

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

Facultades de los árbitros de suspender los efectos de los actos administrativos en el marco contractual como medida cautelar en los arbitrajes con el Estado, con base en el principio de tutela arbitral efectiva.

Luis Eduardo Narváez Aguirre

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención de título de abogado

Director:

Xavier Andrade Cadena

Quito, abril de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Facultades de los árbitros de suspender los efectos de los actos administrativos en el marco contractual como medida cautelar en los arbitrajes con el Estado, en base al principio de tutela arbitral efectiva”

Luis Narváez Aguirre

Dr. Fabián Jaramillo
Presidente del Tribunal

Dr. Xavier Andrade Cadena
Director de Tesis

Dr. Rodrigo Jijón
Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, 20 de Mayo de 2014

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:



Nombre: Luis Noroña Aguirre

C. I.: 1718053687

Fecha: 20 - Mayo - 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: FACULTADES DE LOS ÁRBITROS DE SUSPENDER LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL MARCO CONTRACTUAL COMO MEDIDA CAUTELAR EN LOS ARBITRAJES CON EL ESTADO, CON BASE EN EL PRINCIPIO DE TUTELA ARBITRAL EFECTIVA

ALUMNO: LUIS NARVÁEZ AGUIRRE

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado

El problema planteado es relevante. En la actualidad, de hecho, es uno de los temas que generan más discusión en el ámbito internacional, sin que existan visos de poder construir una teoría común y aceptada por las escuelas contractualistas, administrativistas, nacionalistas e internacionalistas.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada

La hipótesis planteada es trascendente. Delimitar las facultades de los árbitros respecto a los actos administrativos y a la porción arbitrable de los contratos administrativos es una tarea que, hasta donde conozco, no ha podido ser resuelta en el Ecuador. En general, no se ha podido conciliar los principios de las escuelas contractualistas y las administrativistas; escuelas que, en la práctica, conviven, pero que, en la teoría, se encuentran divorciadas. Afortunadamente, existen estudios en curso sobre esta problemática. La tesina en cuestión contribuye a este debate.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

Los materiales investigados son adecuados. El estudiante demostró su capacidad de investigación y análisis, habiendo seleccionado materiales actualizados y con autoridad académica.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada)

Para poder abordar la hipótesis, el estudiante debió repasar los conceptos de varias disciplinas y materias, entre ellas, el sustento constitucional del arbitraje, la facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares y los fundamentos de los actos administrativos. Para un trabajo futuro, esta trayectoria podría ser acertada enfocándose en el corazón de la tesina: la capacidad de los árbitros de suspender los efectos de actos administrativos por medio de medidas cautelares. Sin embargo, considero que la trayectoria seleccionada por el autor es válida y hasta necesaria en un trabajo de pregrado.

Proponer que los árbitros tienen la facultad (y el deber) de suspender los actos administrativos sobre la base del principio constitucional de tutela judicial efectiva, extendiéndolo a asuntos sustantivos y no solo adjetivos, es una aproximación tan innovadora como arriesgada. Por esta razón, quizás no sea del agrado de quienes exaltan el divorcio entre el Derecho Administrativo y el Contractual. Sea cual fuere la perspectiva desde la cual se analice la hipótesis, considero que el planteamiento del autor posee sustento jurídico y responde a un análisis de las principales aristas del problema. Sin embargo, al haberse el autor aproximado a la problemática desde una perspectiva privatista, es posible que se hayan obviado conceptos o principios del Derecho Administrativo.

En general, la investigación se encuentra bien estructurada y posee un sustento académico sólido a lo largo de sus capítulos. El trabajo refleja el esfuerzo del estudiante por entender la problemática y llegar a demostrar la hipótesis planteada.

Quito, 17 de abril de 2014.



Xavier Andrade Cadena

Mi especial agradecimiento a
mi familia y mis amigos por ayudarme a

ser la persona que soy, por su cariño y

paciencia a lo largo de mi carrera.

RESUMEN

La nueva Constitución del Ecuador trae consigo un cambio de paradigma hacia modelo neo-constitucionalista. Dicha introducción trae consigo una variedad de principios y derechos constitucionales que someten a todos los poderes públicos y privados. También impone diferentes reglas en materia de aplicación de derechos constitucionales. En la misma, existe un reconocimiento expreso al arbitraje y demás mecanismos alternativos de solución de conflictos. Por su lado, el Código Orgánico de la Función Judicial dispone que en el caso del arbitraje, los árbitros en su actividad ejercen jurisdicción. Dicha declaración los convierte en verdaderos administradores de justicia que al amparo de la nueva constitución, los obliga a proteger y aplicar los distintos derechos y principios constitucionales. Entre estos, los derechos constitucionales procesales como el derecho a la tutela judicial efectiva que comprende el derecho a la tutela cautelar. El objeto del presente trabajo es determinar si es que en aplicación de este derecho los árbitros podrían aplicar la clásica medida de suspensión de los efectos de los actos administrativos en los arbitrajes en donde el Estado es parte.

El primer capítulo expone el marco constitucional del arbitraje y los distintos principios o derechos constitucionales involucrados, incluyendo el principio de tutela judicial efectiva o tutela arbitral efectiva. El segundo, analiza la institución de las medidas cautelares en el arbitraje, sus presupuestos, clasificaciones y requisitos de concesión. Finalmente, el tercer capítulo explora a la medida cautelar de suspensión y su aplicabilidad al arbitraje en donde se exponen los argumentos favorables a la concesión de esta medida por parte de los árbitros y casos análogos a la medida de suspensión por parte de los árbitros.

ABSTRACT

The new Ecuadorian Constitution brings a paradigm shift towards the neo-constitutionalist model. This shift contains a variety of constitutional principles and rights that control all public and private powers. It also imposes different rules on the application of constitutional rights. Furthermore, it has an explicit recognition of arbitration and other alternative mechanisms for dispute resolution. The Organic Code of the Judicial Branch provides that in the case of arbitration, arbitrators have jurisdiction. This statement therefore makes arbitrators true stewards of justice, forcing them to protect the various constitutional rights and principles. Amongst these are the constitutional procedural rights, such as the right to a “tutela judicial efectiva”, which includes the right to a “tutela cautelar”. The purpose of this study is to determine if under these new rules the arbitrators can apply the classical measure, suspending the effects of administrative acts in arbitrations in which the State is a party.

The first chapter analyzes the constitutional framework of arbitration and the different principles of constitutional rights, including the principle of “tutela judicial efectiva” or “tutela arbitral efectiva”. The second chapter analyzes the institution of precautionary measures in arbitration, budgets, classifications and requirements of grant. Finally, the third chapter explores the suspension measure and its applicability to arbitration, where the favorable arguments are set for the granting of this measure, and analogue cases of suspension by arbitrators are showed.

ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	
1. MARCO CONSTITUCIONAL Y ARBITRAJE.....	4
1.1. Principios constitucionales involucrados en el arbitraje.....	6
1.1.1. Estado Garantista Constitucional de Derechos y Justicia	10
1.1.1.1 Principios de aplicación de los derechos	15
1.2. Naturaleza Jurídica del Arbitraje.....	18
1.2.1. Postulados y tesis	19
1.3. Principio de Tutela Judicial Efectiva	22
1.3.1. Definición.....	22
1.3.2. Contenido.....	26
1.3.3. Naturaleza jurídica del derecho	29
1.4. Aplicación de las garantías constitucionales al proceso arbitral	30
1.5. La Constitución y los arbitrajes locales donde el Estado es parte	31
CAPÍTULO II	
2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE CON EL ESTADO.....	34
2.1. Medidas cautelares	35
2.1.1. Finalidad de las medidas	37
2.2. Facultades de los árbitros	39
2.3. Medidas cautelares en el Arbitraje	41
2.3.1. Medidas y <i>lex arbitri</i> aplicable	44
2.3.2. Tipos y clasificación de medidas cautelares	45
2.3.3. Función y características	47
2.3.4. Naturaleza Jurídica	51
2.3.5. Presupuestos.....	53
2.3.5.1. Fumus Boni iuris	55

	10
2.3.5.2. Periculum in mora	56
2.3.5.3. Caución	58
2.4. La decisión cautelar por parte de los árbitros	60
CAPÍTULO III	
3. LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO	61
3.1. Como medida cautelar contra la administración pública	63
3.1.1. Concepto. Suspensión y clasificación	66
3.1.2. Derecho comparado	68
3.1.3. Medios de suspensión	70
3.2. Naturaleza jurídica y objeto de la medida	72
3.2.1. Requisitos de procedencia	74
3.3. Actos susceptibles de suspensión	77
3.3.1. Actos administrativos. Alcance Concepto. Ejecutividad y ejecutoriedad	78
3.3.2. Actos administrativos en el marco contractual	81
3.4. Fundamento Constitucional y legal de la suspensión	82
3.4.1. Casos internacionales análogos de suspensión	83
4. Conclusiones	89
Bibliografía	93

INTRODUCCIÓN

Históricamente, el concepto de administración de justicia en el mundo encontró un sinnúmero de cambios paradigmáticos. Poco a poco el concepto de administración de justicia se fue alejando de sus anclas tradicionales en donde el Estado concentra el monopolio en la solución de conflictos entre los particulares. Un sinnúmero de explicaciones y problemas que derivaron de dicho monopolio, dan razón al surgimiento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, los mismos que vienen a ser una solución histórica, a las deficiencias del sistema tradicional de administración de justicia y un mecanismo rápido y eficaz, a manos de los particulares para la solución de conflictos. El arbitraje es uno de estos mecanismos alternativos. En su evolución como institución jurídica fue ampliando su marco de acción hasta permitir que el mismo Estado pueda someter determinadas controversias, a la jurisdicción de los árbitros.

La Constitución de Montecristi, en el nuevo paradigma o modelo de Estado juega un rol trascendental pues contiene un reconocimiento expreso del arbitraje y demás mecanismos alternativos de solución de conflictos. Sin embargo, la inmersión en el neo constitucionalismo de la institución arbitral, llena actualmente al proceso, de profunda complejidad por múltiples razones. Primero, el reconocimiento constitucional de la institución hace una remisión directa de su regulación a la ley. En este marco, el Código Orgánico de la Función Judicial, dentro de sus principios reconoce expresamente jurisdicción a los árbitros lo que los convierte en verdaderos administradores de justicia. La calidad reconocida trae consigo un sinnúmero de consecuencias entre las que están, por ejemplo, el deber de velar por la protección de los derechos contemplados en la Constitución.

Segundo, existen derechos que forman parte de lo que se conoce como derecho constitucional procesal, que en este nuevo modelo paradigmático deben ser respetados y cumplidos por los árbitros, inclusive en las normas relativas a los principios de aplicación de la Constitución.

Tercero, entre dichos principios de aplicación y derechos constitucionales procesales, se encuentran el principio de aplicación directa de los derechos constitucionales así como el derecho a la tutela judicial efectiva.

El derecho o principio a la tutela judicial efectiva es nuevo en el derecho constitucional ecuatoriano. El texto constitucional que dispone este derecho no es amplio ni desarrollado por lo que su estudio exige acudir al derecho comparado. Sin embargo, el derecho es tan extenso, que opera de forma transversal a través del resto de derechos constitucionales de índole procesal. En este sentido, está compuesto de varios elementos. En la presente tesina se tratan tres, con un enfoque especial en el último, es decir, la obtención de una sentencia o laudo realmente eficaz y oportuna para las partes. Se podría decir incluso, que este derecho se compone de varios de derechos de índole procesal. El derecho a la tutela cautelar, que en realidad no se encuentra consagrado en nuestra Constitución, forma parte estructural del derecho a la tutela judicial efectiva. Lo anterior se explica en razón de que no puede haber una tutela realmente efectiva sin medidas cautelares que de una forma o de otra mitiguen una posible indefensión de las partes.

Ahora bien, lo anterior explica la verdadera necesidad de implementar medidas cautelares en general en todos los procesos judiciales que permitan la realización de uno de los elementos o segmentos del derecho o principio a la tutela judicial efectiva, que es: asegurar una sentencia o decisión final eficaz, eficiente y oportuna para las partes. Con el fin de conseguir este objetivo del derecho, resulta indispensable la implementación de medidas cautelares que aseguren en cierta forma los caracteres de eficacia y oportunidad de la decisión final en el procedimiento.

En arbitrajes en donde el Estado es parte, además de lo expuesto, resulta fundamental tomar en consideración limitantes de orden legal como las contenidas en la Ley de Arbitraje y Mediación relativas a requisitos adicionales a ser cumplidos. Entre dichos requisitos, están por ejemplo, que la controversia debe ser de naturaleza contractual. Lo que a su vez conlleva a considerar medidas cautelares propias de la justicia administrativa como es, por ejemplo, la suspensión de los efectos de los actos administrativos. A nivel doctrinario dicha suspensión encuentra asidero, como lo demuestra el presente trabajo, en el principio de Tutela Judicial Efectiva.

La presente tesina pretende explicar que los árbitros poseen facultades para suspender los efectos de los actos administrativos en los arbitrajes donde el Estado es parte, en el marco contractual, en aplicación del principio de tutela judicial efectiva. Es

importante aclarar que la suspensión no comporta ni evalúa, en la línea arbitral, la legalidad de los actos administrativos; simplemente comprende una evaluación de los prejuicios y el cumplimiento de requisitos en protección al derecho a la tutela judicial efectiva y, en específico; a la obtención de una sentencia oportuna y eficaz para las partes.

Para justificar la hipótesis planteada, el primer capítulo analizará al arbitraje y las diversas tesis que discuten su naturaleza, en conjunto con los principios constitucionales involucrados en el proceso, como un desarrollo integral del derecho a la Tutela Judicial Efectiva, que incluye un análisis formal de sus elementos y naturaleza jurídica. A fin de entender estas dos temáticas resulta indispensable hacer un breve recordatorio sobre el nuevo modelo de Estado, como Estado Constitucional de Derechos y Justicia con sus implicaciones. Así mismo, se pretenderá estudiar la aplicación de las garantías constitucionales al proceso arbitral. Por último, se explicarán la particularidades, legales y constitucionales de los procesos arbitrales en donde el Estado es parte.

El segundo capítulo, por otro lado, desarrolla un análisis preliminar sobre las facultades de los árbitros para realizar un acercamiento a la institución de las medidas cautelares en el arbitraje, que incluye un estudio sobre la *lex arbitri*, los tipos de medidas y su clasificación. El capítulo concluye con un análisis sobre la función de las medidas cautelares en el proceso arbitral, su naturaleza jurídica y los presupuestos generales de su concesión. Lo que permite iniciar el estudio de la medida cautelar de suspensión en sí misma.

El tercer capítulo se enfoca exclusivamente en las medidas cautelares en contra del Estado y centralmente en la medida cautelar de suspensión de los efectos de los actos administrativos. Lo que se busca es integrar los conceptos y el análisis desarrollados en los capítulos anteriores con el objetivo de explicar, desde la visión de la justicia administrativa, como sería posible la medida de suspensión en el arbitraje y los elementos o cuestiones que los árbitros deberán tomar en cuenta para realizar dicha suspensión.

CAPÍTULO I

4. MARCO CONSTITUCIONAL Y ARBITRAJE

En la actualidad el arbitraje se ha convertido en un medio óptimo de solución de conflictos. Surge históricamente como una alternativa a las deficiencias de la administración de justicia tradicional y un mecanismo eficaz para que los particulares resuelvan sus controversias, en menos tiempo, de forma confidencial y a través de árbitros calificados y seleccionados por ellos. Coincidiendo con la Profesora Ximena Bustamante,

(...) el concepto de administración de justicia enfrenta un cambio de paradigma que lo aleja de la visión tradicional en donde la resolución de conflictos corresponde al Estado, quien a través de la función jurisdiccional aplica la ley al caso concreto para alcanzar la justicia¹.

