por otra parte, de acuerdo al segundo criterio, la *“competencia atribuida en función del momento procesal de la solicitud”*⁸⁶, considera la estructura del proceso arbitral dividida en fases, a fin de poder determinar en cada una de ellas cuál será el órgano legitimado para ordenar las medidas cautelares.

Por lo tanto, esta posibilidad, distingue el proceso arbitral en tres fases:

1. **Primera Fase: Pre arbitral:** Que inicia desde el *“momento de presentación de la demanda arbitral hasta que se constituye el tribunal de arbitraje”*⁸⁷. En esta fase, la competencia para adoptar las medidas cautelares recaería en poder de los jueces estatales, considerándose que se lleve a efecto un arbitraje administrado y no hay autoridad aun constituida que las adopte.
2. **Segunda Fase: Procesal Arbitral:** Que inicia desde la *“formación del tribunal de arbitraje hasta el pronunciamiento del laudo arbitral”*⁸⁸. En esta fase el tribunal se constituye y toma posesión de sus cargos ante el Presidente del centro de arbitraje, y dentro de la audiencia de sustanciación resuelve sobre su propia competencia. Para el caso de árbitros independientes, el tribunal se posesiona ante el notario. Sin embargo tan pronto como quede constituido el tribunal, la competencia corresponderá a los árbitros.

⁸⁵ Ibidem

⁸⁶ Ibidem

⁸⁷ Ibidem

⁸⁸ SALCEDO VERDUGA, Ernesto: “Las Medidas...” Obra cit., Pág. 87

3. **Tercera Fase: Post Arbitral:** Se la considera desde que se dicta el laudo hasta que éste se ejecuta, por lo que, al ser el arbitraje un mecanismo que proporciona un tiempo límite de jurisdiccionalidad a los árbitros para conocer el asunto y expedir el laudo, luego de esto, el tribunal arbitral pierde la competencia en la fase de ejecución del laudo, y esta (competencia), se le atribuye nuevamente a los jueces de la justicia común.

Aunque parece razonable la aplicación de esta posibilidad, es criticada, ya que no se puede establecer una división del proceso arbitral en fases, con el objeto de establecer el momento en que la medida cautelar se solicite. *“Esta opinión se apoya en que no estamos ante órganos con poder excluyente o que sean incompatibles entre sí, sino más bien, de órganos (el judicial y el arbitral) cuyo poder tiende a complementarse y de hecho, en la práctica esta resulta ser la realidad al respecto”*⁸⁹.

E) QUINTA POSIBILIDAD: El silencio en materia cautelar.

Realmente cuando la ley es clara y *“atribuye de manera expresa competencia a los tribunales de justicia común o a los árbitros para ordenar medidas cautelares”*⁹⁰, no se evidencia ningún problema en el reconocimiento de esa facultad.

Sin embargo, si nada se dijere al respecto, surge varias contrariedades, es así que en la actualidad existen ordenamientos jurídicos nacionales, Convenios Internacionales y Reglamentos institucionales que guardan silencio, no hacen referencia sobre este asunto y nada expresan ni establecen sobre la regulación de la competencia y los órganos que ejercen esa potestad.

⁸⁹ Ibídem

⁹⁰ Ibídem

2.2.14. MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE

2.2.14.1. CONCEPTOS DOCTRINARIOS

Las medidas cautelares han sido definidas por juristas y doctrinarios de la siguiente forma:

CARNELUTTI reconocido tratadista, 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”.*⁹¹

Para Alfredo DI IORIO, las medidas cautelares:

*“Tienen por finalidad asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado, para que la justicia no sea burlada haciéndola de imposible cumplimiento”.*⁹²

En Colombia, por otro lado, DAVIS ECHANDÍA, reconocido tratadista, afirma que:

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

⁹¹ FRANCISCO CARNELUTTI, Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano, Barcelona, 1.942, Tomo I, pág. 86.

⁹² ALFREDO J. DI IORO, Teoría General de las Medidas Cautelares, artículo publicado en el Libro: Temas de Derecho Procesal, Desalma, Buenos Aires, 1.985, Pág. 89.

*demandado o presunto demandado se haga ineficaz la demanda que contra él se ha intentado o va a intentarse”.*⁹³

En España, RAMOS MÉNDEZ señala que:

*“La medida cautelar es el remedio arbitrado por el derecho para obviar de alguna manera los riesgos de la duración temporal del proceso, en orden a su eficacia”.*⁹⁴

En México, GONZÁLEZ DE COSSÍO, denomina como: “Medidas precautorias”, y las define así:

*“Herramientas utilizadas por tribunales (estatales o arbitrales) durante la consecución de un litigio o arbitraje que buscan proteger la litis de la controversia durante el procedimiento buscando facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final”.*⁹⁵

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

*“...en nuestro Código de Procedimiento Civil esas medidas de protección o medidas cautelares, son de dos clases: las primeras por tratarse de las autorizadas en juicio ejecutivo Art. 424 el Código las llama ‘precautorias’ y al tratar del proceso cautelar Art. 897 y siguientes las llama preventivas”.*⁹⁶

⁹³ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo IV, Bogotá, Temis, 1.964, Pág. 513.

⁹⁴ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, Derecho Procesal Civil, Librería Bosch, Barcelona, 1.986, Tomo II, Pág. 949.

⁹⁵ GONZALEZ DE COSSÍO, Arbitraje. Edit. Porrúa, México, Pág. 200.

⁹⁶ CRUZ BAHAMONDE, Armando, “La acción cautelar en la doctrina y en el derecho positivo ecuatoriano”, Edino, 1.992, Guayaquil, Pág. 138.

Por lo consiguiente, NOVELLINO prefiere hablar de “actos o actuaciones procesales”, rechazando las tesis de la acción cautelar y del proceso cautelar, afirmando que:

“Las medidas cautelares son actos procesales que se adoptan antes de deducida la demanda o después de ello, para asegurar bienes o mantener situaciones de hecho existentes al tiempo de aquélla y con el objeto de preservar el cumplimiento de la sentencia que, en definitiva, recaiga sobre el proceso”⁹⁷.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (**UNCITRAL** por sus siglas en inglés), ha propuesto la siguiente definición de “medidas cautelares”, y se entiende como:

“Toda medida de carácter temporal, establecida en forma de laudo o de otra forma, dictada por el tribunal arbitral en cualquier momento antes de pronunciar el laudo en virtud del cual se dirima la controversia definitivamente”⁹⁸.

De los diversos conceptos y puntos de vistas sobre las medidas cautelares, podemos determinar que las medidas cautelares, son consideradas como el conjunto de medidas de protección adoptadas por los tribunales judiciales o arbitrales para garantizar un buen juicio, pudiendo ser adoptadas antes de la iniciación de un proceso o durante su pendencia.

Por lo tanto, las medidas cautelares pretende proteger al acreedor que fundamente que existe un crédito y este, se haya en riesgo; previniendo un daño y de esta forma preservar el cumplimiento de la sentencia.

⁹⁷ RAMIRO J. PODETTI, “Tratado de las Medidas Cautelares”, Tomo IV, Ediar, Buenos Aires, 1.969, Pág. 14.

⁹⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Asimismo se puede apreciar que no existe en la doctrina uniformidad de criterio referente a las medidas cautelares así como en su denominación; de esta manera se habla indistintamente, de “providencias cautelares”, “medidas precautorias”, “medidas preventivas”, “medidas provisionales, en nuestro país, tanto la doctrina como la legislación la clasifica en precautorias y preventivas.

En consecuencia, y por estas razones la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, en su Art. 1 señala que *“...para los efectos de dicha convención, las expresiones ´medidas cautelares´, ´medidas de seguridad´ o ´medidas de garantía´ se consideran equivalentes cuando se utilicen para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar 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”*⁹⁹.

2.2.14.2. FINALIDAD

Las medidas cautelares tienen como finalidad, preservar el derecho subjetivo de las partes mientras se resuelve la litis, permitiendo asegurar el efectivo y real cumplimiento del laudo arbitral, consolidando de esta forma la seriedad de la función jurisdiccional.

⁹⁹ Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, suscrita por el Ecuador en Montevideo en 1.979, aprobada en 1.982 y ratificada por el Presidente Oswaldo Hurtado, mediante Decreto No. 852 del 5 de mayo de 1.982, publicada en el Registro Oficial No. 240 de 11 de mayo de 1.982

2.2.14.3. CARACTERÍSTICAS

a) Instrumentalidad: Las medidas cautelares son meramente instrumentales, esto es, carecen de un fin en sí mismas, ya que su existencia depende de la pendencia de un proceso principal al que aseguran, con el objeto de obtener el efectivo cumplimiento de la sentencia o laudo a dictarse en dicho proceso, como lo señala CHIOVENDA “...*en la medida provisional actúa una efectiva voluntad de la ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de ley*”¹⁰⁰.

Las cautelas en ningún caso constituyen un fin en sí mismo, **son accesorias**, es decir, están pre-ordenadas “a la emanación de una ulterior providencia definitiva”.¹⁰¹ En este sentido se ha pronunciado CALAMANDREI, afirmando, además, que “*ellas se encuentran inevitablemente ligadas a la providencia a la cual han de rendir su tributo*”¹⁰².

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

“...dirigida a comprobar desde el punto de vista objetivo y subjetivo la existencia de un peligro (posibilidad de un daño) y a eliminar tal peligro que amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, incierto o controvertido, conservando el estado de hecho y de derecho mientras esté

¹⁰⁰ GIUSEPPE CHIOVENDA, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Madrid, 1.936, pág. 282.

¹⁰¹ PIERO CALAMANDREI, Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Primera Edición, 1.997, Intercoedex Librería Jurídica, Buenos Aires, pág. 44.

¹⁰² Ibídem

pendiente o por previsión de la declaración de certeza o de la realización coactiva de la tutela aprontada por el derecho objetivo de intereses"¹⁰³.

Sustanciada la doctrina en las nociones anteriormente vista, se determina que la característica de instrumentalidad expresa la relación de dependencia o accesoriedad que existe entre la medida cautelar y el proceso consecutivo cuyo fallo final asegura, es decir, tienen la finalidad de obtener el cumplimiento real del laudo arbitral que comprende la sentencia del proceso principal.

Otro aspecto importante que se debe observar es que pese a que nuestra Ley de Arbitraje y Mediación vigente no establece expresamente la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes del inicio del juicio arbitral, esta dependencia de las medidas cautelares respecto al proceso principal, no impide que en el juicio de arbitraje, las partes soliciten la tutela cautelar con anterioridad al inicio del mismo, esto es, antes de que el tribunal de arbitraje se constituya en forma definitiva.

No obstante, el artículo 37 del mismo precepto legal, determina las normas supletorias y considera como ley conexas a las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando se trate de arbitraje en derecho, por lo que, en virtud de dicha norma se permite a cualquier persona, antes de presentar su demanda en lo principal, pedir las medidas cautelares que prevé el Código Adjetivo Civil referente a las providencias preventivas, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar su resultado, sin embargo es importante que la Ley Arbitral lo reconozca de manera expresa y así evitar dificultades.

¹⁰³ UGO ROCCO, Tratado de Derecho Procesal Civil, Volumen V, Parte Especial: Proceso Cautelar, Editorial Temis - De Palma, Bogotá - Buenos Aires, 1.977, pág. 57.

Esta posibilidad de solicitar las medidas cautelares previamente a iniciar el procedimiento de arbitraje no es incompatible con la característica esencial de instrumentalidad, sino más bien fortalece al arbitraje, y posee un aspecto positivo que consiste en la celeridad de hacer uso de las medidas protectoras, ya que hasta esperar la constitución del tribunal arbitral ha transcurrido un tiempo considerable, pero asimismo, por otro lado hay que tener en cuenta que proponer las medidas de cautelas ante la vía ordinaria, se está sujeto a un plazo fatal de quince días, en los cuales, el actor o proponente del juicio debe presentar la demanda principal, so pena de que caduquen las medidas preventivas dispuestas en el procedimiento cautelar previo, de acuerdo al artículo 923 del Código Procesal Civil.

Estos puntos de vistas analizados no pueden ser considerados contrarios a la ley, sino más bien, todo lo contrario, son argumentos válidos, contemplados por las normas procesales.

b) Provisionalidad o Temporalidad: Esta característica pone de manifiesto la particularidad que se limita a solucionar temporalmente el objeto de litigio, en cierta parte, hasta que el mismo se resuelva en forma definitiva mediante la sentencia, puesto que, *“Los efectos de la resolución que se dicte en el proceso cautelar tienen inexorablemente, un dies ad quem representado por el momento en que adquiere carácter firme la resolución o sentencia pronunciada en el proceso principal o definitivo”*¹⁰⁴

Por lo tanto, se puede deducir que las medidas cautelares adoptadas en el arbitraje, no prejuzgan el fondo, ni ponen fin al procedimiento principal, ni tampoco lo sustituyen, estas son limitadas en el tiempo, puesto que durarán conforme al procedimiento arbitral, es decir, hasta que se dicte el laudo. Una vez que se termine el proceso arbitral de igual forma,

¹⁰⁴ FRANCISCO CARNELUTTI, Sistema de Derecho Procesal Civil, Editorial Cárdenas Velasco Editores, impreso en Argentina, Tomo I, pág. 390.

finaliza 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.

Consecuentemente, cuando el pronunciamiento sobre el fondo del asunto alcanza firmeza y pasa a ser cosa juzgada, “...se extingue ipso iure la eficacia de la resolución cautelar, porque a partir de ese instante pierde su razón de ser y agota, por lo tanto, su ciclo vital”¹⁰⁵.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que si la sentencia arbitral que decide el fondo del asunto es favorable a los intereses del que solicitó la medida cautelar, esta se mantendrá vigente durante la etapa de ejecución del laudo ante la justicia ordinaria para garantizar el cumplimiento del fallo. En cambio, si el laudo le es adverso al solicitante de la medida, ésta perderá de inmediato su eficacia.

Según LÁZZARI, la extinción de la medida cautelar no opera de pleno derecho “sino que requiere previa declaración judicial”,¹⁰⁶ aspecto que coincide con el artículo 439 del Código Procesal Civil¹⁰⁷.

Por otro lado cabe manifestar que el hecho de que se disponga una medida asegurativa a favor de una de las partes no significa que el laudo se vaya a expedir a favor del peticionario, ya que asimismo la ley prevé la

¹⁰⁵ PIERO CALAMANDREI, Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Primera Edición, 1.997, Intercoedex Librería Jurídica, Buenos Aires, págs. 15 y 83.

¹⁰⁶ EDUARDO DE LÁZZARI, Medidas Cautelares, Tomo I, Segunda Edición, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1.995, pág. 45.

¹⁰⁷ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Art. 439...”Si el embargo fuere cancelado sin llegar al remate, en la providencia de cancelación se mandará oficiar a la jueza o el juez que ordenó la providencia preventiva, y ésta seguirá su curso hasta que sea cancelada por la jueza o el juez que la dictó. Se notificará también al depositario de las cosas embargadas, las cuales quedarán a órdenes de la jueza o el juez que ordenó el secuestro de las mismas.- Hecho el remate, la jueza o el juez declarará canceladas las providencias preventivas y oficiará a la jueza o el juez que las ordenó para que se tome nota de tal cancelación en el proceso respectivo.

exigencia de una caución al solicitante de la cautela por daños y perjuicios que pudiera causar al patrimonio del demandado por la injustificada concesión de dicha medida.

c) Se limitan al objeto del litigio, (Restrictivas): De acuerdo al primer párrafo del artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, “*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...*”. Se entiende que cuando la ley dice: “los árbitros podrán dictar medidas cautelares...”, se piensa que directamente se los autoriza para actuar según su prudente arbitrio.

Frente a esto, RAMIRO PODETTI, mantiene una postura contraria y no está de acuerdo en adoptar medidas cautelares en forma demasiado amplia, y expresa que “*Las medidas cautelares, en general, deben acordarse limitadamente, 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 juicio*”¹⁰⁸. Punto de vista aceptable, debido a que se debe impedir que se utilice la medida cautelar como medio de presión o de eventual extorsión, sin embargo, no hay que olvidar que también se puede exigir una prestación de contra cautela que garantice los posibles daños que originará el eventual abuso del solicitante de la medida.

d) Son Urgentes: Si bien es cierto, y como se ha dicho en líneas anteriores, el propósito de las medidas cautelares es asegurativa, por lo

¹⁰⁸ RAMIRO J. PODETTI, Tratado de las Medidas Cautelares, Ediar, Buenos Aires, 1.969, Tomo IV, pág. 422.

tanto su función debe ser urgente a causa de la inminencia del peligro y frente a un daño cuya eventualidad se teme.

Consecuentemente, al momento de solicitar una medida cautelar, *“...la urgencia es la palabra clave que delata su importancia”*¹⁰⁹. Sin embargo, para que los árbitros puedan ordenar una medida cautelar debe justificarse primeramente la existencia de *“...un riesgo de daño inminente o de un perjuicio irreparable, tanto de presente como de futuro”*¹¹⁰, por lo tanto, la urgencia viene a representar, la garantía de eficacia de las medidas cautelares y por ende del arbitraje, cuya valoración dependerá por parte del juez o del árbitro.

Ahora bien, no debe interpretarse que la característica de urgencia de las medidas cautelares debe ser considerada como una exigencia para que estas puedan proceder, ya que en ninguna parte la normativa legal ecuatoriana, exige prueba de la urgencia, puesto que la urgencia compone un elemento inseparable a la definición de medida cautelar. Pero si la medida es razonable, se debe ordenar y ejecutar de inmediato, sin tener que esperar lapso alguno.

e) Proporcionalidad de las medidas cautelares: *“Las medidas cautelares que se solicitan y se ordenen dentro de un proceso judicial o arbitral deben responder al principio de proporcionalidad, es decir, tienen que ser acordes con el fin perseguido”*¹¹¹, es decir, deben ser expedidas únicamente con el propósito de garantizar la decisión que se dicte en el juicio principal, evitando que se convierta en un laudo lírico, pero para aquello los órganos jurisdiccionales o los árbitros en su caso, deben valorar todas las circunstancias del asunto sometido a su conocimiento y adoptar

¹⁰⁹ SALCEDO VERDUGA ERNESTO: “Las Medidas...” Obra cit., Pág. 28

¹¹⁰ Ibídem

¹¹¹ SALCEDO VERDUGA ERNESTO: “Las Medidas...” Obra cit., Pág. 29

las medidas de protección que mejor represente al objeto del litigio, para que exista proporcionalidad “...entre el objeto del proceso y el objeto de la medida cautelar que se ordena”¹¹².

f) Flexibilidad: Esta característica determina que las medidas cautelares pueden ser “...modificadas o sustituidas, reducidas o ampliadas o finalmente revocadas, en la medida en que cambie el estado de cosas para el cual fueron dictadas...”¹¹³.

