



FACULTAD DE DERECHO

**APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL
ECUATORIANO**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
Establecidos para optar por el título de:
Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía:

Dra. Alicia Arias S.

Autora:

VIVIANA PAOLA MORENO LOZA

Año

2011

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

Alicia Arias Salgado
Doctora en Jurisprudencia
C.I. 170718238-0

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

Viviana Paola Moreno Loza
C.I. 171467264-7

AGRADECIMIENTO

Porque sé que mis logros, son suyos también.

Agradezco a toda mi familia, en especial a mí Mamá y mis hermanos.

Mis amigos que siempre estuvieron a mi lado.

Gracias de corazón.

DEDICATORIA

Su luz me guía siempre.

En la memoria de mi
Padre:

Luis Moreno Ávila.

Porque su amor, apoyo y
confianza, han

Hecho de mi una mejor
persona

RESUMEN

Se realizó el estudio de la aplicación de medidas cautelares en procesos de arbitraje en Ecuador, con el objetivo de analizar las ventajas que brinda la Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 9, uno de los más controversiales, ya que mediante este artículo se atribuye cierto poder imperativo a los árbitros, en virtud, de que éstos pueden dictar y ejecutar medidas cautelares, siempre y cuando las partes actoras, lo hayan acordado en el convenio arbitral. Esta potestad de dictar y ejecutar medidas cautelares fue siempre exclusiva de los jueces. Pero es importante identificar los momentos dentro del proceso, en los cuales se puede acudir a la justicia ordinaria para solicitar el dictamen de medidas cautelares, sin la necesidad de renunciar al convenio arbitral. Convirtiéndose entonces esta, en una facultad concurrente de árbitros y jueces. Adicional a esto se revisaron las diferentes convenciones internacionales suscritas y ratificadas por Ecuador.

Todo esto con la finalidad de identificar la existencia de vacíos en las normas legales que rigen los procesos de arbitraje, y finalmente realizar una propuesta para que a través de una reforma de la ley, se fortalezca el desarrollo de los procesos de arbitraje y sus resultados.

ABSTRACT

A study on the application of cautionary measures in arbitration proceedings in Ecuador was performed in order to analyse the advantages presented in Article 9 of the Law of Arbitration and Mediation, one of its most controversial, given that this article confers certain authoritative power to the arbitrators by virtue of which they may issue and enforce cautionary measures provided that the parties have agreed so in the arbitral agreement. Such power to issue and enforce cautionary measures was always exclusive to judges. However, it is important to identify the points in the proceedings in which ordinary justice can be resorted to in order to request the ruling of cautionary measures without the need to waive the arbitral agreement, making this, therefore, a concurrent power of arbitrators and judges. Furthermore, the various international agreements signed and ratified by Ecuador were reviewed.

This has been undertaken with the aim of identifying the existence of vacuums in the legal regulations governing arbitration proceedings and finally making a proposal which, through a reform to the law, strengthens the development of arbitration proceedings and their outcomes.

INDICE

Introducción	1
1. Doctrina Básica sobre el Arbitraje	2
1.1. Origen e historia del Arbitraje	2
1.1.1 El Arbitraje en la Edad Antigua	2
1.1.2 El Arbitraje en el Derecho Romano	3
1.2. Concepto de Arbitraje	9
1.3. Naturaleza del Arbitraje	10
1.3.1 Doctrina Contractual del Arbitraje	10
1.3.2 Doctrina Jurisdiccional del Arbitraje	11
1.3.3 Doctrina Mixta del Arbitraje	11
1.4. Características del Arbitraje	13
1.4.1 Características del Arbitraje Mercantil	15
1.4.1.1 Celeridad del Arbitraje	16
1.4.1.2 El Arbitraje desde el punto de vista Económico	16
1.5. Tipos del Arbitraje	17
1.5.1 Arbitraje Institucional o Arbitraje Administrado	17
1.5.2 Arbitraje Ad-Hoc o Independiente	20
1.5.3 Arbitraje en Derecho	21
1.5.4 Arbitraje en Equidad	22
1.6. Medidas Cautelares	24
1.6.1 Concepto	24
1.6.2 Delimitación del Concepto	25
1.6.3 Finalidad de las Medidas Cautelares	25
1.6.4 Fundamento	26
1.7. Las Cauciones Procesales	27
1.7.1 Características de las Cauciones Procesales	27
1.7.2 Proceso	27
1.7.3 Obligación del Garante de la Caución	28
1.7.4 Clases de Cauciones	29
1.8. Cauciones Reales	30
2. El Arbitraje en el Ecuador	32
2.1. Casos de remisión de la Ley al Procedimiento Arbitral	32

2.1.1 Constitución Política del Ecuador	32
2.1.2 Ley Orgánica de Aduanas	33
2.1.3 Ley de Mercado de Valores	33
2.1.4 Ley General de Seguros	33
2.2. El Convenio Arbitral	34
2.2.1 Definición de Convenio Arbitral	34
2.2.2 Obligaciones que se derivan del Convenio Arbitral	35
2.2.3 La Forma del Convenio Arbitral	37
2.2.4 Contenido del Convenio Arbitral	39
2.2.4.1 El Contenido Optativo	40
2.3. Medidas Cautelares	40
2.3.1. Petición de Medidas Cautelares antes del inicio del Proceso Arbitral	42
2.3.2. Petición de Medidas Cautelares durante el desarrollo del Proceso Arbitral.	43
2.3.3. Ejecución de Medidas Cautelares	44
2.4. Fases del Proceso Arbitral	45
2.4.1 Fase Pre-Arbitral – Administrada	45
2.4.1.1 Demanda	45
2.4.1.2 Audiencia de Mediación	52
2.4.2 Fase Arbitral	55
2.4.2.1 Designación de Árbitros	55
2.4.2.2 Constitución del Tribunal Arbitral	57
2.4.2.3 Sustanciación	59
2.4.2.4 Audiencia de Estrados	60
2.4.2.5 Laudo Arbitral	60
2.4.3 Fase de Ejecución del Laudo	61
3. Principales Convenciones Internacionales Suscritas por el Ecuador en Materia de Arbitraje	63
3.1. Condiciones para la Ejecución de Laudos dictados dentro de procesos de Arbitraje Internacional en Ecuador	63
3.2. Principales Instrumentos Internacionales Suscritos por Ecuador en Materia de Arbitraje	63

3.3. Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita en New York el 10 de junio 1958.	64
3.3.1 Ámbito de aplicación	64
3.3.2 Retroactividad de la Convención	67
3.3.3 Efectos del acuerdo de Arbitraje	71
3.3.4 Obligación de los jueces nacionales	72
3.3.5 La Remisión de las Partes se Ejerce a Petición de Parte	73
3.3.6 Terminación del Proceso Judicial	74
3.3.7 Incompetencia de los Jueces	74
3.3.8 Naturaleza Jurídica de la excepción de Compromiso	75
3.3.9 Decisión del Tribunal sobre su Propia Competencia	76
3.4. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional del 30 de enero de 1975.	77
3.4.1 Presupuestos para la validez de decisiones Arbitrales	77
3.4.3 Designación de Árbitros	84
3.4.4 Causas para Ausencia de reconocimiento de Sentencias.	86
3.5. Aplicación de Medidas Cautelares en Comercio Internacional	88

4. Medidas Cautelares en la Legislación Ecuatoriana y su Aplicación en Procesos de Arbitraje	90
4.1. El Secuestro	90
4.1.1 Características del Secuestro	91
4.2. La Retención	93
4.3. La Prohibición de Enajenar	94
4.3.1 Características de la prohibición de enajenar	95
4.4. La Prohibición de Salida del País o Arraigo	95
4.5. Medidas Cautelares Innominadas y la Potestad de los Árbitros de dictar medidas cautelares no previstas en el Código de Procedimiento Civil	96
4.6. Garantías y Caucción en Medidas Cautelares dictadas en el proceso Arbitral	98
4.7. Ejecución de Medidas Cautelares	98
4.8. Caducidad de las Medidas Cautelares	100

4.9. Aplicación de Medidas Cautelares Constitucionales en Procesos de Arbitraje	101
Conclusiones y Recomendaciones	104
Bibliografía	108

INTRODUCCIÓN

El arbitraje se ha constituido como una forma civilizada de justicia privada, siendo un procedimiento para resolver un conflicto o controversia mediante la fórmula de encomendar la solución a un tercero ajeno a los intereses de las partes en conflicto, escogido por acuerdo de los interesados.

Dentro del arbitraje, es necesario, asegurar el cumplimiento de un laudo arbitral es por esto que se ha considerado la idea de garantizar la eficacia del arbitraje con la obtención de medidas cautelares y de esta manera proteger el posible resultado. Se considera que las medidas cautelares tienen una doble finalidad, por un lado, pretenden mantener equilibrio entre las partes mientras se resuelve el litigio, previniendo los posibles daños que se puedan dar durante el procedimiento, y por otro lado aseguran la efectividad del laudo. Es tan importante esta finalidad, que en ocasiones, la eficacia del proceso arbitral dependerá de la adopción de una medida cautelar.

Para proceder con esta importante investigación, se recurrió principalmente a la doctrina arbitral y de procedimiento civil tanto nacional como extranjera, además se reviso los tratados internacionales suscritos y ratificados por Ecuador, para en base a la información de ellos obtenida y de la metodología comparativa con nuestra ley procesal – civil y arbitral - sacar nuestras propias conclusiones.

Se estudió las particularidades del sistema de medidas cautelares previsto por la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, destacando la aplicación de la denominada teoría concurrente de los jueces y árbitros como la solución escogida por nuestra Ley para adoptar las medidas y se realiza una nueva propuesta para que la efectividad en su petición y aplicación sea mayor.

CAPÍTULO I DOCTRINA BÁSICA SOBRE EL ARBITRAJE

1.1. Origen e historia del Arbitraje

El origen del proceso Arbitral como Institución de Derecho se encuentran principalmente en el período de la Edad Antigua y en el Derecho Romano., precursor de nuestro ordenamiento jurídico

1.1.1 El Arbitraje en la Edad Antigua

En la sociedad primitiva la aplicación de la justicia se sintetizaba en un solo principio el de la fuerza y la llamada Ley del Talión, ojo por ojo y diente por diente. Eran los tiempos en que reinaba la llamada “**venganza privada**”, en que el afectado se hacía justicia a sí mismo por sus propios medios y a su solo arbitrio, dada la inexistencia de un Estado de Derecho y de un Ente administrador de justicia.

Teodoro Pozo, en su obra “Resolución Alternativa de Conflictos”, define a esta época como: “...La venganza privada traducida en la justicia por la propia mano”¹

Posteriormente, se dio la tarea de la administración de Justicia a los más ancianos de los clanes y tribus, por considerarlos poseedores de sabiduría y ecuanimidad, los dictámenes del consejo de ancianos, obedecía generalmente a un procedimiento jurídico estricto y sus decisiones eran inapelables.

En la Ley de las 12 Tablas del *Codice de Hammurabi* ya se conoce la Institución del Arbitraje, mediante el cual, las partes en litigio debían someter sus discrepancias ante terceros y cuya resolución, conocida actualmente como laudo arbitral, quedaba para ser ejecutada por los propios interesados.

¹ ILLINGWORTH CABANILLA, Roberto. “EL ARBITRAJE ASPECTOS GENERALES Y DESARROLLO HISTORICO”. Temis. Bogotá. 1998. Pg. 7

Con Justiniano, el laudo arbitral adquirió el carácter de cosa juzgada, manteniéndose aún tal principio.²

Históricamente, el sometimiento de una controversia a la decisión de un tercero, diferente de aquel funcionario investido por la Autoridad de juzgar del Estado se remonta a los tiempos más antiguos, por ejemplo en la mitología griega. París es designado árbitro para dilucidar sobre la belleza de Juno, Minerva y Venus. En las Leyes de Solón se habla de los arbitrajes públicos y privados.

En la Biblia hallamos el sistema Arbitral en algunas de las leyes del libro del Deuteronomio.

1.1.2 El Arbitraje en el Derecho Romano

La Institución del Arbitraje comienza a tomar fuerza con el advenimiento del Derecho Romano, estableciendo una marcada diferencia entre juicio y arbitraje, en el juicio actuaba haciendo las veces de nuestros jueces el llamado "pretor", mientras que el arbitraje se es administrado por el "arbiter", que debía ser poseedor de honor, sabiduría, ecuanimidad y neutralidad, con las palabras del mismo Justiniano debía ser un "Bone viri", esta teoría que acabamos de describir se resume en la frase citada por el autor Dr. Roberto Illingworth Cabanilla: "*Aliud est iudicium, aliud arbitrum*", una cosa es el juicio, y otra el arbitraje.

A) Condiciones para acceder al Arbitraje en el Derecho Romano

El proceso de arbitraje Romano era sumarísimo, el Arbiter debía dar su veredicto en el mismo lugar del litigio, y a la vez se encargaba de hacer cumplir su decisión. Pero existían ciertas condiciones para acceder a este procedimiento, son las siguientes:

² ILLINGWORTH CABANILLA, Roberto. Op cit. Pg. 9

1. Debía existir un convenio previo entre las partes para poder ventilar su problema ante un Árbitro, esto bajo el principio jurídico de "*Non differendarum litium causa, sed toüendarum ad ábitros itur*", o sea "NO SE ACUDE A LOS ÁRBITROS PARA PROLONGAR LOS PLEITOS, SINO PARA EVITARLOS".
2. Para que el Arbiter pudiera ejercer sus facultades debía aceptar el cargo de Arbiter, requerido por las partes en controversia, lo que se llamaba "*Receptum arbitrii*".

Los romanos, utilizaban esta Institución con el mismo propósito con que lo utilizamos hoy en día, para descongestionar la administración de justicia ordinaria.

1.1.3 Antecedentes del Arbitraje en Latinoamérica

Históricamente la posición de los países Latinoamericanos frente al Arbitraje es de desconfianza, más por el desconocimiento parcial de este sistema que por el análisis de los resultados, esta posición general de desconfianza frente a este mecanismo tiene raíces de carácter histórico que se remontan al siglo pasado.

Estas situaciones dieron lugar para que Carlos Calvo, un internacionalista argentino del siglo pasado, urgiese a los países Latinoamericanos a evitar la intervención diplomática requiriendo a las compañías extranjeras que acordasen que cualquier disputa que se presentase proveniente de un contrato de inversión debería resolverse en el Estado receptor, así como que renunciasen al derecho de solicitar la intervención diplomática de sus gobiernos. De esta manera se elimina el arbitraje internacional. Los extranjeros debían de someterse a la ley y jurisdicción local.

Este principio fue incorporado en los sistemas legales de todos los países de Latinoamérica, y en varios casos considerados dentro de sus principios Constitucionales.

La resistencia hacia el arbitraje de los países de Latinoamérica se mantuvo hasta fines de la década de los años de 1970, y se manifestó en diversas actitudes tales como, que ningún país adoptó el Proyecto de Ley Uniforme Interamericana sobre Arbitraje Comercial, aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en su Tercera Reunión celebrada en México, en 1956, que el Proyecto propuesto por el Comité Jurídico Interamericano en 1967, de Convención de Arbitraje Comercial Internacional, no tuviesen el apoyo de los países de la región, que no se contase en un principio con la adhesión de estos países al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York de 1958).

La primera manifestación de los países latinoamericanos en oposición a las cláusulas de "elección del foro competente" fue el repudio unánime al sistema establecido en el Convenio del Banco Mundial sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.

Esta oposición se ratificó en los documentos relacionados con la elaboración del código de conducta para las empresas transnacionales proponiéndose que dichas Empresas se sometan a las leyes y reglamentos del país receptor y, en caso de litigio, a la jurisdicción exclusiva de los tribunales del país en donde operen.

Este planteamiento ya figuraba en el artículo 51 de la Decisión 24, aprobada en 1970 que normaba el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (Grupo Andino).

Este recelo frente al Arbitraje Internacional que caracterizó la actitud de muchos países en vías de desarrollo hasta los finales de la década de los años de 1970 dio paso a una mayor medida de pragmatismo y confianza en aceptar una resolución natural de las disputas.

Así la Decisión 24 sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y Transferencia de Tecnología, anteriormente mencionada fue sustituida por la **Decisión 220, de fecha 11 de mayo de 1987** la que en su artículo 34 dejó en libertad a cada uno de a cada uno de los países miembros a que dispongan según su legislación los aspectos de la jurisdicción.

En el primer periodo de sesiones de la Conferencia encargada de la preparación del código sobre transferencia de tecnología el Grupo de los 77 presentó nuevas y mucho más elaboradas propuestas. Con sujeción a ciertas limitaciones tendentes a salvaguardar en la mayor medida posible la soberanía y la jurisdicción nacional, las propuestas del Grupo en lo que concierne a las controversias, contemplan la conciliación y el arbitraje internacional; incluso se admite el compromiso expreso de **"ejecutar los laudos arbitrales y decisiones que se dicten dentro del marco de este Código, sujeto al orden público local y a las convenciones internacionales en vigor sobre reconocimiento y ejecución de dichos laudos y decisiones."**

A finales de la década del setenta las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de varios países de Latinoamérica empiezan a distinguir claramente las situaciones cuando se trata de préstamos internacionales y de aquellas cuando se trata de inversiones dentro del país permitiendo en el primer caso el sometimiento a leyes y tribunales extranjeros y al arbitraje internacional.

Este aspecto se va a reflejar en la legislación de varios países latinoamericanos, los que apartándose de una aplicación estricta de la cláusula Calvo van a normar en materia de préstamos internacionales asuntos tales como el sometimiento a leyes y tribunales del exterior, sometimiento a arbitraje y renuncia a la inmunidad soberana.³

³ Datos históricos tomados de: MONTOYA, Ulises. "EL ARBITRAJE EN LOS PAISES DE LA COMUNIDAD ANDINA". En el seminario REGLAS DE PROCEDIMIENTO EN ARBITRAJE INTERNACIONAL. CAMARA DE COMERCIO DE QUITO. QUITO. 2001.

Aún así en la últimas dos décadas nuestros países han tenido actitudes alentadoras tales como, la ratificación de convenciones internacionales en lo concerniente al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, la modernización de sus legislaciones internas, y la creación de centros de arbitrajes.

1.1.4 Antecedentes del Arbitraje en Ecuador

El arbitraje aparece en nuestro país como una manera de evolución, además de la necesidad de solucionar los conflictos, de una manera innovadora, los primeros rasgos de arbitraje aparecen en la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorizada en diciembre de 1907, cuando en su Art. 65 dice: "Pueden decidirse por jueces árbitros las controversias que la ley no excluye expresamente". Posterior a esto en 1938, la disposición de 1907 que se cambió su texto por el siguiente que consta en el Art. 87.- "Pueden decidirse por árbitros solamente las controversias sobre bienes o derechos transmisibles por acto entre vivos o renunciables", declaración que casi sin modificación se mantuvo hasta 1997 en la Ley Orgánica de la Función Judicial. En 1963, se dictó la Ley de Arbitraje Comercial con el propósito de volver más simples los trámites de los conflictos que se originaban en operaciones comerciales, otorgándoles "mayores garantías". Con esta finalidad, las controversias comerciales podían ser resueltas por los tribunales de arbitraje de las cámaras de comercio, así como por las Comisiones Nacionales o Internacionales de Arbitraje existentes. Lamentablemente aquí se olvidó definir o indicar cómo se conformaban estas comisiones, asunto que no se aclaró legalmente, ni siquiera en la Ley de Cámaras de Comercio que se dictó en 1969, en la que se habla de la Comisión de Reclamos y Arbitraje, la cual tampoco tiene las atribuciones necesarias para conocer y resolver los conflictos surgidos por operaciones comerciales. De ahí que actúe la comisión más en el campo de la conciliación, con lo que, la antedicha comisión puede funcionar, en el mejor de los casos, como el capítulo

ecuatoriano de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, a la que se le llama también Comisión Nacional.⁴

Con esta dificultad de origen en la regulación del arbitraje comercial, fueron las cámaras de comercio las que organizaron los Tribunales respectivos para que emitan sus fallos "según su conciencia, honrado criterio y sentido de equidad", pero, la ejecución de sus decisiones, tenía que ser solicitada mediante un proceso ejecutivo ante un juez de lo civil.⁵

Finalmente en septiembre de 1997, La Ley de Arbitraje y Mediación es expedida en, pues en su Art. 87 se decía: *"Pueden decidirse por árbitros sólo las controversias sobre bienes o derechos que, siendo renunciables, pueden transmitirse por acto entre vivos"*. Por su parte, el Código de Procedimiento Civil, en el Título II, "De la Sustanciación de los Juicios", en la sección 33^a, se refería al Juicio por Arbitraje y, en el Art. 956, expresaba: *"Pueden comprometer libremente la causa en árbitros, así como nombrar éstos, los que puedan comparecer en juicio por sí mismos, los mandatarios con poder especial y los representantes legales de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, a quienes la ley no lo prohíbe o no les impone, al efecto, ningún requisito. No tendrán esta facultad los curadores ad litem"*.

Todo esto en armonía con la disposición del Art. 11 del Código Civil que dice: *"Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia"*.

⁴ Las disposiciones citadas, excepto la del Código Civil, están derogadas expresamente por la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial N° 145 del día jueves 4 de septiembre de 1997.

⁵ Datos históricos tomados de: POZO ILLINGWORTH, Teodoro. "RESOLUCION ALTERNATIVA DE CONFLICTOS". op. cit.

1.2. Concepto de Arbitraje

Según el diccionario Jurídico Espasa , el Arbitraje, representa una forma no judicial de dirimir conflictos mediante la que las personas naturales o jurídicas convienen en someter a la decisión de uno o de varios árbitros (siempre número impar) las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materias de libre disposición conforme a derecho, se reconocen dos modalidades de arbitraje, el arbitraje en derecho y el arbitraje en equidad, en el primero, los árbitros que requieren la condición de Abogados en ejercicio, deben atenerse al rigor de las reglas sustantivas o accidentales impuestas por la Ley; por el contrario, el arbitraje en equidad es menos formalista, y además el árbitro no ha de tener imperativamente formación jurídica, siendo suficiente que sea persona física y esté en pleno ejercicio de sus Derechos civiles.⁶

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 en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Cuenca. ⁷

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Público el Arbitraje es un medio de dar solución jurídica a los conflictos entre los Estados, en virtud del cual los Estados en controversia encargan por medio de un convenio la decisión final a jueces elegidos por ellos comprometiéndose de antemano a ejecutar la sentencia que los árbitros emitan de buena fe.