Las deficiencias del sistema tradicional originan el nacimiento de lo que se conoce como mecanismos alternativos de solución de conflictos, que parten de una visión más eficaz en la solución de controversias que pudieren suscitarse entre particulares.

Ahora, lo que corresponde al arbitraje se entiende comprendido bajo la noción de jurisdicción convencional. Al respecto, el autor Alejandro Ponce Martínez señala que “las partes que desean, pues, sustraerse, para la resolución de conflictos de que en el Ecuador se denominó jurisdicción legal, requieren su voluntad de convenir en la jurisdicción convencional.”² El Código de Procedimiento Civil, por su parte, dispone en su artículo 1 el concepto de jurisdicción en los siguientes términos: “es el poder de administrar justicia, consiste en la posibilidad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes”³.

La Constitución de Montecristi contempla en su artículo 190, inciso primero, un reconocimiento expreso al arbitraje y demás mecanismos alternativos de solución de

¹ Bustamante Vásquez, Ximena. *El acta de mediación*. Quito: Cevallos Editorial Jurídica, 2009, p. 178.

² Ponce Martínez, Alejandro. “Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación ecuatoriana”. *La Clausula Arbitral*. Enrique Caivano (ed). primera ed. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2001, p. 440.

³ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009.

conflictos: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”. El profesor Ernesto Salcedo Verduga señala que:

(...) tres son los elementos que la doctrina atribuye al arbitraje para considerarlo como mecanismo idóneo para permitir el acceso a la justicia y a la tutela constitucional de los derechos ciudadanos: 1.- La de ser un método heterocompositivo; 2.- El reconocimiento del Estado a la autonomía de la voluntad de las partes; y, 3.- El hecho innegable de que la solución al conflicto a través del arbitraje sólo se produce mediante un adecuado procedimiento legal⁴.

Lo anterior significa, en definitiva, que el arbitraje surge como un mecanismo alternativo de naturaleza heterocompositiva, evidentemente más eficiente para los particulares, frente al fracaso de la justicia estatal o tradicional. Las ventajas del medio son claras e indudables, lo que ha generado que en los últimos años los particulares e inclusive el mismo Estado sometan cada vez más sus controversias al arbitraje. En este sentido, el artículo uno de la Ley de Arbitraje y Mediación define al arbitraje como:

(...) un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias⁵.

Edgar Neira Orellana explica el sentido de dicho artículo: “prevee que podrán someterse a jurisdicción convencional ejercida por árbitros las controversias susceptibles de transacción. Y éste que es requisito de validez para toda clase de controversias arbitrales, lo es también para aquellas en que el Estado sea parte”⁶.

La naturaleza privada del arbitraje centra al proceso en el principio de autonomía de la voluntad. Esto torna al proceso arbitral de una profunda complejidad. Dicha complejidad se encuentra relacionada al conjunto de principios y garantías constitucionales y legales de orden público que el proceso deberá respetar. En pocas

⁴ Salcedo Verduga, Ernesto. *Tutela Judicial Constitucional y el Arbitraje*. http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=13&Itemid=27 (acceso: 2/08/2013).

⁵ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 1. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

⁶ Neira, Edgar. *El Estado y El Juicio De Arbitraje Según La Legislación Ecuatoriana*. <http://www.latinarbitrationlaw.com/el-estado-y-el-juicio-de-arbitraje-seg-n-la-legislaci-n-ecuatoriana/> (acceso: 2/08/2013).

palabras, el principio de autonomía de la voluntad, que de cierta forma es el principio rector del arbitraje, se encuentra limitado por derechos y garantías de orden público que independientemente de cómo esté configurado el proceso deberán respetarse durante el mismo. Entre estos derechos y garantías están, por ejemplo, el principio o derecho a una tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso y todas sus garantías, entre otros.

4.1. Principios constitucionales involucrados en el arbitraje

A través del contrato social plasmado de forma práctica en la Constitución política y coincidiendo con lo ensañado por el profesor Ernesto Salcedo Verguda: se puede afirmar que el Estado provee de libertad e igual a sus ciudadanos como derechos fundamentales e irrenunciables. Con el surgimiento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, es el ejercicio de estos dos derechos, lo que en definitiva impulsa y permite a los ciudadanos, acudir a estos mecanismos alternativos. La lógica es simple: el Estado provee a los ciudadanos de estos dos derechos fundamentales y autoriza que determinados conflictos se resuelvan a través de estos mecanismos alternativos como es el arbitraje⁷.

Entonces es en ejercicio de estos derechos, la forma mediante la cual los ciudadanos pueden acudir a estos mecanismos en una suerte de sustitución a la justicia estatal. El análisis desarrollado permite concluir que estos mecanismos tienen como fundamento último, al principio de autonomía de la voluntad⁸.

Para relevancia de esta tesina se estudiarán varios conceptos, principios y derechos constitucionales involucrados en el arbitraje. Varios de estos son independientes a la voluntad de las partes. Sin embargo, el estudio se centrará en aquellos que tienen mayor relación con el tema bajo investigación.

Estos principios y derechos constitucionales son: primero, el principio de autonomía de la voluntad y, segundo, por la naturaleza misma del proceso, el principio de tutela judicial efectiva que se encuentra dentro de lo que se denomina, derecho constitucional procesal. Este, como parte del orden público, deberá ser tomado en cuenta dentro del proceso arbitral. Sin dejar de lado, a los conceptos de jurisdicción y competencia, que

⁷ Salcedo Verduga, Ernesto. *Tutela Judicial Constitucional y el Arbitraje*. Óp. cit., p.27

⁸ *Ibíd.*

son los que en último término otorgarán relevancia a la aplicabilidad de muchos derechos constitucionales de orden procesal al proceso arbitral.

En cuanto principio de la autonomía de la voluntad, éste se encuentra dispuesto dentro del Título II “De los derechos” capítulo VI “derechos de libertad”, artículo 66, numeral 29, literal d) de la Constitución. El artículo dispone que: “Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”⁹. En el mismo sentido, el principio de la autonomía de la voluntad privada se encuentra contemplado en el artículo 8 del Código Civil: “a nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley”¹⁰.

En doctrina, también existen algunos lineamientos sobre el principio de autonomía de la voluntad privada y el reconocimiento de los límites al mismo. Para Monroy Cabra, se puede definir a este principio como: “la actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias desplegadas por el mismo titular”¹¹. Siguiendo este orden de ideas, para Ospina: “se reconoce a la iniciativa privada y el esfuerzo privados, mientras obren con el debido respeto al derecho ajeno y al interés general.”¹² En definitiva, esto significa que el principio de autonomía de la voluntad tiene limitantes en el orden público como son la Constitución y la Ley. Adicionalmente, para algunos autores: “el principio de autonomía de la voluntad alude a la capacidad residual de las personas frente al estado de regular sus intereses y relaciones de conformidad con su libre albedrío”¹³. Ahora bien, con lo anterior es importante aclarar que:

(...) este principio no es más que un fin en sí mismo: puesto que constituye un instrumento que no puede ser compatible con los valores y principios de un estado constitucional y democrático de derecho, si se considera que dos elementos

⁹ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁰ Código Civil. Artículo 8. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹¹ Monroy Cabra, Marco. *Introducción al Derecho*. 14ta. ed. Bogotá – Colombia: Editorial Temis, 2006, p.543.

¹² Ospina Fernandez, Guillermo, y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 7ma. ed. Bogotá – Colombia: Editorial Temis, 2005, p. 56.

¹³ Landa, Cesar. “Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional”. *El Arbitraje y su Control Constitucional*. ídem. México: Editorial Porrúa, 2011, p. 293.

consustanciales de este tipo de Estado son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales¹⁴.

Lo que se pretende con esta aclaración, es determinar que el principio en cuestión está limitado por la Constitución y los derechos fundamentales, entre estos, el principio de tutela judicial efectiva. La jurisprudencia también se ha pronunciado respecto a esta particularidad. Landa citando al Tribunal Constitucional peruano aclara que:

(...) aunque el proceso arbitral es fundamentalmente subjetivo, ya que su fin es proteger los intereses de las partes también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, (...) ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencial¹⁵.

Adicionalmente existen precedentes nacionales sobre el principio de autonomía de la voluntad y sus límites. La segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, señala que: “la autonomía de la voluntad, que se traduce en la libertad contractual, donde las partes soberanamente pueden introducir las convenciones a su interés, solamente con la restricción de no contravenir la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.”¹⁶

Queda claro entonces, que el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, como el mismo artículo constitucional lo señala, es sometido a la Constitución y a la Ley. No obstante, el mismo reconocimiento constitucional muestra de forma indirecta, que si bien el arbitraje existe en base al principio de autonomía de la voluntad, el mismo tiene límites en disposiciones de orden público y por tanto irrenunciables contenidas en la Constitución y la ley. Lo anterior toma fuerza si se toma en consideración lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), cuando, en su artículo 7 dispone:

La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de

¹⁴ *Id.*, p. 299.

¹⁵ *Id.*, p. 293.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial No. 7. Serie XVII. de 30 de Julio de 2001.

sus funciones. (...) Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley¹⁷.

El jurista argentino Cesar Landa, menciona que “la institución del arbitraje ha sido reconocida constitucionalmente como una jurisdicción de excepción.”¹⁸ En la Constitución, esto se da por sentado, cuando se declara que se reconoce al arbitraje como un mecanismo “alternativo” de solución de conflictos. Entendiendo este reconocimiento, junto con el reenvío legal determinado por la misma norma constitucional, y sumando lo dispuesto en la LAM y el COFJ. Lo que significa que los árbitros con las particularidades del caso ejercen funciones jurisdiccionales. Siguiendo este orden de ideas, el mismo autor explica que:

(...) El hecho que la institución (...) haya sido concebida como una excepción a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, plantea una interrogante respecto de la fuente de la legitimación de los árbitros para resolver de manera definitiva, las controversias sometidas a su conocimiento¹⁹.

En concordancia a lo anterior, se pueden identificar, dos fuentes que otorgan jurisdicción y, por tanto, legitimidad al actuar de los árbitros en el marco de administración de justicia. Las fuentes son, por un lado, la voluntad del pueblo plasmada en el poder constituyente a través de la Constitución y, por otro, la autonomía de la voluntad privada de las partes²⁰. Ambas fuentes son necesarias e indispensables en cuanto al entendimiento del ejercicio de jurisdicción de los árbitros; solamente que en ambas se legitima el actuar en diferentes momentos. Por una parte, el reconocimiento legal e indirectamente constitucional de que los árbitros ejercen jurisdicción, obedece el principio clásico de legalidad, en el sentido que la jurisdicción y competencia nace únicamente de la Constitución y la ley. En contraste, también legitima la existencia de los mismos y vincula el proceso a una serie de normas legales y constitucionales; mientras que la autonomía de la voluntad vendría a legitimar el ejercicio de dichas funciones a partir del surgimiento de un conflicto determinado.

¹⁷ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 7. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009.

¹⁸ Landa, Cesar. “Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional”. *Óp.cit.*, p. 293.

¹⁹ *Id.*, p. 294.

²⁰ *Id.*, p. 293.

En este sentido, el jurista chileno Picard Albóndico, señala algo que aplica al ordenamiento jurídico ecuatoriano y permite explicar las facultades jurisdiccionales de los árbitros:

(...) los árbitros gozan, como los tribunales de la nación, de la misma potestad jurisdiccional que los tribunales ordinarios, y aunque no posean imperio para ejecutar laudos, no podemos desconocer la facultad que tienen de administrar justicia (...), que detentan y que transforman a estos simples ciudadanos del pueblo en verdaderos funcionarios públicos del Estado, los cuales deben obrar como ministros del poder público, y por tanto, tienen que juzgar²¹.

Una vez realizada esta aclaración, el concepto de jurisdicción planeado por el jurista Davis Echandia se vuelve significativo al actuar de los árbitros durante el proceso arbitral. En este sentido, el autor plantea que jurisdicción consiste en “la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial. Tiene por fin la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico mediante la aplicación de la ley”²². No obstante que la posición de este autor se enmarca dentro de las teorías publicistas o jurisdiccionalistas, más adelante en esta tesina se señalaran las otras teorías existentes alrededor de la naturaleza jurídica del arbitraje.

4.1.1. Estado Garantista Constitucional de Derechos y Justicia

Para entender los límites a la autonomía de la voluntad privada y las razones de si se puede o no aplicar directamente los derechos y garantías constitucionales como el de tutela judicial efectiva, para justificar la ejecución, entre otras cosas, de medidas cautelares en el proceso arbitral, es indispensable entender el contexto constitucional en el que se encuentra el Estado ecuatoriano. Por ello, el artículo 1 de la Constitución declara que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”. Tomando como referencia a esta declaración autores como Salim Zaidán, señalan que con esta norma:

²¹ Picard Albóndico, Eduardo. “Estudios de Arbitraje”. *Algunas Reflexiones sobre la Naturaleza Jurídica de la Justicia Arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 202.

²² Echandia, Devis. *Compendio de Derecho Procesal- Teoría General del Proceso*. Tomo I. 7 ma ed. Bogotá: Editorial ABC. 1979. p. 63.

(...) se plantea una nueva concepción del Estado constitucional, en constituciones garantistas, caracterizadas por amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalles de los postulados constitucionales que recogen tales derechos²³.

Ahora bien, con el objetivo de entender a cabalidad este enunciado es necesario desglosarlo para interpretarlo en cada una de sus partes y con ello entender los principios que involucra, como, por ejemplo, el principio de aplicación de derechos en el neo-constitucionalismo.

La simple lectura del artículo 1 de la Constitución permite entender que la estructura teórica del tradicional Estado de Derecho ha perdido vigencia en el sistema, siendo esta reemplazada por un nuevo paradigma constitucional. El nuevo paradigma es lo que en doctrina se ha denominado como neo-constitucionalismo. El neo-constitucionalismo consiste en definitiva en la constitucionalización del sistema jurídico. En términos similares el Dr. Guillermo Bustamante explica esta constitucionalización señalando que:

(...) el Neo constitucionalismo pregona una omnipresencia constitucional que impregna, satura e invade la totalidad del ordenamiento jurídico. Se reconocen y detallan minuciosamente los derechos constitucionales de las personas y grupos sociales, consagrando las garantías jurídicas que los hacen efectivos²⁴.

Por esta razón, en último término, los poderes tanto públicos como privados quedarán incondicionalmente sometidos a lo que se denomina, el bloque de constitucionalidad.

El neo-constitucionalismo, que es la base doctrinaria del enunciado constitucional contenido en el artículo 1, se articula sobre el eje central de “la incorporación de derechos fundamentales en una Constitución rígida, suprema y vinculante; la garantía jurisdiccional de esa Constitución mediante control constitucional y finalmente, la interpretación extensiva de la Constitución”²⁵. Para otros académicos: “el neo constitucionalismo plantea una nueva institucionalidad estatal para la protección de los

²³ Zaidán, Salim. *Neo constitucionalismo: Teoría y Práctica en el Ecuador*. Quito: Cevallos Editorial Jurídica, 2012, p. 27.