En efecto, en los casos en los que se evidencie que la medida no cumple con la función garantizadora, y de acuerdo con el principio *rebus sic stantibus*, quien las requiera puede solicitar que esta sea ampliada, sustituida o mejorada, para que sea menos gravosa, o simplemente evitar que no exista acumulación de varias medidas protectoras.

g) Se ordenan a solicitud de parte y sin oír anticipadamente a la parte contraria: Como es conocido, las medidas cautelares se ordenan a petición de parte interesada y sin previa audiencia de la contraparte (*inaudita altera pars*)¹¹⁴, puesto que el juez o el árbitro establece su decisión en los hechos que afirma el solicitante, es decir no se oye previamente al afectado, cuya finalidad es evitar la posibilidad de que fracase el propósito asegurativo de la medida cautelar.

El hecho de que no se escuche previamente al demandado referente a la medida preventiva, no significa, que se esté violando su derecho a la defensa, eludiendo el principio de contradicción o bilateralidad, conforme al

¹¹² Ibídem

¹¹³ SALCEDO VERDUGA ERNESTO: “Las Medidas...” Obra cit., Pág. 30.

¹¹⁴ La práctica “*inaudita altera pars*”, evitar que el afectado se entere con anticipación de la medida dispuesta y realice actos que le otorguen la posibilidad de desaparecer u ocultar los bienes objeto de la medida o que pretenda enajenarlos antes de que se haga efectiva la cautela.

debido proceso. Puesto que la etapa de contradicción debe hacerse efectiva con posterioridad a la traba de la medida.

Sin embargo, en los litigios presentados ante el juez ordinario, la práctica “inaudita altera pars”, (a petición de parte interesada y sin previa audiencia de la contraparte), puede resultar eficaz, en cambio en los procesos de arbitraje, presentado ante el árbitro, presentan ciertos inconvenientes, ya que una vez que los árbitros se han declarado competentes y se encuentran sustanciando el juicio de arbitraje, estos se ven obligados y “...*tiene el deber de notificar a las partes cada una de sus resoluciones*”¹¹⁵, incluyendo aquella en la que ordene una medida preventiva, lo que significa que dará lugar a que la contraparte, se esmere por impedir la consecución de la medida dispuesta en su contra.

Por otro lado, hay que considerar que en nuestro país, en materia civil, predomina el principio de justicia rogada, es decir, para iniciar el proceso cautelar se origina siempre a petición de parte, son ellos quienes solicitan la adopción de una medida cautelar que asegure el crédito, ya sea ante los jueces o árbitros.

2.2.15. MODALIDADES Y CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES:

La aplicación de medidas cautelares conforme al criterio de Carnelutti, “...*sirven de forma inmediata a la composición procesal de la litis pues su finalidad es la garantía del resultado de otro proceso del cual saldrá la composición definitiva*”¹¹⁶. En nuestro Código de Procedimiento Civil, las medidas cautelares previstas son las siguientes:

¹¹⁵ SALCEDO VERDUGA Ernesto. “Las Medidas...” Obra cit., Pág. 31

¹¹⁶ www.monografias.com

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

PROHIBICIÓN DE ENAJENAR: Esta medida no afecta ni perturba de manera inmediata al afectado, constituye una limitación al derecho de propiedad y por lo tanto su interpretación debe ser siempre restrictiva.

GRÁFICO 4

REQUISITOS	- <i>“Prueba legal del crédito</i> - <i>Comprobar que el deudor, al realizar la enajenación, no tiene otros bienes, raíces saneados, suficientes para el pago”¹¹⁷</i>
PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS	- El ejecutante debe acompañar a la demanda certificado del Registrador de la Propiedad - Se debe demostrar que el ejecutado tiene bienes raíces que no están embargados - Surte efectos tales como la prohibición de vender, hipotecar o constituir otro gravamen o celebrar contrato que limiten el dominio o goce de los bienes - Se notificará a los Registradores de la Propiedad - La citación al demandado se hará después de cumplirse lo ordenado por el juez. - <i>“Se debe demostrar que el deudor, no tiene otros bienes, raíces y saneados, suficientes para el pago”¹¹⁸.</i>

¹¹⁷ Ibídem

TRAMITE	- <i>“Solicitud de la parte interesada</i> - <i>Juez (fase pre-arbitral) árbitros (fase arbitral) declara provisionalmente la medida cautelar</i> - <i>Se abre la causa a prueba, (término 3 días)</i> - <i>Resolución</i> - <i>Notificación al registrador de la propiedad”¹¹⁹</i>
CADUCIDAD	- o <i><u>15 días</u> (no se propone la demanda en lo principal)</i> - o <i><u>30 días</u> (demanda principal dejare de continuarse)</i>

Fuente: Código de Procedimiento Civil

Diseño: Propio de la Autora

LA RETENCIÓN: De conformidad con el artículo 897 del CPC, *“...cualquier persona puede, antes de presentar su demanda principal y en cualquier estado del juicio, pedir la retención de la cosa sobre la que se va a litigar o se litiga, o de bienes que aseguren el crédito”¹²⁰.*

GRÁFICO 5

FORMA DE VERIFICACIÓN	- <i>“La retención se verificará en las rentas, créditos o bienes que tenga el deudor en poder de un tercero, inclusive en las tesorerías u otras oficinas públicas”¹²¹.</i>
------------------------------	---

¹¹⁸ Ibidem

¹¹⁹ Ibidem

¹²⁰ Código de Procedimiento Civil. ART. 897

¹²¹ Ibidem

TRÁMITE PARA LA RETENCIÓN	- <i>“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.</i> - <i>Si la persona en cuyo poder se ha hecho la retención, no reclama dentro de tres días, no podrá alegar después que no debe al deudor, ni tiene ninguna cosa de este”¹²².</i>
----------------------------------	---

Fuente: Código de Procedimiento Civil
Diseño: Propio de la Autora

EL SECUESTRO: Según el artículo 897 del CPC, *“...cualquier persona puede, antes de presentar su demanda principal y en cualquier estado del juicio, pedir el secuestro de la cosa sobre la que se va a litigar o se litiga, o de los bienes que aseguren el crédito”¹²³.*

Según Podetti, *“El secuestro representa 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”¹²⁴.*

GRÁFICO 6

CÓMO SE EFECTÚA	- <i>“Tiene 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.</i> - <i>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; (calidad, cantidad,</i>
------------------------	--

¹²² Ibidem

¹²³ Código De Procedimiento Civil. ART. 897

¹²⁴ RAMIRO J.PODETTI, Tratado de las Medidas Cautelares, Ediar, Buenos Aires, 1.969.

	numero, peso y medida) - 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”¹²⁵.
FORMA DE PRACTICARSE	- Se debe practicar por medio de un oficial de justicia. - En su momento deberá levantar el acta correspondiente, dejando constancia del estado de la cosa y de su entrega al depositario judicial.

Fuente: Código de Procedimiento Civil

Diseño: Propio de la Autora

EL ARRAIGO: El término “arraigo” significa acción y efecto de arraigar y deviene de las locuciones latinas *ad* y *radicare*, que significan en conjunto: echar raíces. Se le considera como: “*Medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda. Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte*”¹²⁶.

¹²⁵ Ibídem

¹²⁶ WALTER RAÑA ARANA, El Arraigo como instrumento jurídico que limita el valor y el derecho a la libertad de locomoción, en www.tribunalconstitucional.gob.bo

GRÁFICO 7

CARACTERÍSTICAS	- <i>Considerado una medida de apremio personal.</i> - <i>Se distingue de las medidas reales tales como: prohibición de enajenar bienes inmuebles, la retención y del secuestro, que limitan exclusivamente el derecho de propiedad del deudor</i> - <i>Es aplicada a lo referente a su derecho al libre tránsito</i> - <i>Puede ser solicitada cuando el deudor pretenda ausente para eludir el cumplimiento de una obligación</i> - <i>El acreedor debe justificar la existencia del crédito, que el deudor es extranjero y que no tiene bienes raíces.</i>
------------------------	---

Fuente: Código de Procedimiento Civil

Diseño: Propio de la Autora

2.2.15.1. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES QUE PUEDE DICTAR EL TRIBUNAL ARBITRAL

Siguiendo los criterios de Ouakrat, Knoepfler, Schweizer, Garcimartin Alférez, Lew, Mistelas y Kröll, los árbitros pueden dictar las siguientes medidas:

- a) “Medidas cautelares de anticipación:** Tales como el cumplimiento provisional del contrato, pagos anticipados, etc.
- b) Medidas cautelares de aseguramiento o de conservación:** El embargo preventivo o similar, no obstante, para la aplicación de esta medida por tener carácter coercitivo, se recomendable requerir la intervención de un tribunal estatal.

- c) **Medidas cautelares antipublicidad:** Esta medida tiene por finalidad, prohibir a las partes que hagan pública la existencia del procedimiento arbitral.
- d) **Medidas cautelares dirigidas a una parte que es beneficiaria de una garantía bancaria:** Estas medidas impiden que el beneficiario ejecute o cobre la garantía bancaria en cuestión.
- e) **Medidas cautelares de instrucción:** Son medidas relativas a las pruebas en el procedimiento de arbitraje, que podrán ser acordadas por los árbitros, y debe contar con la cooperación de los tribunales estatales.
- f) **Medidas que regulan y estabilizan las relaciones entre las partes durante el procedimiento arbitral:** Tienen por objeto aplicarse en los casos de la venta obligatoria de “mercaderías perecederas”.
- g) **Medidas cautelares dirigidas a preservar la ejecución de un futuro laudo arbitral:** En esta categoría se distingue el secuestro de bienes del deudor.
- h) **Medidas cautelares para asegurar el pago de las costas del arbitraje:** Son aplicadas para asegurar pagos administrativos y honorarios del tribunal arbitral¹²⁷.

Por consiguiente, las medidas más frecuentemente adoptadas por los árbitros al menos de conformidad con las decisiones arbitrales publicadas por la Cámara de Comercio Internacional CCI, son:

¹²⁷ Ouakrat, Ph. L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires: étude général, DPCI, 1988, vol. 14-2, Pág. 239-273

- a) *“Medidas cautelares destinadas a acomodar o asegurar la continuación de las relaciones contractuales durante la duración del procedimiento arbitral: orden al contratista de continuar los trabajos de construcción y/o orden al dueño de la obra de efectuar los pagos correspondientes, así sea mediante consignaciones en una cuenta bancaria administrada por el tribunal arbitral; autorización de suspensión de los trabajos o ejecución de otras prestaciones contractuales; prohibición de llamar una garantía bancaria u orden de restituir al banco una garantía bancaria llamada de manera injustificada; y prohibición a una de las partes de vender productos de la parte contraria.*
- b) *Medidas cautelares destinadas a asegurar la ejecución eficaz del laudo final: prohibición de disponer de sus bienes (es la llamada “mareva injunction”) o de una parte de ellos; y orden de constituir una garantía bancaria a favor de la parte que así lo requiere.*
- c) *Medidas cautelares destinadas a conservar pruebas*¹²⁸.

2.2.15.2. PRESUPUESTOS PARA CONCEDER MEDIDAS CAUTELARES

Según la doctrina, existen dos presupuestos fundamentales para la concesión de medidas cautelares, y aunque la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 9, no hace referencia a estos presupuestos, al determinar una medida cautelar se remite al Código de Procedimiento Civil, reconocido expresamente por la normativa arbitral como norma supletoria, y dentro de los cuales, tales presupuestos son:

¹²⁸ II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje “El Arbitraje y la Jurisdicción”, Madrid, 17-19 de junio de 2007

1. El fumus boni iuris

2. El periculum in mora o suspectio debitoris

La Corte Suprema de Justicia (ahora Corte Nacional de Justicia), (Gaceta Judicial XI, No. 13, p. 1903), ha fallado al respecto, expresando: *“... Para que pueda disponerse tan severa medida (cautelar), deben concurrir copulativamente estos requisitos: prueba legal del crédito (apariencia de buen_derecho) y de que el deudor al realizar la enajenación no tendría otros bienes raíces y saneados suficientes para el pago...”*¹²⁹.

El fumus boni iuris: Representa la *verosimilitud del derecho* invocado, y pese a que la Ley de Arbitraje y Mediación permite adoptar las medidas *“...que se consideren necesarias para cada caso”*, se debe tener en cuenta que el peticionario no puede solicitar cualquier medida cautelar, sino aquella que sea idónea para garantizar los bienes materia del proceso o asegurar el resultado de éste, debiendo para ello, además de presentar datos, argumentos, todas aquellas evidencias documentales *“...que justifiquen que los bienes materia de la tutela, pertenecen al demandado u obligado”*¹³⁰.

El periculum in mora o suspectio debitoris: Representa el peligro de un daño jurídico (el peligro en la demora), derivado del propio retraso en la administración de justicia que en sí, es el fundamento indiscutible de la tutela cautelar, *“En la práctica la suspectio debitoris se la asimila al periculum in mora entendido como el peligro en la efectividad de la*

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia (Hoy, Corte Nacional de Justicia). Gaceta Judicial XI, No. 13. Pág. 1903.

¹³⁰ SALCEDO VERDUGA, Ernesto, “Las Medidas Cautelares en el Arbitraje”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Guayaquil, 2005, Pág. 36

*sentencia por existir temor o recelo de la insolvencia del deudor o de la ocultación de los bienes de éste*¹³¹.

El doctor Colon Bustamante Fuentes, indica que “...*el peligro en la demora (Periculum in mora) puede causar daños jurídicos inminentes, lo que constituye el fundamento de las medidas cautelares que tienen el carácter de urgente, como justicia tutelar*”¹³².

Por estas razones, los árbitros en base a su propio criterio “...*tienen la potestad de aceptar la adopción de medidas cautelares o de negarla cuando la parte requirente no demuestre de manera suficiente la existencia de un daño inmediato o peligro de daño futuro grave e irreparable que hiciera imprescindible otorgar la medida solicitada*”¹³³.

¹³¹ Ibídem

¹³² BUSTAMANTE FUENTES, Colon. “Nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, Quito, 2012, Pág. 221

¹³³ Ibídem

2.3. FUNDAMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL

La clasificación doctrinaria del proceso cautelar en el Ecuador

La Corte Suprema de Justicia del Ecuador en fallo de casación dictado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, dentro del proceso cautelar de secuestro preventivo No. 51-2004, manifestó que el proceso cautelar en el sistema procesal ecuatoriano, de acuerdo a sus efectos, se divide en: a) Proceso cautelar *innovatorio*; y, b) proceso cautelar conservatorio, exponiendo el siguiente criterio:

*“El auto dictado por la Quinta Sala de la Corte Superior de Guayaquil (ahora Corte Provincial), el 07 de julio del 2003, contra el cual se interpone el recurso extraordinario de casación, ha sido dictado dentro de un proceso de carácter cautelar conservatorio, tendiente a impedir que los demandados dispongan de ciertos bienes, de conformidad con lo que establece la Sección 27ava., artículos 912 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, siendo el recurso de casación admisible únicamente de los autos y sentencias finales y definitivas dentro de los procesos de conocimiento en que el juez resuelve sobre lo principal, “dice el derecho”. La doctrina jurídica, unánimemente, declara que los procesos cautelares no pertenecen a la categoría de procesos de conocimiento. (...) Jaime Azula Camacho, en su obra “Curso de Teoría General del Proceso”, dice: (...) “El proceso cautelar puede concebirse como las medidas que tienden a garantizar los resultados que se persiguen en otro. Según se colige de lo dicho, **el proceso cautelar es de carácter accesorio puesto que está condicionado o supeditado a la existencia de otro, y corre, por tanto, la misma suerte de éste. Además, es el medio o instrumento para obtener que los resultados perseguidos en el proceso principal sean efectivos. Este proceso, de acuerdo con los efectos que produzca en la situación existente, se divide en innovatorio y conservatorio. a) El innovatorio es cuando modifica o varía las circunstancias***

*presentadas en el momento de instaurarse o proponerse el proceso principal, como ocurre con la separación de los cónyuges y el depósito de los hijos en el divorcio, la detención preventiva del sindicado en el proceso penal, etc.; b) El conservatorio se presenta en el caso de que mantenga o preserve las condiciones de hecho existentes con antelación al proceso principal, como acontece con el embargo y secuestro de bienes, que evita que éstos se sustraigan del patrimonio de la persona contra quien se dirigen tales medidas. Cualquiera de las dos modalidades anteriores puede, por su parte, ser de carácter real o personal, según que, respectivamente, recaiga sobre bienes o personas” (...) Hernando Devis Echandía, sobre el proceso cautelar, dice: “Tiene una función distinta de los anteriores. No se trata de la declaración de un hecho o una responsabilidad, ni de la constitución de una relación jurídica, ni de ejecutar un mandato y satisfacer el derecho que se tiene sin ser discutido, ni de dirimir un litigio, sino de prevenir los daños que el litigio pueda acarrear o que puedan derivarse de una situación anormal. Este proceso cautelar se divide en conservatorio e innovativo, según que tenga por objeto impedir que se modifique la situación existente, o, por el contrario, producir un cambio de ella, en forma provisional. **Puede ser un verdadero proceso autónomo**, como el de interdicción del demente o del disipador, o un procedimiento previo a un proceso ejecutivo o al de separación de bienes entre cónyuges, o en materia penal los embargos y secuestros de bienes, la detención preventiva del sindicado o la guarda del demente en una clínica u otro lugar adecuado, mientras se define la situación...”¹³⁴.*

¹³⁴ Fallo citado por: SALCEDO VERDUGA, Ernesto, “Las Medidas Cautelares en el Arbitraje”. Guayaquil, 2005, Corporación de Estudios y Publicaciones, Pág. 73-74.