Ensayando un concepto propio se diría que el Arbitraje es un Derecho de todas las personas y un mecanismo pacificador y como tal puede ser escogido por los ciudadanos voluntariamente en ejercicio de su libertad; renunciando a su

⁶ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, pg. 163.

⁷ CÁMARA DE COMERCIO DE CUENCA. Manual del Centro de Arbitraje y Mediación. Ed. CCC. Cuenca 2000. Pg. 6

derecho de iniciar acciones ante la justicia ordinaria, puede ser también exigido por el Estado con el mismo propósito. Puede ser pedido para que el árbitro resuelva en equidad, con su justo saber y entender; o para que se pronuncie en derecho, es decir atendiendo a las disposiciones legales y a la jurisprudencia que exista sobre la materia, a esto se lo conocerá como laudo y su ejecución radica en la voluntad de las partes o de la intervención judicial, dependiendo de las variantes con las que se haya acordado llevar el arbitraje. En cualquier caso el arbitraje será un procedimiento extra procesal y heterocompositivo.

1.3. Naturaleza del Arbitraje

En cuanto a la naturaleza del **compromiso y la cláusula** compromisoria existen básicamente estas tres tesis, mencionadas tanto por Marco G. Monroy, en su obra "NATURALEZA JURIDICA DEL JUICIO ARBITRAL", como por Roberto Illingworth Cabanilla en "EL ARBITRAJE ASPECTOS GENERALES Y DESARROLLO HISTORICO".

1.3.1 Doctrina Contractual del Arbitraje

Teniendo en cuenta la voluntad de las partes al constituirlo y en la designación de los árbitros, algunos tratadistas le asignan al arbitraje el carácter contractual y desde luego privado. Consideran al Arbitraje como mandatario de las partes y que la decisión arbitral no sería propiamente sentencia, sino la ejecución del mandato por el compromisario.

Es la tesis sostenida por Merín Fuzier Herma, Weïss y Brachet. Observa Rendeti "Que la opinión predominante en cuanto al acuerdo fundamental entre las partes, sobre el cual se ha fijado la atención de los estudios, es que el mismo tiene los caracteres de un contrato según el Código Civil, pero con objeto y contenido procesales."

Este autor insiste en la naturaleza contractual de la relación partes árbitros, pero otros autores, como Vocino, niegan tal carácter contractual, por cuanto configuran la relación partes - árbitros, como relación jurídico - publicista.

1.3.2 Doctrina Jurisdiccional del Arbitraje

Esta corriente doctrinaria sostiene que el arbitraje tiene el carácter de juicio y por ende tiene naturaleza jurisdiccional. Esta tesis está sostenida por Laurent, Glasson, Tissier, Morel, Manresa, Frenáoz, Nortá y otros.

Expresan estos autores, que si bien es cierto, el arbitraje deriva su poder del compromiso de las partes en lo que pudiera asimilarse al mandatario, sin embargo el árbitro desempeña una función equivalente a la de un juez y como tal, es independiente y autónomo, el árbitro debe basarse en la justicia y ser ecuánime para dictar su fallo en derecho o en equidad, pero en forma independiente y sin otras consideraciones que su conciencia y la Ley, en conclusión y en virtud de las anteriores reflexiones, desempeñan los árbitros función jurisdiccional y sus resoluciones tienen el carácter de verdaderas sentencias, con carácter obligatorio para las partes litigantes.

1.3.3 Doctrina Mixta del Arbitraje

Entre las corrientes mencionadas anteriormente, se encuentra un tercer criterio, que se opone a equiparar el laudo arbitral con una sentencia, porque el laudo arbitral requiere necesariamente un decreto de ejecutoriedad para ser efectivo para las partes, por lo tanto no es una sentencia propiamente dicha, ya que le faltan no solo la eficacia ejecutiva sino también la fuerza coactiva propia de una sentencia.

La crítica para la corriente privatista es resumida por Roberto Illinworth en los siguientes términos: "...en que reprochaba a la segunda por los árbitros, ya que si indudablemente el poder de ellos sería menos el pleno que el de los jueces ordinarios, como subordinada que estaba la eficacia del laudo a una homologación, en cambio, la naturaleza de la función sería siempre la misma. Por lo tanto, los árbitros, como jueces instituidos por el Estado, pero designados por las partes, en cuanto al pretor concurriría a la formación de la sentencia arbitral como acto complejo pero no en el sentido de que el segundo haría propiamente el juicio lógico de los primeros, pues de lo contrario

resultaría irrelevante su proveniencia, sino en el otro sentido de que también a los árbitros les atribuiría la Ley una función judicial bajo forma de colaboración en la decisión.”⁸

Conforme a lo revisado, el hecho de que las partes implicadas se pongan de acuerdo para escoger la persona que deba hacer de árbitro y se comprometan a aceptar su decisión, hace que sea una razón de origen para discutir la naturaleza jurídica de la figura, pues la actuación del árbitro, surge sólo de la voluntad de los contendientes y el acatamiento de su decisión también se apoya en el mismo acuerdo. El compromiso de las partes es el único que otorga poder al árbitro sin embargo no es un poder con la posibilidad de imponerse coercitivamente porque el simple ajuste de voluntades particulares no hace nacer la jurisdicción.

Otros Autores piensan que la capacidad del Estado para ejercer su potestad en busca de la paz y de armonía social, es anterior a su propia facultad legislativa para mandar, prohibir, permitir y castigar, entonces el interés de la justicia, siendo uno de los fines generales del estado, lo es también de los particulares, en consecuencia, la armonía y la paz son los fines que también persiguen las partes que en cierto momento llegan a un conflicto que molesta la armonía social y rompe el normal desenvolvimiento de la convivencia. De esta forma, el laudo o decisión que toma el árbitro, es imparcial, independiente de la voluntad de aquellos que lo escogieron para que conozca y resuelva el caso. Es un pronunciamiento que proviene del análisis del asunto, de la apreciación de las normas de convivencia y hasta de la valoración del espíritu de las leyes aplicables al tema. No es la simple lógica y estrecha aplicación de la ley. Más aún, el juicio al que llega el árbitro y lo expresa en el laudo, es en el fondo, lo que las mismas partes piensan y sienten, pero no lo dicen porque no alcanzan a despojarse de su propio interés.

⁸ ILLINGWORTH CABANILLA, Roberto. EL ARBITRAJE ASPECTOS GENERALES Y DESARROLLO HISTORICO. Pg.10.

Como consecuencia de los anteriores razonamientos, si la realización de la justicia es un fin social, el laudo arbitral tendría su fundamento en la misma jurisdicción del estado, sin que importe el órgano, la autoridad o la persona que cumpla el objetivo. De esta manera, se reconoce en el arbitraje un carácter jurisdiccional intrínseco, porque es una forma de administración de justicia, reconocida y respaldada por el estado que confiere a los particulares la facultad de escogerla para sustituir a la que él imparte. Por lo tanto, se trata de una jurisdicción complementaria, en la que el LAUDO que emite el árbitro, cumple igual función que la sentencia que dicta un juez, y, por lo mismo, sus efectos deberían ser idénticos.

Cabe aclarar que aunque el árbitro actúe por designación de las partes o por mandato judicial; sea que deba resolver en equidad o en derecho, en ninguno de los dos modos, hace la labor de juez, porque no tiene el poder y la autoridad para imponer, para sancionar, para exigir juramento o la comparecencia de un testigo, o hacer que su decisión se cumpla coercitivamente. En muchas legislaciones no tiene siquiera la capacidad para disponer medidas cautelares. En suma, un árbitro no tiene jurisdicción aunque cumple con el objetivo de buscar la paz y la convivencia en armonía, que es un fin primordial de las personas y del estado y, en ese cumplimiento obtiene buenos resultados, que es lo que quieren las partes y la comunidad.

1.4. Características del Arbitraje

Tomando los criterios tanto de Marco Monroy⁹, como de Patricio Aylwin¹⁰, el Arbitraje en forma general, posee las siguientes características:

- a) El Tribunal Arbitral, posee una investidura privada, ya que la Ley, solo autoriza su existencia pero no lo tiene instituido permanentemente, como a los Tribunales públicos, es preciso crearlo por cada caso.

⁹ Marco G. Monroy en "ARBITRAJE COMERCIAL". Pg. 3 y 4

¹⁰ Patricio Aylwin en "EL JUICIO ARBITRAL". Pg. 13.

- b) Es un verdadero proceso, por cuanto una contienda entre partes es sometida a la Resolución de un Tribunal.
- c) Tiene su origen contractual, dado que supone un convenio entre las partes, para sustraer la controversia de la competencia de los tribunales ordinarios y someterla a la decisión de un tribunal arbitral.
- d) El arbitraje supone la creación de un tribunal arbitral, en contrario a los tribunales ordinarios de justicia.
- e) La justicia arbitral persigue un fallo respecto a los conflictos, en la conciliación se procura llevar a las partes a un arreglo amigable de sus diferencias. La mayoría de veces se suele confundir la conciliación y la mediación con el arbitraje, si bien todos estos procesos son soluciones alternativas para un conflicto, cada una de ellas tiene sus propias características que las diferencian de los otros procedimientos, para definir de una mejor manera el arbitraje, he creído necesario señalar las diferencias entre conciliación y arbitraje: Mediante la conciliación se trata de evitar un litigio, el arbitraje tiene por objeto solucionar uno existente.
- f) En la conciliación las partes no están obligadas a aceptar el arreglo que proponga el conciliador, en el arbitramiento la sentencia proferida, obliga a la parte contra la cual se dictó, a su cumplimiento, si bien hay que aclarar que el árbitro no tiene la facultad de imperio que tienen los jueces de la justicia pública.
- g) La sentencia arbitral es un título ejecutivo, que en algunas legislaciones debe ser presentada a su ejecución al Juez de lo Civil de la justicia pública para que se ordene con el imperio de la Ley su cumplimiento, mientras que la resolución de la conciliación no es ejecutiva..
- h) La transacción se caracteriza, desde su inicio hasta el arreglo amigable de las discrepancias, por su carácter contractual; en cambio, el arbitraje tiene su origen en un contrato o deriva de un proceso.
- i) En la transacción se procura evitar un juicio; en el arbitraje, mediante un proceso, se resuelven las divergencias.

- j) En la transacción las partes deben dar, prometer o retener cada una alguna cosa; en el arbitraje la sentencia arbitral determina a cuál de las dos partes corresponde el derecho.
- k) En el arbitramento las controversias deben ser actuales; la transacción puede referirse a conflictos presentes o futuros.
- l) En la transacción son las partes o sus mandatarios quienes acuerdan amigablemente; en el arbitraje se designan a terceras personas (árbitros) para que solucionen las discrepancias.
- m) En el peritaje la persona designada perito es llamada a rendir un informe o una opinión autorizada sobre un determinado punto en un proceso; el perito es llamado a resolver la divergencia alguna, en el arbitraje las personas designadas árbitros, son llamadas a ejercer la función pública de administrar justicia.
- n) El dictamen pericial no tiene fuerza obligatoria, el mismo es objeto de examen por el tribunal para su valoración; en la justicia arbitral, las partes están obligadas a aceptar el fallo pronunciado por los árbitros; cabe decir que el arbitraje, dada su flexibilidad o amplitud, facilita la transacción y la conciliación y en cuanto al peritaje, podemos señalar que constituye un medio probatorio de singular importancia en el proceso arbitral.

1.4.1 Características del Arbitraje Mercantil

El arbitraje mercantil es complemento de la administración de justicia, se caracteriza por ofrecer a los empresarios soluciones rápidas y económicas a los conflictos, que de sus contratos o relaciones jurídicas, hayan surgido, pudieren surgir, en un ambiente cordial y privado con intervención de árbitros o arbitradores, peritos o especialistas.¹¹

¹¹ Roberto Illingworth Cabanilla en "EL ARBITRAJE ASPECTOS GENERALES". Pg. 11, 12.

1.4.1.1 Celeridad del Arbitraje

El proceso del arbitraje es rápido por excelencia, ya que los árbitros o arbitra- dores no tienen acumulados tantos expedientes como los jueces ordinarios, quienes además tienen que someterse a normas de procedimientos con plazos fijos, que no pueden acelerarse sin perjudicar la normativa y el procedimiento jurídico, cabría agregar a este principio, que otra de las razones para la celeridad de en este tipo de procesos, es que en el arbitraje las dos partes están de acuerdo en someter el conflicto a la decisión de un tribunal de arbitraje, mientras que en los demás procesos las dos partes están en franca controversia sin tener ningún punto de acuerdo.

1.4.1.2 El Arbitraje desde el punto de vista Económico

El autor Roberto Illingworth, dice acerca de este principio: “En honor a la verdad, la justicia arbitral no es gratuita, pues hay gastos de certificaciones, de honorarios de peritos, de árbitros o arbitra- dores, etc., pero la rapidez con que se solucionan los conflictos, deriva en gran economía de tiempo y dinero para los comerciantes”.

Obviamente este proceso, por ser un proceso particular tiene costos que deben ser cubiertos por los litigantes, sin embargo si comparamos los costos que tiene un juicio convencional, no por concepto de tasas que son relativamente bajas sino por el tiempo perdido en el litigio, se puede afirmar que el juicio convencional, por el lucro cesante es infinitamente más costoso que un juicio arbitral.

Existe un análisis bastante bueno sobre el costo que puede generar un litigio, este estudio está realizado por un bufete de abogados de New York, y por el aporte que puede brindar al presente trabajo, se resume su contenido, en el siguiente acápite:

1.5. Tipos del Arbitraje

Doctrinalmente se clasifica al arbitraje encasillándolo por varias categorías indudablemente estas categorías de clasificación varían según el autor, sin embargo la clasificación que he considerado la más completa es la descrita por el autor Teodoro Pozo Illinworth, En su obra “Resolución Alternativa de Conflictos”, esta clasificación se divide en tres sub clasificaciones: Origen; Formas de desarrollo; Forma de Decidir y Por el lugar en el que se lo practica.¹²

Otros autores en cambio coinciden en señalar una clasificación menos pormenorizada que la mencionada anteriormente, solo reconoce dos clasificaciones, el Arbitraje en Derecho, y el Arbitraje en Equidad.

En nuestro ordenamiento jurídico, (Ley de Arbitraje y Mediación), se menciona el arbitraje en Derecho, el Arbitraje en equidad, el independiente y el administrado.

1.5.1 Arbitraje Institucional o Arbitraje Administrado

Estamos frente al caso de un **arbitraje institucional** cuando existe como intermediaria entre los árbitros y las partes, una entidad especializada que administra y organiza el proceso arbitral prestando una asesoría y servicio indispensables para que la controversia pueda ser resuelta con la mayor eficacia y eficiencia posibles.¹³

¹² Teodoro Pozo Illingworth. RESOLUCION ALTERNATIVA DE CONFLICTOS. Pg. 84.

¹³ Para Almagro Nosete "el arbitraje institucional es el confiado a un centro de arbitraje, entidad de carácter corporativo o institucional que administra aquel, mediante la designación de los árbitros, con sujeción del mismo a determinadas reglas de procedimiento, en su caso, y la facilitación, en general, de los medios necesarios para llevar a cabo el fin encomendado de dar solución arbitral al asunto". ALMAGRO, Nosete. "La nueva Ley española de arbitraje". Ed. Temis. Valencia. 1990. Pág.37.

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra prevista esta forma de arbitraje, en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje y mediación, estableciendo dos condiciones para que el arbitraje sea **Administrado**.¹⁴

- Que se desarrolle con sujeción a la LAM.
- Que se apegue a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje.
- Que se realice conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

En esta modalidad, el arbitraje se desarrolla siguiendo las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación y las reglas establecidas por el respectivo centro de arbitraje elegido por las partes; generalmente dentro de las reglas del Centro de Arbitraje, está contenida la forma de designar a los árbitros, el idioma, las normas de procedimiento aplicables, el plazo, las causas de recusación de los árbitros.¹⁵

La controversia sobre la cual versa el proceso arbitral es resuelta por uno o varios árbitros elegidos por las partes, de común acuerdo, y tomados de la lista de árbitros disponibles que proporciona el Centro de Arbitraje en el que se va a ventilar el juicio arbitral; sin embargo se encuentra contemplada en nuestra ley la posibilidad de que las partes, de común acuerdo puedan nombrar árbitros que no se encuentren incluidos en la lista presentada por el Centro de arbitraje (Art. 16 LAM).

En cada Centro de Arbitraje, se aplica el reglamento propio del Centro, y por lo tanto los concurrentes deben someterse a las normas contenidas en este

¹⁴ Art. 2 Ley de Arbitraje y Mediación "El arbitraje es Administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje, y es Independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten con arreglo a esta Ley. R.O. No. 145, del 4/9/97.

¹⁵ En nuestro medio, las Cámaras de Comercio que cuentan con Centros de Arbitraje y Conciliación, han adoptado las normas de procedimiento de la propia Ley de Arbitraje y Mediación para el trámite de los juicios arbitrales que les toca administrar, sin perjuicio de la aplicación de otras normativas internas que permiten la eficacia de su intervención como Centros de Arbitraje.

reglamento en el cual se encuentran previstas la mayoría de las contingencias que pueden surgir en el curso del procedimiento arbitral.

Los Centros de Arbitraje son regentados por Instituciones de reconocida experiencia y prestigio, cuyo objetivo es contribuir a la solución de conflictos susceptibles de transacción de forma profesional y sin ánimo de lucro, ofreciendo a las partes en controversia una nómina de árbitros especializados que pueden llegar a resolver el conflicto dentro de un marco reglamentario adecuado para el tipo de los negocios sobre el que vaya a versar un litigio, estas normas han sido adaptadas - por la experiencia ganada a través del tiempo - a las necesidades que se plantean en materia de solución de controversias.¹⁶

En los mismos centros se proporcionan modelos básicos de cláusulas compromisorias y de compromiso para acordar el arbitraje que son el resultado de una larga experiencia institucional en solución de conflictos alternativos.

En estas Instituciones se prestan todos los servicios que permiten el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral:

- La recepción y notificación de la demanda y demás piezas procesales,
- La fijación de honorarios para los árbitros y peritos,
- La lista de los árbitros especializados,
- La resolución de las recusaciones de los árbitros,
- Reemplazo automático de los árbitros cuando éstos se encuentren dentro de alguna inhabilidad prevista como tal por la ley, por ejemplo: muerte, excusa justificada o cualquier otra razón,
- Determinación de la sede del arbitraje,

¹⁶ **REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE QUITO** “**artículo 2.- objeto:** El Centro tiene por objeto contribuir a la solución de conflictos susceptibles de transacción mediante la utilización de diversos métodos alternativos, especialmente la negociación, la mediación y el arbitraje. Todo conflicto o controversia que se someta a mediación o conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, se entenderá sometido a este Centro, y se tramitará y resolverá de acuerdo a la Ley de Arbitraje y Mediación, al Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, al presente reglamento, y a las demás normas que para el efecto se dictaren.”

- Disposición de recursos humanos y materiales: personal administrativo, infraestructura, equipos y útiles apropiados para tramitar el arbitraje.

Existen entidades especializadas en brindar servicios de arbitraje administrado a nivel Internacional, entre las más importantes encontramos las siguientes:

- La Cámara de Comercio Internacional (CCI), que funciona en París;
- La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) la cual cuenta con diversas secciones nacionales distribuidas en muchos países;
- La American Arbitration Association (AAA);
- La London Court of Arbitration, con sede en Londres;

El arbitraje institucional o Administrado ofrece **ventajas** que no presenta el arbitraje ad-hoc o independiente puesto que "se tiene la seguridad de una entidad privada que orienta, divulga, explica y practica el procedimiento arbitral; se tiene también la certeza del árbitro imparcial con la experiencia suficiente según el caso; a todo lo cual se agregan un conjunto de reglas breves y claramente redactadas siguiendo las directrices aconsejadas, no sólo por la experiencia local, sino internacional, la utilización de un idioma elegido por las partes y un lugar que las partes hayan seleccionado y convenga a sus intereses.

1.5.2 Arbitraje Ad-Hoc o Independiente

Este tipo de arbitraje es aquel que se organiza en virtud de las necesidades de los litigantes de manera individual, es decir para cada caso específico. En este proceso arbitral las partes litigantes organizan directamente el tribunal que va a decidir una determinada cuestión litigiosa; una vez resuelta la controversia, cuando el Tribunal ha cumplido con su objetivo, se disuelve.

En nuestra Ley positiva se encuentra determinado el arbitraje independiente en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje y Mediación, bajo las siguientes condiciones:

- Se hace conforme a lo acordado por las partes
- Debe llevarse a cabo respetando las directrices trazadas por la ley de Arbitraje y Mediación.

En el Arbitraje Independiente no interviene ninguna institución o centro de arbitraje que administre el proceso, así mismo el Arbitraje no es sometido a ningún reglamento o mecanismo de procedimiento predeterminado, las mismas partes deben convenir y prever todos y cada uno de los aspectos relativos al funcionamiento y operación del tribunal y, en general, respecto a las reglas sobre las cuales se desarrollará el arbitraje.

En esta modalidad, las partes deberán convenir incluso si los árbitros deben decidir el litigio en equidad o en derecho, pues a falta de convenio el fallo será en equidad; deben también designar en el pacto arbitral, al árbitro o árbitros principales y alternos que integrarán el tribunal; señalar el lugar donde se llevará a cabo el arbitraje; darles a los árbitros las normas de procedimiento que libremente ellas mismas escojan; y proveer todo lo necesario para que el arbitraje pueda desarrollarse.

Los aspectos señalados pueden ser objeto de un convenio previo, anotando que todos los posibles conflictos sean resueltos por arbitraje. Puede también existir un acuerdo posterior al nacimiento de la controversia, realizado mediante un compromiso arbitral.

1.5.3 Arbitraje en Derecho

Los árbitros que deben resolver un conflicto conforme a derecho son llamados también por la doctrina “árbitros iuris”, y sus actuaciones dentro del proceso deben estar apegadas estrictamente a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina; para este efecto es necesario que dichos árbitros sean abogados. De acuerdo con el Art. 3 de la LAM, los árbitros en Derecho resuelven el caso siguiendo los mismos parámetros por los que se guía un Juez ordinario, estando obligados a someterse en sus procedimientos

a las reglas que la ley sustancial y procesal establecen, es decir que estos juzgadores deben ceñirse al pie de la letra por el trámite arbitral aplicando las normas procesales señaladas en la Ley de Arbitraje y Mediación, o las del procedimiento establecido en los centros de arbitraje y dentro de lo determinado por las partes en el convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas supletorias que la misma Ley también prevé, que serían las Leyes de procedimiento civil.