²⁴ Bustamante Hidalgo, Guillermo. *El Neoconstitucionalismo*. <http://www.cadhu.com.ec/Cadhu%20Public%20Ultima%2011%20Julio%202011/Ultimo/6%20DR.GUILLELMO%20BUSTAMANTE%20HIDALGO.pdf> (acceso: 4/08/2013).

²⁵ Bustamante, Colón. *Nueva Justicia Constitucional, Neo constitucionalismo Derechos y Garantías*. Tomo I. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012, p. 16.

derechos plasmada en una Constitución material y procedimental, que da importancia prevaleciente a los principios, en relación a las reglas²⁶. Por lo que, el último fin del modelo está, en el respeto a los derechos y garantías contenidas en una Constitución suprema, que prevalece sobre todo el ordenamiento jurídico, una Constitución colmada de principios, normas téticas que formarán parte de la nueva dogmática jurídica. La transformación se explica de la siguiente forma:

(...) Las reglas o normas hipotéticas según Ferrajoli, expresión más relevante del positivismo, son desplazadas por los principios o normas téticas, que constan en constituciones abiertas que necesitan de indeterminación, ambigüedad y generalidad como instrumentos de desarrollo del margen de apreciación judicial²⁷.

El primer elemento de la declaración constitucional, es que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Este modelo parte, como bien se menciona en la compilación del Ministerio de Justicia, de uno de los tres modelos de Estado: el Estado Absoluto, el Estado Legal o de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho. En breves rasgos, en el Estado Absoluto, el poder está concentrado o centralizado en “la autoridad (monarca, rey, emperador, inca) determina las normas y la estructura de poder. (...). La autoridad emite las normas, administra el Estado y la justicia (...) el Estado no tiene más límites que los que se impone a sí mismo”²⁸. Por otro lado, en el Estado de Derecho, “la ley determina la autoridad y la estructura de poder. Este sistema, en apariencia, es menos autoritario (...) el poder clásicamente está dividido en tres: poder legislativo, judicial y poder ejecutivo”²⁹. Queda claro que el Estado de Derecho es el modelo clásico o tradicional, con división de poderes y control de los mismos. Finalmente tenemos al Estado Constitucional en el que:

(...) la Constitución es quien determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La Constitución es material, orgánica y procedimental: material porque contiene derechos que serán protegidos con particular importancia; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son llamados a garantizar los derechos; procedimental por que se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y

²⁶ Zaidán, Salim. “Neo constitucionalismo”. *Óp.cit.*, p. 27.

²⁷ *Id.*, p. 28.

²⁸ Ávila Santamaría, Ramiro. “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. *Constitución del 2008 en el Contexto Andino*. Ávila Santamaría Ramiro (ed). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 20.

²⁹ *Id.*, pp. 20-21.

reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas³⁰.

Siguiendo el desglose del artículo 1 de la Constitución, se determina también que el Estado Ecuatoriano es un Estado de Justicia. El término justicia tiene varios significados más que discutidos en doctrina y la respuesta a la pregunta hecha por el doctrinario Hans Kelsen de ¿qué es justicia? se encuentra como él mismo lo señala, en un campo demasiado subjetivo y por tanto inalcanzable de definir. Parece pertinente advertir, entonces, que lo justo o injusto dependerá en último término de un sinnúmero de factores que examinados en conjunto terminan escapando al estudio de las ciencias jurídicas. Por lo antes mencionado, resulta innecesario realizar un análisis específico de lo que se entiende por “Estado de Justicia”. En un sentido amplio, se sobreentiende que el Estado llamado a velar por los derechos de sus ciudadanos, es justo en su actuar. Sin embargo, esta conclusión, es verificable en un plano más teórico que en la realidad práctica. Lo que significa que incluso lo que para una sociedad es “justo” no necesariamente lo es para otra.

No obstante a lo precisado, Ramiro Ávila Santamaría aclara que con respecto al Estado de Justicia como declaración de Estado determinado en la Constitución, “la invocación del Estado a la justicia, no significa otra cosa que el resultado del que hacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede ser si no una organización social y política justa”³¹ Para otros autores, el concepto de Estado de justicia parte de la base dogmática de la Constitución. Encuentra por ende su fundamento en la teoría garantista dentro de las diferentes teorías del derecho. Así, para Augusto Durán Ponce, “El garantismo es una crítica a las ideologías políticas que confunden derecho y justicia o viceversa y una crítica a las ideologías jurídicas, que confunden validez con vigencia o efectividad con validez”³². De esta forma, a decir del mismo autor, la referencia a “Estado de Justicia” se centra en el hecho de que en el nuevo modelo constitucional “son los jueces los creadores de derechos y

³⁰ *Id.*, p. 22.

³¹ *Id.*, p. 28.

³² Durán Ponce, Augusto. *Ecuador: Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. <http://blogs.udla.edu.ec/cuestionesculturales1/2013/04/20/ecuador-estado-constitucional-de-derechos-y-justicia/> (acceso: 4/08/2013).

garantes de los mismos”³³. La Corte Constitucional para el período de transición precisando este postulado señala que:

(...) Con el nuevo paradigma constitucional, la Constitución deja de ser un programa político y se convierte en norma jurídica, acercando el modelo continental europeo al modelo del Common Law norteamericano, debiendo recordarse que en la tradición jurídica norteamericana, quien crea el derecho es el juez constitucional³⁴.

Esto vendría a justificar la existencia de un amplio catálogo de principios o normas técnicas a ser interpretados por la Corte Constitucional, en donde los jueces constitucionales se convierten en verdaderos creadores del derecho.

En el artículo 1 de la Constitución, también se declara al Estado Ecuatoriano como un Estado de Derechos. Para la doctrina clásica, como mencionan algunos autores, parecería que existe un error de escritura y que a lo que se refiere es al clásico y conocido Estado de Derecho. Como señala Ramiro Ávila, en derecho constitucional no existe referencia a algo como “Estado de Derechos”, para concluir que el calificativo guarda profunda relación con la declaración de Estado Constitucional. La relación viene dada en contraste con el Estado de Derecho, que se presenta en sus dos modalidades: sometimiento a la ley o a la Constitución. Por su parte, en el Estado constitucional el poder es sometido al poder constituyente y en el Estado de derechos, el poder está en último término sometido a los derechos³⁵. Esto explica en cierta forma una Constitución abierta y plagada de normas técnicas, derechos y principios. Ahora bien, para el mismo autor, “los derechos son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente”³⁶. En este sentido, se puede decir que previos a la misma Constitución y por tanto someten incluso al poder constituyente.

Esta última declaración, también significa que los derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva, tienen fuerza vinculante sobre todos los poderes del Estado. Para el jurista español Luis Prieto Sanchís:

³³ *Ibíd.*

³⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Oficio No. 002-CC-SG. Registro Oficial Suplemento No. 451 de 22 de octubre de 2008.

³⁵ Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador Estado Constitucional... *Óp. cit.*, p. 29.

³⁶ *Ibíd.*

(...) en el Estado Constitucional sabemos que los derechos fundamentales se caracterizan por presentar una fuerza especial o resistencia jurídica frente a la acción de los poderes públicos, incluido el legislador, y también por cierto en las relaciones horizontales o entre particulares³⁷ (Subrayado es mío)

Lo anterior permite concluir que los principios de aplicación de derechos y el ámbito de protección son igualmente aplicables, tanto para el sometimiento de los poderes públicos como para los privados. Lo que se traduce en que independientemente al reconocimiento jurisdiccional a la actividad arbitral, se deberán respetar y aplicar directamente los derechos constitucionales.

1.1.1.1 Principios de aplicación de los derechos

Uno de los principios básicos de aplicación de derechos en el nuevo paradigma constitucional es el principio de aplicación y eficacia directa e inmediata de la Constitución. El artículo 11 de la Constitución dispone que:

(...) los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte³⁸.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en este sentido señalando que:

(...) Los artículos: 11, numerales 3 y 5; 424 y 426 de la Constitución de la República, establecen los principios de eficacia normativa, aplicación directa e inmediata y de favorabilidad para la efectiva vigencia de los derechos y las normas de la Constitución, principalmente aquellas referidas a las garantías de los derechos³⁹.

Superficialmente, parecería ser que la norma constitucional es clara en el sentido que va orientada a servidores públicos, administrativos o judiciales, y los árbitros no comparten ninguna de estas cualidades. Sin embargo, este artículo está íntimamente relacionado, como bien lo determina la Corte Constitucional, con el título de supremacía constitucional y en específico con el artículo 426, que dispone:

Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos

³⁷ Prieto Sanchis, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Troya S.A, 2003, p. 241.

³⁸ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Oficio No. 002-CC-SG. *Óp. cit.*

internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos⁴⁰.

La norma transcrita en su encabezado somete a todas las personas, autoridades e instituciones a la Constitución. Esto se traduce a que durante el proceso arbitral, los árbitros y el proceso mismo, están sometidos a la Constitución. Sin embargo, parecería ser que la norma constitucional citada no resuelve de forma definitiva la interrogante: ¿están los árbitros obligados a aplicar de forma directa e inmediata los derechos y garantías contenidas en la Constitución en el proceso arbitral?

En respuesta a la pregunta planteada, es necesario aclarar que la Corte Constitucional ha desarrollado en muy pocas ocasiones este principio de aplicación de los derechos. Sin embargo, mediante resolución, se señaló lo siguiente sobre el principio de aplicación directa: “implica que cualquier operador jurídico habrá de aplicar por sí mismo la Constitución, aún cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones y aún cuando no haya funcionado correctamente el control de constitucionalidad”⁴¹. En la sentencia No. 001-10-SIN-CC, la Corte Constitucional explica de forma más amplia a este principio de aplicación de derechos en los siguientes términos:

La aplicación y eficacia directa de la Constitución implica que todas las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; por lo tanto, legisladores, jueces y demás servidores públicos, así como los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una norma de decisión, con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales para determinar, de forma legítima, si hacen parte o no del ordenamiento jurídico; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos provocados por ausencia de ley o por evidentes contradicciones respecto de la Constitución, habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental; y c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución⁴².

⁴⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Oficio No. 002-CC-SG. *Óp. cit.*

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-10-SIN-CC. Registro Oficial Suplemento No.176 de 21 de abril de 2010.

Tanto la resolución citada como la sentencia, aclaran que el principio de aplicación y eficacia directa de la Constitución es aplicable tanto para cualquier otro operador jurídico como para particulares. Lo que permite volver a las consideraciones del COFJ sobre el ejercicio de la jurisdicción en donde se incluye a los árbitros. Esto significaría que los árbitros cuando les corresponda deberán aplicar directamente las normas constitucionales, mucho más si trata de derechos y garantías de los particulares. La jurisprudencia comparada comparte esta perspectiva: “la determinación voluntaria de acudir a una forma alternativa de resolver conflictos, con la garantía de que, como acontece en los demás procesos, los derechos consagrados en la Constitución y la ley tienen plena vigencia”⁴³

Ahora bien, en complemento a lo anterior, lo árbitros por cuanto ejercen jurisdicción son, en el plano teórico, operadores jurídicos. Su competencia emana, como ya se aclaró anteriormente, de la Constitución y de la Ley, por lo que deberán aplicar de forma directa e inmediata los derechos y garantías contenidos en la Constitución, cuando corresponda, y tomando en cuenta las particularidades del proceso. La jurisprudencia comparada, hace esta correlación en donde se considera a los árbitros como verdaderos operadores de justicia. En este sentido la Corte Constitucional Colombiana se pronuncia con respecto a los árbitros señalando que:

(...) La justicia arbitral también se caracteriza por su naturaleza procesal, debido a que está sujeta a las reglas básicas de todo proceso: el respeto por los derechos fundamentales de las partes, especialmente de los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, y el acatamiento de las normas de orden público que reglamentan las actuaciones de los árbitros y de las partes⁴⁴.

No obstante, con el objetivo de entender los derechos y garantías directamente aplicables al proceso arbitral, o que en todo caso los árbitros deberán tomar en cuenta, es indispensable realizar una diferenciación previa de los tipos de garantías constitucionales. Las garantías constitucionales tienen varias formas de clasificación en doctrina. Se ha seleccionado el esquema propuesto por el profesor Colón Bustamante, quien señala que son de dos clases: primero, las garantías normativas que “guardan

⁴³ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia No. T-058/09. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-058-09.htm> (acceso: 14/08/2013).

⁴⁴ *Ibíd.*

relación con las seguridades relativas a los derechos y libertades de los ciudadanos y ciudadanas (...) son normas constitucionales destinadas a asegurar la vigencia de los derechos constitucionales y también de los demás derechos fundamentales”⁴⁵. Segundo, las garantías jurisdiccionales, que “pertenecen a la función judicial cuya potestad tienen las juezas y jueces ordinarios que controlan y disponen medidas reparatorias”⁴⁶. De acuerdo al mismo autor, estas últimas garantías se clasifican en genéricas y específicas.

Las genéricas “son aquellas que tutelan todos los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución”⁴⁷. Por ejemplo, la de tutela judicial efectiva, seguridad jurídica, que incluye a todas las garantías del debido proceso. Mientras que las específicas son mecanismos o instrumentos de tutela⁴⁸ como por ejemplo, la acción de protección, la acción extraordinaria de protección, la acción de acceso a la información y las demás contenidas en Título III, capítulo III de la Constitución de la República.

Finalmente, siguiendo este orden de ideas, para temas procesales y sustantivos en el arbitraje, los árbitros deberán tener en consideración la aplicación, de cualquiera de las garantías jurisdiccionales, en tutela de los derechos de las partes. Las razones son: que cuando los árbitros ejercen jurisdicción, adquieren la calidad de operadores jurídicos. Esta calidad impone límites al proceso, límites que se encuentran en normas constitucionales y legales de orden público, que son por tanto irrenunciables. Lo anterior también se traduce en que los principios de aplicación de derechos como son, por ejemplo; el de aplicación y eficacia directa de la Constitución, son igualmente aplicables al proceso arbitral.

4.2. Naturaleza Jurídica del Arbitraje

En la doctrina existen varias teorías o tesis que pretenden explicar la naturaleza jurídica del arbitraje. Como es lógico, la institución arbitral es una institución compleja que parte de diversas particularidades; entender la naturaleza jurídica de ésta es

⁴⁵ Bustamante, Colón. *Nueva Justicia Constitucional...* Óp.cit., p. 216.

⁴⁶ *Id.*, p. 222.

⁴⁷ *Id.*, p. 223.

⁴⁸ *Id.*, p. 224.

indispensable para el tema que se trata en esta tesina. Las teorías oscilan entre el campo de acción de esta institución o el campo del derecho en el cual se encuentra y; por tanto, es mayormente regulada. Roca Martínez señala que el estudio de la naturaleza jurídica del arbitraje tiene importantes consecuencias en su funcionamiento como por ejemplo, “la normativa aplicable supletoriamente ante la existencia de posibles lagunas, el alcance y límites de la revisión en vía jurisdiccional del laudo (...) o la eficacia de las decisiones arbitrales extranjeras”⁴⁹. Por lo mismo, lo que se pretende con el estudio de la naturaleza jurídica es ubicarlo dentro del sistema jurídico ecuatoriano, y con ello entender las normas supletorias que aplican al proceso. El planteamiento podría partir de ubicar esta institución dentro del derecho público, privado o dentro del derecho procesal. La realidad en cada uno de estos campos es distinta, con relación a las regulaciones y límites que se podrían presentar.