2.4. FUNDAMENTACIÓN LEGAL

2.4.1. RECONOCIMIENTO DEL ARBITRAJE

a. Constitución de la República del Ecuador

Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir¹³⁵.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley¹³⁶.

b. Carta Constitutiva de la ONU

Art. 33.- El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias que permite a los estados solucionar sus diferendos sin necesidad de aplicar la fuerza¹³⁷.

c. Ley de Hidrocarburos

El Art. 10 de la Ley de Hidrocarburos establece que “Las controversias que se deriven de los contratos regidos por esta ley podrán ser resueltas mediante la aplicación de sistemas de mediación y arbitraje de conformidad con lo establecido en la ley y en el convenio arbitral correspondiente”¹³⁸.

¹³⁵ Constitución del Ecuador 2008

¹³⁶ Constitución del Ecuador 2008

¹³⁷ Carta Constitutiva de la Organización Naciones Unidas

¹³⁸ Ley de Hidrocarburos

d. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Artículo 104.- Métodos alternativos de solución de controversias.- *“De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva”*¹³⁹.

e. Ley de Mercado de Valores

Art. 235.- Arbitraje.- Cualquier controversia o reclamo que existiere entre los participantes en el mercado de valores, relacionados con los derechos y obligaciones derivados de la presente Ley, podrán ser sometidos a arbitraje de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación y reglamentos aplicables.

La ley de Mercado de valores en su art. 124, contempla que *“...quienes formen parte los contratos mercantiles pueden acogerse a métodos alternativos para la solución de conflictos”*¹⁴⁰. Y en su art. 235, establece que quienes participen en el mercado de valores, también podrán acudir a métodos alternativos de conflictos.

f. Ley General de Seguros

Art. 25.- *“Los modelos de pólizas, las tarifas de primas y notas técnicas, requerirán autorización previa de la Superintendencia de Bancos y Seguros, para ponerlas en vigor. Sin embargo copias de las mismas deberán remitirse a dicha*

¹³⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

¹⁴⁰ Ley de Mercados de Valores de Ecuador. Art. 124 y art. 235

institución por lo menos quince días antes de su utilización y aplicación.

Las pólizas deberán sujetarse mínimo a las siguientes condiciones: Literal G).- Incluir una cláusula en la que conste la opción de las partes de someter a decisión arbitral o mediación las diferencias que se originen en el contrato o póliza de seguros.

Dentro de la Ley de Seguros, en la parte correspondiente al reclamo administrativo, Art. 42, también se contempla que una vez que se haya llevado acabo el reclamo, y en caso del beneficiario o asegurado no se encuentre conforme con la resolución tomada por la Superintendencia de Bancos, este podrá acudir a centros de arbitraje, si así está estipulado en el contrato”¹⁴¹.

g. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado

Art. 11.- “Del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.

Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para

¹⁴¹ Ley General de Seguros. Art 42

*someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado*¹⁴².

h. Código Orgánico de la Función Judicial

Principios de legalidad, jurisdicción y competencia (Art. 7): *“La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones”*¹⁴³(...).

(...) *“Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley”*¹⁴⁴.

Principio de Servicio a la Comunidad (Art. 17): *“La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.*

El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades. En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación y arbitraje”¹⁴⁵.

¹⁴² Ley Orgánica de la Procuraduría General Del Estado

¹⁴³ Código Orgánico de la Función Judicial

¹⁴⁴ Ibídem

¹⁴⁵ Ibídem

i. Ley de Arbitraje y Mediación

Art. 1.- El sistema arbitral es 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 controversias¹⁴⁶.

2.4.2. MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Las medidas cautelares referente al arbitraje ecuatoriano, están reguladas por la Ley de Arbitraje y Mediación. Hasta el momento no existe reglamento.

Esta normativa fue elaborada en base a la Ley Modelo de la CNUDMI o UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial.

A partir de esta premisa, y considerando lo determinado en el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, es menester reconocer las medidas cautelares que pueden ser dictadas por los árbitros.

a) Ley de Arbitraje y Mediación

Artículo 9: *“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,*

¹⁴⁶ Ley de Arbitraje y Mediación, 2006

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”¹⁴⁷.

Análisis Motivado:

Las medidas cautelares referente al arbitraje ecuatoriano, están reguladas por la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial N° 145 de 4 de septiembre de 1997, cuya reforma consta en el Registro Oficial No. 532 del año 2005, Hasta el momento no existe reglamento. Esta normativa fue elaborada en base a la Ley Modelo de la CNUDMI o UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial.

¹⁴⁷ Ibídem

A partir de esta premisa, y considerando lo determinado en el Art. 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, es menester analizar la competencia que poseen árbitros y jueces para dictar y ejecutar medidas de cautela, para lo cual tomaremos en cuenta varios aspectos:

Para ejercer la facultad declarativa, *“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”¹⁴⁸.*

Si bien es cierto el Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano es norma supletoria de la Ley de Arbitraje y Mediación, y esta prevé cuatro tipos de providencias preventivas, que son: **secuestro, retención, arraigo y prohibición de enajenar**, sin que los jueces puedan salirse de dicho marco normativo.

Sin embargo, la Ley de Arbitraje indica además *“...o las que se consideren necesarias para cada caso...”¹⁴⁹*, al mencionar esto, se evidencia una indeterminación que permite considerar a esta disposición como integrante del grupo de preceptos denominados *“flexibles o elásticos, por lo que también da lugar a la aplicación de medidas cautelares que no están determinadas por la ley, sino por la doctrina (atípicas, genéricas, indeterminadas o innominadas). Pero asimismo esto no significa que el peticionario puede solicitar cualquier medida cautelar, sino más bien, en base a la lógica, debe solicitar la medida protectora que sea idónea “para*

¹⁴⁸ Ibídem

¹⁴⁹ Ibídem

garantizar los bienes materia del proceso o asegurar el resultado de éste, debiendo para ello, presentar los datos, argumentos y en su caso, justificaciones documentales, que conduzcan al árbitro, sin llegar a prejuzgar el fondo del asunto”¹⁵⁰.

En general, se ha dicho, que en lo concerniente a la ADOPCION o parte DECLARATIVA de las medidas cautelares, según nuestra Ley de Arbitraje y mediación, estas pueden ser dictadas por los árbitros, pero en este punto, nada dice la ley sobre la adopción de las medidas cautelares por parte del juez ordinario, sin embargo como este cuerpo legal, considera al Código de Procedimiento Civil como normativa complementaria o supletoria, dan lugar a que estas sean adoptadas también a petición de parte, por los jueces ordinarios.

Por otro lado, 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”¹⁵¹*, esta contracautela es indispensable para evitar que se utilice la medida cautelar como medio de presión, abusos o de eventual extorsión, cuyo propósito es cubrir el pago de los costos de la medida y el estimación de los posibles daños y perjuicios que se llegaren a ocasionar a la parte afectada con la cautela, en el caso de que la pretensión fuera declarada injustificable o fuera de lugar en el laudo, teniendo en cuenta que las medidas cautelares que se exijan, son provisionales y accesorias, por lo tanto, no prejuzgan el fondo, ni ponen fin al procedimiento principal.

Sin embargo, *“La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal”¹⁵²*, es decir, que si la parte afectada con la medida cautelar rinde una fianza

¹⁵⁰ SALCEDO VERDUGA Ernesto, “Las Medidas Cautelares en el Arbitraje”, 2006, Pág. 83

¹⁵¹ Ibídem

¹⁵² Ibídem

suficiente ante el Tribunal, se podrá suspender la medida solicitada por la parte solicitante.

Para ejercer la facultad ejecutiva, es decir *“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”¹⁵³.

Ahora bien, en lo referente a la parte EJECUTIVA, nuestra legislación arbitral hace referencias a dos vías de ejecución, y de acuerdo a esto, se formaliza la distinción de la autoridad idónea para ejecutar la medida cautelar, la diferencia realmente lo hace la estipulación expresa o no en el convenio arbitral, ya que claramente indica que si las partes así lo estipularen en el convenio arbitral la facultad ejecutiva la tienen los árbitros, quienes con la colaboración *“...de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios..”¹⁵⁴*, podrán hacer efectivo la ejecución de las medidas cautelares, sin la necesidad de recurrir a un juez ordinario.

Sin embargo, si nada se dijere en el convenio arbitral acerca de las medidas cautelares y su forma de ejecución, cualquiera de las partes podrá

¹⁵³ Ibídem

¹⁵⁴ Ibídem

solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sin que esto signifique renuncia al sistema arbitral.

b) Código de Procedimiento Civil

El Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano prevé cuatro tipos de providencias preventivas, que son: Secuestro, retención, arraigo y prohibición de enajenar.

1. LA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR (ART. 421 Y 900 CPC).

Art. 421.- Auto de pago. Dictamen de medidas precautorias.- *“Si la jueza o el juez considerare ejecutivo el título así como la obligación correspondiente, ordenará que el deudor la cumpla o proponga excepciones en el término de tres días.*

Si el ejecutante acompaña a la demanda certificado del Registrador de la Propiedad en el que conste que el ejecutado tiene bienes raíces que no están embargados, la jueza o el juez, al tiempo de dictar la providencia de que habla el inciso anterior, prohibirá que el ejecutado venda, hipoteque o constituya otro gravamen o celebre contrato que limiten el dominio o goce de los bienes que, determinados por la jueza o el juez, alcancen para responder por el valor de la obligación demandada.

La prohibición se notificará a los respectivos Registradores de la Propiedad, para los efectos legales.

La citación al demandado se hará después de cumplirse lo ordenado en el inciso anterior”¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Código de Procedimiento Civil

Art. 900.- De la prohibición de enajenar bienes raíces.

Requisitos y consecuencias.- “También podrá la jueza o el juez en los casos permitidos por la Ley, a solicitud del acreedor, prohibir que el deudor enajene sus bienes raíces, para lo cual se notificará al respectivo registrador de la propiedad quien inscribirá la prohibición de enajenar sin cobrar derechos.

Mientras subsista la inscripción no podrán enajenarse ni hipotecarse los inmuebles cuya enajenación se ha prohibido, ni imponerse sobre ellos gravamen alguno.

Para la prohibición de enajenar bienes raíces, bastará que se acompañe prueba legal del crédito y de que el deudor, al realizar la enajenación, no tendría otros bienes, raíces y saneados, suficientes para el pago”¹⁵⁶.

2. LA RETENCIÓN (ARTÍCULOS 422, 899 Y 906, CPC)

Art. 422.- Solicitud de otras medidas precautorias.- “Podrá, asimismo, el ejecutante, en vez de la prohibición de enajenar, cuando no se trate de crédito hipotecario, solicitar la retención o el secuestro de bienes muebles, que aseguren la deuda, debiendo decretarse la una o el otro, al mismo tiempo que se dicte el auto de pago, siempre que se acompañe prueba de que tales bienes son de propiedad del deudor. Esta prueba, en caso de ser testimonial, puede practicarse sin citación de la parte contraria”¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Ibídem

¹⁵⁷ Ibídem

ART. 899.- Requisitos para que se ordene el secuestro o retención.- *“Para que se ordene el secuestro o la retención, es necesario:*

- a) Que se justifique, con pruebas instrumentales, la existencia del crédito; y,
- b) Que se pruebe que los bienes del deudor se hallan en tal mal estado, que no alcanzarán a cubrirla deuda, o que puedan desaparecer u ocultarse, o que el deudor trata de enajenarlos.

Art. 906 (921).- Secuestro de bienes muebles, raíces y de sus frutos.- *El secuestro tendrá lugar en los bienes muebles y en los frutos de los raíces, y en los bienes raíces, sólo en los casos en que se tema su deterioro”¹⁵⁸.*

3. SECUESTRO PREVENTIVO (BIENES MUEBLES) (ARTÍCULOS 422 Y 899, CPC).

Art. 422.- Solicitud de otras medidas precautorias.- *“Podrá, asimismo, el ejecutante, en vez de la prohibición de enajenar, cuando no se trate de crédito hipotecario, solicitar la retención o el secuestro de bienes muebles, que aseguren la deuda, debiendo decretarse la una o el otro, al mismo tiempo que se dicte el auto de pago, siempre que se acompañe prueba de que tales bienes son de propiedad del deudor. Esta prueba, en caso de ser testimonial, puede practicarse sin citación de la parte contraria”¹⁵⁹.*

¹⁵⁸ Ibídem

¹⁵⁹ Ibídem

Art. 897.- Oportunidad para pedir secuestro o retención.-
“Puede una persona, antes de presentar su demanda y en cualquier estado del juicio, pedir el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se va a litigar o se litiga, o de bienes que aseguren el crédito.

El Secuestro de bienes raíces (ARTÍCULO 920 CPC).

Art. 920 Inscripción del secuestro. Efecto. Excepción.- *El secuestro de bienes raíces se inscribirá en el registro de la propiedad del cantón a que éstos pertenezcan; y mientras subsista la inscripción no podrá inscribirse ninguna enajenación o gravamen, excepto la venta en remate forzoso, sin perjuicio de los derechos de terceros”¹⁶⁰.*

4. EL ARRAIGO (ARTÍCULO 912, CPC).

Art. 912.- Requisitos para solicitar la prohibición de ausentarse.- *“El que tema que su deudor se ausente para eludir el cumplimiento de una obligación, puede solicitar que se le prohíba ausentarse, siempre que el acreedor justifique la existencia del crédito, que el deudor es extranjero y que no tiene bienes raíces”¹⁶¹.*

¹⁶⁰ Ibídem

¹⁶¹ Ibídem

2.5. FUNDAMENTACION COMPARADA

a) MEDIDAS CAUTELARES EN ARGENTINA

Las medidas cautelares se encuentran normadas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, todo el libro VI, regulando el arbitraje.

Diferencias con la Legislación Arbitral Ecuatoriana

1. Los jueces comunes son los únicos competentes para la adopción de cualquier medida cautelar, incluso en los procesos arbitrales.
2. *“Los árbitros no pueden autorizar embargos ni otras medidas cautelares”¹⁶²*, y el Artículo 753 del CPC de Argentina indica asimismo que: *“Los árbitros no podrán decretar medidas cautelares compulsorias, ni de ejecución, deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”¹⁶³*. Mientras que en Ecuador los árbitros poseen la facultad declarativa y *“...podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso”¹⁶⁴*.
3. El sistema arbitral argentino responde a la posibilidad de competencia cuya facultad para ordenar medidas cautelares es exclusiva de la jurisdicción ordinaria. En Ecuador se responde a una posibilidad concurrente, que atribuye facultades a los jueces así como a los árbitros en forma equitativa, es decir que *“...las*

¹⁶² Código de Procedimiento Civil Argentino

¹⁶³ *Ibíd*em

¹⁶⁴ Ley de Arbitraje y Mediación, 2006

*partes pueden dirigirse indistintamente a uno o a otro órgano jurisdiccional*¹⁶⁵

b) MEDIDAS CAUTELARES EN PERÚ

En el sistema arbitral peruano, la competencia de jueces y árbitros para dictar y ejecutar medidas cautelares, se haya regulado en el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, vigente desde el 2008.

Analogías con la legislación arbitral ecuatoriana

1. Tanto en Perú como en Ecuador, el tribunal arbitral a petición de cualquiera de las partes podrá adoptar las medidas cautelares, que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, asimismo pueden exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida, si su pretensión fuera declarada infundada en el laudo.
2. Para que los árbitros dicten medidas cautelares no se requiere convenio arbitral, ambas leyes permiten la facultad declarativa en los árbitros, sin ningún inconveniente.
3. Para la ejecución de las medidas se puede solicitar el auxilio de la fuerza pública y de justicia ordinaria.

Diferencias con la legislación arbitral ecuatoriana

1. La legislación peruana define al arbitraje, y se determina en forma expresa, la competencia del juez ordinario en la adopción de las medidas cautelares, siendo competente el juez sub-especializado

¹⁶⁵ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. "Las Medidas..." Obra cit., p. 86.

en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o donde deban producir su eficacia.

2. La legislación peruana distingue formalmente las medidas cautelares en 2 sedes, antes de la constitución del tribunal arbitral, que son competente los jueces y después de la constitución del tribunal arbitral, considerándose como el instante en que el tribunal arbitral posee competencia para tal efecto. En cambio la legislación Arbitral ecuatoriana no hace referencia expresa en lo relativo a la adopción de medidas cautelares ordenadas por los jueces ordinarios, para aplicar la adopción en este sentido, se debe interpretar las normas del Código Procesal Civil.
3. En Perú, una vez que se encuentre ejecutada la medida, antes de iniciado el proceso arbitral, se tiene la obligación de gestionar la iniciación del arbitraje, dentro de los 10 días posteriores a dicho acto, misma que puede caducar de pleno derecho si no se hace dentro de este plazo, o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los 90 días contados a partir de que se dicta la medida. En cambio en Ecuador, interpretando las reglas del Código de Procedimiento Civil, caducarán las medidas cautelares si dentro de 15 días de ordenadas o de que se hizo exigible la obligación, no se propone la demanda en lo principal. Caducarán, igualmente, si la expresada demanda dejare de continuarse durante 30 días.
4. En la legislación Arbitral Peruana se faculta al tribunal arbitral para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una

autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes.

5. En Ecuador, aunque la Ley de Arbitraje nada dice sobre el asunto, la doctrina propone algunos aspectos procesales sobre las medidas cautelares, entre ellas establece que "...si antes del inicio del juicio arbitral se ha ordenado una medida cautelar en función del posterior proceso de arbitraje, resulta obvio que el órgano jurisdiccional que la adoptó, será el único competente para decidir sobre cualquier cuestión que tenga que ver con la modificación o la revocatoria de la medida dispuesta. Esto quiere decir, que el tribunal arbitral que posteriormente conozca del juicio principal no puede tomar ninguna decisión sobre la revocatoria o modificación de la medida cautelar previamente ordenada por el juez ordinario"¹⁶⁶.
6. La legislación peruana faculta al tribunal arbitral para ejecutar sus medidas cautelares, pero la diferencia está en la legislación ecuatoriana, puesto que hace la siguiente distinción en la ejecución de medidas cautelares: a).- Si consta estipulación en el convenio arbitral; y, b).- Si nada se dice en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares.
7. En el caso del primer criterio, si nada se dice en el convenio acerca de dicha ejecución de las medidas, se solicita la colaboración de 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.

