



# LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE

Dr. ERNESTO SALCEDO VERDUGA



## **NOTA DE LA COORDINADORA**

Me resulta muy grato y placentero presentar como Directora del Programa Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la obra "Las Medidas Cautelares en el Arbitraje" de la autoría del Dr. Ernesto Salcedo Verduga.

Esta obra, sin dudar un momento, cumple el objetivo de nuestra Biblioteca, cual es entregar a la comunidad jurídica ecuatoriana, textos de calidad y pertinencia social, pues sobre el tema en nuestro país no se ha escrito hasta ahora con la profundidad que lo hace el autor; y, en segundo lugar, pues como muy bien se expone en el prólogo de esta obra por parte del Dr. Ramón Jiménez Carbo, el Doctor Ernesto Salcedo es todo un referente en la materia *al* reunir el cuatro condiciones: juez, litigante, profesor y arbitro.

El autor en su obra, que es una verdadera tesis doctoral, sugiere fundamentalmente una reforma al Art. 9 de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, en el sentido de dejar bien previsto que antes que el tribunal arbitral se instale, se puede recurrir a los jueces para pedir medidas preventivas.

Esperamos, pues, que esta obra llegue hasta nuestro legisladores, para que la reforma que se sugiere se incorpore en nuestra legislación.

**AB. CORINA  
NAVARRETE LUQUE DE REAL**

Directora Programa  
Biblioteca de Autores  
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias  
Sociales y Políticas  
**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**



# ÍNDICE

## PRÓLOGO

## INTRODUCCIÓN

### PRIMERA PARTE

#### CAPÍTULO I TEORÍA GENERAL DEL PROCESO CAUTELAR

I.	Introducción	1
II.	El derecho a una sentencia efectiva	2
III.	Similitudes entre el proceso judicial y arbitral	3
IV.	La tutela judicial efectiva incluye la tutela cautelar arbitral	4
V.	La verdadera importancia de las medidas cautelares	5

#### CAPÍTULO II CONCEPTO Y OBJETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

I.	El Estado tiene la obligación de tutelar los derechos y el pedido de justicia de la comunidad	6
II.	Requisitos de una administración de justicia eficaz	7
III.	Concepto de medidas cautelares	8
IV.	El objeto de las medidas cautelares	11

#### CAPÍTULO III NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

I.	Las principales concepciones doctrinales	12
II.	La discutida autonomía del proceso cautelar. Posiciones de la doctrina sobre el tema	14
III.	La autonomía del proceso cautelar según el Procedimiento Civil del Ecuador	16
IV.	La naturaleza de las medidas cautelares según la legislación y la doctrina ecuatorianas: medidas precautorias y medidas preventivas	17
V.	Clases de medidas preventivas que se pueden adoptar en el proceso cautelar ecuatoriano	18

VI.	En el Ecuador, las medidas cautelares constituyen actos procesales y pueden ser incidentes dentro de juicio o acciones autónomas	18
VII.	La autonomía del proceso cautelar: nuestra opinión	20

#### **CAPÍTULO IV**

#### **CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

I)	Característica de la instrumentalidad	22
II)	Provisionales o temporales	24
III)	Se limitan al objeto del litigio: son restrictivas	26
IV)	Son urgentes	28
V)	Son proporcionales	29
VI)	Son flexibles	30
VII)	Se decretan a instancia de parte y sin oír previamente a la parte contraria (inaudita parte)	30

#### **CAPÍTULO V**

#### **PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

I.	Planteamiento del problema	34
II.	La verosimilitud del derecho o <i>fumus boni iuris</i>	34
III.	¿Cómo se demuestra la verosimilitud del derecho?	35
IV.	El peligro en la demora o <i>periculum in mora</i>	39
V.	El <i>periculum in mora</i> como presupuesto de la medida cautelar en el procedimiento civil ecuatoriano	41
VI.	El <i>periculum in mora</i> en la Ley de Arbitraje y Mediación	41
VII.	La contracautela	42
VIII.	Naturaleza jurídica de la contracautela	43
IX.	Forma de determinar el quantum de la contracautela	45
X.	En el arbitraje internacional la fijación del tipo y monto de la contracautela queda a discreción del árbitro	46
XI.	La contracautela en el procedimiento civil ecuatoriano	47
XII.	La contracautela en la Ley de Arbitraje y Mediación	47
XIII.	Naturaleza de la caución que constituye el deudor según nuestra Ley	48
XIV.	Tipo de medidas cautelares que se pueden ordenar en el arbitraje internacional	49

<b>XV.</b>	<b>Tipos de medidas cautelares que se pueden adoptar en el sistema arbitral ecuatoriano</b>	<b>51</b>
	<b>a. Medidas cautelares previstas por el Código de Procedimiento Civil</b>	<b>51</b>
	<b>b. Medidas no previstas por la legislación procesal civil</b>	<b>52</b>
<b>XVI.</b>	<b>El criterio de necesidad</b>	<b>53</b>
<b>XVII.</b>	<b>La caducidad de la medida cautelar</b>	<b>55</b>
<b>XVIII.</b>	<b>Sistemas para fijar el plazo de caducidad</b>	<b>56</b>
<b>XIX.</b>	<b>La caducidad de la medida preventiva en el sistema procesal del Ecuador</b>	<b>57</b>
<b>XX.</b>	<b>Forma de computar el periodo de caducidad</b>	<b>58</b>

## **CAPÍTULO VI**

### **LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL QUE EMERGE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

<b>I.</b>	<b>La indemnización de daños y perjuicios</b>	<b>60</b>
<b>II.</b>	<b>Naturaleza jurídica de la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados</b>	<b>60</b>
	<b>a. La responsabilidad objetiva</b>	<b>61</b>
	<b>b. La responsabilidad subjetiva</b>	<b>61</b>
<b>III.</b>	<b>La responsabilidad del acreedor por los daños y perjuicios en los sistemas sustantivo y procesal del Ecuador</b>	<b>62</b>
<b>IV.</b>	<b>El pago de las costas del proceso cautelar</b>	<b>64</b>

## **CAPÍTULO VII**

### **CLASIFICACIONES DEL PROCESO CAUTELAR**

<b>I.</b>	<b>Clases de proceso cautelar según la doctrina</b>	<b>65</b>
-----------	---	-----------

## **CAPÍTULO VIII**

### **OTRAS MEDIDAS CAUTELARES**

<b>I.</b>	<b>Introducción</b>	<b>69</b>
<b>II.</b>	<b>La medida cautelar innovativa</b>	<b>69</b>
<b>III.</b>	<b>La medida cautelar genérica o innominada</b>	<b>71</b>
<b>IV.</b>	<b>La cautelar genérica en el proceso civil del Ecuador</b>	<b>72</b>
<b>V.</b>	<b>La cautelar genérica en la Ley de Arbitraje y Mediación</b>	<b>72</b>
<b>VI.</b>	<b>La clasificación doctrinaria del proceso cautelar en el Ecuador</b>	<b>73</b>

## **CAPÍTULO IX LOS PROCESOS URGENTES**

<b>I.</b>	<b>Introducción</b>	<b>75</b>
<b>II.</b>	<b>Medidas anticipatorias</b>	<b>76</b>
<b>III.</b>	<b>Medidas autosatisfactivas</b>	<b>77</b>

## SEGUNDA PARTE

### CAPÍTULO I

#### LA DETERMINACION DEL ÓRGANO COMPETENTE EN MATERIA CAUTELAR

<b>I.</b>	<b>Planteamiento del problema</b>	<b>83</b>
<b>A.</b>	<b>Primera posibilidad: la competencia en materia cautelar pertenece exclusivamente al Tribunal Arbitral</b>	<b>84</b>
<b>B.</b>	<b>Segunda posibilidad: la competencia para ordenar medidas cautelares es exclusiva de la jurisdicción ordinaria</b>	<b>85</b>
<b>C.</b>	<b>Tercera Posibilidad: la competencia concurrente de jueces y árbitros</b>	<b>86</b>
<b>D.</b>	<b>Cuarta posibilidad: la competencia compartida entre jueces y árbitros</b>	<b>86</b>
<b>E.</b>	<b>Quinta posibilidad: el silencio en materia cautelar</b>	<b>88</b>

### CAPÍTULO II

#### LA COMPETENCIA CONCURRENTES SEGÚN LA LEY DE ARBITRAJE DEL ECUADOR

<b>I.</b>	<b>La competencia concurrente para adoptar medidas cautelares según la ley arbitral ecuatoriana</b>	<b>90</b>
-----------	---	-----------

### CAPÍTULO III

#### LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES COMO FUNDAMENTO PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS EN MATERIA CAUTELAR

<b>I.</b>	<b>Doctrinas sobre la naturaleza del poder de los árbitros para adoptar medidas de cautela</b>	<b>93</b>
<b>A.</b>	<b>Teoría de los poderes implícitos</b>	<b>93</b>
<b>B.</b>	<b>Teoría Intermedia</b>	<b>95</b>
<b>C.</b>	<b>Teoría de los poderes inherentes</b>	<b>96</b>
<b>II.</b>	<b>En el Ecuador, las medidas cautelares pueden ordenarse por un órgano jurisdiccional distinto del que conoce el asunto en lo principal</b>	<b>98</b>

**CAPÍTULO IV**  
**LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES**  
**EN EL CONVENIO DE ARBITRAJE**

<b>1.</b>	<b>Límites impuestos por la Lex Arbitri</b>	<b>101</b>
<b>2.</b>	<b>Límites impuestos por la Lex Loci Arbitri</b>	<b>103</b>
<b>3.</b>	<b>Lugar donde debe hacerse efectiva la medida cautelar</b>	<b>105</b>

**CAPÍTULO V**  
**LA COMPETENCIA COMPARTIDA ENTRE JUECES Y ARBITROS**

<b>I.</b>	<b>Introducción</b>	<b>106</b>
<b>II.</b>	<b>Los árbitros tienen facultades jurisdiccionales</b>	<b>106</b>
<b>III.</b>	<b>La potestad jurisdiccional de los árbitros es de naturaleza pública</b>	<b>111</b>
<b>IV.</b>	<b>La tendencia actual considera a los jueces ordinarios como instrumentos de apoyo al arbitraje en la adopción de medidas de cautela</b>	<b>112</b>
<b>V.</b>	<b>La compatibilidad del arbitraje con la solicitud de medidas cautelares ante la justicia ordinaria</b>	<b>114</b>
<b>VI.</b>	<b>La tutela cautelar y el efecto negativo del convenio arbitral</b>	<b>115</b>
<b>VII.</b>	<b>Medidas cautelares que se solicitan antes del inicio del proceso de arbitraje</b>	<b>116</b>
<b>VIII.</b>	<b>Medidas cautelares posteriores al inicio del juicio arbitral pero antes de la constitución del Tribunal</b>	<b>117</b>
<b>IX.</b>	<b>Medidas cautelares ordenadas cuando el tribunal de arbitraje está constituido</b>	<b>118</b>
<b>X.</b>	<b>Medidas cautelares con posterioridad a la expedición del laudo</b>	<b>118</b>

## **TERCERA PARTE**

### **CAPÍTULO I LA POTESTAD DE LOS ÁRBITROS PARA ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES DE CONFORMIDAD CON LA LEY DE ARBITRAJE DEL ECUADOR**

<b>I.</b>	<b>Parte introductiva</b>	<b>121</b>
<b>II.</b>	<b>Características de la adopción de medidas cautelares según el momento en que son solicitadas</b>	<b>122</b>
	<b>a. Las medidas cautelares ante causam, es decir, antes del inicio del proceso arbitral</b>	<b>122</b>
	<b>b. La tutela cautelar durante el desarrollo del proceso arbitral</b>	<b>123</b>

### **CAPÍTULO II PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE A LA LUZ DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN**

<b>a.</b>	<b>Los jueces comunes se constituyen en un factor de apoyo al arbitraje en materia de adopción de medidas cautelares</b>	<b>127</b>
<b>b.</b>	<b>Se delimita el alcance de la excepción procesal de existencia del convenio de arbitraje</b>	<b>127</b>
<b>c.</b>	<b>Los árbitros tienen potestad para adoptar medidas cautelares</b>	<b>128</b>

### **CAPÍTULO III ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE ECUATORIANO**

<b>a.</b>	<b>La tutela cautelar solicitada ante causam a la justicia ordinaria</b>	<b>129</b>
<b>b.</b>	<b>La potestad de los árbitros para ejecutar las medidas cautelares depende de la voluntad de las partes</b>	<b>130</b>
<b>c.</b>	<b>Los presupuestos para la concesión de las medidas cautelares</b>	<b>132</b>
<b>d.</b>	<b>Algunos aspectos formales sobre la petición de medidas cautelares a los árbitros</b>	<b>133</b>

<b>e.</b>	<b>El principio de la bilateralidad y la contradicción en las medidas cautelares adoptadas por los árbitros</b>	<b>134</b>
<b>f.</b>	<b>La ejecución de los laudos provisionales sobre medidas cautelares</b>	<b>135</b>
<b>g.</b>	<b>Vigencia de la eficacia de las medidas cautelares adoptadas por los árbitros</b>	<b>136</b>
<b>CONCLUSIONES</b>		<b>141</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>		<b>151</b>

## PRÓLOGO

Gran satisfacción constituye cumplir con el pedido del distinguido colega y amigo, autor de esta obra, Ernesto Salcedo Verduga, de escribir un breve prólogo a la misma.

El Dr. Salcedo, en éste, su trabajo doctoral sustentado en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, el cual examiné con sumo interés como Director de la Tesis, desarrolla con precisión y con profundo análisis científico y práctico, característicos de su abundante obra que ya y con sobrado mérito forma parte del acervo jurídico ecuatoriano, el tema de las medidas cautelares en el arbitraje.

Analiza, con amplio conocimiento de la materia, en tres partes muy bien estructuradas (una que podríamos llamar general, y otras -específicas-): 1. Las medidas cautelares como acción, como proceso y como sentencia o providencia, es decir, la naturaleza de las mismas; sus características; presupuestos; responsabilidad patrimonial que surge de su aplicación; clasificaciones del proceso cautelar; los procesos urgentes; 2. El órgano competente en materia cautelar, en el proceso ordinario y en el arbitral; la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes para fijar la competencia de los árbitros en esta materia, y sus límites; la competencia compartida entre jueces y árbitros 3. Potestad de los árbitros; características de la tutela cautelar en el arbitraje; aspectos procesales generales sobre las medidas cautelares en el arbitraje en Ecuador. Termina con conclusiones y recomendaciones específicas sobre posibles reformas legales.

A lo largo de toda su obra, Salcedo Verduga hace referencia frecuente y comentarios a la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, demostrando así un conocimiento profundo de la realidad de nuestra legislación sobre la materia y cumpliendo por consiguiente con esa característica y requisito del análisis de lo nacional en las tesis doctorales; sin embargo, también comenta con la necesaria profusión, los textos de las leyes y reglamentos internacionales de arbitraje.

La obra,- podemos decir-, pone de relieve la importancia de la colaboración mutua que debe existir entre los órganos de la función judicial y los tribunales de arbitraje para la ejecución de medidas cautelares, como medios de aseguramiento que las partes en un proceso arbitral tienen. Toca, entonces, un aspecto fundamental del éxito del arbitraje nacional e internacional, que fue recientemente el tema de la IV Conferencia Internacional de Arbitraje celebrada en Miami, Estados Unidos de América, donde me cupo el honor de asistir como orador invitado de los paneles en que se discutió justamente este importante aspecto de la efectividad de las medidas cautelares, y el de la ejecución de las mismas y de los laudos arbitrales internacionales. Y es que Ernesto Salcedo Verduga reúne la cuá-

druple condición de un buen jurista; por una parte, de haber ejercido por varios años la magistratura, con dedicación, profundo estudio, y honestidad; por otra, la de litigante en foros de la justicia ordinaria y arbitral; la de profesor universitario con quien compartí la cátedra de Medios Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; y; la de árbitro nacional e internacional de reconocida trayectoria.

**Dr. Ramón Jiménez Carbo**

Magistrado Presidente, II Sala de lo Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia, Ex-Procurador General del Estado; Arbitro Internacional Ciac-Ciadi-Icc; ex-Decano, Facultad Jurisprudencia, Universidad Católica Santiago de Guayaquil

Mayo de 2006

## INTRODUCCIÓN

Aunque el arbitraje está considerado en el mundo entero como el sistema más idóneo para una rápida y a la vez efectiva solución de controversias inter partes, particularmente en cuanto al comercio nacional e internacional se refiere, no es menos cierto que el trámite de un proceso arbitral conlleva un cierto lapso desde el momento en que se presenta la demanda de arbitraje hasta el momento en que se constituye el Tribunal de árbitros y posteriormente hasta que se dilucida el conflicto con el correspondiente laudo, tiempo durante el cual siempre habrá un cierto riesgo para las partes que puede poner en peligro sus expectativas en el litigio.

En forma paralela al inevitable desarrollo del proceso durante un espacio de tiempo, hay que considerar que las diversas tácticas que emplean los justiciables para retrasarlo o dilatarlo mediante actos orientados a impedir o dificultar la efectividad del fallo final, aumentan el riesgo de que el reconocimiento jurisdiccional del derecho pretendido y su eventual ejecución posterior se vean frustrados, al mismo tiempo que dicho riesgo hace surgir la necesidad de implementar medidas de protección que posibiliten –dentro del marco previsto por la ley- asegurar el cumplimiento de la sentencia.

Las medidas cautelares, con su nueva concepción que abarca la tutela anticipativa y las providencias provisionales, son los medios legales que permitirán asegurar los bienes objeto del debate o las resultas del juicio, de manera tal que el laudo o el fallo definitivo que habrá de declarar la existencia o inexistencia del derecho reclamado, pueda resultar de factible cumplimiento además de expedirse en tiempo oportuno.

Como vemos, la finalidad de estas medidas de cautela es doble: por un lado, pretenden mantener el equilibrio entre las partes mientras se resuelve el litigio, impidiendo o neutralizando los posibles daños que la duración normal o anormal del procedimiento pudieran causar, y por otro lado permiten asegurar la efectividad del fallo que componga definitivamente el conflicto. Es tan importante esta finalidad, que en muchas ocasiones, la eficacia del proceso arbitral va a depender de la adopción de una medida cautelar. En efecto, es práctica muy común que ante la inevitable lentitud del proceso –sea judicial o arbitral- se alteren de manera deliberada algunas veces o involuntariamente en otras, las circunstancias fácticas y jurídicas que existían al momento en que se presentó la demanda, volviendo ilusorias o ineficaces las decisiones finales que tomen los jueces o los árbitros, en su caso.

Consecuentemente, ya sea para asegurar el cumplimiento de la sentencia definitiva que se atrasa en su expedición más allá de lo razonablemente necesario o ya sea para componer de manera provisional el conflicto, las medidas cautelares vienen a

ser el único camino posible para lograr tales efectos. Basta que se acredite la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora para que se puedan adoptar dichas medidas de protección en respaldo, aunque sea de manera provisional, del derecho reclamado por el solicitante de la medida.

No debemos olvidar que el derecho a obtener una sentencia que pueda cumplirse cabalmente, pertenece al ámbito de los derechos fundamentales –el acceso a una tutela jurisdiccional efectiva- cuyo marco positivo se encuentra consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política.

Mucho se ha dicho sobre la falta de imperium de los árbitros para disponer y ejecutar las medidas cautelares. El imperium o poder coercitivo (facultad de ejecutar lo juzgado) forma parte de los elementos constitutivos de la jurisdicción, poder que solamente lo pueden ejercer los jueces comunes. Sin embargo, debemos resaltar que el proceso arbitral evidencia la característica más propia de la jurisdicción: sus fallos gozan del efecto de la cosa juzgada (res iudicata). Por tanto, en virtud de ese efecto, debemos convenir que entre el laudo arbitral y la sentencia judicial existe una verdadera semejanza, a despecho de pequeñas diferencias, pues ambas resoluciones gozan del dogma de su inmodificabilidad, el más importante elemento jurisdiccional que los identifica.

Además, tanto el laudo como la sentencia, necesitan para su efectividad de un previo proceso que en ambas instituciones responde básicamente a un mismo modelo. Nadie puede negar que en lo esencial el proceso de arbitraje es una imitación con reglas sui generis del proceso judicial. En ambos sistemas se respeta el debido proceso: la bilateralidad, la audiencia de las partes, el derecho a la contradicción, la total y cabal demostración de sus respectivos argumentos con la presentación de las correspondientes pruebas y la expedición de fallos que se vuelven intangibles en sus efectos, en definitiva, se respeta el libre ejercicio del derecho a la defensa de cada una de las partes en litigio.

Por tanto, si ambos procesos guardan profunda semejanza tanto en su desarrollo como en los efectos de sus decisiones finales (la cosa juzgada), ¿por qué debe sorprendernos que el Estado –obligado constitucionalmente a proporcionarnos la tutela efectiva de nuestros derechos- provea a ambos sistemas de unos mismos mecanismos de protección de esos derechos mientras dure el desarrollo del proceso?

Forma parte del derecho ciudadano el obtener del Estado una tutela jurisdiccional efectiva, y la circunstancia de que quien insta un proceso arbitral pueda acogerse a los mecanismos de protección que proporcionan las medidas cautelares forma parte de dicho derecho. De acuerdo con la doctrina, las modalidades de este siste-

ma de protección van desde atribuir autoridad a los árbitros para que ordenen las medidas cautelares, sin perjuicio de su ejecución por los jueces ordinarios, hasta reservar tal autoridad a estos últimos obligados a otorgar dicha cautela cuando fuere procedente según las leyes generales, pasando por sistemas modernos como el de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador que permite que las medidas de cautela puedan ser decretadas de manera concurrente por los jueces comunes o por los árbitros e incluso facultados estos últimos, para ejecutarlas por sí mismos sin necesidad del apoyo judicial, siempre y cuando las partes así lo hayan previsto expresamente en el convenio de arbitraje.

Por no existir mayor información en la escasa literatura ecuatoriana sobre el tema ni tampoco en la doctrina nacional ni en nuestra jurisprudencia, hemos tenido que recurrir a los expositores del derecho arbitral internacional –que tampoco es muy vasta en la cuestión- y a los maestros del Derecho Procesal, 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.

He allí la explicación por la cual en la primera parte de la obra nos referimos a la teoría general de las medidas cautelares, para en la segunda parte enfocar las diversas teorías procesalistas sobre la forma de determinar cuál es el órgano competente para ordenar y ejecutar las medidas cautelares, y finalmente mencionar en la parte tercera del libro, la potestad de los árbitros para dictar y ejecutar dichas medidas de protección así como la importante ingerencia que sobre la cuestión tiene la voluntad de las partes expresada en el convenio de arbitraje.

En cada una de las partes mencionadas de la obra, pero particularmente en la última de ellas, nos referimos a 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.

Debido a la enorme extensión de la materia y a la escasa bibliografía que sobre el tema existe y, por supuesto, en virtud de mis naturales limitaciones, no dudo que la obra contendrá eventuales falencias o equivocaciones. Espero que quienes lean o consulten este trabajo sepan comprender y disculpar los posibles errores, entendiendo esta obra como un esfuerzo académico sin más pretensiones que la de dar un aporte jurídico necesario a nuestro derecho arbitral, que permita, en todo caso, la apertura de discusiones y la proliferación de más estudios sobre el tema de las medidas cautelares.

Mi profundo agradecimiento al señor doctor Ramón Jiménez Carbo, por su apoyo incondicional y decidido a esta obra, bajo cuya dirección profesional esta modesta obra jurídica se ha convertido en mi Tesis de Grado Doctoral.

Especial referencia al señor doctor Iván Castro Patiño, quien al frente del Decanato de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, ha sido un impulsor entusiasta de mis propios empeños, permitiendo que los estudios que forman parte de esta obra, se conviertan en mi Tesis de Grado.

**Dr. Ernesto Salcedo Verduga**

Guayaquil, octubre de 2005.

# **PRIMERA PARTE**



## PRIMERA PARTE

### CAPÍTULO I TEORÍA GENERAL DEL PROCESO CAUTELAR

#### I. Introducción

El arbitraje como método apropiado de resolución de controversias se ha constituido, en la época actual, en la vía generalmente más utilizada para solucionar los litigios, particularmente de orden comercial, tanto a nivel nacional como internacional.

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

Las medidas cautelares tienen básicamente por objeto asegurar la plena efectividad de la sentencia que en su momento se pueda dictar, efectividad que en muchas ocasiones se encuentra en presumible riesgo por el simple hecho de demorarse el trámite de un proceso más allá de lo legalmente permitido. Es decir, que hoy en día, las leyes objetivizan el peligro en la demora durante la sustanciación de un juicio (*el llamado periculum in mora*), bajo la ecuación tiempo = riesgo<sup>1</sup>.

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

Si bien el proceso arbitral se caracteriza en principio por ser más breve que el judicial, no deja de ser verdad que, en virtud de lo *sui generis* de su estructura procedimental, también conlleva inevitablemente, un necesario periodo de tiempo que puede poner en peligro las expectativas de las partes. Consecuentemente, mientras se aguarda el normal desenlace del conflicto judicial o arbitral, pueden alterarse, deliberada o involuntariamente, las circunstancias fácticas y/o jurídicas existentes

---

<sup>1</sup> MUÑOZ SABATÉ, L.: "Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral". Rev. Jur. Cat., 1991, p. 729.

al momento en que se propuso la acción frente al órgano jurisdiccional, volviendo así ilusorias o ineficaces las resoluciones que pueden tomar los jueces o los árbitros en su propósito de restablecer la observancia del derecho. Puede ocurrir que en el transcurso del litigio, quien ha sido emplazado para que comparezca al juzgamiento desenvuelva su accionar de manera legítima, colaborando con el órgano jurisdiccional y aguardando la resolución que a la postre acepte o deniegue su pretensión. Pero también puede suceder que, aprovechando la demora del proceso, ejecute determinadas conductas que impidan el cumplimiento del futuro mandato judicial o arbitral, ya sea enajenando su patrimonio, ya ocultando el bien materia de la litis o ya disminuyendo de cualquier manera su garantía.

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

## II. El Derecho a una sentencia efectiva

El derecho a obtener una sentencia efectiva, esto es, que el mandato jurisdiccional pueda cumplirse a cabalidad, forma parte de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución Política del Estado. El artículo 24 numeral 17 de la Carta Fundamental del Estado Ecuatoriano reconoce el derecho que tiene toda persona para que el Estado le garantice el acceso a una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita en amparo de sus derechos e intereses, o lo que es lo mismo, a obtener una justicia eficaz y oportuna<sup>2</sup>.

El Derecho Procesal del siglo XXI, ya no concibe el concepto de “justicia eficaz”, como antiguamente se lo enunciaba: *la virtud de dar a cada uno lo que le corresponde*, sino que hoy en día, lo entiende como el designio de *dar a cada uno lo que le corresponde cuando le corresponde*<sup>3</sup>. En este sentido la tutela cautelar –como

---

<sup>2</sup> **Constitución Política de la República del Ecuador:** Art. 24, numeral 17: “Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión”..

<sup>3</sup> **CAYA, Claudia Alejandra y EGUREN, María Carolina:** “Naturaleza Jurídica de la Sentencia Anticipatoria y su ubicación dentro de la órbita de los procesos urgentes”. Artículo publicado en el Libro “Sentencia Anticipada”. Rubinzal-Culzoni, 2000, Buenos Aires, p. 210.

parte integrante de la tutela judicial efectiva- es considerada como la garantía de una justicia eficaz y oportuna.

En la actualidad, cuando las partes se someten al arbitraje para dirimir sus controversias, buscan no solamente que el conflicto se resuelva al margen de la justicia estatal (de trámites lentos, rituales obsoletos, onerosa y además politizada), sino que fundamentalmente lo eligen por ser un mecanismo más rápido, sin dejar de ser eficaz, para resolver sus conflictos. En este último objetivo, las medidas cautelares desempeñan un papel importantísimo.

Es que, como enseña ALSINA<sup>4</sup>, si el Estado prohíbe a los individuos hacerse justicia por sus propias manos, es decir proscribire la autodefensa de sus derechos – salvo excepciones muy particulares-, no puede desentenderse de las consecuencias perjudiciales de la demora que necesariamente ocasiona en el tiempo el desarrollo del proceso, y tiene por tanto la obligación de proveer a los justiciables las medidas necesarias para prevenirlas.

### III. Similitudes entre el proceso judicial y el arbitral

Más allá de las controversias doctrinales sobre la naturaleza contractual o jurisdiccional del arbitraje, lo cierto e innegable es que el proceso arbitral permite la solución del conflicto mediante un laudo que goza de la misma característica que la sentencia judicial: la *res iudicata*. El laudo arbitral firme –de conformidad con el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación- tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada. No cabe duda, entonces, que tanto la sentencia judicial como el laudo arbitral se asemejan en sus efectos de intangibilidad en cuanto a lo que resuelven de manera definitiva.

Pero tanto el laudo como la sentencia, para llegar a constituirse como tales, requieren de un previo proceso que en ambas instituciones responde básicamente a un mismo modelo. En efecto, tanto el proceso arbitral como el judicial son instrumentos para la solución pacífica de conflictos intersubjetivos de intereses; tanto en el uno como en el otro proceso tiene primacía el interés público sobre el privado; ambos son métodos heterocompositivos en donde la decisión del conflicto se obtiene mediante una decisión impuesta –no por las partes- sino por un tercero (el juez o el árbitro); en ambos existe un procedimiento que debe respetar los principios de igualdad de las partes, el derecho de audiencia y contradicción y el derecho a la defensa como elementos del debido proceso; en uno y en otro la resolución de la controversia se produce a través de una declaración de certeza, positiva o negativa, que contiene un mandato que vincula a las partes y que debe cumplirse obli-

<sup>4</sup> ALSINA, Hugo: Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil”. Ediar, T. V, p. 449.

gatoriamente; en ambos procesos hay un momento cognoscitivo y un momento resolutorio o decisorio; ambos están regulados en sus respectivos trámites por una ley procesal cuyas disposiciones son de orden público, aun cuando en el caso del arbitraje el procedimiento tiene características sui-géneris, pero procedimiento al fin.

Como podemos ver, prácticamente no existen diferencias entre las actuaciones de los árbitros y de los jueces, porque en definitiva, al fin y al cabo, ambos ejercen una misma excelsa función: administrar justicia, o lo que es lo mismo, resolver conflictos.

Conviniendo en consecuencia, en que existe una gran semejanza tanto en el proceso como en los efectos (cosa juzgada) entre laudo y sentencia, no debe causarnos extrañeza que el Estado provea a ambos de unos mismos mecanismos de protección de las decisiones que en ambos sistemas se toman mientras dura el desarrollo del proceso. **Estos mecanismos de protección son las llamadas medidas cautelares.** La necesidad de adoptar estas medidas refleja la conexión existente entre su carácter instrumental y el derecho constitucional a una justicia eficaz<sup>5</sup>.

#### **IV. La tutela judicial efectiva incluye la tutela cautelar arbitral**

Sin embargo, todavía hoy en día, hay algunos que piensan que el principio constitucional de la tutela judicial efectiva no alcanza al sistema arbitral y por ende, niegan la posibilidad de que este derecho fundamental se extienda a las medidas cautelares que se adopten en el arbitraje.

El indudable paralelismo que ya hemos señalado que existe entre los métodos arbitral y judicial, implica que el arbitraje forma parte integrante –de manera indudable– del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en la Constitución Política y que el hecho de que los particulares escojan voluntariamente el sistema arbitral para resolver sus diferencias no significa de manera alguna, la renuncia a la tutela judicial efectiva que prevé la Carta Suprema, sino todo lo contrario.

Si la Constitución reconoce la tutela cautelar como medida para evitar que se frustre la efectividad de una futura sentencia en el ámbito de la jurisdicción común, nada impide aseverar que la tutela cautelar arbitral que tiene la misma finalidad en relación con el laudo, sea considerada como una especie de esa misma tutela jurisdiccional. Por esta razón, imaginar el supuesto de que se llegare a negar la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el arbitraje, significaría una grosera violación de este principio constitucional.

<sup>5</sup> MUÑOZ SABATÉ, L.: “Posibilidad y Necesidad...”. Ob. Cit, págs. 729 y 730.

## **V. La verdadera importancia de las medidas cautelares**

Siendo importantes las medidas cautelares o de protección para asegurar los bienes materia de todo proceso o el resultado de éste, siempre que no sea penal, son todavía más importantes sus efectos en el ámbito de los asuntos comerciales tanto a nivel nacional como internacional, por cuanto en este sector es en donde existe una mayor circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, tanto dentro de las fronteras del país como fuera de ellas. Por tanto, la complejidad de las relaciones económicas y comerciales de este mundo globalizado provoca que los conflictos que se derivan de ellas se solucionen a través del arbitraje por ser éste un sistema que provee una salida ágil y dinámica, con una amplia raigambre en el seno de los diversos órganos e instituciones creados por los propios operadores del comercio, dado el carácter dinámico y permanentemente evolutivo de la materia comercial. En este contexto las medidas cautelares contribuyen a crear un factor de seguridad para los comerciantes en litigio mientras dure el desarrollo del proceso arbitral al asegurar los bienes materia del debate o para garantizar su resultado.

## CAPÍTULO II CONCEPTO Y OBJETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

### I. El Estado tiene la obligación de tutelar los derechos y el pedido de justicia de la comunidad.

Las teorías doctrinales en torno a las medidas cautelares toman como punto de partida para definir las el hecho indudable de la existencia jurídica del proceso. En efecto, la tramitación del proceso conlleva irremediablemente un lapso temporal, cuyos efectos negativos sobre los intereses de los justiciables trata de remediar el ordenamiento jurídico.

Para lograr este objetivo, la Ley se apoya en primer lugar en el principio constitucional del artículo 23 numeral 27 de la Carta Fundamental, que establece: “*el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones*”, lo cual significa claramente que el Estado garantiza al ciudadano la sustanciación de un proceso que no debe alargarse más del tiempo necesario y razonable que disponen las mismas leyes procedimentales y, por otra parte, en segundo lugar, establece la obligación ineludible del Estado de dar protección a los justiciables contra los riesgos o peligros que para la efectiva tutela del derecho implica la tramitación del proceso dentro de un espacio determinado de tiempo<sup>6</sup>. Esta obligación del Estado se encuentra consagrada en los artículos 192 y 193 de la Constitución Política<sup>7</sup>.

De este segundo principio (garantizar la celeridad y la eficiencia de los trámites procesales) se origina *el periculum in mora* (el peligro en la demora), uno de los presupuestos necesarios de las medidas cautelares que estudiaremos más adelante, y que además constituye el fundamento de las mismas.

No obstante el señalado propósito de la ley, la realidad nos enseña que el riesgo inherente a esta dimensión temporal propia de todo trámite procesal, se agrava inevitablemente porque en la práctica ningún juicio respeta los límites de una du-

---

<sup>6</sup> **GUIMARAES RIBEIRO, Darci:** “...Desde que el Estado monopolizó la distribución de justicia se comprometió, como consecuencia directa de este monopolio, a garantizar y asegurar la protección de aquellos individuos que necesitan de ella (...) Llamamos esa promesa de protección jurídica de pretensión a la tutela jurídica”. Obra: “la pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una Teoría Procesal del Derecho”. J.M. Bosch Editor, 2004, p. 77.

<sup>7</sup> **Constitución Política: Art. 192:** “El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”. **Art. 193:** “Las leyes procesales procurarán la simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad de los trámites. El retardo en la administración de justicia imputable al juez o magistrado, será sancionado por la ley”.

ración razonable y propia de cada asunto sometido a juzgamiento. En efecto, el factor tiempo, alargado voluntaria o deliberadamente por las partes y muchas veces por la irresponsable desidia de los propios juzgadores, posibilita que el obligado asuma conductas que le permitirán obtener ventajas indebidas aprovechando el retraso del proceso hasta que se produzca el pronunciamiento de una resolución firme, en desmedro de los intereses o pretensiones de su contraparte.

Como tales conductas del obligado resultan intolerables para la debida protección de los derechos del accionante y particularmente para la propia efectividad de la administración de justicia, surge la actividad preventiva de la ley que permite garantizar, en forma ajustada a derecho, que el objeto del litigio permanezca inalterado durante la pendencia del proceso, esto es, con el propósito de conseguir una sentencia eficaz y emitida en tiempo oportuno, eficacia que, como dice la doctrina *“sólo puede alcanzarse si esta sentencia se proyecta sobre la misma realidad existente ab initio del proceso”*<sup>8</sup>. En palabras de CALAMANDREI, *“Las medidas cautelares serían el punto de confluencia de las dos exigencias fundamentales de la justicia: <Hacer las cosas pronto y hacerlas bien>”*<sup>9</sup>.

Esta urgencia de vencer al tiempo, esta necesidad de prevenir los graves inconvenientes de los riesgos derivados de la duración de los procesos jurisdiccionales, es sin lugar a dudas, el origen y el fundamento de las medidas cautelares. Hoy en día, no sólo preocupa que el demandado aproveche de forma fraudulenta o de buena fe la duración del proceso para anular o disminuir la efectividad de la decisión final, sino que también causa inquietud la conciencia de que, en la actualidad, la satisfacción plena del derecho reconocido en la sentencia únicamente se logra con una resolución rápida<sup>10</sup>.

## II. Requisitos de una administración de justicia eficaz

Con los antecedentes expuestos, podemos afirmar –siguiendo a MARIA ANGELES JOVÉ– que una administración de justicia es eficaz si en ella se cumplen los siguientes requisitos: libre ejercicio del derecho de acción y defensa; solución del conflicto en un plazo razonable –sin dilaciones indebidas–, mediante la aplicación del derecho a la relación jurídica litigiosa; y, la existencia en los procesos de unas

<sup>8</sup> SERRA DOMINGUEZ, Manuel: “Teoría General de las Medidas Cautelares”, en: “Las Medidas Cautelares en el proceso Civil, con RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Barcelona, 1974, p. 5.

<sup>9</sup> CALAMANDREI, Piero: “Introducción al Estudio Sistemático del Procedimiento Cautelar”, Padua, 1936, (Trad. de SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1945), págs. 43 y 44.

<sup>10</sup> JOVÉ, María Ángeles: “Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil”. J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995, p. 15.

medidas cautelares y de ejecución que posibiliten la plena tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos<sup>11</sup>.

### III. Concepto de medidas cautelares

Sustentada la doctrina en las ideas anotadas, las medidas cautelares han sido definidas por los autores, de las siguientes maneras:

CALAMANDREI, en su tradicional obra sobre la materia<sup>12</sup>, analiza el sentido o finalidad que poseen las providencias cautelares, y enfrenta la lentitud del iter procesal con la necesidad de una tutela urgente y efectiva, y concluye definiendo a la providencia cautelar como *“anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma”*. Por tanto, según Calamandrei, la nota típica de las providencias cautelares, es que éstas no constituyen un fin en sí mismas, sino que están preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, asegurando así su resultado práctico.

En el ámbito de la doctrina argentina, destaca PODETTI, quien conceptúa las medidas cautelares como *“actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes; como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía constitucional de la defensa de la persona y de los bienes y para hacer eficaces las sentencias de los jueces”*<sup>13</sup>.

Por su parte, De LÁZZARI, enseña que para evitar que —estando pendiente el proceso— el obligado lleve a cabo determinadas conductas que en definitiva impedirían la materialización del futuro mandato judicial, la ley permite que surja una actividad preventiva que, *“enmarcada en esa objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro, a partir de la base de un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca el peticionante, según las circunstancias, y exigiendo el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la petición no reciba finalmente auspicio, anticipa los efectos de la decisión de fondo ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existente o, a veces, la innovación del mismo según sea la naturaleza de los hechos sometidos*

<sup>11</sup> JOVÉ, María Angeles: “Medidas Cautelares Innominadas...”. Ob. cit., págs. 16 y 17.

<sup>12</sup> CALAMANDREI, Piero: “Introducción al Estudio Sistemático...” Obra cit., p. 45.

<sup>13</sup> PODETTI, Ramiro J.: “Tratado de las Medidas Cautelares”. Ediar, Buenos Aires, 1969, T. IV, p. 33.

a juzgamiento. Las medidas cautelares reflejan, por lo tanto, esa actividad de tipo policial dentro del proceso”<sup>14</sup>.

Para Di IORIO, las medidas cautelares “*tienen por finalidad asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado, para que la justicia no sea burlada haciéndola de imposible cumplimiento*”<sup>15</sup>.

MARTÍNEZ BOTOS, citando un fallo de la Cámara Segunda de lo Civil y Comercial y Minería de San Juan, 27-4-83. “Medidas Cautelares”, pág. 457, dice: “*La medida cautelar puede conceptuarse como aquella que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través del proceso en el que se dicta la providencia cautelar, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva*”<sup>16</sup>.

En España, RAMOS MÉNDEZ, señala que: “*La medida cautelar es el remedio arbitrado por el derecho para obviar de alguna manera los riesgos de la duración temporal del proceso, en orden a su eficacia*”<sup>17</sup>.

En Colombia, DEVIS ECHANDÍA, expresa: “*Se entiende por acciones accesorias aquellas que no tienen vida propia, porque dependen de otra a la que le sirven de afianzamiento o seguridad. Estas acciones pueden intentarse antes o después de la principal, es decir, antes o después de iniciado el juicio en el cual se conoce de esta. Las acciones accesorias son preventivas y cautelares, ya que tienden a evitar que por maniobras hábiles del demandado o presunto demandado se haga ineficaz la demanda que contra él se ha intentado o va a intentarse*”<sup>18</sup>.