4.2.1. Postulados y tesis

En el Ecuador el problema mencionado parecería estar resuelto, puesto que el artículo 7 del COFJ dispone en su inciso tercero, que los árbitros en efecto tienen y ejercen funciones jurisdiccionales de conformidad con la Constitución y la Ley. No obstante, la determinación de que los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales no da por sentado que la naturaleza de la institución sea inminentemente procesal. Como ya se mencionó anteriormente, el arbitraje es una figura compleja que por sí misma está compuesta de otras figuras y por tanto, puede ser estudiada desde una diferente perspectiva del derecho, de forma independiente, en relación a sus momentos. En este sentido, el profesor Ernesto Salcedo Verduga advierte que:

(...) el arbitraje en el Ecuador ha sido concebido con una naturaleza eminentemente procesal, si bien la fase inicial del arbitraje (convenio arbitral, elección de los árbitros, etc.) está sometida a la voluntad privada de las partes, una vez que el árbitro designado actúa ya como tal, se convierte en juez investido del poder jurisdiccional que le es conferido por la Constitución de la República y realiza la función de administrar justicia, la que nace, en consecuencia, por mandato del propio Estado⁵⁰.

⁴⁹ Roca Martínez, José. *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. Barcelona: BOSCH, 1992, p. 37.

⁵⁰ Salcedo Verduga, Ernesto. *El arbitraje: La Justicia Alternativa*. 1ra ed. Quito: Cevallos Editorial Jurídica, 2001, p. 60.

Para Cesar Landa, las diversas tesis que discuten la naturaleza jurídica del arbitraje se centran en tres principales teorías; primero, la teoría contractualista que algunos autores llaman privatista. A saber de este autor, “los seguidores de esta corriente sostienen que el arbitraje se encuentra dentro del ámbito del derecho contractual y el efecto vinculante del laudo arbitral tiene como fundamento el principio de *pacta sunt servanda*.”⁵¹ Segundo, la teoría jurisdiccionalista, “para los partidarios de esta teoría, la facultad de los árbitros de resolver controversias de carácter disponible no proviene de las partes, sino del *ius imperium* del Estado, que les confiere tal atribución y dota al laudo arbitral de la fuerza vinculante de un fallo judicial.”⁵² Por último, la tercera teoría, es la teoría mixta o ecléctica, de acuerdo a lo señalado, “sus seguidores sostienen que el arbitraje, cuenta con una naturaleza jurídica propia, que conjuga las características de la teoría contractualista y de la teoría jurisdiccionalista armonizándolas en una suerte de jurisdicción convencional.”⁵³ No obstante lo mencionado, algunos autores agregan una cuarta que es la teoría autónoma, bajo la cual la institución no es parte ni del derecho contractual, ni del derecho procesal ni es mixto. Su naturaleza es autónoma con regulaciones y derecho propio. La consideración de esta teoría partirá del sistema legal desde donde se analice a la institución arbitral.

Roca Martínez propone un esquema similar en la clasificación de las diferentes tesis respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje. En este sentido, se pueden encontrar: primero, las tesis privatistas que explican la naturaleza del arbitraje en su equiparación con un contrato privado, donde rige como es lógico el principio de la autonomía de la voluntad, a saber de este autor entre los principales precursores de esta tesis se encuentran; Poncet, Chiovenda, Weil, Becuña, Guasp Delgado⁵⁴. Segundo, las tesis jurisdiccionalistas donde existe ya una apreciación más estrecha entre el arbitraje y la jurisdicción, reconociéndole por ende un carácter jurisdiccional al arbitraje, aquí se encuentran teorías “que oscilan entre la equiparación absoluta entre el árbitro y juez hasta una relación más tenue como un simple reconocimiento como fallo judicial del

⁵¹ Landa, Cesar. *El Arbitraje y su Control Constitucional*. *Óp.cit.*, p. 293.

⁵² *Id.*, pp. 293- 294.

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ Roca Martínez, José. *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. *Óp.cit.*, p. 39.

laudo emitido por los árbitros”⁵⁵ para este autor dentro de sus principales precursores se encuentran, Mortara, Bonifante, Rocco, Vescovi. A estas dos tesis le seguirán las teorías intermedias, que defienden al arbitraje “en su origen como un negocio privado, pero procesal por las sujeciones y limitaciones a que esta voluntad es sometida y por las actividades de orden también procesal que hace surgir”⁵⁶ La similitud entre ambas clasificaciones es fácil de apreciar. Aunque resulta fundamental aclarar, que la discusión sobre la naturaleza jurídica corresponde en último término, al campo académico. La naturaleza jurídica del arbitraje al margen de un determinado Estado dependerá adicionalmente, de la legislación que regule a la institución en dicho Estado.

Relacionando lo anterior a la legislación ecuatoriana, ésta otorga facultades jurisdiccionales a los árbitros y los convierte por ello en verdaderos administradores de justicia, pero además la Constitución reconoce al arbitraje y remite su regulación a la misma Constitución y a la ley; académica y prácticamente, no se podría clasificar al arbitraje como una institución contractualista o jurisdiccionalista. La institución está llena de figuras complejas, por lo que se debería considerar una naturaleza mixta o intermedia. Dado que, si bien es cierto que las partes se vinculan por el principio de autonomía de la voluntad y la cláusula arbitral puede ser estudiada a la luz del mundo de los contratos y obligaciones. No se puede dejar de lado, que los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales otorgadas por el mismo Estado e indirectamente por los particulares.

No obstante, existen opiniones divididas al respecto. Por ejemplo, para Carlos Larreategui, el arbitraje parecería tener una naturaleza inminentemente procesal – jurisdiccional y, por ello señala que;

(...) Rocco entre otros afirman que los árbitros desempeñan una auténtica función jurisdiccional. El estado ha establecido los tribunales y juzgados cuya misión es la protección de los derechos subjetivos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, a los cuales corresponde normalmente decidir los conflictos que se presentan entre los miembros de la sociedad. La actuación de esos órganos jurisdiccionales se somete a normas de carácter coactivo, esto es que las partes no pueden derogar por su voluntad sino en los casos determinados por la ley. Surge así la jurisdicción

⁵⁵ *Id.*, p. 44.

⁵⁶ *Id.*, p. 49.

convencional (...), como jurisdicción de carácter excepcional y complementaria frente a la jurisdicción legal⁵⁷.

Finalmente, no se puede dejar de lado, que por la simple calidad que ostentan de administradores de justicia, sus actuaciones se encuentran sometidas a ciertos límites de orden legal y constitucional como ya se ha mencionado antes. Tan verificable es esta conclusión en la práctica, que el laudo podría ser susceptible de nulidad si no se respetan ciertas garantías básicas y mínimas del debido proceso contenidas en el artículo 31 de la LAM. Mucho más estarían los árbitros obligados por la calidad que ostentan a respetar y proteger derechos fundamentales de índole procesal, irrenunciables y garantizados en la Constitución.

4.3. Principio de Tutela Judicial Efectiva

Históricamente, el principio parte de la base de las Constituciones europeas redactadas a partir de la Segunda Guerra Mundial. De acuerdo a Araujo-Oñate este derecho nace de la necesidad de proteger las violaciones a los individuos tras las violaciones cometidas por el nacional socialismo⁵⁸, en donde se abrió la necesidad de ampliar al catálogo de derechos “en la medida en que existían actuaciones del Estado que se encontraban inmunes frente al control jurisdiccional o apariencia de procesos, donde las garantías previstas no eran reales ni efectivas”⁵⁹. La primera Constitución en contemplar este derecho fundamental, fue la Constitución italiana de 1947, seguida por la Ley Fundamental de Bohn⁶⁰, en cuanto se relacionaba con el derecho a acceder y defenderse ante los tribunales. No obstante, este primer elemento del derecho,

(...) no es la única protección que involucra, sino que comprende además todas las actuaciones procesales posteriores a la presentación de la demanda y que son útiles para hacer real y efectiva la tutela jurisdiccional, incluidas las medidas cautelares que sirvan para proteger los derechos públicos subjetivos⁶¹.

4.3.1. Definición

⁵⁷ Larreátegui Mendieta, Carlos. *Contribución al estudio del arbitraje privado*. Quito: Cámara de Comercio de Quito, 1982, p. 31.

⁵⁸ Araujo-Oñate, Rocío Mercedes. “Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado”. *Revista Estudios Socio Jurídicos*. 2011. p. 258. <http://doctrina.vlex.com.co/vid/efectiva-fortalecer-vision-comparado-306655486> (acceso: 23/08/2013)

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ Barnés Vásquez. *La justicia administrativa en el derecho comparado*. Madrid: Civitas, 1993, pp. 251-255.

⁶¹ *Ibíd.*

La Constitución de la República del Ecuador contiene en su Título II, Capítulo Octavo “Derechos de Protección” al principio de tutela judicial efectiva, en este sentido:

(...) Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley⁶².

La simple lectura de este texto, podría llevar a la conclusión de que este principio no es aplicable al arbitraje sino más bien, únicamente a la justicia estatal que es por definición pública y gratuita y se relaciona con dos principios rectores contenidos en la Constitución para la administración de justicia que son: la inmediación y la celeridad.

En otras Constituciones de origen romanista-continental también se encuentra reflejado el derecho a la tutela judicial efectiva en términos similares al de nuestro texto constitucional, como en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o de forma global como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos humanos. En el mismo sentido lo contempla la Constitución venezolana⁶³, de forma mas amplia se encuentra en el Código Procesal Constitucional Peruano⁶⁴ y en términos muy similares en la Constitución española.⁶⁵ No obstante a lo expuesto, y en relación con este derecho y el arbitraje, para el profesor Ernesto Salcedo Verduga:

⁶² Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 75. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁶³ Constitución Venezolana. Artículo 26. “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles. http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Venezuela.pdf (acceso: 4/09/2013).

⁶⁴ Código Procesal Constitucional Peruano. Artículo 4. “Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.” En http://tc.gob.pe/Codigo_Procesal.html (acceso: 4/09/2013).

⁶⁵ Constitución Española. Artículo 24. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=15&fin=29&tipo=2> (acceso: 4/09/2013).

(...) si bien el convenio arbitral, revela la voluntad de las partes de excluir sus conflictos del ámbito de la justicia ordinaria, esto no significa en modo alguno que al hacerlo renuncian ellas a su derecho constitucional a obtener una efectiva tutela judicial (...) esta tutela judicial se manifiesta en una instancia irrenunciable – vía el recurso de anulación que concede al estado la potestad de verificar, a través de órganos de la función judicial, que el proceso haya cumplido en su trámite todos los requerimientos que la ley considere indispensables para la correcta administración de justicia, y de anular el laudo caso contrario⁶⁶.

La razón de lo anterior es que el principio de tutela judicial efectiva no comprende, como dice la doctrina y la jurisprudencia, únicamente el derecho al acceso a la justicia. Esta conclusión sería una observación muy estricta del derecho⁶⁷. Lo que lleva a realizar una consideración más amplia como bien lo ha entendido la doctrina española. Entonces, si el derecho involucra al derecho de acceso efectivo a la justicia que implica tanto el libre acceso como la correcta defensa, también comprende el “obtener una respuesta pronta y de fondo a la reclamación de sus derechos, con las garantías propias del debido proceso, y a través de la obtención de una sentencia motivada, congruente y fundada que sea efectivamente cumplida”⁶⁸. Esto se encuentra ampliamente justificado legal y constitucionalmente en el derecho comparado.

Doctrinariamente, se ha discutido mucho sobre el concepto y definición de este derecho. En este sentido, se pueden encontrar dos corrientes y definir las, como la tesis específica y la tesis amplia. Para la primera, el derecho a la tutela judicial efectiva, de acuerdo a Carroca implica: “la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales iniciando un proceso; la obtención de una sentencia motivada que declare el derecho de cada una de las partes; la posibilidad de las partes de poder interponer los recursos que la ley provea; y la posibilidad de obtener el cumplimiento efectivo de la sentencia”⁶⁹. Para la segunda, Javier Perozo explica que existe una corriente contraria, que encuentra sustento en jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano en donde se considera que la tutela judicial efectiva es:

⁶⁶ Salcedo Verduga, Ernesto. *El arbitraje: La Justicia Alternativa*. Óp. cit., p. 147.

⁶⁷ Rajzman, Maximiliano y Salcedo, Esteban Daniel. *La vigencia de la regla “solve et repete” y la garantía a la tutela judicial efectiva en el marco constitucional argentino actual*. Buenos Aires – Argentina. <http://ar.vlex.com/vid/vigencia-regla-solve-tutela-argentino-396725010> (acceso: 10/09/2013).

⁶⁸ Beltrán Nándar, Juliana. *La Tutela Judicial Efectiva en el Código General del Proceso*. <http://vlex.com/vid/436643973> (acceso: 17/09/2013).

⁶⁹ Perozo, Javier. “La Tutela Judicial Efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. *Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*. No. 14-3. (2007). p. 2. <http://doctrina.vlex.com.ve/vid/tutela-efectiva-constitucion-bolivariana-44862581> (acceso: 20/09/2013).

(...) la suma de todos los derechos constitucionales procesales (...); derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, el derecho a una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos, sin reposiciones inútiles, derecho al debido proceso, derecho a la defensa, derecho a ser notificados de los cargos que se imputan, derecho a la presunción de inocencia, derecho de acceso a las pruebas, derecho a ser oído en toda clase de proceso, derecho a un tribunal competente, derecho a intérprete, derecho a ser juzgado por jueces naturales y derecho a no confesarse culpable, entre otros⁷⁰.

La Corte Constitucional ecuatoriana se ha pronunciado escasamente sobre el concepto de este derecho. No obstante, menciona:

(...) Que esta garantía jurisdiccional es un derecho fundamental por desviación, en tanto que resulta necesaria para dar efectividad a los derechos fundamentales en sentido propio, cuando fracasa la garantía primaria de estos (la obligación jurídica de respeto al imperativo que encarnan). Y, a su vez, las garantías procesales, o garantías frente al poder del juez en el proceso, gozan de idéntico estatuto, debido a que constituyen otros tantos límites destinados a circunscribir el alcance de las intervenciones de aquel (...) se configuran dos dimensiones, una relacionada con el acceso a la administración de justicia (...) otra como lo señala Robert Alexy relativa a considerarla como el derecho a la organización y procedimiento⁷¹

Independientemente de la tesis que se seleccione, como se aprecia, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho complejo y compuesto, por ende, está conformado de varios elementos. Se podría afirmar con tranquilidad que este derecho es parte de los derechos constitucionales procesales y que por la calidad de administradores de justicia que ostentan los árbitros les corresponde velar por estos derechos y aplicarlos, al proceso arbitral. Por ello, los árbitros deberán resguardar estos derechos garantizados en la Constitución, dado que los mismos deben ser aplicados en lo que corresponda, al proceso arbitral.

Queda claro, entonces, que el derecho en cuestión podrá ser entendido en el arbitraje como el derecho a la tutela arbitral efectiva y tiene como fundamento el derecho a la tutela judicial efectiva. Resulta indispensable señalar que la distinción es solamente para objeto de la presente tesina y tiene como fin una separación meramente académica. Dado que, en esencia, es el mismo derecho, solamente que la tutela arbitral

⁷⁰ *Id.*, p. 3.

⁷¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 034-09-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento No. 97. de 29 de diciembre de 2009.

efectiva esta comprendida en el derecho de tutela judicial efectiva, en todo lo que le sea aplicable.