¹⁶⁶ Ley de Arbitraje y Mediación, 2006

8. En el segundo criterio, 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, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral
9. Como se puede verificar, en Ecuador se ejecutan las medidas cautelares en base a lo acordado por las partes en el convenio arbitral. Mientras que en Perú se los faculta sin problema, solo a pedido de las partes, únicamente interviniente la fuerza pública si lo consideran conveniente, y en los casos de incumplimiento de la medida cautelar la parte interesada recurrirá la autoridad judicial.

c) MEDIDAS CAUTELARES EN COLOMBIA

Diferencias con la legislación arbitral ecuatoriana

1. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un Tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.
2. El tribunal podrá comisionar al juez civil municipal o del circuito del lugar en donde deba practicarse la medida
3. Con anterioridad a la iniciación del trámite arbitral o en el curso del mismo, e independientemente que el proceso se adelante en Colombia, cualquiera de las partes podrá acudir a la autoridad judicial para que decreta medidas cautelares

4. Toda medida cautelar decretada por un tribunal arbitral será vinculante sin necesidad de procedimiento alguno de reconocimiento
5. El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya decretado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación de ello a las partes.
6. Si el tribunal omitiere el levantamiento de las medidas cautelares, la medida caducará automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia que decida definitivamente el recurso de anulación
7. Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla.

GRÁFICO 8

CUADRO COMPARATIVO	ARGENTINA	PERU	ECUADOR	COLOMBIA
FORMA DE ARBITRAR	(Teoría Contractualista)	(Teoría Mixta)	(Teoría Mixta)	(Teoría Mixta)
INTERVENCIÓN DE JUECES COMO ÁRBITROS	CRITERIOS DIVIDIDOS Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: Prohíbe jueces sean árbitros (Art. 765) Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires: Prohíbe jueces sean árbitros (Art. 803) Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe: Acepta jueces sean árbitros (Art. 420) Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba: Acepta jueces sean árbitros (Art. 480)	La Ley 29277, Art. 40 Numeral 3, prohíbe a los jueces, aceptar cargos remunerados en instituciones públicas o privadas, exceptuando la docencia en materias jurídicas	Art. 174 Constitución de la República del Ecuador, prohíbe que los integrantes de la función judicial, puedan desempeñar otro empleo público o privado, dentro de su horario normal de trabajo o fuera de él, salvo el caso de la docencia universitaria	No pueden intervenir los jueces como árbitros
DECLARACION DE MEDIDAS	Medidas cautelares son solicitadas preferentemente a los jueces	Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él.	Sujeción e interpretación CPC Puede una persona, antes de presentar su demanda y en cualquier estado del juicio, pedir el secuestro o la retención de la cosa sobre que se va a litigar o se litiga, o de bienes que aseguren el crédito.	Con anterioridad a la iniciación del trámite arbitral o en el curso del mismo, e independientemente que el proceso se adelante, cualquiera de las partes podrá acudir a la autoridad judicial para que decrete medidas cautelares.

	Los árbitros no podrán decretar medidas cautelares compulsorias, ni de ejecución, deberán requerirlas al juez Art. 753 CPC)	Árbitros pueden adoptar las medidas cautelares	Árbitros pueden adoptar las medidas cautelares necesarias para cada caso (Art. 9 LAYM)	A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa
EJECUCION DE MEDIDAS	Los árbitros no pueden ejecutar medidas cautelares	Los árbitros pueden ejecutar sus medidas cautelares solo a pedido de las partes	Estipulación en el convenio arbitral (ejecuta árbitros) Si nada se dice en el convenio arbitral (ejecuta jueces)	Tanto los jueces como árbitros pueden ejecutar las medidas cautelares Toda medida cautelar decretada por un tribunal arbitral será vinculante sin necesidad de procedimiento alguno de reconocimiento y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, su ejecución podrá ser solicitada ante la autoridad judicial
	Ley no provee expresamente en casos de incumplimiento de medidas cautelares	Se provee los casos de incumplimiento de medidas cautelares	Ley no provee expresamente en casos de incumplimiento de medidas cautelares	Ley no provee expresamente en casos de incumplimiento de medidas cautelares

EL CONVENIO ARBITRAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES	Medidas cautelares son solicitadas preferentemente a los jueces	Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él.	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, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.	El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un Tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.
MODIFICACION O REVOCATORIA DE MEDIDAS	Jueces y árbitros pueden modificar las medidas cautelares, de acuerdo quien las hayan dictado	El tribunal arbitral puede modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que hayan dictado	Nada se dice al respecto sobre la modificación o sustitución de medidas	El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya decretado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación de ello a las partes
MOMENTOS DE DICTAR MEDIDA	Nada dice la ley Interpretación del CPC	Constitución del tribunal arbitral: Antes (juez) Después (arbitro)	Falta de legislación expresa Interpretación del CPC	Con anterioridad a la iniciación del trámite arbitral o en el curso del mismo, e independientemente que el proceso se

				adelante, cualquiera de las partes podrá acudir a la autoridad judicial para que decrete medidas cautelares.
--	--	--	--	--

Fuente: Derecho Comparado
Diseño: Propio de la Autora

Comentario:

En el caso de la facultad declarativa, merece criticar a la legislación Argentina, la cual ha venido siendo defendida por unos y criticada constantemente por otros, en la doctrina, debido a que la legislación desde un principio no ha permitido a los árbitros dictar o decidir medidas cautelares en el proceso arbitral, e incluso la jurisprudencia al respecto no ha sido pacífica y como antecedente tenemos que la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata en 1998 confirmó un fallo de Primera Instancia y sienta jurisprudencia manifestando que *“...nuestra legislación procesal, adscripta a que la función jurisdiccional sea exclusivamente ejercida por el Poder Judicial, impide que los árbitros las decreten (art. 791, Cód. Procesal). La medida cautelar preventiva no puede ser decretada por un Tribunal Arbitral y, por ende, no es posible efectivizarla mediante una rogatoria a un Juzgado o Tribunal de Justicia Provincial u ordinario que no la ha decretado previamente”*¹⁶⁷.

Por lo consiguiente, debido a las duras críticas recibidas y destacando un profundo análisis de éste fallo por parte de Caivano, el Tribunal al año siguiente tuvo oportunidad de rectificarse admitiendo que *“...los tribunales*

¹⁶⁷ Fallo de Primera Instancia, 1998, Causa 49.019, C. 1ª. C.C. Mar del Plata, Sala I, Julio 7-1998 – Autos: “SASSO, Nicolás. NEYRA, Orbellá.

*arbitrales dicten medidas cautelares, a los fines de dotarlos de instrumentos necesarios para alcanzar una mejor y eficaz solución de los conflictos y constituirse, de tal modo, en una opción real para los litigantes al margen de la solución jurisdiccional*¹⁶⁸. Aun en la actualidad no permite a los árbitros dictar medidas cautelares.-

Sin embargo, es menester ovacionar a legislaciones como Perú, que en los últimos años ha demostrado su gran avance y catalogarse en un alto nivel de aplicación de arbitraje en América Latina, sin dejar de lado legislaciones como la nuestra, que según criterios del Maestro Roque Caivano, es una normativa pionera en Suramérica, al ofrecerle a los árbitros la potestad de dictar medidas cautelares e incluso la potestad ejecutiva, aspirando que dentro de unos años más, se le confiera la facultad total para demostrar la confianza en el arbitraje.

No obstante, también hay que tener en cuenta que sobre todas las cosas se debe respetar la voluntad de las partes, por lo tanto no se puede dejar de regular en la ley, las medidas cautelares cuya aplicación quiera hacerse antes de la constitución del tribunal arbitral, puesto que igualmente, hay que considerar que hasta que el tribunal arbitral no sea constituido, las partes no podrán obtener la protección inmediata de sus intereses sin renunciar al arbitraje.

Dicho de otro modo, el propósito de esta tesis, no es discutir las facultades declarativas o ejecutivas por parte de los árbitros, puesto que es evidente que estamos en buen camino, pese que juristas españoles hagan observaciones, avistándonos de “vanguardistas y excesiva confianza en el arbitraje” por ese carácter comprensivo para con el arbitraje como

¹⁶⁸ MARCHESINI Gualtiero Martin, Reglamentos y medidas cautelares en el proceso arbitral, Argentina, 2008

mecanismo de solución de conflictos, sin embargo, es considerable acoger las aclaraciones referente a la distribución de competencia antes y después de constitución del arbitraje, tomando en cuenta la celeridad y la decisión convenida de las partes.

Algunas legislaciones, aun modernas, no dan a los árbitros la potestad de dictar medidas cautelares y, a lo sumo, los facultan a pedir las al juez ordinario. Tal es el caso de las legislaciones sobre arbitraje de Brasil, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Italia, Suiza, etc.

Importantes autores, asimismo, no están de acuerdo en que los árbitros dicten medidas cautelares, en el grupo con este tendencia se integra, Eduardo Silva Romero, quien en su ponencia presentada en el II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje, denominado “El Arbitraje y la Jurisdicción - Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro”, llevada a cabo en Madrid, el 17 al 19 de junio de 2007, muestra su desacuerdo y sugieren que la facultad de los árbitros de adoptar medidas cautelares ex-parte, conllevaría la destrucción del arbitraje.

No obstante, en sentido separado, otras legislaciones de arbitraje comparadas, sí están de acuerdo en otorgarles a los árbitros la facultad declarativa, y han abordado el tema en forma expresa, estableciendo que, salvo pacto en contrario, los árbitros pueden decretar medidas cautelares o provisionales así consta legislaciones arbitrales de Alemania, Austria, Bélgica, Bolivia, Canadá, Chile, Colombia, España, Guatemala, Japón, México, Panamá, Paraguay, Venezuela, etc.

Mientras que, e inclusive, algunas normas van aún más allá y dan a los propios árbitros ciertas facultades para hacer cumplir las medidas cautelares que adoptan, así tenemos las legislaciones de Colombia y Ecuador.

CAPITULO III

3. PROCEDIMIENTO DE LA INSTITUCIÓN ARBITRAL

3.1. CENTROS DE ARBITRAJES

Un centro de arbitraje es un establecimiento que brinda servicios de justicia pero por la vía extrajudicial, es decir fuera de función judicial, en el cual las partes acuden en forma voluntaria y de común acuerdo para someter sus desavenencias a esta institución arbitral, y que a través del fallo de terceros imparciales llamados árbitros, poner fin a sus conflictos, de manera ágil.

3.2. ORGANIZACIÓN DE CENTROS DE ARBITRAJE

Para facilitar la aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación, *“...las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro, podrán organizar centros de arbitraje, mismos que podrán funcionar previo registro en la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador...”*.

3.2.1. FORMA DE ORGANIZACIÓN DEL CENTRO

Los Centros de Arbitraje y Mediación están conformados de la siguiente manera:

1. Directorio;
2. Director del Centro;
3. Subdirector, y el personal de apoyo que fuere necesario;
4. Árbitros, Mediadores y Secretarios Arbitrales.

3.3. REGLAS BÁSICAS PARA FUNCIONAMIENTO DE CENTROS DE ARBITRAJE

a. Los centros de arbitraje deberán tener:

1. Sede dotada de elementos administrativos y técnicos
2. Personal idóneo, por lo que debe brindar capacitación a los árbitros, secretarios y mediadores
3. Reglamento Interno

b. El reglamento debe determinar:

1. Finalidad, naturaleza, sede, objeto y funciones del centro
2. Forma de organización del centro
3. Prohibiciones, excepciones, deberes y obligaciones de las personas que integren el centro arbitral
4. Listas oficiales de árbitros, secretarios arbitrales y mediadores
5. Forma de establecer la lista de árbitros
6. Forma de designar al director del centro, sus funciones y facultades
7. Tarifa de honorarios
8. Código de ética

3.4. LOS ARBITROS

Todo centro de arbitraje debe contar con árbitros idóneos que manifieste por medio de su accionar la credibilidad del centro, puesto que, desde el momento en que acepta dicha designación se convierte no solo en una autoridad, sino en representante de dicha institución, por lo tanto, el árbitro constituye la figura más importante del arbitraje.

Por mucho tiempo los árbitros han sido considerados los terceros imparciales, particulares y el agente de las partes, a quien estas autorizan para que resuelvan los conflictos y a través de sus decisiones poner fin a las controversias puesta a su conocimiento, por lo tanto deben gozar de buena solvencia, toda vez, que todo el sistema gira en torno de él, cuya credibilidad y eficacia se exterioriza a través de sus acciones.

3.4.1. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS

1. “Si no hay acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que designen a los árbitros principales y el alterno.
2. Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro, asimismo podrán acordar que sea un solo árbitro el que conozca de la controversia.
3. Si las partes no efectuaren la designación o no se pusieren de acuerdo, la designación se hará por sorteo (director del centro de arbitraje notificará a las partes y señalará fecha y hora para sorteo)
4. En casos de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal.
5. En caso que los árbitros independientes no acepten o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos”¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Ley de Arbitraje y Mediación, 2006

3.4.2. INHABILIDADES PARA SER ÁRBITRO

No podrán actuar como árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por sí mismas en juicio, siendo causas de excusa de estos, las previstas en el Código Adjetivo Civil para los jueces.

El árbitro que conociera que está incurso en inhabilidad para ejercer su cargo notificará inmediatamente al Director del Centro de Arbitraje o a las partes que lo designaron para que procedan a reemplazarlo.

Aunque la Ley de Arbitraje nada establece al respecto, según la opinión de Ernesto Salcedo, tampoco pueden ser árbitros, “...*los jueces ordinarios, los magistrados de la Corte, Fiscales, como tampoco quienes ejercen funciones públicas como los Notarios y Registradores de la Propiedad*”¹⁷⁰.

Prácticamente, la opinión de Salcedo parece tener cierta lógica, puesto que el Art. 174 de nuestra Constitución, prohíbe que los integrantes de la función judicial, puedan desempeñar otro empleo público o privado, dentro de su horario normal de trabajo o fuera de él, salvo el caso de la docencia universitaria.

Por su parte, Roque Caivano haciendo referencia al Código de Santa Fe y Córdoba de Argentina, menciona que estos códigos “...*disponen expresamente que es lícito dar a los jueces el carácter de árbitros*”¹⁷¹. Lo que instituye como compatible al arbitraje, con jueces y árbitros.

¹⁷⁰ SALCEDO Ernesto, “El Arbitraje: La Justicia Alternativa”, II Edición, Guayaquil, Ecuador, 2007. Pág. 171

¹⁷¹ CAIVANO J Roque, Arbitraje”. 2da Edición. AD-HOC. Villela Editor. Argentina. 2000. Pág. 197

3.5. ASPECTOS FORMALES SOBRE LA PETICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES A LOS ÁRBITROS.

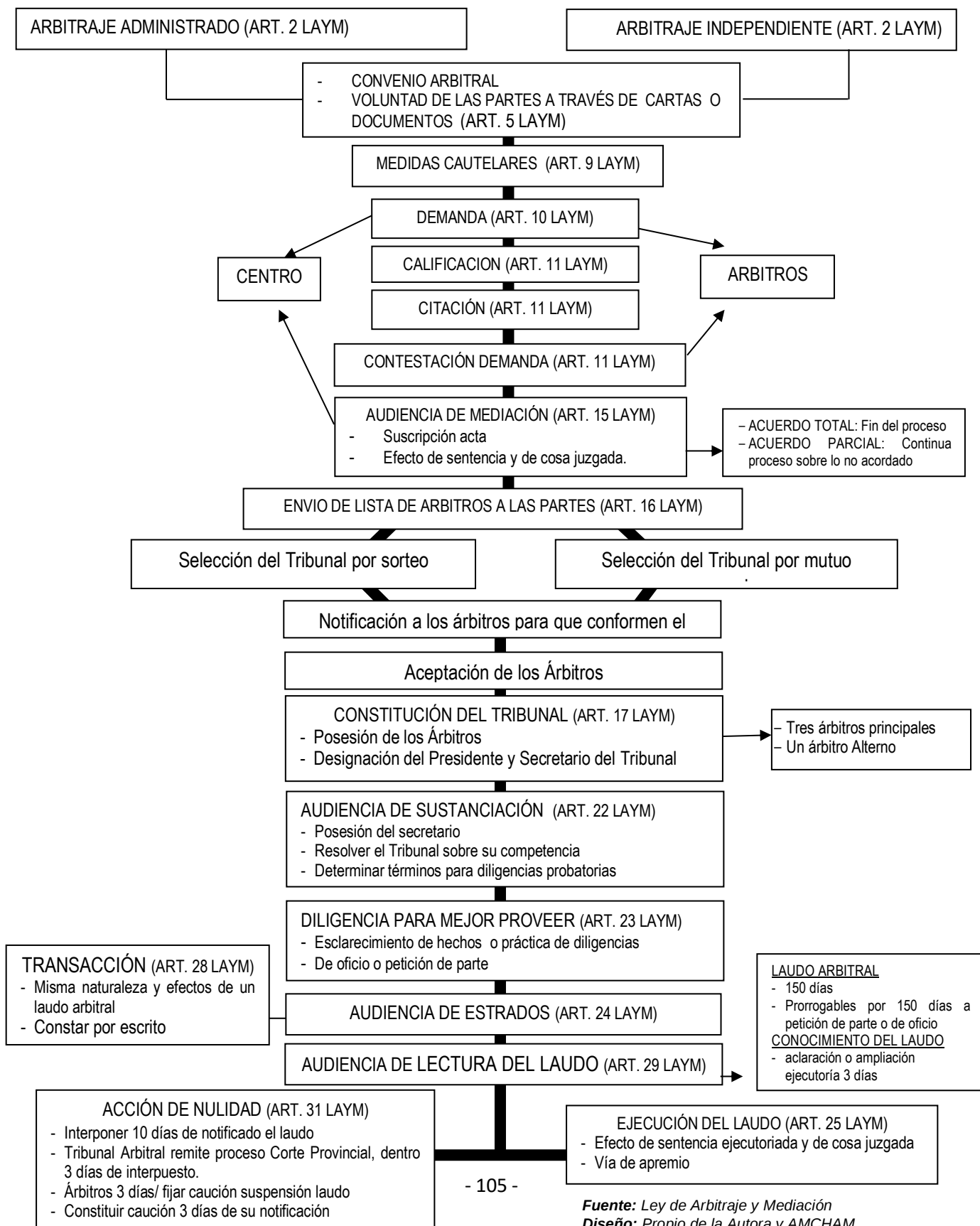
- a. Para que los árbitros puedan ordenar la medida cautelar es necesaria la petición expresa de parte interesada, los árbitros no deciden de oficio.
- b. Deberá formularse la solicitud con claridad y precisión, justificando la concurrencia de los presupuestos exigidos.
- c. El peticionario deberá acompañar a la solicitud los documentos probatorios
- d. Ofrecimiento de la garantía, dejando al criterio de los árbitros fijar el tipo de garantía y su monto.