En México, GONZALEZ DE COSSÍO, las llama “*medidas precautorias*”, y las define como: “*herramientas utilizadas por tribunales (estatales o arbitrales) durante la consecución de un litigio o arbitraje que buscan proteger la litis de la controversia durante el procedimiento buscando facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final*”<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> DE LÁZZARI, Eduardo: “Medidas Cautelares”. T. I. Segunda Edic., Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1995, p. 4.

<sup>15</sup> DI IORO, Alfredo J.: “Teoría General de las Medidas Cautelares”. Artículo publicado en el Libro: “Temas de Derecho Procesal”. Desalma, Buenos Aires, 1985, p. 89.

<sup>16</sup> MARTÍNEZ BOTOS, Raúl: “Medidas Cautelares”. Edit. Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 28.

<sup>17</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco: “Derecho Procesal Civil”. Librería Bosch, Barcelona, 1986, T. II, p. 949.

<sup>18</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “Tratado de Derecho Procesal Civil” T. IV, Bogotá, Temis, 1964, p. 513.

<sup>19</sup> GONZALEZ DE COSSÍO: “Arbitraje”. Edit. Porrúa, México, 2004, p. 323.

Este mismo autor, nos ilustra con la definición que de las medidas cautelares hace la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas: *“Las medidas precautorias están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho con la finalidad de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento está siendo demandado al juzgador que ventila el asunto de fondo”*<sup>20</sup>.

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

CRUZ BAHAMONDE, prestigioso procesalista ecuatoriano expresa: *“Las personas –naturales o jurídicas- que sean o crean ser titulares de un derecho se encuentran amparadas por la ley para protegerlo. Esta manera de encarar esa protección adopta la forma de cuidar, amparar, prever el daño que los bienes materiales, las personas y los bienes morales, pueden sufrir por su deterioro, por su destrucción o por su desaparición”*; y anota que en nuestro Código de Procedimiento Civil esas medidas de protección o medidas cautelares, son de dos clases: las primeras por *“tratarse de las autorizadas en juicio ejecutivo –art. 434- (hoy, 424 del CPC Codificado) el Código las llama “precautorias” y al tratar del proceso cautelar –art. 912 y siguientes- (hoy, art. 897 y siguientes del CPC Codificado) las llama “preventivas”*<sup>21</sup>.

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

---

<sup>20</sup> *Ibidem*: pág. 324.

<sup>21</sup> CRUZ BAHAMONDE, Armando: “Las acciones del acreedor”. Cap. IX: “La acción cautelar en la doctrina y en el derecho positivo ecuatoriano”. Edino, 1992, Guayaquil, p. 138.

#### IV. El objeto de las medidas cautelares

A manera de conclusión, y con fundamento en las definiciones anotadas, podemos afirmar que las medidas cautelares tienen un doble objeto:

a. En primer término, se encargan de preservar el derecho de las partes mientras se resuelve la litis, o como dice la doctrina, de “mantener el status quo”; y, En segundo lugar, permiten asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia o del laudo que se dicte.

b. Dicho de mejor manera y siguiendo a DIAZ SOLIMINE, el doble objeto de las medidas cautelares consiste en “defender los derechos subjetivos garantizando su eficacia, y consolidar la seriedad de la función jurisdiccional”<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> DIAZ SOLIMINE, Omar Luis: “Medidas cautelares sobre automotores”. Edit. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 19.

### CAPÍTULO III NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

#### I. Las principales concepciones doctrinales

La doctrina ha estudiado la naturaleza de la institución desde un triple enfoque:

- a) como acción cautelar;
- b) como proceso cautelar; y,
- c) como sentencia o providencia cautelar.

Según Di IORO, teniendo en cuenta que el moderno concepto unitario de acción impide su fraccionamiento (la acción es solo una), se puede excluir el concepto de acción cautelar.

También -según el mismo autor- puede excluirse el concepto de sentencia cautelar, por cuanto la sentencia como acto procesal no es más que una parte del todo, y es ese todo el que debe ser analizado y calificado.

Por ello, en opinión de este tratadista y siguiendo las ideas de CARNELUTTI solo queda el concepto de proceso cautelar, y por esta vía llega a considerar que existe una autonomía de este proceso en igualdad de condiciones con los de conocimiento y de ejecución<sup>23</sup>.

CARNELUTTI, denominó cautelar “*al proceso cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)*”, pudiendo ser este último contencioso o voluntario, de conocimiento o de ejecución<sup>24</sup>. Concluye CARNELUTTI señalando que el proceso cautelar se introduce, así, como *tertium genus* del proceso contencioso, junto con el de cognición y el de ejecución. Mientras el proceso de cognición o de ejecución sirven para la *tutela del derecho*, el proceso cautelar, en cambio, sirve para la *tutela del proceso*<sup>25</sup>.

Autores como PALACIO, también consideran lo cautelar como un proceso. Para este tratadista, quienes no admiten lo cautelar como proceso, no reparan en la estructura del proceso cautelar, al no computar el hecho de que la cautela se solicita antes o después de promovida la demanda y se tramita, como regla general, en expediente separado. La estructura que exhibe el proceso cautelar obedece a la superficialidad que viene impuesta al conocimiento judicial, pues las diversas me-

<sup>23</sup> DI IORO, Alfredo: “Teoría General...” Obra cit., p. 91.

<sup>24</sup> CARNELUTTI, Francisco: “Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano”, Barcelona, 1942, T. I, p. 86.

<sup>25</sup> CARNELUTTI: “Derecho Procesal Civil y Penal”, T. I, p. 413.

didadas con las que aquél pueda culminar requieren, simplemente, la previa justificación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado (*fumus boni iuris*) y del peligro en la demora (*periculum in mora*).

En definitiva –según el mismo PALACIO-, la limitación cognoscitiva del juzgador que permite anticipar la tutela del derecho invocado, incide en otros caracteres del proceso cautelar y no se presenta en ninguna otra clase de procesos, lo cual configura una nota suficientemente significativa como para propiciar su autonomía, sin perjuicio de reconocer la existencia de ciertas medidas cautelares que no se insertan en un proceso autónomo de esa índole<sup>26</sup>.

Este criterio, como ya vimos, no es aceptado por autores como el citado DI IORIO y PODETTI quienes mantienen la tesis unitaria de la acción, y de otros como REDENTI que no admiten que ésta pueda ser independiente de la acción tendiente al pronunciamiento de la providencia final de mérito<sup>27</sup>.

CALAMANDREI<sup>28</sup>, por su parte, habla de “providencias cautelares” y al igual que MICHELI<sup>29</sup>, COSTA<sup>30</sup> y LUGO<sup>31</sup>, destaca que el acto judicial mediante el cual se decreta una medida cautelar, exhibe (al margen de su contenido declarativo o de ejecución) una característica constante que se evidencia en la circunstancia de que sus efectos tienen necesariamente un margen temporal estrecho en cuanto se consumen, cumpliendo el susodicho acto su objeto, en el instante en el cual se dicta el fallo definitivo sobre la cuestión debatida.

En cuanto a su denominación, la doctrina extranjera no tiene un criterio uniforme respecto a la naturaleza y denominación que debe asignársele a las medidas cautelares. Así, se habla indistintamente, de “providencias cautelares“, “medidas precautorias“, “medidas de aseguramiento“, “medidas urgentes“, “medidas preventivas“, “medidas provisionales“, etc. Más adelante, estudiaremos el criterio de la doctrina ecuatoriana sobre el tema.

Muchos ordenamientos sustantivos y procesales de los distintos países americanos, utilizan indistintamente una u otra denominación. Por esta razón, la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, en su artículo 1ro., señala que, para los efectos de dicha Convención, las expresiones “medidas cautelares” o “medidas de seguridad” o “medidas de garantía” se consideran equivalen-

---

<sup>26</sup> PALACIO, LINO: t. VII, p. 13 y ss.

<sup>27</sup> REDENTI, Enrico: “Derecho Procesal Civil”, Milán, 1952-1953, T. III, p. 53.

<sup>28</sup> CALAMANDREI, Piero: “Introducción...” Obra cit., p. 15.

<sup>29</sup> MICHELI, Gian A.: “Curso de Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, 1970, T. I, p. 77.

<sup>30</sup> COSTA: “Manual de Derecho Procesal Civil”, p. 50.

<sup>31</sup> LUGO: “Manual de Derecho Procesal Civil”, Milán 1955, p. 335.

tes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer, o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil<sup>32</sup>.

PODETTI, prefirió denominarlas “medidas“, expresión que el uso ha generalizado por “dar idea del objeto y del resultado”<sup>33</sup>.

NOVELLINO, por su parte prefiere hablar de “actos o actuaciones procesales”, rechazando las tesis de la acción y del proceso y expresando: “*las medidas cautelares son actos procesales que se adoptan antes de deducida la demanda o después de ello, para asegurar bienes o mantener situaciones de hecho existentes al tiempo de aquélla y con el objeto de preservar el cumplimiento de la sentencia que, en definitiva, recaiga sobre el proceso*”<sup>34</sup>.

Si bien es cierto, como podemos apreciar, que no existe en la doctrina uniformidad de criterio respecto a la naturaleza de las medidas cautelares, aunque la tendencia es la de considerarlas como “proceso cautelar“, sí existe consenso en cuanto a la finalidad, objeto, presupuestos y características de las medidas que, en definitiva, han sido recogidas por todas las legislaciones sustanciales y adjetivas del continente.

## II. La discutida autonomía del proceso cautelar. Posiciones de la doctrina sobre el tema

Desde que CHIOVENDA configurara el poder jurídico de obtener las medidas cautelares como una forma de acción<sup>35</sup>, se discute en la doctrina procesal, la autonomía de dichas medidas, es decir, si existe o no un proceso plenamente independiente que pueda denominarse cautelar.

Al respecto, existen en la doctrina dos posiciones completamente antagónicas:

<sup>32</sup> **Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares:** suscrita por el Ecuador en Montevideo el 8 de mayo de 1979, aprobada por la Cámara Nacional de Representantes el 12 de marzo de 1982 y ratificada por el Presidente Oswaldo Hurtado Larrea mediante Decreto No. 852 del 5 de mayo de 1982, publicada en el R.O. 240 del 11 de mayo de 1982.

<sup>33</sup> **PODETTI, Ramiro:** “Tratado...”. Obra cit., p. 14.

<sup>34</sup> **NOVELLINO, Norberto J.:** “Embargo y Desembargo y demás medidas cautelares”, Buenos Aires, 1984, p. 24.

<sup>35</sup> **CHIOVENDA, Giuseppe:** “Instituciones de Derecho Procesal Civil”. Edit. EDERSA, Madrid, 1945, p. 298.

- a. Existe un proceso autónomo que se denomina proceso cautelar;
- b. Tan solo existen medidas cautelares sin que en ningún caso puedan considerarse como un proceso cautelar porque carecen de autonomía, siendo solo incidentes de un proceso principal.

La discusión se inicia cuando CARNELUTTI desarrolla el sistema de medidas cautelares como un proceso autónomo, calificándolo como un “*tertium genus*” frente a los procesos de declaración y de ejecución basándose en “*el alcance sustancial de la providencia cautelar*”<sup>36</sup>.

Sin embargo, CALAMANDREI se muestra en desacuerdo con la tesis de CARNELUTTI y dice que diferenciar los procesos por la finalidad que las partes quieren alcanzar “*se resuelve en realidad en la clasificación de los mismos tipos de providencias, respecto de los cuales los varios tipos de acción o de proceso no son más que accesorios y no premisas*”<sup>37</sup>.

A partir de ellos la doctrina se pronuncia a favor o en contra de considerar que el proceso cautelar es autónomo. Así, un sector de la doctrina, entre los que se cuentan, entre otros, a LIEBMAN<sup>38</sup>, ALLORIO<sup>39</sup>, SATTA<sup>40</sup> y ROCCO<sup>41</sup>, se muestra partidario de la existencia de un proceso cautelar y por ende, de su autonomía. Sin embargo, otros como LANCELLOTTI<sup>42</sup> considera que las medidas cautelares son solamente un incidente del proceso de declaración y de ejecución.

En la doctrina española también existen criterios divididos. Entre los autores que se pronuncian acerca de su autonomía se encuentran GUASP DELGADO<sup>43</sup>,

---

<sup>36</sup> CARNELUTTI: “Derecho Procesal Civil y Penal”, T. I., Edit. EJE, Buenos Aires, 1971, p. 463.

<sup>37</sup> CALAMANDREI: “Introducción...” Obra cit., p. 32.

<sup>38</sup> LIEBMAN: “Unidad del Procedimiento Cautelar”. Rev. De Derecho Procesal, 1954, p. 248 y siguientes.

<sup>39</sup> ALLORIO: “Por una noción del proceso cautelar”. Rev. De Derecho Procesal, 1936, p. 18 y siguientes.

<sup>40</sup> SATTA: “Derecho Procesal Civil”. Edit. CEDAM, Padua, 1967, 7ma. Edic., p. 630 y siguientes.

<sup>41</sup> ROCCO: “Tratado de Derecho Procesal Civil”, Vol. V, p. 59.

<sup>42</sup> LANCELLOTTI: “Observación Crítica en torno de la Autonomía Procesal de la Tutela Cautelar”, en Rev. De Derecho Procesal, 1939, p. 232 y siguientes. Este autor analiza las diversas teorías que existen en torno a la autonomía del proceso cautelar –desde el punto de vista de la acción, de la resolución y del objetivo del proceso- y realiza una crítica de todas ellas.

<sup>43</sup> GUASP DELGADO, Jaime: “Derecho Procesal Civil”, T. II –Parte Especial- Edic. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 683.

PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ<sup>44</sup>, CORTÉS DOMINGUEZ<sup>45</sup>, FAIRÉN GUILLÉN<sup>46</sup>, entre otros.

Minoritario, en cambio, es el sector de la doctrina española que defiende la no autonomía de las medidas cautelares y las consideran un incidente, ya sea del proceso declarativo o ya del proceso de ejecución. Destaca en este grupo SERRA DOMINGUEZ<sup>47</sup>, quien se fundamenta en el carácter sistemático de las medidas cautelares y en la instrumentalidad de las mismas como nota esencial, hecho que las vuelve incompatibles con la autonomía.

En América Latina, la doctrina tampoco muestra unanimidad de criterio sobre el tema. Hay autores como PODETTI<sup>48</sup>, ALSINA<sup>49</sup> y MORELLO<sup>50</sup>, que hablan de medidas cautelares o precautorias; y otros, entre los que destaca PALACIO<sup>51</sup>, que habla concretamente de “proceso cautelar”, señalando que *“la caracterización de la materia examinada bajo el rótulo de medidas o providencias cautelares no resulta en modo alguno desdeñable, el criterio que preside tales denominaciones no se opone a la existencia de un verdadero proceso cautelar, ya que si bien éste carece de autonomía con respecto al proceso principal cuya eficacia garantiza, la tiene, sin embargo, en el ámbito conceptual, e incluso con entidad suficiente para justificar su regulación legal (...) en el mismo rango que se otorga a los restantes tipos de procesos”*.

### III. La autonomía del proceso cautelar según el Procedimiento Civil del Ecuador

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.

<sup>44</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ: “Tratado de Derecho Procesal Civil”, T. II. Edit. Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 84.

<sup>45</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ: “Derecho Procesal”, T. I (Vol. II), Proceso Civil (2), p. 468.

<sup>46</sup> FAIRÉN GUILLÉN: “La Reforma del Proceso Cautelar Civil Español”, en Rev. De Derecho Procesal, 1966, p. 47 y siguientes.

<sup>47</sup> SERRA DOMÍNGUEZ: “Teoría General...”. Obra cit., p. 11 y siguientes.

<sup>48</sup> PODETTI: “Tratado...”. Obra cit., p. 14.

<sup>49</sup> ALSINA: “Tratado...”. Obra cit. Tomo V, p. 447.

<sup>50</sup> MORELLO, Augusto y Otros: “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentarios y anotados”, Buenos Aires, 1986, T. II-C, p. 492.

<sup>51</sup> PALACIO, Lino: “Derecho Procesal Civil”, T. VIII, p. 17.

Pero también pueden dar base a una acción independiente cuando tales medidas se peticionan antes de la presentación de la demanda respecto del juicio principal, en cuyo caso, de conformidad con el artículo 897 y siguientes de la Codificación del Código de Procedimiento Civil<sup>52</sup>, se someten a una tramitación propia, por cuerda separada, es decir, configurando un proceso cautelar, procedimentalmente autónomo, pero sin lugar a dudas, dependiendo a su vez, de la existencia de un juicio principal respecto al cual aseguran el cumplimiento de la sentencia definitiva que recaiga en este último proceso.

#### **IV. La naturaleza de las medidas cautelares según la legislación y la doctrina ecuatorianas: medidas precautorias y medidas preventivas**

En nuestro país las medidas cautelares o preventivas pueden solicitarse ya sea durante el trámite del juicio, o antes de iniciarlo (artículo 897 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil).

Dentro de juicio pendiente, particularmente en el trámite del proceso ejecutivo, las medidas cautelares, que el Código de Procedimiento Civil las llama “medidas precautorias“, pueden solicitarse u obtenerse al iniciar el ejecutante su acción (cuando presenta la demanda) o en cualquier estado de la causa antes de sentencia de primer grado (art. 424). Dichas medidas son: la prohibición de enajenar bienes raíces (art. 421); la retención o el secuestro de bienes muebles (art. 422); y, el embargo fundado en título hipotecario o en sentencia ejecutoriada (art. 423).

Antes de iniciar el juicio principal, el acreedor puede pedir al juez la adopción de las llamadas “providencias preventivas“, reguladas a partir del artículo 897 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, cuando el acreedor justifique la existencia de un crédito y el mal estado de los bienes del deudor o que éstos pueden desaparecer (art. 899 de la Codificación del CPC).

En este segundo evento, se da apertura a un verdadero proceso cautelar, con demanda, decreto inicial que ordena la medida provisionalmente, término de prueba y resolución final; proceso en el que existe la particularidad de que si el accionante es vencido en el mismo, es condenado a pagar las costas así como los daños y perjuicios (art. 904); además la resolución que se dicta en este tipo de procesos – revocando o ratificando la medida provisional- no es una sentencia sino un auto (art. 903), apelable sólo en el efecto devolutivo (art. 921).

---

<sup>52</sup> Codificación del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano: publicado en R.O. No. 58 del 12 de julio del 2005.

Mientras las medidas cautelares adoptadas dentro de juicio (sea en el proceso ejecutivo o sea en la fase ejecución del proceso declarativo), pueden considerarse como incidentes del mismo, aquellas –las providencias preventivas- que son adoptadas por lo general antes del inicio del juicio principal, con fundamento en el referido artículo 899 del CPC, asumen las características propias de todo un juicio formal, completamente autónomo del juicio principal desde el punto de vista procedimental, aunque ambos procesos (cautelar y principal), conceptualmente, quedan íntimamente vinculados en razón del carácter instrumental de la actividad cautelar que no puede existir por sí misma, sino que se la ordena en función del aseguramiento del cumplimiento de la sentencia que se dicte en el proceso principal.

### **V. Clases de medidas preventivas que se pueden adoptar en el proceso cautelar ecuatoriano**

En esta segunda vertiente -el proceso cautelar o juicio de medidas preventivas- el Código de Procedimiento Civil sólo admite en principio, la adopción de dos clases de medidas cautelares, “el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se va a litigar, o de bienes que aseguren el crédito” (art. 897).

Sin embargo, el artículo 900 *ibidem* permite también al acreedor solicitar la prohibición para que el deudor enajene sus bienes raíces, a fin de que quede impedida la enajenación del inmueble así como prohibida la constitución de hipotecas o cualquier otro gravamen que limiten el dominio del mismo.

Finalmente, el artículo 912 del CPC permite solicitar la prohibición de ausencia o arraigo al deudor extranjero que no tiene bienes raíces.

### **VI. En el Ecuador, las medidas cautelares constituyen actos procesales y pueden ser incidentes dentro de juicio o acciones autónomas**

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

CRUZ BAHAMONDE, manifiesta al respecto: “*Las medidas cautelares son actos procesales que, como se ha visto al estudiar las ratio juris que las identifican, tienen motivaciones jurídicas que las apartan de otros actos procesales como son los actos preparatorios, señalados en el art. 68 (actualmente, art. 64), las medidas precautorias incluidas en el proceso de ejecución, arts. 431 a 434 (actualmente*

arts. 421 a 424), el embargo de bienes destinados al remate, art. 449 (art. Actual 439), y la detención del deudor que ordene el juez del proceso concursal, art. 520 del Código de Procedimiento Civil (hoy, 509). Esta distinción no es meramente formal, aunque sus procedimientos propios sean, sin duda, diferentes, pues, pertenecen los unos al trámite de un proceso, en el que son incidentes, mientras el proceso cautelar asume la forma propia de un juicio aunque la vida y resultados de éste dependen de la vida y resultado de otro juicio, al que se ha llamado “principal”<sup>53</sup>.

TROYA CEVALLOS, al referirse, primero a los actos preparatorios que pueden preceder a la demanda, y luego a las medidas cautelares, señala: “*las medidas cautelares que conocemos con el nombre de providencias preventivas, reguladas en los artículos 968 (actual 897) y siguientes del CPC., son el secuestro, la retención, la prohibición de enajenar, el inventario, y en tratándose de extranjeros, el arraigo. Estos actos preparatorios y estas medidas anteriores al proceso, suelen luego ser presentados como prueba dentro del respectivo término, los primeros, y las segundas (las medidas cautelares) sirven para asegurar de antemano la ejecución de la sentencia*”<sup>54</sup>.

Más adelante, el mismo autor, expresa: “*Dichas medidas precautelatorias o preventivas, más bien denominadas juicios cautelares, pueden constituir un incidente cuando son solicitadas dentro del proceso al cual van a servir. (...) Solicitadas antes del proceso, no pueden ser consideradas técnicamente como incidentes...*”<sup>55</sup>.

Nuestra Corte Suprema de Justicia coincide con los autores citados al establecer que las providencias preventivas adoptadas de conformidad con el artículo 897 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, constituyen verdaderos juicios o acciones cautelares.

En la Gaceta Judicial, Serie XII, No. 12, pág. 2502-03-04 (27-V-76) leemos el siguiente fallo:

*“Los artículos 973 (902) y 993 (922) del Código de Procedimiento Civil, establecen, respectivamente, que es demanda la presentada para solicitar las providencias preventivas... y que es un verdadero juicio el procedimiento que las resuelve. No puede ser considerado de otra manera, puesto que es una verdadera acción la que contiene el escrito que el primero de los artículos citados denomina demanda;*

<sup>53</sup> CRUZ BAHAMONDE: “las acciones...” Obra cit., p. 175.

<sup>54</sup> TROYA CEVALLOS, Alfonso: “Elementos de Derecho Procesal Civil”, Pudeleco Editores, 2002, Quito, T. I, p. 278.

<sup>55</sup> *Ibidem*: p. 283.

ya se considere la sistematización jurídica nuestra sobre estos fenómenos ya la doctrina generalmente aceptada, que trata sobre esas providencias denominadas cautelares, como se puede consultar en Chiovenda, Rosemberg, Alsina, Carnelutti y en tantos otros expositores; uno de los citados expresa: “y es pura acción, que no puede considerarse como accesoria del derecho garantizado, porque existe como poder actual, cuando no se sabe si el derecho garantizado existe...”.

En suma, en la doctrina ecuatoriana, las medidas cautelares se denominan “medidas precautorias” cuando son ordenadas dentro de juicio, en especial dentro del trámite del juicio ejecutivo o en la fase de ejecución de los juicios declarativos<sup>56</sup>, y constituyen incidentes a resolver dentro del mismo proceso. En cambio, cuando se las pide por parte del acreedor o de quien se considera acreedor, como providencias preventivas antes de la iniciación del juicio principal, se las tramita dentro de un verdadero proceso o acción cautelar, que tiene un trámite propio, con su propio sistema de prueba, decisión y recursos, que aunque autónomo en cuanto a su procedimiento, depende para su vigencia y resultados, de la existencia de un juicio principal en donde se discuta la validez, eficacia y procedencia del crédito o del derecho que se pretende proteger con la providencia preventiva.

## VII. La autonomía del proceso cautelar: nuestra opinión

En nuestra opinión, no puede hablarse en el Ecuador de la existencia de un proceso cautelar autónomo. No nos referimos a las medidas precautorias que se ordenan durante el desarrollo del proceso arbitral, o en los procesos ejecutivos o en la fase de ejecución de las sentencias declarativas, porque indudablemente ellas vienen a ser incidentes que dependen y existen dentro del mismo juicio en que fueron adoptadas. Lo que decimos es que las medidas preventivas establecidas en la Sección 27, del Título Segundo, Libro Segundo, del Código de Procedimiento Civil (artículo 897 y siguientes de la última Codificación), no constituyen procesos cautelares que gozan de verdadera autonomía.

Para fundamentar esta opinión nos apoyamos en el carácter instrumental de las providencias cautelares que hace que éstas no tengan una sustantividad en sí mismas consideradas, sino que sólo tienen sentido en relación a un proceso principal.

Dicha característica de instrumentalidad permite afirmar que no es dable que mediante la adopción de las medidas preventivas- se pueda configurar un proceso cautelar como *tertium genus* ubicado en el mismo plano de igualdad que el proceso declarativo y el proceso de ejecución. Estos procesos se distinguen por una

<sup>56</sup> “El proceso arbitral equivale al proceso judicial contencioso de conocimiento” o declarativo. DIAZ SOLIMINE, Omar Luis: “Medidas cautelares...”. Obra cit., p. 15.

---

serie de características distintas a las de las medidas cautelares, entre otras, la de su propia independencia.

En los procesos declarativos se persigue la obtención de una resolución firme que se pronuncie sobre el fondo de la pretensión planteada ante los órganos jurisdiccionales a través de la demanda; a través del proceso ejecutivo se persigue el cumplimiento de una obligación ya existente clara, expresa y exigible. Mientras el primero tiene la finalidad de determinar el derecho aplicable al caso concreto, el segundo se dirige a lograr la realización práctica de ese derecho. Sus resultados son completamente autónomos al no necesitar la pendencia de otro para lograrlos. En cambio, a través de las providencias preventivas no obtenemos ningún resultado autónomo, sino tan solo una resolución con la cual vamos a asegurar la eficacia de un ulterior proceso principal del cual depende.

Consecuentemente, las providencias preventivas de nuestro Código Procesal Civil no son independientes porque siempre serán adoptadas en relación con un elemento extrínseco como es un posterior proceso que resolverá la cuestión principal, por lo que no podrán tener jamás una existencia autónoma, es decir, no tienen existencia y propósito por sí mismas. Son medidas accesorias, esencialmente provisionales, cuya existencia depende de las contingencias del proceso principal, a cuyo resultado sirven o garantizan.

## CAPÍTULO IV CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares presentan una serie de características que son las mismas, tanto si se refieren a un procedimiento arbitral, como judicial. Asumiendo este punto de partida, las medidas cautelares se caracterizan por su instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad, se limitan al objeto del litigio, son urgentes, proporcionales y flexibles, además, se ordenan a petición de parte y sin oír previamente a la parte contraria (*inaudita parte*).

### I) Característica de la Instrumentalidad

Las medidas cautelares son instrumentales, esto es, carecen de un fin en sí mismas porque su existencia depende de la pendencia de un proceso principal al que aseguran, con el propósito de obtener el efectivo cumplimiento de la sentencia a dictarse en éste.

Como señala CHIOVENDA, *“la medida provisional actúa una efectiva voluntad de la ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de ley”*<sup>57</sup>.

Las cautelas en ningún caso constituyen un fin en sí mismo, son accesorias, es decir, están preordenadas *“a la emanación de una ulterior providencia definitiva”*. En este sentido se pronunció CALAMANDREI<sup>58</sup>, afirmando además que ellas se encuentran inevitablemente ligadas a la providencia a la cual han de rendir su tributo.

En la doctrina italiana ROCCO ha negado el carácter esencial de la instrumentalidad y lo ha sustituido por el del peligro en la demora. El profesor italiano describe la actividad jurisdiccional cautelar como aquella *“dirigida a comprobar desde el punto de vista objetivo y subjetivo la existencia de un peligro (posibilidad de un daño) y a eliminar tal peligro que amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, incierto o controvertido, conservando el estado de hecho y de derecho mientras esté pendiente o por previsión de la declaración de certeza o de la realización coactiva de la tutela aprontada por el derecho objetivo de intereses”*<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> CHIOVENDA: “Instituciones...”, Obra cit., T. I, p. 282.

<sup>58</sup> CALAMANDREI: “Introducción al Estudio...”. Obra cit., p. 44.

<sup>59</sup> ROCCO, Ugo: “Tratado de Derecho Procesal Civil”. Obra cit., Vol. V –Parte Especial- Proceso Cautelar. Edit. Temis, De Palma, Bogotá-Buenos Aires, 1977, p. 57.

Sin embargo, considerar el peligro en la demora como carácter esencial de la medida cautelar significaría hablar de todos modos de la existencia de un proceso principal, pues, como dice CARRERAS LLANSANA: *“las medidas cautelares, por tanto, tienden a evitar un peligro, ciertamente, pero el peligro proviene de la existencia del proceso mismo”*<sup>60</sup>.

Para nosotros, esta característica de la instrumentalidad expresa la relación de dependencia o accesoriedad que existe entre la medida cautelar y el proceso ulterior cuyo fallo final asegura, es decir, la instrumentalidad significa que la medida cautelar tiene un solo objetivo: asegurar la efectividad de la sentencia que se expida en un proceso principal, vale decir, que no podemos entender esta característica si no es en relación al proceso asegurado, toda vez que a través de estas medidas no se va a actuar el derecho en el caso concreto, sino asegurar que se pueda hacer efectivo en su momento.

Esta necesaria dependencia o accesoriedad de las medidas cautelares respecto a un proceso principal no impide, en absoluto, que -en el juicio de arbitraje- las partes soliciten la tutela cautelar con anterioridad al comienzo del mismo, esto es, antes de que el tribunal de arbitraje se haya constituido en forma efectiva, considerando que por razones de su peculiar procedimiento, el Tribunal de Arbitraje requiere un plazo de tiempo para su constitución.

Esta posibilidad de ser solicitadas las medidas cautelares con carácter previo al inicio del procedimiento de arbitraje no es incompatible con su característica de instrumental o dependiente del proceso principal. Esto es así por cuanto nuestro sistema procesal impone un plazo máximo de tiempo -quince días después de ordenadas- para presentar la demanda en lo principal, so pena de que caduquen las medidas preventivas dispuestas en el procedimiento cautelar previo (artículo 923 del CPC).

Cierto es que nuestra ley de Arbitraje y Mediación -LAM- no establece expresamente la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes del inicio del juicio arbitral, sin embargo, el artículo 37 de la misma ley considera como supletorias del procedimiento arbitral las normas del Código de Procedimiento Civil, siempre que se trate de arbitraje en derecho, por lo que en función de esta disposición entendemos que es perfectamente factible remitirnos al artículo 897 del Código Procesal Civil que permite a cualquier persona, antes de presentar su demanda en lo principal, pedir las medidas cautelares que prevé dicha norma, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar su resultado.

---

<sup>60</sup> CARRERAS LLANSANA: “Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en “Estudios de Derecho Procesal” -con FENECH NAVARRO-, edit. Librería Bosch, Barcelona, 1962, p. 571.

En nuestra opinión, incluso al tratarse de arbitraje en equidad, pueden las partes solicitar medidas cautelares con carácter previo al procedimiento arbitral, pues en este tipo de arbitraje los árbitros gozan de discrecionalidad al respecto, aplicando para ello las reglas de la sana crítica que, en ningún momento desdeñan las disposiciones legales.

## II) Provisionales o temporales

Del carácter instrumental ya mencionado surge otro de los caracteres comunes a todo tipo de proceso cautelar: *su provisionalidad*. Esto significa que las medidas o providencias cautelares se limitan a dar una solución temporal, hasta que el litigio se resuelva en forma definitiva. Los efectos de la resolución que se dicte en el proceso cautelar tienen inexorablemente, un *dies ad quem* representado por el momento en que adquiere carácter firme la resolución o sentencia pronunciada en el proceso principal o definitivo<sup>61</sup>.

Las medidas cautelares adoptadas en el arbitraje, por su propia naturaleza, son limitadas en el tiempo, toda vez que durarán tanto como el procedimiento arbitral, esto es, hasta que se dicte el laudo. Terminado el proceso arbitral finaliza de igual manera su cometido. Tanto es esto así que si transcurre el término de que dispone el árbitro para emitir el laudo y no lo ha dictado por los motivos que sean, pierde su competencia y al mismo tiempo, las medidas cautelares ordenadas por él, pierden su eficacia<sup>62</sup>.

Es por ello, que de manera general, las medidas cautelares no suponen una ejecución anticipada del fondo del asunto, salvo que se trate de medidas tendentes a garantizar la ejecución del laudo arbitral que en su día se dicte, es decir, las llamadas medidas anticipatorias<sup>63</sup>. Pero por lo general, habrá que esperar hasta que concluya el procedimiento arbitral y se expida la decisión definitiva para conocer la suerte de la medida.

Dicho de otro modo, cuando el pronunciamiento sobre el fondo del asunto alcanza firmeza o lo que es lo mismo, autoridad de cosa juzgada, se extingue *ipso iure* la

<sup>61</sup> CARNELUTTI: "Sistema...". Obra cit. T. I, p. 390.

<sup>62</sup> La Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, fija en el artículo 25 el periodo de tiempo máximo de que dispone el tribunal de arbitraje para dictar el correspondiente laudo, señalando: "Una vez practicada la audiencia de sustanciación y declarada la competencia del tribunal, éste tendrá el término máximo de ciento cincuenta días para expedir el laudo. El término podrá prorrogarse, en casos estrictamente necesarios, hasta por un periodo igual, ya por acuerdo expreso de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio.

<sup>63</sup> La tutela anticipativa, implica satisfacer el derecho del reclamante antes de su reconocimiento en la sentencia definitiva.

eficacia de la resolución cautelar, porque a partir de ese instante pierde su razón de ser y agota, por lo tanto, su ciclo vital<sup>64</sup>.

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

Para De LÁZZARI<sup>65</sup>, la extinción de la medida cautelar no opera de pleno derecho “*sino que requiere previa declaración judicial*”, aspecto que concuerda con nuestro sistema procesal civil (artículo 439 del CPC).

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

Sin embargo, ciertos ordenamientos jurídicos disponen medidas cautelares que carecen de esta característica de provisionalidad. Por ejemplo, en el sistema británico las “*interlocutory injunctions*” son medidas cautelares que se solicitan durante el trámite del proceso y por lo general, suelen poner fin al litigio porque son indicativas de que las partes han alcanzado una transacción<sup>66</sup>. En estos casos, su adopción implica, en definitiva, la terminación del conflicto, pues la tutela provisional sustituye a la definitiva, es decir, deja de ser una tutela temporal para convertirse en la solución al fondo de la controversia.

Normalmente, en la práctica –sobre todo a nivel internacional– los árbitros se muestran reticentes a adoptar una medida cautelar que signifique prejuzgar el fondo del asunto. Entre otras razones, porque la medida dejaría de ser provisional para convertirse en definitiva, como acabamos de ver. Los árbitros sostienen que la medida cautelar debe limitarse a mantener el statu quo de las partes en el proceso.

Sobre la base de esta característica de provisionalidad, la resolución que dispone la medida cautelar debe y puede ser modificada o revocada atendiendo a la varia-

<sup>64</sup> CALAMANDREI: “Introducción...”. Obra cit., págs. 15 y 83.

<sup>65</sup> DE LÁZZARI, Eduardo: “Medidas Cautelares”. Obra cit., p. 45.

<sup>66</sup> GASCON INCHAUSTI, F.: “Medidas cautelares del proceso civil extranjero”, Granada, Comares, 1998, p. 140.

ción de las circunstancias sobre cuya base se decretaron, circunstancias que, obviamente, deben ser adecuadamente justificadas.

### III) Se limitan al objeto del litigio: son restrictivas

En los juicios civiles de la justicia común, las medidas cautelares son, por regla general, de interpretación restringida, por cuanto tienden a limitar o prohibir de una u otra forma, según su especie, el derecho de propiedad garantizado por la Constitución Política. Siendo de interpretación restringida, su aplicación se limita expresamente a los casos taxativamente previstos por las disposiciones legales que las sancionan. En cambio, en el proceso arbitral prima el carácter discrecional del árbitro, a los fines de la prudente determinación de la medida que corresponda en cada caso, sin detenerse forzosamente en la taxatividad de las normas legales.

Ejemplo claro de lo expresado, lo encontramos en el primer párrafo del artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, según el cual, *“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...”*.

Cuando la ley dice: *“los árbitros podrán dictar medidas cautelares...”*, se entiende que los autoriza para actuar según su prudente arbitrio, consultando la prudencia y la equidad, en beneficio de la justicia y de la imparcialidad<sup>67</sup>.

PODETTI<sup>68</sup>, sin embargo, se muestra en contra de adoptar medidas cautelares en forma demasiado amplia, y al respecto expresa que las medidas cautelares, en general, deben acordarse restrictivamente, limitándolas al mínimo indispensable, evitando dentro de lo posible que puedan constituirse en un medio de extorsión o una traba al normal desenvolvimiento de las actividades del afectado y aun más, si su acogimiento favorable compromete el patrimonio de quienes todavía no han sido convocados a juicio.

CALAMANDREI<sup>69</sup>, en el mismo sentido, nos alerta sobre la extensión desmedida que puede llegar a alcanzar este tipo de medidas. En manos de un litigante astuto, señala, vienen a ser en realidad un arma a veces irresistible para constreñir a su

<sup>67</sup> “La limitación al derecho de propiedad o a cualquier otro derecho subjetivo, aun de rango constitucional, nunca será razón de peso para impedir que se adopten judicialmente, con la fundamentación probatoria necesaria, las medidas conducentes a lograr la eficacia de la administración de justicia...” **HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo**: “Medidas Cautelares”. Colección Textos Jurídicos Fundamentales Venezolanos. Fundación Pro Justicia, Caracas, 1994, p. 47.

<sup>68</sup> **PODETTI**: “Tratado...”. Obra cit., p. 422.

<sup>69</sup> **CALAMANDREI**: “Estudios sobre el Proceso Civil”, Título “El dispositivo psicológico de las medidas cautelares”. EJE, traduc. **SENTÍS MELENDO**, p. 282.

adversario a la rendición, y obtener así en el mérito una victoria que, si el contradictor hubiese podido defenderse, sería absurdo que se produjera. De ahí la necesidad de ponderar los límites en que ha de desarrollarse la potestad judicial y arbitral de decretar medidas asegurativas.

COLOMBO<sup>70</sup> advierte al hablar sobre el mismo tema, que *“debe mediar correspondencia con el fin”*, entendiendo con ello que no debe decretarse la medida cautelar *“cuando desnaturaliza el fin que institucionalmente le es propio”*. Y citando precedentes jurisprudenciales ejemplifica que no cabe autorizarlas con tanta extensión que impliquen extorsionar a la parte, o imposibilitar la marcha de sus negocios o importar propósitos de hostilidad.

Según los nombrados expositores, debe existir necesariamente una correlación entre la medida solicitada y el litigio al que hace referencia la misma. En tal virtud, la medida cautelar únicamente podrá recaer sobre los bienes y derechos del demandado en el proceso cautelar.

Ahora, si bien es verdad –conforme señalan los citados comentaristas– que es necesario impedir que se utilice la medida cautelar como medio de presión o de eventual extorsión, no es menos cierto que el posible peligro de medidas preventivas pedidas abusivamente, no debe ser motivo para evitar que se adopten las que sí son procedentes. Para esto, los diversos ordenamientos jurídicos –como veremos más adelante– exigen la prestación de una contra cautela suficiente que garantice los posibles daños que originará el eventual abuso del solicitante de la medida.

En este sentido los árbitros tienen mayor libertad que los jueces, éstos se encuentran constreñidos a adoptar las medidas que puntualmente determinan las leyes adjetivas, mientras que el árbitro goza del criterio de discrecionalidad para disponer la medida que más convenga al caso en concreto sin verse atado a la taxatividad de las normas procesales que determinan las medidas de cautela. Esto, no obstante, los árbitros deben aplicar esas medidas restrictivamente, en el sentido de que debe existir una correspondencia entre el objeto del proceso y lo que es objeto de la medida cautelar que se ordena. En esta situación, la prudencia, la sensibilidad, el conocimiento y la razonabilidad del juez o del árbitro, se convierten en virtudes de enorme importancia para evitar perjuicios injustificados al obligado o titular de los bienes objeto de la medida preventiva.

---

<sup>70</sup> COLOMBO: “Código de Procedimiento Civil y Comercial anotado y comentado”. Abeledo-Perrot, 1964, IV, p., 712.

#### IV) Son urgentes

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

Para que los árbitros puedan ordenar una medida cautelar debe justificarse la existencia de un riesgo de daño inminente o de un perjuicio irreparable, tanto de presente como de futuro, para el derecho de alguna de las partes o respecto del objeto de la litis, para que la medida que se adopte –de manera inmediata- elimine, reduzca o evite tal daño.

La urgencia viene a ser, entonces, la garantía de eficacia de las medidas cautelares. Ellas representan, como dice CALAMANDREI, *“una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde; las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario”*<sup>71</sup>.