4.3.2. Contenido

Ya se estableció que con independencia a la tesis que se seleccione, el derecho a la tutela judicial efectiva es un principio constitucional complejo y compuesto de varios momentos o elementos. En términos generales, se ha entendido que este derecho opera de forma transversal, pues atraviesa todo el proceso y vela por su correcto desarrollo. Por ello, los elementos que comprende este derecho siguiendo la línea de la doctrina española. Son: primero, el acceso a la jurisdicción. Segundo, que este acceso se dé con las garantías básicas del debido proceso. Tercero, que la sentencia o resolución sea eficaz, efectiva⁷² y ejecutable. En Ecuador no existe en la legislación infra constitucional una definición para el derecho a la tutela judicial efectiva; no obstante, el artículo 23 del COFJ⁷³, establece un deber fundamental de protección por parte de la función judicial a este derecho. Incluso, se declara la responsabilidad estatal por mala o deficiente administración de justicia para todos los casos en los que alguna de las partes haya quedado en indefensión.

La doctrina y la jurisprudencia señalan también cuáles son estos aspectos fundamentales o elementos. Sin embargo, no existe consenso respecto a una clasificación. Por ello, es indispensable considerar que los tres elementos mencionados comprenden el desarrollo completo del proceso. Por lo mismo, para Picó apeándose a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, este derecho incluye; “1. El

⁷² Lo que en último término protege es que la sentencia sea oportuna y útil para las partes. En esta protección en donde se encuentra la necesidad si es que es el caso de ordenar medidas cautelares que en último término aseguran que la sentencia sea útil para las partes.

⁷³ La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso. La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocada indefensión en el proceso. Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles.

derecho de acceso a los tribunales. 2. El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente. 3. Derecho a la efectividad de las resoluciones arbitrales. 4. Derecho al recurso legalmente previsto”⁷⁴ Aunque el cuarto elemento es agregado por el autor, si se toma de forma amplia el derecho a la efectividad de la resolución, resulta evidente que el derecho al recurso previsto podría ser parte del mismo.

Por otro lado, García Leal señala que existen más componentes que forman parte de este derecho. Lo anterior lleva a la conclusión que si bien se los sintetiza de forma global, el derecho encuentra suficiencia en los tres elementos aclarados anteriormente. Para esta autora, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende: el derecho a acceder a los tribunales, el derecho a pedir y obtener medidas cautelares, el derecho a la defensa con sus garantías básicas, el derecho a recibir asistencia jurídica, derecho a obtener una sentencia eficaz y oportuna y derecho a ejecutar ese fallo.⁷⁵

La Corte Constitucional en el Ecuador se ha pronunciado sobre la identificación de los elementos que conforman este derecho,

(...) El derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y en éste se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia⁷⁶. (el subrayado es mío)

El pronunciamiento de la Corte Constitucional es apegado con los tres elementos señalados, es decir: acceso a la jurisdicción, que durante el proceso se respeten las garantías básicas y eficacia de la sentencia. En esta cita la Corte cita jurisprudencia

⁷⁴ Picó Junoy, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. España: J.M. Bosch Editor, 2012, p. 57.

⁷⁵ García Leal, Laura. “El Debido Proceso y la Tutela Judicial Efectiva”. *Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*. No. 10-3. (2003). <http://doctrina.vlex.com/ve/vid/debido-proceso-tutela-judicial-efectiva-44976885> (acceso: 22/09/2013).

⁷⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 030-SCN-CC. Registro Oficial Suplemento No. 359 de 10 de enero de 2011.

extranjera, la sentencia⁷⁷ No. 425/2002 de la Corte Constitucional Colombiana (sic) y a través de esta identifica los elementos, de este derecho transversal.

Ahora bien, por razones de enfoque se estudiará únicamente, el último elemento: que la sentencia o resolución sea eficaz, oportuna, efectiva y ejecutable. Para Joan Picó, en este último momento se pueden “distinguir tres grandes materias que inciden directamente sobre dicha efectividad, a saber, la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales; las medidas cautelares; y la ejecución de las resoluciones judiciales firmes.”⁷⁸ La materia que corresponde analizar es fundamentalmente la justificación de este derecho para la ejecución de medidas cautelares. Las medidas tendrán como uno de sus fines la obtención de una sentencia eficaz y oportuna para las partes.

Siguiendo este orden de ideas se ha entendido que “las medidas que se adopten deben servir para poder garantizar el objeto del proceso, es decir, la efectividad y ejecución de la sentencia (...), que constituye una manifestación del derecho a la tutela cautelar que se deduce de la tutela judicial efectiva”⁷⁹ Por otro lado, para el mismo autor resulta negativo “eliminar (...) la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia, pues así vendría a privarse a los justiciables de una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva”⁸⁰. Por lo tanto, el derecho comprende la adopción de medidas cautelares destinadas a asegurar la eficacia y oportunidad de la sentencia. Ahora, sobre la jurisdicción contencioso administrativa y la suspensión de actos administrativos, el Tribunal Constitucional español ha señalado que: “del derecho a la tutela judicial efectiva se deriva la potestad jurisdiccional (...) de suspender la ejecución de tales actos

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. 425/2002. Citado en; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 034-09-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento No. 97 de 29 de diciembre del 2009. “El acceso a la administración de justicia se define también como un derecho medular, de contenido múltiple o complejo, cuyo marco jurídico de aplicación compromete, en un orden lógico; (i) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar todos los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones (...) (ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas; (iii) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (iv) el derecho a que los procesos se desarrollen (...) con la observancia de las garantías propias del debido proceso (v) el derecho a que existan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales- acciones y recursos para la efectiva resolución de los conflictos”

⁷⁸ Picó Junoy, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Óp. cit., p. 86.

⁷⁹ Araújo-Oñate, Rocío Mercedes. *Acceso a la justicia efectiva... Óp.cit.*, p. 277.

⁸⁰ Picó Junoy, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Óp. cit., p. 91.

al objeto de asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso.”⁸¹

4.3.3. Naturaleza jurídica del derecho

A breves rasgos, se ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho absoluto y fundamental. Los titulares de este derecho son todas las personas naturales y jurídicas, inclusive la misma administración pública, cuando tengan un interés legítimo, cualquier podrá exigirlo. Para la doctrina española este es “un derecho omnicomprendido y complejo que trata como una unidad todos los derechos que involucra (...) absoluto, lo que significa que no es ponderable cuando colisiona con otros derechos fundamentales o valores constitucionales”⁸². La Constitución y el COFJ inclusive establecen responsabilidad estatal, en caso de violaciones a este derecho, lo que evidencia su característica de absoluto.

En el Ecuador, como ya se mencionó anteriormente, este derecho es parte de los derechos de protección garantizados en la Constitución. La Corte Constitucional afirma con respecto a los derechos de protección que: “la aplicación de estos derechos en la parte orgánica de la Constitución se encuentra definitivamente vinculada a los principios de la administración de justicia, contenidos en el artículo constitucional 168.”⁸³ Adicionalmente, históricamente el derecho a la tutela judicial efectiva, “ha conducido a que la justicia administrativa trascienda su rol histórico relativo a la protección de la legalidad objetiva”⁸⁴ lo que ha generado un carácter anti formalista del contencioso administrativo.⁸⁵ De esta forma, la jurisprudencia comparada ha promovido la posibilidad de limitar el principio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos permitiendo, como es obvio, su suspensión como medida cautelar dentro del proceso contencioso administrativo.

⁸¹ *Id.*, p. 93.

⁸² Araújo-Oñate, Rocío Mercedes. *Acceso a la justicia efectiva...Óp.cit.*, p. 278.

⁸³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 018-11-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento No. 572 de 10 de Noviembre del 2011.

⁸⁴ Araújo-Oñate, Rocío Mercedes. *Acceso a la justicia efectiva...Óp.cit.*, p. 277.

⁸⁵ *Id.*, p. 277.

4.4. Aplicación de las garantías constitucionales al proceso arbitral

La aplicación del derecho constitucional procesal al proceso arbitral tiene su justificación, como ya se mencionó anteriormente, en algunas particularidades: primero, el reconocimiento constitucional que recibe la institución como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Segundo, la calidad de operadores de justicia y el reconocimiento legal de que los mismos ejercen funciones jurisdiccionales y por ende son administradores de justicia. Lo anterior se traduce en que a pesar de tratarse de jurisdicción convencional, la calidad que los árbitros ostentan convierte a la actividad, en una función pública de interés general. La Corte Constitucional se ha pronunciado en este sentido cuando señala:

(...) los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de la persona, al debido proceso y a la defensa, se superponen a todas las normas y reglas procesales, por su carácter de prevalente que irradia a todo el ordenamiento jurídico y, con mayor razón, a la actividad judicial. En tal sentido, la normativa legal que rige su actuación, que si bien no puede ser desconocida por los operadores judiciales, debe ser conforme a los principios y derechos constitucionales (principio de legalidad), de tal forma que propendan al cumplimiento de los fines del Estado, y a la realización del derecho de las personas como verdadera garantía de acceso a la administración de justicia. A ello se debe la importante labor que cumplen los jueces y demás operadores judiciales de aplicar las leyes y demás normas legales en armonía con lo establecido en la Constitución de la República, norma suprema del ordenamiento jurídico y eje central del derecho nacional, con la finalidad de garantizar la vigencia de la Carta Suprema⁸⁶.

La jurisprudencia comparada, se defiende incluso la posibilidad de plantear acciones constitucionales contra el laudo arbitral si los árbitros no respetan los derechos fundamentales de carácter procesal. En este sentido, citando al Tribunal Constitucional, el jurista Cesar Landa miembro del Tribunal Constitucional peruano señala que:

(...) será posible cuestionar la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva (...) en tal medida será posible interponer un proceso constitucional de amparo cuando el proceso arbitral se haya realizado incumpliendo los principios constitucionales de tutela judicial y debido proceso, que sean aplicables en la jurisdicción arbitral⁸⁷.

⁸⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 034-09-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento No. 97 de 29 de diciembre del 2009.

⁸⁷ Landa, Cesar. *El Arbitraje y su Control Constitucional*. Óp. cit., p. 314.

No obstante lo anterior, su aplicación radica en el mismo predicado constitucional: “Estado de Derechos”, puesto que uno de los fines del artículo 1 de la Constitución, es que exista “reconocimiento, promoción y garantía de los derechos constitucionalmente establecidos, (...). En este sentido, afirmar que el Estado es de derechos, significa que hay una centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la ley”⁸⁸. Se sobreentiende de esta forma, que la fuerza vinculante de los derechos irrenunciables contenidos en la Constitución e instrumentos internacionales prevalece sobre toda autoridad pública o privada, lo que incluiría a los árbitros por la calidad de administradores de justicia con la que están investidos. De esta forma, les competen los principios de aplicación de esos derechos como es la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales, entre las que se encuentran comprendidas las del derecho constitucional procesal.

Cabe recordar que con relación a los principios de aplicación de derechos y a quien le compete realizar la aplicación de estas normas constitucionales en el nuevo modelo constitucional, se ha señalado que:

(...) toda norma constitucional es aplicable aún cuando tenga la estructura de un principio (...) por otro lado los sujetos destinatarios de los derechos, ya no son exclusivamente las autoridades judiciales (...) las normas están destinadas a vincular y limitar a cualquier persona que se encuentre en situación de poder.⁸⁹

Esto implicaría que los árbitros aunque no se acepte la tesis jurisdiccionalista se encuentran en una situación de poder y ello los limita o vincula en sus funciones a las normas del Derecho Constitucional Procesal.

4.5. La Constitución y los arbitrajes locales donde el Estado es parte

Sin dejar de lado, las consideraciones sobre la aplicación directa e inmediata al arbitraje, del derecho a la tutela judicial efectiva y demás principios y normas del derecho constitucional procesal. En los arbitrajes en donde el Estado es parte, legalmente hay requisitos o particularidades que deben ser observadas. Los mismos se encuentran contenidos en la LAM y la Ley Orgánica de la Procuraduría General del

⁸⁸ Ávila Santamaría, Ramiro. *Ecuador Estado Constitucional... Óp. cit.*, p. 28.

⁸⁹ Ávila Santamaría, Ramiro. *Ecuador Estado Constitucional... Óp. cit.*, p. 52.

Estado. No obstante, de los requisitos generales establecidos para todos los procesos arbitrales. En este sentido el artículo 4 de la LAM dispone:

“Art. 4.- Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma. Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;

b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros;

d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral”

Para Edgar Neira Orellana los requisitos exigidos en materia de validez del proceso se pueden clasificar en dos tipos: los requisitos de orden material y los requisitos de orden formal. “Entre los requisitos materiales están la transigibilidad del derecho discutido en juicio, la naturaleza contractual de la controversia y la resolución fundada en derecho”⁹⁰; por otra parte, “entre los requisitos formales están los que mandan que la cláusula de compromiso arbitral sea anterior a la controversia, que se señale la forma en la que se designarán a los árbitros y que esté suscrita por la persona autorizada”⁹¹.

Es indispensable aclarar que con mayor razón, en los arbitrajes con el Estado, los principios del derecho constitucional procesal son igualmente aplicables por parte de los árbitros. En realidad, estos son de directa e inmediata aplicación en el proceso. En todo caso, los árbitros, al igual que en arbitrajes entre particulares, deberán velar por la protección y respeto a estos principios en virtud de la calidad que ostentan.

⁹⁰ Neira Orellana, Edgar. “El Estado y el Juicio de Arbitraje según la Legislación Ecuatoriana”. *Iuris Dictio*. VII/11. (2007), p. 63.

⁹¹ *Ibíd.*

Lo que se pretende con el presente capítulo es lograr un acercamiento entre la justicia arbitral o el derecho arbitral y la Constitución actual en el marco del neo - constitucionalismo. Se pretende explicar de forma sumaria la naturaleza jurídica del arbitraje tanto en forma académica como legislativa. Por supuesto el acercamiento trata primordialmente sobre la aplicación al proceso arbitral de normas imperativa del derecho constitucional procesal como es el principio de tutela judicial efectiva. El mismo se desarrolla en sus distintos elementos con el objetivo de determinar su naturaleza y sus características mínimas. En breve, argumentar que la mera posición de los árbitros como administradores de justicia y poseer jurisdicción están en la obligación tanto legal como constitucional de aplicar directamente varios principios y derechos constitucionales.

CAPÍTULO II

5. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE CON EL ESTADO

El tema de las medidas cautelares en los arbitrajes en donde el Estado es parte puede ser analizado desde una óptica doble: en el ámbito local e internacional. Por motivos de extensión y profundidad se estudiará la institución de las medidas cautelares dentro de los arbitrajes locales. Pese a que la tutela cautelar y las medidas cautelares “están plenamente reconocidas en convenios internacionales, multilaterales, bilaterales, reglamentos de arbitraje y en la legislación interna de cada país”⁹². Localmente, no existe una regulación específica y ordenada del instituto de medidas cautelares contra la administración pública. En contraste con el derecho comparado en donde la evolución en materia de medidas cautelares ha sido más visible en protección de los derechos de los particulares. Para De la Rúa, la justificación de adopción de medidas cautelares en los procesos, donde el Estado es parte, tiene su fundamento técnico – práctico, en que la “administración que actúa intensamente y cuyo campo de acción tiende a ser cada vez más amplio, entra en frecuente colisión con los particulares”⁹³.