En nuestra legislación, los árbitros no ejercen en toda su plenitud la facultad ejecutiva, puesto que al considerarse al arbitraje como una institución cuya naturaleza también encaja en la tesis contractual, y siendo una de las características del arbitraje la libertad que se le confiere a las partes para decidir en el acuerdo arbitral la forma de adopción y ejecución de la medidas cautelares, los árbitros pueden ejecutarlas siempre y cuando así se establezca en el convenio.

Sin embargo, si nada se dijere acerca de la ejecución de las medidas, esa competencia pasa a manos de los jueces ordinarios, entonces, queda claro la potestad ejecutiva que ejercen los árbitros en casos de medidas protectoras, no ocurriendo lo mismo en lo referente al laudo árbitros, toda vez que estos únicamente son ejecutados por los jueces comunes.

GRÁFICO 9

3.6. PROCEDIMIENTO ARBITRAL ECUATORIANO



3.6.1. EL PROCESO ARBITRAL

a. Presentación de la Demanda Arbitral (Art. 10 LAYM)

El Art. 10 de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, expresa que la demanda arbitral será presentada “...*ante el director del centro de arbitraje correspondiente o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio*”¹⁷². Dependiendo del tipo de arbitraje que se esté llevando a cabo, será la persona ante quien se presente la demanda, si se trata de un arbitraje administrado será ante el director del centro, y si se trata de un arbitraje independiente, se lo debe realizar ante los árbitros escogidos en el convenio arbitral para tal efecto.

“La demanda contendrá:

- 1. La designación del centro o del árbitro ante quien se la propone;*
- 2. La identificación del actor y la del demandado;*
- 3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión;*
- 4. La cosa, cantidad o hecho que se exige;*
- 5. La determinación de la cuantía;*
- 6. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor;*
- 7. Los demás requisitos que la Ley exija para cada caso”*¹⁷³.

¹⁷² Ley de Arbitraje y Mediación, 2006

¹⁷³ *Ibíd*em

Asimismo se deben acompañar obligatoriamente el instrumento en que conste el respectivo convenio arbitral o copia auténtica de éste. Así como las pruebas, y se solicitarán la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda.

b. Citación y Contestación de la Demanda Arbitral (Art. 11 LAYM)

La citación es uno de los actos procesales relevante dentro del ejercicio del derecho constitucional a la defensa, por medio del cual “*se hace saber al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos*”¹⁷⁴, Asimismo la citación constituye una de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios, cuya omisión acarrea la nulidad del laudo arbitral.

Una vez presentada la demanda, calificada y aceptada a trámite, se ordena citar a la parte demandada, “*debiendo practicarse la diligencia de citación dentro de los cinco días subsiguientes, concediéndole el término de diez días para que conteste con los mismos requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil para la contestación de la demanda*”. Asimismo se puede adjuntar las pruebas y solicitar la práctica de las diligencias probatorias, que demuestren lo mencionado en la contestación.

Si al actor le es imposible establecer el domicilio del demandado, “*...la citación se hará mediante dos publicaciones en un diario de amplia circulación en el lugar en donde se sigue el arbitraje y en el domicilio del demandado...*”¹⁷⁵. Y si este, no compareciere en el término de diez días después de la última publicación, este hecho al igual que el silencio, se considerará como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda.

¹⁷⁴ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO

¹⁷⁵ Ley de Arbitraje y Mediación, 2006

Por otro lado, en el caso de que el domicilio del demandado quede fuera del lugar de arbitraje, “...se le concederá un término extraordinario para que conteste la demanda, el que no podrá exceder del doble del ordinario”¹⁷⁶.

Luego de contestada la demanda se señalará día y hora para que se lleve a efecto la Audiencia de Mediación.

c. Audiencia de Mediación (Art. 15 LAYM)

“Una vez contestada o no la demanda o la reconvenición, el director del Centro de Arbitraje o el árbitro o árbitros independientes notificarán a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación a fin de procurar un avenimiento de las partes. En la audiencia podrán intervenir las partes, sus apoderados o representantes y podrán concurrir con sus abogados defensores.

Esta audiencia se efectuará con la intervención de un mediador designado por el director del centro de arbitraje o el tribunal independiente, quién escuchará las exposiciones de los interesados, conocerá los documentos que exhibieren y tratará que lleguen a un acuerdo que ponga término a la controversia, lo cual constará en un acta que contendrá exclusivamente lo convenido por las partes y no los incidentes, deliberaciones o propuestas realizadas en la audiencia. El acta en la que conste la mediación total o parcial de la controversia tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez ordinario acepte excepción alguna ni sea necesario iniciar un nuevo juicio.

¹⁷⁶ Ibídem

Si concurriere una sola de las partes será escuchada y se anotará la ausencia de la otra, a la que se declarará en rebeldía, lo que será tomado en cuenta para la condena en costas”¹⁷⁷.

d. Designación de Árbitros (Art. 16 LAYM)

“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 de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal.

Los acuerdos parciales a que arriben las partes en la audiencia de mediación serán aprobados conforme a lo previsto en el artículo anterior.

Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro.-

Las partes podrán acordar expresamente y por escrito que sea un solo árbitro el que conozca de la controversia. Este árbitro tendrá su alterno.

Si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pudieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el director del Centro de Arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva quedando en esta forma legalmente integrado el arbitraje.

En tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal.

¹⁷⁷ Ibidem

Si las partes no se pusieren de acuerdo para nombrar todos los árbitros, los designados, una vez posesionados, nombrarán a los que faltaren.

En el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor. Dicha designación se la hará conforme a lo establecido en el presente artículo”¹⁷⁸.

e. Constitución del Tribunal (ART. 17 LAYM)

“El Tribunal se constituirá con tres árbitros principales y un alterno, quien intervendrá inmediatamente en el proceso en caso de falta, ausencia o impedimento definitivo de un principal. Los árbitros designados, dentro de tres días de haber sido notificados, deberán aceptar o no el cargo. 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 y procederán a la designación del presidente y del secretario del Tribunal de lo cual se sentará la respectiva acta.

El presidente designado dirigirá la sustanciación del arbitraje y actuará como secretario del Tribunal la persona designada por el Tribunal de entre los constantes en la lista de secretarios del centro de arbitraje.

¹⁷⁸ Ibídem

Para el caso de árbitros independientes el tribunal se posesionará ante un notario y actuará como secretario la persona designada por los propios árbitros”¹⁷⁹.

f. Audiencia de Sustanciación (Art. 22 LAYM)

Luego que se constituya el Tribunal arbitral, se fija día y hora para que se lleve a efecto la audiencia de sustanciación, en la cual se posesiona el Secretario designado, se dará lectura al contenido del convenio arbitral y por último, el Tribunal debe resolver su propia competencia.

Si el Tribunal se declara competente para conocer el asunto de la controversia, enseguida ordenará que se practiquen las diligencias probatorias solicitadas ya sea en la demanda, contestación, reconvención, modificación y contestación a ésta, siempre y cuando fueren pertinentes, todas estas actuaciones deben cumplirse durante el término señalado por el Tribunal Arbitral.

Asimismo, “si las partes se encontraren presentes en la audiencia podrán precisar las pretensiones y los hechos en las que ésta se fundamenta”¹⁸⁰.

g. AUDIENCIA DE ESTRADOS

Una vez practicadas las diligencias probatorias a pedido de las partes, el tribunal debe señalar fecha, día y hora para que las partes presenten sus alegatos, esta diligencia se la realiza mediante una audiencia de estrados.

¹⁷⁹ Ibídem

¹⁸⁰ Ibídem

h. LAUDO Y EJECUCION

El laudo pone fin a la controversia y será conocido en audiencia, *“para el efecto el tribunal señalará día y hora en la cual se dará lectura del laudo y entregará copia a cada una de las partes”*¹⁸¹.

Una vez que se encuentre ejecutoriado el laudo, las partes tienen la obligación de cumplirlo en forma inmediata, si no fuere posible aquello, cualquiera de las partes tienen la facultad de solicitar a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, puesto que en lo referente a la ejecución de los laudos, los únicos competentes son los jueces ordinarios, para aquello debe presentar *“una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada”*¹⁸².

Como todo acto jurídico de carácter ordinario, *“los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutaran 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”*¹⁸³.

3.6.2. TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO ARBITRAL

3.6.2.1. Transacción

De acuerdo al artículo 28 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el arbitraje puede terminar por transacción, práctica que tendrá la misma naturaleza y efectos del laudo arbitral, en armonía con lo que establece el

¹⁸¹ Ibídem

¹⁸² Ibídem

¹⁸³ Ibídem

Art. 2362 del Código Civil, que expresa “*La transacción surte el efecto de la cosa juzgada en última instancia*”¹⁸⁴.

Una vez que las partes transan o negocian, desaparece la *res dubia*, este tipo de actos, debe constar por escrito, cuya resolución se expedirá por las mayoría de votos, siendo las partes las que deciden si desean que los árbitros concluyan dicho procedimiento arbitral sin necesidad de laudo, argumentando que por haber transado, ya no existe cuestión litigiosa; o a su vez, si desean obtener la eficacia del laudo acogiendo el acuerdo transaccional, para esto deberán solicitarlo por escrito.

3.6.2.2. Desistimiento

El desistimiento es considerado un acto procesal que el demandante decide, y consiste en la declaración expresa de voluntad de no continuar la instancia arbitral.

De acuerdo al Art. 374 del Código del Procedimiento Civil, el desistimiento puede ser unilateral o bilateral.

El desistimiento es unilateral cuando “*se produce por la sola voluntad del demandante y puede deducirse en cualquier estado del procedimiento después de presentada la demanda, o del recurso interpuesto contra una decisión arbitral, y puede ser aceptado por el Director del Centro de Arbitraje o por el tribunal arbitral, dependiendo del momento en que es planteado*”¹⁸⁵.

El desistimiento es bilateral o condicional cuando “*Permite que se oiga al demandado sobre el posible desistimiento de la demanda o del*

¹⁸⁴ CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO

¹⁸⁵ SALCEDO VERDUGA, Ernesto, *El Arbitraje la Justicia Alternativa*, II Edición, DISTRILIB, Guayaquil, 2007, Pág. 247

*recurso interpuesto por el demandante*¹⁸⁶, este tipo de desistimiento solo puede ser admitido únicamente si lo consiente la parte contraria.

3.6.2.3. Abandono

El abandono es la separación tácita de un recurso o instancia y se verifica por la falta de impulso procesal, (abandono de hecho), durante el tiempo señalado por la ley (18 meses), sin embargo, a diferencia de la justicia ordinaria, el proceso arbitral en la mayoría de las actuaciones, se rige a impulso de los árbitros y no de las partes, por lo que es bastante difícil y hasta concurriría negligencia por parte de los miembros del tribunal que existan casos de esta naturaleza, considerándose que la instancia arbitral tiene un periodo máximo de 150 días a partir de la Audiencia de Sustanciación para dictaminar el laudo.

3.6.2.4. Allanamiento

Allanamiento consiste en el *“acto procesal del demandado, por el que se manifiesta de manera expresa su voluntad de no oponerse a las pretensiones del actor, manifestando su conformidad con las mismas”*¹⁸⁷, Según el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, *“El demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, en cualquier estado del juicio, antes de sentencia”*¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Ibídem

¹⁸⁷ SALCEDO VERDUGA, Ernesto, *El Arbitraje la Justicia Alternativa*, II Edición, DISTRILIB, Guayaquil, 2007, Pág. 250

¹⁸⁸ Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano

CAPÍTULO IV

4. METODOLOGÍA

4.1. DETERMINACIÓN DE LOS MÉTODOS A UTILIZAR

En este proyecto se han utilizado los métodos generales entre estos: el inductivo - deductivo, los cuales se van ejecutando acorde a las etapas y las necesidades de la investigación, sin embargo se mencionan los más notables en el ámbito jurídico:

El método Jurídico-doctrinal.- Este método de investigación se aplicó en la recolección, análisis y proceso de la información doctrinal contenida en el proyecto.

El método Comparativo Jurídico.- Este método fue utilizado en la comparación de nuestra legislación con normativas legales de otras naciones, así como también en la comparación doctrinaria del material respecto al tema de indagación.

El método Jurídico-Experimental.- Fue utilizado para aplicar, analizar, tabular e interpretar los resultados obtenidos en la investigación de campo, así como de los instrumentos aplicados en la investigación.

El método Jurídico-Propositivo.- Se aplicó en el análisis de vacíos legales en la normativa arbitral y la elaboración de la propuesta de reforma legal que se plantea al Art. 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, referente a las medidas cautelares

4.2. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

En el presente trabajo se aplicó la investigación científica, aplicada, descriptiva, documental y de campo, no obstante se mencionarán los siguientes:

Investigación Documental: Este tipo de investigación se empleó mediante la recopilación de información de carácter documental, en libros, artículos, ensayos, revistas en el ámbito jurídico y doctrinario referente al arbitraje y las medidas cautelares.-

Investigación Descriptiva: Este tipo de investigación se la utilizó para analizar las características y generalidades del arbitraje y las medidas cautelares.

Investigación de Campo: Mediante este tipo de investigación se recopiló información que provinieron de las observaciones, entrevistas, cuestionario y encuestas realizadas a la población en general y a los profesionales de derecho, entre estas están:

- a. **Cuantitativa.-** Se consideraron los resultados numéricos y cifras obtenidas de la aplicación de los instrumentos de investigación, y que fueron de gran utilidad al momento de analizarlos para poder determinar el cumplimiento de los objetivos así como la verificación de la hipótesis planteada.
- b. **Cualitativa.-** Se realizó una descripción completa y detallada del tema de investigación, así como la obtención de datos e información valiosa acerca de los conocimientos de las personas a quienes se aplicaron los instrumentos de investigación, que luego fueron unificados, obteniendo indicadores precisos que

permitieron generalizar el contexto que aprecia la ciudadanía acerca del problema legal planteado en este trabajo investigativo.

- c. Explicativa.-** Permitió interpretar los resultados obtenidos y explicar cada una de las variables a efectos de determinar el cumplimiento de los objetivos planteados y la verificación de la hipótesis.

4.3. POBLACIÓN Y MUESTRA

A efectos de recolectar la información pertinente que me permitió desarrollar la investigación de campo se aplicó encuestas a la ciudadanía en general y a los abogados en libre ejercicio.

Para esta investigación, se aplicó el muestreo sistemático cuyo cálculo para definir el tamaño de la muestra se detalla a continuación:

1. N = Población
 n = Tamaño de la muestra
 E = Porcentaje de error al cuadrado
 (Formula): $n = \frac{N}{(E)^2 (N - 1) + 1}$

Donde: N = 173535 (Habitantes de Quevedo)
 E = 0,05

$$n = \frac{173535}{(0,05)^2 (173535-1)+1}$$

$$n = \frac{173535}{(0,0025) (173534)+1}$$

$$n = \frac{269}{433,83 + 1}$$

$$n = 400 \text{ habitantes}$$

Dando como resultado una muestra de 400 habitantes del cantón Quevedo a quienes se les aplicó los instrumentos de recolección de datos.

2. N = Población
 n = Tamaño de la muestra
 E = Porcentaje de error al cuadrado
 (Formula): $n = \frac{N}{(E)^2 (N - 1) + 1}$

Donde:

N = 269 Abogados (Colegio de Abogados de Quevedo)
 E = 0,05

$$n = \frac{269}{(0,05)^2 (269-1)+1}$$

$$n = \frac{269}{(0,0025) (268)+1}$$

$$n = \frac{269}{0,67+1}$$

$$n = 161 \text{ Abogados}$$

De la aplicación de la formula, da como resultado una muestra de 161 abogados en el libre ejercicio a quienes se les aplicó los instrumentos de recolección de datos de tal forma que la muestra total queda detallada en el siguiente cuadro:

GRÁFICO 10

MUESTRA	CANT.
HABITANTES DE QUEVEDO	400
ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO	161
TOTAL	561

Diseño: Propio de la Autora

4.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

Se aplicó en este trabajo investigativo las siguientes técnicas con sus respectivos instrumentos:

Encuestas.- Esta técnica se aplicó para recabar información de los grupos que influye u opera dentro de la cultura jurídico-legal, dentro del cantón Quevedo, el instrumento a utilizar fueron los respectivos cuestionarios de encuesta.

Entrevistas.- Esta técnica fue aplicada a expertos en el tema del Arbitraje, a funcionarios que laboran en oficinas jurídicas y centro de arbitraje en el Ecuador, especialmente en Quevedo, Guayaquil, el instrumento a utilizar fue el cuestionario de entrevista y la respectiva guía temática.

Revisión de documentos.- Estos fueron específicamente a los referentes al tema de investigación, tanto en el plano doctrinario como jurídico-legal en el cual los instrumentos consistieron en las guías temáticas de revisión y las respectivas fichas bibliográficas.