Cuando las partes deciden comparecer ante un arbitraje de derecho en el Ecuador, no tienen el poder de designar un procedimiento particular aplicable por el Tribunal, pues el procedimiento no puede ser distinto al establecido por la Ley de Arbitraje y Mediación; en consecuencia si bien las partes tienen la facultad de citar y ampararse en las normas jurídicas que crean convenientes para sustentar sus respectivas demandas.

1.5.4 Arbitraje en Equidad

Denominado también arbitraje en conciencia; en esta clase de arbitraje los árbitros deben actuar y fallar en equidad, según su leal saber y entender y con arreglo a los principios de la sana crítica, en consecuencia las actuaciones de éstos no necesariamente se sujetan a las reglas sustantivas y de procedimiento previstas por el ordenamiento jurídico para la resolución del caso.

La forma flexible con que actúan los árbitros en el arbitraje en conciencia se refiere a la posibilidad de excluir la aplicación estricta de preceptos jurídicos; tanto en el procedimiento como en el fundamento del laudo.¹⁷

“El arbitraje en conciencia de ninguna manera es sinónimo de arbitrariedad, pues no se puede pasar por alto todas las reglas de procedimiento, el fallo de equidad no autoriza al árbitro, ni a las partes para pasar por alto las reglas del debido proceso, deben observarse unas reglas mínimas como una garantía de

¹⁷ CAIVANO, Roque. “Arbitraje Ad-hoc”. Ed. SRL. Buenos Aires. 1993. Pág. 73.

orden, de discusión suficiente, de conocimiento real del conflicto y de terminación oportuna del mismo".¹⁸

En cuanto al dictamen del laudo arbitral los árbitros no están obligados a señalar en la parte considerativa los méritos de cada prueba actuada, por lo tanto su decisión se forma de una manera más libre, la libertad de fallar conforme a la equidad, prescindiendo de las soluciones del derecho sustantivo, formando parte de la esencia misma de la amigable composición.

El arbitraje en equidad en el Ecuador se traduce en la facultad que tiene el árbitro de fallar la controversia sin necesidad de acudir a reglas de derecho sustantivo, decidiendo el caso según su leal saber y entender, aplicando las reglas de la sana crítica, o su razón natural, o verdad sabida y buena fe guardada como también suele decirse. Además, el sometimiento de la solución de la controversia al saber y entender de los árbitros evita los problemas sobre la determinación del derecho aplicable que, por el contrario, surgen cuando se administra el arbitraje de derecho.

El arbitraje en equidad en nuestro país está supeditado a varias condiciones que se encuentran señaladas en la misma Ley, y establecidas por la doctrina:

- Las partes deberán expresar a los árbitros si deben decidir en equidad o en derecho, en caso de silencio de las partes, el fallo será emitido en equidad.¹⁹
- Se debe actuar con arreglo a las normas constitucionales que garantizan el debido proceso, esto es, "asegurar a los individuos la necesidad de ser escuchados en el proceso con razonables oportunidades para la exposición

¹⁸ PEÑA, Gilberto. "Pacto Arbitral y Arbitramento en conciencia". Monografías Jurídicas. Bogotá. 1988. Pág. 21

¹⁹ Es común en la doctrina actual considerar que cuando los árbitros resuelven conforme a la equidad, se manifiesta de forma más genuina la verdadera naturaleza del arbitraje. CALEÑA, Vicente.: "Análisis crítico del Proyecto de Ley de Arbitraje". Estudios de Derecho de Arbitraje. San Sebastián, 1988, Pág. 191.

y prueba de sus derechos". "Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento..."²⁰

- En lo que respecta a la actuación de las pruebas, el laudo arbitral debe apoyarse en las pruebas legal y oportunamente agregadas al proceso sin sustituir las pruebas por los "estados de ánimo" o por las "simpatías o antipatías" del árbitro hacia cualquiera de las partes.
- En relación con el fallo o laudo propiamente dicho, el árbitro en equidad debe considerar lo siguiente²¹:

El laudo se basa en argumentos de equidad configurados conforme a la razón natural del árbitro o lo que es lo mismo, a su buen saber y entender, pero ello no lo exime de expresar dichos argumentos en los que sustenta su decisión.²²

1.6. Medidas Cautelares

1.6.1 Concepto

Podemos definir las medidas cautelares como aquellos actos procesales que tienen por objeto asegurar los resultados de la acción deducida, o que se va a deducir si la medida precautoria se solicita como prejudicial.

Nuestra legislación Procesal civil las reglamenta en la sección que trata sobre el Juicio Ejecutivo. En otras legislaciones se denominan también Medidas precautorias conservatorias, de aseguración preventiva, y otras expresiones análogas o equivalentes, y también se alude al "proceso cautelar". Entre

²⁰ Expresa el numeral 7 literal a) del Art. 76 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

²¹ Cuando se falla en conciencia no están obligados los jueces a explicar su decisión o a fundamentarla expresamente y en forma razonada, en las pruebas que tuvieron a disposición. En eso consiste la expresión "*verdad sabida y buena fe guardada*". Gilberto Peña C. y Néctor Martínez N.: "Pacto arbitral y arbitramento e conciencia". Ob. cit, Pág. 22.

²² "Dentro de este sistema el calificador es el juez, pero ya no movido por su conciencia, por su convicción moral, simplemente, sino por su discernimiento, su raciocinio, su análisis crítico, su apoyo en la ciencia y en la técnica, en la lógica dialéctica, en las reglas de la experiencia. Entra, pues, en juego su capacidad razonadora, su personalidad, su ilustración general. Está obligado a motivar sus decisiones, a fundamentarlas racionalmente, y por ello entran en juego todos esos factores". RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto: "Curso de derecho probatorio". 4º Edición, 1983. Bogotá, Colombia. Ediciones Librería del Profesional, Pág. 97.

nosotros no existe la "acción" o el "proceso cautelar", distinto del juicio mismo; son medidas que se pueden solicitar antes o durante el curso de éste, pero que son interdependientes con él y se tramitan como incidentes del mismo o como gestiones prejudiciales.²³

1.6.2 Delimitación del Concepto

Al referirnos a la acción, estamos pensando en la pretensión. La acción se logra por el solo hecho que el tribunal admita a tramitación la demanda y ejerza su función jurisdiccional. Pero, la pretensión únicamente se va a resolver en la sentencia definitiva si la pretensión es estimatoria de la demanda, tendrá plena eficacia la precautoria; si es desestimatoria, la medida debe ser revocada.

En sentido amplio, la medida cautelar cubre cualquier pretensión, sea civil o penal, de bienes o de personas, de cosas o de medios de prueba, y así lo consideran diversas legislaciones. Una sistematización de la medida cautelar se encuentra en la valiosa obra de Calamandrei.

En nuestra legislación, las medidas cautelares constituyen un incidente del juicio que debe resolverse de plano y asegurar el resultado de una pretensión civil patrimonial.

El embargo del juicio ejecutivo, por ejemplo, es una verdadera medida precautoria de este juicio que garantiza el resultado de la ejecución.

1.6.3 Finalidad de las Medidas Cautelares

Con las medidas cautelares se pretende asegurar el resultado práctico de la acción, no tanto en relación con una sentencia favorable, sino que —previando

²³ CALAMANDREI, Piero. Las providencias cautelares. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1945

que pueda serlo— garantizando la existencia de bienes sobre los cuales pueda ejecutarse la sentencia.

Para el fin mencionado, se trata de conservar bienes hasta el cumplimiento de la sentencia, como ocurre cuando se solicita la medida cautelar de prohibición de enajenar en relación con un bien determinado, o designando una persona que retenga el bien litigioso hasta que la sentencia declare a quién se lo entregará (secuestro).

Entre la demanda y la sentencia hay un procedimiento que debe cumplirse; por muy rápido que éste sea, no lo será bastante para evitar que el demandado pueda enajenar o destruir sus bienes antes de la sentencia definitiva. A evitar este daño, tienden las medidas cautelares que, en nuestra legislación, en general son:

- El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda
- La retención de bienes determinados
- La prohibición de enajenar
- El embargo

1.6.4 Fundamento

El fundamento para dictar medidas cautelares según la doctrina es el "periculum in mora", o sea, el peligro en la mora, en el retardo; es el posible daño jurídico y económico que puede derivarse del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva.

Es el fundamento esencial, porque la Justicia, en el fondo, descansa en dos aspiraciones que, desgraciadamente, no puede conseguir en forma conjunta, ya que aparecen casi como incompatibles. De una parte, se busca una Justicia "rápida", expedita; de otra, que la Justicia sea "buena", o sea, que el fallo sea acertado y equitativo.

Así aparecen como aspiraciones, por una parte, la urgencia de la causa, la rapidez del procedimiento; de otra, la equidad en la sentencia.

No obstante, la realidad está lejos de este ideal, ya que, por lo general, la justicia rápida no es acertada y, si es lenta, tampoco es una verdadera justicia, porque el retardo en el reconocimiento o ejecución de un derecho causa, a la postre, un daño a ambas partes.

1.7. Las Cauciones Procesales

Las medidas cautelares procesales garantizan el pago de la pensión que el demandado o el tercero sufran como consecuencia de la práctica indebida de la medida cautelar.

Las cauciones procesales proceden cuando:

- Se solicitan para responder por posibles daños y perjuicios;
- Cuando no se exhibe título ejecutivo.

Recordemos que aun cuando es responsable, el pide la medida cautelar y por tal responde por los daños y perjuicios, no se consagra esto de una manera clara y absoluta.

1.7.1 Características de las Cauciones Procesales

Nacen con ocasión del proceso, acceden a este, subsiste mientras exista la razón que los justificó y cesa cuando aquellas desaparecen.

No están al interés de las partes, sino a lo que los jueces determinen con arreglo a la ley.

1.7.2 Proceso

a) Monto de la Caución

No es necesario que el juez lo fije, basta calcularla tomando el criterio matemático como guía.

b) Modificación de la Caución

En cualquier estado del proceso, la parte contra quien se ha hecho efectiva una medida cautelar, puede pedir que se niegue la caución, probando que es insuficiente y el juez debe resolver este pedido.

Al fijar el monto de la caución, puede el juez observando la procedencia del derecho reclamado fijar una suma mayor o menor según sea el caso.

c) Sustitución de la Caución

Cualquier caución, debidamente constituida, podrá remplazarse por dinero o por otra diferente a petición del interesado y el juez la aceptará cuando en su concepto ofrezca igual garantía y facilidad para hacerla efectiva, es decir si se ajusta a la cuantía, naturaleza, cobertura exigida.

1.7.3 Obligación del Garante de la Caución

El garante compromete su responsabilidad hasta el valor máximo establecido, por tal, si la caución es insuficiente tan solo podrá cobrar el exceso de los perjuicios en la parte condenada a pagarlas, advirtiéndose que en lo que concierne con las sumas cubiertas por la garantía bien puede optar el acreedor por exigir las a quien dio la garantía o sólo a la parte condenada o a ambas, debido a que hasta esa cifra opera la solidaridad.

Las cauciones, están vigentes hasta la culminación del proceso, momento en el cual la responsabilidad del garante por hechos futuros se extingue, sin perjuicio de que la caución siga respondiendo por los daños que se hayan ocasionado por el curso del proceso, porque la simple terminación de un proceso no marca la finalización de la responsabilidad del garante, quien puede ser obligado a pagar perjuicios ocurridos con anterioridad dentro del trámite de la actuación en la cual operó la garantía.

1.7.4 Clases de Caucciones

Las Caucciones pueden ser: en dinero, reales, bancarias, pólizas de seguro.

a) En Dinero.- Es considerada la mejor caución, debido a que se presta a una directa y fácil realización, en el caso de que sea necesario su efectividad, pero en cambio si se tiene mucho tiempo puede ocasionar perjuicio por su desvalorización.

Así para constituir esta caución, se requiere consignación en la cuenta del juzgado respectivo. La caución en dinero tiene el carácter de principal, pues se puede reemplazar por esta caución cualquier otro tipo de garantía, no se requiere venia judicial para ello, basta consignar una suma de dinero igual a la correspondiente garantía para que se reemplace y el Juez debe aceptar su cambio.

Así tenemos:

- 1.- En dinero, que se lo deposita en la cuenta del juzgado o en cheque certificado que se debe depositar hoy en el Banco de Fomento, anteriormente se lo hacía en el Banco Central.
- 2.- Caucciones Reales o Caucciones Hipotecarias o Prendarios y que se otorga a favor del Juzgado que lo ordenó.

- **Casos que contempla el Código de Procedimiento Civil sobre la Caución**

- a) Agente Oficioso,
- b) Incidente de tercer poseedor,
- c) caución en casación,
- d) En caso de embargo y procesos ejecutivos;
- e) El curador de herencia yacente;

- f) En caso de disolución y liquidación de sociedad el liquidador debe prestar caución;
- g) Caución del guardador testamentario;
- h) Albacea y secuestro debe dar caución;
- i) En caso de secuestro;
- j) En caso de tercerías;
- k) En caso de quiebra debe dar caución el síndico;
- l) Del agente oficioso procesal;
- m) Del secuestro;
- n) Caución en el recurso de Casación Civil;
- o) Caución del Administrador;
- p) Caución del Liquidador;
- q) Caución del Síndico de Quiebras;
- r) Caución del Usufructuario;
- s) Caución del Albacea;
- t) Caución en el proceso de Expropiación.

1.8 Cauciones Reales

Estas medidas según la Legislación Nacional son:

- La prohibición de enajenar;
- El secuestro;
- El embargo;
- La retención;

Estas medidas proceden únicamente en los casos indicados en el Código de Procedimiento Civil y en otras leyes especiales como por ejemplo la Ley de Arbitraje Y Mediación.

CAPÍTULO II

EL ARBITRAJE EN EL ECUADOR

2.1. Casos de remisión de la Ley al Procedimiento Arbitral

Los casos en los que la Ley expresamente se remite al procedimiento arbitral, se conoce como arbitraje forzoso o legal.²⁴

Se revisaran los principales casos en los que la Ley tiene el mandato imperativo de remitirse al proceso arbitral son los siguientes:

2.1.1 Constitución Política del Ecuador

La Constitución del 2008, en su," **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 transigir.

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 ley"²⁵. Establece al arbitraje como una manera alternativa de resolución de conflictos, sin embargo, tomando en cuenta que la disposición de que el arbitraje aplicará únicamente en materia en la que se pueda transigir, se debe mencionar que esta se encontraba ya estipulada tanto en la Ley de Arbitraje y Mediación, como en el código civil, en la parte correspondiente al contrato de transacción. Además la disposición de someter al estado a un proceso de arbitraje, únicamente con la autorización del Procurador del estado, quien por la naturaleza de su designación llega a ser un funcionario notablemente político, viene a ser una restricción para el arbitraje y las ventajas que este presenta frente a la justicia ordinaria. Dentro de esto, también surge la controversia con la Ley Orgánica de la Procuraduría del Estado en su "Art. 11.- Del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán

²⁴ CHAVANEIX & ASOCIADOS. "Arbitraje Legal Ecuatoriano". Revista Iberoamericana de Arbitraje. © 1997-2000 [Derecho Org Ecuador](#)

²⁵ Constitución Política de la República del Ecuador

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”

2.1.2 Ley Orgánica de Aduanas

En esta ley, se contempla la posibilidad de acudir a centros de arbitraje únicamente cuando se traten de controversias que se deriven de las relación entre importadores, y verificadoras ó entre importadores y verificadoras con el gerente distrital de aduanas. Así está establecido en el art. 76. De la ley. Es importante recalcar que los reclamos administrativos no pueden someterse a tribunales arbitrales.

2.1.3 Ley de Mercado de Valores

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. Y en su art. 235, establece que quienes participen en el mercado de valores, también podrán acudir a métodos alternativos de conflictos.²⁶

2.1.4 Ley General 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 a cabo 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 contrato²⁷

²⁶ Ley de Mercados de Valores de Ecuador. Art. 124 y art. 235

²⁷ Ley General de Seguros de Ecuador. Art. 42

La ley de Arbitraje y Mediación establece que solamente pueden arbitrarse las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras.²⁸

Por su parte, la Ley Orgánica de la Función Judicial establece que puede decidirse por árbitros sólo las controversias sobre bienes o derechos, que siendo renunciables pueden transmitirse por actos entre vivos.²⁹

No pueden ser objeto de arbitraje los derechos personales, los relativos a la personalidad, el juicio de divorcio, los de estado civil, paternidad, alimentos, filiación y los relativos al ámbito penal.

2.2. El Convenio Arbitral

2.2.1 Definición de Convenio Arbitral

Hasta antes de la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación, la cláusula compromisoria estaba contenida en el compromiso de las partes de someterse a la decisión de árbitros, la cláusula compromisoria y compromiso que podían ser anteriores a la controversia, o convenirse a posteriori en cualquier estado de una causa pendiente.

Una característica esencial de este contrato de compromiso, era su formalización judicial. Mediante ella, las partes se obligaban en el mismo contrato a designar al juez de lo civil que debía dar posesión a los árbitros, intervenir en la causa en los casos en que ésta pasara a la jurisdicción legal, y ejecutar el laudo.

En nuestra nueva legislación arbitral se eliminan tanto la formalización judicial como la diferencia que existía entre "cláusula compromisoria" y "compromiso arbitral", uniendo las dos concepciones en la figura del "Convenio Arbitral"; dicho convenio puede estar expresado como cláusula compromisoria o compromiso, siendo este hecho suficiente para impedir a los jueces de la

²⁸ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 1

²⁹ Ley Orgánica de la Función Judicial, Art. 87

jurisdicción convencional, conocer sobre los hechos en controversia - susceptibles de transacción - sometidos a arbitraje. Así lo expresa el artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Una marcada influencia de modernas corrientes del derecho comparado arbitral, han hecho que la nueva Ley de Arbitraje y Mediación elimine la antigua distinción entre contrato preliminar de arbitraje y compromiso, propio de la interior legislación nacional; y que establezca en su lugar la figura del Convenio Arbitral. De este modo, con esta nueva figura unificadora, el pacto compromisorio se iguala en fuerza y efectos jurídicos al contrato de compromiso.

2.2.2 Obligaciones que se derivan del Convenio Arbitral

El objeto de todos los contratos en general es crear derechos y obligaciones para las partes; la única diferencia notable entre los contratos comunes y el convenio arbitral es, que el objeto de este último en vez de crear derechos u obligaciones, determina una jurisdicción especial y temporal a quienes actuarán como árbitros.

En virtud de la celebración de este convenio arbitral las partes concuerdan en someter al arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir en el proceso de una relación jurídica, contractual o no contractual.

Siendo el convenio arbitral un acuerdo de voluntades, debe cumplir con los requisitos de existencia y validez establecidos en el Art. 1488 del Código Civil. Entonces el convenio arbitral no debe estar viciado de error, fuerza o dolo, debe ser expresado válidamente; y ser convenido por personas que tengan capacidad legal para obligarse; ha de versar sobre un objeto lícito y posible tanto física como jurídicamente, y debe tener una causa igualmente lícita.

La Convención de las Naciones Unidas, de Nueva York, suscrita en 1958, relativa al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, ratificada por el Ecuador el 30 de noviembre de 1961 (R.O. # 43 de 29 de diciembre de 1961), describe la cláusula arbitral como: "...el acuerdo por escrito, conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o pueden surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje".

Interpretando la transcrita disposición, podemos señalar que el simple acuerdo voluntario y por escrito de las partes obliga a éstas a someter sus conflictos al arbitraje, obligación que, por lo tanto, tiene como origen el convenio arbitral.

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá en 1975, dice: "... Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil".

El Proyecto de Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, define el convenio o acuerdo de arbitraje, de la siguiente manera: "... es un acuerdo por el que 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. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente"³⁰

³⁰ "...Es interesante recordar brevemente la diferencia entre la forma ad solemnitatem y la forma ad probationem. Si se exigiera para la validez de la cláusula compromisoria en todo caso la escritura...y así se prescribiera por la ley, el documento que al efecto suscribieran las partes, sería, no tanto un medio de prueba, sino un elemento esencial del contrato, de manera que su falta, no sólo lo haría inválido, sino también inexistente. No obstante, en muchos casos se establece en las relaciones jurídicas la forma escrita con el fin de

2.2.3 La Forma del Convenio Arbitral

En el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se admite la posibilidad de que el convenio arbitral constituya una cláusula más del contrato principal, precisamente para someter a arbitraje todas o algunas de las diferencias que puedan surgir en la interpretación y ejecución de dicho contrato, que normalmente contiene el negocio jurídico sujeto al convenio.

En nuestra Ley se establece la figura de un "acuerdo independiente", que se materializa cuando el convenio arbitral que se refiere a un negocio jurídico que no tiene incorporada la cláusula arbitral en su texto. Este acuerdo, deberá también constar por escrito en un documento que contenga el nombre de las partes y la determinación explícita del negocio jurídico a que se refiere.

El acuerdo independiente, suele darse posteriormente al comienzo de la controversia y no existe previo pacto compromisorio. Este acuerdo es indispensable cuando el convenio se refiere a un litigio surgido de aspectos extracontractuales.

El hecho de que el convenio arbitral deba constar por escrito, quiere decir que vale como tal no solo la cláusula compromisoria que se incluye dentro de un contrato o aquél otro instrumento que lo consigna separadamente, sino también el documento que puede resultar de un "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", como reza el Art. 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

permitir que el negocio pueda ser probado a través de la forma señalada. La escritura se establece, no a efectos formales o de validez, sino tan sólo a los efectos de prueba". Martínez Vásquez de Castro, Luis: "La cláusula compromisoria en el arbitraje civil". Monografías Civitas, 1991, Pág. 118.

Es necesario que el convenio sea reducido a escrito para que las partes estén consientes del compromiso a que se han sometido, en realidad, la exigencia de la forma escrita no es otra cosa que el medio de prueba que acredita que se ha otorgado el convenio arbitral.³¹

El artículo 6 de la Ley, cuando se refiere a que el convenio puede expresarse por cualquier "medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje", vemos que el aspecto más importante perseguido por esta disposición es que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje debe constar por escrito para probar que el convenio existe sin que necesariamente tal voluntad se exprese en un mismo acto por las partes.

Los negocios comerciales, tanto a nivel nacional como internacional, se concretan actualmente valiéndose de los medios modernos de comunicación, en consecuencia los contratos no pueden estar contenidos de manera obligada en un único documento suscrito por todas las partes contratantes en el mismo momento.

Por esta realidad que nos imponen los avances tecnológicos modernos, la Ley ha sido flexible facultando a las partes para que el convenio arbitral pueda constar también en cartas o en cualquier otro medio de comunicación con el único requisito de que la voluntad de las partes conste por escrito sin que se exija la simultaneidad del acuerdo de voluntades, lo que abre la posibilidad, de que el convenio se pacte en documentos separados, haciéndose posible el uso del, fax, correo electrónico y otros recursos de comunicación.