En términos generales, gran parte de la doctrina ha entendido que el derecho en que las medidas cautelares encuentran su sustento, es el derecho a tutela judicial cautelar o simplemente a la tutela cautelar. Sin dejar de lado que también se encuentra comprendido dentro del derecho a la tutela judicial efectiva y por tanto, es un “derecho fundamental de configuración legal”⁹⁴. No obstante, existe un sector de la doctrina que defiende la autonomía de la tutela cautelar partiendo del supuesto de que este derecho se encuentra garantizado en algunas Constituciones en el campo del derecho comparado. Por lo mismo, se menciona que “para asegurar que la tutela judicial sea efectiva alcanzan un inequívoco rango constitucional, cuya natural consecuencia ha de ser, pues (...) la consagración también de un auténtico derecho fundamental a las medidas

⁹² Ramos, Francisco. *Arbitraje y proceso internacional*. Barcelona: Librería BOSCH, 1987, p. 194.

⁹³ De la Rúa, Fernando. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: De Palma, 1991, p. 31.

⁹⁴ Torres Fernández de Sevilla, José María y Casero Linares, Luis. *Los Procesos Civiles*. 2da ed. Tomo 4. Barcelona: BOSCH, 2010, p. 3037.

cautelares”⁹⁵. Por lo que en términos generales no puede existir una tutela judicial verdaderamente efectiva, sin medidas adecuadas que aseguren una sentencia eficaz y oportuna para las partes en el procedimiento.

Finalmente y en concordancia a lo expuesto, para la doctrina española;

(...) el derecho fundamental a la tutela cautelar es el derecho que asiste a las partes procesales que soliciten la tutela jurídica de los tribunales a obtener de estos la adopción tempestiva de aquellas medidas cautelares que en cada caso resulten necesarias para asegurar la total efectividad y utilidad real, del futuro pronunciamiento judicial de fondo que se emita tras la celebración de los distintos trámites a través de los cuales se desarrolla el proceso.⁹⁶

La justificación de la adopción de medidas cautelares en los arbitrajes donde el Estado es parte, encuentra su última justificación, en su finalidad preventiva y en el derecho a la Tutela Judicial Efectiva. Esta, para Ortells Ramos, se explica de la siguiente forma: “entre el momento en que (...) debió producirse la satisfacción y el momento en que efectivamente se produce mediante sentencia (...) implica ya de por sí que el proceso no cumple, con perfección ideal, su función de realización del derecho”⁹⁷. Tomando esto en consideración, es la prevención sobre el tiempo que dura el proceso y los daños que puedan producirse a las partes en virtud de su duración, la general y última justificación de la adopción de medidas cautelares.

5.1. Medidas cautelares

En términos generales, ha existido cierta pugna en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto al concepto de esta institución procesal. No obstante el mayor desarrollo histórico de esta institución se ha llevado a cabo en el campo del derecho procesal y se ha ido plasmando en otros campos del derecho como son el derecho procesal administrativo y el arbitraje. Las discusiones se tornan particulares en cuanto al campo de derecho en el que se aplican y parten de la base de su naturaleza jurídica. Por ello, para un sector de la doctrina, constituyen acciones, mientras que para otros autores son verdaderos procesos accesorios al principal. Consecuentemente, parece idóneo exponer

⁹⁵ Torres Fernández de Sevilla, José María y Casero Linares, Luis. *Los Procesos Civiles. Óp. cit.*, p. 3086.

⁹⁶ *Id.*, p. 3037.

⁹⁷ Ortells Ramos, Manuel. *Las Medidas Cautelares*. Madrid: Editorial La Ley, 2000, p. 36.

algunos de estos conceptos. Procesalistas como Devis Echandía definen a las medidas cautelares como:

(...) acciones accesorias 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 (...) 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 intentarse⁹⁸

Ahora bien, para otros doctrinarios, como Fálcon, las medidas cautelares no constituyen propiamente acciones sino más bien “actos del órgano jurisdiccional, adoptado en el curso de un proceso, o previamente a él (...) El fundamento de las medidas se basa en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el proceso”⁹⁹. Por su parte, Torres Fenández y Linares explican el concepto con su finalidad: por medidas cautelares se entienden a los “medios jurídico procesales que tienen por función evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la satisfacción de la pretensión, y se justifican por la necesidad de (...) la sentencia, con el fin de asegurar su eficacia”¹⁰⁰. Se aclara de esta forma que tienen “como intrínseca finalidad, evitar que cristalice una posible vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva”¹⁰¹.

Es lógico, por lo dicho, que lo que se pretende mediante las medidas cautelares además de asegurar como lo exponen las teorías clásicas, el objeto del proceso, implican además el aseguramiento de la eficacia de la sentencia y la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva. Siguiendo esta línea conceptual, Priori Posada las define como: “un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso, frente a los riesgos derivados de la demora del mismo”¹⁰². Para otros autores, como Abraham Vargas y De Lazzari, las medidas cautelares parten de que: “anticipan los efectos de la decisión de fondo ordenando la conservación o

⁹⁸ Devis Echandía, Hernando. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo IV. Bogotá: Temis, 1964, p. 513.

⁹⁹ Falcón, Enrique. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. Tomo IV. Santa Fé: Rubinzal – Culzoni Editores, 2006, p. 86.

¹⁰⁰ Torres Fernández de Sevilla, José María y Casero Linares, Luis. *Los Procesos Civiles*. *Óp. cit.*, p. 3085.

¹⁰¹ *Id.*, p. 3083.

¹⁰² Priori Posada, Giovanni. *La tutela cautelar*. Lima: ARA Editores, 2006, p. 36. Citado en Villareal, Roberto. *Medidas Cautelares: Garantías Constitucionales en el Ecuador*. Quito: Cevallos Editorial Jurídica, 2010, p. 27.

mantenimiento del estado de las cosas existente o, a veces, a la innovación del mismo según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento”¹⁰³.

Finalmente y en virtud de lo expuesto y para la finalidad de la presente tesina, por medidas cautelares debemos entender a ese conjunto de medidas de carácter preventivo o cautelar, solicitadas por una de las partes en un procedimiento o antes de el, a un administrador de justicia, destinadas a asegurar el objeto del proceso, la eficacia, efectividad y oportunidad para las partes, de la decisión definitiva o el mantenimiento o innovación del “*status quo*” del solicitante, en protección de su derecho a la tutela judicial efectiva. Enmarcadas en una posibilidad objetiva, de que el mero transcurso del tiempo o actos realizados por la parte a quien se las imponga, podrían ocasionar que la decisión final no sea verdaderamente efectiva para el solicitante, en virtud de vulneraciones a cualquiera de las finalidades antes señaladas. Resulta indispensable acotar que son de carácter instrumental y accesorio al proceso principal, su otorgamiento no constituye una anticipación de criterio sobre el fondo del proceso principal y por ende, en términos generales, se exige por parte del solicitante, además de los requisitos clásicos para su concesión, el otorgamiento de una caución a modo de garantía en el caso de que la contra parte haga prevalecer sus pretensiones en el proceso principal.

5.1.1. Finalidad de las medidas

Como se expuso anteriormente, estas tienen en realidad varias finalidades independientes que pueden estar correlacionadas. Si es que se cumplen todos sus requisitos buscan la protección del derecho pretendido, por lo que, por una parte, el objeto de las medidas cautelares, es el de asegurar el objeto del litigio. Independientemente, a que las mismas, cumplen a su vez con una función de asegurar la eficacia, efectividad y oportunidad de la resolución sobre el fondo del asunto. Actualmente se entiende que comparten la finalidad de innovar, mantener o asegurar el “*status quo*” de las partes en un proceso o antes de él, cuando el mismo se haya visto afectado por cualquier causa. La justificación constitucional de las mismas, se fundamenta en el derecho a la tutela cautelar que forma parte del derecho a la tutela

¹⁰³ Vargas, Abraham. *Estudios de Derecho Procesal*. Tomo I. Mendoza – Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999, p. 41.

judicial efectiva como ya se ha dicho, dado que uno de los elementos de este derecho es justamente la obtención de una sentencia eficaz, efectiva y oportuna para las partes.

No obstante, las medidas cautelares pretenden o se justifican en la necesidad de precautelar, daños que por el tiempo de duración comprendido entre el inicio del conflicto y la resolución definitiva sobre el mismo, pudiesen existir o degenerar en una resolución ineficaz y poco efectiva u oportuna para las partes. Algunos autores explican la finalidad de las medidas cautelares en diferentes términos. Para Torres y Linares “se pretende normativamente asegurar que la futura sentencia que se dicte como culminación del proceso declarativo pueda llevarse a la práctica de modo útil”¹⁰⁴. La jurisprudencia en el derecho comparado comparte este criterio, el Tribunal Supremo Español señala que: “las medidas cautelares tienen como finalidad proteger el derecho de los interesados con carácter preventivo para evitar el daño que pudiera producirse durante la tramitación del proceso” (sic)¹⁰⁵.

La doctrina española de forma casi unánimemente, a partir de los planteamientos realizados por el doctrinario Eduardo García de Enterría, relacionan la finalidad o justificación de la tutela cautelar que comprende a las medidas cautelares con la protección y efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva. Consecuentemente, las medidas cautelares comprenden:

(...) aquellas que se consideren necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare o, si se prefiere, aquellas conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente¹⁰⁶.

Para autores como Ortells Ramos, se pueden apreciar a nivel conceptual tres diferentes efectos de las medidas cautelares: de aseguramiento, de conservación y efectos innovativos. En cuanto a los efectos de aseguramiento, “se caracteriza por mantener o constituir una situación adecuada para que, jurídicamente puedan desarrollarse los

¹⁰⁴ Torres Fernández de Sevilla, José María y Casero Linares, Luis. *Los Procesos Civiles. Óp. cit.*, p. 3084.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ *Ibíd.*

efectos de una sentencia principal”¹⁰⁷. Los efectos de conservación “se refieren a la conservación de la situación existente en el momento de plantearse el juicio”¹⁰⁸. Por último, con efectos innovativos se trata de que, “trasciendan de la conservación de la situación existente al plantearse el litigio e innoven esa situación de imponer una satisfacción provisional de la pretensión”¹⁰⁹.

Ahora, si bien es cierto que los tres efectos descritos no son propiamente finalidades de las medidas en ellos, se muestran muchas de estas finalidades. En este sentido, dentro de los efectos de aseguramiento se contempla la finalidad de obtener una resolución eficaz. En los efectos de conservación, se hace referencia a la finalidad del mantenimiento del “*status quo*” o situación existente previa al proceso. Finalmente, los efectos innovativos explican la trascendencia de las medidas llamadas innovativas puesto que su finalidad involucra la restauración o inclusive innovación del “*status quo*” del solicitante.

5.2. Facultades de los árbitros

En el capítulo anterior de esta tesina se explicó que en el ámbito ecuatoriano, los árbitros están provistos de jurisdicción otorgada por la ley y de forma indirecta por la Constitución. Si se toma esto en consideración, los árbitros ostentan una posición de verdaderos administradores de justicia con la salvedad de que se encuentran desprovistos de la facultad de *imperium*. También se señaló que existen ciertas obligaciones y facultades no determinadas, derivadas de normas constitucionales y legales, que estas deben observar en arbitrajes locales. Dichas obligaciones influyen directamente en su campo de acción, ampliando o limitando su accionar durante el proceso arbitral. Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides siguen esta línea conceptual cuando señalan que: “las facultades de los tribunales arbitrales son las que les confieren

¹⁰⁷ Ortells Ramos, Manuel. *Las Medidas Cautelares*. Óp. cit., p. 138.

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ *Id.*, p. 143.

las mismas partes dentro de los límites que imponen las leyes aplicables, además de las facultades que les confiere la ley”¹¹⁰.

En términos generales, se podría decir que las facultades de los árbitros parten de varias fuentes. En primer lugar, el principio de autonomía de la voluntad, en virtud del cual las partes pueden libremente configurar las facultades de los árbitros con los debidos límites que este principio encuentra en normas legales y constitucionales. Las facultades concedidas a los árbitros también parten del derecho ampliable o del contenido en la “lex arbitri” y los debidos reglamentos funcionales de los centros. Partiendo de esta base, es posible considerar que en cuanto a las facultades de los árbitros, existen varios elementos que deberán ser tomados en cuenta. Para Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides estos son: “en primer lugar, el acuerdo de arbitraje; en segundo lugar, deben analizarse las leyes que regulan el acuerdo de arbitraje y por último, deben considerarse las leyes que regulan el arbitraje como proceso”¹¹¹. Siguiendo esta línea conceptual, para Gozaíni en materia de límites y facultades de los árbitros “el compromiso arbitral fija y delimita el objeto de la actuación”¹¹².

Partiendo de la visión simplificada antes propuesta, la dualidad de fuentes sería aquellas conferidas por las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad y las impuestas por la ley. En virtud del principio de autonomía de la voluntad, para Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, la atribución puede ser directa o indirecta; “la atribución directa de facultades se produce cuando las partes acuerdan expresamente qué grado de autoridad desean conferir a los árbitros”¹¹³. En este sentido, las partes mediante el convenio arbitral o acuerdos especiales celebrados entre ellas para este objeto¹¹⁴ pueden atribuir facultades adicionales a los árbitros, siempre como es obvio que no se concedan facultades que expresamente estén prohibidas por la ley. Por otro lado, la indirecta “ocurre cuando se lleva a cabo el arbitraje de conformidad con las

¹¹⁰ Redfern Alan, Hunter Martin, Blackaby Nigel y Partasides Constantine. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Londres: Thomson – Aranzadi, 2007, p. 312.

¹¹¹ *Id.*, p. 316.

¹¹² Gozaíni, Oswaldo. *Formas Alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 166.

¹¹³ Redfern Alan, Hunter Martin, Blackaby Nigel y Partasides Constantine. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Londres: *Óp. cit.*, p. 313.

¹¹⁴ *Id.*, p. 312.

normas que regulan el proceso de arbitraje, ya sea que se trate de arbitrajes ad hoc o de arbitrajes conducidos conforme al reglamento de alguna institución”¹¹⁵.

Ahora, si bien es cierto que la ley ha desprovisto a los árbitros de facultad de imperium o medios coercitivos para hacer cumplir con sus decisiones tanto resoluciones vinculantes como las medidas cautelares como en el laudo definitivo, no por esto deja de ser fuente directa de sus facultades. En este sentido:

(...) diversos sistemas jurídicos complementan las facultades de los tribunales arbitrales y lo hacen de diferentes formas: - mediante la atribución directa de facultades a los tribunales arbitrales, - mediante una autorización conferida a los tribunales nacionales para que ejerzan determinadas facultades a nombre de los tribunales arbitrales o de las partes mismas, - mediante combinación de los dos métodos anteriores¹¹⁶

Por un asunto de practicidad los árbitros deberían estar investidos de forma automática por autorización legal para ejecutar las medidas cautelares. Si bien es cierto que el artículo 9 de la LAM confiere a los árbitros la facultad de conceder 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”¹¹⁷. Se limita la posibilidad de ejecución a una autorización expresa de las partes para este objeto. No obstante, el COFJ que es posterior a la LAM y el mismo CPC confiere a los árbitros jurisdicción, y en virtud de que ellos conocen el fondo del asunto y con fundamento en el principio de tutela judicial efectiva traducido al arbitraje como tutela arbitral efectiva. Debería considerarse, la posibilidad de que estos puedan ejecutar directamente las medidas, sin necesidad de auxilio de la función judicial y sin necesidad de autorización expresa de las partes. La consideración contraria implicaría, que si no media esta autorización, la ejecución por vía de auxilio de la función judicial podría traducirse hacia el solicitante como un mayor agravio por temas de tiempo y en el daño que se está intentando prevenir.