4.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DE LOS INSTRUMENTOS

Se garantiza la validez y confiabilidad de los instrumentos, puesto que por un lado las preguntas están elaboradas en un lenguaje sencillo, de fácil percepción, para cada uno de los grupos objetivos y son de tipo cerradas con opciones de respuesta que están vinculadas directamente con los objetivos de esta investigación, y por otro, el presente trabajo investigativo fue sometido a revisión del Director de Tesis, luego de eso, se aplicó una prueba piloto a cada uno de los sectores considerados en la investigación, comprobado su factibilidad, se procedió a su aplicación.

4.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Para el procesamiento de los resultados obtenidos se han empleado tablas y gráficos de MS Excel, en las cuales se muestran las tendencias e indicadores de respuesta, tanto por cantidades como datos porcentuales de los mismos, de igual forma, para el procedimiento y análisis de los datos, se emplearon cuadros en formato Word, lo que permitió hacer un análisis preciso con representación estadística, que facilitó la interpretación de cada tendencias.

CAPÍTULO V

5. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS EN RELACIÓN CON LA HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN.

5.1. Análisis e interpretación de Gráficos y resultados

El objetivo de éste capítulo es analizar e interpretar la información recogida de la aplicación de las encuestas, y en base a estos resultados se hace una representación gráfica de los datos que permite presentar mejor y con más eficacia los resultados.

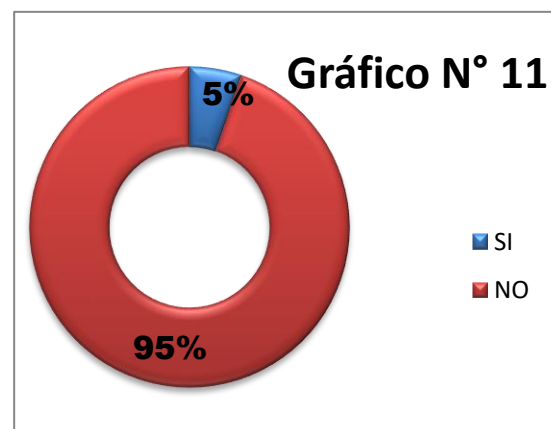
5.1.1. Interpretación del cuestionario dirigido y aplicado a la población general

Se solicitó la colaboración de 400 personas para que respondan con toda sinceridad 5 preguntas, las cuales forman parte de una investigación que se realizó con la finalidad de plantear propuestas de solución en el ámbito jurídico-legal de la Materia de Arbitraje.

PREGUNTA 1: ¿Tiene usted conocimiento acerca del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos?

Tabla 1

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	23	5%
No	377	95%



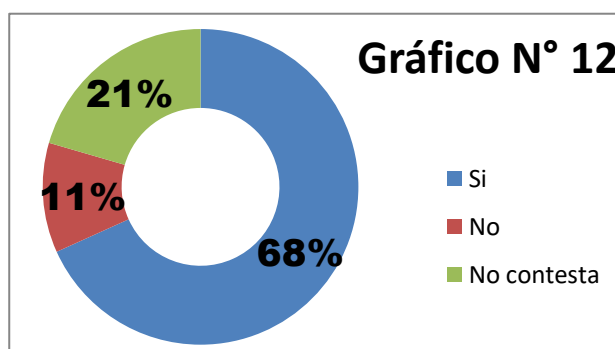
Análisis.- Del total de la muestra, 23 personas, que representan el 5% afirman que si tienen conocimiento acerca del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos; 377 encuestados que representan el 95% indican que no poseen conocimiento referente a este mecanismo.

Interpretación.- Se evidencia que en la población existe un gran desconocimiento acerca del arbitraje, las materias en las que versa, ventajas, etc., lo que justifica que aún no se le dé a esta institución el sitio que merece en nuestro ámbito.-

PREGUNTA 2: ¿Estaría usted dispuesto en someter sus conflictos ante un árbitro y/o mediador a fin de obtener una solución ágil?

Tabla 2

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	273	68%
No	45	11%
No sabe No contesta	82	21%



Análisis.- Del total de la muestra 273 personas, que representan el 68% afirman que si estarían dispuesto en someter sus conflictos ante un árbitro y/o mediador a fin de obtener una solución ágil; 45 de los

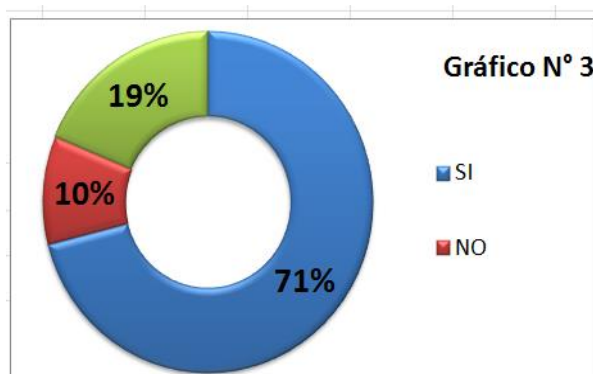
encuestados que representan el 11% indican que no someterían sus conflictos al arbitraje, y el 82 de encuestados que representan el 21% no supo o no respondió esta pregunta.

Interpretación.- Pese a que existe desconocimiento por la mayoría de los encuestados acerca del arbitraje como medio idóneo para resolver disputas, una cantidad considerable de personas encuestadas afirman que sí están dispuestas a someter sus controversias al arbitraje, aquí se evidencia la voluntad de estos, de remitir su confianza y credibilidad en otras alternativas que resuelvan sus problemas, lo que al parecer les llama la atención es la agilidad que sería factible en resolver sus problemas.

PREGUNTA 3: ¿Piensa usted que las resoluciones de los árbitros y mediadores deben ser acatadas al igual que las emitidas por la justicia ordinaria?

Tabla 3

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	284	71%
No	41	10%
No sabe No contesta	75	19%



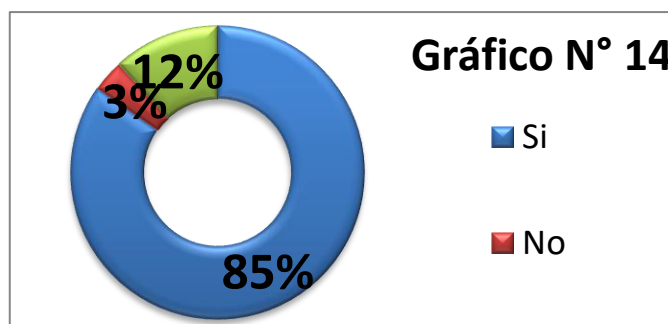
Análisis.- Del total de la muestra 284 personas, que representan el 71% afirman que si creen que las resoluciones de los árbitros y mediadores deben ser acatadas al igual que las emitidas por la justicia ordinaria; 41 de los encuestados que representan el 11% indican que las resoluciones de los árbitros y mediadores no deberían ser acatadas al igual que las emitidas por la justicia ordinaria, y 75 de encuestados que representan el 19% no supo o no respondió esta pregunta.

Interpretación.- Aunque una de las principales causas que imposibilita el desarrollo del arbitraje es debido al desconocimiento y la falta de cultura, una gran cantidad de personas consideran que las resoluciones de los árbitros y mediadores deben ser acatadas al igual que las emitidas por la justicia ordinaria, teniendo en cuenta que sobre todo, se debe respetar la decisión de los particulares que acuerdan someterse a un tribunal de arbitraje, y lo que estos resuelvan constituye cosa juzgada, asimismo los árbitros tienen la facultad de resolver como una autoridad más, lo que la ley y las partes le deleguen en el convenio arbitral.

PREGUNTA 4: ¿Considera usted que es importante se apliquen medidas cautelares que garanticen el derecho al acreedor y se aseguren los bienes materia del proceso arbitral?

Tabla 4

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	339	85%
No	14	3%
No sabe / no contesta	47	12%



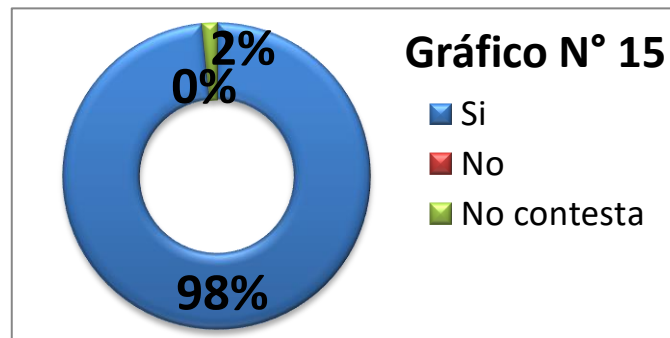
Análisis.- Del total de la muestra 339 personas, que representan el 85% afirman que si consideran importante se apliquen medidas cautelares que garanticen el derecho al acreedor y se aseguren los bienes materia del proceso arbitral; 14 de los encuestados que representan el 3% indican que no están de acuerdo ni consideran importante se apliquen medidas cautelares que garanticen el derecho al acreedor y se aseguren los bienes materia del proceso arbitral; y 47 de encuestados que representan el 12% no supo o no respondió esta pregunta.

Interpretación.- Se evidencia la existencia de un consenso sobre la importancia de las medidas cautelares y es racional, puesto que la justicia cautelar desempeña un papel relevante en cualquier procedimiento, cuyo objeto se basa primeramente en la protección de los bienes que garantizan un buen juicio, y en asegurar de este modo la ejecución del laudo, no obstante, hay que tener presente que toda solicitud de medida cautelar debe ser previamente justificada por la parte que se crea con derechos.

PREGUNTA 5: ¿Cree usted que hace falta en nuestro país promover la utilización de medios alternativos para la solución de conflictos?

Tabla 5

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	393	98%
No	0	0%
No sabe No contesta	7	2%



Análisis.- Del total de la muestra 393 personas, que representan el 98% afirman que si creen que hace falta en nuestro país promover la utilización de medios alternativos para la solución de conflictos; 7 de los encuestados que representan el 2% indican que no hace falta en el Ecuador, la promoción de utilización de medios alternativos.-

Interpretación.- De los resultados obtenidos, podemos apreciar que una gran mayoría de los ciudadanos están de acuerdo con la promoción y difusión de la institución arbitral, puesto que es indispensable que se extienda la utilización de este mecanismo a todos los sectores de la sociedad.

5.1.2. Interpretación del cuestionario dirigido y aplicado a profesionales del derecho en libre ejercicio

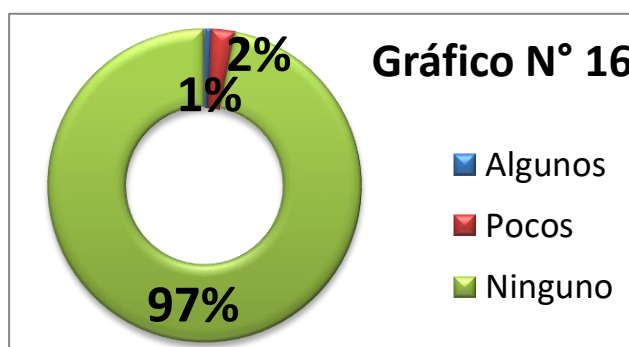
Se solicitó la colaboración de 161 cuestionarios de encuestas a los profesionales del Derecho en libre ejercicio como resultado de la fórmula aplicada para la determinación de la muestra.

Cada cuestionario consta de 7 preguntas respectivamente, las cuales son analizadas e interpretadas en función de los resultados obtenidos tanto en cifras como en porcentajes.

PREGUNTA 1: ¿En el libre ejercicio, ha tenido conocimiento o participado en algún proceso solucionado mediante la aplicación del sistema arbitral de justicia?

Tabla 6

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Algunos	1	1%
pocos	4	2%
Ninguno	156	97%



Análisis.- Del total de la muestra, 1 persona, que representan el 1% afirma que en el libre ejercicio, ha conocido o participado en algunos procesos solucionado mediante la aplicación del sistema arbitral de justicia; 4 encuestados que representan el 2% indican que en el libre ejercicio, han conocido o participado en pocos procesos solucionado mediante la aplicación del sistema arbitral, y 156 encuestados que representan el 97% manifiestan que en el libre ejercicio de su profesión no han conocido ni participado en ningún proceso que se haya solucionado mediante la aplicación del sistema arbitral.

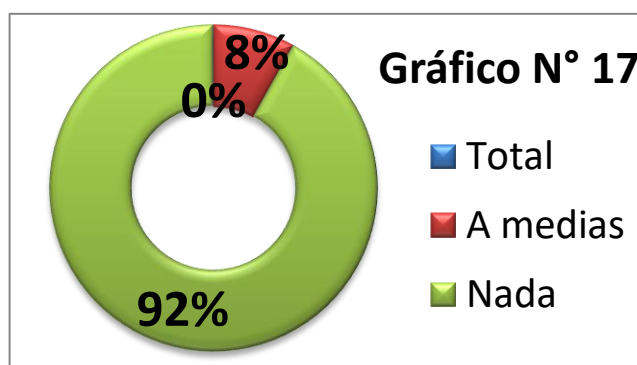
Interpretación.- En la actualidad la mayoría de abogados que están en la actividad del ejercicio profesional, han sido formados bajo la

concepción pretérita, tanto así que se tiene la idea que el mejor abogado es aquel que maneja considerablemente el sistema ordinario, el que mejor conoce el derecho positivo de fondo, y la forma de lograr su aplicación en el procedimiento judicial. Esto trae como efecto que la mayoría de abogados ignoren al arbitraje y se muestren poco interés hacia su utilización, y hasta cierto punto resulta lógico y comprensible esta posición, puesto que quienes no conocen las ventajas del arbitraje ni lo han experimentado no pueden sentirse seguros conducir a su cliente a un sistema diferente al tradicional, aparte de la inseguridad también le acompaña el temor de aplicar lo desconocido.-

PREGUNTA 2: ¿Cómo definiría usted su conocimiento con respecto al sistema arbitral, como mecanismo de solución de controversias?

Tabla 7

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Total	0	0%
A medias	13	8%
Nada	148	92%



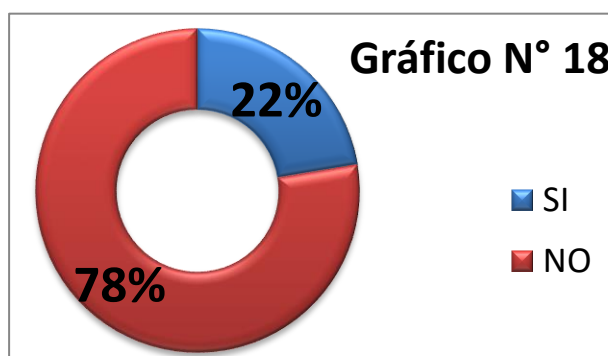
Análisis.- Del total de la muestra, ninguno de los encuestados, que representan el 0% afirmó tener conocimiento total con respecto al sistema arbitral, como mecanismo de solución de controversias; 13 encuestados que representan el 8% indican que poseen conocimiento a medias sobre el arbitraje, y 148 encuestados que representan el 92% manifiestan que no conocen nada sobre el sistema arbitral.-

Interpretación.- Si bien es cierto queda evidente que existe un alto índice de desconocimiento por parte de los abogados referente al arbitraje, mismo que en la actualidad constituye un hecho cultural, toda vez que el abogado tradicional es aquel que ha recibido una formación universitaria enciclopedista y pleitista, por lo que debió invertir tiempo y esfuerzo en la práctica diaria y en aprender las reglas propias del arte de litigar situación que ha sido difícil, engorrosa y complicada. El abogado ha tenido que recorrer juzgados, enfrentar rutinas y rigorismos cambiantes en cada judicatura, y así con empeño aprender a conocer las modalidades y formula para lograr el éxito en el trayecto de sus expedientes, pero no ha dado apertura a conocer otros mecanismos de solución de controversias, no ha indagado otras vías alternativas que puede utilizar e influenciar a sus clientes.

PREGUNTA 3: ¿Considera usted que hay conflicto en lo referente a las medidas cautelares aplicadas en los procesos arbitrales con respecto de la justicia ordinaria?

Tabla 8

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	36	22%
No	125	78%



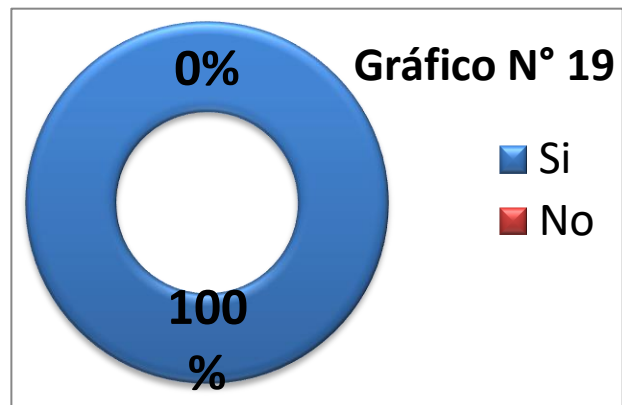
Análisis.- 36 de los encuestados, que representan el 22% afirman que si hay conflicto en lo referente a las medidas cautelares aplicadas en los procesos arbitrales con respecto de la justicia ordinaria; 125 encuestados, que representa el 78%, consideran que no hay conflictos en que cualquiera de las dos autoridades apliquen las medidas cautelares.

Interpretación.- La mayoría de los abogados consideran o no visualizan ningún tipo de conflicto existente en la aplicación de las medidas cautelares por parte del juez o árbitro, puesto que ambos son autorizados para administrar justicia, el juez por el Estado y los árbitros por las partes, además en nuestro país se aplica la competencia concurrente, donde jueces y árbitros tienen facultad para dictar y ejecutar medidas de protección que garantizan el resultado del arbitraje, cuya única finalidad es solucionar controversias, y mejorar el acceso a la justicia.

PREGUNTA 4: ¿Considera usted que es importante se apliquen medidas cautelares que proteja al acreedor que fundadamente que su crédito se encuentra en riesgo y se aseguren los bienes materia del proceso arbitral?