³¹ MARTINEZ, Luis. "La cláusula compromisoria en el arbitraje civil". Monografías Civitas. 1991. Pág. 7

2.2.4 Contenido del Convenio Arbitral

Un convenio arbitral debe contener:

a) La voluntad expresa y por escrito de las partes para someterse al arbitraje.

Esta voluntad deberá estar manifestada por cualquier medio de comunicación escrita y redactada de tal manera que no pueda atribuirse solamente de los actos de las partes, siendo suficiente el acuerdo que, de cualquier modo por escrito, no deje dudas acerca de la voluntad de las partes de someter la resolución de un conflicto a arbitraje.

En el caso de que se omita en el convenio la voluntad expresa e inequívoca, por escrito, el convenio adolecerá de nulidad absoluta por falta de consentimiento, pues el consentimiento es un requisito que la ley exige para dar validez a los actos y contratos.

Siendo el convenio arbitral (en cualquiera de sus formas: cláusula compromisoria o compromiso) un verdadero contrato, debemos remitirnos al régimen ordinario de sanciones de nuestro derecho común que nos habla sobre la nulidad de los contratos en general, pues la Ley de Arbitraje y Mediación no señala las causas que pueden provocar la nulidad del convenio arbitral, excepto cuando en el Art. 4, se refiere a la omisión de los requisitos necesarios a que deben acogerse las entidades que conforman el sector público.

2) La relación jurídica, contractual o no contractual, de donde pueda surgir o haya surgido la controversia, debe estar determinada.

La Ley de Arbitraje y Mediación se encuentra especificado que exista una controversia para que las partes se puedan someter a una decisión arbitral.

2.2.4.1 El Contenido Optativo

El convenio arbitral podrá contener aparte de las cláusulas obligatorias ya mencionadas las siguientes:

- La forma de decisión de los árbitros;
- Si los árbitros decidirán el conflicto con arreglo a derecho, o en equidad, si las partes no optaren expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros deberán resolver en equidad;
- Designación de los árbitros principales y el alerno
- Número de árbitros para integrar el tribunal (pueden ser uno o tres);
- Determinación de las reglas de procedimiento a seguir;
- La administración del arbitraje y la designación de los árbitros de conformidad con el Reglamento de Procedimiento de los Centros de Arbitraje que los interesados escojan;
- La confidencialidad o no del procedimiento;
- La facultad que se confiere al árbitro o tribunal para solicitar la ejecución de medidas cautelares;
- El lugar del arbitraje;
- Los demás acuerdos lícitos que las partes crean convenientes, siempre y cuando estos pactos fueren susceptibles de transacción;

2.3. Medidas Cautelares

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

La cautela es un instrumento procesal que contribuye a una tutela jurisdiccional efectiva, asegurando que el proceso concluya con una solución que se concrete en el plano jurídico y en el plano fáctico³²

Se considera entonces que las medidas cautelares son mecanismos de protección que se adoptan para garantizar la eficacia del proceso ante una situación de incertidumbre.

Siendo el arbitraje, un mecanismo de resolución de conflictos, lo que se busca es su eficacia y esto solo se logrará si las decisiones tomadas por los árbitros llegan a ser ejecutadas, lo que significa que las partes cumplan con las obligaciones adquiridas, sean o no monetarias.

Es por esto que la eficacia del proceso arbitral llega a depender de la adopción de medidas cautelares, para garantizar así el cumplimiento del laudo arbitral, que no es ejecutable de manera espontánea, ya que el árbitro no tiene un poder coercitivo para imponer su decisión a las partes.

La importancia de las medidas cautelares radica entonces la contribución de estas para dar seguridad a las partes en litigio durante el desarrollo del proceso arbitral para garantizar el resultado o asegurar los bienes materia del proceso. El doble objeto de las medidas cautelares consiste en “defender los derechos subjetivos garantizando su eficacia, y consolidar la seriedad de la función jurisdiccional”³³

Es así que las medidas cautelares, se pueden solicitar en dos distintos momentos durante el proceso arbitral

³² MARTINEZ, Luis. “La cláusula compromisoria en el arbitraje civil”. Monografías Civitas. 1991. Pág. 7

³³ DIAZ SOLIMINE, Omar Luis: “Medidas cautelares sobre automotores”. Edit. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 19.

Las medidas cautelares sólo Podrán ser adoptadas por petición de parte interesada. No existe la posibilidad de que el árbitro adopte medidas cautelares de oficio.

2.3.1. Petición de Medidas Cautelares antes del inicio del Proceso Arbitral

El fundamento para dictar medidas cautelares según la doctrina es el "periculum in mora", o sea, el peligro en la mora, en el retardo; es el posible daño jurídico y económico que puede derivarse del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva.

Es el fundamento esencial, porque la Justicia, en el fondo, descansa en dos aspiraciones que, desgraciadamente, no puede conseguir en forma conjunta, ya que aparecen casi como incompatibles. De una parte, se busca una Justicia "rápida", expedita; de otra, que la Justicia sea "buena", o sea, que el fallo sea acertado y equitativo.

Así aparecen como aspiraciones, por una parte, la urgencia de la causa, la rapidez del procedimiento; de otra, la equidad en la sentencia.

No obstante, la realidad está lejos de este ideal, ya que, por lo general, la justicia rápida no es acertada y, si es lenta, tampoco es una verdadera justicia, porque el retardo en el reconocimiento o ejecución de un derecho causa, a la postre, un daño a ambas partes.

Para que los árbitros puedan ordenar la medida cautelar debe mediar en primer lugar la petición expresa de parte interesada, ya que los árbitros no pueden decidir de oficio el señalamiento de medidas cautelares.

La petición se fundamenta en el ámbito de la institución arbitral, "*en la medida en que el arbitraje es una institución heterocompositiva para la resolución de*

*controversias en el ámbito del Derecho Privado*³⁴ y en el sistema procesal del Ecuador aplica el principio de “justicia rogada”, que significa que solamente se puede actuar a petición de parte exclusivamente.

Durante el período comprendido entre la aparición del litigio y la constitución del tribunal arbitral las legislaciones sobre arbitraje modernas, prevé que el convenio arbitral no impide a ninguna de las partes solicitar de un juez la adopción de medidas cautelares con anterioridad a las actuaciones arbitrales.

Los derechos arbitrales colombiano y ecuatoriano son muy parecidos ya que facultan a los árbitros el *imperium*, para dictar medidas de cautelares y ordenar la inscripción de los bienes sujetos a registro³⁵.

Cuando la caución ha sido señalada por el tribunal arbitral para garantizar la indemnización de los perjuicios que puedan causarse ha sido pagada, los bienes muebles de una de las partes pueden ser dados en secuestro a ciertas entidades y personas (y no a secuestros auxiliares de justicia, como ocurre con las medidas cautelares dictadas por los jueces).

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Arbitraje del Ecuador

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.

2.3.2. Petición de Medidas Cautelares durante el desarrollo del Proceso Arbitral.

Las medidas cautelares procesales garantizan el pago de la pensión que el demandado o el tercero sufran como consecuencia de la práctica indebida de la mediLas cauciones procesales proceden cuando:

³⁴ AZOCAR, Patricio. Juicio Arbitral. Editorial Jurídica. Santiago. 2007. pg. 111

³⁵ El artículo 159 del Decreto colombiano N° 1818 de 1998 prevé que:

- Se solicitan para responder por posibles daños y perjuicios;
- Cuando no se exhibe título ejecutivo.

Recordemos que aun cuando es responsable, el pide la medida cautelar y por tal responde por los daños y perjuicios, no se consagra esto de una manera clara y absoluta.

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.

2.3.3. Ejecución de Medidas Cautelares

En el proceso civil ecuatoriano las medidas preventivas o cautelares (llamadas por la ley “medidas precautorias”) adoptan la forma de incidentes que se ordenan dentro del trámite propio de los procesos ejecutivos o en la fase de ejecución de los procesos declarativos y en tal virtud no constituyen medidas autónomas o independientes y sirven para garantizar las resultas del juicio en donde son dictadas e implementadas.

En el Proceso arbitral, para que se adopten medidas cautelares el fundamento radicará de que el peticionario acredite la concurrencia de los presupuestos necesarios.

Al respecto el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación se remite a la posibilidad de solicitar y adoptar las medidas “que se consideren necesarias para cada caso”, se está refiriendo implícitamente al presupuesto “*del fumus boni iuris, como presupuesto cuya concurrencia debe justificarse*”³⁶.

El peticionario no puede escoger la medida cautelar a su arbitrio, sino debe pedir aquella que sea idónea para garantizar los bienes materia del proceso o asegurar el resultado de éste, para fundamentar su petición debe presentar los

³⁶ AZOCAR, Patricio. Juicio Arbitral. Editorial Jurídica. Santiago. 2007. pg. 111

datos, argumentos y documentos que justifiquen y logren que el árbitro, se pronuncie a favor de su pretensión.

A pesar de que el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación no se refiere al presupuesto de la mora al solicitar una medida cautelar, el peticionario deberá acreditar la concurrencia de este presupuesto en los términos que se derivan del artículo 899 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que “los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida”. A pesar de que la Ley no contempla la contracautela quien solicita la medida puede ofrecer la constitución de la garantía. Este ofrecimiento se hace sin perjuicio de que los árbitros, al resolver sobre la petición de la medida, no consideren necesaria la constitución de la contracautela.

La Ley no contempla limitación alguna con respecto a la adopción de medidas cautelares por lo tanto permite que los árbitros puedan decidir la adopción de medidas cautelares que afecten tanto a las partes del procedimiento arbitral, así como a terceros.

2.4. Fases del Proceso Arbitral

2.4.1. Fase Pre-Arbitral – Administrada

2.4.1.1. Demanda

El artículo 10 de la Ley de Arbitraje expresa que la demanda arbitral contentiva de las pretensiones del actor será presentada ante el director del Centro de Arbitraje o, en caso de arbitraje ad-hoc, ante el árbitro o árbitros. La designación del centro o del árbitro ante independientes que se hubieren determinado en el convenio. La demanda debe contener los siguientes requisitos formales

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; y,
- 7.- Los demás requisitos que la Ley exija para cada caso. Además, se deberán acompañar los documentos que señala el artículo 68 del Código de Procedimiento Civil y, necesariamente debe adjuntarse también el instrumento en el que conste el convenio arbitral o copia auténtica de éste. Se acompañarán, de igual manera, las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias, que justifiquen lo que se aduce en la demanda.

En el arbitraje que se realiza ante un Centro institucional especializado, como las Cámaras de Comercio, es responsabilidad del Director del Centro de Arbitraje admitir la demanda al trámite y adelantar todo el procedimiento hasta el momento en que el Tribunal Arbitral esté debidamente constituido. Le toca, pues, al Director del Centro, calificar la demanda, mandarla a citar, calificar la contestación a la demanda o la reconvencción que se proponga y todas las actuaciones propias de esta primera fase preparatoria del proceso arbitral.

Estas facultades otorgadas por la Ley al Director del Centro de Arbitraje han hecho suponer que la actuación del Director equivale al ejercicio de una función jurisdiccional y, en tal virtud, son permanentes los recursos de revocatoria o de reforma que las partes presentan en contra de las resoluciones tomadas por dicho funcionario.

Las Cámaras de Comercio son instituciones privadas que ejercen actividades administrativas de orden privado y si bien, al igual que otras entidades sin fines de lucro autorizadas por la Ley, operan con Centros de Arbitraje y desempeñan funciones que se desarrollan dentro del ejercicio de la función jurisdiccional del

Estado, es de advertir que no son las Cámaras o los Centros quienes ejercen tales funciones, ya que sólo se limitan a administrar y organizar el arbitraje facilitando su aplicación al prestar los servicios necesarios que permiten llevar adelante el proceso arbitral.

Presentada la demanda, el director del centro de arbitraje, o si fuere el caso, el árbitro o árbitros independientes previa su posesión conforme lo establecido en el art. 17 de la Ley de Arbitraje y Mediación, calificarán la demanda y mandarán a 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 la conteste con los mismos requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil para la contestación de la demanda. Adicionalmente, a la contestación se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias, que justifiquen lo aducido en la contestación (art. 11 Ley de Arbitraje y Mediación).

El silencio de la parte demandada, es decir, su rebeldía o renuencia a no contestar la demanda expresamente, se considerará como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. Cuando al actor le resulte imposible determinar el domicilio del demandado, la citación tendrá que hacerse por la prensa, mediante dos publicaciones en uno de los diarios de más amplia circulación en el lugar en donde se sigue el arbitraje y en el domicilio del demandado. Si el demandado no compareciere en el término de diez días después de la última publicación, este hecho se tendrá como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. La imposibilidad de determinación del domicilio del demandado se justificará, bajo juramento, de conformidad a las normas del Código de Procedimiento Civil, pero con las particularidades del artículo 11 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

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

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el derecho de defensa en juicio se deriva del principio consagrado en el numeral 7, literal a) del artículo 76 de la Constitución de la República, que dice:

"Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento"

De la misma manera como se reconoce en el sistema procesal del Ecuador que existe un derecho de acción, considerado como un derecho abstracto para promover la actividad del órgano jurisdiccional con el objeto de que resuelva sobre una pretensión litigiosa, también se reconoce que hay el llamado derecho de defensa en juicio, como el derecho que tiene el demandado para ser oído en un litigio procesal para que tenga oportunidad de contradecir las pretensiones del demandante y de ofrecer y practicar pruebas que respalden su defensa.

La citación es uno de los actos procesales de mayor trascendencia dentro del ejercicio de ese derecho constitucional a la defensa en juicio, pues, permite al demandado conocer, a ciencia cierta, la acción que se haya intentado en su contra, dándole la oportunidad de contradecirla. Adicionalmente, la citación constituye una de las formalidades esenciales del procedimiento común a todos los juicios e instancias, cuya misión es causa de nulidad del laudo arbitral, según el artículo 31, letra a) de la Ley de Arbitraje.

a) La Reconvención:

Al contestar la demanda, la parte demandada podrá reconvénir al actor exclusivamente sobre la misma materia del arbitraje siempre y cuando su pretensión sea de aquellas que, conforme al convenio arbitral, pueda someterse al arbitraje. En este supuesto se concederá al actor el término de diez días para que conteste la reconvención (art. 12).

A la reconvención y su contestación se deberán adjuntar las pruebas y solicitar otras diligencias probatorias que justifiquen lo aducido por las respectivas partes.

La reconvencción obedece a criterios de oportunidad y economía procesal y podría ser objeto de un proceso independiente.

La reconvencción o contrademanda es, al decir de Couture, "*pretensión que el demandado deduce al contestar la demanda, por lo cual se constituye a la vez en demandante del actor, a fin de que se fallen las dos pretensiones en una sola sentencia*"³⁷.

En los juicios en los que se produce la reconvencción, las partes asumen, a la vez, la condición de actores y demandados: una parte es actora en relación con la demanda inicial y es, al mismo tiempo, demandada respecto de la reconvencción; y la otra es demandada en relación a la primera demanda y es actora en la demanda reconvenccional. Por eso a esta clase de juicios se les llama dobles.

Como la reconvencción se trata de una nueva demanda, se debe realizar un nuevo emplazamiento, esta vez notificando al actor, para que conteste la reconvencción en el término de diez días. La reconvencción, se debe deducir justamente al contestar la demanda y nunca después. Existe aquí una preclusión temporal.

Otra cuestión importante digna de ser tomada en consideración es la relativa a la legitimación pasiva. El demandado, convertido en demandante en virtud de la reconvencción, tan solo puede dirigir la demanda reconvenccional contra la parte demandante titular de la relación jurídica material con la que suscribió el convenio arbitral o, en su caso, contra su representante.

Como resultado de esta acumulación de pretensiones, el procedimiento continuará respecto de dos procesos, pero el laudo será único aunque deberá pronunciarse sobre todas las pretensiones que hubieren planteado las partes.

³⁷ COUTURE, Eduardo J., "Las garantías constitucionales del proceso civil", en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946, pág. 614

b) Modificación de la demanda o de la contestación:

Las partes podrán modificar la demanda, la contestación a ésta, la reconvencción a la demanda, o la contestación a ésta, por una sola vez, en el término de cinco días luego de presentada cualquiera de éstas. Las partes tendrán el término de tres días para contestar cualquiera de las modificaciones, en cuyo caso no correrán los términos que estuviesen transcurriendo (art. 13 de la Ley).

Estas modificaciones no deben referirse a la identidad de las partes ni a la materia misma del arbitraje en la forma en que quedaron establecidas en el convenio arbitral. La modificación que implique una sustitución de una persona natural o jurídica por otra, ya sea que integre la parte actora o la parte demandada, en forma distinta a la convenida en el convenio implica un cambio que no podrá ser resuelto por los árbitros, porque en tal caso, otros resultan ser los titulares de la cuestión jurídica sometida al arbitraje, salvo que las mismas partes hayan previsto en el convenio arbitral tales modificaciones respecto a la individualidad de las partes. En cuanto a la materia sometida al arbitraje, la ley es ineludible: las modificaciones deberán referirse necesariamente a la misma relación jurídica susceptible de transacción.

c) La incomparecencia del demandado luego de citado

Si el demandado, una vez citado con la demanda no compareciere al proceso, su no comparecencia -conocida como rebeldía- no impedirá que el arbitraje continúe su curso (art. 14 de la Ley).

En efecto, la no comparecencia del demandado a juicio, no suspende el proceso arbitral, es decir, que no impide que el arbitraje continúe su curso normal hasta su conclusión con el laudo. El proceso se adelanta a pesar de la rebeldía de la parte demandada, por la sencilla razón de que al haberse deducido una pretensión, se ha delimitado el objeto del proceso y en consecuencia, el árbitro está obligado a tomar una decisión sobre el fondo del asunto. El Derecho Procesal moderno explica esta situación señalando que por no existir en el conflicto arbitral la presencia de intereses públicos sino

privados, no se puede imponer a la parte un "**deber de comparecencia**". Esta obligación ha sido sustituida por el concepto de "**carga procesal**", es decir, un imperativo del propio interés del demandado en beneficio de su expectativa respecto de una resolución favorable a sus pretensiones. En el proceso moderno no existe ya una obligación del demandado de someterse a la jurisdicción estatal, sino un estado de sujeción a la misma. Por eso la no comparecencia del demandado no implica otra sanción que la continuación del pleito sin su presencia [...] La "obligación" del demandado de cooperar a la *litis contestatio* ha sido sustituida por la carga (*lasten, onere*) de comparecer y contestar a la demanda, la cual se impone al demandado en su propio interés" (James Goldschmidt).³⁸

La no comparecencia del demandado al proceso constituye un acto de rebeldía que debe ser tomado en cuenta para la correspondiente condena en costas, no teniendo otro efecto que el de ser considerada como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. La rebeldía no puede ser considerada como allanamiento ni como ficta confessio. Debe entenderse como resistencia pura y simple que le acarreará los efectos de no poder producir prueba que favorezca sus pretensiones por falta de alegación de hechos concretos, pues la contestación negativa no comprende ninguna excepción de aquellas que deban fundarse en hechos positivos diversos de los que dieron origen al derecho. Estos derechos deben ser claramente alegados por el demandado para que puedan considerarse como puntos controvertidos y servirle de fundamento a su defensa.

d) Comparecencia de las partes al proceso:

Pueden comparecer al proceso las partes, sus apoderados o representantes y podrán hacerlo con la participación de sus respectivos abogados defensores. Aun cuando las partes hayan optado por el arbitraje independiente, se recomienda comparecer a juicio con la presencia y asesoría de los

³⁸ Citado por José Garberí Llobregat: "Comentarios a la Ley de Arbitraje" de España. Ob. cit., pág. 673

profesionales del derecho, quienes están mejor capacitados para llevar adelante el procedimiento, comenzando por la elaboración de la demanda que sólo puede ser eficazmente preparada por ellos como especialistas. La presencia de un abogado implica, además, la facultad de señalar domicilio legal o casillero judicial para las notificaciones de todas las providencias u órdenes arbitrales que se dicten en el proceso.

2.4.1.2. Audiencia de Mediación

El artículo 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que una vez contestada o no la demanda o la reconvención, el director del centro de arbitraje o el árbitro o árbitros independientes notificarán a las partes, señalando día y hora para que se realice la audiencia de mediación, cuyo propósito es procurar un avenimiento de las partes antes de entrar al proceso arbitral propiamente dicho. Esta audiencia se efectuará con la intervención de un mediador designado por el director del centro de arbitraje o el tribunal independiente, quien escuchará las exposiciones de los interesados, conocerá los documentos que exhibieren y tratará que lleguen a un acuerdo que ponga fin a la controversia.

La Ley prevé como paso procesal ineludible, la convocatoria a esta audiencia de mediación, en el curso de la cual, el director del centro de arbitraje en tratándose de arbitraje administrado o, el árbitro o árbitros independientes -con la ayuda de un mediador especialmente designado para el efecto- intentarán buscar un acuerdo que ponga término a la controversia o que, al menos en forma parcial reduzca las cuestiones en conflicto que deberán ser resueltas por los árbitros.

La mediación, como ya sabemos, es un procedimiento por el cual las partes en conflicto, buscan una solución mutuamente aceptable mediante la ayuda de un tercero neutral que, mediante el uso de técnicas de comunicación aprendidas, intenta ayudarlas a llegar a su propio acuerdo. La función del mediador en la audiencia es la de buscar un acercamiento a las partes, facilitando la comunicación entre ellas a fin de que lleguen por sí mismas a la solución de

sus diferencias. Hay que aclarar que el mediador no desempeña funciones de juez, ya que él no decide la controversia, como en el caso del juez ordinario o del árbitro, sino que su función se limita a proporcionar ayuda a las partes para que ellas solas esclarezcan los puntos de la controversia que les permita evitar la continuación del procedimiento arbitral. Bien se ha dicho que el mediador, a través de una adecuada técnica comunicativa se transforma en un puente entre los afectados. Y si hay algo que un buen mediador logra, a través del proceso interactivo, es que una parte escuche el punto de vista de la otra y lo comprenda, aunque no esté de acuerdo con él".³⁹

En la audiencia de mediación podrán intervenir las partes, sus apoderados o representantes y podrán concurrir con sus abogados defensores. Si solo concurriere a la audiencia una sola de las partes, ésta deberá ser 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.