5.3. Medidas cautelares en el Arbitraje

¹¹⁵ *Id.*, p. 313.

¹¹⁶ *Id.*, p. 314.

¹¹⁷ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 9. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

La LAM prevé que los árbitros tengan la facultad de ordenar directamente medidas cautelares, la salvedad esta en la ejecución de las medidas, donde podrían recurrir a una ejecución directa, siempre que las partes hayan consentido expresamente para ello en el compromiso o cláusula arbitral. En cuanto al tipo de medidas el artículo 9 de la LAM establece claramente que puede ser “cualquiera de las previstas en el Código de Procedimiento Civil o las que consideren necesarias para cada caso”. Lo anterior se traduce, en la falta de tipicidad del catálogo de medidas que pueden ser adoptadas por los árbitros, que en cierta forma deja la puerta abierta para que estos adopten medidas que en doctrina se han denominado como medidas de carácter innominado y atípicas. Estas son medidas no tipificadas expresamente en nuestro sistema jurídico. Autores como Francisco Ramos, en contraste a lo expuesto en la LAM ecuatoriana, señalan que: “desde el punto de vista dogmático, una cláusula general de arbitraje autoriza al árbitro para adoptar cualquier medida relativa a los derechos y obligaciones de las partes en el procedimiento arbitral”¹¹⁸.

Ahora bien, en materia de ejecución, la configuración del procedimiento arbitral podría ejemplificarse en el hecho considerado por varios autores, de que no existe necesidad de imponer a las partes a través de medios coercitivos la necesidad de respetar y cumplir una orden en la que se conceden medidas cautelares. La razón es hasta cierto punto lógica, aunque todavía se encuentra en el plano teórico más que práctico, y es que las mismas partes se someten voluntariamente al procedimiento arbitral por lo que sería irracional no respetar lo ordenado por los mismos árbitros. No obstante la teoría, la realidad práctica usualmente nos muestra escenarios distintos. Sin dejar de lado que para algunos juristas: “el atribuir facultades cautelares a los árbitros no excluye la posibilidad de acudir a los tribunales ordinarios en solicitud de medidas”¹¹⁹.

El hecho de que los árbitros ordenen la medida y los tribunales ordinarios la ejecuten o que los tribunales ordinarios conozcan este proceso incidental, ordenen las medidas y las ejecuten, trae una serie de complicaciones de orden práctico. En primer término, dado que los árbitros son los que conocen el fondo del asunto es ilógico que

¹¹⁸ Ramos, Francisco. *Arbitraje y proceso internacional*. Óp. cit., p. 189.

¹¹⁹ *Id.*, p. 189.

los jueces ordinarios ordenen vía incidental medidas cautelares y las ejecuten. En segundo término, por un tema de tiempo, la ejecución por parte de los jueces podría acarrear demoras y retrocesos que impiden en cierta forma la eficacia de las medidas y por ende un menoscabo al derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, en muchas legislaciones como la nuestra se acepta el pedido de medidas cuando el proceso arbitral está pendiente en los casos de arbitraje institucional¹²⁰.

Continuando con este orden de ideas, la facultad de revisar o controlar las medidas por parte de los jueces dependerá de la ley o las nociones de orden público donde se intente ejecutarlas o donde se lleva a cabo el arbitraje¹²¹. Así, Robiolo establece que los jueces son en último término, los facultados para la ejecución de las medidas cautelares haciendo una aclaración frente a un determinado tipo de estas de medidas. Por ejemplo, las prohibitivas no requieren en principio de ejecución por parte de los jueces¹²². En este contexto, la Ley Modelo dispone que;

(...) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada¹²³

En el plano internacional, para autores como Ortells Ramos, existe la posibilidad de ordenar medidas cautelares en arbitrajes internacionales, pero las limitaciones son mayores a las determinadas para los arbitrajes locales¹²⁴. En todo caso se estará a los tratados y convenios internacionales aplicables, que generalmente otorgan competencia internacional para adoptar medidas¹²⁵. Lo anterior como una breve mención puesto que no es materia de la presente tesina.

En términos generales, la necesidad de las medidas es la misma que en el campo civil o contencioso administrativo. Por ello, Falcón establece que su necesidad nace de dos elementos: “la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se

¹²⁰ Ortells Ramos, Manuel. *Las Medidas Cautelares*. Óp. cit., p. 67.

¹²¹ Perezniето, Lionel. *Arbitraje Comercial Internacional*. México: Fontamara, 2006, p. 91.

¹²² *Id.*, p. 91.

¹²³ Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf (acceso: 29/10/2013).

¹²⁴ Ortells Ramos, Manuel. *Las Medidas Cautelares*. Óp. cit., p. 71.

¹²⁵ *Ibíd.*

dicte sin retardo y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva”¹²⁶. En cuanto a los caracteres generales de las medidas, en primer término, “es necesario que el solicitante acredite ser parte en el procedimiento arbitral”¹²⁷. Para la concesión de las medidas es fundamental que el tribunal arbitral se encuentre constituido y que los árbitros hayan decidido sobre su propia competencia. Ortells Ramos adicionalmente plantea que las medidas deben solicitarse en base al objeto del proceso o la litis, puesto que la medida tendrá su justificación en la protección y tutela de ese objeto¹²⁸. Los requisitos para la concesión de las medidas son los mismos que en materia civil y de forma resumida son dos: la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora. La naturaleza de la decisión cautelar deberá “adoptar la forma de un laudo interlocutorio o provisional, legítimamente susceptible de ejecución”¹²⁹.

5.3.1. Medidas y *lex arbitri* aplicable

La *lex arbitri* aplicable al proceso será aquella que regule los aspectos procesales. En términos generales, en la mayor parte de procesos esta es la Ley de Arbitraje y Mediación. Se complementa como es lógico con las reglas de carácter procesal contenidas en los reglamentos funcionales de los centros. Por ello, vamos a exponer las regulaciones de dos centros conocidos a nivel local que son; el Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y el Reglamento para el Funcionamiento de la Cámara Ecuatoriano Americana.

El primero, expone la facultad de los árbitros de ordenar las medidas de acuerdo a lo determinado en la LAM¹³⁰. El segundo, contiene una disposición similar en el artículo 25 numeral 5; no obstante, en su artículo 58, dispone una particularidad que es la posibilidad de solicitar medidas cautelares de forma directa antes de la conformación

¹²⁶ Falcón, Enrique. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. Óp. cit., p. 112.

¹²⁷ Ortells Ramos, Manuel. *Las Medidas Cautelares*. Óp. cit., p. 65.

¹²⁸ *Id.*, pp. 65- 66.

¹²⁹ Ramos, Francisco. *Arbitraje y proceso internacional*. Óp. cit., p. 189.

¹³⁰ Reglamento CAMCCQ. artículo 75, literal f. http://www.lacamaradequito.com/fileadmin/user_upload/CAM/Codificacion_del_Reglamento_de_Funcionamiento_CAM_CCO_2011.pdf (acceso: 01/10/2013).

del tribunal a la justicia ordinaria, recalcando el deber de comunicación de las partes lo cual no significa renuncia al convenio arbitral¹³¹.

El tipo de medidas y la forma de adopción y posibilidad o no de ejecución dependerá de la *lex arbitri* aplicable y de forma subsidiaria de los reglamentos funcionales de los centros. Ahora bien, como ya se ha expuesto de forma reiterada, mediante arbitraje: “sólo se puede conseguir un pronunciamiento de naturaleza declarativa ya que los árbitros no pueden ejecutar sus decisiones o laudos por carecer de *imperium*”¹³². Lo cual implica que la ejecución en materia de medidas cautelares requiere de autorización expresa de las partes, de acuerdo al artículo 9 de la LAM.

No obstante a lo expuesto, nace la interrogante de si las partes podrían solicitar la ejecución de estas de medidas directamente a la justicia tradicional, que como ya se ha expuesto es posible. Ahora bien, si esto sucede ¿Rompen los particulares con el acuerdo arbitral, al acudir a los jueces antes, o durante el proceso arbitral para que ordene estas medidas? La unanimidad de la doctrina establece que acudir a los jueces no implica una renuncia al convenio arbitral o la jurisdicción privada¹³³, al igual que nuestra LAM. Para algunos autores no tiene sentido que los árbitros las ordenen y que no las ejecuten. En este sentido, Lorca Navarrete y Ramos Méndez exponen que: se debe partir del principio de colaboración entre autoridades, o auxilio de la función judicial y por ende: “las partes que pretendan la adopción de medidas cautelares deben acudir a los tribunales e informar posteriormente al árbitro, teniendo en cuenta que el recurso a los tribunales ordinarios no excluye la jurisdicción arbitral sobre el fondo del asunto”¹³⁴. Lo anterior es una forma de solucionar, la existencia de un vacío en la *lex arbitri* en el sentido de encontrar a los árbitros desprovistos de jurisdicción.

5.3.2. Tipos y clasificación de medidas cautelares

¹³¹ Reglamento AMCHAM. artículo 25, num. 5. art. 58. <http://www.amchamec.org/ecamcham/Descargas/cam/ReglamentoCAM2010.pdf> (acceso: 01/10/2013).

¹³² Chocrón Giráldez, Ana María. *Los Principios Procesales en el Arbitraje*. Barcelona: BOSCH EDITOR, 2000, p. 199.

¹³³ Robiolo, Jorge. *Derecho Arbitral*. 1ra ed. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 178.

¹³⁴ Chocrón Giráldez, Ana María. “Los Principios Procesales en el Arbitraje”. *Óp. cit.*, p. 203.

En el derecho comparado, existen varias clasificaciones de medidas cautelares. Si bien es cierto, que el mayor desarrollo en la materia es en el campo del derecho procesal civil. Muchas leyes de arbitraje incluida la ecuatoriana hacen una remisión expresa a estas, para que sean aplicadas al arbitraje. No obstante, que la LAM ecuatoriana deja abierta la posibilidad de que los árbitros adopten más medidas de las tipificadas en el Código de Procedimiento Civil. En doctrina procesal civil existen un sinnúmero de clasificaciones de medidas cautelares y sus diversos tipos. Para la presente tesina, se ha tomado como parámetro central, la clasificación propuesta por Enrique Falcón siguiendo la línea del derecho argentino, que es una de las más amplias y actualizadas. Alejándose, por lo mismo, de la clasificación tradicional que propone dos tipos generales: las medidas cautelares sobre cosas y las medidas cautelares sobre personas. Falcón propone una clasificación que parte del sistema cautelar general como una especie de subsistema del mismo y de esta forma se diferencia:

- A. Medidas cautelares en general.
- B. Medidas cautelares sobre bienes (por individualización, por indisposición, por despostramiento).
- C. Medidas cautelares sobre entes ideales y actividades económicas (por inferencia en general, por inferencia y gobierno).
- D. Medidas Cautelares sobre actos y conductas (prohibición de innovar, medida innovativa).
- E. Medidas Cautelares indeterminadas genéricas, complejas y compuestas (inhibiciones, prohibición de contratar, genéricas, complejas y compuestas)¹³⁵.

Las medidas cautelares sobre bienes se subdividen en tres grupos principales, que son: “la que lleva a la individualización de los bienes como el inventario y la anotación de litis (...) segundo, indisposición de los bienes (...) tercer grupo, las de despostramiento de los bienes como el secuestro”¹³⁶. Las medidas cautelares sobre entes ideales y actividades económicas se refiere a:

(...) la inferencia de un ente colectivo, un patrimonio o una actividad económica (...) para asegurar la continuidad jurídica de la actividad del ente, evitar que se produzcan alteraciones perjudiciales en el estado de los bienes o para complementar otras medidas cautelares¹³⁷.

¹³⁵ Falcón, Enrique. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. Tomo IV. Santa Fé – Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 2006, p. 87.

¹³⁶ *Id.*, p 165.

¹³⁷ *Id.*, p. 311.

Las medidas cautelares sobre actos y conductas son de dos tipos: la prohibición de innovar, y la medida innovativa. La innovación de una conducta significa alternar una situación determinada o introducir modificaciones a una situación determinada de hecho o de derecho¹³⁸. Buena parte de la doctrina justifica, por ejemplo, la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo como una medida de prohibición de innovar. En otro sentido, la prohibición de innovar tiene mucha relación con las denominadas “*injunctio*”¹³⁹ del derecho anglosajón de igual forma que la última categoría, es decir: las medidas cautelares indeterminadas genéricas, complejas y compuestas, que se subdividen en:

(...) la inhibición general de bienes, la prohibición de contratar, las medidas genéricas [las genéricas son cuando no hay una tipificación específica de las mismas. Lo que quiere decir que la tutela no se agota si no hay una medida tipificada, es posible la adopción de medidas “innominadas”] y las compuestas o complejas parten de las medidas genéricas [significa que en una orden interactúan varios tipos de medidas, por la complejidad de la situación de hecho a cautelar]¹⁴⁰.

Ahora bien, nuestro Código de Procedimiento Civil no desarrolla el ámbito del sistema cautelar, ni plasma las necesidades de la tutela cautelar comprendida en el derecho a la tutela judicial efectiva. Más bien expone someramente los procedimientos para la adopción de algunas clásicas medidas cautelares. En consecuencia, el Código de Procedimiento Civil regula tres tipos de medidas, determinadas en los artículos 897 y siguientes: el Secuestro o retención; la prohibición para que el deudor enajene sus bienes; y prohibición de ausentarse del lugar hasta que concluya el juicio. Resulta evidente que la primera y la segunda son medidas destinadas a la preservación material del objeto del proceso. En relación a la tercera, se hace referencia a una medida de carácter personal y prohibitiva destinada a asegurar el proceso en sí con la debida asistencia de la parte demandada.

5.3.3. Función y características

Tomando como referencia a la Ley Modelo del CNUDMI, esta expone varios objetivos de las medidas cautelares. En términos generales muchas de sus funciones ya

¹³⁸ *Id.*, p. 379.

¹³⁹ Cornell University Law School. <http://topics.law.cornell.edu/wex/Injunction> (acceso: 03/10/2013); An injunction is a court order requiring a person to do or cease doing a specific action.

¹⁴⁰ Falcón, Enrique. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. *Óp. cit.*, p. 379.

han sido expuestas a lo largo de esta tesina. No obstante, tratándose de una Ley Modelo y por ya enmarcarse dentro de la justicia arbitral, parece fundamental exponer lo señalado en la misma. En este sentido se explica que primordialmente su función es la de “preservar el derecho de las partes mientras se resuelve la litis, o “mantener el status quo”(y) en segundo lugar, permiten asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia o laudo que se dicte”¹⁴¹, aunque de acuerdo a las fuentes consultas también hay medidas ordenadas para la conservación y entrega de pruebas en el litigio y las denominadas medidas prohibitivas o “*injunctions*”¹⁴². Sin dejar de lado, que es trascendental tomar en cuenta como funciones a las finalidades del campo del derecho procesal civil, expuestas en el punto 1.1.1 y 1.3 del presente capítulo.