Ahora bien, no debe entenderse que la característica de urgencia de las medidas cautelares debe ser considerada como requisito de admisibilidad o procedencia de las mismas. Aun cuando la ley exige la prueba de la existencia del crédito y la del peligro de insolvencia en el caso de las medidas preventivas, en ninguna parte la ley exige prueba de la urgencia por parte del solicitante. Esto se debe a que la urgencia constituye per se, la causa motiva de la medida, es decir, es un elemento inherente al concepto de medida cautelar. Si la medida es procedente, se ordena y se ejecuta de inmediato, sin tener que esperar lapso alguno.

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

<sup>71</sup> CALAMANDREI: “Introducción...”. Obra cit., p. 71.

En la doctrina arbitral internacional, existe un cierto consenso en cuanto al significado de esta característica de “urgente”.

Así por ejemplo, en Francia, los tribunales arbitrales entienden la urgencia como “aquella situación que requiere que sean adoptadas medidas con el objeto de evitar que los derechos legítimos de una persona estén en peligro”<sup>72</sup>.

La doctrina italiana, la interpreta en el mismo sentido, señalando que es “aquel perjuicio inminente e irreparable que se puede producir por el retraso en tramitar el proceso principal”<sup>73</sup>.

En realidad, la definición de “urgencia” que nos proporciona la doctrina arbitral, coincide con el criterio de que el *periculum in mora* es uno de los presupuestos necesarios para la admisibilidad de las medidas cautelares, criterio también recogido en nuestra legislación como veremos más adelante. Basta que haya indicio fundado de peligro y de justicia en la pretensión del solicitante, para que el juez o el árbitro de manera urgente ordenen la medida cautelar sin entrar en el conocimiento previo de la materia de fondo.

## V) Son proporcionales

Este carácter se encuentra íntimamente vinculado al criterio restrictivo con el que deben ordenarse las medidas cautelares. Las medidas cautelares que se solicitan y se ordenen dentro de un proceso judicial o arbitral deben responder al principio de proporcionalidad, es decir, tienen que estar acordes con el fin perseguido, lo que equivale a decir, expedidas sólo para garantizar la decisión que en su momento se dicte en el juicio principal, asegurando los derechos de las partes en el proceso, sus bienes o el resultado final del juicio.

Las medidas cautelares -precautelatorias o preventivas, según nuestro sistema positivo- constituyen un remedio procesal cuyo fundamento radica en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el litigio, evitando que se convierta en lírica o ilusoria la sentencia o laudo que en él se dicte, y por la misma razón deben ser proporcionales y limitadas al objeto del litigio.

Toca a los órganos jurisdiccionales la evaluación de todas las circunstancias que el asunto sometido a su conocimiento haga patentes, para adoptar las medidas de

---

<sup>72</sup> **CORTE DE CASACIÓN:** Primera Cámara Civil, de 23 de mayo de 1986. Gaceta, 1987, primer semestre, No. 17.

<sup>73</sup> **SAMORI, E.:** “Comentario Breve al Código de Procedimiento Civil”. Carpi-Colesanti-Tartuffo, 3ra. Edic., Padova, CEDAM, 1994, p. 1413.

aseguramiento que mejor correspondan al objeto del litigio; esto se logra cuando existe una correspondencia y una proporcionalidad entre el objeto del proceso y lo que es el objeto de la medida cautelar que se ordena.

## VI) Son flexibles

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

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

Las medidas cautelares son susceptibles de alteración, son variables e incluso revocables, de acuerdo con el principio *rebus sic stantibus*, esto es, que cabe su modificación en tanto y en cuanto haya cambiado el estado sustancial de los datos tomados en cuenta para decretar y practicar inicialmente la cautela.

La modificación de las cautelas es pues, la regla general, ya que dependen de la mutabilidad o inmutabilidad de la situación de hecho que les dio origen. Se pueden modificar a fin de prevenir posibles perjuicios, y siempre a condición de que se garantice efectivamente el derecho del acreedor, es decir, en tanto dicha modificación no traiga detrimento a la seguridad originalmente existente.

## VII) Se decretan a instancia de parte y sin oír previamente a la parte contraria (“inaudita parte”)

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

*altera pars* hace posible la ejecución de las medidas cautelares con mayor seguridad y facilidad.

El fundamento de esta actuación “*inaudita parte*” es evitar que el afectado se entere con anticipación de la medida dispuesta y realice actos que le otorguen la posibilidad de desaparecer u ocultar los bienes objeto de la medida o que pretenda enajenarlos antes de que se haga efectiva la cautela, o dicho de otra forma, no se oye previamente al afectado para evitar la posibilidad de frustrar el propósito aservativo o protector de la medida cautelar<sup>74</sup>.

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

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

En cuanto a la iniciativa para incoar el proceso cautelar, en la mayoría de los sistemas procesales vigentes en esta materia, incluyendo nuestro Código de Procedimiento Civil, predomina el principio dispositivo o principio de justicia rogada, según el cual, la iniciación del proceso cautelar se produce siempre a petición de parte.

En virtud de este principio, como regla general, serán las partes quienes soliciten, ya sea de los jueces, ya sea de los árbitros, la adopción de una determinada medida

---

<sup>74</sup> “Es lógico que dicha providencia o medida pueda dictarse así, pues si fuese necesario avisar a la otra parte y ponerla en conocimiento del proceso que contra ella se pretenda y que está incoado, estaría sobre aviso, dejando totalmente burlada la naturaleza esencial de este tipo de medidas, que requiere celeridad y sorpresa para cumplir su cometido”. **QUINTERO MURO, Gonzalo**: “Medidas Preventivas”, publicado por el I.N.H., Caracas, 1961, p. 16.

cautelar que asegure el crédito o las resultas del juicio, sin que sea común que actúen ex officio.

Como bien señala CALDERON CUADRADO, *“cabría pensar que, siendo la finalidad básica del proceso cautelar asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere, el órgano jurisdiccional estuviera interesado en que esa resolución no se convirtiera en papel mojado. De ello se desprendería la posibilidad de que el juez, de oficio, pudiera disponer del proceso cautelar, lo cual no es sostenible”*<sup>75</sup>.

Sin embargo, si bien las medidas preventivas sólo proceden –por lo general- a pedido de parte, en los últimos tiempos ha comenzado a admitirse en ciertos ordenamientos procesales que el juez pueda ordenarlas de oficio en causas que interesan al orden público.

Es que hoy en día, aquella noción de un proceso civil netamente dispositivo con la figura del juez como ente amable, mero espectador y pasivo, sometido a la voluntad de las partes litigantes en cuanto al impulso del proceso, ha sido superada y ha comenzado a cambiarse con el criterio de que las medidas cautelares exceden los meros intereses privados y afecta más bien de manera sustancial al interés público o general, bajo el entendimiento de que el cumplimiento de las decisiones judiciales contribuye a asegurar no sólo los derechos privados de los justiciables, sino la eficacia práctica y la vigencia del derecho material que constituye el objeto y la razón de ser de los procedimientos judiciales<sup>76</sup>.

Como estamos tratando de las medidas cautelares en el arbitraje, este mismo interés público podría referirse también a los árbitros, esto es, que éstos –en función de dicho interés- pudieran de oficio ordenar las medidas de aseguramiento. Sin embargo, en mi opinión, considerando el ámbito privado de las relaciones que abarca el arbitraje, donde la autonomía de la voluntad de las partes tiene radical importancia, deberá ser ésta la determinante a la hora de tomar la decisión sobre solicitar o no la medida cautelar.

En el plano del Derecho comparado, la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos así como los Reglamentos de las principales instituciones arbitrales, aceptan el principio de que la adopción de medidas cautelares procede a instancia de parte y bajo la responsabilidad del solicitante quien, en la mayoría de los casos, estará obligado a prestar una caución para cubrir tal responsabilidad.

---

<sup>75</sup> CALDERÓN CUADRADO, M.P.: “Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil”, Madrid, Civitas, 1992, p. 205.

<sup>76</sup> KIELMANOVICH, Jorge: “Medidas Cautelares”. Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 24.

Esta necesaria solicitud a instancia de parte es recogida en la casi totalidad de los sistemas estatales y en los reglamentos de las distintas instituciones de arbitraje, así como en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional. (UNCITRAL).

Así, por ejemplo, en lo que respecta a los Reglamentos Internacionales, encontramos este principio de actuación a instancia de parte en las medidas cautelares, entre otros, en el Reglamento de Arbitraje de la C.C.I (Cámara de Comercio Internacional)<sup>77</sup>, las Reglas de Arbitraje de la A.A.A. (American Arbitration Association)<sup>78</sup>, el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL<sup>79</sup>, las Reglas de Arbitraje de la O.M.P.I.<sup>80</sup>, y finalmente en la Ley Modelo UNCITRAL<sup>81</sup>.

Nuestra ley guarda silencio sobre si los árbitros pueden ordenar de oficio las medidas cautelares, pero como la misma normativa señala que éstas se adoptarán de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil, que como conocemos sigue el principio dispositivo o de justicia rogada, se deduce, en consecuencia, que los árbitros actúan siempre a instancia de parte.

---

<sup>77</sup> El art. 23 del **Reglamento de Arbitraje de la C.C.I. de París**, dice: "... el Tribunal Arbitral podrá desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales..."

<sup>78</sup> El art. 21.1 de la **A.A.A.**, señala: "A solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal podrá tomar aquellas medidas provisionales que sean necesarias, incluyendo prohibiciones y medidas para la protección o conservación de los bienes"

<sup>79</sup> El art. 26 del **Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL)**, dispone: "A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá tomar las medidas provisionales que considere necesarias..."

<sup>80</sup> El art. 46 a) de las **Reglas de la O.M.P.I.**, dice: "A instancia de parte, el tribunal puede ordenar cualquier medida cautelar que estime necesaria..."

<sup>81</sup> El art. 17 de la **Ley Modelo CNUDMI**. Establece: "... el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que estime necesarias..."

## CAPÍTULO V PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

### I. Planteamiento del tema

Quien piense que la medida cautelar puede ser ordenada por el órgano jurisdiccional a simple instancia de parte, está equivocado. Por simple lógica procesal, una medida cautelar no puede decretarse sin más ante la sola petición del solicitante. Es necesario que el órgano jurisdiccional compruebe la concurrencia de determinados requisitos que van a justificar la expedición de una medida que va a tener indudable injerencia en la esfera jurídica del sujeto afectado con la cautela. Solo la comprobación por el Juez o el árbitro de la existencia de tales presupuestos, fundamenta la viabilidad de la medida cautelar que pide el demandante.

Estos requisitos o presupuestos típicos de las medidas cautelares, unánimemente admitidos por la doctrina, y que permiten la procedencia de la medida de cautela son dos: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*). Alguna parte de la doctrina también considera como presupuesto de la adopción de una medida cautelar el depósito de una caución o contracautela<sup>82</sup>.

### II. La verosimilitud del derecho o *fumus boni iuris*

Las medidas cautelares no exigen del juzgador un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino solo en grado de una aceptable verosimilitud, es decir, que es suficiente para el solicitante de la medida demostrar al órgano jurisdiccional la probabilidad de que exista su derecho, valga decir, acreditar –no la certeza absoluta- sino la apariencia de ese derecho (*fumus boni iuris*: humo de buen derecho). Dicho de otro modo, la expectativa jurídica que se pretende tutelar debe presentar un alto grado de probabilidad de éxito, en el sentido de que, en la resolución final del proceso, se reconozca efectivamente el derecho en que se funda su pretensión<sup>83</sup>.

Siendo el propósito de la medida cautelar asegurar la eficacia de la sentencia que vaya a dictarse sobre el fondo del asunto en un posterior juicio principal, no puede exigirse –a quien la solicita- la certeza del derecho. Y esto tiene su explicación lógica: si fuese necesario demostrar la certeza del derecho en un proceso cautelar, obtendríamos en el mismo una sentencia definitiva sobre el fondo del asunto; y entonces ¿para qué serviría el posterior juicio principal?

<sup>82</sup> SERRA DOMÍNGUEZ: "Teoría General...", con RAMOS MÉNDEZ. Obra cit., Barcelona, 1974, p. 35.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 36.

Como bien lo explica CALAMANDREI<sup>84</sup>: “*Si para emanar la medida cautelar fuera necesario un conocimiento completo y profundo sobre la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto en relación al cual se espera la providencia principal, valdría más esperar ésta y no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones que no tendrían ni siquiera la ventaja de la prontitud*”.

Por lo tanto, la medida podrá concederse si el derecho que se pretende asegurar aparece como muy probable o verosímil, -en palabras de SERRA DOMINGUEZ-, “*con una probabilidad cualificada; es decir, en cuanto aparezca como jurídicamente aceptable la posición material del solicitante*”<sup>85</sup>.

En efecto, el juzgador tan sólo debe formarse una opinión de credibilidad, de verosimilitud, al sólo fin de conceder o denegar la medida cautelar que en concreto se solicita, sin perjuicio de la decisión positiva o negativa a la que posteriormente se llegue cuando se dicte sentencia sobre el fondo, cualquiera que sea el juez o árbitro al que le toque resolver<sup>86</sup>.

Es importante destacar que el *fumus boni iuris* tiene una característica fundamental, que consiste en garantizar al demandado que la medida cautelar que se disponga, aunque sea *inaudita parte*, se ordenará luego de que el juez o el árbitro examine y compruebe la existencia de los presupuestos de exigibilidad de la medida, entre los que se encuentra la apariencia de buen derecho invocado, la cual el actor debe justificar con las evidencias aparejadas a la solicitud, esto es, que respaldada la petición con las pruebas que exige la ley, el juzgador pueda anticipar con base en ellas que en el proceso principal se declarará la certeza del derecho.

### III. ¿Cómo se demuestra la verosimilitud del derecho?

¿De qué manera debe el solicitante de la medida cautelar acreditar la apariencia o verosimilitud de su derecho?

En Nuestro Código de Procedimiento Civil, las medidas precautorias propias del juicio ejecutivo (prohibición de enajenar, secuestro, retención, embargo) se ordenan previa presentación de pruebas documentales que justifiquen que los bienes

<sup>84</sup> CALAMANDREI: “Introducción...” Obra cit., p. 77.

<sup>85</sup> SERRA DOMINGUEZ: “Teoría General...” Obra cit., p. 36.

<sup>86</sup> “Las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución definitiva a recaer en otro proceso, de modo tal que la fundabilidad de la pretensión invocada en el proceso principal, por parte de quien solicita dicha medida, no puede ser objeto de un detenido análisis; no puede pretenderse un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el principal, sino sólo un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido”. DIAZ SOLIMINE: “Medidas...”. Obra cit., p. 20.

materia de la tutela, pertenecen al demandado u obligado. Así, el artículo 421 del CPC permite que se libre la prohibición de enajenar bienes inmuebles si el ejecutante acompaña a la demanda certificado del Registrador de la propiedad en el que conste que el ejecutado tiene bienes raíces que no están embargados; la retención o el secuestro de bienes muebles se pueden solicitar siempre que se acompañe prueba de que tales bienes son de propiedad del deudor. En este caso, también se admite la prueba testimonial (art. 422); el embargo sobre bienes raíces se puede dictar en el auto inicial de un juicio ejecutivo, a solicitud del ejecutante, siempre que la ejecución se funde en título hipotecario o en sentencia ejecutoriada (art. 423).

Por su parte, las medidas preventivas (secuestro, retención, prohibición de enajenar, arraigo), –que se pueden pedir antes de presentar la demanda sobre el asunto principal o en cualquier estado del juicio- se ordenan siempre que el solicitante justifique, con “prueba instrumental”, la existencia del crédito.

En el caso de las medidas precautorias del proceso ejecutivo, las pruebas documentales que se exigen son concretas: normalmente, documentos públicos (certificados del Registro de la Propiedad) o testimonios judicialmente autorizados (información sumaria de testigos) que demuestran que los bienes objeto de la cautela pertenecen al deudor. ¿Pero, qué hay que entender por “prueba instrumental” cuando de providencias preventivas se trata? ¿Es acaso suficiente cualquier documento –público o privado- para demostrar la apariencia del derecho del solicitante?

La apariencia –en su condición de elemento sustitutivo de la certeza- tiene una gran relevancia tanto en el ámbito del Derecho Privado como en el campo del Derecho Procesal. A la apariencia se le concede un valor provisional que permite resolver todas las cuestiones derivadas de la propia naturaleza del proceso. La apariencia en el Derecho Procesal, va ligada siempre a la presentación de documentos<sup>87</sup>.

En efecto, generalmente para la adopción de las medidas cautelares, las legislaciones de diversos países limitan los medios de prueba que el actor puede aportar al documento del que resulte la existencia de la obligación del demandado, a fin de que el órgano jurisdiccional aprecie con dicha prueba instrumental, la apariencia del derecho del peticionario de las medidas cautelares.

Así lo ha entendido también el legislador ecuatoriano al exigir que la apariencia del derecho de quien solicita una medida cautelar se justifique con la presentación de “prueba instrumental”. Ciertamente que esta exigencia de la prueba documen-

<sup>87</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ: “Derecho Procesal Civil” T. III, Madrid. Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 377.

tal limitaría el acceso a la tutela cautelar a quienes sustenten su derecho en un contrato verbal por ejemplo, mas el legislador ecuatoriano ha entendido que la presentación de documentos es la forma más idónea para justificar la apariencia del derecho y no queda más remedio que atenernos a esa regulación.

Incluso, para dictar estas medidas y en razón de esa misma apariencia que se exige, se admite como prueba del crédito una sentencia que lo haya declarado o reconocido, aunque haya contra ella recurso pendiente (art. 901).

Ahora bien, esta prueba documental debe acreditar, por una parte, la existencia de una específica relación obligatoria (de dar, hacer o no hacer); y, por otra, que la relación jurídica se constituyó efectivamente entre el solicitante de la medida como acreedor y el sujeto pasivo de la misma como deudor, esto es, que los documentos que se aporten como prueba de la apariencia del derecho, deben justificar, no sólo la existencia objetiva del vínculo obligacional, sino también la suficiencia subjetiva de la relación entre acreedor y deudor.

Así lo confirma la doctrina: RAMOS MENDEZ, al hablar sobre el tema, expresa: *“Pero también es necesaria una suficiencia subjetiva del documento. Esto quiere decir que el documento debe referirse en concreto a las personas implicadas en la anotación preventiva de la demanda y más específicamente al demandado, que es el que resultará gravado con la medida...”*<sup>88</sup>.

En el mismo sentido, opina SERRA DOMINGUEZ para quien la prueba documental debe ser suficiente objetiva y subjetivamente: objetivamente debe referirse al objeto del proceso principal que se va a asegurar a través de la concreta medida cautelar; y subjetivamente debe ir referido a los sujetos que figuren como demandante y demandado en el proceso principal<sup>89</sup>.

Para decretar las medidas cautelares el órgano jurisdiccional, consecuentemente, está limitado en su conocimiento por la finalidad de las medidas y por la urgencia inherente a ellas, lo que el solicitante debe justificar con la prueba de documentos.

Con la exigencia de la sola prueba documental para justificar la verosimilitud del derecho, se consigue así un doble objetivo:

a. Se delimita el conocimiento del juzgador al permitir que forme su convicción solamente en base a los documentos aportados por el actor, evitando de esta forma

<sup>88</sup> RAMOS MÉNDEZ: “La anotación preventiva de la demanda”, Barcelona, J.M. Bosch, 1980, p. 129.

<sup>89</sup> SERRA DOMÍNGUEZ: “La intervención Judicial de Bienes Litigiosos”, en “Medidas Cautelares...” Obra cit. p. 231.

que entre a prejuzgar el fondo del asunto, cuestión que será objeto de análisis en el proceso principal, en donde se practicarán los otros medios de prueba;

b. Se logra la rapidez del procedimiento, porque los documentos aportados a la solicitud son considerados como una prueba preconstituida que acreditan el *fumus boni iuris* y, a continuación, el juzgador, *inaudita parte*, procederá a dictar la resolución aceptando o denegando la medida cautelar solicitada<sup>90</sup>.

En definitiva, cualquier documento público o privado que acredite con suficiencia el derecho aparente del acreedor y la obligación correlativa del deudor (aparición de legitimación activa y pasiva), es suficiente para que proceda la solicitud de medidas cautelares, sin perjuicio de que la certeza del derecho se pruebe plena y ampliamente en el proceso principal.

En caso de que el solicitante no pueda probar el *fumus bonis iuris*, esto es, que no aporte ninguna prueba documental en qué apoyar la aparición de su derecho, necesariamente se deberá negar la medida, puesto que la ley no da ninguna alternativa al respecto. Al menos en nuestra legislación. Sin embargo, a nivel de arbitraje internacional, algunos tratadistas opinan que en estos casos, la solución no es negar la medida cautelar, sino fijar una contracautela más alta para garantizar los eventuales daños que aquella pudiera causar. Aunque en estos casos, la garantía actuaría como un complemento, en realidad, como veremos más adelante, para cierto sector de la doctrina se trata de un presupuesto más de procedibilidad de las medidas preventivas.

En el Derecho comparado, la necesidad de que se exija el requisito del *fumus bonis iuris*, es común en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de Europa y América, e igualmente se encuentra presente en gran parte de los Reglamentos de las distintas entidades arbitrales.

También es importante decir que la exigencia de este requisito no siempre actúa con la misma intensidad en todos los casos. El requisito del *fumus bonis iuris* es graduable atendiendo a la medida cautelar que en concreto se pida<sup>91</sup>. Esto se debe

<sup>90</sup> Según nuestro Código de Procedimiento Civil, al admitirse al trámite la solicitud de medidas preventivas, el juez, con fundamento en la prueba instrumental acompañada por el actor y con la justificación fehaciente del mal estado de los bienes del deudor o de que corren el riesgo de desaparecer, dispone provisionalmente en el auto inicial la medida cautelar solicitada, y en el mismo auto ordena que se recibirá la causa a prueba por el término común de tres días, expirado el cual el juez dará la resolución correspondiente de manera definitiva, revocando o ratificando la medida provisionalmente dispuesta. La prueba que se ordena en este proceso cautelar tiene como exclusivo propósito justificar o desvanecer plenamente los requisitos de los arts. 899 y 900 del CPC Codificado.

<sup>91</sup> "...Esta graduación no es sólo posible sino que es del todo conveniente. Basta recordar que las medidas cautelares (...) pueden ser muy diferentes, y también lo son sus efectos. En definitiva, entendemos que

a que el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* aparecen estrechamente vinculados, de manera que, cuando la pretensión o apariencia del derecho quede suficientemente probada disminuirá el grado de peligro a exigir y, viceversa. En cambio, cuando la pretensión no quede suficientemente acreditada el grado de peligro deberá ser mayor<sup>92</sup>.

Para concluir, si el juez o el árbitro, en su caso, estiman que con los elementos que tienen a su disposición al resolver sobre las medidas cautelares hay suficientes elementos de juicio para creer que la verosimilitud del derecho que se le presenta está suficientemente acreditada y le permite suponer que la sentencia que recaiga en su momento en el juicio principal será estimatoria de la demanda y que la eficacia de ésta quedará suficientemente asegurada, debe ordenar la medida cautelar. En caso contrario, no procede.

Debemos aclarar que esta circunstancia, de que se tenga por acreditada la verosimilitud del derecho a objeto de conceder la medida cautelar, no significa decidir sobre el fondo de la cuestión, sino que implica tan sólo apreciar de manera provisional el mérito de la pretensión del actor, lo cual en nada afecta la decisión final que deberá adoptarse en la sentencia definitiva en el juicio principal.

#### IV. El peligro en la demora o *periculum in mora*

Ya hemos visto cómo la pendencia de un proceso lleva aparejada en el tiempo, necesariamente, un cierto riesgo para las partes. Cualquier retraso en el desarrollo del proceso ante la justicia común o en el trámite del juicio de arbitraje puede dar lugar a alguna circunstancia que perjudique de manera inmediata o a futuro, los derechos de alguna de las partes en el proceso, a sus bienes o a sus expectativas de derecho, hasta el punto de imposibilitar o volver inoperante el fallo o el laudo.

Por tanto, es presupuesto fundamental de toda medida cautelar –además de la verosimilitud del derecho–, el peligro en la demora (*periculum in mora*), entendido como el temor fundado en la configuración de un daño a los derechos del demandante, que puede darse como consecuencia de que la tutela jurídica que éste persigue y espera de la sentencia a expedirse en el juicio principal, no pueda en los hechos hacerse efectiva, porque en función del transcurso del tiempo en el trámite del juicio, los efectos del fallo definitivo resulten inoperantes o de cumplimiento imposible. Dicho de otra manera, el peligro de un daño jurídico derivado del pro-

---

a mayor gravedad de la cautela más cerca debe estar esta apariencia de la certeza, no siendo imprescindible tanta cualificación cuando se habla de efectos meramente conservatorios". **JOVÉ, María Angeles**: "Medidas cautelares Innominadas". Obra cit., p. 56.

<sup>92</sup> **CALDERÓN CUADRADO, Ma. P.**: "las medidas cautelares..." Obra cit., p. 47.

pio retraso en la administración de justicia es el fundamento indiscutible de la tutela cautelar<sup>93</sup>. Por esta razón se ha dicho que este presupuesto es considerado como la causa primera de toda medida cautelar<sup>94</sup>.

Como afirma CALAMANDREI, el *periculum in mora* es, específicamente, el peligro del ulterior daño material que podría derivar del retraso en la obtención de la resolución definitiva<sup>95</sup>. Con este concepto quedan delimitados los dos elementos que configuran este presupuesto: la demora en la obtención de la sentencia definitiva, y el daño marginal que se produce como consecuencia de este retraso. Sin embargo, ambos forman un todo unitario en virtud de su necesaria interrelación.

Ahora bien, el concepto de *periculum in mora* abarca a todos los riesgos —que son muchos y distintos— a los que están sometidos los bienes litigiosos o los derechos de las partes durante el transcurso de tiempo que se necesita en el trámite procesal para dictar la sentencia o el laudo. Estos riesgos o peligros que pueden amenazar la efectividad del fallo definitivo incluyen no solamente los derivados de la imposibilidad práctica de su ejecución, sino también los que se producen como consecuencia de la misma demora natural de todo proceso.

Estamos hablando de la clásica distinción doctrinal entre “*peligro de infructuosidad*” y “*peligro de retardo*”<sup>96</sup>. El primero está considerado bajo un aspecto objetivo y directo, vinculado a la imposibilidad o dificultad práctica de una ejecución futura. El segundo considera la ineffectividad de un fallo objetivamente fructífero pero que se produce con retraso, retraso que en definitiva convertiría el fallo en inútil o inejecutable por la falta de bienes del deudor contra los cuales dirigirse.

En definitiva, entendemos el llamado *periculum in mora*, como fundamento necesario de la tutela cautelar, siendo no otra cosa que el peligro que acarrea la demora en los procesos que conduce a que la sentencia que ha de dictarse en el juicio principal pueda quedar sin efectividad, toda vez que los litigantes —de buena o mala fe— pueden realizar actividades que los lleven a sustraerse de su cumplimiento, o por-

<sup>93</sup> “Este presupuesto justifica la existencia de las medidas cautelares, pues toma en cuenta el tiempo transcurrido entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento que sobre él recaiga. En otras palabras, se trata de evitar que el pronunciamiento judicial reconociendo el derecho del peticionario llegue demasiado tarde y obste el cumplimiento del mandato”: DIAZ SOLIMINE: “Medidas...”. Obra cit., p. 21.

<sup>94</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ: “Derecho Procesal Civil”, T. III. Obra cit., p. 378: “La existencia de peligro (y) es el fundamento (la causa, si se prefiere) de toda medida cautelar”. En el mismo sentido RAMOS MENDEZ: “La anotación preventiva de la demanda”. Obra cit., p. 123: “La expresión acuñada de *periculum in mora* señala con acierto el fundamento de las medidas cautelares”.

<sup>95</sup> CALAMANDREI: “Introducción...” Obra cit., p. 42.

<sup>96</sup> CHIOVENDA ya anotó esta doble conceptualización del *periculum in mora*, en “Principios del Derecho Procesal Civil”, Nápoles, 1923, p. 225.

que en virtud de la propia naturaleza jurídica del proceso el fallo que en él se dicta se lo hace con tal retraso que lo vuelve inejecutable.

### **V. El *periculum in mora* como presupuesto de la medida cautelar en el procedimiento civil ecuatoriano**

En nuestra legislación procesal no se recoge expresamente este presupuesto del *periculum* para la adopción de las medidas cautelares. En su lugar, se exige la demostración de que el deudor u obligado dé la impresión de que se sustraerá al cumplimiento de la sentencia. El ordinal segundo del artículo 899 del CPC señala como presupuesto para disponer la medida cautelar o preventiva: “*Que se pruebe que los bienes del deudor se hallan en tan mal estado, que no alcanzarán a cubrir la deuda, o que puedan desaparecer u ocultarse, o que el deudor trata de enajenarlos*”.

Este requisito de la cautela en el Ecuador, se la conoce como *suspectio debitoris*.

En la práctica la *suspectio debitoris* se la asimila al *periculum in mora*, entendido como el peligro en la efectividad de la sentencia por existir temor o recelo de la insolvencia del deudor o de la ocultación de los bienes de éste.

### **VI. El *periculum in mora* en la Ley de Arbitraje y Mediación**

Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 9, deja a criterio del árbitro determinar las circunstancias que configuren el *periculum in mora* y que puedan influir negativamente en la efectividad de la sentencia, cuando dice que “*los árbitros podrán dictar medidas cautelares (...) que consideren necesarias para cada caso...*”.

Bajo la citada premisa de la norma arbitral, los árbitros –atendiendo a su propio criterio- tienen la potestad de aceptar la adopción de medidas cautelares o de negarla cuando la parte requirente no demuestre de manera suficiente la existencia de un daño inmediato o peligro de daño futuro grave e irreparable que hiciera imprescindible otorgar la medida solicitada.

Sin embargo, la exigencia de este requisito se cumple con la presentación concurrente de los dos presupuestos ya examinados: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* o *suspectio debitoris* establecidos para las medidas preventivas en el artículo 899 del Código de Procedimiento Civil, al que se remite expresamente el

artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación: “los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil...”

La Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial XI, No. 13, p. 1903), ha fallado al respecto, expresando:

“... Para que pueda disponerse tan severa medida (cautelar), deben concurrir copulativamente estos requisitos: prueba legal del crédito (apariencia de buen derecho) y de que el deudor al realizar la enajenación no tendría otros bienes raíces y saneados suficientes para el pago...” (suspectio debitoris o periculum in mora). Las palabras entre paréntesis son de mi autoría.

## VII. La contracautela

Ya hemos visto que las medidas cautelares se confieren después de un procedimiento sumario, meramente informativo y al amparo de su urgencia, sin audiencia de la parte afectada.

Como contrapeso a esta circunstancia, la gran mayoría de los ordenamientos procesales exigen como requisito de admisibilidad de las medidas cautelares que se ordenan sobre bienes del obligado, la prestación por parte del solicitante de una caución o garantía que asegure a la contraparte el resarcimiento de los eventuales perjuicios que le produzca la medida indebidamente solicitada. Esta caución puede ser de carácter personal o real (la fianza, como ejemplo de la primera; la prenda y la hipoteca, como garantías reales).

Esta caución o garantía, en la mayor parte de los ordenamientos adjetivos de los países que la contemplan, se la denomina *contracautela* y su propósito, además de concretar el principio de igualdad entre las partes compensando la falta de contradicción inicial que caracteriza a la adopción de una medida cautelar, es la de responder por los daños y perjuicios que podría generar la medida si ésta hubiera sido pedida sin derecho. Así, pues, la finalidad de la contracautela no es otra que asegurar la satisfacción –por parte del actor- del derecho a la indemnización del demandado, sujeto pasivo de la medida cautelar que se ha adoptado o va a adoptarse, si a la postre se demuestra que la medida se la otorgó de manera ilegítima<sup>97</sup>.

<sup>97</sup> “La necesidad de prestar fianza se fundamenta en la exigencia de no causar indefensión a la parte perjudicada por la cautela, es decir, por ser la caución consubstancial al derecho a la tutela efectiva de la parte afectada por la medida”: ORTELLS RAMOS, M.: “El embargo preventivo”, Barcelona, Bosch, 1984, p. 113.

En efecto, la adopción de una medida cautelar puede causar graves perjuicios en la esfera jurídico-patrimonial del demandado. Si la sentencia que se dicte en el proceso principal acepta la demanda, los perjuicios surgidos en virtud de su adopción se pueden considerar legítimamente causados. En cambio, si la decisión del juez o del árbitro, es desestimatoria de la demanda, los perjuicios causados en el patrimonio del deudor deben ser resarcidos. Este es el fin último de la contracautela.

### VIII. Naturaleza jurídica de la contracautela

En la doctrina ha sido objeto de debate la naturaleza jurídica de la contracautela, así:

- a) Algunos la consideran como una medida cautelar.
- b) Otros la consideran como un presupuesto de la medida cautelar.
- c) Otros doctrinantes la consideran como condición de eficacia de la medida cautelar.

La primera postura –considerarla como medida cautelar- fue la mantenida principalmente por CALAMANDREI. Se basa en dar importancia al hecho de que la contracautela asegura la indemnización de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar la efectividad de la medida cautelar concedida, en el caso de que la pretensión que va destinada a garantizar sea desestimada<sup>98</sup>.

Sin embargo, en opinión de la mayor parte de la doctrina, la contracautela exigida para la concesión de una determinada medida no puede ser entendida como otra forma de tutela cautelar<sup>99</sup>. Su función no es la misma ni en ella concurre el carácter de instrumentalidad necesario para poder identificar una medida cautelar como tal y, finalmente, tampoco se cumplen en ella los presupuestos necesarios para la concesión de la tutela cautelar, esto es, que la contracautela no se concede en virtud de un *fumus boni iuris*, ni tampoco como consecuencia de un *periculum in mora*, sino

<sup>98</sup> CALAMANDREI: “Introducción...”, Obra cit. Págs. 63 y ss. Para este autor, “merecen ser tratadas como cuarto grupo aquellas providencias (se refiere a las cauciones procesales) cuya denominación revela típicamente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una caución, la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial”.

<sup>99</sup> SERRA DOMÍNGUEZ: “Teoría General...”. Obra cit., p. 43: “Si bien es cierto que la fianza garantiza de los daños y perjuicios ocasionados por una medida cautelar previa, no creemos pueda hablarse de una nueva medida cautelar por no existir relación alguna con una medida definitiva, ni anticipación de sus efectos”. En el mismo sentido, RAMOS MÉNDEZ: “Derecho Procesal Civil”, T. II, obra cit., p. 945; CALDERÓN CUADRADO: “Las medidas cautelares”. Obra cit., p. 51.

para resarcir los daños y perjuicios originados en una medida cautelar indebida o ilícitamente pedida y otorgada<sup>100</sup>.

Por estas razones, la contracautela es considerada, más bien, un presupuesto de la medida o mejor dicho una condición de su efectividad, ya que sin ella la resolución cautelar no adquiere eficacia<sup>101</sup>.

Siendo por tanto, la contracautela, condición y requisito de la eficacia de la medida cautelar, ella tiene que ser previa, es decir, rendida por el actor de manera anticipada a la concesión de la medida. Así, la garantía mediante la cual el actor va a poder responder de la indemnización de daños y perjuicios, se convierte en la única y verdadera garantía procesal para el demandado o futuro demandado<sup>102</sup>.

En algunas legislaciones procesales, la contracautela no es un requisito exigible para todas las medidas que se solicitan, sino que la clase de medida cautelar que se pide determinará si aquella debe o no ser exigida. Sin embargo, este sistema se lo considera como una excepción, puesto que la contracautela es en definitiva, el remedio legal que asegura la indemnización de los eventuales perjuicios que se llegaren a causar al afectado con la medida. También las leyes procesales dejan en ocasiones su exigencia al libre arbitrio del órgano jurisdiccional, de lo que resulta que la imposición de la contracautela puede ser preceptiva o discrecional, es decir, ordenada en algunos casos por la ley, y, en otros casos, dispuesta por los árbitros al amparo de su libre criterio.

Otra cuestión que ha analizado la doctrina es si la contracautela constituye un requisito independiente respecto de los demás, o si más bien existe una interrelación entre todos ellos. Se trata de conocer si la contracautela puede suplir la falta de los dos primeros presupuestos (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), o si solo es un complemento de ellos o, por el contrario, no existe ninguna relación entre los mismos.

La conclusión a la que se ha llegado es que la contracautela se la concibe como un tercer presupuesto distinto de los demás. Se puede decir, con base en esta conclusión, que el otorgamiento de una medida cautelar, o dicho de mejor modo, de su

<sup>100</sup> **DI IORIO, Alfredo**: "Teoría General de las Medidas Cautelares". Obra cit., p. 222.

<sup>101</sup> En este sentido **SERRA DOMÍNGUEZ**: "Teoría General...". Obra cit., págs. 35 y 43. También **DI IORIO**, obra citada en la Nota anterior, quien dice: "Por tanto, se puede decir que más que un presupuesto de las medidas cautelares, la contracautela constituye un presupuesto de la traba efectiva de ella. Configuraría un presupuesto intermedio entre el decreto que la ordena y su efectivización".

<sup>102</sup> **GUTIÉRREZ DE CABIEDES**: "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", en "IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal", Pamplona, EUNSA, 1974, p. 17: "La necesidad de adoptar un cuadro realista y flexible de medidas cautelares (...) encuentra su máxima garantía para el demandado, con el contrapunto del instituto de la contracautela".

eficacia, depende, por regla general, de manera indistinta, de la existencia de un *fumus boni iuris*, de un *periculum in mora*, y de la constitución de una garantía o caución.

## IX. Forma de determinar el quantum de la contracautela

Pero aun cuando se ha sostenido que el afianzamiento no influye a la hora de valorar la exigencia de los otros dos requisitos, a *contrario sensu*, éstos sí pueden influenciar en la contracautela, no tanto en lo que tiene que ver con la exigibilidad de ella, sino en cuanto a su cuantificación.

La determinación del monto de la contracautela es uno de los mayores problemas que se le plantean al órgano jurisdiccional, sobre todo cuando la cuantificación queda librada al arbitrio del juzgador.

El juzgador debe tener en cuenta –como elemento fundamental de la cuantificación- la valoración de los hipotéticos daños y perjuicios que pueden originarse a la persona del demandado. Esa valoración debe hacerse con criterio de proporcionalidad, suficiencia y ponderación con relación a una eventual responsabilidad ya que estos conceptos se encuentran en íntima relación con el propósito de la garantía, que es responder de los daños y perjuicios<sup>103</sup>.

Ahora bien, los daños y perjuicios no deben ser valorados en relación a la cuantía discutida en el proceso, ésta no debe ser elemento determinante para cuantificar la contracautela.

Como señala ORTELLS RAMOS: “*la cantidad a garantizar por los perjuicios ha de fijarse discrecionalmente en función no (...), de la cuantía de la deuda en la que se funde la pretensión de condena principal, sino de los daños (...), a cuya indemnización pudiera condenarse al solicitante*”<sup>104</sup>. Y estos últimos son consecuencia del aseguramiento realizado, es decir, derivados del modo en que se ha efectuado el afianzamiento de la prestación que se quiere asegurar, y no de su cuantía.

Ahora, si bien el juzgador debe valorar el monto de la garantía con criterios objetivos, es evidente que no deja de estar influenciado por otras circunstancias de la más variada índole. Aspectos relacionados con la misma medida solicitada, como por ejemplo la mayor o menor necesidad de la cautela, la proximidad a la certeza e incluso la urgencia del *periculum in mora* y hasta el propio valor económico de la

<sup>103</sup> RAMOS MÉNDEZ: “Comentarios a la reforma de 1984 de la LEC”, Madrid, Tecnos, 1985, p. 37.

<sup>104</sup> ORTELLS RAMOS, M.: “El embargo preventivo”. Obra cit., p. 112.

contracautela, son datos a valorar por el juzgador, ya que las particulares circunstancias del caso que enjuicia son significativas a la hora de determinar también el monto de la garantía<sup>105</sup>.

Es claro, entonces, que la contracautela no se presta para garantizar los resultados del juicio o para asegurar los bienes en litigio ni tiene que ver con la cuantía de la pretensión demandada, sino que se limita a los daños y perjuicios que la medida cautelar pudiera ocasionar al afectado con ella.

### **X. En el arbitraje internacional la fijación del tipo y monto de la contracautela queda a discreción del árbitro**

En el arbitraje internacional se sigue la tendencia de dejar al prudente criterio del árbitro la determinación de la clase y monto de la contracautela que se puede exigir al solicitante de la medida, así como la clase y monto de la caución exigida al demandado para levantarla o suspenderla.

Por ejemplo, la Ley Modelo UNCITRAL, al igual que otros textos normativos, permite al tribunal arbitral que adopte las oportunas garantías que crea adecuadas, en su artículo 17<sup>106</sup>.

La mayoría de los Reglamentos de las diferentes instituciones de arbitraje mantienen una posición similar. Por ejemplo, el Reglamento del Tribunal Internacional de Arbitraje de París, deja al arbitrio del tribunal de arbitraje la solicitud de la garantía o fianza. El Reglamento de la O.M.P.I., en su artículo 46.a) condiciona la adopción de las medidas cautelares al depósito de una fianza. El Reglamento del Tribunal Arbitral Internacional de Londres (L.C.I.A.) en su artículo 25.2 también prevé la constitución de la fianza o caución, pero el poder para imponerla – *security for costs*- se atribuye con carácter exclusivo a los árbitros.

Podemos concluir señalando que, tal como lo disponen expresamente la mayor parte de los sistemas jurídicos estatales, así como los Reglamentos Institucionales de arbitraje internacional, son los árbitros los que tienen en sus manos –con el más amplio criterio- la posibilidad de exigir esta garantía, sin imponerla en forma obligatoria. De igual manera, también será el tribunal de arbitraje que las adopte el que de forma discrecional establecerá la cuantía de ella, pues casi ningún ordenamiento jurídico fija las pautas para su determinación.