Tabla 9

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	161	100%
No	0	0%



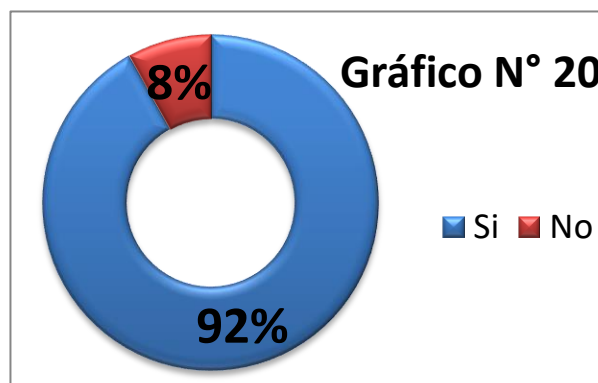
Análisis.- 161 encuestados, que representan la totalidad de la muestra afirman que, si es importante se apliquen medidas cautelares que garanticen el derecho al acreedor y se aseguren los bienes materia del proceso arbitral.

Interpretación.- La totalidad de los profesionales del derecho encuestados en base a sus conocimientos, están convencidos de la importancia de la aplicación de las medidas cautelares que tenga por finalidad proteger al acreedor que fundadamente que su crédito se encuentra en riesgo y de esta forma se aseguren los bienes que constituyen materia del proceso arbitral.

PREGUNTA 5: ¿Piensa usted que las decisiones de los árbitros y mediadores deben ser acatadas al igual que las emitidas por la justicia ordinaria?

Tabla 10

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	148	92%
No	13	8%



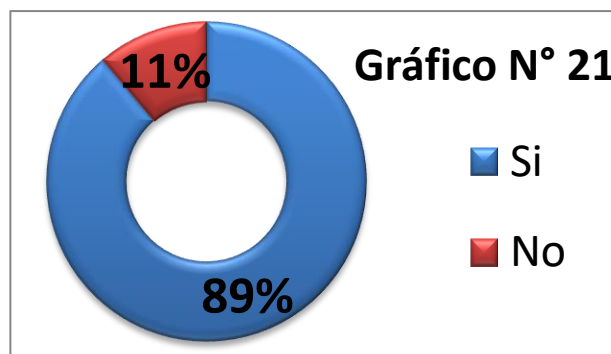
Análisis.- 148 encuestados, que representan el 92% de la muestra afirman que sí están de acuerdo que las decisiones de los árbitros y mediadores deban ser acatadas al igual que las emitidas por la justicia ordinaria, mientras que 13 personas que representan el 8% piensan que no están de acuerdo que las resoluciones de mediadores o árbitros sean acatadas.

Interpretación.- Es lógico que los profesionales del derecho sepan el gran alcance que posee la decisión de la autoridad o una sentencia firme, misma que tiene efectos sólidos y confiables, ya que constituye un título que goza de reconocimiento entre los abogados, jueces, funcionarios y ciudadanía, siendo ejecutada con el objeto de lograr la satisfacción de un derecho, por lo tanto es procedente considerar que al tratarse de justicia, así sea alternativa, las decisiones de los árbitros y mediadores deben ser observadas y acatadas al igual que las emitidas por la justicia ordinaria, lo que me parece justo y acertado ese pensamiento, puesto que, hay que tener en cuenta y muy claro que los laudos arbitrales dictados por el Tribunal Arbitral poseen el mismo valor y efecto que las sentencias declarativas de los tribunales nacionales, y se ejecutaran del mismo modo que las sentencias de última instancia.

PREGUNTA 6: ¿Cree usted que es conveniente solicitar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral y que la Ley de Arbitraje y Mediación debe determinar expresamente la competencia?

Tabla 11

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	143	89%
No	18	11%



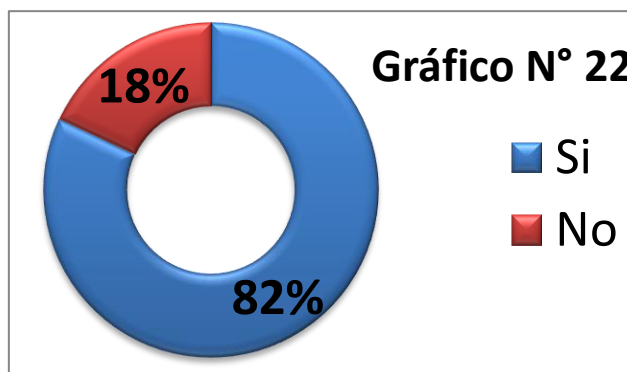
Análisis.- 143 de los encuestados, que representan el 89% afirman que si es conveniente solicitar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral y que la Ley de Arbitraje y Mediación debe determinar expresamente la competencia; 18 encuestados, que representa el 11%, consideran no es conveniente solicitar las medidas antes de que el tribunal se constituya.

Interpretación.- La mayoría de los abogados consideran que sí es necesario que se soliciten medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral, estimando que la urgencia es una de las características fundamentales de las medidas protectoras, por lo tanto, la Ley de Arbitraje y Mediación debe determinar expresamente la competencia del órgano que va a dictar o ejecutar las medidas antes o después de la constitución del tribunal arbitral.

PREGUNTA 7: ¿Cree usted que se debería reformar la Ley de Arbitraje y Mediación en lo referente a la determinación exacta del órgano competente en las medidas cautelares, ya que nada dice esta ley sobre el asunto en cuestión?

Tabla 14

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	132	82%
No	29	18%



Análisis.- 132 de los encuestados, que representan el 82% afirman que sí debería reformarse la Ley de Arbitraje y Mediación vigente, en lo referente a la determinación del órgano competente en las medidas cautelares; 29 encuestados, que representan el 18%, consideran que no es importante reformar ni actualizar la Ley de Arbitraje y Mediación.-

Interpretación.- Una gran cantidad de abogados, aunque no tengan conocimiento pleno acerca del arbitraje, están de acuerdo que se reforme la Ley de Arbitraje y Mediación en lo referente a la determinación del órgano competente en las medidas cautelares, puesto que el arbitraje puede ser una institución desconocida, pero en lo concerniente a las medidas cautelares, casi todos los abogados conocen de la representación garantista de estas medidas, son consiente del carácter urgente y de la finalidad objetiva de su aplicación, y si la Ley de Arbitraje y Mediación, no dice nada sobre ese asunto, debe ser considerada en forma expresa la regulación de esa garantía, conforme otras legislaciones modernas que acertadamente proceden con paso firme frente al arbitraje.-

CAPÍTULO VI

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES

En la presente investigación se evidenció un alto nivel de desconocimiento y falta de cultura por parte de la ciudadanía y profesionales del Derecho, referente al arbitraje lo que se convierte en uno de los principales impedimentos para el crecimiento del arbitraje.

La formación universitaria muy poco se orienta hacia la enseñanza de los medios alternativos de solución de conflictos entre ellos, el arbitraje, imposibilitando en cierto modo, que los estudiantes profundicen nuevas vías para resolver desavenencias.

Existe un vacío en la Ley de Arbitraje y Mediación referente a la determinación del órgano competente para adoptar y ejecutar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral.

El aparato judicial aún está saturado de procesos, por la demanda de numerosos juicios que versan sobre asuntos susceptibles de transacción y que bien podrían ser resueltos por la vía arbitral.

6.2. RECOMENDACIONES

Que las principales instituciones que forman parte de la Función Judicial, ejecuten políticas encaminadas a promocionar y difundir el arbitraje a profesionales, estudiantes de derecho y a la ciudadanía, a través de charlas, talleres, mesas redondas y capacitaciones, con el objeto de brindarle al sistema arbitral el sitio que merece y trabajar mancomunadamente para el mejoramiento del sistema de justicia.

Que se refuercen las mallas curriculares en las facultades de Derecho de las Universidades del país, en materia de arbitraje, y que éstas, programe y promocióne con frecuencia cursos, talleres y seminarios referentes a este tema, dirigido a profesionales, estudiantes y ciudadanía.

Que se reforme el Art. 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, de manera que se establezca el órgano competente que dicte y ejecute medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral y se perfeccione expresa y correctamente la competencia entre los jueces y árbitros al momento de dictar las medidas cautelares.

Que el Consejo de la Judicatura como órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial, instituya en nuestro país, un programa de arbitraje popular de carácter público, que ofrezca a la sociedad solución de controversias en asuntos susceptibles de transacción de mayor demanda, con la finalidad de mejorar el acceso a la justicia y descargar el sistema judicial determinadas materias.

CAPÍTULO VII

7. LA PROPUESTA

7.1. Título

“Argumentación jurídica de las medidas cautelares en el arbitraje ecuatoriano y la competencia de jueces y árbitros para dictarlas y ejecutarlas”.

7.2. Antecedentes

Considerando que la Constitución del Ecuador, establece que para la realización de la justicia, se consagrarán los principios de celeridad y economía procesal, lo que determina, que el factor tiempo, constituye un aspecto importante dentro del desarrollo de cualquier proceso. Sin embargo, la actual Ley de Arbitraje y Mediación no prevé ni determina en forma exacta y expresa, la autoridad competente que adopte y ejecute medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral, lo que lesiona los derechos del acreedor, debido a la espera que debe tolerar hasta que el tribunal declare su competencia, que van entre tres o cuatro meses, lo que supone un grave riesgo en la aplicación de las medidas protectoras.

Asimismo, creemos que otro aspecto que ofusca al arbitraje, como mecanismo idóneo para la solución de conflictos, es el desconocimiento por parte de la población en general y profesionales de derecho, conforme lo revelan las encuestas realizadas a la ciudadanía en general.

En la misma línea rectora, de acuerdo a las entrevistas realizada a dos especialistas en materia arbitral, se determina que existe falta de ley

expresa en lo concerniente a la autoridad competente que dicte y ejecute las medidas cautelares antes de que el tribunal resuelva sobre su competencia, lo cual debe corregirse para evitar que afecten la práctica del sistema arbitral, puesto que la actual ley, omite expresar la figura para el caso de que tales medidas quieran solicitarse por las partes, antes del inicio de las actuaciones arbitrales, el silencio sobre este asunto coarta la posibilidad de acudir a los jueces ordinarios para solicitarlas y asegurar el resultado del juicio arbitral.

Por otro lado, la experiencia de legislaciones foráneas demuestra que la adopción de medidas preventivas antes de la constitución del tribunal arbitral, es una de las razones valedera para que las partes acuerden una negociación transaccional y evite el pronunciamiento de los árbitros.

Esto permite la conjetura para que los centros de arbitrajes simplemente interpreten lo que la doctrina profiere, por lo que se hace emergente que la ley reconozca expresamente esta figura jurídica en el arbitraje.

7.3. Justificación

Si bien es cierto, los árbitros son competentes para dictar las medidas cautelares, e incluso poseen facultad para ejecutarlas, siempre y cuando las partes lo hayan acordado en el convenio arbitral, sin embargo para poder ejercer el poder declarativo primeramente deben resolver su competencia, hasta que esto ocurra, transcurren dos o tres meses aproximadamente, y en este lapso de tiempo, no hay nadie en esta institución que tenga la facultad para dictarlas, ya que la Ley nada dice al respecto, y simplemente se interpreta las normas del Código Procesal Civil, en lo concerniente a las medidas preventivas.

En consecuencia, es necesario e importante realizar una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, toda vez que no se puede seguir actuando de acuerdo a interpretaciones o aplicación de la doctrina, puesto que esto, no puede suplantar a la ley, ni mucho menos las autoridades no pueden cumplir una función secundaria, llenando vacíos.

Por lo consiguiente, la presente investigación, pretende corregir omisiones o vacíos en la Ley de Arbitraje y Mediación, con lo que se aspira que se garantice la rápida aplicación de las medidas cautelares al acreedor que fundamente que existe un crédito y este, se haya en riesgo; previniendo un daño y de esta forma preservar el cumplimiento de la sentencia.

7.4. Síntesis de diagnóstico

Cuando se decide someter al arbitraje aquellos asuntos susceptibles de transacción y renunciamos a la justicia ordinaria para el conocimiento de ciertas cuestiones, que pueden ser comerciales, financieras, bancarias, etc. (asuntos contractuales), con el único propósito de poner fin a la controversia en el menor tiempo posible, se pone en manifiesto la necesidad imperiosa de solucionar el litigio a la brevedad posible, puesto que, lo que se busca es agilidad en la justicia.

Sin embargo, existen ciertas situaciones que el factor tiempo parece no considerarse, lo que puede llegar a representar riesgos en el arbitraje, por lo que en este sentido, estar a la expectativa y esperar hasta que se constituya el tribunal arbitral para que dicte o ejecute medidas de protección, da lugar a que la parte que no obtiene garantías cautelares quede hasta cierto punto desprotegido, debido a que si empezamos a considerar desde el momento en que se presenta la demanda hasta que se

constituya el tribunal arbitral transcurren un lapso de tiempo de 3 a 4 meses, y soportar ese tiempo, representa riesgos, toda vez que esto influye negativamente en el arbitraje como mecanismo eficaz y rápido, puesto que el peligro en la demora constituye un temor para el acreedor, por la falta de garantía inmediata.

Con la reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, en cuanto a la determinación del órgano competente de las medidas cautelares, antes de presentar la demanda o en la fase administrativa, los acreedores que justifiquen su crédito, y fundamente que este se haya en riesgo, podrán conocer cuál es la autoridad idónea en cada etapa del proceso, solicitar las medidas en cualquier tiempo que considere pertinente, lo que le proporcionará respaldo inmediato, evitando ocultamiento o disipación de patrimonio, demostrándose así la eficacia del arbitraje.

7.5. Objetivos

7.5.1. General

Generar una propuesta de reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, referente a las medidas cautelares, mediante la exposición de argumentaciones motivadas que la justifiquen para dar solución legal a las interpretaciones y llenar el vacío de nuestra legislación arbitral.

7.5.2. Específicos

1. Realizar una exposición de argumentaciones motivadas que justifiquen la reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación.
2. Determinar en los considerandos la fundamentación jurídica de la reforma, en lo referente a las medidas cautelares.

7.6. Descripción de la propuesta

7.6.1. Desarrollo

La administración de justicia ya sea ordinaria o extraprocesal, debe observar cada una de las garantías y principios constitucionales. Dicho de otro modo, todo mecanismo o sistema de justicia alternativa, reconocido en nuestro país y que tenga por objeto la administración de justicia, debe tener presente que si las partes optan por solucionar sus controversias por la vía extrajudicial es justamente debido al factor tiempo, ya que esta es una de las características preponderante en el arbitraje, ser rápido y seguro, por lo tanto en cualquier ordenamiento que los regule, no se debe omitir ni dejar de lado la sujeción del principio de celeridad.

Si bien es cierto, las medidas cautelares tienen básicamente como finalidad asegurar la efectividad de la sentencia o laudo arbitral, efectividad que en muchas ocasiones se encuentra en riesgo por el simple hecho de demorarse el trámite de adopción y ejecución, y es justamente el peligro en la demora lo que legitima al justiciable a intentar recurrir a la vía judicial para solicitar una medida cautelar, y que de acuerdo a la naturaleza del arbitraje, bien podría, puesto que la decisión de las partes constituye ley.

Sin embargo, el problema consiste en que la Ley de Arbitraje y Mediación no regula la competencia de los jueces que lógicamente serían idóneos para ordenar medidas de cautela antes de que el tribunal ejerza su competencia en el proceso arbitral.

Debido a esto, se hace evidente, la reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación en ese sentido, para que se determine en la misma ley que los jueces pueden aplicar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal de arbitraje.

7.6.2. Beneficiarios

Con la presente investigación se pretende que nuestra legislación arbitral este acorde a las normativas de arbitraje modernas que han alcanzado un gran avance en los últimos tiempos, generando repotenciar este sistema.

Asimismo, se pretende por un lado distinguir esta institución como mecanismo idóneo de solución de conflictos, exteriorizar los beneficios y demás generalidades, sobre todo procura regular la ley arbitral para que los acreedores que justifiquen su crédito se beneficien al obtener medidas protectoras antes de la constitución del tribunal arbitral y evitar riesgos y prórrogas.

7.6.3. Impacto social

La determinación expresa de la autoridad competente para dictar y ejecutar las medidas cautelares antes del proceso arbitral, estaría dando un gran paso a la innovación de esta institución, permitiendo que las partes tengan pleno conocimiento sobre la forma correcta de solicitar dichas medidas cautelares.

De modo que, al repotenciar el arbitraje como mecanismo idóneo de solución de controversias, se estaría contribuyendo positivamente en la transformación de esta alternativa en nuestro país, aplicando un nuevo modelo de administración de justicia y modernización, lo que ha futuro permitiría ganar espacio y mayor credibilidad, por ende, esto traería consigo el interés de la ciudadanía involucrada en cuestiones contractuales, a someterse a este mecanismo, lo que influiría en la disminución de procesos en el aparato judicial.

Por otra parte, es obligación del Estado, establecer políticas públicas, planes y programas para el mejoramiento de la administración de justicia que constituye un servicio público, básico y fundamental del Estado y el arbitraje integra una forma de este servicio público.

7.7. PROPUESTA DE REFORMA



ASAMBLEA NACIONAL COMISION LEGISLATIVA Y FISCALIZACION

EL PLENO DE LA COMISION LEGISLATIVA Y FISCALIZACION

CONSIDERANDO:

Que, el Congreso Nacional aprobó la Ley de Arbitraje y Mediación, que se encuentra promulgada en el Registro Oficial N° 145 de 4 de septiembre de 1997; cuya reforma data en el Registro Oficial No. 532 de 25 de Febrero del 2005.

Que, el Art. 190 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, establece que “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”.

Que, el Código Orgánico de la Función Judicial como Principios de Legalidad, Jurisdicción y Competencia determina que “Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley”.

Que, de conformidad al Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, la administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes, y que el arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público.

Que, es necesario fortalecer la eficacia jurídica del arbitraje como mecanismo idóneo de solución de divergencias; y,

Que, asimismo, es necesario introducir reformas de trascendencia que posibiliten al sistema arbitral ofrecer una justicia pronta, ágil y oportuna para la solución de los conflictos.