Si la labor del mediador culmina con éxito, esto es, si logra un acuerdo que ponga término a la controversia, se dejará constancia del hecho en un acta que contendrá exclusivamente lo convenido por las partes y no mencionará los incidentes, deliberaciones o propuestas realizadas en la audiencia (art. 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación).

El acta que contenga la mediación, sea ésta total o parcial del conflicto, 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 para este efecto.

El acta de mediación se convierte así en uno de los modos anormales de terminación del proceso arbitral, distinto al laudo.

³⁹ Pórtela, Jorge Guillermo, "Una reflexión en torno a la mediación", E.D., t. 165, pags. 1380-81.

- **Desarrollo del proceso mediante audiencias**

El proceso arbitral se desarrolla mediante audiencias, para cuyo efecto el tribunal señala las que establece la misma Ley (primera audiencia de sustanciación en la que el tribunal se declara competente y ordena la práctica de las diligencias probatorias pedidas por las partes; audiencia de estrados; audiencia para conocer el laudo) y las demás que estime necesarias. La actuación en las audiencias se lleva a cabo en forma verbal, aunque nada impide que los litigantes actúen por escrito. Las audiencias se realizan con la intervención de las partes, o a través de sus apoderados o representantes y podrán concurrir sus abogados defensores, y el secretario dejará constancia en acta de las distintas diligencias.

Una vez que se hayan practicado todas las diligencias de prueba durante la instrucción del proceso, el tribunal arbitral señalará día y hora para que las partes presenten sus alegatos *en audiencia de estrados* si es que las partes la solicitan, antes de que el tribunal dicte el laudo correspondiente (art. 24).

El laudo que dicte el tribunal será conocido por las partes en audiencia, para cuyo efecto se señalará día y hora. En dicha audiencia se dará lectura al laudo y al final se entregará copia del mismo a cada una de las partes (art. 29).

- **Concurrencia de los árbitros a las audiencias:**

Los árbitros, ejerciendo el principio procesal de la inmediación, están obligados a concurrir a todas las audiencias y diligencias que se practiquen, cumpliendo irrestrictamente las funciones que la Ley les asigna, pues si alguno incumple sus funciones, será personalmente responsable de los daños y perjuicios que su acción u omisión les cause a las partes, salvo que se trate de un impedimento justificado (Art. 18 de la

Ley) Una vez que se hayan practicado todas las diligencias de prueba durante la instrucción del proceso, el tribunal arbitral señalará día y hora para que las partes presenten sus alegatos *en audiencia de estrados* si es que las partes la solicitan, antes de que el tribunal dicte el laudo correspondiente (art. 24).

Las notificaciones:

Estas deben hacerse en la forma y términos que establece el Código de Procedimiento Civil. La notificación a las partes con las providencias del tribunal es requisito formal importante o sustancial, a punto tal que su omisión se considera causa de nulidad del laudo, según el art. 31, literal b) de la Ley, siempre que tal hecho haya impedido el derecho de defensa de la parte perjudicada. Es también causa de nulidad del laudo, cuando no se hubiere notificado a las partes con la convocatoria a las diferentes audiencias de sustanciación. Las notificaciones y la constancia en autos de haberse realizado las efectuará el secretario del Tribunal arbitral.

2.4.2. Fase Arbitral**2.4.2.1. Designación de Árbitros**

En principio, podemos afirmar que para la designación de los árbitros, prima la autonomía de la voluntad de las partes. Alvarado Velloso, expresa con claridad al respecto:

"El arbitraje es, por excelencia, un método heterocompositivo de resolución de conflictos que se organiza y discurre entre persona? privadas, al margen del aparato y los instrumentos estatales de pacificación social; si ello es así, la voluntad privada habrá de ser d dogma que presida el procedimiento arbitral y, por tal causa, la Ley establece la posibilidad de que los árbitros sean designados exclusivamente por las partes en el convenio arbitral o en un acuerdo complementario posterior (...) Por tanto, esta primacía de la autonomía de la voluntad debe presidir en todo momento el procedimiento (..)⁴⁰

Según nuestra Ley de Arbitraje, la designación de los árbitros puede llevarse a efecto por los siguientes sistemas:

⁴⁰ Alvarado Velloso, Adolfo. "El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses". Artículo publicado en la obra "Derecho Procesal Moderno". Instituto Panamericano de Derecho Procesa. 1988. Ob. cit. pág. 49

a) Por acuerdo de las partes directamente en el convenio arbitral (arbitraje independiente o ad-hoc).

En tratándose de arbitraje independiente o ad-hoc, las partes pueden designar en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal. 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 descentro de arbitraje más cercano al domicilio del actor. Dicha designación se la hará conforme a las reglas determinadas en el artículo 16 de la Ley de Arbitraje.

b) De la lista de la institución a las que se encomiende la administración del arbitraje (arbitraje institucional).

Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje a un centro especializado y designar ellas, de común acuerdo y en ejercicio de la autonomía de su voluntad, en el término de tres días, los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal, tomándolos de la lista de árbitros que proporciona para el efecto el centro de arbitraje. Las partes, asimismo, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro. Las partes, igualmente, podrán acordar expresamente y por escrito que sea un sólo árbitro el que conozca la controversia. Este árbitro también deberá tener su alterno (art. 16).

c) Designación por sorteo

Cuando las partes, en el arbitraje institucional, no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pusieren 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 de esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje (art. 16).

Es notorio que, en la fase de designación de los árbitros, entre el arbitraje independiente y el arbitraje institucional, la Ley establece su preferencia en favor de éste último, hasta el punto de que 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, no puede recurrirse a la ayuda judicial para poner en marcha el arbitraje. Por el contrario, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de los árbitros fallantes al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor, designación que se hará conforme lo establece el ya mencionado artículo 16 de la Ley.

2.4.2.2. Constitución del Tribunal Arbitral

El artículo 17 de la Ley de Arbitraje y Mediación, expresa:

"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".

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

« De la redacción del transcrito art. 17 de la Ley, se deduce:

a) Que el número de árbitro, que integre el tribunal será siempre de tres personas y un alerno, sin perjuicio de que, si así lo quieren las partes, puedan designar un solo árbitro, quien también tendrá su alerno.

b) El alerno, intervendrá inmediatamente en el proceso en caso de falta, ausencia o impedimento definitivo de un principal.

c) La disposición recoge una tradicional orientación de la doctrina arbitral, en el sentido de que el número de árbitros siempre será" impar (una o tres personas), lo que tiene como finalidad evitar -en la toma de decisiones- los posibles empates que podrían concurrir en caso contrario. La designación de un número par provocaría la nulidad de la cláusula en que se designe a los árbitros de tal forma.

d) Que los árbitros designados tienen un término de tres días después de notificados con la designación para expresar su voluntad de aceptar o no el cargo, interpretando la norma que si guardan silencio se entenderá que no aceptan.

e) Si los árbitros aceptan la designación se constituye el contrato de dación y recepción del arbitraje que se perfecciona con la posesión de los designados en la forma que señala la Ley.

f) Que el Presidente del tribunal constituido dirigirá la sustanciación del proceso arbitral, actuando como secretario del mismo tribunal la persona escogida dentro de la lista que para el efecto mantiene el centro.

g) Los árbitros de un tribunal independiente se posesionarán ante un notario y actuará como secretario la persona designada por los propios árbitros.

I. El Contrato de Dación y Recepción del Arbitraje

El convenio arbitral por el cual las partes se obligan a resolver sus diferencias mediante el sistema arbitral es considerado como un contrato previo a otro posterior, llamado de dación y recepción de arbitraje, de tal suerte que sin éste, aquél no tiene eficacia²⁴⁴. El nuevo contrato de entrega y recepción de arbitraje se constituye entre el árbitro o árbitros y las partes que suscribieron el convenio arbitral.

Para que se perfeccione la relación jurídica entre las partes y los árbitros a través del referido contrato de dación y recepción de arbitraje se necesita: que los árbitros tengan conocimiento de su designación (oferta de dación del contrato) y que la acepten (aceptación del contrato): pero para que nazca la relación jurídica arbitral se precisa, además, que los árbitros que han aceptado la designación tomen posesión de sus cargos (art. 17) y se declaren competentes para resolver la controversia en la primera audiencia de sustanciación, como dispone el art. 22 de la Ley. Esto supone los siguientes pasos en el trámite: 1°.- La notificación a los árbitros; 2°.- La aceptación de los árbitros; y, 3°.- La posesión de los árbitros.

2.4.2.3. Sustanciación

Cuando se haya constituido el tribunal, se llevará a cabo la Audiencia de Sustanciación.

- Posesión del secretario.
- Lectura del Convenio Arbitral
- El tribunal resuelve sobre su propia competencia.

Una vez que el tribunal se declara competente, se ordenará que se practiquen las pruebas solicitadas por las partes y se dictará un término para que se lleven a cabo.

El actor y el demandado tendrán la oportunidad de exponer y precisar sus pretensiones y todo aquello que aspiran en el laudo.

En caso de creer que es necesaria la práctica de nuevas pruebas o diligencias estas podrán ser solicitadas a petición de parte o de oficio.

2.4.2.4. Audiencia de Estrados

Ya practicadas las pruebas las partes deberán solicitar la Audiencia de Estrados, y el tribunal fijará fecha y hora para la realización dl mismo, en donde las partes presentarán sus alegatos

2.4.2.5. Laudo Arbitral

En este aspecto, la Ley señala que una vez practicada la audiencia de sustanciación y declarada la competencia del tribunal, éste tendrá el término máximo de ciento cincuenta días (contado a partir de la fecha de la audiencia de sustanciación) para expedir el laudo, el cual podrá prorrogarse, en casos estrictamente necesarios, hasta por un período igual, ya por acuerdo expreso de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio (art. 25 de la Ley).

Sobre el tema, conviene hacer las siguientes precisiones:

1.- El término que concede la Ley a los árbitros para dictar el laudo, incluyendo el período de prórroga, es de riguroso cumplimiento, porque constituye el límite temporal de la actuación de los árbitros, el límite de su competencia o de su potestad o facultad decisoria, tiempo dentro del cual debe emitirse el fallo, puesto que, una vez transcurrido ese tiempo cesa la potestad jurisdiccional de los árbitros para proceder a la resolución del conflicto al no haber observado el término que les fue concedido por voluntad de las partes o por el propio tribunal de conformidad con la Ley. En los arbitrajes en Derecho, la resolución emitida fuera de término, a mi juicio, puede ser considerada causa de nulidad del laudo - adicional a las causales expresas de nulidad puntualizadas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje- por incompetencia del tribunal arbitral, al amparo del artículo 346 del Código Procesal Civil, norma supletoria de la Ley de Arbitraje que contempla las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias

2.- Por la naturaleza procesal de la institución arbitral, para el cómputo de los términos se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 303, 304, 305 y 312 del Código de Procedimiento Civil.²⁶⁷

El momento inicial del cómputo del término de ciento cincuenta días es, la fecha de la audiencia de sustanciación, luego que el Tribunal haya resuelto sobre su propia competencia (art. 25). Como momento final del cómputo se considera hasta la media noche del último día hábil (no feriado), para que los árbitros emitan su laudo. Dicho en otras palabras: en el término (convencional o legal) oportuno, computado a partir de la fecha de la audiencia de sustanciación tienen que dictar su laudo los árbitros redactándolo y firmándolo conforme a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje.

3.- El laudo, así como cualquier decisión del tribunal arbitral, se expedirá por mayoría de votos. Las resoluciones deberán firmarlas todos los árbitros; el que no estuviere conforme con la opinión de los demás anotará su inconformidad a continuación de la resolución anterior y consignará su voto salvado, haciendo constar sus fundamentos (art. 26),

Si un árbitro que forma parte de un tribunal integrado por tres personas se rehusare o se encontrare imposibilitado para firmar el laudo o cualquier otra orden o resolución, los otros dos árbitros tendrán la facultad de continuar el arbitraje, suscribiendo cualquier decisión o fallo, a pesar de la ausencia del tercer árbitro, sin que esta circunstancia anule o vicie la resolución o el procedimiento (art. 27).

2.4.3. Fase de Ejecución del Laudo

Cuando el laudo arbitral se haya dictado, las partes deberán cumplirlo de inmediato. Ya que su incumplimiento es causal para solicitar de manera inmediata a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal con la razón de estar ejecutoriada.

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.

Es por esto que el arbitraje, constituye un compromiso para que un tercero ajeno e imparcial actúe como juez privado y dicte una resolución "laudo" a manera de sentencia dictada por el árbitro, cuyo cumplimiento fue pactado de manera anticipada por las partes. Los laudos deberán estar firmados por los árbitros, para que tengan validez.

También para la ejecución de los autos y decretos se acudirá al juez de primera instancia. Los jueces de primera instancia están obligados a cooperar en la ejecución de las determinaciones arbitrales.

CAPÍTULO III

PRINCIPALES CONVENCIONES INTERNACIONALES SUSCRITAS POR EL ECUADOR EN MATERIA DE ARBITRAJE

3.1 Condiciones para la Ejecución de Laudos dictados dentro de procesos de Arbitraje Internacional en Ecuador

La Ley de Arbitraje y Mediación vigente en Ecuador, asimila los laudos emitidos en territorio nacional a aquellos dictados por Tribunales Internacionales de Arbitraje, dotando a estos últimos de fuerza imperativa y aclarando que tendrán los mismos efectos de cosa juzgada y se ejecutarán siguiendo el mismo procedimiento de apremio que se utiliza en los procedimientos de arbitraje nacional.⁴¹

Cuando la sentencia sea dictada por un tribunal de arbitraje internacional con asiento o sede en el territorio ecuatoriano, el laudo se ejecuta de la misma forma que cualquier sentencia judicial ejecutoriada y con fuerza de cosa juzgada, si es que el laudo que debe ser ejecutado es dictado por un tribunal arbitral extranjero se imponen algunas condiciones estipuladas en los principales tratados internacionales sobre arbitraje suscritos y ratificados por el Ecuador.

3.2 Principales Instrumentos Internacionales Suscritos por Ecuador en Materia de Arbitraje

En este ámbito, destacan los siguientes cuerpos de legislación multilateral:

- a) Tratado de Derecho Procesal Internacional. Montevideo, 11 de enero de 1889;
- b) Tratado de Derecho Procesal Internacional. Montevideo, 19 de marzo de 1940;

⁴¹ El inciso final del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento nacional.

- c) Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, 13 de febrero de 1928, (en su Art. 432, identifica sentencias judiciales y laudos arbitrales extranjeros);
- d) Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras 1958 (Convención de Nueva York);

"La ratificación por parte de nuestro país se refiere sin embargo solamente a las sentencias arbitrales en materia comercial según la calificación del derecho ecuatoriano. Si no fuera por esta reserva, la convención sería aplicable a toda clase de materias civiles en sentido amplísimo (civil, comercial, trabajo, etc.)":⁴²

- e) Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional 1975 (Convención de Panamá);
- f) Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros 1979.

En adelante se analizara las convenciones de las que Ecuador es participe.

3.3 Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita en New York el 10 de junio 1958.

3.3.1. Ámbito de aplicación

- **Ámbito de aplicación en razón de las Personas**

No hay limitación en razón de las personas para la aplicación de la Convención de Nueva York. Igualmente la nacionalidad de las partes o de los árbitros es irrelevante. La Convención se refiere a las partes pero en el sentido, de que trata del reconocimiento y ejecución de sentencias "que tenga su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas", es decir en atención a su calidad o naturaleza.

⁴² LARREA HOLGUÍN, Juan. "Derecho Internacional Privado", 3ra. edición, Quito. 1986, Pág. 347.

Se observa en consecuencia que se distancia de la Convención de Ginebra de 1927 y del Protocolo de Ginebra de 1923, que se referían a "personas sometidas a la jurisdicción de una de las Altas Partes Contratantes".

Aun aplicando la primera reserva, la nacionalidad de las partes no tiene importancia, ya que dicha reserva hace referencia a "las sentencias arbitrales dictadas *en el territorio* de otro Estado contratante únicamente".

A partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, es común la intervención del Estado —no ya como persona de Derecho Público— sino actuando como comerciante, industrial, importador, exportador, intermediario en la compraventa de mercaderías y servicios, etc.⁴³

El Estado ha cambiado totalmente el rol que desempeñaba y actitud frente a la problemática económica. Lejos de ser presidir tomando el papel de Juez y policía, se ha transformado al punto de convertirse en rector de ciertos sectores particularmente deprimidos de la economía de su país, sobre todo en países subdesarrollados, impulsando actividades, cubriendo carencias existentes y modificando prácticas erróneas en materia comercial, que prácticamente aíslan comercialmente a estos países etc.⁴⁴

La Convención se refiere a la "diferencias entre personas naturales o jurídicas" pero no especifica a qué personas jurídicas se refiere. Al no estar excluidas expresamente, no habrían argumentos de peso para excluir del ámbito de la Convención, tanto al Estado como a las empresas públicas o mixtas, siempre que no actúen en el ejercicio de su autoridad soberana, sino como un particular más.

La convención no menciona expresamente la capacidad de las personas de derecho público de comprometerse en arbitraje, permite que cada estado

⁴³ GEISI BIDART, Adolfo: "Planteamiento procesal de la sentencia extranjera". RDJA. T. 66, p. 227 a 263

⁴⁴ Alfonsín Quintín: "La fuerza probatoria de las sentencias extranjeras y el exequátur". L.J.U.T. XVIII, p. 194,

conservar la libertad de aceptar o no que los miembros de la administración pública tengan capacidad para resolver sus disputas por medio del arbitraje.

Lamentablemente, esta distinción tan clara entre actos *juris gestionis* y actos *in commercio*, en el plano teórico, es muy diferente y de difícil aplicación a los casos prácticos. Tal es el la divergencia que se dio con el Gobierno de Yugoslavia, que trataba de una construcción de una vía férrea en Uruguay , la Suprema Corte de Justicia de Uruguay dio el siguiente dictamen:

*"..en la especie, no resulta con diáfana claridad, que se trate de un acto de gestión. Es así que el primitivo contrato fue celebrado por el "Real Gobierno de Yugoslavia", esto es, por el Estado soberano en condición de ente político; la constitución de una línea férrea y aporte de materiales necesarios a ese fin así como material telefónico, telegráfico y aparatos para señales (art. I del contrato fs. Iv. y 8), no supone necesaria y claramente que se esté en presencia de un acto de gestión de naturaleza privada, comercial. La construcción de ferrocarriles y líneas telefónicas y telegráficas, si en algún aspecto pueden ser consideradas de naturaleza comercial, cuando son realizadas por el Estado como en el caso, involucran aspectos de otra naturaleza, algunos eminentemente militares o políticos, satisfacen y se cumplen mediante esos medios, fines específicos del Estado, no solamente comerciales, sino también sociales y políticos, De cualquier manera sería difícil desentrañar la verdadera naturaleza de) acto."*⁴⁵

Al no hacerse una mención expresa a la capacidad de someterse a arbitraje que tienen el Estado o sus organismos, cuando realicen actividades privadas, la Convención tampoco trata el problema de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de que gozan las personas de Derecho Público.⁴⁶

⁴⁵ OPERTTI BADÁN *Didier*: "Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros". *Obn* mecanografiada. 1976.

⁴⁶ ALEXANDRE, *Danièle*.: "*El Exequatur*" Ed. LGDJ. Traducción Ed. Temis.1970. pg. 85, señala que podría admitirse la ejecución de bienes del Estado o personas públicas afectados a una actividad comercial, pero no si la afectación se refiere a un servicio público. No obstante aún esta distinción es en la actualidad muy polémica.

La Alta Corte de Gujarat (India), consideró en el Caso entre la Unión de la India y Lief Hoegh & Co. y otros (Noruega), que ante el alegato de la empresa pública Unión de la India de que "(...)el Gobierno de la India no podía ser compelido a someterse a un arbitraje extranjero, pues ello sería equivalente a la negación de su status soberano, el mismo debía ser rechazado en base a que no se encontraba ninguna limitación en la Convención, pues "el artículo I es claro en ese punto."⁴⁷

"Libia que también como un Estado soberano tiene derecho a la inmunidad de jurisdicción ante las Cortes de Suecia, se considera que ha renunciado al derecho a invocar el derecho de inmunidad, aceptando una cláusula arbitral contenida en el artículo 28 del acuerdo de concesión petrolera. Nada de lo ocurrido, posteriormente puede llevar a una conclusión diferente. La cuestión resuelta por el laudo puede ser decidida por árbitros bajo la ley sueca. Ninguna circunstancia hace pensar que la ejecución del laudo fuera manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del derecho sueco, por lo que el pedido de ejecución debería ser aceptado."

No obstante todos los avatares de esta sentencia arbitral, el 20 de marzo de 1981, se llegó a un arreglo entre las partes, quedando cancelado el litigio.

3.3.2 Retroactividad de la Convención

La entrada en vigencia de un tratado puede analizarse con carácter general, o parcial, y es susceptible de variar de un Estado a otro. En el primer caso, la entrada en vigencia con carácter general se logra a través de la ratificación, y se encuentra establecido en el propio tratado. Es así que, la Convención de 1958 contiene el artículo XII. e1 que establece que:

"La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación o de adhesión".⁴⁸

⁴⁷ ALEXANDRE, Daniele.: "El Exequatur" Ed. LGDJ. Traducción Ed. Temis.1970. pg. 89

⁴⁸ Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita en New York 10 de junio 1958 en, Carabiber Charles, op. cit. p. 53V

La entrada en vigencia de la Convención respecto del Estado que la ha ratificado o adherido se encuentra precisado en el artículo XII.2 que dispone que respecto de cada estado que ratifique la presente Convención o se adhiera a ella después del depósito del tercero instrumento de ratificación o adhesión, la presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

Pero en el derecho interno el momento de entrar en vigor un tratado es establecido por las normas constitucionales, y generalmente se exige su publicación en el registro oficial o similar, sobre la promulgación de su vigencia, siendo aconsejable hacerlo dentro del plazo de noventa días establecido en el art. 10 inciso 2.⁴⁹

En la Convención no se determina si esta, deberá aplicarse o no con carácter retroactivo a los laudos y acuerdos arbitrales dictados y otorgados con anterioridad a su entrada en vigencia.

Sin embargo, esta posición se plantea en la Conferencia con sede en Nueva York, cuando el delegado de Yugoslavia propone aplicar la Convención "*sólo a los laudos arbitrales dictados después de la entrada en vigencia de la Convención*".⁵⁰

Propuesta que fue apoyada por los delegados de Turquía y otros países. A pesar del apoyo, no resultó aprobada por haber carecido de la mayoría de las dos terceras partes de votos exigidos.