---

<sup>105</sup> JOVÉ, María Ángeles: "Medidas cautelares innominadas...", Obra cit., p. 85.

<sup>106</sup> Artículo 17 de la LEY MODELO UNCITRAL: "El tribunal arbitral puede requerir a las partes para que otorguen las garantías adecuadas en relación a las medidas de protección solicitadas"

En la práctica internacional, los árbitros suelen exigir con carácter general la contracautela a la parte solicitante de la medida. Pero en ocasiones, puede que no se exija cuando dicha garantía coloque a la parte interesada en una situación económica difícil de sostener o de cumplir, hasta el punto de impedir que continúe el trámite arbitral. Consecuentemente, los árbitros valoran la contracautela de manera que no paralice económicamente a la parte solicitante.

## **XI. La contracautela en el procedimiento civil ecuatoriano**

En el Ecuador, el Código de Procedimiento Civil no exige expresamente la contracautela o garantía de los posibles perjuicios que el otorgamiento de la medida cautelar puede causar al demandado, no la encontramos ni en el párrafo segundo, Sección Segunda, Título Segundo, Libro Segundo, del CPC Codificado, que se refiere en el artículo 424 a las “medidas precautorias” que se pueden solicitar en cualquier estado del juicio ejecutivo antes de sentencia de primer grado, ni tampoco en las “providencias preventivas” que contempla el mismo CPC Codificado, en la Sección 27ava, Título Segundo, del Libro Segundo.

Puede el demandado en el juicio ejecutivo, eso sí, hacer cesar las “medidas precautorias”, consignando en dinero la cantidad suficiente para cubrir la deuda, con más un diez por ciento. El depósito de la cantidad consignada se la hará con arreglo al artículo 196 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (art. 425 CPC Codificado). A su vez, el deudor puede hacer cesar las “providencias preventivas” decretadas por el juzgador, dando hipoteca o fianza que, a juicio del juez, asegure el crédito (artículo 905 *ibidem*).

El primer tipo de caución para levantar las “medidas precautelatorias” es una exigencia preceptiva, esto es, tiene un monto señalado por la propia ley; en cambio, que el monto de las garantías de hipoteca o fianza que se exige para dejar sin efecto las “medidas preventivas” del proceso cautelar, quedan sometidas a la valoración y criterio del juez.

## **XII. La contracautela en la Ley de Arbitraje y Mediación**

La Ley de Arbitraje y Mediación sí exige expresamente la contracautela, pero supeditada su concesión a la potestad o arbitrio del árbitro. El artículo 9 dice: *“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”*.

De este modo, la Ley protege a la persona afectada con la medida cautelar, de posibles abusos asegurándole al mismo tiempo, una indemnización de daños y perjuicios para el caso de que la medida haya sido concedida injustificadamente, esto es, si finalmente no existiere el derecho del solicitante, en función del cual se concedió dicha medida.

La transcrita disposición de la Ley de Arbitraje merece las siguientes observaciones importantes:

1. Que la contracautela no se presta para asegurar los bienes materia del proceso ni para garantizar el resultado de éste. La contracautela se dispone para garantizar a la misma medida cautelar que el actor solicita, por lo que su monto se limita exclusivamente a cubrir el costo de tal medida y la responsabilidad por los daños y perjuicios que de ella pudieren surgir, si acaso la pretensión del actor fuere declarada infundada en el laudo;
2. Que los árbitros están facultados para evaluar a su libre albedrío todas las circunstancias que la naturaleza del asunto presente para disponer la contracautela en el monto que, a su criterio mejor garantice los intereses del afectado con la medida, si ésta es solicitada sin fundamento y posteriormente desestimada;
3. En virtud de esa potestad discrecional conferida por la ley al árbitro, éste puede exigir la garantía o eximir a la parte solicitante de presentar la contracautela, si así lo considera pertinente.

Por todo lo anterior, el árbitro, en nuestro país goza de una amplia discrecionalidad en cuanto a exigir la contracautela, así como de la clase o calidad y quantum de la misma.

Esto no obstante, los árbitros no están facultados para eximir al solicitante de ninguno de los presupuestos y requisitos que exige la ley procesal para determinar el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, los que deben ser demostrados de manera concurrente para ordenar la medida que el actor pide.

### **XIII. Naturaleza de la caución que constituye el deudor según nuestra Ley**

El mismo artículo 9 de la Ley de Arbitraje, en su inciso segundo, señala también que *“la parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el Tribunal”*.

La caución la puede constituir el deudor/demandado a fin de conseguir la suspensión de la medida cautelar contra él acordada. Esta clase de caución es distinta a la contracautela que debe prestar el solicitante de la medida cautelar, pues ambas tienen una finalidad y funcionalidad diversas. La contracautela responde a un sistema que propugna dar mayores facilidades a la concesión de las medidas cautelares, garantizando una indemnización al sujeto gravado con la medida y por ende perjudicado. La segunda, en cambio, garantiza los daños y perjuicios ocasionados al actor que ve suspendida o levantada la medida cautelar que había solicitado<sup>107</sup>. El monto y clase de esta caución queda también supeditado al prudente arbitrio del árbitro.

La ley guarda silencio para el evento de que la parte obligada por el Tribunal de arbitraje a consignar la contracautela o la caución, en su caso, se niegue a prestarla. Algunos autores han supuesto que los árbitros tienen poder suficiente para imponer sanciones en caso de incumplimiento de la garantía solicitada. En nuestra opinión, de presentarse tal supuesto, y por simple lógica, el tribunal no está obligado, ni por un lado a conceder la medida cautelar solicitada, ni por otro a suspenderla, dependiendo del caso. De modo que la sanción para el caso de incumplimiento vendrá determinada por la denegación de la solicitud ya sea del actor o ya del demandado, en cada caso.

#### **XIV. Tipo de medidas cautelares que se pueden ordenar en el arbitraje internacional**

Respecto del tipo de medidas cautelares que se pueden ordenar, depende de que sea el juez o el árbitro quien sea el competente para ello. Si la competencia se atribuye al juez, éste sólo puede disponer las medidas cautelares previstas o admitidas por su *lex fori*, esto es, por sus normas procesales expresas.

Si la competencia recae en favor de los árbitros, existe una mayor flexibilidad a la hora de determinar la medida cautelar a adoptar. Esto se debe, en primer lugar, porque los árbitros –a nivel internacional- no están sometidos a ninguna ley estatal propia, a diferencia de los jueces, es decir, carecen de *lex fori*. Y, en segundo lugar, porque la casi totalidad de los ordenamientos jurídicos aplicables al arbitraje (ley aplicable al procedimiento, ley del lugar de la celebración, etc.) presentan una variedad de medidas cautelares que pueden adoptar los árbitros, mucho más am-

<sup>107</sup> Esta clase de caución “consiste puramente en la sustitución de una medida cautelar por una caución, o sea, es el cambio de una garantía determinada por otra de clase distinta. Es decir, el demandado-solicitante se asegura con ella la indemnización de los perjuicios que esta sustitución puede traer consigo”: **JOVÉ, María Angeles**: “Medidas cautelares innominadas...”. Obra cit., nota No. 297 que aparece al pie de la p. 87.

plia que la que existe para los jueces comunes. En cuanto a la ley aplicable al procedimiento, ésta suele ser la del lugar de celebración del arbitraje<sup>108</sup>.

Esta mayor flexibilidad de los árbitros tiene su origen en la amplia libertad que las leyes les otorgan para la elección de la medida cautelar que deben adoptar. Por ejemplo, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París de 1998, en su artículo 23.1, cuando atribuye competencia a los árbitros para adoptar las medidas cautelares, expresa: “... *cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas...*”

No existe, en consecuencia, por lo general, ninguna restricción en el tipo de medidas que pueden ordenar los árbitros, sin que por lo tanto tengan necesidad de limitarse a ordenar las medidas taxativas que se admiten en la ley de procedimiento del lugar de celebración del arbitraje. Si acaso existe alguna restricción, es aquella obligación que incumbe tanto a los árbitros como a los jueces comunes, de respetar lo dispuesto en las normas de orden público, ya sean éstas las de la sede del arbitraje como las del lugar donde dichas medidas deben ser ejecutadas, esto, sin embargo, no afecta la amplia discreción de que gozan los árbitros a la hora de elegir la medida cautelar que consideren más apropiada.

Sin embargo, pese a que la amplia discreción que se le concede a los árbitros para adoptar la medida cautelar adecuada, constituye la regla general, algunos Reglamentos Internacionales limitan el poder del tribunal sólo a aquellas “... *medidas provisionales que considere necesarias respecto al objeto del litigio...*”, como ocurre con lo dispuesto en el artículo 26.1 del Reglamento de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional. La doctrina ha interpretado esta norma como medidas referidas a la conservación o venta de los bienes sobre los que verse el litigio, más que a evitar que estos bienes se transfieran a terceras personas<sup>109</sup>.

El citado artículo 26.1 del Reglamento UNCITRAL ha planteado a la doctrina problemas de interpretación en virtud de su ambigua redacción. Dicho precepto continúa diciendo: “(...) *inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto del litigio. Como ordenar que los bienes se depositen en manos de tercero o que se vendan los bienes perecederos*”. La duda estriba en que no se sabe si entender lo expresado como una lista ejemplificativa de las posibles medidas a adoptar o por el contrario, se trata de una lista puntual, *numerus clausus*, que sólo permite ordenar las medidas taxativa y expresamente ahí citadas.

<sup>108</sup> CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando: “Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional”, Civitas, Madrid, 1978, p. 1427.

<sup>109</sup> REDFERN, A.: “Arbitraje y las Cortes: medidas provisionales de protección”. Law Journal, Vol. 30, 1995, p. 80.

El Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC, modificado y vigente a partir del 1 de abril de 2002, mantiene una disposición (artículo 23) con un texto idéntico al del referido artículo 26.1 del Reglamento UNCITRAL: *“A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio tales como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos”*. Respecto a esta disposición, existe la misma duda que en el caso anterior.

Por su parte, las Reglas de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje, aun cuando están directamente influenciadas por el Reglamento de la UNCITRAL, son mucho más amplias, pues no limitan las posibles medidas a adoptar al objeto del litigio, e incluye entre ellas, todas las medidas que sean necesarias para la conservación y protección de la propiedad.

## **XV. Tipos de medidas cautelares que se pueden adoptar en el sistema arbitral ecuatoriano.**

En Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 9, establece que *“los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste”*.

Esta norma dispone, entonces, que en el proceso arbitral se admitirán exactamente las mismas medidas cautelares que se adoptan en el proceso civil; o, alternativamente, aquellas que los árbitros consideren necesarias para cada caso.

### **a. Medidas cautelares previstas por el Código de Procedimiento Civil.**

Cuando el árbitro opte por ordenar cualquiera de las medidas cautelares previstas por el CPC, éstas podrán ser:

- La prohibición de enajenar (arts. 421 y 900 del CPC Codificado);
- La retención (arts. 422 y 906, CPC Codificado);
- El secuestro preventivo (arts. 422 y 899, CPC Codificado);
- El arraigo ( Art. 912 CPC, Codificado),
- El secuestro de bienes raíces (art. 920, CPC Codificado);
- El embargo de bienes raíces si la demanda se funda en título hipotecario o en sentencia ejecutoriada (art. 423, CPC Codificado).

## b. Medidas no previstas por la legislación procesal civil.

Si el árbitro en lugar de acogerse a las disposiciones del Código Procesal Civil opta por ordenar cualesquier otras medidas que “*considerare necesarias para cada caso*”, deberá aplicar -con base en la propia indeterminación que hace la ley- su prudencial arbitrio para escoger aquella que estime más apropiada al asunto, siempre y cuando la medida sirva para asegurar los bienes del proceso o para garantizar su resultado.

Pero esta potestad discrecional de los árbitros, no es absoluta, sino que se encuentra básicamente regida por dos criterios que sirven para orientar al juzgador en la concesión de una cautela en concreto.

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

La doctrina entiende bajo la expresión “jurídico cautelable”, la que “*sin prejuzgar, podemos denominar situación jurídica para cuya tutela (frente a los riesgos que la amenazan) se establece la medida; abreviadamente: situación jurídica cautelable. Esta situación se define a veces, en términos jurídico-materiales (p.e. deudas en metálico y en especie (...); obligación de hacer o no hacer o entregar cosas determinadas o específicas, (...)) y, más frecuentemente, con referencia -aunque sea incorrectamente expresada- a la clase de pretensión que se interpone en el proceso principal con fundamento en cierta situación jurídico - material (p.e. acción real que tenga por objeto cosa mueble (...), reclamar el pago de una deuda (...), demandar en juicio la propiedad ...*”<sup>110</sup>.

La indeterminación con que ha sido concebida por el legislador la parte que analizamos del señalado artículo 9 de la Ley, permite considerar a esta disposición como integrante del grupo de preceptos denominados “*flexibles o elásticos*” en contraposición a aquellas normas típicas en las que se define legalmente el supuesto de hecho y se enuncia de manera concreta una consecuencia jurídica. Los preceptos flexibles existen en las legislaciones con la amplitud necesaria para permitir una mayor adaptación a la realidad, posibilitando que el resultado de su aplicación pueda ajustarse mejor a la función y espíritu que preconizan dichas disposiciones.

<sup>110</sup> ORTELLS RAMOS: “Sobre las medidas cautelares indeterminadas del art. 1428 de la LEC. Rev. Justicia, No. 1, 1989, págs. 53 y 54.

Esto es, mientras una norma cautelar típica regula concretamente los presupuestos que configuran el supuesto de hecho así como las consecuencias jurídicas que de ello se derivan, en los preceptos flexibles como el artículo 9 de nuestra ley, ocurre todo lo contrario. Por esta razón, la doctrina se refiere a este tipo de preceptos como “*medidas cautelares atípicas, genéricas, indeterminadas o innominadas*”. Sobre ellas ampliaremos conceptos más adelante.

A fin de tener una idea más cabal de esta denominación, nos permitimos transcribir las palabras de ESCARTÍN NÚÑEZ, quien al comentar sobre el tema, afirma:

*“El legislador al momento de plasmar sus normas, previó la posibilidad de que existiesen aquellos casos no incluidos en sus previsiones, sabiendo que, necesariamente, debían tener una respuesta en Justicia, ya que si la ley tiene sus lagunas, el Derecho es pleno. Pero la respuesta en justicia todavía no tiene nombre, es innominada. La solución estribaba, pues, en crear el apoyo legal positivo (...) para que la discrecionalidad jurisdiccional aportara la respuesta adecuada, hoy innominada. Y, en esta materia, la respuesta jurisdiccional, abarcada por los supuestos legales que la apoyan, es precisamente, una medida cautelar innominada”<sup>111</sup>.*

Decíamos que el artículo 9 de la Ley es un claro ejemplo de normativa cautelar innominada, por su indeterminación en cuanto al supuesto de hecho y a las consecuencias jurídicas que se desprenden de éste, es decir, a las posibles medidas cautelares que el árbitro debe adoptar. Esto significa que el legislador no determina el contenido y la eficacia de la cautela, pero faculta al árbitro para que éste elija con criterio discrecional –pero obviamente dentro de los límites o requisitos legales exigidos-, aquella medida que sea más adecuada o necesaria para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste, en definitiva, para asegurar la efectividad de la sentencia a expedirse en el juicio arbitral. Queda claro, entonces, que no se trata de una discrecionalidad arbitraria, sino de una discrecionalidad técnica concedida al árbitro por la ley, que lo autoriza para actuar consultando lo más equitativo y racional.

## XVI. El criterio de necesidad

Ahora bien, esa amplia discrecionalidad que se le concede a los árbitros en el Ecuador, tiene una limitación impuesta por la misma ley cuando dice: *la medida ha de ser necesaria*. Esto significa que no es suficiente que la medida a adoptar

---

<sup>111</sup> ESCARTÍN NÚÑEZ: “Las medidas cautelares innominadas o atípicas”, en “Estudios de Derecho Procesal en homenaje a los profesores Herce Quemada y Duque Barraqués”, Zaragoza, Institución Fernando El Católico, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1983.

sea adecuada o conveniente para asegurar la eficacia del laudo que vaya a expedirse en lo principal, sino que fundamentalmente debe ordenarse con criterio de necesidad.

El criterio de necesidad de la medida debe ser entendido como aquel que es indispensable o imprescindible para alcanzar un determinado fin. En consecuencia, el árbitro ante cualquier solicitud cautelar, antes de ordenar la medida deberá realizar una comprobación previa de la existencia de esa necesidad de asegurar la efectividad del futuro laudo a dictarse en el juicio arbitral.

Según la doctrina, el criterio de necesidad es el principio que los árbitros deben tener siempre presente para ordenar la medida cautelar con fundamento en sus facultades discrecionales, lo que significa en otras palabras, como enseña CALDERON CUADRADO, que la cautela solicitada no puede ordenarse “*sino en tanto y en cuanto existiera una necesidad de aseguramiento y en la medida de esa necesidad*”<sup>112</sup>.

La necesidad de asegurar el fallo obliga al juzgador a examinar el *periculum in mora* –ya que sin *periculum* no se justifica la medida, es su fundamento o presupuesto previo-, por lo que cabe decir que la necesidad debe ser equivalente a la existencia de un peligro que precisamente se quiere evitar con la concesión de la medida.

Para valorar ese *periculum* que a su vez, permitirá al árbitro valorar la necesidad de la medida, es menester el análisis juicioso de unos datos tanto objetivos como subjetivos. Los primeros están constituidos por las pruebas documentales que suministradas por la parte solicitante, permitirán al árbitro o al juez determinar si la medida solicitada se adecua a los fines de asegurar la efectividad de la sentencia que vaya a pronunciarse; los otros datos –los de carácter subjetivo- son aquellos que le permitirán al juzgador respetar los intereses contrapuestos de las partes en conflicto, porque la amplia facultad discrecional que concede la ley al árbitro exige que éste extreme la prudencia al momento de elegir la medida que crea necesaria para cada caso, para lo cual debe tomar en cuenta no solamente el interés del actor como acreedor, sino también el interés del deudor demandado. Por eso se dice que el criterio de necesidad se encuentra íntimamente vinculado con la adopción de la medida cautelar apropiada, porque sólo se permite la medida que cumple el propósito al que está dirigida, que no es otro que el peligro que está llamada a contrarrestar.

---

<sup>112</sup> CALDERON CUADRADO: “Las medidas cautelares...”. Obra cit., p. 152.

También el criterio de necesidad fija el contenido de la cautela en cuanto a sus efectos, ya que sólo son permitidos los que sirven para evitar el específico peligro alegado.

## XVII. La caducidad de la medida cautelar

Las medidas cautelares se hallan sometidas a un régimen específico de caducidad cuando ellas se hayan ordenado y trabado con anterioridad a la interposición del juicio principal. Si las medidas son solicitadas con el escrito de demanda (en el juicio principal), no aplica el régimen de caducidad aun cuando se demore la traba de la litis, sin perjuicio de las normas sobre abandono o desistimiento de la instancia.

El actor que logre la adopción de una medida cautelar previa debe ejercitar la acción principal en el plazo previsto legalmente, en caso contrario, la medida se levantará y el solicitante se convertirá en reo de los daños y perjuicios que la medida hubiese causado al demandado.

Adicionalmente, para que proceda la caducidad de las medidas de cautela es menester que con éstas se trate de asegurar el cumplimiento de obligaciones exigibles. Si la obligación está sujeta a plazo o condición, el término para la caducidad comienza a correr desde que la obligación se hizo exigible.

El carácter instrumental y provisorio de la medida respecto a la acción principal ocasiona que ésta deba interponerse en un determinado plazo de tiempo. La razón de esta exigencia es que así como la ley permite al actor el aseguramiento de las resultas del proceso aun antes de deducida la demanda, es justo que se le conceda un plazo prudencial, pero breve y perentorio, dentro del cual debe dar inicio a la demanda en el juicio principal.

Con esta exigencia, la ley limita el posible abuso del solicitante que puede haber solicitado la medida cautelar para someter a una presión al futuro demandado y de esta forma obligarle a llegar a un acuerdo solo conveniente para los intereses del demandante. Otro fundamento de esta exigencia legal consiste en la necesidad de un orden jurídico estable, y resulta indudable que sería contraria a esta finalidad la posibilidad de mantener latente, *sine die*, derechos no ejercitados, causando obvios perjuicios a la parte contraria<sup>113</sup>.

<sup>113</sup> El fundamento de la caducidad de las medidas cautelares reside en la necesidad de evitar que una de las partes pueda presionar a la otra utilizando el poder jurisdiccional, en violación al principio de igualdad y sin darle la oportunidad de entrar en la controversia e impugnarlas, más allá de que el transcurso del tiempo puede tomarse, además, como un valioso indicador de falta de interés o derecho de su solicitante

Por estas razones, las legislaciones adjetivas —cuando se trata de medidas cautelares solicitadas antes de la proposición del juicio principal— establecen la caducidad de las mismas de pleno derecho, siempre que tratándose de obligaciones exigibles no se interpusiera la demanda principal en el término que señala la ley, lo que acarrea la extinción de la medida.

### XVIII. Sistemas para fijar el plazo de caducidad

Existen dos sistemas para fijar el plazo en el cual la demanda debe ser presentada: “*ope legis*” y “*ope iudicis*”.

El primero consiste en que la misma ley establece el plazo en el cual debe iniciarse el proceso principal para que la medida cautelar adoptada no caduque. La ventaja de este sistema es que el solicitante sabe que tendrá ese periodo de tiempo para presentar la demanda, tiempo que, por provenir de la misma ley, el juzgador no podrá alterarlo. Pero a su vez, el inconveniente de este sistema es que el plazo puede ser excesivo en función del caso concreto, lo que puede originar que el solicitante obligue a la parte contraria a llegar a un acuerdo poco equitativo; también puede ocurrir que el plazo legal sea corto teniendo en consideración las circunstancias propias del caso concreto.

El sistema “*ope iudicis*” permite al órgano jurisdiccional que otorga la medida cautelar establecer el plazo atendiendo las circunstancias concurrentes en el caso concreto. La ventaja de este sistema es que se garantiza el tratamiento singularizado de cada caso. El inconveniente radica en la inseguridad que surge en torno a la duración del plazo que queda sometido al libre arbitrio del juzgador.

Como ya se dijo, sobre el solicitante de la medida que con su actitud negligente la ha dejado caducar al no promover la acción principal en el término legal correspondiente, recae la responsabilidad de los daños y perjuicios causados al demandado, por presumir la ley que ha existido un ejercicio abusivo de sus derechos como acreedor, actuando con culpa o con dolo.

Consecuentemente, la doctrina considera que la mera caducidad autoriza a presumir el abuso de derecho o la culpa en que incurrió el solicitante, lo que significa que el juzgador puede decretarla y ordenar el pago de los perjuicios, sin oír al peticionario de la medida, bastando solamente la comprobación de que la demanda

---

sobre tales bases, todo lo cual lleva a evitar que, en tal contexto, se mantenga indefinidamente una medida que en sí misma se aprecia como carente de finalidad y causa ataduras y perjuicios”: **KIELMANOVICH, Jorge**: “Medidas cautelares”. Obra cit., p. 69.

principal no ha sido iniciada oportunamente en el plazo fijado por la ley o por el juzgador.

Como lo señala NOVELLINO, *“quien no acciona en tiempo oportuno, (...) comete –de hecho y sea de buena o mala fe– un abuso o exceso de derecho que no puede mantenerse indefinidamente en perjuicio del afectado ya que no es justo ni equitativo que éste permanezca, también indefinidamente, sometido a la voluntad o al capricho del acreedor”*<sup>114</sup>.

Consecuentemente, el actor debe emplazar su acción en la forma que corresponda según el tipo de proceso que sea pertinente, ya en la vía judicial común o ya en la vía arbitral, cumpliendo con los requisitos de forma y de fondo para su admisión y dentro del término que establece la ley para tal propósito a fin de evitar el pago de los perjuicios.

### **XIX. La caducidad de la medida preventiva en el sistema procesal del Ecuador**

Toda vez que el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación –que se refiere a las medidas cautelares en el arbitraje– nos remite expresamente para tal efecto a las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan las medidas preventivas, forzoso es acudir a ellas para analizar su caducidad y los efectos procesales que ésta última produce.

El artículo 923 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, establece que cualquiera de las medidas preventivas que determina dicho Código (el secuestro, la prohibición de enajenar, la retención y la prohibición de ausentarse o arraigo) o cualquiera de aquellas otras que los árbitros consideren necesarias para cada caso para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste, caducará si dentro de quince días de ordenada una cualquiera de ellas, o de que se hizo exigible la obligación, no se propone la demanda en lo principal. Esta norma se aplica, tanto a las medidas provisionales, como a las que después en la resolución final, han sido ratificadas y ordenadas de manera definitiva en el proceso cautelar ante causam.

También caducan las medidas preventivas –provisionales o definitivas– si la demanda en el juicio principal deja de continuarse durante treinta días.

En todos estos casos, el solicitante deberá pagar los daños y perjuicios.

---

<sup>114</sup> NOVELLINO, Norberto: “Embargo y desembargo...”, Obra cit., p. 119.

La *ratio legis* de esta disposición tiene dos sustentos: primero, la presunción de desinterés que se deduce de la inactividad procesal del solicitante de la medida; y, segundo, la necesidad de evitar los perjuicios que dicha inactividad puede causar al afectado con la medida. A lo dicho, podríamos agregar que una medida cautelar indefinida, podría ser utilizada como medio de chantaje o intimidación contra el deudor, cuestión que, como es fácilmente comprensible, la ley no puede amparar bajo ningún aspecto.

De la referida disposición procesal podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Que puede producirse la caducidad de las medidas cautelares si dentro de quince días de ordenadas no se propone la demanda en lo principal.
2. Que para que la caducidad se produzca es menester: **a)** que se trate de medidas que se solicitaron y ordenaron antes de interponerse la demanda en lo principal. Si son solicitadas con el escrito de demanda en lo principal, no aplica este periodo de caducidad; y, **b)** Que la obligación se haya hecho exigible.
3. Que la medida también puede caducar, incluso cuando ya se ha presentado la demanda en lo principal, siempre que se la dejare de continuar por treinta días. Esto significa que aun cuando ya se hubiese dictado la medida cautelar definitiva concluyendo así el proceso cautelar anterior a la demanda, subsiste de todos modos la obligación del acreedor de continuar impulsando la demanda en lo principal, por lo menos, cada treinta días, para evitar que caduque la medida.
4. La caducidad se produce de pleno derecho, si el solicitante de la medida no promueve su demanda dentro de los quince días de ordenada, para lo cual es suficiente acreditar que la demanda en lo principal no ha sido iniciada dentro de ese período.
5. La caducidad acarrea la responsabilidad presunta sobre el acreedor de resarcir al deudor los daños y perjuicios que se le causen.

## **XX. Forma de computar el periodo de caducidad**

La ley señala que la medida cautelar caduca si dentro de quince días de ordenada o de que se hizo exigible la obligación, no se propone la demanda en lo principal.

¿Cómo entender este periodo de quince días: como plazo o como término?

Por tratarse de actuaciones originadas en disposiciones jurisdiccionales, el periodo de tiempo señalado por la ley, debe entenderse como término, conforme lo define el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil: *“Se llama término el periodo de tiempo que concede la ley o el juez, para la práctica de cualquiera diligencia o acto judicial”*.

¿Y desde cuándo se lo cuenta?

La norma procedimental señala expresamente que el inicio del periodo de caducidad se cuenta a partir de que la medida ha sido ordenada o desde que se hizo exigible la obligación, es decir, que si nos atenemos a la literalidad de la disposición, los quince días de término para considerar la caducidad comienzan a computarse desde que el órgano jurisdiccional ordena, mediante la expedición de la correspondiente providencia, el cumplimiento de la medida cautelar.

En mi opinión, el término debe comenzar a correr –no desde que se ordena la medida- sino desde que ella es puesta en conocimiento del interesado para su cumplimiento a través de la correspondiente boleta de notificación; y esto, porque interpretar el asunto de otra manera significaría –sobre la base de una interpretación estrictamente literal del artículo 923 del CPC- soslayar el sistema de notificación previsto por el artículo 73 del mismo CPC, que dispone: *“Notificación es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás providencias judiciales, o se hace saber a quien debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez”*.

En tratándose de obligación exigible, como dice PODETTI, si la acción no se encuentra expedita, el término empieza a correr desde el día siguiente al vencimiento del plazo de la obligación, o del cumplimiento de la condición, o de haber desaparecido el obstáculo jurídico o de hecho existente para deducirla<sup>115</sup>.

La caducidad ordenada por la ley, no admite interrupción o suspensión de su término. Como señalan todos los civilistas, una de las características de la caducidad que la diferencia de la prescripción, es que esta última puede verse suspendida o interrumpida en su curso, en tanto que la primera no admite tales circunstancias<sup>116</sup>.

<sup>115</sup> PODETTI: “Tratado...”. Obra cit., p. 91.

<sup>116</sup> TRIGO-REPRESAS-CAZEAUX: “Derecho de las Obligaciones”. 2da. Edic., Vol. III, p. 657. LLAMBIAS: “Parte General”, Vol. II, p. 665; DE GASPERI-MORELLO: “Tratado de Derecho Civil”, Vol. III, p. 401.

## **CAPÍTULO VI**

### **LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL QUE EMERGE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

#### **I. La indemnización de daños y perjuicios**

Cuando en el trámite de un proceso -judicial o arbitral- se ordena una medida preventiva para asegurar la efectividad del fallo, pueden causarse unos daños al demandado toda vez que la medida supone una ingerencia en su esfera jurídica y más concretamente en su patrimonio. Así, si el resultado del proceso es adverso a la pretensión garantizada, la medida cautelar será, a todas luces, improcedente y por ende, se habrán causado perjuicios al demandado. Este, por tanto, tendrá derecho a reclamar al actor el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le han ocasionado.

Una de las condiciones de efectividad de la medida cautelar es que el solicitante constituya una garantía o contracautela para responder por los daños y perjuicios que eventualmente pudieran ocasionarse. El fundamento de esta exigencia -como ya se dijo en el apartado correspondiente de este trabajo- es que la medida puede provocar daños al demandado y éste no tiene por qué hacerse cargo de ellos si se demuestra con posterioridad que la medida era infundada, por lo que, en principio, el responsable de los daños y perjuicios ocasionados será el acreedor, solicitante de la medida. La contracautela establecida en su momento -garantía preconstituida en beneficio del afectado con la medida- cubrirá por tanto los eventuales perjuicios ocasionados al demandado. Los ordenamientos jurídicos que no contemplan la caución o contracautela siempre prevén el derecho del demandado de accionar por cuerda separada su reclamo indemnizatorio.

También podría reclamarse la indemnización al órgano jurisdiccional, lo que sólo será posible si se demuestra inadecuada administración de justicia o error grave del órgano jurisdiccional, como -en el caso de nuestro país- así lo dispone nuestra Constitución Política (art. 22).

#### **II. Naturaleza jurídica de la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados**

En la doctrina existen dos criterios respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad del solicitante de las medidas cautelares por los daños y perjuicios ocasionados al deudor.

### a. La responsabilidad objetiva:

Así, un sector de la opinión entiende que nos encontramos ante una **responsabilidad objetiva**, según la cual, la responsabilidad del solicitante tiene su origen en la mera circunstancia de que la medida haya sido trabada indebidamente, independientemente de la razón por la que se la haya desestimado o declarado caducada.

Los partidarios de este criterio sostienen que las medidas precautorias se disponen bajo la exclusiva responsabilidad de la parte que la solicita, la que por tal hecho debe responder en todos los casos por los daños que pudiera ocasionar el pedido que se formule de manera indebida o sin fundamento. En consecuencia, si se llega a establecer que el solicitante carecía de derecho para pedir la medida, esto basta para determinar su responsabilidad, sin necesidad de entrar a analizar si el solicitante actuó con abuso, dolo, culpa o negligencia.

PODETTI expone brillantemente esta posición, expresando lo siguiente: *“Entre quien usó en su beneficio una medida cautelar, aun con la mejor buena fe del mundo, pero a la postre sin derecho, y quien la sufre sin obtener beneficio alguno, no parece dudoso a quién han de cargarse las consecuencias”*<sup>117</sup>.

### b. La responsabilidad subjetiva:

Otro sector de la doctrina, por el contrario, sostiene que la responsabilidad por los daños y perjuicios originados en una medida cautelar infundadamente otorgada es una **responsabilidad por culpa o subjetiva**, que requiere necesariamente la demostración de la conducta ilícita de quien la solicitó.

De conformidad con esta última tesis, la procedencia del resarcimiento exige la demostración de que el peticionario de la medida abusó o se excedió en el derecho que la ley le confiere para solicitar medidas cautelares, o actuó con dolo o negligencia, es decir, no basta que no se haya tenido el derecho invocado, sino que es necesario que al ejercitarlo se configure un abuso o que se haya procedido con negligencia, impericia, descuido o con intención dolosa, por cuanto la teoría subjetiva de la responsabilidad por culpa conlleva a la no admisión automática de la reparación<sup>118</sup>. Se entiende que se aplica a este respecto el régimen general de la responsabilidad extracontractual.

<sup>117</sup> PODETTI: “Tratado...” Obra cit., p. 161.

<sup>118</sup> KIELMANOVICH, Jorge: “Medidas cautelares”. Obra cit., p. 84.

### III. La responsabilidad del acreedor por los daños y perjuicios en los sistemas sustantivo y procesal del Ecuador

Las obligaciones que surgen de la responsabilidad –civil o penal-, tienen en el sistema positivo ecuatoriano su fundamento en lo dispuesto en el artículo 1453 de la Codificación del Código Civil<sup>119</sup>. Esta norma señala el origen de las obligaciones y establece que ellas nacen –entre otras fuentes- *“de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona”*.

La obligación civil que nace del daño trae como consecuencia la reparación de los perjuicios correspondientes. En efecto, el artículo 2214 del Código Civil señala: *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”*. En esta disposición encontramos la base de la responsabilidad por culpa extracontractual.

Esta teoría de la culpa se complementa con la regla general que señala el artículo 2229 del mismo Código, según el cual *“todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”*.

La responsabilidad puede provenir de un delito, esto es, cuando el hecho dañoso es ocasionado por el agente con la voluntad de obtener el resultado nocivo, esto es, dolosamente; y proviene del cuasidelito cuando el agente actúa con culpa, vale decir, sin intención de causar el daño, pues su acto o su omisión obedecen a negligencia, impericia o imprudencia suyas.

En nuestro país, y de acuerdo con las normas citadas, para establecer la responsabilidad civil proveniente de un delito o un cuasidelito, prevalece el sistema de la responsabilidad subjetiva, según el cual, la víctima de un daño causado por otro, debe probar la culpa o el dolo del autor del hecho dañoso.

Sin embargo, el artículo 2229 del Código Civil, establece una presunción de responsabilidad para aquel a quien se le imputa ser el autor del daño. Cuando la citada disposición dice que *“todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”*, lo que está diciendo es que basta el hecho dañoso y su probable imputabilidad al agente, para que surja presuntivamente la responsabilidad y consecuente indemnización. Esto significa que mientras la presunción legal no sea desvirtuada, el daño debe ser reparado por el pre-

---

<sup>119</sup> Codificación del Código Civil Ecuatoriano: publicada en el R.O. No. 46 del 24 de junio del 2005.

sunto autor doloso o culpable<sup>120</sup>. La carga de la prueba, en este caso, corre a cargo del agente negligente o descuidado que por malicia o negligencia causó el daño.

Se duce de la letra y el espíritu del citado artículo 2229 –como regla general- que tan solo se exige que el daño causado en las relaciones extracontractuales “pueda imputarse”, para que ese hecho dañoso y su presunta imputabilidad al agente que lo causó constituyan la base de la obligación resarcitoria correspondiente.

Aplicando esta teoría de la culpa subjetiva presunta al campo práctico del derecho procesal, y más específicamente, a la declaración jurisdiccional que levantando la medida cautelar ordena al mismo tiempo pagar los daños y perjuicios al acreedor, vemos que en principio y presuntivamente los daños y perjuicios derivados de esa decisión jurisdiccional deben ser imputados al solicitante de la medida.

Sin embargo, la sola caducidad de la cautelar o su levantamiento por el juzgador – en mi opinión- no son razón suficiente para obligar al acreedor que vio levantada la medida cautelar que pidió, a que pague los perjuicios causados al deudor. El mismo hecho de ser presuntiva la responsabilidad que le impone la ley, obliga a demostrar o a desvirtuar la existencia de tales perjuicios sobre la base de una actuación culposa o dolosa del acreedor o solicitante de la medida.

En efecto, la obligación de resarcimiento del acreedor no surge automáticamente del simple hecho de ordenarse en el auto definitivo del proceso cautelar el levantamiento de la medida, es necesario además que esa responsabilidad del acreedor sea debidamente probada; es decir, que el afectado demuestre efectivamente que quien obtuvo la medida preventiva lo hizo actuando con dolo o culpa, para tener derecho a los daños y perjuicios padecidos y a su monto. Esta demostración puede y debe hacerse por cuerda separada, tanto más cuanto que nuestro Código Procesal Civil no contempla la figura de la contracautela para responder –en el mismo juicio en que se ordenó la tutela preventiva- por los daños y perjuicios eventualmente ocasionados al afectado con la medida de protección.

Por tanto, el auto jurisdiccional que en el proceso cautelar ordena el pago de los perjuicios causados al deudor ( ya sea porque el acreedor fue vencido o porque la medida se la declaró caducada) debe ser entendido bajo la condición de que *a posteriori* se demuestre que quien petitionó la providencia preventiva tenía plena conciencia de su falta de razón o de derecho para pedirla, esto es, que procedió con dolo o culpa o abusando de su derecho, pues en caso contrario, se estaría considerando como un acto ilícito –solicitar una medida cautelar- aquello que es un ejerci-

---

<sup>120</sup> ALESSANDRI Y SOMARRIVA: “Curso de Derecho Civil”, Santiago de Chile, edit. Nacimiento, págs. 885 y ss.

cio legítimo de un derecho previsto por la Constitución Política (Art. 24, numeral 17) y por la propia ley.

Este principio lo reconoce el artículo 923 del CPC que al referirse a la caducidad de las medidas cautelares establece que, en tal caso, el solicitante de la medida “pagará, además, los daños y perjuicios que tales órdenes **hubiesen** causado al deudor”. La palabra “hubiesen” escrita por el legislador en modo subjuntivo – pretérito imperfecto del verbo haber- significa la posibilidad, no la certeza, de algo que pudo haber ocurrido y que, consecuentemente, debe ser demostrado.

El mismo principio también lo recogen los artículos 915 y 916 (que pertenecen a la misma Sección 27ava., del Título Segundo, Libro Segundo, “De las Providencias Preventivas” del CPC), que respectivamente se refieren, el primero, al pago de daños y perjuicios imputables al solicitante que pide maliciosamente la prohibición de ausentarse del deudor, y el otro al depositario que malversa la cosa depositada, o es negligente o descuidado en su administración. Estas reclamaciones, dice la ley, se sustanciarán como incidente del juicio, en cuaderno separado.

#### **IV. El pago de las costas del proceso cautelar**

En cuanto al pago de las costas, la ley obliga al acreedor vencido en estos juicios preventivos a pagarlos (art. 904 del CPC). Esta obligación legal a diferencia de la norma general prevista por el artículo 283 del mismo CPC que manda pagar las costas judiciales a la parte que hubiese litigado con temeridad o mala fe, dispone que se la cargue al demandante por el simple hecho de haber sido vencido en el juicio cautelar.

Esta disposición no guarda ninguna relación con la noción de culpa o de dolo con que el actor haya actuado en la solicitud de la medida preventiva. La petición de la medida cautelar es un derecho del demandante en beneficio de su crédito, pero cuyas consecuencias gravosas deben ser asumidas por éste. Por esta razón las costas a que está obligado a pagar el acreedor vencido al deudor que lo vence en el juicio cautelar, no se consideran como una sanción impuesta al primero por haber actuado con temeridad o malicia, sino que es simplemente la reparación objetiva de los gastos y otras erogaciones que ha debido hacer el demandado para ejercer su defensa, sin que en este concepto para nada influya la culpa ni el dolo de la parte vencida. El pago de las costas es la consecuencia objetiva del vencimiento, pues la ley entiende que no existe motivo para que el deudor vencedor deba realizar gastos y expensas para su defensa.

## CAPÍTULO VII CLASIFICACIONES DEL PROCESO CAUTELAR

### I. Clases de proceso cautelar según la doctrina

La doctrina ha elaborado varias clasificaciones del proceso cautelar. Entre las principales, podemos citar las siguientes:

A) GUTIERREZ DE CABIEDES<sup>121</sup>, desde un punto de vista teórico clasifica las medidas cautelares atendiendo a que la obligación sea:

1. De dar cosa genérica (dinero).
2. De dar cosa específica: **a)** mueble; **b)** Inmueble.
3. De hacer.
4. De no hacer.

B) CARNELUTTI<sup>122</sup> elaboró una clasificación diferente en la que distingue:

a) El **proceso cautelar instrumental**, definiéndolo como aquel que tiende a garantizar los medios del proceso definitivo y en él incluye: el embargo judicial, o el proceso de instrucción preventiva y el embargo preventivo; y,

b) El **proceso cautelar final**, definido por el autor como aquel que sirve para garantizar la unidad práctica del proceso definitivo, y en él ubica el embargo judicial.