En uso de sus atribuciones constitucionales,

Resuelve:

ARTÍCULO ÚNICO.- Reformar el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, efectuándose las siguientes modificaciones:

Agréguese al inicio del artículo 9 el siguiente texto:

“Una vez constituido, el tribunal arbitral, y al asumir su propia competencia”.

A continuación, agréguese, como inciso segundo, el siguiente texto:

“Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutoriada la medida dictada por los jueces ordinarios, la parte beneficiada deberá proponer la demanda en lo principal dentro de los 15 días posteriores a dicho acto, si no lo hace dentro de este término, se entenderá que caducarán las medidas cautelares, igualmente, si la expresada demanda dejare de continuarse durante 30 días”.

Sustitúyase, el inciso cuarto, por el siguiente:

“En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o 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, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna, sujetándose a lo establecido en el párrafo tres (3) y cuatro (4) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral”.

Incorpórese, un inciso final que diga lo siguiente:

“El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes”.

La presente Ley entrará en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los veintinueve días del mes de octubre de dos mil catorce.

f.) Gabriela Rivadeneira Burbano, Presidenta.

f.) Dr. Andrés Segovia S., Secretario General.

7.7.1. TEXTO ACTUAL

Art. 9.- “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”¹⁸⁹.

7.7.2. REDACCION DEL TEXTO PROPUESTO

Art. 9.- Una vez constituido, el tribunal arbitral, y al asumir su propia competencia, 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.

Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutoriada la medida dictada por los jueces ordinarios, la parte beneficiada deberá proponer la demanda en lo principal dentro de los 15 días posteriores a dicho acto, si no lo hace dentro de este término, se entenderá que caducarán las medidas cautelares, igualmente, si la expresada demanda dejare de continuarse durante 30 días.

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

¹⁸⁹ Ley de Arbitraje y Mediación, 2006

necesarios sin tener que recurrir a Juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o 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, ***quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna***, sujetándose a lo establecido en el ***párrafo tres (3) y cuatro (4)*** de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.

El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes.

BIBLIOGRAFIA

ALSINA Hugo, "Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Ediar. Buenos Aires, 1957

ALSINA, Hugo. "Derecho Procesal Civil - Parte Procedimental", Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001

AYLWIN AZOCAR, Patricio. "El juicio arbitral" colección de Estudios Jurídicos y Sociales, N° 34, Editorial Jurídica de Chile, II Edición, Santiago de Chile, 1958

BENETTI SALGAR, Julio, "El arbitraje en el Derecho Colombiano", II Edición, Temis, Bogotá, 2001

BULLA, Jairo Enrique, "Justicia Alternativa", Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2010

BUSTAMANTE FUENTES, Colón. "Nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia", Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, Quito, 2012

CABRERA, BENIGNO, "Teoría General del Proceso y la Prueba", Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Cía. Ltda., Bogotá, 1996

CAIVANO Roque J. "Arbitraje", Segunda Edición, Editorial AD-HOC S.R.L, Argentina, 2000

CAIVANO Roque J. "La Cláusula Arbitral: Evolución Histórica y Comparada", Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2011

CALVO CARAVACA, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, "El Arbitraje Comercial internacional". Madrid. 1989

CARNELUTTI, Francisco, "Derecho Procesal Civil y Penal", Edit. EJE, Buenos Aires, 1971

CARNELUTTI, Francisco, "Sistema de Derecho Procesal Civil", Tomo I, Editorial Cárdenas Velasco Editores, Argentina, 1951

CHIOVENDA J. "Principios de Derecho Procesal Civil". Madrid. 1922

COELLO GARCIA, Enrique. "Practica Civil - I parte", II Edición, UTPL, Loja Ecuador, 2009

COUTURE, Eduardo J., "Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil", en Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina, Buenos Aires, Ediar, 1946

CRUZ BAHAMONDE, Armando, "La Acción Cautelar en la doctrina y en el Derecho Positivo Ecuatoriano", Edino, Guayaquil, 1992.

DI IORO ALFREDO J., "Teoría General de las Medidas Cautelares", artículo publicado en el Libro: Temas de Derecho Procesal, Desalma, Buenos Aires, 1985.

DURAN DIAZ, Edmundo. COELLO, Enrique. JIMÉNEZ, Ramón. FALCONI Juan. ORTIZ, Pablo. TRUJILLO Julio Cesar, VELASCO Jaime. WRAY, Alberto. ZAMBRANO, Gonzalo. CORRAL, Fabián. ESPINOZA, Jaime. "Medios Alternativos en la Solución de Conflictos Legales", Serie Estudios Jurídicos, Vol. 9, Corporación Editora Nacional, Quito, 1994

ECHANDÍA, Hernando Devis, "Tratado de Derecho Procesal Civil", Tomo IV, Bogotá, Temis, 1.964

EDUARDO DE LÁZZARI, Medidas Cautelares, Tomo I, Segunda Edición, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1995

FELDSTEIN, Sara y Hebe Leonardo, "El arbitraje", Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998

FRANCISCO CARNELUTTI, "Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano", Tomo I, Barcelona, 1942.

GIL ECHEVERRI Jorge Hernán, “Nuevo Régimen de Arbitramento”, Editorial Cámara de Comercio de Bogotá, Santa Fe de Bogotá, 1999

GIUFFRÀ Carolina, “Teoría y práctica del proceso arbitral en el Código General del Proceso”, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2007

GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, “El Arbitraje y la Judicatura”, Editorial Porrúa, México, 2007

GONZALEZ MONTES SANCHEZ, José Luis. “La Asistencia Judicial al Arbitraje”, Editorial Reus S.A, Madrid, 2009

J. M. MANRESA Y NAVARRO, “Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Madrid. 1981

LARRAÑAGA CASTILLO José y DE PINA, Rafael. Obra "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Segunda Edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1950

LOVATO, Juan Isaac, “Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano”, Tomo 1, 1957

MARCHESINI GUALTIERO Martin, “Reglamentos y Medidas Cautelares en el Proceso Arbitral”, Argentina, 2008

MONROY CABRA Marco Gerardo, “Arbitraje Comercial”. Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1982

MORALES, Hernando. "Curso de Derecho Procesal Civil", VI Edición, Editorial ABC-Bogotá, 1973

MORAN SARMIENTO, Rubén, “Derecho Procesal Civil Practico”, Edilex S.A, Perú, 2008

PEÑAHERRERA, Víctor Manuel, Obra "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", Tomo I, Editorial EDINO, 2008

PEÑAHERRERA, Víctor Manuel. "Cumbre de la Ciencia Jurídica Ecuatoriana" Obra "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", Tomo 1, Editorial EDINO, 1958

PIERO CALAMANDREI, "Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares", I Edición, Buenos Aires 1997

PROJUSTICIA "Medios Alternativos de solución de conflictos". 1ra Edición, Quito, 1997

PUJADAS, Freixas, "Consideraciones procesales sobre la transacción en el derecho Romano", en Revista I.D.A, 1980

RAMIRO J.PODETTI, "Tratado de las Medidas Cautelares", Tomo IV, Ediar, Buenos Aires, 1969

RAMOS MÉNDEZ, Francisco, "Derecho Procesal Civil", Tomo II, Librería Bosch, Barcelona, 1986.

RAÑA ARANA, Walter, "El Arraigo como instrumento jurídico que limita el valor y el derecho a la libertad de locomoción", en www.tribunalconstitucional.gob.bo

REDENTI, Enrico. "Derecho Procesal Civil", Ediciones Europa América, Buenos Aires - Argentina, 1957

ROBERT, Jean, "L'arbitrage". V Edición, Dalloz. Paris. 1983.

SALCEDO VERDUGA Ernesto, "Las Medidas Cautelares en el Arbitraje", Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 2006

SALCEDO VERDUGA, Ernesto. "El Arbitraje la Justicia Alternativa", II Edición, Distrilib Editorial, Guayaquil- Ecuador, 2007

UGO ROCCO, "Tratado de Derecho Procesal Civil", Volumen V, Editorial Temis - De Palma, Buenos Aires, 1977

VÉSCOVI, Enrique. Obra "Teoría General del Proceso", Editorial Temis, Bogotá, 1984

VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos y MOSCOSO Rodrigo Andrés, "Orígenes y panorama actual de arbitraje", Volumen XI, Colombia. 2008

LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional, Montecristi, 2008

Ley de Arbitraje y Mediación. Ecuador, 2006

Ley de Seguros

Ley de Hidrocarburos

Ley de Mercado de Valores

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado

Código Orgánico de la Función Judicial, Lexis S.A. 2009

Código Civil Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones

Código de Procedimiento Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador, 2005

Código del Trabajo, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009

Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana

LEYES Y REGLAMENTOS INTERNACIONALES

Carta Constitutiva de la Organización Naciones Unidas

Ley Modelo UNCITRAL

Ley de Arbitraje de Perú

Ley de Arbitraje de Colombia

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - Argentina

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Argentina

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe - Argentina

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba - Argentina

OTRAS FUENTES

Fallo de la Cámara Segunda de lo Civil y Comercial y Minería de San Juan Argentina, “Medidas Cautelares”, página 457

Análisis de Derecho Comparado, “Las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional” (CNUDMI) de la Ab. Ana Carolina Donoso Bustamante, 2010

Revista Peruana de Arbitraje N° 7, Apuntes sobre las Medidas Cautelares en el Sistema Arbitral Peruano, 2008

Revista “Arbitraje PUPC”, Comité Editorial, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011

Ponencia del Ab. Galo García Feraud, Conferencia dictada en el Congreso Nacional de Arbitraje “Lo Jurisdiccional en el Arbitraje”, Guayaquil, 2000

Artículo del Ab. Julio Guzmán Jordán. “Arbitraje y Medidas Precautorias”, CAM, Santiago de Chile

Ensayo “Breves Reflexiones sobre el Arbitraje en la Nueva Constitución Ecuatoriana”, Xavier Andrade Cadena, Quito, 2009

LINKOGRAFIA

www.funcionjudicial.gob.ec

www.daneprairie.com

www.ecamcham.com

www.uasb.edu.ec

www.gpa-lawyers.com

www.puce.edu.ec

www.pge.gob.ec

www.derechopublico.uniandes.edu.com

www.arbitrajecomercial.com

www.diccionariobiograficoecuador.com

www.revistajuridicaonline.com

www.bolsadequito.com

www.cetid.abogados.ec/

www.oas.org

www.bdlaw.com

www.rap.com.ec/es/articulos/49-mediacion-y-arbitraje

www.castillofreyre.com

www.repositorio.uasb.edu.ec

www.eluniverso.com

www.limaarbitration.net

www.pj.gob.pe

ANEXOS

ENTREVISTA REALIZADA AL DR. CRISTHIAN CASTELBLANCO

BREVE PERFIL DEL ENTREVISTADO:

- *Doctor en Jurisprudencia*
 - *Abogado autorizado en Chile*
 - *Profesor fundador de la materia “Resolución Alternativa de Conflictos” en la Universidad Ecotec y Universidad Católica Santiago de Guayaquil*
 - *Especialista en Mediación y Arbitraje*
 - *Consultor y capacitador en proyecto de Naciones Unidas y Banco Mundial*
 - *Mediador y Árbitro del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil*
 - *Capacitador y expositor*
 - *Autor de varios artículos jurídicos*
 - *Director Ejecutivo de la firma profesional “Castelblanco & Asociados, Abogados – Consultores”*
-

CUESTIONARIO DE ENTREVISTA

¿Cuál considera usted es el principal problema por el cual los usuarios del sistema judicial y población en general no utilizan los medios alternativos de solución de conflictos?

R. El desconocimiento de los usuarios y el actual desprestigio que está sufriendo el arbitraje a consecuencia de los retrasos y la falta de calidad de los laudos.

¿Cree usted que existe conflicto entre jueces y árbitros al momento de aplicar medidas cautelares dentro de los procesos arbitrales?

R. Efectivamente, resulta difícil para los jueces entender que existe una ley que le otorga facultades a los árbitros para ejecutar medidas cautelares.

¿Considera usted que es importante se apliquen con carácter urgente, medidas cautelares que proteja al acreedor que fundadamente que su crédito se encuentra en riesgo y se aseguren los bienes materia del proceso arbitral?

R. Considero muy importante asegurar el cumplimiento del laudo al acreedor, sin violar los derechos del deudor que aún no ha sido sentenciado; por ende dada la naturaleza del conflicto sometido al arbitraje, siempre que las partes lo pacten, es importante ejecutar ágilmente medidas cautelares.

¿Considera usted que la espera hasta que se constituya el tribunal arbitral y se apliquen las medidas cautelares (2 o 3 meses), se corren grandes riesgos?

R. Totalmente, más aún en una cultura incumplida como la nuestra, en la que los deudores en lugar de honrar sus deudas, procuran eludirlas; las medidas cautelares deberían tener prioridad en los arbitrajes.

¿Cree usted que es conveniente solicitar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral y que la Ley de Arbitraje y Mediación debe determinar expresamente la competencia, independientemente a lo establecido en el CPC?

R. Considero conveniente solicitar medidas cautelares antes de la citación al demandado, siempre que se cumpla con los requisitos de ley.

¿Cree usted que se debería reformar la Ley de Arbitraje y Mediación en lo referente a la determinación del órgano competente en las medidas cautelares?

R. Personalmente considero adecuado que las atribuciones en materia de medidas cautelares nazca de las partes en el convenio arbitral, no obstante, la LAM podría regular esta importante institución de la medidas cautelares en el arbitraje.

¿Qué aconsejaría usted para promocionar en nuestro medio la utilización del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos?

R. La difusión a través de charlas, talleres, mesas redondas, pero sobre todo un serio reconocimiento por parte de los jueces a las decisiones arbitrales, de manera que se ejecuten de manera ágil y de esta forma, todos conozcan que el arbitraje funciona. La mejor manera de promocionar al arbitraje es demostrando con ejecuciones rápidas que tiene validez legal. Finalmente, el arbitraje se promociona con buenos, responsables y honestos árbitros que estén dispuestos a conocer y resolver arbitrajes con calidad y agilidad, lo cual generará repotenciar el mecanismo y subir su prestigio.

ENTREVISTA REALIZADA AL DR. FRANKLIN SALTOS MUÑOZ

BREVE PERFIL DEL ENTREVISTADO:

- *Doctor en Jurisprudencia*
 - *Especialista en Mediación y Arbitraje*
 - *Presidente del Centro de Mediación y Arbitraje de la Corporación Ecuatoriana de Vigilancia y defensa permanente de los Derechos Humanos*
 - *Mediador y Arbitro profesional*
-

CUESTIONARIO DE ENTREVISTA

¿Cuál considera usted es el principal problema por el cual los usuarios del sistema judicial y población en general no utilizan los medios alternativos de solución de conflictos?

R. Por un lado debido al desconocimiento de los ciudadanos acerca de esta institución, por otro lado, la falta de interés de los abogados en la aplicación de este mecanismo, y por último la escasa difusión, tanto, por parte de los propios centros arbitrales, como del Estado, que considero debe, a través de la Función Judicial darle relevancia al arbitraje y promover su expansión mediante talleres o charlas.

¿Cree usted que existe conflicto entre jueces y árbitros al momento de aplicar medidas cautelares dentro de los procesos arbitrales?

R. Considero que si existen ciertas malas interpretaciones, y todo esto por el factor desconocimiento por parte de los jueces sobre el procedimiento de esta institución.

¿Considera usted que es importante se apliquen con carácter urgente, medidas cautelares que proteja al acreedor que fundadamente que su crédito se encuentra en riesgo y se aseguren los bienes materia del proceso arbitral?

R. Por supuesto, siempre y cuando la parte acreedora justifique los requisitos exigidos para la aplicación de la medida correspondiente y que es necesario se ejecuten para prevenir riesgos, es importante se dicten inmediatamente, por lo que no se debe olvidar que en cualquier proceso sea este ordinario o arbitral, las medidas cautelares representan la garantía del laudo y la eficacia del arbitraje

¿Considera usted que la espera hasta que se constituya el tribunal arbitral y se apliquen las medidas cautelares (2 o 3 meses), se corren grandes riesgos?

R. Indudablemente, si las partes no han acordado en el convenio arbitral ciertas cuestiones sobre las medidas cautelares, esa demora hasta que los árbitros decidan sobre su propia competencia, representa riesgos para la parte acreedora, ya que el o los demandados tendría tiempo suficiente para ocultar o disipar los bienes que supuestamente debería garantizar el crédito de la parte actora.

¿Cree usted que es conveniente solicitar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral y que la Ley de Arbitraje y Mediación debe determinar expresamente la competencia, independientemente a lo establecido en el CPC?

R. Por supuesto que creo conveniente, como se dijo en la pregunta anterior, si las partes no acuerdan nada sobre las medidas cautelares y una de ellas decide solicitarlas, no encuentra en la actual Ley de Arbitraje la figura expresa referente a solicitud de medidas antes de la constitución del

tribunal de arbitraje, por lo tanto, si creo que debería determinarse esa figura en la normativa arbitral.

¿Cree usted que se debería reformar la Ley de Arbitraje y Mediación en lo referente a la determinación del órgano competente en las medidas cautelares?

R. El órgano competente en sí, son los árbitros, la misma ley establece que ellos pueden dictar medidas cautelares, pero para que esto ocurra, es necesario que resuelvan primeramente si son competentes para conocer el asunto sometido al arbitraje, sin embargo, considero justo que una de las partes quiera solicitarla antes, en consecuencia, creo que es necesario se reforme la Ley de Arbitraje y Mediación en ese sentido, para que se determine en la misma ley que los jueces pueden aplicar medidas cautelares antes de que ellos se posesionen, teniendo presente que antes de esto, no hay nadie más que tenga poder para que las dicte.

¿Qué aconsejaría usted para promocionar en nuestro medio la utilización del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos?

R. Aconsejo que se difunda y se publique los beneficios del arbitraje y su procedimiento, asimismo que se dicten seminarios, conferencias, talleres, por otra parte que el Estado se comprometa y facilite la apertura de nuevos centros de arbitrajes y que los abogados busquen profesionalizarse en esta rama del derecho.