Los delegados de Israel y Suiza fundamentaron su apoyo a la retroactividad sosteniendo que la Convención contenía normas de carácter procesal, lo cual

⁴⁹ Artículo X n. 2." Posteriormente, esa extensión se hará en cualquier momento por notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas y surtirá efecto a partir del nonagésimo día siguiente a la fecha en que el Secretario General de las Naciones Unidas haya recibido tal notificación o en la fecha de entrada en vigor de la Convención para tal Estado, si esta última fecha fuere posterior."

⁵⁰ la propuesta habla sólo de laudos. Ello se debe a que en principio se pensó en que la Convención se aplicaría al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, y que el tratamiento de los acuerdos de arbitraje iba a ser objeto de un Protocolo reparado. Pero al tratarse el artículo II se resolvió incluir también dentro de la Convención, a los mencionados acuerdos arbitrales.

fue rebatido por otros delegados que mencionaron algunos aspectos sustantivos de la Convención.

- **Criterio en contra de la aplicación retroactiva**

Cuando se discutía el texto final de la Convención, uno de los principales argumentos para otorgarle un carácter retroactivo era el carácter procesal de la Convención y sus objetivos principales que consistían en facilitar el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros. Sin embargo la retroactividad total del texto convencional, tendría demasiados problemas para su aplicación. En esta convención existen algunas disposiciones de forma como aquella que establece que el acuerdo arbitral debe otorgarse por escrito que sería peligroso aplicarlo retroactivamente si tomamos en cuenta que las partes no tenían ningún conocimiento de la vigencia de dicha Convención.

Otra de las bases para la retroactividad de la Ley radica en que a diferencia de la Convención de Ginebra de 1927 que establecía en su artículo 6 que:

"la presente Convención se aplicará sólo a las sentencias arbitrales dictadas después de la entrada en vigor del Protocolo relativo a las cláusulas de arbitraje, abierto a la firma en Ginebra el 24 de setiembre de 1923."

La Convención de Nueva York carece de una disposición explícita en cuanto a la aplicación de esta ley en el tiempo, lo que podría interpretarse como una posibilidad de aplicación en forma retroactiva.

El artículo VII.2 de la Convención de New York deroga las disposiciones establecidas en la Convención de Ginebra de 1927:

"El Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje y la Convención de Ginebra de 1927 sobre la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras dejarán de surtir efectos entre los Estados contratantes a partir del momento y en la medida en que la presente Convención tenga fuerza obligatoria para ellos."

En consecuencia queda establecido de forma tácita que los procedimientos de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales y de los acuerdos arbitrales iniciados bajo los Acuerdos de Ginebra pasarían a regirse por la Convención de Nueva York, lo que significaría darle a la misma un cierto efecto retroactivo, de lo contrario habría un vacío legal.

El Acta reglamentaria de la Convención de Nueva York No. 136 de Australia en su sec. 14 toma partido por la aplicación retroactiva de la misma.⁵¹

La jurisprudencia emitida marca la tendencia a la retroactividad. Así la Suprema Corte de España desestimó el alegato de la parte española en el caso que la oponía a una parte finlandesa⁵², de que debía rechazarse la aplicación de la Convención en virtud de que los procedimientos se habían iniciado antes de acceder España a la misma.

Se estimó también la retroactividad de la Convención en Gran Bretaña en el caso Moscú Ex-portkhieb (URSS) con Helmvile Ltd. (Reino Unido). La Admiralty Court Queen's Bench División, en decisión del 14 de enero de 1977 expresó en su dictamen final lo siguiente:

"la acción del actor estará gobernada no por la Sec. 4 del Acta de Arbitraje de 1950 sino por la Sec. 1 del Acta de Arbitraje de 1976 que entró en vigencia el 23 de diciembre de 1975, y que debe ser tratada como teniendo efecto retroactivo."

En EE.UU. en el caso que oponía a la Corporación de Fertilizantes de la India y otros con IDI Management Inc. '(EE.UU.)⁵³, el primer alegato se basaba en que la Convención de Nueva York no podía aplicarse porque el contrato se otorgó el 8 de mayo de 1962 y EE.UU. había adoptado la Convención en diciembre de 1970. Por resolución del 9 de julio de 1981 de la Corte de Distrito Sureño de Ohio se sostuvo que al igual que otras seis Cortes

⁵¹ LUZZATTO, *Riccardo*. "Accordi Internazionali e Diritto Interno in Materia di Arbitrato. Traducción Española. Pg. 56

⁵² LUZZATTO, *Riccardo*. "Accordi Internazionali e Diritto Interno in Materia di Arbitrato. Traducción Española. Pg. 67

⁵³ LUZZATTO, *Riccardo*. "Accordi Internazionali e Diritto Interno in Materia di Arbitrato. Traducción Española.pg. 78

de Distrito, debía apoyarse el criterio de que *"la Convención debería ser aplicada aún si las partes han contratado antes de que los EE.UU. adoptaran la misma."*

En conclusión el problema de la retroactividad de la Convención no puede ser analizado ni legal ni doctrinariamente en términos globales, debido a que siendo el arbitraje una institución tan compleja, se corre el riesgo de realzar ciertos aspectos desestimando otros también importantes.

3.3.3. Efectos del acuerdo de Arbitraje

El artículo 11.1 y 2 de la Convención se refieren al reconocimiento de la validez del acuerdo arbitral, en cambio el 11.3 se refiere a la eficacia del mismo.

Toda convención arbitral tiene una posición dual en cuanto a su eficacia:

Posición positiva.- En cuanto ella es idónea para dar lugar al diferimiento de la controversia o litigio al arbitraje.

- Posición negativa.- En cuanto excluye la jurisdicción de los jueces estatales en el tratamiento de dicha controversia. Ambos efectos están regulados en el artículo 11.3 de la Convención de Nueva York que- sustancialmente recoge el artículo 4 del Protocolo de 1923.⁵⁴

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 inaplicable.

⁵⁴ "Protocolo de 1923, artículo 4: "Los tribunales de los Estados contratantes, que entren a conocer un litigio relativo a un contrato concluido entre personas de las mencionadas por el artículo 1 y que comporte un compromiso o una cláusula compromisoria válida en virtud de dicho artículo y susceptible de ser aplicado, remitirán a los interesados al juicio de árbitros si así lo solicitare uno de ellos.

Este efecto se llama también efecto preclusivo, en el sentido de que excluye la jurisdicción de los tribunales judiciales en el tratamiento de la controversia. Se consagra una presunción de competencia a favor del tribunal arbitral.⁵⁵

Se trata de una norma material de carácter obligatoria realizada por la conjunción imperativa del verbo, al expresar que el juez "remitirá" a las partes del arbitraje. Esta norma sustituye las normas nacionales en la materia que se encuentren en vigor en los Estados contratantes.⁵⁶

La finalidad del acuerdo de arbitraje es el de impedir que los jueces ordinarios de los Estados contratantes conozcan de controversias para cuya dilucidación las partes han decidido sujetarla a la decisión de los árbitros. La obligación de los jueces es en consecuencia, la de abstenerse de juzgar sobre el fondo del asunto y reenviar su dilucidación a los árbitros.

El alcance que tiene la exclusión de la competencia de los jueces estatales, puede explicarse a través de los siguientes principios:

3.3.4 Obligación de los jueces nacionales

La redacción del texto de Nueva York no deja lugar a dudas: la conjugación imperativa del verbo impone una obligación y descarta el ejercicio arbitrario del criterio judicial.

Entonces como se ha expresado, no se trata de una facultad discrecional. De un ejercicio libre de decidir sobre remitir o no a las partes al procedimiento arbitral.

El principio de obligación de los jueces de remitir a las partes a un proceso arbitral ha sido compartido por la mayoría de la jurisprudencia de los distintos países. En el Reino Unido por ejemplo en el caso *Moscow v/o Exportkhib (URSS) con Hélmviue Ltd. RU (207)* ya citado, la Corte expresó que en virtud de que el acuerdo de arbitraje contenido en la carta de porte no era un acuerdo

55 CREMADES, Bernardo María. "Panorámica española del arbitraje comercial internacional". Ed. Marcial Pons. Madrid . 1987 p. 37.

56 CREMADES, Bernardo María. "Panorámica española del arbitraje comercial internacional". Ed. Marcial Pons. Madrid . 1987 p. 41.

interno, y "siendo así, la Corte no tiene discreción en el asunto, sino que está obligada a detener los procedimientos".

Igualmente en EE.UU. el Tribunal de Apelaciones en el caso Podar Brothers (India) con ITAD Associates Inc. (EE.UU.) (208) expresaba en la sentencia que. *"Consideramos que EE.UU., en el acta 9 sec. 206 no confiere discreción alguna en la remisión al arbitraje. En consecuencia, no pensamos que habiendo mirado el claro mandato contenido en el numeral 3, debería estar abierta a la Corte en algún otro caso de los que caen dentro de las categorías contenidas, rehusar detener los procedimientos con el motivo de que es discrecional y que la discreción debería ser ejercida después de haber pesado los pro y los contra de todas las circunstancias tomadas en su conjunto"*⁵⁷.

3.3.5 La Remisión de las Partes se Ejerce a Petición de Parte

No se trata de una facultad que el Juez ejerce ex officio, ya que el texto es sumamente claro como para permitir el surgimiento de alguna duda. En consecuencia esa obligación es impuesta al Juez pero "a instancia de una de las partes". "Si ninguna de ellas manifiesta su disconformidad con el tratamiento judicial del litigio, se entiende que existe un consentimiento tácito de la competencia judicial. Las partes por lo tanto, pueden renunciar en forma tácita al ejercicio de un procedimiento arbitral."⁵⁸

El delegado del Reino Unido había propuesto incluir las palabras "por decisión propia o," pero debido a la intervención del delegado de Turquía y el de Israel, se suprimió dicho agregado.⁵⁹

La Convención nada expresa, respecto a cuál sería el momento o la oportunidad para presentar la excepción de la existencia de un acuerdo arbitral válido, por lo que la cuestión queda a ser resuelta por la *lex fori*. La ley del juez

⁵⁷ CREMADES, *Bernardo María*. "Panorámica española del arbitraje comercial internacional". Ed. Marcial Pons. Madrid. 1987 p. 47, 48,49.

⁵⁸ CREMADES, *Bernardo María*. "Op cit. Pg. 50

⁵⁹ LUZZATTO, *Riccardo*. "Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato. Traducción Española.

que ha tomado conocimiento de la excepción de compromiso. Esto trae como consecuencia que el momento y el plazo para presentar la excepción puede variar de país a país, creando una diversidad de criterios, según el país en el que se trate el asunto.

3.3.6 Terminación del Proceso Judicial

La Convención se limita a prescribir el comportamiento del juez sin determinar qué sucede con el procedimiento judicial iniciado. Sobre este punto nuevamente deberá ser decidido por la ley del foro, la del juez que tiene conocimiento del diferendo y al cual se le opone la excepción.

3.3.7 Incompetencia de los Jueces

La incompetencia de los jueces nacionales sería absoluta si aún renunciando las partes a la interposición de la excepción de compromiso ante los estrados judiciales, los jueces constatan la existencia de un acuerdo arbitral válido en el contrato principal o en un documento separado, y deben declararse incompetentes. La incompetencia sería relativa cuando la excepción de incompetencia sólo puede ser interpuesta por las dos o por alguna de las partes.

La Convención impone una incompetencia relativa de los jueces estatales, dado que la misma hace mención de que podrá ejercerse la excepción de compromiso "a instancia de una de las partes sin que pueda ser ejercida de oficio por el juez nacional.

La incompetencia de los magistrados estatales abarcará sin duda, la totalidad de las cuestiones planteadas expresamente en el acuerdo de arbitraje. Pero existen múltiples cuestiones no resueltas por las partes, que pueden hacer necesario —y algunas legislaciones lo reglamentan minuciosamente— una "autoridad de apoyo", para determinar cuestiones de forma del proceso arbitral, ya sea para la determinación del número de árbitros, para la determinación de

ciertos aspectos del procedimiento arbitral, cuando se trata de un arbitraje *ad-hoc*.

Muchos de estos problemas que se plantean comúnmente en la práctica, son de fácil solución cuando las partes acuerdan someterse al Reglamento de Arbitraje de una institución permanente de arbitraje, que llenará todos los vacíos procedimentales no previstos por las partes.

La incompetencia del juez, no puede abarcar los aspectos relacionados con las adopción de las medidas cautelares que son necesarias para el cumplimiento del procedimiento, al respecto el Reglamento de Procedimientos de la C.I.A.C. — al cual se remite la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP I, Panamá, 1975) — establece en su artículo 26.3 que dice:

"la solicitud de adopción de medidas provisionales dirigidas a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo".

3.3.8 Naturaleza Jurídica de la excepción de Compromiso

La Convención no define la excepción de compromiso, sólo se limita a prescribir el comportamiento del juez ante el cual ella se presenta. No hay una regulación idéntica en todos los ordenamientos jurídicos nacionales.

En algunos Estados la excepción de incompetencia es perpetua y puede levantarse de oficio por ejemplo en la URSS, en otros países, la incompetencia puede ser levantada en cierta fase del procedimiento o *in límine litis*.

"En algunos ordenamientos jurídicos los procedimientos arbitrales forman parte del Derecho Público y más específicamente del Derecho Procesal (el juez tendría entonces falta de jurisdicción, ya que el arbitraje está en el mismo plano

que la justicia estatal), en cambio en otros se considera que pertenece al Derecho Civil, al Derecho Privado”.⁶⁰

3.3.9 Decisión del Tribunal sobre su Propia Competencia

Es posible que el juez y el o los árbitros entren en controversia debido a que el primero considere que los litigios o alguno de entre de ellos, no está comprendido dentro del acuerdo de arbitraje y en consecuencia deben ser resueltos dentro de la órbita judicial.

En ese caso ¿quién debe hacer una interpretación del acuerdo arbitral y según qué ley?, ya que como expresa Bellet y Mezger (212) la interpretación no puede tener lugar sin recurrir a una ley.

El juez estatal tiene siempre un control a posteriori de la sentencia arbitral pero no puede ejercer también un a priori sin que medie una sentencia de los árbitros. Es convenientes que se le deje a los árbitros la libertad suficiente como para decidir si la controversia planteada cabe o no dentro de los términos del convenio arbitral, como igualmente para decidir sobre la validez del acuerdo y el de resolver sobre su propia competencia.

La razón para este principio de no intervención es eminentemente práctico, ya que un "impasse" de este tipo entre los árbitros y el juez, arriesgaría a que el arbitraje quede bloqueado durante mucho tiempo. El juez por lo tanto tiene seguridades suficientes, con la posibilidad de reservarse el control "a posteriori" del proceso.

Si la ley del Estado admite la facultad de los árbitros de decidir sobre su propia competencia, o para resolver sobre un determinado aspecto del convenio arbitral, éstos también deben decidir si el litigio está o no comprendido en el mismo. La Convención de Nueva York en este aspecto se remite a la ley del foro.⁶¹

⁶⁰GOUNOT, Emmanuel. "Los principios de la autonomía de la voluntad en el Derecho Privado" Madrid. Trad. Española. 1973. Pg. 4

⁶¹El artículo 21.1 del Reglamento CIAC al cual se remite la Convención de la CIDDP I sobre arbitraje, en el artículo 3, en acuerdo de las partes, establece que "el tribunal arbitraje esta habilidad para decir

3.4. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional del 30 de enero de 1975.

El Comité Jurídico Interamericano consideró la idea de celebrar también una Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, que no entraría en colisión con el Proyecto de Ley Uniforme de México, sino que podría constituir una variante o complemento de la misma⁶².

Inexplicablemente los países americanos no habían considerado participar en la ratificación de las Convenciones de Nueva York de 1958 y en la europea de 1961, prefiriendo conservar un sistema interamericano de arbitraje comercial, debido a que estimaban el Proyecto de México de mejor estilo literario y jurídico. Se sostenía que la Convención de 1961 no era aceptable en América ya que no se hablaba de la CIAC, siendo que en nuestro continente se consideraba como la institución clave para el desarrollo del arbitraje.

El proyecto de la Convención Interamericana tuvo un objeto más amplio que el de la Convención de Nueva York, ya que abarcaba otras cuestiones arbitrales más allá del reconocimiento y ejecución del laudo.⁶³

3.4.1 Presupuestos para la validez de decisiones Arbitrales

Las decisiones arbitrales son consideradas válidas cuando los árbitros o árbitro interviniente han actuado con jurisdicción y competencia, es decir no han excedido el ámbito de aplicación de esta Convención.

3.4.2 Ámbito de Aplicación

La Convención Interamericana omite determinar el ámbito de aplicación de la misma en el espacio. Sin embargo, pueden extraerse los criterios necesarios

...incluso (sobre) las objeciones respecto de de la existencia o la validez de la cláusula compromisorio o del acuerdo del arbitraje separado.

⁶² Informe del CJI. de 1967.

⁶³ EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA, Rafael *"El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional"*. Ed. Jur. de Chile, Chile. 1981. p. 257.

para delimitar dicho campo, derivándolos de su propia denominación: "Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional".

a) Convención Interamericana

Por el uso del término "interamericana" se deduce la idea de que la Convención fue formulada para tener una vigencia regional. Constituiría una condición *sine qua non* que tanto el Estado donde se dictó el laudo arbitral y aquél donde se intenta ejecutar o reconocer, así como de que el lugar donde se celebró el acuerdo de arbitraje como aquél del Estado donde se quiere hacer cumplir, sean americanos, para que la Convención Interamericana se considere aplicable.

Sin embargo, estas condiciones no se cumplen en sentido estricto por lo expuesto en el artículo 7.

“La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. El artículo 9 de la misma Convención, establece un sistema de Convención abierta, puesto que determina que

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado... y que los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos”.⁶⁴

De este modo, una Convención Internacional que en principio podría tener un alcance exclusivamente interamericano, puede transformarse con el transcurso del tiempo en un Acuerdo no sólo hemisférico, sino también mundial.

Hasta el momento, no ha habido adhesiones de países fuera del Hemisferio. Por lo tanto, si se diera el caso de lograrse alguna adhesión de algún país que estuviere fuera del continente, podría ser de países como España o Portugal, debido a la proximidad en lengua, tradición, instituciones y concepciones

⁶⁴ OEA/Ser. A/28. Serie de los Tratados No. 51. Srf. Gral. de la OEA.

jurídicas, entonces si su ámbito de aplicación estará circunscripto prioritariamente al ámbito interamericano.

El otro aspecto a contemplar, es aquél consistente en que un país americano, pero que no es en la actualidad o nunca lo ha sido miembro integrante de la organización regional, quiera adherirse a la Convención. Por ejemplo Cuba, al respecto se estima que no habría ningún inconveniente para que dicho país pueda adherirse a la misma, ya que con el artículo 9 de adhesión queda abierta a todo Estado sea o no integrante de la Organización de los Estados Americanos. El hecho de ingresar o retirarse de la OEA no implica ratificación o caducidad de las Convenciones que dicho organismo auspicia.

b) El Arbitraje

Esta parte de la denominación de la Convención determina el ámbito de aplicación de la misma en razón de su materia. La Convención de Panamá de 1975 no regula —como la Convención de New York—exclusivamente el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, sino en forma más amplia: el arbitraje.

De esta forma la Convención de Panamá, comprende:

- La regulación del fundamento del arbitraje que es el acuerdo arbitral,
- El procedimiento arbitral propiamente dicho
- La eficacia extra territorial del laudo arbitral en cuanto hace referencia a su reconocimiento y ejecución.

Pero en el caso específico de las sentencias arbitrales, surge la duda de cuándo se la considera como extranjera, al no existir un artículo similar al artículo I de la Convención de New York.

Solamente existe la posibilidad de rechazar un pedido de ejecución y reconocimiento de un laudo extranjero si la sentencia ha sido anulada o

suspendida por una autoridad competente del Estado en que ha sido dictada la sentencia o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

En consecuencia la Convención de Panamá toma en cuenta la distinción entre sentencia arbitral dictada en un territorio extranjero y la sentencia arbitral dictada en el territorio del Estado requerido de una solicitud de exequátur pero que no se considera nacional por estar regida por una ley procesal extranjera. En suma, no existe un artículo semejante al I de la Convención de las Naciones Unidas, pero por una vía indirecta se ha recogido la distinción en ella planteada.

No se requerirá suplementariamente, ninguna conexión subjetiva de personas sujetas a la jurisdicción de Estados contratantes diferentes, ya sea por nacionalidad o el domicilio ni tampoco una conexión territorial exclusivamente interamericana, dado que el artículo 9 citado, admite la posibilidad de su vigencia extra hemisférica.

No se exige que se dicte el laudo en un Estado parte, ni según la ley de un Estado parte. En consecuencia, una sentencia arbitral proveniente de cualquier Estado sea éste ratificante o no de la Convención de Panamá o adherente a ella, puede ser reconocida o ejecutada en el territorio de un Estado ratificante o adherente de la misma.

La Convención no es sólo aplicable si ambos Estados el de origen de la sentencia arbitral y aquél donde se pretende reconocer o ejecutar son ratificantes del Tratado, sino también, si sólo el Estado receptor del laudo extranjero lo ha hecho. Si las partes involucradas en el litigio tienen la misma nacionalidad o están domiciliadas en un mismo país, igualmente es aplicable la Convención puesto que estos puntos de conexión son irrelevantes.

Cabría mantener vigente la pregunta de si se mantiene la doble clasificación que en forma expresa la Convención de Nueva York consagró en su artículo I. Aunque la pertinencia de la interrogante es válida, la respuesta no podrá para nosotros ser otra sino afirmativa, por el hecho de haber "injertado" los

convencionales de Panamá en el texto del Tratado, los artículos 5 y 6, mismos que en adelante se especifican⁶⁵:

“Art. 5.- 1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si esta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a. Que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado la sentencia; o

b. Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c. Que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el acuerdo de las partes de sometimiento al procedimiento arbitral; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d. Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje; o

e. Que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

a. Que, según la ley de este Estado, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b. Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público del mismo Estado.

Art. 6.- Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo 5, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a solicitud de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías apropiadas.”

Y que concuerdan y que dan la continuación lógica del artículo I del Acuerdo de Nueva York.⁶⁶

Art.1. “La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias

⁶⁵ Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional 1975 (CONVENCIÓN DE PANAMÁ)

⁶⁶ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras 1958 (Convención de Nueva York);

arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.”

c) Sobre Arbitraje Comercial Internacional.

El ámbito de aplicación de la Convención en razón de la materia es la referente al comercio internacional. No sólo este aspecto se encuentra precisado en el nomen juris de la Convención, sino también en el artículo 1 que establece que:

“Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudieren surgir o hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil.”