C) CALAMANDREI<sup>123</sup>, por su parte, no habló del proceso cautelar sino de las providencias cautelares y a ellas les dio la siguiente clasificación, partiendo de la relación de instrumentalidad que une la providencia cautelar con la sentencia principal, así:

a. **Providencias instructoras anticipadas**, en la cual se incluyen las pruebas anticipadas para asegurar resultados probatorios que han de tenerse en cuenta en el momento de fallar;

---

<sup>121</sup> GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo: "Estudios de Derecho Procesal", Pamplona, EUNSA, 1974, p. 395.

<sup>122</sup> CARNELUTTI, Francisco: "Sistema de Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Uteha, Argentina. Traduc. de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, 1944, p. 62-63

<sup>123</sup> CALAMANDREI: "Las providencias cautelares". Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, I Tomo.

b. **Providencias para asegurar la futura ejecución forzada.** En esta definición el autor incluye el secuestro conservativo y el secuestro judicial. Calamandrei sostiene que en el proceso de ejecución forzada también se toman cautelas, es decir, los embargos y secuestros tomados en un proceso de ejecución no son medidas de carácter ejecutivo sino cautelar;

c. **Decisión anticipada y providencia de mérito:** son aquellas providencias que se deciden interinamente y que están a la espera de la decisión principal a tomarse en el proceso ordinario, es decir, que son resoluciones que tratan de obviar el peligro amenazador y que habrá de ser contrarrestado definitivamente con la providencia de mérito. En esta categoría se incluyen las denuncias de obra nueva y daño temido, lo mismo que la separación provisional de los cónyuges.

D) PODETTI<sup>124</sup>, en su tratado especial sobre las medidas cautelares, hace la siguiente clasificación, basada en la legislación argentina:

1. **Medidas para asegurar bienes:** distingue aquí dos clases:

a. Las que se refieren a la ejecución forzosa como el embargo preventivo y el ejecutivo; y,

b. Las que tienden a mantener un estado de cosas o meramente asegurativas, como la prohibición de contratar.

2. **Medidas para asegurar elementos de prueba, antes de cualquier proceso:** cita en el proceso penal, las destinadas a asegurar el cuerpo del delito o elementos de convicción; y en los demás, la comprobación de hechos o del estado y calidad de mercaderías fuera de un proceso pendiente.

3. **Medidas para asegurar personas:** éstas también admiten una subdivisión:

a. La guarda provisoria de personas que se aplica en el caso de menores abandonados, o cuyos padres o tutores son denunciados por malos tratos, o en caso de disenso y de presuntos incapaces cuya peligrosidad para sí mismo o para los demás haga necesaria su reclusión; y,

b. La satisfacción de necesidades urgentes que comprende “los frecuentes procesos por alimentos provisorios de cónyuges en trance de divorcio y de otros parientes; de pedidos de litis expensas; de asistencia de enfermedades”.

<sup>124</sup> PODETTI, Ramiro: “Tratado...” Obra cit, págs. 41 a 50.

4. **Medida cautelar genérica o innominada:** es la que puede dictar el juez, atendiendo a las necesidades del caso, si no existiese en la ley una específica que satisfaga la necesidad de aseguramiento.

E) DREYZIN de KLOR y SARACHO CORNET<sup>125</sup>, siguiendo a PALACIO<sup>126</sup>, señalan al respecto:

*“La doctrina es conteste en clasificar las medidas cautelares tomando en consideración la materia en la que recaen (cosas y personas) o la finalidad que persiguen. De estos criterios surgen dos categorías: las medidas para asegurar bienes y las que tienden a asegurar personas. Las primeras, tienden a asegurar la ejecución forzada (embargo preventivo, secuestro, inhibición general, etc.), o a mantener un statu quo (prohibición de innovar y de contratar, anotación de litis e intervención de mera vigilancia). En tanto que las medidas para asegurar personas tienen por finalidad garantizar la guarda provisional de ellas, o la satisfacción de sus necesidades urgentes”.*

*“En las relaciones jurídicas de tráfico externo, la protección se logra a través de un conjunto heterogéneo de medidas que pueden clasificarse en:*

1. *Medidas para asegurar bienes (embargo, secuestro, etc.);*
2. *Medidas para asegurar pruebas (recepción de prueba anticipada); y,*
3. *personas (custodia, tenencia, alimentos, etc.)”*

F) QUIROGA CUBILLOS<sup>127</sup>, ha elaborado una clasificación de los procesos cautelares que, en su opinión, le da entrada a todos los procesos que puedan existir:

#### **a. Procesos Cautelares de Carácter Personal:**

##### **I. Por el Derecho de Personas:**

1. Interdicción provisional.

##### **II. Por el Derecho de Cosas:**

1. Suspensión de Obra Nueva y destrucción de Obra Ruinosa.
2. Suspensión del ejercicio de actos (Propiedad industrial-intelectual).

---

<sup>125</sup> DREYZIN de KLOR, Adriana y SARACHO CORNET, Teresita: “Trámites Judiciales Internacionales”. Zavallía, Buenos Aires, 2004, págs. 164-165.

<sup>126</sup> PALACIO, Lino: “Manual de Derecho Procesal Civil”. Obra cit., p. 773.

<sup>127</sup> QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique: “Procesos y Medidas Cautelares”. Obra cit., p. 34.

**III. Por el Derecho de Obligaciones:**

1. El arraigo del quebrado.
2. Suspensión de las decisiones de juntas de Socios.

**IV. Por el Derecho de Familia:**

1. Separación provisional de los cónyuges.

***b. Procesos Cautelares de Carácter Patrimonial:***

1. El embargo y el secuestro.
2. La anotación o registro de la demanda.
3. Alimentos provisionales en el proceso de alimentos.

## **CAPÍTULO VIII OTRAS MEDIDAS CAUTELARES**

### **I. Introducción**

La ampliación de la protección cautelar con el propósito de evitar el riesgo de una sentencia favorable pero inoperante o inejecutable por haberse dictado tardíamente constituye uno de los temas más preocupantes del procesalismo moderno. Dicha preocupación tiene como causa principal la necesidad de buscar una mayor eficacia al sistema jurisdiccional (sea judicial o arbitral), a fin de que se hagan efectivos los valores de seguridad jurídica y de justicia que tanto exige la sociedad actual. Es de justicia, satisfacer plenamente la pretensión del litigante que, aunque ha obtenido un fallo a su favor, no puede materializar el derecho que dicho fallo le reconoce por habérselo dictado con tardanza.

En el sentido expuesto, el Derecho Procesal Moderno ha establecido nuevos mecanismos que permiten por parte de los justiciables y de los juzgadores, la revalorización del concepto y aplicación de la tutela cautelar en orden a obtener una mayor eficacia del proceso. Hoy en día, los textos procedimentales del siglo XXI confieren al juzgador la misión de buscar para cada litigio particular una solución equitativa, razonable y rápida, y para ello se apoyan en nuevos institutos procesales genéricamente denominados “procesos urgentes”, que comprenden a las medidas cautelares típicas o nominadas, a las medidas cautelares genéricas o atípicas o innominadas, a las sentencias anticipatorias y a las medidas autosatisfactivas.

A continuación, analizaremos estos institutos modernos para definir su naturaleza, conocer sus caracteres y requisitos, así como las condiciones de procedencia y el ámbito de aplicación de cada uno de ellos.

### **II. La medida cautelar innovativa**

El algunos ordenamientos procesales, como el de Argentina por ejemplo, se autoriza al juez que en determinados casos, se pronuncie en forma urgente y antes de expedir la sentencia definitiva, disponiendo el cumplimiento inmediato de una orden cautelar, para impedir un gravamen irreparable a los derechos del actor aun a riesgo de que dicha actitud se confunda con el objeto final de la demanda.

Por lo general, no es procedente ordenar medidas cautelares que eventualmente pudieran confundirse con el objeto final de la pretensión a deducir, pero si se pretende restablecer una situación de hecho que ha sido alterada con anterioridad a la

acción jurisdiccional, la medida adecuada que invoca la doctrina es la llamada cautelar innovativa.

Esta clase de medida exige, además del cumplimiento de los tres requisitos clásicos —el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y la contracautela— un cuarto requisito que le es propio y característico: la justificación de la irreparabilidad de la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar<sup>128</sup>.

CALAMANDREI, en su clásico ensayo<sup>129</sup>, ya había observado que las providencias cautelares podían clasificarse en conservativas e innovativas según que, respectivamente, tendiesen a mantener el estado de hecho existente (por ejemplo, el secuestro o el embargo de la cosa litigiosa), o a operar su modificación (por ejemplo, en nuestro medio, la imposición a uno de los cónyuges, durante el juicio de divorcio, disolución o liquidación de la sociedad conyugal o de cualquier otra controversia entre cónyuges, de cualquier providencia que estime conducente a la seguridad de los bienes, mientras dure el juicio).

CARNELUTTI, al hablar sobre el mismo tema refería que, frente a un proceso cautelar conservativo existe un proceso cautelar innovativo expresando respecto de este último, que “existen, en efecto, casos en los que se comprometería el resultado del proceso, jurisdiccional o ejecutivo, si desde el principio no se dispusiese un determinado cambio en el estado de hecho”<sup>130</sup>.

REIMUNDÍN<sup>131</sup>, tratadista argentino, expresa sobre el tema que: “excepcionalmente la medida cautelar tiende a detener el desarrollo de una cierta actividad que ha tenido comienzo de ejecución antes de la traba del pleito y aun antes de la interposición de la demanda, como ocurre en la hipótesis de la obra nueva o del deterioro de la cosa litigiosa”. Señalaba por ello que, en términos generales, el principio de igualdad de las partes en el proceso se fundamenta tanto en la prohibición de que se alterara o modificara la situación de hecho preexistente cuanto la que se hubiese creado al comienzo de la litispendencia, reponiendo las cosas a su estado anterior.

---

<sup>128</sup> DIAZ SOLIMINE, Omar Luis: “Medidas cautelares sobre automotores”. Buenos Aires, 1999, Edit. Astrea, p. 149.

<sup>129</sup> CALAMANDREI: “Introducción al estudio sistemático...”. Obra cit., p. 26.

<sup>130</sup> CARNELUTTI: “Sistema de Derecho Procesal Civil”. Obra cit., T. I., p. 249.

<sup>131</sup> REIMUNDÍN: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentarios y concordancias”. Buenos Aires, 1970, p. 459; “La reposición de las cosas en su estado anterior y las medidas de no innovar”, en J. A. 1961-VI-64.

En síntesis, la medida cautelar innovativa, por su finalidad, tiende a variar o a modificar el estado de una situación de hecho existente al momento de iniciarse el juicio.

En nuestra legislación podemos encontrar medidas innovativas genéricas como las contempladas en el artículo 130 del Código Civil: *“Durante los juicios de divorcio, disolución o liquidación de la sociedad conyugal o cualquier otra controversia entre cónyuges, a petición de cualquiera de ellas o del curador ad-litem, el juez podrá tomar las providencias que estime conducentes a la seguridad de los bienes, mientras dure el juicio”*.

Del mismo carácter participan las órdenes de suspensión de obra que dispone el juez en su primera providencia en las denuncias de obra nueva o de obra ruinosa, que regula el Título XV del Libro II del Código Civil, así como las preventivas ordenadas en la Ley de Propiedad Intelectual (Sección II, Capítulo II, Título I, Libro IV), particularmente los artículos 308 y 309.

### III. La medida cautelar genérica o innominada

Según PODETTI, la medida cautelar genérica o innominada es la que puede dictar el juez de acuerdo a las exigencias del caso, si no existe una disposición legal que satisfaga la necesidad del aseguramiento<sup>132</sup>.

Según la doctrina, esta institución constituye una norma de clausura del sistema cautelar establecido, de contenido infinito, en tanto permite encuadrar en su seno la enorme variedad de hechos y situaciones que pueden presentarse en la realidad del proceso jurisdiccional. Los hechos, siempre cambiantes, con sus mil y una facetas, exhiben supuestos que no admiten su encuadramiento esquemático en ninguno de los institutos cautelares típicos o nominados<sup>133</sup>, de ahí la necesidad racional de que el derecho cuente con las medidas cautelares genéricas o innominadas.

La medida cautelar genérica permite no sólo el dictado de cualquier medida de naturaleza cautelar no prevista en la ley, pero que resulte eficaz en razón de las circunstancias, sino que, además, permite que se decrete una medida nominada o típica cuando el antecedente fáctico del caso no encuadra en el presupuesto de una medida prevista en la ley e igualmente existan verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> PODETTI-GUERRERO LECONTE: “Tratado de las medidas cautelares”, p. 45.

<sup>133</sup> DE LÁZZARI, Eduardo: “Medidas cautelares”, T. I., p. 575.

<sup>134</sup> DE LOS SANTOS, Mabel: “La medida cautelar genérica o innominada”, en “Tratado de las Medidas Cautelares”, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., 1997, T. 4, p.136.

En los últimos años, el avance del moderno Derecho Procesal ha contemplado una importante ampliación respecto del concepto de la tutela cautelar, es así que la doctrina ha comenzado a elaborar –sólo desde el punto de vista teórico- algunas distinciones que permiten diferenciar dentro de los genéricamente llamados “procesos urgentes”, a las medidas cautelares propiamente dichas, las sentencias anticipatorias y las medidas autosatisfactivas, cuyo detalle, respecto de las dos últimas especies, examinaremos más adelante. Sin embargo, existe consenso en que, hasta que los distintos ordenamientos jurídicos de los países legislen tales institutos, la medida cautelar genérica viene a ser el instrumento más adecuado para hacer valer tales solicitudes, cuyo denominador común con las medidas cautelares es su carácter de urgente<sup>135</sup>.

Respecto de este tipo de medidas genéricas se ha dicho que si bien puede entenderse que la previsión de unas medidas cautelares indeterminadas o atípicas es índice de perfección del sistema, en tanto permite alcanzar la ductilidad necesaria para combatir una variedad de *pericula* no fácilmente previsible, esa misma indeterminación provoca una cierta retracción a la hora de aplicar las medidas por una suerte de miedo al vacío<sup>136</sup>.

#### IV. La cautelar genérica en el Proceso Civil del Ecuador

En nuestro sistema procesal civil no existen reguladas las medidas cautelares genéricas, esto es, no hay un texto legal expreso que autorice la protección cautelar innominada. Los jueces dictan las medidas cautelares que se encuentran taxativamente previstas en el Código de Procedimiento Civil, sin que puedan salirse de dicho ámbito legal.

#### V. La cautelar genérica en la Ley de Arbitraje y Mediación

En cambio, la Ley de Arbitraje y Mediación contiene el artículo 9 que permite al árbitro adoptar, además de las medidas cautelares típicas puntualizadas en el Código Procesal Civil, aquellas otras (innominadas) que estime necesarias para proteger los bienes materia del litigio o los resultados de éste. Esto debe entenderse como que la medida cautelar genérica que la norma autoriza no sólo procede ante la ausencia absoluta de normas reguladoras, sino también como complemento de las ya existentes, flexibilizando la actitud del árbitro, quien podrá ponderar, ante el caso concreto, el alcance que sea más apropiado en cada medida, aplicando el principio de la necesidad que ya vimos en su momento en este mismo trabajo.

<sup>135</sup> *Ibidem*: p. 137.

<sup>136</sup> ORTELLS RAMOS, M.: “Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428”. Obra cit., p. 60.

La citada disposición encuentra su *ratio legis* en que el legislador no puede prever todas las situaciones de las cuales pueda resultar viable, en el proceso arbitral, la adopción de una medida cautelar específica, de modo que resulta útil contar con una norma que en forma flexible asegure esa posibilidad. Por esta razón, los órganos jurisdiccionales de arbitraje tienen en el Ecuador –al amparo del art. 9 de la LAM- poderes suficientes para ordenar, a pedido de parte y de acuerdo con las circunstancias, la medida cautelar más idónea que estimen necesaria para asegurar el derecho invocado.

De todos modos, para su procedencia es menester que se reúnan los presupuestos o requisitos concurrentes que permitan su viabilidad: la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora y, para preservar la igualdad de las partes en el proceso, es menester que se cumpla también con la prestación de una contracautela, la que más que un requisito de procedibilidad constituye condición de su cumplimiento o materialización<sup>137</sup>. El árbitro, además de observar tales presupuestos, fijará el mecanismo que haga efectiva la protección requerida en base a la discrecionalidad que le da la Ley. Esta facultad discrecional posibilita que las situaciones no previstas por el legislador, puedan solucionarse a partir del dictado de una medida cautelar idónea para la controversia articulada<sup>138</sup>.

## VI. La clasificación doctrinaria del proceso cautelar en el Ecuador

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

- a) proceso cautelar innovatorio; y,
- b) proceso cautelar conservatorio, exponiendo el siguiente criterio:

*“El auto dictado por la Quinta Sala de la Corte Superior de Guayaquil el 07 de julio del 2003, contra el cual se interpone el recurso extraordinario de casación, ha sido dictado dentro de un proceso de carácter cautelar conservatorio, tendiente a impedir que los demandados dispongan de ciertos bienes, de conformidad con lo que establece la Sección 27ava., artículos 912 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, siendo el recurso de casación admisible únicamente de los autos y sentencias finales y definitivas dentro de los procesos de conocimiento en que el juez resuelve sobre lo principal, “dice el derecho”. La doctrina jurídica, unánimemente, declara que los procesos cautelares no pertenecen a la categoría de*

<sup>137</sup> De LÁZZARI, E.: “Medidas cautelares”. Obra cit., T. I., p. 40.

<sup>138</sup> VERDAGUER, en ARAZI, Roland: “Medidas cautelares”. Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 296.

*procesos de conocimiento. (...) Jaime Azula Camacho, en su obra "Curso de Teoría General del Proceso", dice: (...) "El proceso cautelar puede concebirse como las medidas que tienden a garantizar los resultados que se persiguen en otro. Según se colige de lo dicho, el proceso cautelar es de carácter accesorio puesto que está condicionado o supeditado a la existencia de otro, y corre, por tanto, la misma suerte de éste. Además, es el medio o instrumento para obtener que los resultados perseguidos en el proceso principal sean efectivos. Este proceso, de acuerdo con los efectos que produzca en la situación existente, se divide en innovatorio y conservatorio. a) El innovatorio es cuando modifica o varía las circunstancias presentadas en el momento de instaurarse o proponerse el proceso principal, como ocurre con la separación de los cónyuges y el depósito de los hijos en el divorcio, la detención preventiva del sindicado en el proceso penal, etc.; b) El conservatorio se presenta en el caso de que mantenga o preserve las condiciones de hecho existentes con antelación al proceso principal, como acontece con el embargo y secuestro de bienes, que evita que éstos se sustraigan del patrimonio de la persona contra quien se dirigen tales medidas. Cualquiera de las dos modalidades anteriores puede, por su parte, ser de carácter real o personal, según que, respectivamente, recaiga sobre bienes o personas" (...) Hernando Devis Echandía, sobre el proceso cautelar, dice: "Tiene una función distinta de los anteriores. No se trata de la declaración de un hecho o una responsabilidad, ni de la constitución de una relación jurídica, ni de ejecutar un mandato y satisfacer el derecho que se tiene sin ser discutido, ni de dirimir un litigio, sino de prevenir los daños que el litigio pueda acarrear o que puedan derivarse de una situación anormal. Este proceso cautelar se divide en conservatorio e innovativo, según que tenga por objeto impedir que se modifique la situación existente, o, por el contrario, producir un cambio de ella, en forma provisional. Puede ser un verdadero proceso autónomo, como el de interdicción del demente o del disipador, o un procedimiento previo a un proceso ejecutivo o al de separación de bienes entre cónyuges, o en materia penal los embargos y secuestros de bienes, la detención preventiva del sindicado o la guarda del demente en una clínica u otro lugar adecuado, mientras se define la situación..."*

## CAPÍTULO IX LOS PROCESOS URGENTES

### I. Introducción

En los últimos 50 años, se ha producido una notable evolución del Derecho Procesal, a tal punto que hoy en día su temática abarca aspectos de trascendental importancia para la vida de los ciudadanos, tanto en sus derechos individuales como grupales. El concepto del debido proceso ya no se limita al respeto de los principios fundamentales de igualdad, bilateralidad y congruencia –que conforman el derecho a la legítima defensa en juicio- sino que ahora se reclama que asegure una solución justa del conflicto en un tiempo breve. Principios que antes parecían inmodificables como el de la cosa juzgada, por ejemplo, están siendo cuestionados porque actualmente tienen un alcance distinto según el resultado de la sentencia, tal como ocurre en el Código Brasileño de Defensa del Consumidor en donde se habla de la cosa juzgada “provisional” respecto de ciertas situaciones que exigen tal categoría. Por otro lado, el campo de la tutela se ha ampliado considerablemente, apareciendo nuevas instituciones que aunque no se enmarcan en el esquema legal propio de las medidas cautelares, se apoyan en el concepto de la medida cautelar genérica para poder obtener su reconocimiento jurisdiccional, por no existir en la ley otra forma procesal eficaz.

La doctrina procesal nos refiere ahora estas nuevas clases de medidas cautelares, a saber: las medidas anticipatorias, y las medidas autosatisfactivas. En esencia estos institutos constituyen procesos urgentes que se caracterizan por buscar la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable.

La circunstancia por la cual se acude a las medidas cautelares para obtener el reconocimiento jurisdiccional de este nuevo tipo de medidas, no es solamente por la ausencia de una normativa legal y procesal que las ubique, sino que fundamentalmente, las mismas participan de algunas características propias de las medidas cautelares, especialmente su carácter de “urgente”.

La nota característica de estos procesos urgentes consiste en la prevalencia en el trámite del principio de celeridad, que obliga a reducir el conocimiento y a postergar la bilateralidad, con la finalidad de obtener una tutela eficaz y rápida<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup> De LOS SANTOS, Mabel: “Medida autosatisfactiva y medida cautelar”. Artículo publicado en “Revista de Derecho Procesal”: “Medidas Cautelares”. Rubinzal-Culzoni. Obra cit. Págs. 31-32.

## II. Medidas anticipatorias.

Se ha dicho que la medida anticipatoria cumple una función distinta a la que le corresponde a las medidas cautelares, ya que a diferencia de éstas, no garantiza la eficacia de la sentencia, sino que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable.

Si bien es verdad que posee caracteres comunes con las medidas cautelares típicas, tales como la instrumentalidad, que su adopción no configura prejuzgamiento, que son de ejecutabilidad inmediata y que revisten carácter de urgente, sin embargo, respecto de las otras características propias de las cautelares como la provisionalidad, la mutabilidad, su expedición *inaudita parte* y el grado de conocimiento para decretarlas, presentan algunas diferencias.

En efecto, de acuerdo con la doctrina argentina<sup>140</sup>, si bien las medidas anticipadas son por definición “provisionales”, al respecto no se aplica el criterio general de que subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron (principio “*rebus sic stantibus*”), sino que las sentencias anticipatorias, una vez dictadas no podrán dejarse sin efecto hasta el fallo definitivo, así como, si fueran rechazadas, tampoco podrá insistirse en obtenerlas. Ciertamente que estas conclusiones sobre el alcance de la provisionalidad de la medida no es compartida de manera uniforme por la doctrina, pero, no cabe duda que ello depende de la fisonomía legal que se acuerde a la medida.

Por otra parte, tampoco les es aplicable la condición de medidas mutables o flexibles: si se solicita el anticipo de la decisión de mérito total o parcial ello no es sustituible por otra medida. En todo caso el juez podrá acordar parcial y no totalmente lo solicitado, pero no procede su reemplazo por una medida diferente de la pedida.

Como ya sabemos, las medidas cautelares se decretan *inaudita parte*, en cambio las anticipatorias se dictan, generalmente, luego de asegurada la bilateralidad correspondiente.

Finalmente, el conocimiento judicial para dictarlas no es en grado de apariencia – como en las cautelares típicas – ni en grado de certeza – como ocurre en la sentencia definitiva – sino en un estado intermedio de conocimiento que se ha dado en llamar “*certeza provisional*”. El peligro en la demora propio de las medidas cautelares se sustituye por la llamada “irreparabilidad del perjuicio” y, por último, la contracautela no se la exige en determinados casos de medidas anticipatorias.

---

<sup>140</sup> DE LOS SANTOS, Mabel: “La medida cautelar genérica o innominada”. Artículo cit., págs. 164-165-166.

Las reseñadas diferencias relativas a los caracteres y requisitos propios de las medidas cautelares, no significan que las medidas anticipatorias no revisten naturaleza cautelar. Debemos recordar que las anticipatorias son medidas instrumentales, carácter que es parte esencial de las medidas cautelares “en cuanto destinadas a anticipar, en todo o en parte, los supuestos efectos, decisorios o ejecutorios de la providencia principal...”, como sostuviera CALAMANDREI<sup>141</sup>, quien incluyó en el concepto de medidas cautelares tanto a las que ahora denominamos medidas anticipatorias (que anticipan los efectos decisorios de la providencia principal) como a las medidas asegurativas de la ejecución (vinculadas a los efectos ejecutorios de la sentencia”)<sup>142</sup>.

En síntesis, la denominada tutela anticipativa significa la satisfacción del derecho del reclamante antes de su reconocimiento en la sentencia posterior a dictarse. De esta manera –ya se trate de una sentencia declarativa o de condena- el juez reconoce la justicia de la pretensión contenida en la demanda, adelantándose a la decisión final que deba pronunciarse, es decir, produciendo la anticipación del resultado de la sentencia.

Para su procedencia se vuelve necesario justificar la existencia de un perjuicio manifiesto, evidente, ostensible y sobre todo, progresivo, de tal manera que su falta de reparación inmediata produzca un deterioro irreversible en el reclamante, a un grado tal que la sentencia no logrará la recomposición razonable del derecho afectado<sup>143</sup>.

La nota esencial de esta clase de tutela está dada por el carácter irreversible y progresivo que el mero transcurso del tiempo provoca con relación al daño ya producido, palmariamente visible y que no podrá ser reparado por la sentencia<sup>144</sup>.

### III. Las medidas autosatisfactivas

PEYRANO, siguiendo a CARNELUTTI, define a las denominadas medidas autosatisfactivas o “cautela material” como “soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables “*inaudita altera pars*” y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles”<sup>145</sup>. Las mismas implican una satis-

<sup>141</sup> CALAMANDREI: “Introducción al Estudio...”, Obra cit., p. 139 (conclusiones).

<sup>142</sup> DE LOS SANTOS, Mabel: artículo citado, p. 168.

<sup>143</sup> DIAZ SOLIMINE, Omar Luis: “Medidas cautelares sobre automotores”. Buenos Aires, 1999, Astrea, p. 169.

<sup>144</sup> *Ibidem*: p. 170.

<sup>145</sup> PEYRANO, Jorge: “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, en J. A. 1997-II-926, citado por De Los Santos, Mabel. Ob. cit., p. 35.

facción definitiva de los requerimientos de los postulantes, motivo por el cual se sostiene que son autónomas, no dependiendo su vigencia y mantenimiento de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal, es decir, no tienen la característica de instrumentalidad. Se ha llegado a decir, que las mismas pueden desempeñar un rol trascendental para remover “vías de hecho” sin tener que recurrir a la postulación de medidas precautorias que inevitablemente requieren la iniciación de una pretensión principal que, en algunos casos, no desean ni necesitan promover los justiciables. El peticionario obtiene, de este modo, la satisfacción inmediata de su pretensión sin depender de actos jurisdiccionales posteriores.

Entre los caracteres salientes de este nuevo instituto procesal la doctrina es conteste en sostener que el rasgo común de las medidas autosatisfactivas es su carácter de urgencia, que las obliga a realizarse en el lapso más breve posible y aun *inaudita parte*, aunque esto último no se produce en todos los casos. Otra característica derivada del aspecto de urgencia de la medida autosatisfactiva es la ejecutabilidad inmediata de lo decidido, sin que quepa admitir recursos con efecto suspensivo contra dicha resolución o algún incidente que pudiera suspender su ejecución. También son mutables o flexibles en razón de que el carácter urgente de la medida permite al juez disponer aquella que la índole de la protección adecuada indique, es decir, su adopción depende de la absoluta discrecionalidad del juzgador, quien puede —en uso de dicho ejercicio discrecional— incluso ordenar una medida diferente de la solicitada o limitarla tomando en cuenta la naturaleza del derecho a proteger.

En algunas Jornadas y Congresos de Derecho Procesal Internacional se ha tratado el tema de las medidas autosatisfactivas produciéndose criterios favorables sobre ellas; congresos y jornadas en cuyas conclusiones se ha sugerido que las medidas —dada su importancia práctica— sean agregadas a los códigos adjetivos respectivos para darles sustento legal, considerando además que el concepto de estas nuevas medidas, “urgente”, es mucho más amplio que el de los procesos cautelares. Así, se ha declarado que “la categoría de proceso urgente es más amplia que la del proceso cautelar. Así, la primera comprende también las denominadas medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipatorias”<sup>146</sup>.

Las características mencionadas son las únicas que tienen en común las medidas cautelares y las medidas autosatisfactivas, pero existen diferencias entre ellas que son las que hacen difícil que estos nuevos institutos encuadren en la estructura cautelar típica.

---

<sup>146</sup> Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal (abril de 1995); XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, Argentina, junio de 1995); XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal (Corrientes, agosto de 1997).

Estas diferencias importantes son: la medida autosatisfactiva –como ya lo señaláramos- no es instrumental, circunstancia que pone de relieve su condición de acto no cautelar. Tampoco es provisional por cuanto su resultado no está vinculado al resultado de un litigio principal que no existe, sin perjuicio de reconocer que, como toda decisión judicial, se encuentra implícitamente sometida a la regla *rebus sic stantibus*, es decir, puede cesar, si se modifican las circunstancias tenidas en cuenta para acordarlas<sup>147</sup>.

En cuanto a los requisitos para la procedencia de las medidas autosatisfactivas, el grado de conocimiento para disponerlas, es la existencia de una *fuerte probabilidad* cercana a la certeza y no la simple verosimilitud. De igual modo, siempre es necesario, como se exige en el esquema cautelar típico, que exista *peligro en la demora*, consistente en la necesidad impostergable de tutela judicial inmediata de manera que en caso contrario se frustre el derecho invocado<sup>148</sup>.

Finalmente, no siempre se exige la contracautela, sino cuando la medida se decreta inaudita parte y sin la suficiente certeza sobre la existencia del derecho invocado<sup>149</sup>.

El mayor beneficio de las medidas autosatisfactivas estriba en que permite acordar una protección rápida y, por ende, eficaz ante conductas o vías de hecho que afectan un interés tutelable cierto y manifiesto, contribuyendo de esta manera, a que el proceso permita la efectiva operatividad de los derechos sustanciales<sup>150</sup>.

En nuestro país no existen las llamadas medidas autosatisfactivas incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico. Los avances internacionales sobre la materia y las conclusiones favorables que sobre el tema han pronunciado diversos congresos y jornadas de Derecho Procesal, permiten sugerir que se haga un estudio más a fondo de esta nueva institución y a proponer su regulación normativa de *lege ferenda* en el Ecuador si es que su aplicación llega a significar un verdadero beneficio para la doctrina jurídica del país.

---

<sup>147</sup> PALACIO, Lino E.: “Derecho Procesal Civil”, obra cit., págs. 49/50.

<sup>148</sup> DE LOS SANTOS, Mabel: artículo citado, p. 46.

<sup>149</sup> “Para entender el alcance de esta medida resulta adecuado quedarse con sus elementos esenciales: muchas probabilidades de que las pretensiones del peticionario sean atendibles; carencia de contracautela; autonomía –en el sentido de que no depende de otro proceso-, y agotamiento de las actuaciones una vez cumplida la medida”. DIAZ SOLIMINE, Omar Luis: “medidas cautelares sobre automotores”. Obra cit., p. 175.

<sup>150</sup> DE LOS SANTOS, Mabel: artículo citado, p. 55.



# **SEGUNDA PARTE**



## SEGUNDA PARTE

### CAPÍTULO I

## LA DETERMINACION DEL ORGANO COMPETENTE EN MATERIA CAUTELAR

### I. Planteamiento del problema

Cuando se trata de aplicar la tutela cautelar dentro de un proceso arbitral, la primera interrogante que surge es si el tribunal de arbitraje que está conociendo el juicio se encuentra legitimado para adoptarla. En otras palabras, debemos conocer si en dicha cuestión la competencia para ordenar las medidas de cautela corresponde a los árbitros o a los jueces comunes.

En el campo del arbitraje internacional, para dilucidar el asunto, los árbitros deben resolver antes que nada si tienen potestad suficiente para ordenar la medida o, si por el contrario, carecen de ella. Para tal efecto, deben examinar tres cosas: en primer lugar, los términos de la cláusula arbitral; en segundo lugar, las normas de arbitraje promulgadas por el Estado o las institucionales a las que se han acogido las partes y, en tercer lugar, la *Lex Arbitri* que, por lo general, suele ser la ley del lugar de la celebración del arbitraje.

En el Arbitraje internacional, cuando las partes en la cláusula arbitral han otorgado expresamente a los árbitros la facultad para ordenar medidas cautelares, no existe ninguna dificultad en que éstos dispongan de tal poder, salvo que las normas imperativas de la sede del arbitraje o la del lugar de ejecución de las medidas de cautela prohíban a las partes atribuir tal poder a los árbitros. Esto último no ocurre en la legislación arbitral de nuestro país como en su momento analizaremos.

Pero ocurre que en la práctica, por lo general, las partes no se pronuncian expresamente acerca de quién será el órgano competente para ordenar las medidas de cautela, sino que simplemente se limitan a acogerse a las normas del Reglamento de Arbitraje o al sistema de arbitraje al que se han sometido en el convenio arbitral y, a veces, se someten a la ley procesal común, por lo que a través de las normas de ésta última, acaban por determinar el órgano competente.

Por las razones expuestas, resulta importante establecer cuáles son las normas que van a determinar la competencia de los árbitros o de los jueces para dictar medidas cautelares desde el punto de vista del procedimiento arbitral.

La doctrina –para tal efecto- nos presenta diferentes posibilidades o soluciones para determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente. Estas posibilidades son las siguientes:

### **A. Primera posibilidad: la competencia en materia cautelar pertenece exclusivamente al Tribunal Arbitral**

Existen varias hipótesis que respaldan esta posible solución:

#### **1. Se considera al arbitraje como un sistema autosuficiente de resolución de conflictos:**

Según este criterio, los árbitros no necesitan de la colaboración de ningún órgano estatal para resolver los incidentes que se pudieran presentar dentro del trámite del proceso de arbitraje, incluyendo la necesidad de adoptar medidas de cautela. Sin embargo, este punto de vista se lo califica de nada viable, toda vez que existen limitaciones muy propias de la institución arbitral, como la falta de *imperium* o poder coercitivo. En efecto, la efectividad del arbitraje requiere, en virtud de esa falta de *imperium*, de la colaboración de los tribunales estatales. Por esta razón, no existe ningún sistema, ni estatal ni institucional, que permita una competencia exclusiva de los árbitros para adoptar medidas cautelares.

#### **2. La competencia exclusiva de los árbitros y, paralelamente, la incompetencia de los jueces comunes en materia de medidas cautelares, se puede deducir de distintas disposiciones contenidas en Tratados y Convenios Internacionales, que excluyen la competencia de los jueces estatales cuando existe un convenio de arbitraje;**

Algún sector de la doctrina ha entendido esta tesis en el sentido de que la aludida exclusión abarca también la adopción de medidas de cautela por parte de los jueces. A nivel de arbitraje internacional, y supuestamente al amparo de distintas disposiciones contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales de Arbitraje (como la prevista por el artículo II.3 del Convenio de Nueva York de 1958<sup>1</sup>), esta

<sup>1</sup> Ratificada por el Ecuador el 30 de noviembre de 1961 (R.O. 43 del 29 de diciembre de 1961). De conformidad con el art. 163 de la Constitución Política "las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía".

<sup>2</sup> **Convención de Nueva York:** artículo II.3, dice: "La expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. El Tribunal de uno de los Estados Contratantes

situación se daba hasta hace poco con bastante frecuencia, a tal punto que en la práctica muchos jueces se declaraban incompetentes ante la solicitud de una medida cautelar en apoyo del arbitraje, aduciendo que existía una cláusula arbitral válida celebrada por las partes. Hoy en día, este tipo de situaciones ya no se producen, por cuanto se admite de forma unánime en todos los sistemas, tanto estatales como institucionales de arbitraje, la compatibilidad de una cláusula de arbitraje con la solicitud de medidas cautelares ante los jueces de la justicia común.

## **B. Segunda posibilidad: la competencia para ordenar medidas cautelares es exclusiva de la jurisdicción ordinaria**

Según este criterio los jueces comunes son los únicos competentes para la adopción de medidas cautelares, incluso cuando se trata de procesos arbitrales. Esta solución ha sido adoptada por muy pocos países (básicamente, Italia, Grecia y Argentina), lo cual permite reforzar la tesis, aceptada en la mayoría de las legislaciones arbitrales, de que son los propios árbitros, en la medida de lo posible, los únicos legitimados para resolver todas las incidencias que pudieran producirse durante el desarrollo del proceso arbitral, incluyendo la adopción de las medidas de protección.

Los pocos sistemas que niegan la competencia de los árbitros en materia cautelar se diferencian en dos grupos:

- a. Los que niegan de forma expresa la competencia de los árbitros, como ocurre en la legislación italiana<sup>3</sup>; y,
- b. Los que lo hacen de manera implícita, como sucede en el procedimiento argentino<sup>4</sup>.

Este tipo de solución, que niega totalmente la competencia de los árbitros, se estima como un caso de excepción respecto de las soluciones previstas en el resto de los sistemas arbitrales de derecho comparado. La doctrina critica este tipo de solu-

---

tes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inapelable”.

<sup>3</sup> Artículo 818 de la Ley No. 25, de 5 de enero de 1994. Título VIII del libro 4º del Código de Procedimiento Civil que regula el arbitraje: “Los árbitros no pueden autorizar embargos ni otras medidas cautelares”

<sup>4</sup> Artículo 753 del CPC de Argentina: “Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”.

ción porque básicamente responde a un sentido de desconfianza hacia la institución del arbitraje que hoy en día no tiene sentido. En la actualidad, la amplia utilización del arbitraje, particularmente en el ámbito del tráfico mercantil y el comercio internacional, lo categoriza como la alternativa más adecuada para resolver los conflictos inter partes, lo que desvirtúa ese criterio de desconfianza que no se acomoda en absoluto a la nueva realidad que se impone en el mundo. En efecto, asistimos a un proceso de globalización generalizado que desde la perspectiva del arbitraje ha adquirido especial importancia. En concreto, la globalización comercial convertida en uno de los máximos exponentes de las corrientes liberalizadoras contemporáneas, ha hecho del sistema arbitral su forma de justicia paradigmática. Hoy, es incuestionable que el fenómeno de la globalización ha beneficiado a la institución del arbitraje como el medio más idóneo de resolución de conflictos en el comercio internacional<sup>5</sup>.

La gran mayoría de los sistemas arbitrales internacionales se inclinan por interpretar que la competencia en materia cautelar corresponde a los árbitros, en cambio que los jueces tienen las atribuciones para ejecutarlas.

### **C. Tercera posibilidad: la competencia concurrente de jueces y árbitros**

Esta solución es la que se manifiesta en la gran mayoría de las legislaciones arbitrales así como en los Reglamentos Internacionales de arbitraje, siendo la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985, la más clara evidencia de esta tendencia universal y, por ende, de todas aquellas normativas estatales que se han inspirado en ella o la han acogido para formar parte de sus respectivos ordenamientos internos. De acuerdo con esta solución, la competencia en materia cautelar se atribuye a los jueces y a los árbitros en condiciones de igualdad, esto es, que las partes pueden dirigirse indistintamente a uno o a otro órgano jurisdiccional.

### **D. Cuarta posibilidad: la competencia compartida entre jueces y árbitros**

Esta solución atribuye competencia tanto a los árbitros como a los jueces, pero no de manera concurrente, sino que cada uno desempeña un papel específico en su respectivo ámbito, generando una especie de división de poderes o de competencia compartida.

Para esta solución se vuelve necesario delimitar el ámbito de actuación tanto del árbitro como del juez a fin de determinar qué criterio establecerá la competencia del uno o del otro. Para esta finalidad, se manejan –doctrinariamente– dos criterios posibles:

---

<sup>5</sup> CREMADES, B. Ma. y Ja Cairo, D.: “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, La Ley, año XXIII, No. 5538, 2002, p. 1.

- Que la competencia de cada órgano se establezca en función del tipo de medida cautelar que se pretenda ordenar; o,
- Que esta distribución de competencias se realice dependiendo del momento procesal en que la medida sea solicitada.

### **1. Competencia atribuida en función del tipo de medida que se pretende ordenar:**

Según este criterio, existe una distinción muy amplia entre las medidas cautelares coercitivas y las no coercitivas, vale decir, por un lado, aquellas que para hacerse efectivas en caso de incumplimiento requieren de la necesaria colaboración de la justicia común valiéndose de su poder ejecutivo (por ejemplo, el embargo de los bienes del deudor). Y, por otro lado, de aquellas que no conllevan una ejecución, como por ejemplo, las medidas destinadas a la venta de bienes perecederos o aquellas destinadas a obtener una garantía bancaria.

Desde este punto de vista, las medidas coercitivas que necesitan para su efectividad del poder ejecutivo del Estado, serán adoptadas –lógicamente- por el juez ordinario, en tanto que las otras, podrán ser ordenadas tanto por un juez, como por un árbitro. Un árbitro, en efecto, no puede garantizar el cumplimiento de una medida cautelar que implique una ejecución, como el embargo por ejemplo, porque carece de *imperium*. No obstante, existen sistemas que atribuyen competencia a los árbitros de una manera general, esto es, sin especificar la concreta medida a adoptar, lo que en principio se entiende que nada impide que dentro de tales sistemas, se adopten medidas que lleven aparejada ejecución.

### **2. Competencia atribuida en función del momento procesal de la solicitud:**

Para aplicar este criterio se debe considerar la estructura del proceso arbitral dividida en diferentes fases, a fin de poder determinar en cada una de ellas cuál será el órgano legitimado para ordenar las medidas cautelares. De acuerdo con este criterio, en el proceso arbitral se distinguen tres fases fundamentales:

- La primera que va desde el momento de presentación de la demanda de arbitraje hasta que se constituye el tribunal de arbitraje.
- La segunda, que va desde la formación del tribunal de arbitraje hasta el pronunciamiento del laudo arbitral.
- Y, la tercera, desde que se dicta el laudo hasta que éste se ejecuta.

De acuerdo con esta solución, se admite que hasta que se constituye el tribunal arbitral, la competencia para adoptar las medidas cautelares recaerá en poder de los jueces. Pero tan pronto como quede constituido el tribunal, la competencia corresponderá exclusivamente a los árbitros. Y, por supuesto, en la fase de ejecución del laudo, la competencia se atribuye nuevamente a los jueces de la justicia común.

Con todo, se critica esta solución ya que no se puede establecer una división exacta de las distintas fases del proceso arbitral sólo para efectos de establecer el momento en que la medida cautelar se solicite, puesto que carece de sentido atribuir al momento de la solicitud la condición de factor exclusivo y preponderante para determinar cuál es el órgano competente en materia cautelar. Esta opinión se apoya en que no estamos ante órganos con poder excluyente o que sean incompatibles entre sí, sino más bien, de órganos (el judicial y el arbitral) cuyo poder tiende a complementarse y de hecho, en la práctica esta resulta ser la realidad al respecto.

### **E. Quinta posibilidad: el silencio en materia cautelar**

Cuando la ley atribuye de manera expresa competencia a los tribunales de justicia común o a los árbitros para ordenar medidas cautelares no existe ningún problema para reconocer ese poder. No obstante, existen ordenamientos jurídicos nacionales, Convenios Internacionales y Reglamentos institucionales que nada establecen sobre el particular, es decir guardan silencio, o lo que es lo mismo, no regulan expresamente sobre la competencia de unos u otros órganos.

Esto ocurre en sistemas como el de Estados Unidos en el que nada suele decir la normativa de los distintos Estados de la Unión. En cuanto a Convenios se refiere, se puede citar el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra de 1961 y, en lo que toca a los Reglamentos de las diferentes instituciones, podemos citar como ejemplos, el de la Cámara de Comercio de Estocolmo, las normas del Centro de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Austria, entre otros.

Cuando nos encontramos ante un arbitraje regulado por normas que guardan silencio o no se pronuncian acerca de la competencia del órgano de la justicia civil o arbitral que debe adoptar las medidas cautelares, la doctrina ha establecido que en estos casos, la admisibilidad de las medidas dependerá de la ley que regule el procedimiento arbitral, ya sea la elegida directamente por las partes, o ya sea la elegida por los árbitros, a falta de elección por parte de las primeras.

---

Dicho de otro modo, la falta de atribución expresa de facultades a los árbitros en materia cautelar no significa necesariamente que carezcan de ellas, ya que en tal caso, habrá que estar a lo dispuesto por la ley procedimental aplicable al arbitraje o a lo que las partes hayan previsto al respecto en la cláusula arbitral o en algunos casos, en el acta de misión<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> **El Acta de Misión** es una especie de calendario de procedimiento que elabora el tribunal de arbitraje con base en los documentos aportados o en presencia de las partes y teniendo en cuenta las últimas alegaciones de éstas. Se trata de un documento que determina concretamente la tarea de los árbitros y que, entre cosas, contiene la mención de los poderes conferidos al tribunal de arbitral para adoptar medidas de cautela.

---

## CAPÍTULO II

### LA COMPETENCIA CONCURRENTE SEGÚN LA LEY DE ARBITRAJE DEL ECUADOR

#### I. La competencia concurrente para adoptar medidas cautelares según la ley arbitral ecuatoriana

La Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador permite expresamente la adopción de las 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*”, lo que significa que la ley atribuye competencia concurrente tanto a los jueces ordinarios como a los árbitros, esto es, que las medidas de cautela se pueden ordenar tanto antes del inicio del procedimiento arbitral, como durante el desarrollo del mismo. Para la adopción de medidas antes del inicio del juicio arbitral, son competentes los jueces ordinarios y en este caso se impone al solicitante el requisito temporal, es decir, el término de quince días después de ordenada la medida preventiva para que inicie el juicio de arbitraje, so pena de que la medida quede sin efecto.

En lo que tiene que ver con las medidas adoptadas durante el desarrollo del procedimiento arbitral deberán reunir los requisitos del artículo 899 del Código de Procedimiento Civil, esto es, demostrar la concurrencia del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, quedando a criterio del árbitro exigir una contracautela o garantía a quien solicite la medida, para cubrir el costo de la misma y la eventual indemnización de daños y perjuicios a la parte afectada con ella.

Nuestro sistema arbitral prevé la posibilidad del auxilio jurisdiccional a la tutela cautelar dispuesta por los árbitros tanto si se trata de un proceso arbitral que se tramita en el país como en el extranjero.

Respecto al arbitraje nacional, basta probar la participación en un proceso arbitral –ya sea ad hoc o institucional- celebrado en el Ecuador para poder solicitar la colaboración de los jueces ordinarios ecuatorianos para la ejecución de las medidas cautelares. Incluso, acudir a la vía jurisdiccional ordinaria para solicitar la protección cautelar ante causam, no significa en modo alguno, renuncia de las partes a su voluntad de someter la resolución de sus controversias al arbitraje.

Los jueces no pueden negar la ejecución de las medidas dispuestas por los árbitros ni tampoco están autorizados para volver a analizar el fondo de la cuestión ya re-

suelta por los tribunales de arbitraje, sino que deben limitarse a dar cumplimiento a la medida, si es que son competentes, por ejemplo, en razón del territorio<sup>7</sup>.

Sin embargo, para la ejecución de las medidas cautelares dispuestas dentro del proceso arbitral, se puede prescindir del auxilio de los jueces, y los propios árbitros pueden disponer la ejecución de las medidas que adopten, siempre que las partes así lo hubiesen estipulado expresamente en el convenio arbitral.

En cuanto al arbitraje extranjero<sup>8</sup>, en principio, se permite solicitar el auxilio de los jueces comunes cuando el proceso arbitral se esté celebrando fuera del Ecuador, siempre con arreglo a los Tratados y Convenios Internacionales suscritos y ratificados por el país.

En el país, los laudos dictados en arbitrajes internacionales tienen los mismos efectos y son ejecutables en la misma forma que los dictados en un arbitraje nacional. Sin embargo, tratándose de laudos provisionales extranjeros, la cuestión se complica puesto que el artículo 42 de la Ley de Arbitraje no abarca a la ejecución de laudos extranjeros sino solamente a aquellos que son dictados en arbitrajes internacionales.

Consecuentemente, para la ejecución de laudos provisionales extranjeros que dispongan medidas cautelares en el Ecuador se hace necesario obtener el exequátur al que se refiere el 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 contravenga al Derecho Público o a las leyes ecuatorianas.

Adicionalmente, en el Ecuador la ejecución de medidas cautelares dispuestas por tribunales extranjeros podría obstaculizarse por lo dispuesto en el artículo 15 del Código Civil que establece que *“los bienes situados en el Ecuador están sujetos a las leyes ecuatorianas, aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación”*. Esta norma puede ser entendida como excluyente de la posibilidad de que

---

<sup>7</sup> El régimen de ejecución de los laudos definitivos previsto por el artículo 32 de la Ley de Arbitraje, es el que, por analogía, debe aplicarse para la ejecución de las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, puesto que éstas se disponen en laudos provisionales.

<sup>8</sup> La doctrina llama “extranjero” al arbitraje, cuyo laudo “se profiera por un tribunal cuya sede se encuentra fuera del territorio nacional. El criterio diferenciador es que en el laudo extranjero sólo atiende al lugar del arbitraje, que debe haber sido fuera del territorio nacional; en cambio, en el arbitraje internacional hay otros factores de conexión unidos al pacto expreso de las partes”: **MONROY CABRA, Marco Gerardo**: “Arbitraje Comercial-Nacional e Internacional”. Sgda. Edición. Legis, pág. 254.

los tribunales extranjeros puedan disponer medidas cautelares que afecten bienes ubicados en el territorio nacional.

GUZMAN LATORRE, tratadista de Derecho Internacional Privado, comentando una sentencia de la Corte Suprema de Chile que se pronunció en el sentido de que el art. 16 del Código Civil de Chile (similar al artículo 15 del Código Civil ecuatoriano) impide que se cumpla una orden de un tribunal extranjero para la ejecución de bienes del deudor ubicados en territorio chileno, dice:

*“Si es un principio de derecho que toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros (art. 2465 del Código Civil), constituyendo sobre ellos un derecho de prenda general a favor de sus acreedores, y si la ley chilena no establece restricción alguna tratándose de las obligaciones contraídas en país extranjero –al contrario, reconoce expresamente la eficacia de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados en país extraño sobre bienes situados en Chile (art. 16, inciso 2do. del Código Civil)-, es necesario concluir que el precepto comentado no puede ser obstáculo para otorgar el exequátur a una sentencia extranjera que se refiera a bienes situados en Chile”<sup>9</sup>.*

Manifestando nuestro acuerdo con la cita anterior, en el Ecuador se entiende el artículo 15 de nuestro Código Civil como la aplicación del principio *lex loci rei sitae*, esto es, que los bienes situados en el Ecuador se rigen por la ley ecuatoriana, pero ello no debe constituir un obstáculo para ejecutar medidas cautelares dictadas por tribunales judiciales o arbitrales extranjeros o internacionales respecto de dichos bienes, tanto más cuanto que el Ecuador ha suscrito la “Convención de Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras” del año 1958, así como la “Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional” del año 1975, ambas ratificadas por el Ecuador, en cuya virtud, el país se obliga a dar reconocimiento y ejecución a las sentencias o laudos arbitrales expedidos por tribunales arbitrales extranjeros siempre que cumplan con los requisitos que las referidas Convenciones señalan y con las exigencias de la ley ecuatoriana.

---

<sup>9</sup> GUZMAN LATORRE, Diego: “Tratado de Derecho Internacional Privado”. Edit. Jurídica de Chile, 1997, pág. 511.

### CAPÍTULO III

## LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES COMO FUNDAMENTO PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA DE LOS ARBITROS EN MATERIA CAUTELAR

### I. Doctrinas sobre la naturaleza del poder de los árbitros para adoptar medidas de cautela

¿Hasta qué punto están legitimadas las partes para decidir –con fundamento en su autonomía de la voluntad- la competencia o incompetencia de los árbitros en materia cautelar?

Para saberlo, debemos remitirnos a las distintas teorías que existen sobre la naturaleza del poder de los árbitros para adoptar medidas de cautela y dependiendo de la condición jurídica que cada teoría atribuya a dicho poder de los árbitros, la respuesta será distinta en uno u otro sentido.

Básicamente, existen tres teorías sobre el poder de los árbitros para disponer medidas cautelares, que son: (A) La de los poderes implícitos; (B) La teoría intermedia; y, (C) La de los poderes inherentes. La adopción de una u otra teoría significará la admisión o el rechazo de la posibilidad de que las partes puedan decidir sobre este tema.

#### A. La teoría de los poderes implícitos

Esta teoría es defendida, sobre todo, por la doctrina alemana y tiene su origen en el fundamento contractual del arbitraje, afirmando que se presume la competencia del tribunal arbitral en materia cautelar puesto que ella deriva de la propia cláusula arbitral, salvo que las partes dispongan lo contrario<sup>10</sup>.

De acuerdo con esta teoría, el poder del tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares debe considerarse implícito en el convenio de arbitraje, salvo pacto en contrario de las partes. En consecuencia, si las partes atribuyen tal competencia de forma expresa en la cláusula arbitral, los árbitros se encuentran perfectamente legitimados para disponer la tutela.

A *contrario sensu*, si las partes la negaran de manera expresa, los árbitros carecerían de competencia para adoptar medidas cautelares, puesto que el punto de partida es, precisamente, el carácter contractual del arbitraje. Por lo tanto, según los térmi-

---

<sup>10</sup> BESSON, S.: “Arbitraje Internacional i medidas provisionales. Estudio de Derecho comparado”. Zurich, Études suisses de droit international, 1999, pág. 82.

nos del convenio de arbitraje, si existe una manifestación expresa de las partes, los árbitros estarán a lo que en ellas se disponga.

En la práctica, las partes no acostumbran hacer una mención expresa sobre esta cuestión en los convenios de arbitraje, limitándose a incluir una cláusula estándar en el contrato principal, sin mayores especificaciones. Otras veces, aunque no se pronuncian expresamente, lo hacen de manera indirecta eligiendo un determinado Reglamento o ley estatal de arbitraje que atribuye poder a los árbitros en materia cautelar, entendiéndose que se les atribuye este poder de manera implícita. El ejemplo típico se encuentra en la Ley Modelo UNCITRAL que concede poderes implícitos a los árbitros en materia de medidas cautelares. Por ende, todos los países que han adoptado esta Ley Modelo se entiende que han acogido esta solución.

En el primer supuesto, las partes acuerdan de forma explícita atribuir el poder a un determinado órgano arbitral pero con carácter general, esto es, sin entrar en mayores detalles. En el segundo caso, se limitan a designar unas reglas de arbitrajes – nacionales o institucionales- a través de las cuales regulan la cuestión designando el tribunal competente para tal efecto.

En cualquiera de los dos casos, a falta de manifestación expresa de las partes, se estará subsidiariamente a lo que disponga la ley designada por ellas que, por lo general, se conoce como *lex arbitri*, valga decir, que la competencia se atribuirá al órgano que determine dicha ley. Cuando esta ley considera competente al árbitro se interpreta entonces que las partes han atribuido tal competencia de forma implícita.

El problema surge cuando la *lex arbitri* elegida por las partes no dice nada sobre el asunto. Esto, afortunadamente, no es muy común. Son muy escasos los textos legales que no se pronuncian sobre el órgano competente en materia cautelar, pero algunos existen. Como ejemplos de estos últimos, podemos mencionar el Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, el Protocolo de Ginebra sobre cláusulas de Arbitraje de 1923 y el Convenio Europeo de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961<sup>11</sup>.

Para los defensores de esta teoría, la competencia de los árbitros se mantiene, aun cuando ni de la voluntad de las partes ni del texto de la ley que regula el procedimiento arbitral, se deduzca claramente una respuesta positiva al respecto, precisamente por la competencia implícita de que gozan los árbitros.

---

<sup>11</sup> LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa: “La intervención Judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional”. Universitat de Valencia, 2003, pág. 164.

## B. La teoría intermedia

Según esta teoría, la competencia de los árbitros para resolver la controversia derivada de la cláusula de arbitraje, no incluye el poder para ordenar medidas cautelares genuinas, es decir, medidas cautelares en sentido estricto. La función de estas medidas no está vinculada con la resolución del conflicto, sino que se ordenan, ya sea para estabilizar las relaciones entre las partes, como por ejemplo, dictando una orden de paralización o de continuación de unas obras, impedir la competencia desleal, etc., o ya sea para asegurar la ejecución del laudo arbitral, como por ejemplo, emitiendo una orden dirigida al demandado para que presente una garantía bancaria a favor del demandante o un embargo de los bienes del demandado, etc. Este tipo de medidas, de ninguna forma, suponen una anticipación de la resolución del conflicto.

Por la razón expuesta, el tribunal arbitral requiere de una fuente adicional de poder, a fin de tener la capacidad de ordenar medidas de cautela. Esta fuente de poder puede provenir ya de la ley o ya de un acuerdo expreso de las partes a tal efecto. Por lo tanto, a menos que la ley de forma expresa los autorice o sean las propias partes quienes pacten su competencia también de manera expresa, se entiende que los árbitros carecen de poder para ordenar las medidas cautelares.

Ciertos autores como BESSON niegan la competencia de los árbitros ante el silencio de las partes o de la ley, por considerar que se requiere, necesariamente, de una manifestación expresa en el sentido que sea<sup>12</sup>. Este autor parte del origen contractual del arbitraje, en cuanto que deja en manos de las partes la determinación de la competencia o incompetencia de los árbitros. El citado autor niega la existencia de un poder implícito de los árbitros para adoptar medidas cautelares o lo que es lo mismo, rechaza la presunción de competencia. Por ello, no cabe deducir la competencia del tribunal de arbitraje cuando la cláusula arbitral nada dice sobre el tema. La cláusula arbitral será, la que en definitiva, decida sobre el asunto.

Esta teoría, en consecuencia, establece que la competencia de los árbitros en materia cautelar depende, exclusivamente, de la voluntad de las partes y si éstas no atribuyen de forma expresa, dicha competencia a los árbitros, se entiende que éstos no la tienen. Por tanto, si las partes no hacen uso de su potestad para atribuir poderes en tal sentido a los árbitros, la competencia para dictar medidas cautelares recaerá, subsidiariamente, en manos de los jueces.

La teoría de los poderes implícitos y la teoría intermedia tienen algún punto en común. Ambas coinciden en que si hay una voluntad manifiesta de las partes, hay que estar a lo que ellas hayan dispuesto. La divergencia aparece cuando hay una

<sup>12</sup> BESSON, S.: "Arbitraje Internacional" ..., obra cit., pág. 145.

laguna, ya sea porque las partes hayan guardado silencio o ya porque la ley elegida –*Lex Arbitri*– tampoco se pronuncie al respecto. En estos casos, mientras la teoría de los poderes implícitos los interpreta positivamente estimando competentes a los árbitros, en la intermedia se interpreta de manera negativa, considerándolos incompetentes. En la primera tesis, hay una presunción de competencia de los árbitros mientras que en la segunda no<sup>13</sup>.

La tendencia en el derecho arbitral es la de considerar a la teoría de los poderes implícitos como la que resulta más acorde con la voluntad de las partes y por lo tanto, más adecuada a la naturaleza propia del arbitraje. Así, si las partes nada dicen sobre la competencia de los árbitros en materia cautelar debe entenderse que son competentes para ello. Esto tiene su explicación: sería absurdo interpretar que las partes han escogido a los árbitros para decidir sobre el fondo de la controversia y sin embargo, limitan su competencia negándoles poderes en materia cautelar. Esta tesis abanderada la corriente seguida por la mayoría de los sistemas arbitrales – estatales o institucionales- en donde se atribuye competencia a los árbitros para dictar medidas cautelares, salvo que las partes dispongan lo contrario.

### C. La teoría de los poderes inherentes

Esta tesis es de origen anglo-americano y es defendida por autores como HOELLERING, DONOVAN y en España por RAMOS MÉNDEZ<sup>14</sup>. De acuerdo con esta teoría, el poder de los árbitros para dictar medidas cautelares que emerge del convenio arbitral, es considerado como una cuestión accesoria natural a la competencia para resolver el fondo del asunto; en otras palabras, la competencia del árbitro abarca todas aquellas cuestiones que son necesarias para resolver la controversia.

Según esta teoría, el principio general en virtud del cual los tribunales de justicia ordinarios gozan de poder para ordenar medidas cautelares respecto de un litigio, se aplica con la misma intensidad para el caso de los tribunales de arbitraje.

Este poder inherente de los árbitros para disponer medidas de protección se aplica solamente respecto de las partes en el arbitraje y no respecto de terceros extraños al convenio arbitral, lo cual es perfectamente lógico considerando que el acuerdo

<sup>13</sup> **LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa:** “La intervención judicial...”, ob. Cit., pág. 167.

<sup>14</sup> **HOELLERING, M.F.:** “Interim Measures and Arbitration: The Situation in the United States”, Arb. Jour., 1992, vol 46, pág. 22; **DONOVAN, F.D.:** “Powers of the Arbitrators to issue Procedural Orders, including Interim Measures of Protection, and the Obligation of Parties to Abide by Such Orders”, Bull. C.C.I., Vol. 10, No. 1, 1999, pág. 65; **RAMOS MÉNDEZ, F.:** “Arbitrage International et Mesurs conservatoires”, Rev. Arb., 1985, pág. 56.

de arbitraje es la fuente de poder de los árbitros por lo que, obviamente, no va a vincular a terceros que no lo hayan suscrito.

Esta competencia inherente emana directamente de la cláusula arbitral, pero no de la voluntad de las partes, pues la teoría considera dicha competencia como un poder intrínseco de la función de arbitrar. Así, los árbitros se encuentran legitimados y tienen competencia para adoptar medidas cautelares, independientemente de la voluntad de las partes, pues se entiende que éstas han consentido en atribuirles esta competencia cuando suscriben el convenio de arbitraje, es decir, que por el simple hecho de suscribir el acuerdo de arbitraje y otorgarles competencia a los árbitros para decidir el fondo del asunto, éstos disponen de poder en materia cautelar, pero sin que esto signifique que las partes se lo hayan concedido de manera indirecta.

Como dice DONOVAN, desde el momento en que las partes pactan la cláusula arbitral y encomiendan a los árbitros la resolución de un determinado litigio, se interpreta que este compromiso les dota de poder para llevar a cabo todas las actuaciones procesales necesarias para resolver la controversia, incluida, por tanto, la adopción de medidas cautelares<sup>15</sup>.

La teoría, sin embargo, es objeto de algunas críticas:

1. Algunos sistemas niegan expresamente la competencia de los árbitros en materia de medidas de protección. El sistema italiano es un buen ejemplo de ello<sup>16</sup>. Si realmente los árbitros tuvieran un poder inherente a sus funciones, no habría sistema legal alguno que pudiera impedirles el ejercicio de esa facultad. En cambio, no hay ningún sistema jurídico estatal que impida a los jueces comunes ejercer su autoridad, puesto que, sin lugar a dudas, disponen, ellos sí, de un poder inherente.

2. La teoría, aunque se fundamenta en apariencia en el acuerdo de arbitraje, en el fondo resulta ser incompatible con él, toda vez que niega a las partes cualquier posibilidad de decisión sobre el asunto. Si bien es cierto que son las partes, quienes en ejercicio de su autonomía de la voluntad acuerdan someter sus diferencias a través del arbitraje, sin embargo, esa voluntad es intrascendente frente al “poder inherente” de los árbitros. No solamente eso, sino que de conformidad con esta teoría, los árbitros tendrían poder para ordenar medidas cautelares aun cuando las partes hubieran expresado su voluntad en contrario. La paradoja de esta teoría se evidencia cuando manifiesta que estamos frente a una institución que tiene su ori-

---

<sup>15</sup> DONOVAN, F.D.: “Powers of the...” art. cit., pág. 60.

<sup>16</sup> El art. 818 del **Codice de Procedure Civile italiano** prohíbe a los árbitros que adopten cualquier tipo de medida cautelar en un procedimiento arbitral. La norma es de carácter imperativo por lo que las partes no pueden disponer en forma contraria.

gen en la voluntad autónoma de las partes y, sin embargo, éstas carecen de la facultad para disponer.

La tesis de los poderes inherentes también se basa en la relación indisoluble entre el poder para dictar medidas cautelares y el poder para resolver el fondo del asunto, cuando en realidad, estas dos cuestiones son totalmente separables. En efecto, el procedimiento cautelar tiene su propio objeto y éste es distinto del procedimiento para poder conocer el fondo del asunto, tanto, que pueden ser resueltos por órganos diferentes.

## **II. En el Ecuador, las medidas cautelares pueden ordenarse por un órgano jurisdiccional distinto del que conoce el asunto en lo principal**

Como ya sabemos, las medidas cautelares no pueden darse de manera independiente a un proceso principal, sino que se vinculan necesariamente a éste, por ser medidas instrumentales del mismo y, con todo, nada impide que sean acordadas por un órgano distinto del que está conociendo el asunto principal.

Esto es lo que precisamente ocurre en nuestro sistema procesal civil, en donde el artículo 897 del CPC Codificado atribuye competencia a los jueces comunes para conocer y resolver solicitudes de diligencias preventivas, antes de que el actor presente su demanda o en cualquier estado del juicio. Esto quiere decir, que cualquiera de las partes de un acuerdo arbitral puede acudir a los jueces civiles antes de presentar su demanda arbitral sobre el fondo del asunto para solicitar la adopción de una medida cautelar que asegure el resultado del juicio principal, sin que ello signifique renuncia al acuerdo de arbitraje

En el aspecto internacional el Ecuador ha suscrito la “Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares” en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil<sup>17</sup>, Convención que en consecuencia, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, y cuyo artículo 2, establece que:

*“las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes en esta Convención darán cumplimiento a las medidas cautelares que, decretadas por jueces o tribunales de otro Estado Parte, competentes en la esfera internacional, tengan por objeto: a. El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de las perso-*

<sup>17</sup> **Convención Interamericana Sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares**, suscrita por el Gobierno del Ecuador en la ciudad de Montevideo el 8 de mayo de 1979, aprobada por la Cámara Nacional de Representantes con fecha 12 de marzo de 1982 y publicada en el R.O. No. 240 del 11 de mayo de 1982.

*nas, tales como custodia de hijos menores o alimentos provisionales; b. El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de los bienes, tales como embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda y administración e intervención de empresas”.*

La misma Convención en su artículo 10 dispone que las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes ordenarán y ejecutarán, a solicitud fundada de parte, todas las medidas conservatorias o de urgencia que tengan carácter territorial y cuya finalidad sea garantizar el resultado de un litigio pendiente o eventual, cualquiera que sea la jurisdicción internacionalmente competente de alguno de los Estados Partes para conocer el fondo del asunto.

Consecuentemente, en el Ecuador es legalmente admisible la solicitud de medidas cautelares a la autoridad judicial de un Estado, de conformidad con las normas del citado Convenio, con independencia del órgano que esté resolviendo el fondo del asunto. Igual sentido se aplica a la legislación procesal interna.

Por tanto, la tesis de los poderes inherentes constituye un absurdo en el derecho arbitral, ya que no cabe admitir que la tutela cautelar va indisolublemente unida a la resolución del fondo del asunto y que, por tanto, las medidas cautelares no pueden ser ordenadas por un órgano diferente del que está conociendo el litigio principal. Ya vemos que no es así.

Tanto más destacable resulta dicho absurdo jurídico, cuando sabemos que la mayor parte de los sistemas, incluso aquellos que atribuyen competencia a los árbitros para su adopción, admiten de forma paralela la posibilidad de que las partes acudan a los tribunales comunes para solicitarlas y, porque a la luz de los límites propios de la institución arbitral –como es la falta de *imperium* de los árbitros- se vuelve imprescindible, en ocasiones, dirigirse a la jurisdicción ordinaria para que tal tutela cautelar sea efectiva.

Frente a estos inconvenientes, debemos descartar la teoría de los poderes inherentes de los árbitros y convenir que la teoría de los poderes implícitos –según la cual la competencia del tribunal arbitral surge de la propia voluntad de las partes expresada en la cláusula de arbitraje salvo que las partes dispongan lo contrario- es la más conveniente para determinar el poder de los árbitros en materia cautelar.

En definitiva, debemos aseverar que las partes sí pueden decidir sobre la competencia o incompetencia de los árbitros en la adopción de medidas de protección con fundamento en la autonomía de su voluntad, siendo ésta la tendencia seguida en la mayor parte de los sistemas nacionales de arbitraje así como en los Regla-

mentos Internacionales que atribuyen competencia a los árbitros, salvo que las partes manifiesten su voluntad en contrario.

Se recomienda, en consecuencia, que las partes en ejercicio de dicha autonomía de su voluntad, otorguen expresamente a los árbitros en la cláusula arbitral la competencia para adoptar medidas cautelares.

Sin embargo, la autonomía de la voluntad de las partes para decidir sobre la competencia o incompetencia de los árbitros en materia cautelar tiene sus límites, como vamos a ver a continuación.

## CAPÍTULO IV

### LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN EL CONVENIO DE ARBITRAJE

Estos límites vienen impuestos por los distintos ordenamientos jurídicos que pueden afectar al procedimiento arbitral. Tales disposiciones legales son esencialmente: **1)** La *Lex Arbitri*; **2)** La *Lex Loci* o ley del lugar de celebración del arbitraje que por lo general regula el procedimiento arbitral; y, **3)** la Ley de lugar donde debe hacerse efectiva la medida cautelar.

#### 1. Límites impuestos por la *Lex Arbitri*

El poder de los árbitros para ordenar medidas cautelares puede provenir ya del acuerdo voluntario de las partes o, ya por mandato de la ley o ya de ambas maneras conjuntamente, e igualmente, así como pueden las partes atribuirle competencia especial a los árbitros en materia cautelar, también es posible que se la puedan restringir.

La situación que examinamos parte del supuesto en que las partes se han pronunciado en el acuerdo arbitral sobre la competencia o incompetencia de los árbitros, al mismo tiempo que la *Lex Arbitri* regula también la cuestión.

Este supuesto da lugar a dos hipótesis:

- a) Que las partes y la *Lex Arbitri* se pronuncien en el mismo sentido;
- b) Que el acuerdo arbitral y la regulación de la ley sean contradictorios.

La primera hipótesis no plantea ningún problema ya que las soluciones son coincidentes. De tal manera que cuando las partes atribuyan expresamente competencia a los árbitros en la cláusula de arbitraje y la *Lex Arbitri* contemple, asimismo, idéntica forma para la adopción de medidas cautelares, no hay duda de que los árbitros dispondrán de tal poder. De igual manera, en el caso de que las partes convengan expresamente en excluir el poder de los árbitros en materia cautelar y la *Lex Arbitri* no les concede tal poder, ya sea porque guarda silencio o ya sea porque expresamente rechaza la competencia de los árbitros en materia cautelar, tampoco habrá problema alguno por cuanto –es obvio– carecerán del mismo.

Ahora, en cuanto a la segunda hipótesis, se pueden dar, a su vez, dos situaciones. Primero, la doctrina se pregunta qué sucede si las partes han atribuido esta competencia a los árbitros y la ley o el reglamento que las partes han elegido los declara incompetentes. Y, en segundo lugar, si las partes han privado de este poder a los

árbitros y la ley elegida por ellas se lo atribuya, en este caso, ¿qué prevalece, la voluntad de las partes o lo previsto en la norma legal o reglamentaria?

Para responder adecuadamente es necesario recordar que en la materia cautelar dentro del arbitraje existen –como en cualquier otra materia- normas imperativas o dispositivas.

De manera que la posibilidad para las partes de poder decidir sobre la competencia de los árbitros, dependerá del tipo de norma frente a la cual nos encontremos. Así, si la *Lex Arbitri* ha previsto el asunto en una norma imperativa, la autonomía de la voluntad de las partes no puede modificar lo dispuesto en dicha disposición. Por tanto, si una norma imperativa, por ejemplo, excluye el poder de los árbitros en materia de medidas cautelares, la voluntad de las partes carece de fuerza para cambiar esa disposición. Al contrario, si la prohibición está contenida en una norma dispositiva, en este caso, prevalecerá la voluntad de las partes sobre lo dispuesto en la norma aplicable.

Así lo prevé, por ejemplo, el artículo 1.2 del Reglamento UNCITRAL, al disponer que: *“Este Reglamento regirá el arbitraje, excepto cuando una de sus normas esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición”*.

Esto quiere decir que, cuando la norma que regula el procedimiento arbitral atribuya, a través de una disposición imperativa, una competencia exclusiva a los jueces comunes para ordenar medidas cautelares, los árbitros carecerán de tal poder, aun cuando las partes así lo hayan pactado en el acuerdo arbitral.

Por lo que se refiere al Ecuador, si las partes han elegido a nuestro país como lugar de celebración del arbitraje –toda vez que aquí rige el principio de la territorialidad de las leyes en materia procesal- las partes no podrán excluir el poder de los jueces ordinarios del Ecuador en materia cautelar por cuanto se trata de normas procesales imperativas, de derecho público. En cambio, las partes sí podrán pactar la exclusión del poder de los árbitros para dictar medidas de protección por encontrarnos –en el tema en cuestión- frente a una norma dispositiva en la Ley de Arbitraje.

En definitiva, a pesar de encontrarnos ante una institución que se basa fundamentalmente en la autonomía de la voluntad de las partes, ésta no es ilimitada, sino que está sujeta a ciertas restricciones impuestas por la *Lex Arbitri*.

## 2. Límites impuestos por la *Lex loci arbitri*.

Es perfectamente factible la hipótesis en donde el acuerdo de las partes y la norma prevista en la *Lex Arbitri* son compatibles, es decir, cuando en ambos casos se otorga de forma expresa competencia a los árbitros. Pero puede ocurrir que la ley del lugar de celebración del arbitraje, denominada *lex loci celebrationis*, prohíba esta posibilidad. Entonces, toca determinar hasta qué punto el arbitraje se ve limitado por ella.

Existen dos teorías sobre la influencia que ejerce en el arbitraje la ley del lugar de su celebración. Estas son:

- La teoría de la deslocalización del arbitraje; y,
- La teoría de la sede del arbitraje.

a. Según la primera teoría, el arbitraje aparece totalmente desvinculado de la *Lex loci celebrationis*, ya que se trata de un lugar elegido únicamente, para asegurar la neutralidad del proceso arbitral, sin que pueda interpretarse como una voluntad implícita de las partes someterse a ella.

b. De conformidad con la segunda teoría, existe una necesaria vinculación entre ambos, tanto que el arbitraje estará limitado por las disposiciones previstas en la ley del lugar de su celebración. Así, por ejemplo, según el literal d) del artículo V de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales, Nueva York, 10 de junio de 1958, se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral, si la parte contra la cual es invocada, prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución “*que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han 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 han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje*”.

En iguales términos se refiere el literal d) del artículo 5to. de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 1975, cuando se refiere a la posibilidad de denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral en el Estado en donde se pide tales reconocimiento y ejecución.

Según la teoría que adoptemos, la respuesta a la hipótesis planteada será diferente, esto es, según que estimemos que el procedimiento de arbitraje está o no vinculado a la *lex loci celebrationis*.

La mayoría de las legislaciones arbitrales ha adoptado la teoría de la sede del arbitraje. Se estima de esta manera, que a menos que se disponga otra cosa, la ley que regula el procedimiento de arbitraje es la sede del arbitraje.

En lo que tiene que ver con el arbitraje institucional, las partes –en el arbitraje internacional- suelen elegir los diferentes centros de arbitraje, tales como la C.C.I., o la C.I.A.C., por tratarse de organismos privados que no dependen de ningún Estado, por lo que, en teoría, no tendrían porqué verse afectados por la ley del lugar de su celebración.

En cuanto al arbitraje ad-hoc o independiente, ocurre prácticamente lo mismo. Las partes acostumbran elegir un determinado lugar como sede del arbitraje por su neutralidad, no por su normativa, aunque, a veces, la ley que existe en un determinado país puede ser motivo suficiente para que se lo evite como sede del arbitraje. Así, por ejemplo, se evita litigar en lugares donde se exigen demasiados requisitos para la homologación de los laudos arbitrales.

Resulta absolutamente procedente que el arbitraje sea controlado por la ley del lugar donde se lleva a cabo el procedimiento y quedar, en este sentido, sometido a las normas imperativas de la sede del arbitraje o de orden público del foro. En consecuencia, cuando un tribunal ordinario sea requerido para cooperar en un proceso de arbitraje, su respuesta dependerá no sólo de su *lex fori* sino también de la ley aplicable al procedimiento arbitral.

Es tan importante el respeto a las normas imperativas del foro que su incumplimiento puede llevar consigo la ineficacia del laudo arbitral o la denegación de su reconocimiento y ejecución, por virtud de lo dispuesto en el artículo V.1.d) –que ya vimos- del Convenio de Nueva York, esto es, por la falta de adecuación del procedimiento a las normas imperativas del lugar de celebración del arbitraje.

Lo anterior significa que los árbitros siempre respetarán las normas imperativas, a fin de obtener un laudo arbitral que sea ejecutable, así como justo para las partes. Así, si el Reglamento de la institución elegida por las partes está en contradicción con lo dispuesto en la ley del lugar de celebración del arbitraje en materia cautelar, debe prevalecer esta última, así sea contraria a la voluntad de las partes.

Todas estas razones permiten afirmar que la elección de un determinado lugar de celebración del arbitraje es el resultado de un análisis previo de las partes respecto del contenido de las normas de cada país antes de decidirse por uno de ellos como sede, el que será escogido porque su normativa imperativa es más permisiva que otras. Así, por ejemplo, se evitará la elección de países como Italia, Grecia o Ar-

---

gentina, como sede de arbitrajes internacionales, porque sus legislaciones prohíben expresamente la competencia de los árbitros en materia de medidas cautelares.

### **3. Lugar donde debe hacerse efectiva la medida cautelar**

Por lo general, en la práctica del arbitraje internacional, el lugar de celebración del arbitraje no suele ser el mismo donde deben adoptarse las medidas cautelares. Si las partes eligen la sede del arbitraje en consideración a su falta de vinculación con cualquiera de ellas, por lógica se entiende que los bienes sobre los que pueda recaer la medida estarán situados en un lugar diferente. Por un lado, se exige respeto a las leyes del lugar de la sede del arbitraje y por otro, la del lugar donde la medida deba adoptarse, ya que de ello depende su efectividad.

De nada serviría que un tribunal arbitral dispusiera una medida cautelar que no se puede cumplir o ejecutar en el lugar donde está situado el patrimonio sobre el que la medida recaerá, porque la ley del lugar donde los bienes están situados no permite la adopción de medidas cautelares. Por ello, lo más conveniente es que los árbitros se aseguren respecto de la eficacia o ejecutabilidad de un laudo, respetando las normas imperativas del lugar donde se prevea que va a cumplirse.

## CAPÍTULO V LA COMPETENCIA COMPARTIDA ENTRE JUECES Y ARBITROS

### I. Introducción

Históricamente, la competencia para ordenar las medidas cautelares en apoyo de un arbitraje la ha tenido de manera exclusiva el juez de la justicia común. Esto se debe a la consideración de que los árbitros no tienen facultad para ejecutar las medidas cautelares, pues carecen de *imperium* o poder coercitivo para hacerlas efectivas. Sólo los jueces gozan de esta prerrogativa, que nace de la jurisdicción que poseen, esto es del poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Frente a esta situación, surge de inmediato la inquietud: ¿es cierto que los árbitros, por falta de *imperium* no están facultados como los jueces comunes para ordenar y para ejecutar las medidas cautelares dentro del procedimiento de arbitraje?

Para conocer la respuesta debemos analizar brevemente si los árbitros gozan o no de jurisdicción, entendida ésta como la define el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil del Ecuador: “*La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada...*”

### II. Los árbitros tienen facultades jurisdiccionales

Desde el punto de vista doctrinario se entiende la jurisdicción como una expresión de la soberanía del Estado que a través de órganos especialmente instituidos (los tribunales de justicia) “*por acto de juicio, determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución*”<sup>18</sup>.

La palabra jurisdicción procede de la frase romana *a jure dicendo*, y de un modo más concreto, de las voces *juris dictio*, que significa el acto público de declarar el derecho<sup>19</sup>.

Como enseña ALSINA<sup>20</sup>, el concepto de jurisdicción o lo que es lo mismo, la potestad de administrar justicia, está constituida por diversos elementos, que son:

<sup>18</sup> Eduardo J. COUTURE: “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, pág. 27.

<sup>19</sup> Juan Isaac LOVATO: “Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano, Tomo 1, pág. 227.

- a. La *notio*, o facultad de conocer la cuestión litigiosa;
- b. La *vocatio*, o facultad de convocar a las partes a comparecer a juicio;
- c. La *coertio*, o facultad de imponer forzosamente el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso;
- d. La *iudicium*, o facultad de resolver definitivamente mediante la sentencia, el conflicto llevado a su conocimiento; y,
- e. La *executio*, o facultad de hacer cumplir las resoluciones definitivas, inclusive mediante el uso de la fuerza pública.

Otros expositores señalan más concretamente que los elementos de la jurisdicción son únicamente tres, la *notio*, la *decisio* y el *imperium*, esto es, que los jueces conocen, deciden y ejecutan lo juzgado<sup>21</sup>.

Ahora bien, para poder llevar a cabo la función de administrar justicia, existen cuatro poderes al servicio de la jurisdicción, que son: de decisión, de ejecución, de coerción y de documentación<sup>22</sup>.

El *poder de decisión* es aquel que se manifiesta a través de las resoluciones expedidas por el juez. Mediante este poder el juez resuelve con fuerza obligatoria y vinculante el conflicto declarando si existe o no una voluntad de ley aplicable al caso, a través de la sentencia.

El *poder de ejecución* es la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, esto es, de cumplir y hacer cumplir todos los actos que permitan hacer efectivas las decisiones adoptadas. Este poder de ejecución llamado también de imperio es inherente, propio de la jurisdicción.

El *poder de coerción* es la facultad que tienen los jueces para remover los obstáculos que se presentan en la sustanciación del juicio, imponiendo sanciones a quienes se opongan al cumplimiento de su función de administrar justicia.

El *poder de documentación* o de instrumentación, consiste en que todas las providencias y decisiones del juez deben constar por escrito para que estos documentos hagan fe de lo ocurrido en el proceso. Permite, conferirle categoría de instrumento público a las actuaciones en las que interviene el órgano jurisdiccional y mantener la custodia de tales actuaciones.