Se diferencia pues de la Convención de 1958 ya que ésta no limita su aplicación en razón de la materia, salvo que el Estado que acceda a la misma haga uso de la segunda reserva contenida en el artículo 1.3. in *fine*.

Queda sin embargo un vacío muy importante para llenar, que es el de determinar lo que se entiende por "comercio internacional", tarea que hasta el presente ninguna Convención sobre la materia ha precisado.

La Convención de New York expresamente consigna que la comercialidad de la relación jurídica litigiosa, será determinada por el derecho interno de cada Estado. La de Panamá al respecto, se muestra totalmente silenciosa, como también respecto del carácter "internacional" de la relación jurídica y del arbitraje. Se puede optar por un criterio económico como lo hace el artículo 1492 del Código de Procedimiento Civil francés que establece que "es internacional el arbitraje que involucra los intereses del comercio internacional" entendido como el conjunto de operaciones económicas internacionales, que tienen por objeto la producción de bienes, prestación de servicios, y flujo de los mismos a través de fronteras. 'Puede tenerse en cuenta elementos subjetivos o por el contrario adoptarse un criterio mixto, dado que generalmente confluyen la diferente nacionalidad de las partes, de los árbitros o su domicilio, y el

flujo de bienes y servicios a través de fronteras. Este vacío debe ser llenado por el orden jurídico del Estado receptor de la sentencia o del acuerdo arbitral extranjeros.⁶⁷

d) Ámbito de Aplicación en Razón de las Personas

No es relevante ni la nacionalidad, ni el domicilio de las partes intervinientes. Estas pueden ser personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras en relación con el Estado receptor.

No se hace una mención expresa sobre si las personas de Derecho Público como el Estado, organismos estatales, paraestatales o mixtos en cuanto realicen actividades comerciales, industriales, etc., estarían incluidos dentro de la Convención de Panamá⁶⁸

e) Ámbito de aplicación de la Convención en el Tiempo

La vigencia de la Convención de Panamá, puede mirarse desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, que consiste en determinar cuándo éste tiene obligatoriedad internacional. Sin duda que, una etapa hacia el establecimiento de esta obligatoriedad internacional lo constituye la ratificación de la misma por los Estados Partes.

La Convención dispone el momento en que entrara en vigor. Según el artículo 10 lo será "el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación". Esta situación ocurrió el 16 de junio de 1976, debido a que Panamá había efectuado el depósito del respectivo instrumento de ratificación el 17 de diciembre de 1975 y Chile el 17 de mayo de 1976.⁶⁹

⁶⁷ Conferencias Internacionales Americanas" (1936 - 1984)". Washington, 1988. p. 685

⁶⁸ El Reglamento de la CIAC que es una copia exacta del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI tampoco hace referencia a las personas de Derecho Público, aunque del proyecto de Reglamento de esta última surgía una mención expresa hacia este tipo de personas jurídicas. ECHEVERRÍA, *Rafael "El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional"*. Ed. Jur. de Chile, Chile. 1981. p. 57.

⁶⁹ Conferencias Internacionales Americanas" (1936 - 1984)". Washington, 1988. p.710

Para cada Estado contratante, la Convención entra en vigor "el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión", según la parte final del mismo artículo. En este caso hay que acudir además a las normas constitucionales de cada Estado que pueden agregar otras exigencias al depósito del respectivo instrumento de ratificación, tal la publicación del texto convencional en un Diario Oficial o su publicación en todo el territorio nacional, etc.

¿La Convención de Panamá puede aplicarse a las relaciones jurídicas creadas con anterioridad a su vigencia, aunque el litigio haya surgido después? ¿O sólo podría aplicarse a los posteriores? En otras palabras: ¿se puede invocar la Convención respecto de acuerdos arbitrales otorgados con anterioridad a la misma, a los procedimientos arbitrales iniciados antes de su entrada en vigencia, y a las solicitudes de exequátur en trámite a dicho momento?

El texto convencional no tiene ninguna disposición que solucione los problemas intertemporales que se pudieren plantear. Pero atendiendo a que no todas las normas contenidas en dicho texto tienen carácter procesal sino que algunas son de índole sustantiva, no puede darse una solución única sino que por el contrario es más prudente formarse una opinión después del estudio del caso concretamente planteado. Al respecto, cabe referirnos al análisis realizado con motivo del examen de la Convención de 1958.⁷⁰

3.4.3 Designación de Árbitros

Sólo podrán pactar una cláusula compromisoria, las personas capaces de contratar según su ley personal, que tengan libre disposición del derecho respectivo.

Autoriza a los extranjeros a ser árbitros, los cuales deben tener capacidad jurídica. Si el arbitraje se refiere a una cuestión de derecho, el árbitro o árbitros

⁷⁰ Al respecto el art. 28 de la Conv. de Viena sobre el Derecho de los Tratados consagra la norma *tempus regit actum* al establecer la irretroactividad de las normas de los Tratados. En materia procesal, aquéllas de carácter técnico que sirven para tratar más adecuadamente la materia sometida a juicio, se puede aplicar a procesos pendientes al momento de entrar en vigencia el Tratado: reconocimiento de documentos, pruebas, etc.

deben cumplir el requisito de ser abogados. El art. 9 establece las causales de inhabilidad para ser árbitros y el artículo 10 las formas de remplazo por no aceptación, recusación, incapacidad o fallecimiento.

El nombramiento de los árbitros podrá delegarse en personas físicas o jurídicas, lo que posibilita la actuación de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. El tribunal arbitral no podrá funcionar sin la concurrencia de todos los árbitros.

Hay preferencia por la constitución de un tribunal arbitral de tres árbitros. Si nada se precisó, cada uno nombrará uno y los dos así designados nombrarán al Presidente. Si alguna parte se encontrare omisa en la designación de su árbitro al vencimiento del plazo acordado, el árbitro será designado por el juez del lugar de ejecución del contrato. Igual solución se impone para el caso de ausencia de acuerdo para la designación del árbitro Presidente.

Sorprendentemente, consagra una solución inversa a la comúnmente establecida, disponiendo que los árbitros deban decidir las controversias como amigables componedores —salvo acuerdo en contrario de las partes— por lo que entonces el laudo no será necesariamente motivado.

- A falta de acuerdo expreso entre las partes, el procedimiento para el arbitraje comercial internacional será el fijado por la ley local del arbitraje. Si ésta no existe, el procedimiento será establecido por los árbitros. Si los árbitros hubiesen sido designados por un comité de arbitraje interamericano, el procedimiento será el establecido por el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. En los casos anteriores deberán respetarse las disposiciones de orden público del derecho local.
- Da fuerza legal a los laudos arbitrales, equiparándolos a sentencias ordinarias.

Los laudos arbitrales tienen fuerza de sentencia definitiva. La ejecución puede exigirse en la misma forma que la de las sentencias judiciales nacionales o extranjeras según sus leyes procesales respectivas.⁷¹

⁷¹ ECHEVERRÍA, *Rafael "El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional"*. Ed. Jur. de Chile, Chile. 1981. p. 59.

3.4.4 Causas para Ausencia de reconocimiento de Sentencias.

Para que se deniegue el conocimiento y la ejecución de una sentencia se necesitan los siguientes requisitos:

- La solicitud expresa de la parte contra la cual fue invocada.
- La parte que invoca el recurso debe probar ante la autoridad competente el fundamento de su recurso.

Las causas para que se niegue el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras son las siguientes:

- Que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable, según el principio la Ley aplicable es la Ley del Estado en el que se aplica la sentencia arbitral internacional.
- Que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado la sentencia;
- Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa, esta causa tiene relación con el principio jurídico del legítimo derecho a la defensa.
- Que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el acuerdo de las partes de sometimiento al procedimiento arbitral; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras;
- Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo arbitral celebrado entre las partes
- Que en efecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje;

- Que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes, es decir que no haya sido ejecutoriada aún.
- Que la sentencia o laudo arbitral haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia.

Si se ha pedido a la autoridad competente la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a solicitud de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías apropiadas.

Las causales de nulidad del laudo, siendo el juez competente de la acción de nulidad, el del lugar donde se dictó la sentencia arbitral. Las causales que podían impetrarse eran las siguientes:

- Nulidad o extinción de la cláusula compromisoria;
- Fraude o coacción en la expedición del laudo;
- Exceso de poderes de los árbitros u omisión de estos en resolver algunos de los puntos controvertidos;
- Vicio esencial del procedimiento o que el laudo se haya pronunciado fuera del plazo señalado por las partes;
- No dar el laudo resolución final y definitiva a la controversia;
- Cuando los términos del laudo sean contradictorios a tal punto que no puedan ejecutarse.

También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

- a. Que, según la ley de este Estado, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b. Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público del mismo Estado.

3.5 Aplicación de Medidas Cautelares en Comercio Internacional

El arbitraje constituye una vía bastante ágil, para la resolución de conflictos en materia de comercio Internacional. Y con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación, será necesario, en estos casos, también adoptar medidas necesarias durante el proceso arbitral.

Con respecto a medidas cautelares puede haber necesidad de que los jueces tomen ciertas medidas conservatorias o de protección *"destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto del litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos."*⁷²

Todas las medidas cautelares son instrumentos procesales que se utilizan en con el objetivo de preservar la labor del árbitro, en cuanto éste pueda culminar su proceso con una sentencia apta para desplegar todos sus efectos. Al referirnos al arbitraje en el área del comercio internacional, podemos decir que esto refleja la necesidad de que las partes de algún modo compartan los riesgos que conlleva el esperar una resolución sobre un determinado conflicto. Siempre existirá una parte notablemente más débil que otra, y de algún modo se buscará equilibrar la situación.

A pesar de considerar que una de las ventajas del arbitraje es el tiempo, cuando hablamos de comercio internacional, esta puede llegar a ser una falacia, ya que se han dado casos en los que los procesos se han prolongado en el tiempo de manera notoria.

Las medidas cautelares son inherentemente ejecutables, aun extraterritorialmente, y evidentemente, no se trata de resoluciones puramente

⁷² Reglamento de Procedimiento de la C.I.A.C. art. 6 y ss. y art. 16 y ss. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

declarativas, mas bien, son resoluciones impositivas, que constituye una garantía, que sirve para asegurar la eficacia del laudo.

Se puede decir que la adopción de una medida cautelar no implica una decisión sobre el fondo del caso sometido a arbitraje. De la misma forma que la resolución podría no tener una adecuada sustanciación. Y al tratarse de una resolución que los árbitros dictan haciendo uso de sus facultades, por la naturaleza jurisdiccional que poseen, en cumplimiento con las condiciones generales de la Convención. En efecto: las cuestiones a que se refieren las medidas cautelares, resuelven y clarifican los Derechos de las partes hasta que se dicte el laudo sobre las controversias, y ese es el momento preciso en el que la ejecución de las medidas deberá llevarse a cabo.

Ahora que la adopción de las medidas cautelares es evidentemente necesaria, se deberá analizar quién posee la competencia para dictar la medida; si el árbitro ó Tribunal Arbitral que está conociendo el caso, o si deberá ser un juez estatal. Esto va de acuerdo con la legislación de cada país.

De acuerdo a lo que se estableció en el pacto arbitral, si se ha incluido o no la posibilidad de que el tribunal decrete las medidas, se revisará las normas aplicables al proceso arbitral según sea el caso. Las medidas adoptadas, solo podrán afectar a bienes que estén relacionados con la disputa.

La ejecución del laudo y de medidas cautelares, se deberían dar de manera voluntaria de las partes, ya que por un acuerdo en común se sometieron a un procedimiento arbitral, en caso de que alguna de las partes no quiera cumplir con lo que manda el laudo arbitral, para cumplirla, se deberá acudir a un órgano judicial, porque será un Juez quien ejecutará el laudo, además de las medidas cautelares.

CAPITULO IV

MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y SU APLICACIÓN EN PROCESOS DE ARBITRAJE

La aplicación de medidas cautelares conforme al criterio de Carnelittu, 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.⁷³

Calamandrei sostiene que es una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, vista su instrumentalidad o preordenación.⁷⁴

La finalidad de las medidas cautelares es la de restablecer el valor económico que tiene el litigio para de esta manera garantizar el cumplimiento del laudo arbitral o sentencia según sea el caso.

El Código de Procedimiento Civil prevé cuatro tipos de providencias preventivas, que son: Secuestro, retención, Arraigo y prohibición de enajenar. Partiendo de aquello, y revisando lo que encontramos en el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación analizaré las medidas cautelares que pueden dictar los árbitros.

4.1. El Secuestro

Por secuestro de bienes se entiende el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor.

⁷³Carnelutti, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, cit., pág. 86.

⁷⁴ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Argentina, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1945, p. 76

4.1.1 Características del Secuestro

El árbitro puede dictar el secuestro de bienes de acuerdo con lo que dictan los artículos 67 y 899 del Código de Procedimiento Civil, y debe considerarse, que el secuestro debe tener como finalidad el asegurar el bien materia del litigio, y tiene las siguientes características:

- a) Es una especie de depósito
- b) Por regla general sólo se refiere a cosa mueble; sin embargo como excepción puede efectuarse en bienes raíces, cuando se tema su deterioro
- c) La cosa mueble debe ser objeto del litigio
- d) El depósito debe efectuarse en manos de un tercero, distinto de las partes

La Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, define a secuestro como: *una forma especial de depósito, con características de figura jurídica distinta, el secuestro que consiste en la entrega de una cosa mueble o inmueble en manos de un tercero con la finalidad de su de su conservación en interés de dos o más interesados para ser devuelto a uno de ellos.*⁷⁵

En el Diccionario Básico de Términos Jurídicos encontramos que *Depósito convencional o judicial de una cosa que se disputan dos o más personas en manos de un tercero – el secuestre- que deberá restituirla a quien obtenga la decisión favorable. El Secuestre queda obligado a retener y custodiar la cosa mientras la controversia es dirimida. Si la cosa secuestrada es un inmueble, en lo que se refiere a su administración adquiere el secuestre las facultades propias de un mandatario. El secuestro puede caer sobre bienes muebles y bienes raíces. En este último caso el secuestre deberá dar cuenta al futuro adjudicatario. Si el secuestro es convencional queda constituido por el solo*

⁷⁵ Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana

*consentimiento de las personas que se disputan la cosa. A esta se le llama objeto litigioso. El secuestro judicial se constituye por decreto del juez, en los casos previstos por las disposiciones procesales.*⁷⁶

De acuerdo a lo revisado concluiríamos que el secuestro es una medida cautelar que se utiliza con la finalidad de asegurar el cumplimiento de un derecho que ha sido legalmente reconocido. Una vez que se haya resuelto el litigio, el bien se regresa a su propietario o se le hace entrega a quien alega un derecho, quien lo recibe como garantía, pago o indemnización.

Con el objetivo de garantizar los gastos y los posibles daños que se deduzcan la aplicación de un secuestro de bienes, el tribunal arbitral tiene la potestad de exigir una garantía a la parte que solicitó la medida cautelar, conforme el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Siempre que las partes hayan facultado al árbitro para la ejecución de esta medida cautelar, este, deberá contar con el auxilio de un depositario conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, ya que son quienes están facultados para intervenir en los embargos, secuestros de bienes y otras medidas legales.

El secuestro de bienes no se inscribe en ningún registro, a menos que se traten de bienes inmuebles, se lo inscribirá en el registro de la propiedad.

Se debe diferenciar entre el secuestro y el embargo preventivo porque mientras el primero recae sobre cosas ciertas y determinadas acerca de las cuales existe o a de promoverse una controversia judicial, el segundo versa sobre cualquier bien que se encuentre en el patrimonio del deudor cuya eventual realización permitirá satisfacer el crédito por el cual se procede.⁷⁷

⁷⁶ Madrid Malo G, Mario DICCIONARIO BÁSICO DE TÉRMINOS JURÍDICOS. Legis Fondo Editorial, Bogotá Colombia 1988

⁷⁷ Manual de Derecho Procesal Civil, Lino Enrique Palacio p.777

4.2. La Retención

Es una medida preventiva a través de la cual las rentas, créditos o bienes muebles del deudor que están en manos de un tercero a través de una providencia preventiva. El árbitro que dicte esta medida cautelar ordenará a quien tenga en poder estos bienes a no entregarlos a persona alguna sin una orden previa.

El artículo 899 del Código de Procedimiento Civil, establece los siguientes requisitos:

- La prueba instrumental del crédito ya que se debe probar la existencia del mismo,
- Que los bienes del deudor se hallen en tal mal estado que no alcanzan a cubrir el crédito existente.

Para Casarino Viterbo "*... la medida precautoria de retención de bienes determinados recae exclusivamente sobre dinero o cosas muebles. Su objeto preciso es asegurar el resultado de la acción instaurada, impidiendo que el demandado disponga de ese dinero o de esas cosas muebles durante el curso del juicio, a fin de que, en definitiva, respondan al cumplimiento de la sentencia que se dicte.*"⁷⁸

La retención puede tener tanto el carácter de una obligatoriedad como el de un derecho. Así, por ejemplo, constituye una obligación cuando la ley impone a una persona individual o jurídica el deber de conserva en su poder una cosa o cantidad para darle posteriormente el destino que marque la Ley⁷⁹.

Entonces podemos decir que la retención consiste en la inmovilización de cuentas, créditos o bienes que se encuentran en poder de un tercero. Y en casi

⁷⁸ Gozaíni, Oscar Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado*. Tomo I (Art. 1º a 237º). Pág.470-471. Editorial La Ley.

⁷⁹ CABANELLAS, Guillermo Diccionario Jurídico PAG. 988

de su aplicación al arbitraje, el árbitro que dicte esta medida cautelar ordenará a quien tenga estos bienes, no entregarlos sin una orden expresa. Para ejecutar esta medida cautelar, el árbitro deberá previamente verificar la existencia del crédito además de confirmar que los bienes del deudor no alcanzan a cubrir el pago, y mediante oficio comunicar a la persona o institución en la que el deudor tenga un valor o crédito a fin de que esos bienes sean retenidos hasta disposición en contrario.

4.3. La Prohibición de Enajenar

Es la medida cautelar prevista en el artículo 900 del Código de Procedimiento Civil que consiste en la prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados. Esos actos pueden ser de cualquier clase, modifiquen o extingan relaciones jurídicas.

Esta medida solamente puede recaer sobre bienes inmuebles, a diferencia del embargo preventivo que solo puede recaer sobre bienes muebles. Esta medida implica o involucra una privación al propietario del "Ius Autendi", es decir, del derecho de disponer lo que se traduce como la imposibilidad de vender, hipotecar ese bien inmueble, realizar todos los actos relacionados con lo anterior, entre otras. Cabe destacar que el uso y disfrute del propietario permanece intocable.⁸⁰

La determinación de los bienes es requisito indispensable para conceder la medida. No puede pedirse en forma general sobre todos los bienes del demandado. La medida más general que se solicita es la prohibición de gravar y enajenar bienes determinados, que es una aplicación de la normativa general.

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 y no puede aplicarse de manera analógica.

⁸⁰ LORCA, Navarrete AM Manual de Derecho de Arbitraje, Madrid Dykinson 1997, pag.641

4.3.1 Características de la prohibición de enajenar

- a) Puede recaer sobre cualquier acto jurídico, sean unilaterales o bilaterales, contratos o convenciones.
- b) Recae también sobre bienes muebles o inmuebles.
- c) Los bienes tienen que ser determinados. No pueden ser genéricos o imprecisos.
- d) Pueden ser bienes objeto del juicio, u otros bienes del demandado, siendo en este último caso mayores los requisitos.
- e) El efecto esencial de esta medida es impedir que el demandado celebre el acto o contrato a que se refiere la prohibición. Por lo general, se traduce en la indisponibilidad del bien y en la sanción de nulidad absoluta por la infracción.

El árbitro dicta esta medida cautelar, con el objetivo de impedir que se enajenen bienes raíces, y se notificará al Registrador de la Propiedad para que inscriba dicha prohibición sobre el bien inmueble implicado.

4.4. La Prohibición de Salida del País o Arraigo

Esta medida evita que el deudor se ausente del país para eludir el cumplimiento de una obligación y procede únicamente cuando se cumplen las siguientes condiciones según el artículo 913 del Código de Procedimiento Civil:⁸¹

- Se justifique la existencia de un crédito,
- Cuando el deudor es de nacionalidad extranjera y;
- Cuando el acreedor demuestra que el deudor no tiene bienes raíces.

Arraigo (acción y efecto de arraigar; del latín ad y radicare, echar raíces) Se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de

⁸¹ Código de Procedimiento Civil. Art. 913

parte, cuando de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda. Tiene por objeto o finalidad que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la demanda que se dicte.⁸²

En la legislación Ecuatoriana, es necesario mencionar que en el Código de la Niñez y Adolescencia, no hace distinción entre nacionales o extranjeros y facultan al juez a dictar esta medida cautelar sin limitar la medida a extranjeros. Es por esto que considero que en arbitraje se podría dictar orden de arraigo, independientemente de la nacionalidad del deudor, pues el árbitro tiene la potestad de dictar la medida cautelar que considere necesaria para cada caso. Sin embargo, si alguna persona solicita maliciosamente la prohibición de ausencia, pagará todos los daños y perjuicios causados al deudor de acuerdo con el artículo 915 del Código de Procedimiento Civil.

Para la ejecución de esta medida, será necesario la notificación a la policía de migración. Esta medida puede ser suspendida, siempre y cuando el afectado demuestre que tiene un apoderado en el país y que demuestre solvencia para el pago del crédito.

4.5. Medidas Cautelares Innominadas y la Potestad de los Árbitros de dictar medidas cautelares no previstas en el Código de Procedimiento Civil

Se consideran medidas cautelares innominadas a aquellas que no están previstas expresamente en la legislación.

La atipicidad de la medida cautelar comprende como significado mínimo la falta de predeterminación legislativa del contenido de tales medidas. El contenido de la medida cautelar atípica o indeterminada, esta individualizado, solamente con

⁸² Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, décima edición, 1997

*fundamento en el criterio de la idoneidad o necesidad según las circunstancias para garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia de merito.*⁸³

*El legislador el momento de plasmar sus normas, previó la posibilidad de que existiesen aquellos casos no incluidos en sus previsiones, sabiendo que necesariamente debían tener una respuesta en Justicia ya que Ley tiene sus lagunas, el Derecho es pleno. Pero la respuesta en justicia, todavía no tiene nombre innominada. La solución estribaba, pues, en crear el apoyo legal positivo (...) para que la discrecionalidad jurisdiccional aportara la respuesta adecuada por supuestos legales que la apoyan es precisamente una medida cautelar innominada.*⁸⁴

En la legislación nacional, y específicamente en la Ley de Arbitraje y Mediación tiene una gran ventaja, es que no solo se facultó a los árbitros para dictar medidas cautelares previstas en el Código de Procedimiento Civil, sino que además los faculta, para que dicten aquellas medidas que ellos consideren necesarias según sea el caso. Facultad que los árbitros deben precautelar con gran responsabilidad.

Es por lo anteriormente expuesto que concluimos que la potestad de los árbitros radica en el convenio arbitral y en la Ley de Arbitraje y Mediación. Lo cual no quiere decir que no dependa de los órganos jurisdiccionales del estado. Al contrario deben siempre estar apoyados, para que no existan contradicciones que provoque inseguridad jurídica. Esto ayudará a que el arbitraje se fortalezca como un método que facilite y descongestione la administración de justicia.

⁸³ JINESTA L, Ernesto. La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo. San José de Costa Rica 1996 Pag.163

⁸⁴ ESCARTIN NUÑEZ, La Medidas Cautelares Innominadas o Atípicas en "Estudio de Derecho Procesal en homenaje a los profesores Herce Quemada y Duque Barraqués". Zaragoza, Institución Fernando El Católico, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. 1983

4.6. Garantías y Caución en Medidas Cautelares dictadas en el proceso Arbitral

Con respecto a garantías y cauciones el artículo 9 de las Ley de Arbitraje y mediación señala que:

...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 petición fuere infundada en el laudo.

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

Sin romper el principio de bilateralidad procesal, toda medida cautelar, es dictada *in audita parte*, es decir sin la participación del sujeto contra quien se está dictando la medida. Se han previsto dos tipos de prevenciones para cuando las medidas cautelares hayan sido dictadas. Por un lado, se obliga a quien solicita la medida cautelar a cubrir costos y posibles daños y perjuicios que la orden de ejecución de dicha medida pudiere causar, a esto se lo conoce como garantía o contracautela. Por otro lado, también se suspende los efectos de la medida cautelar tomada, a petición de la parte que se puede ver afectada con dicha medida, a lo cual se lo conoce como caución.

4.7. Ejecución de Medidas Cautelares

Con respecto a la ejecución de las Medidas Cautelares y siempre que así las partes hubieren acordado en el convenio arbitral, conforme lo previsto en el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el tribunal está facultado a solicitar auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos para ejecutar las medidas cautelares dictadas. Es por esto que para que los árbitros respaldarán su actuar, en los funcionarios antes mencionados, y estos a su vez están en la obligación de prestar todo el auxilio necesario sin tener la opción de

negarse a cumplir lo ordenado por el tribunal arbitral, so pena de incurrir en responsabilidad civil y penal.

En un artículo escrito por el profesor Roque Caivano en el que se analiza un controversial caso ocurrido en Argentina⁸⁵ El autor estudia la falta de Imperium del árbitro respecto de las medidas cautelares. Parte por establecer las diferencias de los momentos procesales en los cuales se puede dictar la medida. Consciente de que todo acto humano conlleva dos momentos cronológicamente diferentes que implican en primer lugar tomar una decisión para luego ejecutarla, el profesor Caivano concluye que es válida la posibilidad de que dos entes diferentes lleven a cabo estos dos actos y considera dable que por un lado sea tomada la decisión de una medida cautelar y por otro se de la ejecución de la misma en dos personas o autoridades diferentes.

Cabe recalcar que en la legislación Argentina a diferencia de la legislación Ecuatoriana, se prohíbe a los árbitros dictar y ejecutar medidas cautelares. En Ecuador, si las partes no facultan al árbitro o al tribunal a ejecutar las medidas cautelares, el sistema pone a su disposición un proceso para conseguir la ejecución de la medida cautelar.

El último inciso del artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas sin que esto signifique renuncia alguna al convenio arbitral.

Conforme con el artículo 1 del Reglamento de Sorteos de Juicios, se entendería que el trámite de solicitud ejecución de una medida cautelar ante el Juez ordinario, en ciudades donde exista dos o más juzgados, debería iniciar por la presentación de tal petición en la oficina de sorteos correspondiente para que de esa manera se radique la competencia de uno de los jueces ordinarios. En el artículo 5 del mismo reglamento, se entiende como “demanda” toda

⁸⁵ Medidas Cautelares y Medidas de Compulsión (La decisión sobre la procedencia de la medida), Caso Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, sala 1ra, 7/7/98, autos “sasso Nicolás/ Neyra, Osbelia

solicitud o reclamo que de conformidad con la ley se dirigiere a los jueces para la iniciación de un juicio o de conocimiento de este, tales como: actos de jurisdicción voluntaria, diligencias previas y cautelares o preventivas, excepto en materia penal

Una vez conocida la petición por parte del juez ordinario y por haberse radicado anteriormente la competencia del tribunal arbitral respecto del proceso que ante ellos se ventila, considero que el juez a quien se solicita la ejecución de la medida cautelar no tiene atribuciones para modificar o limitar lo dispuesto por el árbitro respecto de la medida cautelar, y si lo hacen incurrirían en prevaricato por lo que serían enjuiciados penalmente.

En conclusión se puede decir que las medidas cautelares son medidas preventivas y no medidas de ejecución que se dictan dentro de un proceso para garantizar el normal desarrollo de dicho proceso y además los garantizar los bienes que son materia del litigio. Y que a pesar de la falta de *imperium* no le quita al árbitro la potestad de dictar o ejecutar medidas cautelares

Lo que no está previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación, es el momento procesal en el cual las medidas cautelares deben ser dictadas, esto podría darse, el momento en el que el árbitro acepta el cargo dentro de un determinado proceso, cuando el árbitro se posesiona, o una vez que se haya dado la audiencia de sustanciación, ya que a partir de eso momento el árbitro o el tribunal, es competente porque avoca conocimiento sobre el litigio. Es esto lo que justamente genera confusión y un vacío legal en la ley.

4.8. Caducidad de las Medidas Cautelares

Se puede decir que una medida cautelar a caducado, una vez que ha dejado de tener el efecto sobre el bien o la persona contra quien se dicto. Por la tanto a dejado de cumplir su principal objetivo. Según el autor Manuel Ossorio, la caducidad “es la acción y efecto de caducar, acabarse, extinguirse, perder su

efecto o vigor, por cualquier motivo, alguna disposición legal, algún instrumento público o privado, o algún acto judicial, o extrajudicial”⁸⁶

El artículo del Código 923 de Procedimiento Civil, dice que: *Caducarán el secuestro, la retención, la prohibición de ausentarse y la de enajenar bienes raíces si, dentro de quince días de ordenados, o de que se hizo exigible la obligación, no se propone la demanda en lo principal; y el solicitante pagará, además, los daños y perjuicios que tales órdenes hubiesen causado al deudor. Caducarán, igualmente, si la expresada demanda dejare de continuarse durante treinta días...*

Esta norma es muy precisa al mencionar la caducidad de las medidas cautelares dentro de los procesos judiciales, o en la parte previa al inicio de los mismos, pero nuevamente tenemos un vacío en la Ley de Arbitraje y Mediación ya que no menciona nada al respecto.

Las medidas cautelares deberían mantener su vigencia, mientras se mantenga el objetivo por el cual fueron dictadas, de esta manera guardaríamos armonía con el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación que es el de garantizar el bien materia del litigio o garantizar el resultado del proceso. Entonces las medidas deberían ser levantadas cuando, se ejecute lo resuelto por el tribunal arbitral, en caso de que la demanda fuera infundada, y además si el tribunal considera que la medida resulta innecesaria.

4.9. Aplicación de Medidas Cautelares Constitucionales en Procesos de Arbitraje

Las medidas cautelares constitucionales constituyen un mecanismo transitorio para evitar la violación o detener la violación de un derecho constitucional.

En la legislación Ecuatoriana, se encuentran establecidas en la Constitución, y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Y

⁸⁶ OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 28va Ed. Buenos Aires. Ed. Heliasta, 2001

para que estas puedan ser solicitadas, deberán cumplir con las condiciones que en adelante se especifican

- a) Que exista la amenaza inminente de violación de un derecho constitucional o una violación continua de un derecho constitucional, de tal manera que con la medida cautelar se puede evitar la violación o hacer cesar la violación del derecho. Si la violación al derecho ya se ha consumado y ha agotado, la medida cautelar no es procedente y la reparación del daño causado debería perseguirse a través de una acción de protección u otra garantía jurisdiccional dependiendo del derecho vulnerado.

- b) Que el daño que se cause sea grave, gravedad que se determina en función de la intensidad o frecuencia de la amenaza o violación del derecho. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a mi modo de ver restrictivamente y por ende inconstitucionalmente⁸⁷, ha agregado el hecho de que ese daño debe ser irreversible⁸⁸.

En el inciso tercero del Art. 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se establece que no procederán las medidas cautelares cuando:

- a) Existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias;
- b) Cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales; y,
- c) Cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección.

⁸⁷ El Art. 11 numeral 4 de la Constitución establece que "*Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales*".

⁸⁸ Sin lugar a dudas que resulta cuestionable el que en la LOGJCC se hable de que para que proceda una medida cautelar frente a la amenaza inminente y grave de violar un derecho, la gravedad esté supeditada a que el daño causado sea irreversible, ya que la mera violación de un derecho constitucional reviste una alta gravedad que merece ser evitada y por ende el pretender que el daño sea además irreversible constituye una condición inconstitucional e improcedente.

La aplicación de medidas cautelares constitucionales en procesos de arbitraje no ha sido una práctica común, de hecho, existe un solo caso que pudo ser revisado, en este es el caso la empresa "A" vs la empresa "B", ha sido muy novedoso, ya que un juez respondiendo a una solicitud de una de las partes, concedió la medida cautelar solicitada, resolviendo suspender el proceso de arbitraje.

Existen muchas contradicciones sobre la posibilidad de si son o no aplicables dichas medidas en los procesos de arbitraje, inclusive, el caso antes mencionado aun no se ha resuelto, sin embargo y bajo un criterio personal, estas medidas no deberían tener la posibilidad de suspender un proceso arbitral ya que las actuaciones arbitrales tienen una naturaleza jurisdiccional y por disposición expresa de la ley no están sujetas estas medidas.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- El arbitraje ha venido evolucionando en la historia, hasta convertirse en una de las maneras más idóneas y eficaces para la solución de conflictos, toda vez que las ventajas que presenta frente a la justicia común lo vuelven un sistema más expeditivo que el judicial, especialmente en los litigios de naturaleza comercial. En el caso de Ecuador la publicación de la Ley de Arbitraje y Mediación el 4 de Septiembre de 1997, significó un importante avance, sobre todo por el apoyo a la postura moderna que denota el art. 9 de la mencionada ley, mediante el cual se faculta a los árbitros para dictar medidas cautelares en procesos de arbitraje.
- Al dar paso a una jurisdicción convencional, las partes, implícitamente renuncian a la jurisdicción legal, y en ejercicio de la autonomía de voluntad, en los casos permitidos por la ley, otorgan a unos terceros imparciales las facultades suficientes para resolver sus controversias, aquí es en donde intervienen los árbitros, para que se pueda acceder al Arbitraje, se considera como requisito la existencia de un convenio arbitral por escrito, de acuerdo a la legislación vigente, las partes atribuyen facultades al árbitro mediante este convenio. Los árbitros ejercen autoridad como un juez ordinario, la diferencia radica en que los jueces se encuentran facultados por la ley y los árbitros por la voluntad de las partes.
- La aplicación de medidas cautelares en procesos de arbitraje, son herramientas eficaces para garantizar el cumplimiento del laudo, proporcionando equilibrio entre las partes... Las medidas cautelares deben ser aplicadas de manera oportuna de acuerdo a las leyes que las rigen. El momento procesal en el que se aplican las medidas cautelares en el arbitraje representa un inconveniente pues existe un vacío en el tema, que genera confusiones que, a su vez, pueden hacer que cualquiera de las partes procesales se sienta perjudicada.

- El resultado del estudio realizado, se centra básicamente en el hecho de las formas de aplicación de las medidas cautelares en el arbitraje como proceso previo, que es justamente donde encontramos vacíos que inevitablemente generan confusiones, y puede tener como consecuencia malas prácticas procesales.
- De acuerdo con las diferentes Convenciones Internacionales suscritas por el Ecuador, el país se obliga a reconocer y ejecutar las sentencias o laudos arbitrales que hayan sido expedidos por tribunales arbitrales extranjeros, siempre y cuando cumplan con los requisitos que las referidas Convenciones señalan y con las exigencias de la Ley ecuatoriana. Consecuentemente, para la ejecución de laudos provisionales extranjeros que dispongan medidas cautelares en el Ecuador conforme al artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, que exige, además del cumplimiento de los requisitos derivados de las Convenciones internacionales, que la decisión extranjera no vaya contra el Derecho Público o a las leyes ecuatorianas.

En el Ecuador, los laudos dictados como consecuencia de arbitrajes internacionales son ejecutables, y tienen los mismos efectos que los laudos dictados en un arbitraje nacional.

- El objetivo de las medidas cautelares es asegurar la efectividad de la sentencia o del laudo que se expida. La adopción de estas medidas nos brinda equilibrio entre las partes mientras se desarrolla el proceso, al neutralizar los daños que la duración normal o anormal del procedimiento pudieran causar, al mismo tiempo que aseguran el derecho a obtener una sentencia efectiva.
- De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, el juez tiene la potestad ordenar cualquiera de las medidas cautelares previstas en el. El árbitro, además, está facultado por la Ley de Arbitraje y Mediación para disponer cualesquier otra medida “que considere

necesaria para cada caso y que para su ejecución, si las partes así lo hubieran estipulado en el convenio”, es decir, con base en su criterio el árbitro podrá escoger alguna medida que a pesar de no estar prevista en el código de Procedimiento Civil, la considere la más apropiada para asegurar los bienes del proceso o las resultas del juicio principal.

Es evidente que la norma resulta insuficiente, el texto insinúa que la actividad de los jueces se limita a la ejecución de las medidas cautelares y no a ordenarlas, que es el punto más importante, más aún cuando no esté integrado el tribunal arbitral.

- La Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador le da competencia tanto a los árbitros, como a los jueces ordinarios, lo que deriva en que las medidas cautelares pueden ser ordenadas antes del inicio del proceso arbitral, o durante el desarrollo del mismo. Para la adopción de medidas cautelares antes del inicio del proceso de arbitraje son competentes los jueces comunes y se impone al solicitante el término de quince días después de ordenada la medida preventiva para que dé inicio al juicio arbitral, con el riesgo de que caduque la medida.

Por lo tanto la propuesta puntual en este sentido sería la reforma del artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, reforma que determine claramente las posibilidades de solicitar medidas cautelares previamente al desarrollo del proceso arbitral acudiendo a jueces ordinarios como manera de apoyo al arbitraje, una vez resuelto se deberá hacer una transición al tribunal arbitral una vez que se haya posesionado y declarado competente, para que a partir de ese momento y en adelante sea este quien administre dicha medida. La petición sobre alguna cuestión sobreviniente deberá hacerla el árbitro para que el juez ejecute lo solicitado por el tribunal arbitral en relación a esa medida cautelar, garantizando así que se siga el debido proceso.

Se deberían tomar en consideración los cambios y reformas que se realizaron a la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL en el año 2006, específicamente en su artículo 17. En ese sentido, la mencionada ley identifica que a petición de cualquiera de las partes, los árbitros pueden adoptar en una decisión que tenga o no la forma de laudo las medidas cautelares que consideren necesarias para garantizar la eficacia del laudo, tales como medidas que mantengan o establezcan el statu quo, que impidan algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, que se preserve bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente o que se preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

La norma dispone que una vez constituido el tribunal arbitral, es a éste a quien le corresponde conocer y resolver cualquier solicitud de medida cautelar. Es más, si se ha solicitado una medida cautelar a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede solicitar a la autoridad judicial que remita lo actuado a los árbitros para que sean éstos los que se pronuncien definitivamente.

Adoptada la medida cautelar por los árbitros y en caso se requiera el auxilio judicial, la parte interesada podrá recurrir al juez quien deberá proceder a la ejecución de la medida sin admitir recurso ni oposición alguna

Adicionalmente se debería establecer en la ley un procedimiento claro para la petición, aplicación, y ejecución de medidas cautelares. En donde se especifique los momentos en los cuáles se pueden solicitar, las condiciones en las que se deberá hacer.

Es necesario tener claro las condiciones en las que se pueda utilizar esta herramienta que nos brinda la facilidad de resolver conflictos.

Esta sería una manera de fortalecer el arbitraje, a través de una información adecuada que nos brindará una seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALVARADO V, Adolfo. "El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses". Artículo publicado en la obra "Derecho Procesal Moderno". Instituto Panamericano de Derecho Procesa. 1988. Ob. cit. pág. 49

ARIAS MANZANO, Tania. "*El Arbitraje Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos*", ediciones Corporación Editora Nacional, Quito, 2001.

AYMLYM, Patricio, "*El Juicio Arbitral*", Edición Fallos del Mes. Madrid, 1982

AZOCAR, Patricio. Juicio Arbitral. Editorial Jurídica. Santiago. 2007. pg. 111

BOND, Stephen R. "*Como redactar una Cláusula Compromisoria*". Edición CCI. Canadá 1989.

BETTI SALGAR, Julio. "*El Arbitraje en el Derecho Colombiano*". Editorial TEMIS. Bogotá. 1994.

CAIVANO, Roque. "Arbitraje Ad-hoc". Ed. SRL. Buenos Aires. 1993. Pág. 73.

CALAMANDREI, Piero. Las providencias cautelares. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1945

CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA, "*Arbitraje y Conciliación*", Ediciones Cámara de Comercio. Bogotá, 1996

CAMARA DE COMERCIO DE QUITO. "*Fundamentos y Antecedentes de la Propuesta Proyecto de ley de Arbitraje y Mediación*". Edición CCQCDL. Quito. 1996.

CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. "*Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*". Edición CCI. Canadá 1998.

CARMIGNIANI, Eduardo: "*Medidas Cautelares en el Arbitraje*". Ponencia expuesta en el Primer Congreso Nacional de Arbitraje en Ecuador, 5 y 6 de junio de 2000.

CARNACINI, Tito, "*Arbitraje*", Ediciones Egea, Buenos Aires. 1961.

CABANELLAS, Guillermo Diccionario Jurídico PAG. 988

CHAVANEIX & ASOCIADOS. "Arbitraje Legal Ecuatoriano". Revista Iberoamericana de Arbitraje. © 1997-2000 [Derecho Org Ecuador](#)

CORTE INTERNACIONAL DE ABITRAJE DE LA CCI. "*Reconocimiento de Sentencias Arbitrales*". Edición CCI. Bogotá. 1995.

COUTURE, Eduardo J., "Las garantías constitucionales del proceso civil", en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946, pág. 614

EYZAGUIRRE ECHEVERRIA, Rafael, "*Conciliación y Arbitraje Comercial*", Editorial MUNDY EDIT, Santiago. 1992.

GARITA GONZALEZ, Víctor. "*El Arbitraje un nuevo horizonte para la búsqueda de una mejor Justicia*". Edición AID. Buenos aires. 1995.

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. "*Curso Práctico de Arbitraje*", Ediciones Libro del Profesional, Santa Fe. 1993.

GOUNOT, Emmanuel. "Los principios de la autonomía de la voluntad en el Derecho Privado" Madrid. Trad. Española. 1973. Pg. 4

ILLINWORTH, Roberto. "*Prácticas de Arbitraje en el Ecuador*", Editorial Mundy color, Guayaquil, 1992.

JALK, Gustavo (compilador). "Resolución Alternativa de Conflictos". Edición CDL. Quito. 1997.

KOS RABSEWICZ, Ludwic "*El Arbitramento en la Legislación Canadiense*". Editorial TEMIS". Ontario. 1990.

LOPEZ DEL SOLAR ELIO, Rodolfo. "*Conciliación y Arbitraje*". Edición ZEGADA, Quito 1995.

LORCA NAVARRETE, Antonio, "*Derecho de Arbitraje Español*", Edición DB. Madrid. 1994.

LUZZATTO, *Riccardo*. "Accordi Internazionali e Diritto Interno in Materia di Arbitrato. Traducción Española.pg. 78

MANTILLA SERRANO, Fernando. "*La Constitución de un Tribunal Arbitral*". Edición Corte Internacional de Arbitraje. Santa Fe, 1995.

MARTINEZ, Luis. "La cláusula compromisoria en el arbitraje civil". Monografías Cívicas. 1991. Pág. 7

MERINO DIRANI, Valeria. "*Proyecto de Reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación*", Edición Corporación Nacional Para el Desarrollo.

Quito, 1999.

MONTENEGRO DE FLETCHER, Alma. *“Métodos Alternativos de Solución de Conflictos”*, Edición Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, Bogotá 1999.

PALACIOS, Nicolás. Seminario *“Hacia una Visión Integral de la Administración de Centros de Arbitraje y Conciliación”*. Edición Cámara de Comercio de Quito. Quito. 2000.

PEÑA, Gilberto. *“Pacto Arbitral y Arbitramento en conciencia”*. Monografías Jurídicas. Bogotá. 1988. Pág. 21

PEREZ, Efraín. *“El Arbitraje en el Derecho Público Ecuatoriano”*. Ediciones ESTADE. Quito. 1999.

Reglamento para el funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito artículo 2.

LEGISLACION ECUATORIANA

Constitución Política de la República del Ecuador

Codificación del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano publicado en R.O. No. 58 del 12 de julio del 2005.

Codificación del Código Civil Ecuatoriano.(Cod. 2005-10. R.O.-SAG 24-junio-2005)

Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador y la Ley Reformatoria No. 2005-48, Publicada esta última en el Registro Oficial No. 532, de 25 de febrero de 2005.

Reglamento para el funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito artículo 2.

LEYES Y REGLAMENTOS INTERNACIONALES

Reglamento de Arbitraje de la C.C.I. de París.

Reglamento de Arbitraje de la American Arbitration Association A.A.A.,

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL).

Reglas de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual O.M.P.I

Ley Modelo de la UNCITRAL (CNUDMI).

CONVENCIONES Y TRATADOS INTERNACIONALES

Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, publicada en el R.O. 240 del 11 de mayo de 1982.

Convenio sobre Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Nueva York, 1958 (R. O. 43 del 29-XII-61).

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial, Panamá, 1975 (R.O. 875 de 14-II-1992).

Convención de Montevideo de 1979 sobre la extraterritorialidad de las Sentencias y Laudos Arbitrales (D.S. 853: R.O. 240, 11-V-1982).