---

<sup>20</sup> Hugo ALSINA: "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Ediar. Buenos Aires, 1957, T. II, pág. 426, No. 6.

<sup>21</sup> Mauro MIGUEL y ROMERO y Carlos De MIGUEL ALONSO: "Derecho Procesal Práctico, T. I, pág. 50.

<sup>22</sup> Juan Isaac LOVATO: "Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano". Segunda Edición. Tomo 1, págs. 310 y siguientes.

Ahora bien, la jurisdicción está íntimamente vinculada al concepto de proceso. No puede haber jurisdicción sin proceso ni viceversa. Como enseña GUASP: “Puesto que el proceso se define como una institución jurídica destinada a la satisfacción de pretensiones, que han de verificar órganos específicos del Estado, resulta evidente que es básica en todo proceso la intervención de un cierto órgano estatal. Dicha intervención se conoce (...) con el nombre de jurisdicción (...). Ambos conceptos son, pues correlativos y cualquiera de ellos implica necesariamente el otro”<sup>23</sup>.

Siendo indiscutible la correlación entre proceso y jurisdicción, se hace menester anotar que la jurisdicción, esto es, la potestad de administrar justicia, se ejerce durante el desarrollo del proceso en tres momentos diferentes:

- a. En el **momento cognoscitivo**, es decir, cuando el órgano jurisdiccional conoce de los hechos y de las pretensiones que presentan las partes en el proceso. Este momento comprende toda la sustanciación del proceso desde que se inicia con la demanda hasta cuando se encuentra en el estado de ser resuelto;
- b. En el **momento resolutivo**, cuando el órgano jurisdiccional produce la declaración de certeza (favorable o desfavorable) respecto del derecho invocado y que constituye la solución jurídica que el juez da al caso sometido a su decisión; y,
- c. En el **momento ejecutivo**, cuando el órgano jurisdiccional cumple y hace cumplir, inclusive por la fuerza, las obligaciones impuestas por sus decisiones o mandatos, cuando el obligado se niega a satisfacerlas voluntariamente.

Este último momento procesal nos permite afirmar que no toda decisión jurisdiccional es ejecutable, sino en la medida en que el obligado cumpla o no voluntariamente el mandato contenido en la decisión judicial, lo cual de ninguna manera significa que esta fase del proceso no forme parte de la función jurisdiccional, sino que el momento ejecutivo siempre será eventual.

Traslademos ahora los conceptos antes expuestos sobre la jurisdicción en el proceso ordinario al campo del proceso arbitral, y examinemos, si los árbitros al igual que los jueces estatales ejercen o no jurisdicción.

Sin entrar en el análisis doctrinario de la naturaleza jurídica del arbitraje, soy un convencido de que más allá de cualquiera de las tesis académicas en que se ubique al sistema arbitral, los árbitros al igual que los jueces ordinarios administran justicia, es decir, ambos en el ejercicio de sus funciones —aplicando el sentido etimológico

---

<sup>23</sup> Jaime GUASP: “Derecho Procesal Civil”, pág. 109.

gico de la palabra jurisdicción- *“dicen o declaran el derecho”*, determinando a través de una sentencia o de un laudo, en su caso, la composición de un litigio<sup>24</sup>.

Debemos recordar que si bien el sometimiento al proceso arbitral tiene su origen en la voluntad o acuerdo de las partes, las facultades de los árbitros para decidir el fondo del asunto no emergen del pacto arbitral sino de la ley<sup>25</sup>. Por eso, aunque es verdad, conforme opina una gran parte de la doctrina, que los árbitros carecen de *coertio* y de *executio* –facultades de imperio que son propias del Estado e indelegables, carencia que les impide a los árbitros hacer cumplir lo que deciden- de todas maneras ejercen jurisdicción al declarar el derecho en un caso concreto precisando el mandato general y abstracto que la norma jurídica encierra, exactamente como lo hacen los jueces ordinarios<sup>26</sup>.

*“Esa declaración de certeza –como dice JORGE H. ZINNY- tanto en el proceso arbitral cuanto en el jurisdiccional, se obtiene actuando el derecho objetivo, aun en el supuesto en que los árbitros resuelvan ex aequo et bono, esto es, subsumiendo el caso en la norma jurídica, lo que implica interpretarla y aplicarla. Esto significa que en uno y otro hay un momento cognoscitivo y un momento resolutorio o decisorio”*<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> “Etimológicamente, -decia- jurisdicción (de juris dictio) significa “decir el derecho”. Su primera y esencial función es lo que Calamandrei ha denominado la “declaración de certeza”. Se trata de declarar cuál es el derecho ante el conflicto, o sea, quién tiene razón. Es lo que se realiza a través del llamado “proceso de conocimiento”, que es el medio por el cual la jurisdicción “dice el derecho”. **Enrique VESCOVI**: “Teoría General del Proceso”. Editorial TEMIS, año 1984, p. 120.

<sup>25</sup> “Desde que, en suma, los poderes decisorios de los árbitros emanan de la ley, poco importa que éstos no actúen en función de soberanía ni que sus servicios sean remunerados por las partes en tanto la solución contraria no configura un elemento característico de la actividad jurisdiccional”, así se expresa **Lino Enrique PALACIO**: “Derecho Procesal Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, T. IX, p. 30.

<sup>26</sup> “Lo que (hace la ley) es autorizar la sustitución del juez profesional que en otro caso sería competente, por jueces no profesionales, designados por las mismas. Pero los árbitros no hacen en el caso que se les somete cosa distinta de lo que haría el juez profesional que hubiese intervenido de no existir el compromiso de someter la cuestión al juicio arbitral. Los árbitros constituyen un órgano jurisdiccional accidental, integrado por los jueces no profesionales, encargados de administrar justicia en un caso concreto”: **José CASTILLO LARRAÑAGA y Rafael De PINA**: “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A., México, año 1950, p. 54.

<sup>27</sup> **Jorge Horacio ZINNY**: “Medidas cautelares en el arbitraje”. Artículo publicado en “Revista de Derecho Procesal”, Tomo 1, “Medidas Cautelares”. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 255.

En el Ecuador, si bien se acepta de manera general que los árbitros carecen de *imperium*, esa conclusión no es absoluta, desde que la actuación arbitral tiene reconocimiento constitucional<sup>28</sup> y legal<sup>29</sup>, y porque al acudir las partes al arbitraje, la ley autoriza que en el convenio arbitral ellas puedan prever la ejecución de medidas cautelares, sin que tenga el árbitro que recurrir a juez ordinario alguno, siempre y cuando “*así lo estipularen en el convenio*”<sup>30</sup>. ¿Qué otra mejor evidencia de la capacidad de imperio de los árbitros, al menos en nuestro país?

Pero toda disquisición doctrinaria sobre el tema de la jurisdiccionalidad de los árbitros, hoy día ha desaparecido en nuestro país –ya no tiene razón de ser-, pues la ley ha puesto punto final a toda dubitación sobre el tema. En efecto, el artículo 5 del CPC Codificado expresamente señala:

*“La jurisdicción se ejerce por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial. También la ejercen, de acuerdo con la Constitución Política de la República y sus leyes propias: los jueces de paz, los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje y las autoridades de los pueblos indígenas”.*

En definitiva, el arbitraje es una institución jurisdiccional que, al amparo de su reconocida constitucionalidad, goza de iguales posibilidades tuteladoras que la jurisdicción estatal, toda vez que los ciudadanos pueden elegir libremente por someterse a una o a otra jurisdicción para obtener la justa satisfacción de sus pretensiones, por lo que –dentro de esa óptica- los órganos arbitrales –al igual que los órganos jurisdiccionales del Estado- pueden adoptar y en algunos casos ejecutar ellos mismos sin la asistencia judicial- medidas cautelares respecto de un proceso sometido a su conocimiento con el fin de garantizar sus resultados.

Como dice ZINNY –con cuya opinión coincido: “*El arbitraje es un método de heterocomposición para la solución pacífica de los conflictos intersubjetivos de intereses respecto de los cuales las partes tienen la libre disponibilidad, prevista – y en algunos casos, impuesta- por la ley, por lo que la facultad de los árbitros para decidir emerge de la norma y no de la voluntad de las partes. Ellos actúan en el carácter de terceros imparciales y, por lo tanto, no están sujetos a instrucciones de las partes en orden al contenido del laudo. Además, el pronunciamiento de los árbitros se dicta actuando el derecho, esto es, aplicando la ley al caso concreto, con lo que tiene el carácter de “definitivo”, en el sentido de que “define” el dere-*

<sup>28</sup> “... Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley”: artículo 191, segundo inciso, de la Constitución Política de la República.

<sup>29</sup> Ley de Arbitraje y Mediación, en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial No. 145, del 4 de septiembre de 1997.

<sup>30</sup> Artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador.

*cho de las partes, y también en el sentido de que soluciona el conflicto que le dio origen, concluyendo para siempre el debate. Por ello, el laudo no es un mero dictamen sino una decisión cuyo cumplimiento resulta obligatorio para las partes. Teniendo en cuenta las características apuntadas, puede concluirse válidamente en que los árbitros ejercen jurisdicción”.*

Sosteniendo y apoyando la tesis de que son equivalentes el proceso arbitral y el proceso judicial –pues en ambos se invocan los mismos principios de bilateralidad, audiencia, contradicción e igualdad entre las partes- resulta por demás lógico que ambos procesos orientados bajo el mismo propósito de dictar una justicia eficaz, puedan utilizar -para conseguir dicha finalidad- de las mismas medidas de aseguramiento y puedan los árbitros valerse de los jueces estatales para que las medidas por ellos dictadas sean cumplidas en beneficio de una tutela judicial efectiva.

Porque en efecto, la ausencia de *imperium* en las facultades de los árbitros los obliga en la mayoría de las ocasiones a acudir a la justicia ordinaria para que se cumplan sus mandatos. Este hecho innegable sólo revela la necesidad de que exista y se mantenga una íntima vinculación y cooperación entre los jueces de la justicia ordinaria y los árbitros de la justicia privada para que el complejo tema de las medidas cautelares, se haga efectivo en la práctica con la consecuente seguridad jurídica que ello importa, medidas cautelares que son todavía más importantes en el ámbito de las transacciones internacionales toda vez que en este campo es donde más se reclaman resoluciones rápidas y económicas a las diferencias o conflictos que de tales transacciones pudiesen surgir.

### III. La potestad jurisdiccional de los árbitros es de naturaleza pública

Otra inquietud relacionada con las facultades jurisdiccionales de los árbitros, es la de conocer si éstos en el ejercicio de sus funciones tienen o no la condición de jueces y si dicha función es, en nuestro país, de naturaleza pública o privada.

Para responder la cuestión, es menester acudir nuevamente al texto de nuestra Ley. El inciso final del artículo 3 del Código de Procedimiento Civil define la jurisdicción convencional como aquella que “*nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la ley*”; y el artículo 17 de la misma Ley procesal determina que “*ejercen jurisdicción convencional los jueces árbitros*”, sin olvidar que la carta de nacimiento que legitima el arbitraje como método alternativo de solución de conflictos se encuentra en el artículo 191 de la Constitución Política<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> **Constitución Política del Ecuador:** art. 191, inciso tercero: “Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la Ley”.

Al amparo de las citadas disposiciones, no cabe ninguna duda que los árbitros – como ya vimos anteriormente- tienen facultades jurisdiccionales derivadas de la voluntad de las partes que les permite administrar justicia en casos concretos; y de las mismas normas invocadas podemos entender que esta función de administrar justicia de los jueces árbitros es de naturaleza pública porque ella surge del propio mandato de la ley. Consecuentemente, las funciones jurisdiccionales que las partes les otorgan a los árbitros, forman parte del poder público. Así opina la doctrina, en cuyo apoyo citamos al profesor PATRICIO AYLWIN, quien dice:

*“El arbitraje como institución jurídica independiente con fisonomía propia debe su vida a la creación de la ley. La ley lo establece como un medio extraordinario de administración de justicia, la ley involucra en él una especie de jurisdicción: un poder para ciertas personas de ejercer oficio de tribunales, de juzgar litigios. Las funciones que en el arbitraje se cumplen por el árbitro constituyen el desempeño de una autoridad y tienen, por consiguiente, carácter público”<sup>32</sup>.*

Por ello, es dable afirmar que existe una paridad innegable entre los jueces de la justicia ordinaria y los jueces árbitros, a tal punto que, salvo determinadas excepciones, todos los asuntos que en principio pueden ser sometidos a la competencia de los jueces comunes pueden ser sometidos por voluntad de las partes al conocimiento y decisión de los jueces árbitros.

Nuestra misma Ley de Arbitraje ha hecho del sistema una institución con características jurisdiccionales, puesto que sus laudos tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia –como dice el inciso final del artículo 32 de la LAM-, lo que significa que los laudos son obligatorios y vinculantes para las partes comprometidas y deben ser obedecidos como si hubiesen sido emitidos por los jueces ordinarios.

En conclusión, en nuestro derecho, el arbitraje significa el ejercicio de una jurisdicción análoga a la de los tribunales ordinarios y los árbitros son verdaderos jueces revestidos de autoridad pública que les emana de la ley, más que de la voluntad de las partes.

#### **IV. La tendencia actual considera a los jueces ordinarios como instrumentos de apoyo al arbitraje en la adopción de medidas de cautela**

En la actualidad existe una tendencia generalizada en todas las legislaciones arbitrales a atribuir competencia a los árbitros no solo para ordenar sino también para

<sup>32</sup> AYLWIN, Patricio: “El Juicio Arbitral”. Edit. Jurídica de Chile, p. 53.

ejecutar medidas cautelares, atribución esta última que en verdad no es exclusiva de ellos –en virtud de su innegable falta de *imperium*- sino que por lo general, consiste en una competencia compartida entre jueces y árbitros. En definitiva, hoy en día, ha cambiado el rol del juez, que ha pasado de tener un poder exclusivo en cuanto a la adopción de medidas cautelares a realizar –en el tema- una labor de apoyo o complemento al arbitraje.

La Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador atribuye competencia expresa al árbitro en materia cautelar, pero mantiene a la par la competencia de los jueces comunes.

En la práctica existe sin embargo, un problema de gran importancia jurídica. Se trata de encontrar un equilibrio entre la competencia exclusiva del árbitro para conocer del fondo del asunto por haberlo así acordado las partes en el convenio arbitral y, por otro lado, la necesidad de dotar al arbitraje de una eficacia total, considerando la falta de *imperium* de los árbitros.

Se sugiere para ello la intervención “limitada” del juez común para la adopción de las medidas cautelares, entendiendo la limitación del juez en el sentido de que se produzca su intervención solo cuando sea realmente imprescindible. Algunos sistemas arbitrales ya lo aplican<sup>33</sup>.

Esta idea tiene un sentido lógico si partimos de la premisa de que siendo el árbitro y no el juez quien está conociendo el fondo del asunto, es el árbitro quien debe contar con todas las atribuciones que le permitan resolver con eficacia la controversia sometida a su decisión, de tal manera que sólo se acudiría a la vía judicial cuando sea imposible que el Tribunal de Arbitraje pueda solventar la petición de cautela, como por ejemplo, cuando el tribunal no se encuentra todavía constituido. Obviamente, si se requiere una medida cautelar en esta fase del procedimiento, tan sólo los jueces van a poder dictarlas, toda vez que no existe un tribunal de arbitraje al que se pueda dirigir la solicitud, ya que el tribunal se constituye *a posteriori*. Por tanto, la posible competencia de los árbitros para dictar medidas de cautela hay que plantearse a partir del momento en que éstos entran a conocer el fondo del asunto, esto es, a partir del momento en que el Tribunal esté totalmente constituido.

---

<sup>33</sup> El sistema alemán admite la intervención del juez únicamente en aquellos casos en los que la ley lo disponga de manera expresa: el art. 1026 de la Ley alemana de Arbitraje de 1 de enero de 1998, establece el alcance de la intervención judicial al declarar que, “en las materias reguladas por los artículos 1025 a 1061, ningún juez intervendrá, salvo que así se disponga expresamente”.

Solo en esta etapa del proceso arbitral, es cuando se debe determinar si la competencia del árbitro es exclusiva, alternativa o concurrente a la del juez, todo ello, sin desechar mecanismos complementarios como los implementados por algunos organismos internacionales como la American Arbitration Association o la Cámara de Comercio de París, que permiten solicitar las medidas cautelares aun cuando el Tribunal de Arbitraje no esté todavía constituido<sup>34</sup>.

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

## **V. La compatibilidad del arbitraje con la solicitud de medidas cautelares ante la justicia ordinaria**

Hemos afirmado que existe un cambio radical, tanto a nivel de la doctrina como de las legislaciones arbitrales, estatales e institucionales, que estima que tanto los árbitros como los jueces gozan de forma concurrente de la potestad para adoptar medidas cautelares en apoyo del proceso arbitral, y el hecho de que las partes acudan al sistema judicial común para solicitar la protección cautelar no significa, en modo alguno, renuncia al arbitraje. Esto es, se admite plena compatibilidad entre el arbitraje y la solicitud de medidas cautelares ante los jueces.

La renuncia al arbitraje puede ser expresa o tácita. Cuando se trata de renuncia expresa no cabe que ésta sea unilateral, sino que se requiere una manifestación común de ambas partes.

Así lo establece el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, cuando señala: *“Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente”*.

Se entiende como tácita la renuncia, cuando existiendo un convenio de arbitraje, una cualquiera de las partes presenta una demanda ante un órgano judicial y el demandado, no opondrá, al contestar la demanda, la existencia del convenio arbitral (art. 8 de la LAM). Pero acudir ante un juez común a solicitar *ante causam* la

<sup>34</sup> Estos mecanismos alternativos consisten en el nombramiento de árbitros de emergencia para intervenir cuando el tribunal de arbitraje todavía no se ha constituido.

adopción de medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral no significa que se renuncia a la cláusula de arbitraje, como la misma Ley lo dispone al final del último inciso del artículo 9.

Esta disposición tiene su razón de ser: es obvio que mientras no se encuentre constituido el tribunal arbitral no existe un foro donde solicitar una medida prejudicial precautoria, y en este sentido, no cabe duda que la parte interesada deberá acudir al juez ordinario a solicitar la adopción de la medida precautoria que corresponda.

Tal solicitud no supone una renuncia al arbitraje porque las medidas precautorias se limitan a asegurar los bienes materia del proceso o a garantizar el resultado del juicio principal y por lo general, se ordenan sin escuchar a la otra parte, no fijan la competencia del juicio principal y la jurisdicción del juez termina una vez practicada la diligencia<sup>35</sup>. En realidad, acudir al juez común antes de que exista el procedimiento arbitral, no es sino la evidencia práctica de la puesta en funcionamiento de la necesaria colaboración de la justicia ordinaria para que la justicia arbitral sea efectiva.

## VI. La Tutela cautelar y el efecto negativo del convenio arbitral

Se conoce como efecto negativo de la cláusula arbitral, la obligación que tienen los jueces ordinarios de abstenerse de conocer el fondo de una controversia cuando existe de por medio una cláusula de arbitraje que somete la cuestión a la decisión de un tribunal arbitral. Pero para ello resulta imprescindible que una de las partes – la demandada ante la vía judicial- oponga al contestar la demanda la excepción de existencia del convenio arbitral. La inhibición del juez ordinario se produce en estos casos, siempre a instancia de parte y nunca ex officio.

Este efecto negativo es generalmente admitido en todos los sistemas estatales de arbitraje, así como en los Convenios Internacionales. Por ejemplo, el artículo II.3 del Convenio de Nueva York, obliga a los tribunales nacionales ante los que se ha interpuesto una demanda respecto a la cual exista un acuerdo arbitral, a remitirla a conocimiento de los árbitros “*a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable*”.

La Ley ecuatoriana consagra también este principio en el artículo 7 que establece que “*El Convenio Arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán*

<sup>35</sup> ALSINA, Hugo: “Derecho Procesal Civil y Comercial”, T. III, Edir S.A., Edit. Buenos Aires, 1958, 2da, Ed., pág. 8.

*inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado...”*

Sin embargo, el hecho de que los jueces comunes no estén legitimados para resolver el asunto principal no es obstáculo para que puedan ordenar las medidas preventivas que señala la Sección 27, del Título II, Libro II del CPC, es decir, que el efecto negativo no opera en materia cautelar. El efecto negativo del convenio de arbitraje consagra la exclusividad de la competencia del tribunal de arbitraje sobre el fondo del asunto, pero en ningún caso, respecto de la tutela cautelar. Nada impide que cualquiera de las partes se dirija a los jueces ordinarios con el objeto de instar medidas de cautela en apoyo de un procedimiento arbitral. Al contrario, en determinadas ocasiones, la intervención de los jueces es necesaria para asegurar el eficaz desarrollo del proceso arbitral.

Si pensáramos en una aplicación rígida del efecto negativo de la cláusula de arbitraje, nos enfrentaríamos a la situación de un arbitraje inoperante, toda vez que hay determinados momentos donde existe una imposibilidad absoluta de actuación por parte de los árbitros, como ocurre, por ejemplo, en la fase previa a la constitución del tribunal de arbitraje. Privar de competencia a los jueces comunes, en casos como el del ejemplo, convertiría al arbitraje en un mecanismo ineficaz para resolver conflictos, en un gran número de supuestos.

## **VII. Medidas cautelares que se solicitan antes del inicio del proceso de arbitraje**

Si una de las partes necesita solicitar medidas de protección antes de que el procedimiento arbitral se inicie, esto es, antes de que se haya hecho conocer a la entidad administradora la voluntad de acudir al arbitraje, la parte deberá acudir irremediablemente a los jueces ordinarios, sin que esto signifique renuncia al arbitraje.

El inciso final del artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador sostiene esta tesis: *“Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral”*.

Los Tribunales de Arbitraje no son órganos permanentes como sí lo son los tribunales ordinarios, esto es, que no existen como tales, sino que se crean a posteriori en función de una controversia determinada. Por lo tanto, hasta que se dé inicio al proceso arbitral puede que los derechos de alguna de las partes en el proceso o sus

bienes se pongan en peligro, por lo que se hace necesaria de manera rápida y urgente, la adopción de una medida cautelar que salvaguarde esos intereses. Evidentemente, ante la imposibilidad de que estas sean ordenadas por los árbitros, toda vez que el tribunal todavía no está constituido, sólo queda el órgano judicial al cual poder dirigirse.

Cuando se solicita una medida cautelar antes del comienzo del proceso arbitral, se requiere que éste se inicie en breve en el término que la ley concede para tal efecto. De manera que si la parte beneficiada con la medida cautelar no interpone en tiempo legal oportuno su demanda en lo principal, la medida cautelar quedará sin efecto.

### **VIII. Medidas cautelares posteriores al inicio del juicio arbitral pero antes de la constitución del tribunal**

Este periodo del proceso arbitral que se desarrolla ante un organismo o centro administrador del arbitraje antes de que se constituya el Tribunal, no ha sido considerado ni por los reglamentos de arbitraje, ni por ley alguna, ni tampoco por la doctrina. Sin embargo, cierta corriente doctrinaria sugiere la posibilidad de que la entidad administradora pueda ser autorizada a ordenar medidas provisionales, ya sea a través de sus órganos ejecutivos o delegándolo en la sección o comité nacional del país donde las medidas deben hacerse efectivas<sup>36</sup>. Esta posibilidad sólo sería factible en el arbitraje institucionalizado y no en el arbitraje ad-hoc.

Sin embargo, es indiscutible que aun cuando se haya iniciado el juicio de arbitraje, pero antes de que el tribunal esté debidamente constituido, existe la imposibilidad absoluta de actuación por su parte. Por lo tanto, en caso de requerirse una medida cautelar con urgencia, no existirá el órgano arbitral que pueda adoptar la medida. En esta fase del procedimiento, son los jueces los que siguen manteniendo la competencia para adoptar las medidas cautelares que permitan asegurar los bienes o el resultado del juicio.

Pero en el plano convencional e institucional, se han buscado remedios para superar estos obstáculos sin necesidad de acudir a los jueces comunes. Son mecanismos complementarios que por lo general, consisten en el nombramiento de una especie de “árbitros de emergencia” que actuarán de forma inmediata en casos de necesidad”. Por ejemplo, la Asociación Francesa de Arbitraje prevé un procedimiento

<sup>36</sup> Propuesta formulada por **H.R. ZAPIOLA PEREZ**, Presidente de la Sección Argentina de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial –CIAC-OEA. Citado por **María Blanca NOODT TAQUELA**, en el artículo “Medidas Cautelares en el Arbitraje Internacional en el Mercosur”, publicado en la Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1997.

urgente de constitución del Tribunal Arbitral. En el mismo sentido, la C.C.I. ha implementado un mecanismo llamado “referee arbitral”; y en la misma línea la A.A.A. y la O.M.P.I. cuentan con mecanismos similares.

Resulta factible por lo tanto, que las partes que se hayan sometido a los Reglamentos de arbitraje de esas entidades internacionales, puedan acordar alguno de estos mecanismos complementarios que permitirían la adopción de medidas cautelares garantizando la competencia de los árbitros en esta etapa del procedimiento arbitral.

### **IX. Medidas cautelares ordenadas cuando el tribunal de arbitraje está constituido**

Una vez constituido el tribunal de arbitraje, las medidas cautelares deben ser decretadas exclusivamente por los árbitros, sin perjuicio de que se requiera la asistencia judicial si fuere necesaria la coerción para hacerlas efectivas.

Algunas legislaciones atribuyen competencia exclusiva a los árbitros para dictar las medidas cautelares como lo hace la Ley de Perú (art. 81); otras otorgan competencia excepcional a los tribunales nacionales; y otros establecen directamente la competencia de los jueces estatales, excluyendo a los árbitros (art. 22.4 de la Ley de Brasil). En Ecuador, los árbitros ejecutan las medidas cautelares que ellos mismas decretan sin tener que solicitar el auxilio judicial, siempre que las partes así lo hayan estipulado en el convenio arbitral (art. 9).

### **X. Medidas cautelares con posterioridad a la expedición del laudo**

Una vez expedido el laudo y agotados los recursos legales que la ley prevea, termina la competencia de los árbitros, por lo que, por esta razón, se verán impedidos de dictar medidas cautelares o cualquier otra resolución con carácter de ejecución. En el caso de que el laudo no sea cumplido voluntariamente, serán las autoridades judiciales las encargadas de hacerlo cumplir, adoptando las medidas cautelares que se estimen apropiadas para tal finalidad. La Convención de Nueva York de 1958 prevé esta posibilidad, pero limitada al caso de anulación o suspensión del laudo (art. VI). La Convención de Panamá contempla una regla idéntica (art. 6)<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convenio Panamá), publicada en el R.O. No. 729 de 12 de diciembre de 1978. Texto publicado en 1992: Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, R. O. No. 875, del 14 de febrero de 1992.

# **TERCERA PARTE**



## TERCERA PARTE

### CAPÍTULO I

## LA POTESTAD DE LOS ÁRBITROS PARA ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES DE CONFORMIDAD CON LA LEY DE ARBITRAJE DEL ECUADOR

### I. Parte Introductiva

La Ley de Arbitraje y Mediación, desde su promulgación en el año 1997, ha jugado en nuestro país un papel importante en el entendimiento del sistema arbitral como fórmula alternativa para la resolución de controversias en el Derecho Privado, permitiendo una notable expansión del arbitraje en el Ecuador, aunque todavía falta mayor difusión y promoción de sus beneficios. De esta manera, los Centros de Arbitraje más importantes del país, como los de las Cámaras de Comercio de Guayaquil, Quito y Cuenca, han visto cómo –en gran medida– ha aumentado el número de relaciones jurídicas, particularmente de orden contractual, en las que las partes han convenido en someter sus controversias al arbitraje, delatando su preferencia en acudir por sobre todo al arbitraje institucional.

Ahora bien, la práctica del arbitraje, así como la doctrina y jurisprudencia producidas hasta el momento, han revelado lagunas o falencias en dicha ley que es necesario corregir. Las últimas reformas realizadas a la normativa responden a este propósito<sup>1</sup>. Sin embargo, todavía falta mucho por hacer. El arbitraje es una institución que debe evolucionar al mismo ritmo que las nuevas necesidades sociales y muy en especial, de aquellas derivadas del comercio nacional e internacional en donde el arbitraje tiene su mejor aplicación, so pena de quedarse desfasada y de perder su eficacia como medio de solución de controversias.

En nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones extranjeras, la Ley de Arbitraje regula uno de los aspectos más importantes dentro del procedimiento arbitral, como es el relativo a la tutela cautelar. En este sentido, la Ley admite la posibilidad de que los árbitros puedan adoptar medidas cautelares, e incluso a ejecutar por sí mismos sus decisiones en esa materia, siempre y cuando las partes así lo hayan establecido en el convenio de arbitraje. En caso contrario, la ejecución de las medidas de protección se encomendará a los jueces ordinarios. Ahora bien, esta potestad arbitral no es excluyente de la potestad de los jueces en la materia, esto es, que nuestro ordenamiento jurídico se acoge al sistema que permite que tanto los jueces comunes como los árbitros puedan tomar decisiones en materia de medidas cautelares.

<sup>1</sup> Ley No. 2005-48, publicada en el Registro Oficial No. 532, de 25 de febrero de 2005.

Analizaremos en esta parte del trabajo, los aspectos más importantes de la regulación procesal sobre la tutela cautelar en el arbitraje ecuatoriano, destacando algunas cuestiones de interés procesal sobre las que haremos hincapié.

## **II. Características de la adopción de medidas cautelares según el momento en que son solicitadas**

A la luz del contenido del artículo 9 de la LAM, podemos señalar algunas características de la adopción de medidas cautelares distinguiendo según el momento en que se pretenda solicitarlas. Recordemos que la invocada disposición legal permite a los árbitros que puedan dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso. Por la remisión a las normas del proceso común, siempre recurriremos a ellas para poyar nuestro comentario.

### **a. Las medidas cautelares *ante causam*, es decir, antes del inicio del proceso arbitral.**

En este caso, como es natural, la tutela cautelar solamente puede ser otorgada por los jueces ordinarios. La intervención de la justicia común en materia cautelar está autorizada expresamente en nuestra Ley aunque exista un convenio de arbitraje. Así debe entenderse el inciso final del artículo 9 de la LAM, cuando expresa: “... *cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas (...) sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral*”.

Esta disposición deja en claro hasta dónde llega el alcance de la defensa procesal que puede formular una de las partes cuando no obstante haber suscrito un convenio de arbitraje para solucionar su conflicto, una de ellas decide plantear una solicitud de medida cautelar *ante causam* ante los jueces ordinarios. Frente a esta circunstancia, la contraparte de ese convenio, está impedida de alegar la defensa procesal de sumisión al arbitraje para oponerse a la adopción de dicha medida.

Esta defensa procesal –de sumisión al arbitraje– solamente puede alegarse –conforme dispone el artículo 8 de la LAM– para evitar que el juez ordinario conozca cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas respecto a las cuales las partes hayan decidido someter sus diferencias al arbitraje, pero no para evitar la adopción de una medida cautelar que garantice el buen fin de un procedimiento de arbitraje.

En el Derecho Arbitral la concesión de medidas cautelares por un juez ordinario es perfectamente compatible con un acuerdo de arbitraje, es decir, no está prohibida ni debe considerarse como renuncia al arbitraje. El efecto negativo del convenio arbitral, que consiste en excluir a los jueces ordinarios en el conocimiento de asuntos sometidos por las partes a arbitraje, no tiene eficacia respecto de las medidas preventivas. La razón fundamental es que la existencia de tales medidas no atenta contra las intenciones de las partes que han expresado su voluntad de someter su controversia al arbitraje ya que, además, las propias medidas tienen el propósito de que el arbitraje sea eficaz y logre el objetivo previsto.

### **b. La tutela cautelar durante el desarrollo del proceso arbitral.**

Luego de presentada la demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación, decurre un tiempo más o menos largo (aproximadamente dos o tres meses), hasta que se constituye el tribunal de arbitraje que conocerá y dilucidará el conflicto<sup>2</sup>. Durante ese lapso, en donde solo actúa el Director del Centro de Arbitraje que se limita a ejercer funciones de administración y conducción del trámite procesal hasta que intervenga el Tribunal designado para el caso, las partes pueden acudir a los jueces ordinarios para solicitar la adopción de medidas cautelares, es decir, que tampoco es incompatible con un convenio arbitral que una parte, durante el trámite previo a la constitución del Tribunal, solicite a la justicia ordinaria la adopción de medidas preventivas que garanticen los bienes materia del proceso arbitral o su resultado. En estos eventos, el sujeto pasivo de la solicitud cautelar tampoco podrá evitar la adopción de la medida alegando la existencia del convenio de arbitraje.

Hay que considerar que esta facultad de los jueces comunes para poder adoptar medidas cautelares en el arbitraje no se la entiende como excluyente de la facultad de los árbitros para tomar resoluciones sobre lo mismo. Recordemos que en nuestra LAM, la potestad cautelar de los árbitros y de los jueces es concurrente.

El artículo 9 de la LAM que regula las medidas cautelares en el arbitraje dice lo siguiente:

<sup>2</sup> El proceso arbitral en el Ecuador se compone de tres fases claramente diferenciadas: una primera fase prearbitral o administrativa que se adelanta ante el Director del Centro de Arbitraje quien no tiene atribuciones jurisdiccionales pero se encarga de admitir la demanda al trámite, calificarla, ordenar la citación de ella al demandado, receptar la contestación a la demanda y la eventual reconvencción y luego convocar a las partes a una audiencia de mediación. El Director administra el procedimiento hasta el momento en que las partes, en el caso de que no hayan llegado a un acuerdo en la mediación, deciden elegir a los árbitros que conocerán el caso. Una segunda fase, propiamente llamada fase arbitral del proceso, empieza con la aceptación de los árbitros para desempeñar sus funciones y continúa hasta el momento en que dictan el correspondiente laudo; y, finalmente, la tercera fase del proceso, que es la fase de ejecución del laudo, que puede llevarse a cabo voluntariamente por la parte obligada o puede efectuarse forzosamente con la intervención de los jueces comunes en caso de que el obligado con el laudo no quiera cumplirlo espontáneamente.

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

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

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

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

Del contenido del transcrito artículo se destacan los siguientes importantes aspectos:

En primer lugar, la amplísima facultad de que gozan los árbitros para dictar medidas cautelares, ya sean las taxativas que constan en el Código de Procedimiento Civil, o ya sea, aquellas que a su entera discreción consideren necesarias para cada caso.

En segundo lugar, las medidas que los árbitros ordenen –no obstante su amplitud para hacerlo- tienen un límite legal: se ordenarán en tanto y en cuanto cumplan con el objeto del proceso arbitral, es decir, que sólo pueden solicitarse y adoptarse aquellas medidas que tengan como propósito asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste.

En tercer lugar, establece la potestad de los árbitros de exigir –si lo estiman necesario- una garantía o contracautela a quien solicite la medida, la que tiene como único propósito cubrir el pago de los costos de la medida y el monto de los eventuales daños y perjuicios a la parte afectada con la cautela, en el caso de que la pretensión principal fuere declarada infundada en el laudo. El monto de la contra-

cautela queda sujeta al arbitrio del árbitro quien ponderará el quantum con base en el objeto por el que se pide dicha garantía, nunca en función de la cuantía del caso.

En cuarto lugar, la parte afectada con la medida preventiva puede solicitar la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el Tribunal. La suficiencia de esta caución también queda sometida a la libre apreciación de los árbitros.

En quinto lugar, la norma establece la potestad implícita del árbitro de ordenar medidas cautelares, es decir, no se discute el poder declarativo de los árbitros para disponer de tales medidas, ni ello depende de la voluntad de las partes. Otra cosa distinta es el aspecto ejecutivo de las mismas, pues quienes tienen atribución exclusiva para ejecutarlas, son los jueces comunes. Sin embargo, el artículo 9 de la LAM reconoce al árbitro una especie de *imperium*, el cual implica que el tribunal de arbitraje no precisa del juez ordinario para la ejecución de las medidas cautelares por él ordenadas sino que podrá hacerlas efectivas él mismo, siempre que las partes lo hayan acordado expresamente en la cláusula arbitral, esto es, le hayan atribuido concretamente este poder a los árbitros. Consecuentemente, la facultad de que los árbitros ejecuten ellos mismos sus decisiones en materia cautelar está supeditada a la voluntad de las partes. Si las partes excluyen esta posibilidad y nada dicen al respecto en el convenio arbitral, son los jueces ordinarios los que pueden prestar la tutela cautelar en el arbitraje.

En sexto lugar, las medidas cautelares sólo pueden adoptarse previa petición de parte interesada. No se ha previsto la posibilidad de adoptar medidas de oficio, ni aun en el evento en que los árbitros vean la necesidad de la medida, a fin de evitarle mayores perjuicios a una de las partes.

En séptimo lugar, debemos señalar que los únicos destinatarios de las medidas cautelares que pueden adoptar los árbitros son las partes, no terceras personas ajenas al convenio de arbitraje. Esta limitación es una consecuencia del hecho de que el tribunal arbitral deriva su competencia del acuerdo de arbitraje y que éste, por regla general, solo vincula a quienes lo suscribieron.

En octavo lugar, pueden decretarse las medidas a partir de la primera audiencia de sustanciación siempre y cuando el tribunal haya asumido su propia competencia, o posteriormente en cualquier estado del proceso, mientras esté vigente la competencia de los árbitros para intervenir en las actuaciones arbitrales. Lo anterior no es obstáculo para que las partes puedan solicitar las medidas preventivas durante el trámite inicial del proceso ante el Director del Centro de Arbitraje y antes de que

se constituya el tribunal arbitral, pero no es lo recomendable porque se pierde el elemento sorpresa de la medida. En el arbitraje independiente también podrá estipularse la facultad de cualquiera de las partes, de solicitar medidas cautelares ante la justicia ordinaria, en forma previa a la constitución del tribunal ad-hoc.

## CAPÍTULO II

### PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE A LA LUZ DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

#### **a. Los jueces comunes se constituyen en un factor de apoyo al arbitraje en materia de adopción de medidas cautelares**

La Ley de Arbitraje y Mediación configura la tutela cautelar como uno de los supuestos de apoyo de la jurisdicción ordinaria al arbitraje. Así debe interpretarse el contenido del artículo 9 de la Ley. El efecto negativo del convenio arbitral que impide a los jueces ordinarios conocer de las controversias sometidas a arbitraje, limita el ámbito de la intervención de la justicia común solamente a los procedimientos de apoyo y control del arbitraje respetando así su naturaleza. De esta manera, la intervención de los jueces se reduce a la asistencia para la práctica de pruebas, a la adopción de medidas cautelares, a la ejecución forzosa del laudo, a conocer de la acción de nulidad del laudo y el exequátur de laudos extranjeros.

En relación con el tema que estamos analizando, la parte final del tercer inciso del artículo 9 de la LAM, establece qué órgano jurisdiccional es el competente para la ejecución de las medidas cautelares adoptadas en un proceso de arbitraje. La norma indica, concretamente, que será el juez ordinario del “lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas”.

#### **b. Se delimita el alcance de la excepción procesal de existencia del convenio de arbitraje.**

El artículo 8 de la LAM pone de relieve, que habiéndose celebrado un convenio de arbitraje, si una de las partes es demandada en un proceso civil puede, al tiempo de contestar la demanda, formular la excepción de existencia del convenio para obtener la inhibición del juez ordinario por falta de jurisdicción de éste y por corresponder el conocimiento del asunto a los árbitros. Sin embargo, si lo que se pide al juez ordinario no es la decisión definitiva respecto de un asunto sometido a arbitraje, sino una medida cautelar preventiva en función del arbitraje, en este caso, el sujeto frente al que se pide dicha medida no puede solicitar la inhibición del juez.

A fin de evitar mal interpretaciones que condujeran a entender que la petición de medidas cautelares a los jueces comunes pueda tomarse como una renuncia al arbitraje pactado, la ley prevé algunos aspectos: el artículo 7 dispone que el Convenio Arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria; y el artículo 8 *ibidem*, consecuente con lo anterior, permite a la parte demandada en un juicio ante la justicia ordinaria, hacer

uso de su derecho a la defensa, oponiendo la excepción de existencia del convenio arbitral. A estas disposiciones, se agrega lo dispuesto en el inciso final del artículo 9 de la LAM, que señala que *“cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas (...) sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral”*.

En definitiva, el convenio de arbitraje no impide ni prohíbe a ninguna de las partes que, con anterioridad al inicio del proceso arbitral o durante su tramitación antes de la integración del Tribunal Arbitral, puedan solicitar a la justicia ordinaria la adopción de medidas cautelares ni a éste otorgarlas<sup>3</sup>.

### **c. Los árbitros tienen potestad para adoptar medidas cautelares.**

Recordemos que las potestades de los jueces y de los árbitros en materia de medidas cautelares son alternativas y concurrentes. Los árbitros por tanto, tienen potestad implícita, nacida del convenio arbitral, para dictar medidas cautelares, aunque en mi opinión esa potestad puede ser excluida por la voluntad de las partes o porque ellas se remiten a un reglamento de arbitraje que no contempla dicha posibilidad. Pero si bien pueden ordenar las medidas de cautela, los árbitros carecen de potestad para ejecutarlas por sí mismos, por lo que para la ejecución de las medidas se vuelve necesaria la intervención de la justicia ordinaria. Sin embargo, nuestra Ley les reconoce a los árbitros la potestad de ejecutar sus propias órdenes sobre medidas cautelares sin tener que acudir a los jueces, siempre que las partes así lo hayan estipulado expresamente en el convenio arbitral.

---

<sup>3</sup> En la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de España (Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003), al hablar sobre las medidas cautelares y referirse expresamente a la posibilidad de que las partes acudan a la justicia ordinaria no obstante existir el acuerdo de arbitraje, se dice: *“Y se aclara que la solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone en modo alguno renuncia tácita al arbitraje; aunque tampoco hace actuar sin más el efecto negativo del convenio arbitral. Con ello se despeja cualquier duda que pudiese subsistir acerca de la posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje aun antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado. Esta posibilidad es indudable a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero es importante que se recoja también en la legislación de arbitraje”*

### CAPÍTULO III

## ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE ECUATORIANO

Analizaremos algunas cuestiones procesales importantes que nos parecen de interés en la regulación de las medidas cautelares prevista por la Ley de Arbitraje y Mediación.

#### **a. La tutela cautelar solicitada ante causam a la justicia ordinaria**

Ya hemos afirmado que en relación con la tutela cautelar antes del inicio del proceso arbitral, existiendo un convenio de arbitraje, las solicitudes de medidas cautelares deben ser dirigidas a los jueces comunes. A estos efectos, son perfectamente aplicables las normas de la Sección 27 (De las Providencias Preventivas), del Título Segundo, Libro Segundo, del Código de Procedimiento Civil (arts. 897 a 923), que determinan el juez competente para su adopción, las medidas que se pueden ordenar, los presupuestos de admisibilidad de las mismas y el procedimiento para su adopción.

La parte que solicita la medida cautelar *ante causam* debe tener presente que la medida preventiva que haya pedido y obtenido por intermedio del juez común (secuestro, retención, prohibición de ausentarse y la de enajenar bienes raíces), caducará si, dentro de quince días de ordenada, no propone la demanda arbitral que pretenda la resolución del asunto principal, cosa que de ocurrir lo convertirá en reo presunto de los daños y perjuicios que tales medidas hubiesen causado al deudor. También deberá tener presente que, cualesquiera medida ordenada, caducará igualmente, si la demanda arbitral en lo principal, se la deja de continuar durante treinta días, regulación que involucra tanto a las providencias provisionales como a las definitivas.

Otra cuestión importante que tiene que ver con la solicitud de la tutela cautelar ante causam es la de conocer si la petición a los jueces de medidas cautelares previas al inicio del arbitraje, significa que éstos atraigan para sí la facultad de adoptar cualquier medida cautelar durante el posterior desarrollo del juicio arbitral.

Es nuestra opinión que el hecho de que haya habido una solicitud previa y una decisión (provisional o definitiva) de los jueces comunes sobre la medida cautelar no impide que una vez iniciado el proceso de arbitraje y constituido el tribunal correspondiente, puedan solicitarse las medidas a los árbitros. Volvemos a recordar que las potestades de los jueces y de los árbitros en materia cautelar son alternativas y concurrentes.

Adicionalmente, cabe hacer otras precisiones. Primero, si antes del inicio del juicio arbitral se ha ordenado una medida cautelar en función del posterior proceso de arbitraje, resulta obvio que el órgano jurisdiccional que la adoptó, será el único competente para decidir sobre cualquier cuestión que tenga que ver con la modificación o la revocatoria de la medida dispuesta. Esto quiere decir, que el tribunal arbitral que posteriormente conozca del juicio principal no puede tomar ninguna decisión sobre la revocatoria o modificación de la medida cautelar previamente ordenada por el juez ordinario.

En segundo lugar, puede darse el eventual caso de que el juez común haya denegado una medida cautelar –provisional o definitiva- previa al inicio del arbitraje. En nuestro criterio, esta decisión de la justicia ordinaria impide que pueda volver a solicitarse esa medida cautelar al tribunal de arbitraje sobre la base de los mismos presupuestos o circunstancias que motivaron al juez a denegarla.

Sin embargo, si los hechos y circunstancias que motivan la petición de la medida se modificaran, estimo que no habría ningún pretexto u obstáculo para volver a pedir la medida cautelar, ya sea al juez o al tribunal arbitral que conoce el asunto en lo principal.

### **b. La potestad de los árbitros para ejecutar las medidas cautelares depende de la voluntad de las partes.**

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

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

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

ceder a su ejecución, siempre que las partes lo hayan acordado expresamente en la cláusula arbitral<sup>4</sup>.

Otros autores se muestran contrarios a la posibilidad de disociar el poder de ordenar la medida y el poder de ejecutarla. Alegan que el *imperium* se compone de elementos que están inseparablemente unidos a la *jurisdictio*, de ahí que no quepa separarlos<sup>5</sup>.

En mi opinión, el hecho de que los árbitros carezcan de *imperium* y de que el poder ejecutivo recaiga de manera exclusiva en manos de los jueces ordinarios no afecta el concepto unitario de la jurisdicción ni impide, -teóricamente hablando- que los árbitros puedan ordenar las medidas cautelares aun cuando tengan que ser los jueces quienes procedan a su ejecución. Esto implica reconocer necesariamente que, en la adopción de toda medida de cautela haya una fase declarativa -solicitud y adopción- y una ejecutiva. Por tanto, es perfectamente factible atribuir la competencia para cada una de estas etapas a un órgano distinto. La etapa declarativa atribúrsela a los árbitros y la ejecutiva a los jueces.

La misma diferencia existe respecto a la facultad de los árbitros para expedir un laudo. Los árbitros tampoco tienen poder para ejecutar el laudo, pero nadie duda que están perfectamente legitimados para resolver el fondo del asunto, es decir, no se les priva de la competencia para dictar la decisión definitiva. En consecuencia, no existe obstáculo alguno para que, respecto de las medidas cautelares se actúe de igual manera que como si se tratase del fondo del asunto, atribuyendo poder a los árbitros para ordenarlas del mismo modo que tienen potestad para dictar un laudo que ponga fin a la controversia.

No obstante lo dicho, hay que señalar una diferencia importante: no es posible dar el mismo tratamiento a las órdenes en materia cautelar que a los laudos arbitrales. Estos últimos tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, en cambio que las órdenes cautelares son provisionales y pueden ser modificadas o dejadas sin efecto, además tampoco existe un sistema análogo al Convenio de Nueva York de 1958 que permita la ejecución por los jueces de las

---

<sup>4</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: "El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional", Madrid, McGraw/Hill, 1996, pág. 188.

<sup>5</sup> JARROSSON, Ch.: "Reflexiones sobre el imperium". Estudios en Homenaje a Pierre Ballet. París, Litec, 1991, págs. 265 y 267.

órdenes dictadas por los árbitros en materia cautelar, posibilidad limitada solamente a los laudos arbitrales finales<sup>6</sup>.

Nuestra Ley de Arbitraje prevé expresamente la posibilidad de que la parte interesada –siempre que en el convenio arbitral no se haya atribuido al árbitro la potestad de ejecutar la medida- solicite del juez ordinario la ejecución de la medida acordada por un tribunal de arbitraje. La ley admite de esta forma el poder declarativo del árbitro en materia cautelar y la posibilidad de que se recurra a la autoridad judicial para la ejecución de las medidas cautelares. Se pone así de manifiesto la diferencia entre, por un lado, el poder declarativo de los árbitros para ordenar las medidas cautelares y, por otro, el poder ejecutivo de los jueces para hacerlas efectivas. Importante es destacar que esta diferencia queda, en definitiva, sometida a la voluntad de las partes que pueden, expresa o tácitamente, excluirles a los árbitros la potestad de tomar decisiones sobre medidas cautelares.

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

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

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

### **c. Los presupuestos para la concesión de las medidas cautelares.**

La adopción de las medidas cautelares dependerá de que el peticionario acredite la concurrencia de los presupuestos necesarios. En este sentido, al referirse el artículo 9 de la LAM a la posibilidad de solicitar y adoptar las medidas “*que se consideren necesarias para cada caso*”, se está refiriendo implícitamente al presupuesto del *fumus boni iuris*, como presupuesto cuya concurrencia debe justificarse. Es decir,

---

<sup>6</sup> LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa: “La Intervención Judicial en la adopción de Medidas Cautelares en el arbitraje Comercial Internacional”. Universitat de Valencia, Departament de Derecho Internacional, Server de Publicacions, 2003, Capítol III, pág. 316.

que el peticionario no puede solicitar cualquier medida cautelar, sino aquella que sea idónea para garantizar los bienes materia del proceso o asegurar el resultado de éste, debiendo para ello, presentar los datos, argumentos y en su caso, las justificaciones documentales que conduzcan al árbitro, sin llegar a prejuzgar el fondo del asunto, a tomar una decisión favorable a su petición.

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

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

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

#### **d. Algunos aspectos formales sobre la petición de medidas cautelares a los árbitros.**

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

En cuanto a la forma y contenido de la solicitud de medidas cautelares a los árbitros, la LAM guarda silencio al respecto, pero, pensamos que puede aplicarse al procedimiento arbitral, la regulación del Código de Procedimiento Civil sobre la solicitud de medidas preventivas a la justicia común. Consecuentemente, la solicitud dirigida al árbitro, deberá formularse con claridad y precisión, justificando adecuadamente la concurrencia de los presupuestos exigidos para su adopción por el artículo 899 del CPC al que nos hemos referido con anterioridad. Esto es, que el

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

Otro aspecto de interés procesal en cuanto a la solicitud, es el relativo al momento en que pueden solicitarse las medidas cautelares a los árbitros. En nuestra opinión, las decisiones arbitrales sobre la tutela cautelar sólo podrán ser tomadas una vez que los árbitros hayan constituido el tribunal correspondiente ex artículo 17 de la LAM. Con anterioridad a esta fase del proceso arbitral, cualquier decisión sobre medidas cautelares deberán ser tomadas por los jueces ordinarios.

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

#### **e. El principio de la bilateralidad y la contradicción en las medidas cautelares adoptadas por los árbitros.**

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

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

la oportunidad suficiente para que pueda oponerse la medida y justificar el motivo de su contradicción.

No obstante lo anterior, la práctica arbitral ha puesto en evidencia que resulta muy difícil al tribunal de arbitraje –una vez constituido- ordenar medidas cautelares *inaudita parte*, pues a esa altura del procedimiento, toda decisión arbitral debe ser puesta en conocimiento de los justiciables antes de su ejecución, lo que hace perder el elemento sorpresa en la adopción de las medidas de cautela que permitiría su pronta efectivización.

#### **f. La ejecución de los laudos provisionales sobre medidas cautelares.**

La falta de poder coercitivo de los árbitros les impide ejecutar sus propias órdenes sobre medidas cautelares. La LAM reserva a los árbitros la actividad declarativa en materia cautelar, pero la actividad ejecutiva posterior corresponde necesariamente a los jueces, salvo que las partes hayan dispuesto lo contrario en el convenio arbitral.

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

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

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

NIANI: *“Ese es el régimen creado por la ley ecuatoriana tratándose de la ejecución de laudos (art. 32 de la LAM), el cual debe ser aplicado por analogía pues las medidas cautelares pueden considerarse laudos provisionales”*<sup>7</sup>.

En lo que respecta a la ejecución de una medida cautelar dispuesta dentro de un arbitraje internacional, nuestra legislación de arbitraje establece en el artículo 42 que los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional tienen los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.

Ya hemos visto que la ley impide —en materia de ejecución de laudos nacionales— que los jueces ordinarios revisen el fondo de la decisión tomada por los árbitros al disponer una medida cautelar. Por lo tanto, en virtud de la equivalencia de efectos entre laudos nacionales e internacionales en el Ecuador, ni siquiera sería necesario el exequátur (reconocimiento o ejecución de las sentencias arbitrales) al que se refieren los artículos III y IV de la Convención de Nueva York. Más aun, algunos tratadistas sostienen que *“parece equivocado que se intente ejecutar vía la Convención de Nueva York —que está diseñada para ejecutar laudos finales— para ejecutar lo que en su esencia no es una medida final, sino temporal y que puede ser modificada por los árbitros”*<sup>8</sup>.

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

En cuanto tiene que ver con los laudos provisionales extranjeros, el referido artículo 42 de la LAM no trata sobre su ejecución, ni siquiera los menciona, pues se limita a regular la ejecución de laudos definitivos expedidos en arbitrajes internacionales y su equiparación con los laudos nacionales. En estos casos, para la ejecución de laudos cautelares extranjeros sí se vuelve necesario obtener el exequátur al que se refiere el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil que exige, además del cumplimiento de los requisitos que determinan las Convenciones y Tratados Internacionales suscritos por el País, que la decisión a ejecutar no contravenga al Derecho Público Ecuatoriano.

### **g. Vigencia de la eficacia de las medidas cautelares adoptadas por los árbitros.**

En cuanto a la eficacia de las medidas cautelares adoptadas en sede arbitral, debemos señalar que las mismas se mantienen en vigor durante la pendencia del proce-

<sup>7</sup> CARMIGNIANI, Eduardo: “Medidas Cautelares en el Arbitraje”. Ponencia expuesta en el Primer Congreso Nacional de Arbitraje en el Ecuador, 5 y 6 de junio de 2000, pág. 6.

<sup>8</sup> GONZALEZ de COSSÍO, Francisco: “Arbitraje”. Obra cit., pág. 375.

---

dimiento arbitral. Sin embargo, por ser de naturaleza revocable, si se produce la alteración o la desaparición de los presupuestos que justificaron su adopción de la medida, los árbitros –previa petición de parte- deben modificar o revocar las medidas ordenadas.

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

Por supuesto que, en el evento de que la sentencia arbitral sea favorable al acreedor que obtuvo las medidas cautelares en su beneficio, éstas deben mantenerse y no perder eficacia hasta que se cumpla voluntariamente la obligación que manda a cumplir el laudo a cargo del deudor o en su defecto, mientras dure la etapa de ejecución del fallo arbitral ante la justicia ordinaria, mediante la aplicación de la vía de apremio.



# **CONCLUSIONES**



# CONCLUSIONES

## I

1. El arbitraje está considerado en la actualidad como el método más idóneo para la solución de conflictos inter partes, toda vez que las ventajas que presenta frente a la justicia común lo vuelven un sistema más expeditivo que el judicial, particularmente en los litigios de naturaleza comercial.

2. No obstante, el proceso arbitral conlleva un tiempo más o menos largo, durante el cual, tal como sucede en el proceso judicial, pueden surgir ciertos riesgos para las partes que pueden poner en peligro sus expectativas en el litigio. Frente a esta eventual situación que, en la práctica ocurre muy a menudo, se vuelve necesaria la adopción de medidas cautelares que aseguren que la justicia, a través del laudo arbitral o de la sentencia judicial, en su caso, logren el cumplimiento eficaz de su cometido.

3. Las medidas cautelares tienen como objeto fundamental asegurar la plena efectividad de la sentencia o del laudo que en su momento se pueda expedir. Su adopción mantiene el equilibrio entre las partes mientras se desarrolla el trámite del proceso, al neutralizar los daños que la duración normal o anormal del procedimiento pudieran causar, al mismo tiempo que aseguran el derecho a obtener una sentencia efectiva.

4. El derecho a obtener una sentencia efectiva, esto es, que el mandato jurisdiccional puede efectivamente cumplirse o ejecutarse, forma parte de los derechos fundamentales garantizados por el artículo 24 numeral 17 de la Constitución Política del Estado.

5. En la actualidad, cuando las partes someten la solución de sus controversias al arbitraje, no solamente buscan sustraerse de la justicia estatal, de trámites lentos, obsoletos y onerosos, sino que fundamentalmente lo buscan por ser un mecanismo más rápido sin dejar de ser eficaz y en este objetivo, las medidas cautelares cumplen un rol de mucha importancia.

6. Tanto el laudo arbitral como la sentencia judicial, para poder ser tales, requieren de un previo proceso que en ambas instituciones responde básicamente a un mismo modelo, y en donde ambas –sobre la base de un proceso- tienen como propósito esencial la solución pacífica de los conflictos intersubjetivos de intereses, y en donde el proceso instaurado en ambos sistemas concluye con una decisión final que tiene efectos de cosa juzgada, elemento jurisdiccional que los identifica. Por tanto, no debe causarnos extrañeza que el Estado provea a ambos sistemas juris-

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

7. Según CALAMANDREI, “las medidas cautelares serían el punto de confluencia de las dos exigencias fundamentales de la justicia: “hacer las cosas pronto y hacerlas bien”. Podemos definir las medidas cautelares como el conjunto de medidas de protección adoptadas por los tribunales jurisdiccionales –arbitrales o judiciales- antes de la iniciación de un proceso o durante su pendencia en beneficio del acreedor que fundadamente cree que su crédito, por actos u omisiones del deudor, se encuentra en grave riesgo, y que tienden a impedir que durante el tiempo que transcurre entre la iniciación del proceso en lo principal y el pronunciamiento de la decisión definitiva sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite, dificulte o torne inoperante la ejecución forzada o los efectos de la sentencia o del laudo firmes.

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

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

inminente cuya eventualidad se teme. Son proporcionales, porque tienen que ser expedidas acordes con el fin perseguido, esto es, sólo para garantizar la decisión que en su momento se dicte en el juicio principal. Son flexibles o mutables, porque pueden ser sustituidas, modificadas, reducidas, ampliadas o revocadas, en la medida que cambie el estado de cosas para el cual fueron dictadas. Se decretan a instancia de parte y sin oír a la parte contraria, para evitar que el deudor se entere de la medida dispuesta y realice actos que le otorguen la posibilidad de desaparecer u ocultar los bienes objeto de la medida cautelar. No escuchar a la contraparte antes de dictar la medida no implica desconocer o menguar su derecho a la defensa, pues el deudor puede ejercerla ampliamente después de ejecutada la medida.

10. Son presupuestos –estrechamente vinculados- de las medidas cautelares, la verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*). Las medidas cautelares no exigen del juzgador un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino simplemente la apariencia de ese derecho. El peligro en la demora se lo entiende como el temor fundado en la configuración de un daño a los derechos del demandante, que puede darse como consecuencia de que la tutela jurídica que persigue y espera obtener en la sentencia, no pueda en los hechos hacerse efectiva por la demora en el tiempo en el desarrollo del juicio, volviendo la decisión final inejecutable o inoperante. El *periculum in mora* es considerado como la causa primera de toda medida cautelar.

11. Según nuestro Código de Procedimiento Civil, el juez o el árbitro pueden ordenar cualesquiera de las siguientes medidas cautelares: prohibición de enajenar, retención, secuestro preventivo, arraigo, secuestro de bienes raíces, embargo de bienes raíces. Pero, el árbitro, además, está facultado por la Ley para disponer cualesquier otra medida “que considere necesaria para cada caso”, es decir, con base en su prudencial arbitrio podrá escoger aquella medida que aunque no esté prevista puntualmente en la ley procesal común, la considere la más apropiada para asegurar los bienes del proceso o las resultas del juicio principal.

12. El concepto de medida cautelar ha sido revisado y ampliado por la moderna doctrina del Derecho Procesal. Hoy se busca obtener una mayor eficacia al sistema jurisdiccional a fin de que se hagan efectivos los principios de seguridad jurídica y de justicia que exige la sociedad actual. En este sentido han surgido nuevos institutos procesales genéricamente denominados “procesos urgentes” que abarcan a las medidas cautelares típicas o nominadas, a las medidas cautelares genéricas o innominadas, a las sentencias anticipativas y a las medidas autosatisfactivas.

13. La medida cautelar innovativa tiende a variar o a modificar el estado de una situación de hecho existente al momento de iniciarse el juicio. Este tipo de medida autoriza al juez que en determinados casos, se pronuncie en forma urgente y antes

de expedir la sentencia definitiva, disponiendo el inmediato cumplimiento de una medida cautelar a fin de evitar un daño irreparable, aun a riesgo de que dicha decisión se confunda con el objeto final de la pretensión principal a deducir, como ocurre en los casos de los juicios de obra nueva y obra ruinosa de nuestro procedimiento civil.

14. La medida cautelar genérica o innominada es la que puede dictar el juez de acuerdo a las exigencias del caso, si no existe una disposición legal que satisfaga la necesidad del aseguramiento. Esta clase de medida permite no sólo el dictado de cualquier medida cautelar no prevista en la ley pero que resulta eficaz en razón de las circunstancias, sino que, además permite que se decrete una medida nominada o típica cuando el antecedente fáctico del caso no encuadra en el presupuesto de una medida prevista en la ley e igualmente existan verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela.

15. En nuestro proceso civil no existen reguladas las medidas cautelares genéricas. Los jueces están obligados a ordenar las medidas cautelares expresamente previstas en el Código de Procedimiento Civil, sin que puedan salirse de dicho marco normativo. En cambio, según el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el árbitro —en el Ecuador— puede adoptar además de las medidas cautelares establecidas en el Código Procesal Civil, aquellas otras (innominadas) que estime necesarias para proteger los bienes materia del litigio o los resultados de éste.

16. La medida anticipatoria cumple una función distinta a la que le corresponde a las medidas cautelares, ya que a diferencia de éstas, no garantiza la eficacia de la sentencia, sino que persigue la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción pudiera derivarse un perjuicio irreparable. Esta tutela anticipativa significa la satisfacción del derecho del reclamante antes de su reconocimiento en la posterior sentencia a dictarse. De esta manera, ya se trate de una sentencia declarativa o de condena, el juez reconoce la justicia de la pretensión contenida en la demanda, adelantándose a la decisión final que deba pronunciarse, produciendo de esta forma, la anticipación del resultado de la sentencia.

17. La medida autosatisfactiva o “cautela material” está considerada como una solución jurisdiccional de carácter urgente, autónoma, que se dispone “*inaudita parte*” y siempre que exista una fuerte probabilidad de que la pretensión formulada sea atendible. Su rasgo más sobresaliente es su carácter de urgencia que las obliga a adoptarse en el más breve lapso posible y sin audiencia del afectado con la medida. Su ejecutabilidad es inmediata sin que admita ningún tipo de recursos con efecto suspensivo ni tampoco incidentes que pudieran suspenderla. No es una medida instrumental, lo que para muchos autores pone de relieve su característica de

no cautelar, tampoco es provisional por cuanto su resultado no está vinculado al resultado de un litigio principal que no existe, aunque como toda decisión judicial, puede ser modificada si cambian las circunstancias que fueron consideradas para ordenarla. Para su procedencia siempre es necesaria una fuerte probabilidad cercana a la certeza y no la simple verosimilitud del derecho aunque siempre es exigible la demostración del *periculum in mora*.

## II

18. En lo que tiene que ver con el órgano legitimado para ordenar medidas cautelares en apoyo de un proceso de arbitraje, existen varias posibilidades admitidas en los diferentes sistemas estatales e institucionales de arbitraje. Dichas posibilidades oscilan entre la atribución de una competencia exclusiva a los jueces comunes con exclusión del poder de los árbitros, pasando por la división de poderes entre unos y otros, ya sea en función del tipo de medida que se pide, ya sea en atención al momento procesal en el que la medida cautelar es pedida; y, finalmente, destaca la llamada teoría de los poderes concurrentes de los jueces y los árbitros que es la que mejor se acomoda a las expectativas e intereses de las partes. Esta solución es la que aplica nuestra Ley de Arbitraje y Mediación.

19. De conformidad con la teoría de los poderes concurrentes, la parte interesada en obtener una medida de cautela podrá optar por presentar su solicitud ante el órgano judicial o ante el órgano arbitral de manera indistinta, sin que acudir a los jueces signifique renuncia al arbitraje. Esta competencia concurrente de jueces y árbitros existe solamente cuando el tribunal de arbitraje ya está constituido, ya que antes no existe ningún órgano arbitral que pueda atender la solicitud de medida cautelar.

20. Si bien la adopción de medidas cautelares en sede arbitral conlleva grandes ventajas, también significa algunos inconvenientes. Entre las ventajas, destaca la rapidez en la adopción de la medida así como la aplicación de aquella que se estime más necesaria y apropiada al caso, esto, por cuanto los árbitros están familiarizados con el asunto desde el principio. También implica una importante reducción de los gastos procesales y por último, permite mantener la privacidad que caracteriza al arbitraje como método de solución de conflictos.

21. Por otro lado, los argumentos que se esgrimen en contra del poder de los árbitros surgen de los límites propios a los que está sometida la institución arbitral, destacando la ausencia de poder coercitivo. También se aduce la imposibilidad de que adopten medidas de protección antes de haberse constituido, por ser un órgano creado a posteriori y, finalmente, en muchos casos, el problema en torno a la adop-

ción de medidas cautelares inaudita parte. Todas estas particularidades representan una restricción importante al poder de los árbitros en materia de medidas cautelares, comparándolo con el amplísimo poder de que disponen los jueces sobre el mismo asunto. Por eso, muchas veces, la eficacia de una medida de protección estará condicionada a la asistencia de la justicia común. No obstante lo anterior, nadie pone en tela de duda el poder de los árbitros para ordenar una medida cautelar que es provisional e instrumental respecto del proceso principal, pues en la doctrina se considera que el mismo órgano arbitral legitimado para resolver el fondo del asunto tiene también la capacidad para resolver todas las incidencias relacionadas con él.

22. La Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador atribuye competencia concurrente tanto a los jueces ordinarios como a los árbitros, lo que significa que las medidas de cautela se pueden ordenar tanto antes del inicio del procedimiento arbitral, como 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 requisito temporal, esto es, el término de quince días después de ordenada la medida preventiva para que dé inicio al juicio arbitral, so pena de que caduque la medida.

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

24. El arbitraje tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, esta autonomía no es absoluta, sino que tiene sus límites en la *lex arbitri*, en la *lex loci arbitri* y en la ley del lugar donde la medida cautelar deba ejecutarse. Esta situación destaca la doble naturaleza contractual y jurisdiccional del arbitraje. Por un lado, las partes, en ejercicio de su autónoma voluntad pueden legitimar a los órganos judiciales o a los arbitrales, dependiendo de sus particulares intereses y, por otro, se ven obligadas a respetar determinadas normas a fin de garantizar la eficacia del laudo arbitral. De poco serviría que las partes hubiesen legitimado a los árbitros en materia cautelar si la ley aplicable al procedimiento o la ley del lugar de ejecución de la medida no reconociesen la competencia de tales órganos. Ello significaría la ineficacia de la medida cautelar acordada y, finalmente, hasta de la misma decisión sobre el fondo del asunto, pues la medida cautelar tiene como propósito fundamental su aseguramiento.

25. En nuestro país, los árbitros tienen facultades jurisdiccionales, no obstante su incapacidad para poder ejecutar en principio lo que disponen. Su actuación tiene

reconocimiento constitucional y legal. Al acudir las partes al arbitraje, la ley autoriza que en el convenio de arbitraje ellas puedan prever la ejecución de medidas cautelares, sin que los árbitros tengan que recurrir al auxilio de las autoridades judiciales, siempre y cuando las partes así lo hayan estipulado expresamente en el convenio. Cualquier disquisición sobre el tema, hoy se encuentra superada por mandato del artículo 5 del Código de Procedimiento Civil Codificado que dispone claramente que la jurisdicción la ejercen no solamente los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial, sino que también la ejercen los árbitros.

26. El hecho de que una de las partes habiendo convenido un pacto de arbitraje acuda a la jurisdicción común a solicitar una medida preventiva o de protección, no implica renuncia al acuerdo de arbitraje ni a su voluntad de someter el conflicto a decisión de los árbitros. Las medidas precautorias se limitan a asegurar los bienes materia del proceso o a garantizar el resultado del juicio principal, no fijan la competencia del juicio principal y la actuación del juez concluye una vez practicada la diligencia. Acudir al juez común antes de dar inicio al proceso arbitral, no es otra cosa que la evidencia práctica de la puesta en funcionamiento de la necesaria colaboración de la justicia ordinaria para que a su vez, la justicia arbitral sea efectiva.

### III

27. A la luz del contenido del artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se pueden analizar algunas características de la adopción de medidas cautelares, dependiendo del momento en que se pretenda solicitarlas. Las medidas cautelares ante causam, es decir, antes del inicio del proceso arbitral, sólo pueden ser pedidas y otorgadas ante y por los jueces ordinarios. Durante el desarrollo del proceso de arbitraje, son los árbitros los únicos que disponen de poder para adoptar las medidas de protección. Antes de que esté constituido el tribunal de arbitraje –aunque se haya iniciado el juicio arbitral- los jueces siguen manteniendo competencia para disponer las medidas.

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

su pretensión en lo principal sea desechada. También la parte afectada con la medida puede solicitar la suspensión de ésta rindiendo caución suficiente a juicio del tribunal.

29. Las principales características de la tutela cautelar prevista por nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, se las puede resumir así: a) Dicha ley configura la tutela cautelar como un punto de apoyo de la jurisdicción ordinaria al arbitraje; b) delimita el alcance de la excepción procesal de existencia del convenio de arbitraje; y, c) determina con claridad que los árbitros no solamente pueden adoptar medidas cautelares sino que también pueden disponer su ejecución sin tener que acudir al auxilio de la Función Judicial, siempre que las partes así lo hayan acordado expresamente en el acuerdo de arbitraje.

#### IV

30. El perjudicado por una acción o inacción de su contraparte antes de que se haya instalado el tribunal arbitral, se encuentra con el riesgo de que hasta que el tribunal esté constituido surja un tiempo considerable durante el cual no puede solicitar medidas cautelares permitiendo que una contraparte inescrupulosa actúe intencionadamente iniciando una labor indebida de protección o disipación de su patrimonio, enajenándolo o gravándolo de manera que se haga inasequible.

Frente a esta realidad, se sugiere que, presentada la demanda arbitral al centro de arbitraje, se constituya un tribunal ad-hoc, cuya única misión sería la de proveer soluciones sobre una solicitud de medidas preventivas antes de que el proceso arbitral se inicie en forma con la aceptación de los árbitros titulares que resolverán en definitiva la controversia, sin necesidad de acudir a los jueces del Estado. La competencia de este tribunal ad-hoc o emergente comprende únicamente la decisión sobre el tema de la medida cautelar.

31. Para una mejor claridad y comprensión de la competencia concurrente de los jueces y árbitros, se sugiere una reforma al artículo 9 de la LAM que admita expresamente esa competencia concurrente, para dejar bien previsto que antes de que el tribunal arbitral se instale, se puede recurrir a los jueces para pedir medidas preventivas.

# **BIBLIOGRAFÍA**



# BIBLIOGRAFÍA

## A

**ALESSANDRI Y SOMARRIVA:** “Curso de Derecho Civil”, Santiago de Chile, Edit. Nacimiento

**ALLORIO:** “Por una noción del proceso cautelar”. Rev. De Derecho Procesal, 1936,.

**ALSINA, Hugo:** “Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil”, Ediar, T. V.

**AYLWIN, Patricio:** “El juicio arbitral”. Edit. Jurídica de Chile,

## B

**BESSON, S.:** “Arbitraje Internacional y medidas provisionales. Estudio de Derecho Comparado”. Zurich. Etudes suisses de droit international, 1999.

## C

**CALAMANDREI, Piero:** “Introducción al Estudio Sistemático del Procedimiento Cautelar”. Padua, 1936 (Trad. de **SENTÍS MELENDO**, Buenos Aires, 1945).

**CALAMANDREI, P.:** “Estudios sobre el Proceso Civil”, Título: “El dispositivo psicológico de las medidas cautelares”. EJEА, Trad. de **SENTÍS MELENDO**.

**CALDERON CUADRADO. M.P.:** “Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil”. Madrid, Civitas, 1992.

**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.

**CARNELUTTI, Francisco:** “Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano”, Barcelona, 1942, T. I.

**CARNELUTTI, F.:** “Derecho Procesal Civil y Penal”, T. I. Edit. EJEА, Buenos Aires, 1971.

**CARRERAS LLANSANA:** “las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en “Estudios de Derecho Procesal” –con **FENECH NAVARRO-**, Edit. Librería BOSCH, Barcelona, 1962.

**CASTILLO LARRAÑAGA y DE PINA, Rafael:** “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, segunda edición. Edit. Porrúa S.A., México, 1950.

**CAYA, Claudia Alejandra y EGUREN, María Carolina:** “Naturaleza jurídica de la sentencia anticipatoria y su ubicación dentro de la órbita de los procesos urgentes”. Artículo publicado en el libro “Sentencia Anticipada”. Rubinzal-Culzoni, 2000, Buenos Aires.

**COLOMBO:** “Código de Procedimiento Civil y Comercial anotado y comentado”, Abeledo-Perrot, 1964.

**CORTEZ DOMINGUEZ:** “Derecho Procesal”, T. I. (Vol. II), Proceso Civil (2).

**COSTA:** “Manual de Derecho Procesal Civil”

**CREMADES, B. Ma. y JA CAIROS, D.:** “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”. La Ley, año XXIII, No. 5538, 2002.

**CRUZ BAHAMONDE, Armando:** “Las acciones del acreedor”. Cap. IX: “La acción cautelar en la doctrina y en el derecho positivo ecuatoriano”. Edino, 1992, Guayaquil.

**COUTURE, Eduardo:** “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”.

## CH

**CHILLÓN MEDINA, José Ma. y MERINO MERCHÁN, José Fdo.:** “Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional”, Civitas, Madrid, 1978.

**CHIOVENDA, Giuseppe:** “Instituciones de Derecho Procesal Civil”. Edit. EDERSA, Madrid, 1945.

## D

**DE GASPERI-MORELLO:** “Tratado de Derecho Civil”, Vol. III.

**DE LÁZZARI, Eduardo:** “Medidas cautelares”. T. I., segunda edición. Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1995.

**DE LOS SANTOS, Mabel:** “La medida cautelar genérica o innominada”, en “Tratado de las medidas cautelares”. Edit. Jurídica Panamericana S.R.L., 1997, T. 4.

**DI IORO, Alfredo:** “Teoría General de las medidas cautelares”. Artículo publicado en el libro “Temas de Derecho Procesal”. Desalma, Buenos Aires, 1985.

**DEVIS ECHANDÍA, Hernando:** “Tratado de Derecho Procesal Civil”, T. IV, Bogotá, TEMIS, 1964.

**DIAZ SOLIMINE, Omar Luis:** “Medidas cautelares sobre automotores”, Buenos Aires, 1999, Edit. ASTREA.

**DONOVAN, F.D.:** “Powers of the arbitrators to issue procedural orders, including interim measures of protection, and the obligation of parties to abide by such orders”. Boletín de la C.C.I., Vol. 10, No. 1, 1999.

**DREYZIN de KLOR, Adriana y SARACHO CORNET, Teresita:** “Trámites judiciales internacionales”, Zavalía, Buenos Aires, 2004.

## E

**ESCARTÍN NÚÑEZ:** “Las medidas cautelares innominadas o atípicas”, en “Estudios de Derecho Procesal en homenaje a los profesores Herce Quemada y Duque Barraqués”. Zaragoza, Institución Fernando El Católico, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1983.

## F

**FAIRÉN GUILLÉN:** “La reforma del proceso cautelar civil español”, en Rev. De Derecho Procesal, 1996.

**FERNANDEZ LÓPEZ:** “Derecho Procesal Civil”, T. III, Madrid. Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.

**G**

**GASCÓN INCHAUSTI, F.:** “Medidas cautelares del proceso civil extranjero”. Granada, COMARES, 1998.

**GARCIMARTÍN ALFÉREZ F.J.:** “El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional”. Madrid, McGraw/Hill, 1996.

**GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco:** “Arbitraje”. Edit. Porrúa, México, 2004.

**GUASP DELGADO, Jaime:** “Derecho Procesal Civil”, T. II –Parte Especial-, Ediciones Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968

**GUIMARAES RIBEIRO, Darci:** “La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una Teoría Procesal del Derecho. J. M. BOSCH Editor, 2004.

**GUTIÉRREZ DE CABIEDES:** “Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares”, en “IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal”, Pamplona, EUNSA, 1974.

**GUZMÁN LATORRE, Diego:** “Tratado de Derecho Internacional Privado”. Edit. Jurídica de Chile, 1997.

**H**

**HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo:** “Medidas Cautelares”. Colección Textos Jurídicos Fundamentales Venezolanos. Fundación Pro Justicia, Caracas, 1994.

**HOELLERING, M.F.:** “Interin Measures and Arbitration: the situation in the United States”. Revista de Arbitraje, 1992, vol. 46.

**J**

**JARROSSON, Ch.:** “Reflexiones sobre el imperium”. Estudios en homenaje a Pierre Ballet. París, Litec, 1991.

**JOVÉ, María Angeles:** “Medidas cautelares innominadas en el proceso civil”. J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995.

**K**

**KIELMANOVICH, Jorge:** “Medidas Cautelares”. Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

**L**

**LANCELOTTI:** “Observación crítica en torno de la autonomía procesal de la tutela cautelar”. Rev. De Derecho Procesal, 1939.

**LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa:** “La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional”. Universitat de Valencia, 2003.

**LIEBMAN:** “Unidad del Procedimiento Cautelar”. Rev. De Derecho Procesal, 1954.

**LOVATO, Juan Isaac:** “Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano”.

**LUGO:** “Manual de Derecho Procesal Civil”, Milán, 1955.

**LL**

**LLAMBÍAS:** “Parte General”, Vol. II.

**M**

**MARTÍNEZ BOTOS, Raúl:** “Medidas Cautelares”. Edit. Universidad, Buenos Aires, 1994.

**MICHELLI, Gian A.:** “Curso de Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, 1970.

**MIGUEL y ROMERO Mauro y DE MIGUEL ALONSO, Carlos:** “Derecho Procesal Práctico”.

**MONROY CABRA, Marco Gerardo:** “Arbitraje comercial nacional e internacional”, segunda edición, Legis.

**MORELLO, Augusto y otros:** “Códigos Procesales de lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados”. Buenos Aires, 1986.

**MUÑOZ SABATÉ, L.:** “Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral”. Rev. Jurídica Cataluña, 1991.

## N

**NOVELLINO, Norberto:** “Embargo y Desembargo y demás medidas cautelares”, Buenos Aires, 1984.

## O

**ORTELLS RAMOS, M.:** “El embargo preventivo”. Barcelona, Bosch, 1984.

## P

**PALACIO, Lino:** “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, 1967-1972.

**PEYRANO, Jorge:** “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia: Medidas autosatisfactivas”, en J.A. 1997-II-926, citado por **De los Santos, Mabel**. Obra citada.

**PODETTI, Ramiro:** “Tratado de las medidas cautelares”. EDIAR, Buenos Aires, 1969, T. IV.

**PRIETO CASTRO y FERRÁNDIZ:** “Tratado de Derecho Procesal Civil”, T. II. Edit. Aranzadi, Pamplona, 1985.

## Q

**QUINTERO MURO, Gonzalo:** “Medidas Preventivas”, Caracas, 1961.

**QUIROGA CUBILLOS, Héctor:** “Procesos y Medidas Cautelares”. Edic. Librería del Profesional, 1985, Bogotá.

## R

**RAMOS MÉNDEZ, Francisco:** “Derecho Procesal Civil”. Librería BOSCH, Barcelona, 1986.

- “Arbitrage International et Mesurs Conservatoires”. Rev. De Arb., 1985.

- “La anotación Preventiva de la Demanda”, Barcelona, Bosch, 1980.

**REDENTI, Enrico:** “Derecho Procesal Civil”, Milán, 1952-1953, T. III.

**REDFERN, A.:** “Arbitraje y las Cortes: medidas provisionales de protección”. Law Journal, Vol. 30, 1995.

**REIMUNDÍN:** “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentarios y Concordancias”. Buenos Aires, 1970.

**ROCCO, Ugo:** “Tratado de Derecho Procesal Civil”. Vol. V –Parte Especial-Proceso Cautelar. Edit. TEMIS, De PALMA, Bogotá-Buenos Aires, 1977.

## S

**SAMORI, E.:** “Comentario Breve al Código de Procedimiento Civil”. Carpi-Colesanti-Tartuffo, tercera edición. Edic. Padova, CEDAM, 1994.

**SATTA:** “Derecho Procesal Civil”: Edit. CEDAM, Padua, 1967.

**SERRA Domínguez, Manuel:** “Teoría General de las Medidas Cautelares”, en “Las medidas cautelares en el proceso civil”, con **RAMOS MÉNDEZ, Fco.** Barcelona, 1974.

## T

**TRIGO-REPRESAS-CAZEAUX:** “Derecho de las Obligaciones”. Segunda edición, Vol. III.

**TROYA CEVALLOS, Alfonso:** “Elementos de Derecho Procesal Civil”. Pudeleco Editores, 2002, Quito.

**V**

**VERDAGUER, en ARAZI, Roland:** “Medidas Cautelares”, Buenos Aires, AS-TREA, 1997.

**VESCOVI, Enrique:** “Teoría General del Proceso”. Edit. TEMIS, 1984.

**Z**

**ZAPIOLA PÉREZ, H.R.:** Presidente de la Sección Argentina de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC-OEA. Citado por **María Blanca NOODT TAQUELA**, en el artículo “Medidas cautelares en el arbitraje internacional en el MERCOSUR”, publicado en la Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1997.

**ZINNY, Jorge Horacio:** “Medidas cautelares en el arbitraje”. Artículo publicado en la “Revista de Derecho Procesal”, T. I, “Medidas Cautelares”. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.

## **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.

## **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).

Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de España (Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003),.

Artículo 818 de la Ley No. 25, de 5 de enero de 1994. Título VIII del libro 4º del Código de Procedimiento Civil Italiano que regula el arbitraje.

Artículo 753 del CPC de Argentina:

## **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).

### **OTRAS FUENTES**

Corte de Casación de Francia: Primera Cámara Civil, de 23 de mayo de 1986. Gaceta, 1987, primer semestre, No. 17.

Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal (abril de 1995); XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, Argentina, junio de 1995); XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal (Corrientes, agosto de 1997).