En cuanto a las características de las medidas, es indispensable hacer una diferenciación o división de las mismas. Primero, las características que están relacionadas a las medidas propiamente dichas. Segundo, aquellas que están relacionadas a sus efectos particulares o en relación a terceros. En cuanto las características en relación a sus efectos parece fundamental exponer que, primero, “el efecto jurídico de su otorgamiento no constituye un prejuzgamiento del asunto litigioso, peor aún cosa juzgada, no hay una declaración del derecho”¹⁴³. Tomando como referencia que una de las finalidades esenciales de las medidas es asegurar en cierto modo la eficacia de la resolución de fondo, no existe en su concesión por parte del tribunal arbitral ningún tipo de prejuzgamiento o anticipación de criterio, siempre y cuando, se cumplan con los requisitos para su concesión. Lo mismo se explica en cierto sentido, por sus caracteres de provisionalidad, flexibilidad y modificabilidad. Así, los efectos de las medidas en términos generales involucran que: “a diferencia de las medidas que pueden dictar los jueces, un tribunal arbitral no puede dirigir sus órdenes a terceros ajenos a la controversia, debido a que el acuerdo arbitral solo tiene efectos

¹⁴¹ Salcedo Verduga, Ernesto. *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006, p. 11.

¹⁴² Cornell University Law School. <http://topics.law.cornell.edu/wex/Injunction>. (acceso: 03/10/2013).

¹⁴³ Villareal, Roberto. *Medidas Cautelares: Garantías Constitucionales en el Ecuador*. Quito: Cevallos Editorial Jurídica, 2010, p. 25.

inter-partes”¹⁴⁴. Nuestra LAM en su art. 9, inciso 2, muestra una disposición no tan evidente pero que nos permite sacar la misma conclusión, en cuanto establece “la parte contra quien se dicte la medida”.

En lo correspondiente a las características de las medidas, de forma simplificada el jurista Enrique Falcón para el ámbito procesal civil, expone que estas son: instrumentalidad, provisoriedad, sumariedad, variabilidad, y prohibición de incidentes¹⁴⁵. En aplicación al proceso arbitral, se pueden identificar similares y hasta idénticos principios: urgencia y proporcionalidad, instrumentalidad, temporalidad, provisionalidad y flexibilidad.

Las medidas cautelares cumplen un carácter de urgencia y proporcionalidad. La mayor parte de las veces en función de precautar sus finalidades en las que se encuentra mantener en plena vigencia al derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, como requisito subjetivo, las medidas cautelares tendientes a evitar un daño actual o inminente de imposible o difícil reparación, por lo que, el criterio de urgencia comprende en cierta forma el criterio de sumariedad, dado que este se refiere fundamentalmente a que estas; “requieren un tratamiento urgente, porque su procedencia se asienta en un presupuesto que es causalmente el peligro a la demora”¹⁴⁶. Lo anterior conlleva a servir de fundamento subjetivo para su concesión. Se había hablado anteriormente, en lo relativo a la medida cautelar de suspensión, que las medidas cautelares pueden llegar a generar un daño en la parte en quien se las aplica. Por ello, deben cumplir con un requisito de proporcionalidad en lo relativo al daño que se genera con las mismas y el fin o daño que se pretende evitar con ellas.

En lo relativo a su carácter instrumental, “el proceso cautelar instrumental (medidas cautelares preventivas) tiende a garantizar los medios del proceso definitivo, sirviendo como un instrumento de este”¹⁴⁷, lo que se traduce en una falta de autonomía que se explica en cuanto a su naturaleza. Dado que su concesión no implica prejuzgamiento del

¹⁴⁴ Bañuelos, Vicente. *Arbitraje Comercial Internacional: Comentarios a la Ley Modelo de la CNUDMI*. México: Editorial LIMUSA, 2010, p. 243.

¹⁴⁵ Falcón, Enrique. *Tratado de derecho procesal civil y comercial. Óp. cit.*, pp. 96 - 97.

¹⁴⁶ *Id.*, p. 98.

¹⁴⁷ *Id.*, pp. 96 - 97.

proceso principal, en el que están llamadas a cumplir con diferentes finalidades o funciones. Es por ello, que se menciona que estas “están indefectiblemente ligadas a la materialización de una decisión jurisdiccional que haya de adoptarse en relación con una pretensión determinada”¹⁴⁸.

La provisionalidad y temporalidad se refiere a que: “las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que estas cesaren se podrá requerir su levantamiento”¹⁴⁹. Lo que se traduce a sí mismo, en que las medidas cautelares tienen un límite de duración en el tiempo, y por lo mismo, son temporales y provisorias. Generalmente su lapso de duración es el mismo que el del proceso principal, por lo que se concuerda con Miguel Rojas cuando señala que “la medida no se perpetúa, está llamada a expirar, desaparecerá cuando sobrevenga la decisión definitiva sobre la pretensión a cuyo servicio se puso la medida”¹⁵⁰. El profesor Ernesto Salcedo Verduga hace énfasis en este requisito primordial cuando expone que: “tanto es así que si transcurre el término del que dispone el árbitro para emitir su laudo y no lo ha dictado, pierde su competencia y al mismo tiempo, las medidas ordenadas por él, pierden su eficacia”¹⁵¹.

La flexibilidad, como característica de la medida, está íntimamente ligada con la variabilidad expuesta por Falcón. En esta relación, las medidas son flexibles en cuanto pueden ser “modificadas, sustituidas, ampliadas o revocadas en cualquier momento durante el proceso arbitral”¹⁵². En concordancia a lo expuesto, el requisito de variabilidad tiene amplia relación con el mencionado dado que las medidas, “salvo aquellas destinadas al cumplimiento de la sentencia, o concordantes con el bien reclamado en el principal, son variables, pues pueden ser modificadas”¹⁵³. La característica de flexibilidad tiene amplia relación con el carácter provisional de la

¹⁴⁸ Rojas, Miguel. *Teoría del Proceso*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 224.

¹⁴⁹ Falcón, Enrique. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. *Óp. cit.*, p. 97.

¹⁵⁰ Rojas, Miguel. *Teoría del Proceso*. *Óp. cit.*, p. 224.

¹⁵¹ Salcedo Verduga, Ernesto. *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje*. *Óp. cit.*, p. 24.

¹⁵² *Id.*, p. 30.

¹⁵³ Falcón, Enrique. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. *Óp. cit.*, p. 99.

medida, en el sentido de que si su fundamento desaparece esta podrá ser suspendida por parte de los árbitros.

Ahora bien sobre la prohibición de incidentes, como característica, no es aplicable al arbitraje, dado que éste por su naturaleza no admite incidentes. La resolución sobre medidas cautelares expedida por los árbitros no deriva, de un incidente dentro del proceso. No obstante, es evidente que mucho menos se permiten incidentes dentro del procedimiento de conocimiento y adopción de medidas. En la doctrina procesal civil, no se permiten por que la adopción de la medida “es un incidente en sí mismo, de manera que tanto por ello, cuanto por que conspiran contra su propia urgencia, la exclusión de otros incidentes dentro del proceso cautelar está inspirada en el propósito de evitar dilaciones”¹⁵⁴.

5.3.4. Naturaleza Jurídica

Ya se expuso previamente, la discusión en doctrina sobre la naturaleza jurídica de las medidas cautelares. Para el jurista Oswaldo Gozaíni:

la denominación del instituto discurre enfocado como acción, pretensión, proceso, providencia, medida, aseguramiento entre otras denominaciones; sin perjuicio de otros problemas colaterales que escalan en su definición declarativa, ejecutiva, como proceso de conocimiento, o tertium genus entre ellos¹⁵⁵

No obstante, parece identificarse actualmente por la unanimidad en doctrina, como llanamente como medida cautelar. La medida cautelar es por definición declarativa pero no de conocimiento. El mismo autor expone su identificación como “medidas cautelares o precautorias”¹⁵⁶. Como es declarativa de una situación jurídica no tiene vida propia, no constituye un derecho, depende y es accesoria como ya se ha expuesto de un proceso principal.

La doctrina española, señala que como parte de su naturaleza, se encuentran comprendidas dentro del derecho a la tutela cautelar, que a su vez forma parte del derecho a tutela judicial efectiva. En este sentido, Eduardo García de Enterría y Gozaini

¹⁵⁴ *Id.*, p. 101.

¹⁵⁵ Gozaini, Oswaldo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 597.

¹⁵⁶ *Id.*, p. 599.

identifican que en relación a la naturaleza jurídica de las medidas se “desprende la naturaleza procesal para indicarla como una garantía o un derecho fundamental. Algunos lo fundan en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva”¹⁵⁷. Pese, a que la tesis expuesta es la más actual, existen diversas tesis que explican su naturaleza jurídica. Así, para algunos sectores las mismas fundan su naturaleza el derecho de petición. Para otros las medidas se encuentran comprendidas dentro del derecho de debido proceso¹⁵⁸.

Dentro de las discusiones que existen en relación a la naturaleza de las medidas cautelares, se habla sobre la problemática alrededor de su autonomía. La mayor parte de la doctrina defiende que el proceso cautelar no es autónomo. La explicación racional de esta premisa es que, justamente, no tiene un fin propio más que el de asegurar en cierta forma la eficacia del proceso definitivo. Agregando, la necesidad de prevención de un daño a cualquiera de las partes que obstaculizaría la eficacia de la resolución definitiva en el proceso principal. Ahora bien, autores como Ramé, Podett, Calamdrei y Palacio defienden la autonomía del proceso cautelar. Sin embargo, confirman su carácter instrumental¹⁵⁹. Para la mayor parte de la doctrina: “la medida cautelar no tiene una pretensión, si no un objeto, cuya finalidad es asegurar la pretensión”¹⁶⁰, por lo que “la autonomía en su sentido propio (tener un fin en sí mismo, auto regulado para su consecución), las medidas cautelares no constituyen un proceso si no un procedimiento, en tanto son accesorias al principal”¹⁶¹.

Lo dicho es plenamente aplicable al proceso arbitral. Las razones, son que durante la duración del proceso, se sigue un procedimiento determinado que no es autónomo ni tiene vida propia, tendiente a asegurar el principal. Pero, ¿se mantiene su naturaleza si los árbitros no ordenan las medidas?. En principio, la naturaleza jurídica de la decisión no se ve afectada. Todo lo contrario, se refuerza, dado que se genera auxilio judicial, y notificado el juez que ordenó la medida sobre su conclusión o modificación por parte de

¹⁵⁷ *Id.*, p. 600.

¹⁵⁸ *Ibíd.*

¹⁵⁹ Falcón, Enrique. *Tratado de derecho procesal civil y comercial. Óp. cit.*, p. 88.

¹⁶⁰ *Id.*, p. 92.

¹⁶¹ *Id.*, p. 89.

los árbitros, se entiende que por cooperación judicial deberá seguirse lo dispuesto por los árbitros dado que son ellos, los que conocen el proceso principal. Por ello, incluso en este caso, la tesis de autonomía flaquea.

Ahora, otro asunto que se discute, es la legitimidad en la solicitud. En doctrina civil: “la legitimación para pedir medidas cautelares está basada en la legitimación en general, de manera que son las partes actuales o quienes van a ser partes las que están habilitadas para pedir las”¹⁶². En el proceso arbitral funciona de igual manera en el sentido de que son las partes las que podrán solicitar al tribunal las medidas cautelares necesarias. En vista de esto, resulta fundamental aclarar que el tribunal arbitral deberá estar constituido para que se dicten este tipo de medidas.

Sobre el pedido de medidas y el principio “*innaudita altera pars*”, es indispensable aclarar que en el proceso arbitral se ha entendido en contraste con el funcionamiento en el derecho procesal civil, que el pedido de medida así como su procedimiento y resolución debe ser notificada a la parte contraria, lo que se traduce en la participación de esta en el procedimiento, en cumplimiento de los principios de contradicción y debido proceso. Significa, en definitiva, que en las medidas cautelares en el arbitraje no se pueden otorgar sin oír a la otra parte. El artículo 9 inciso 2 de la LAM, dispone en términos generales y de forma indirecta, la excepción a este clásico principio cuando expone que la “parte contra quien se dicte la medida podrá pedir la suspensión de esta si rinde caución suficiente ante el tribunal”.

5.3.5. Presupuestos

La solicitud de medidas cautelares debe cumplir una serie de requisitos y presupuestos. Dichos presupuestos deben ser valorados por el tribunal arbitral para negar o conceder este tipo de medidas. En términos generales, la doctrina trata dos presupuestos indispensables que deben confluir para el otorgamiento de este tipo de medidas. Estos son: primero, la apariencia del buen derecho o “*fumus boni iuris*” y segundo, el peligro en la demora o “*periculum in mora*”. No obstante es indispensable aclarar que en último término los requisitos o presupuestos para la adopción de medidas dependerán de la “*lex arbitri*” aplicable a cada caso, si la misma los contempla. Sin

¹⁶² *Id.*, p. 101.

dejar de lado que la valoración de la finalidad de las medidas es imprescindible por parte de los árbitros para una posible adopción o denegación de las mismas. Por lo anterior, cabe recalcar que una de las finalidades de las medidas consiste, “de manera general, (...) en asegurar, dentro de lo posible, que durante el proceso se mantenga un estado de las cosas similar al de su inicio y facilitar el restablecimiento del derecho”¹⁶³.

Ahora bien, se tratan estos dos presupuestos indispensables, dependiendo como ya se dijo de la *lex arbitri* aplicable y del tipo de medida a ser adoptada. Dado que confluyen, junto a los requisitos de adopción, las finalidades que de una forma o de otra y dependiendo del tipo de medida, también justifican su adopción. Siguiendo este orden de ideas, para Villareal existe un tercer supuesto: la adecuación. En términos simples, “las medidas cautelares, tienen por finalidad asegurar la efectividad de la sentencia, así como evitar que durante la pendencia del proceso se puedan producir daños o prejuicios de difícil reparación”¹⁶⁴ obedeciendo a esta finalidad, por ende, existe la necesidad de adecuación que se traduce en que “se otorguen medidas cautelares que sean congruentes y proporcionales con el objeto que es materia de la medida cautelar”¹⁶⁵.

La jurisprudencia en derecho comparado se ha pronunciado en varias ocasiones respecto a reglas específicas y generales que correlacionan a los presupuestos de las medidas cautelares. Si bien, el desarrollo se ha dado más en doctrina procesal civil, las características son igualmente aplicables al arbitraje. En este sentido, se ha expuesto que:

(...) estos presupuestos funcionan como vasos comunicantes, de manera que cuando uno es mayor, menos requisitos se requiere del otro A los fines de la procedencia de una medida cautelar, a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente con la demostración del peligro en la demora y viceversa, pero ello es posible cuando, de existir realmente tal verosimilitud, se haya probado en la forma mínima el peligro en la demora mencionada¹⁶⁶ (sic)

Lo expuesto resulta fundamental en materia de adopción de las medidas y en la valoración que deberá realizar el árbitro en cada caso sobre su procedencia o improcedencia. No obstante,

¹⁶³ Parra Benítez, Jorge. *Derecho Procesal Civil*. Medellín – Colombia: Universidad de Medellín, 2010, p. 250.

¹⁶⁴ Villareal, Roberto. *Medidas Cautelares: Garantías Constitucionales en el Ecuador*. *Óp. cit.*, p. 33.

¹⁶⁵ *Ibíd.*

¹⁶⁶ Falcón, Enrique. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. *Óp. cit.*, p. 108.

resulta indispensable aclarar que en los reglamentos de los centros citados, no existe una regulación sobre los presupuestos, así como tampoco en la LAM. Por lo que, a modo de ejemplo, el artículo 17 A de la Ley Modelo del CNUDMI, se asemeja a los presupuestos expuestos, incluso a las características de las medidas cautelares en el arbitraje señaladas en este capítulo. En este sentido, los requisitos adoptados por este instrumento son;

- 1, (daño irreparable) que de no otorgarse la medida, se causaría un daño irreparable.
- 2, que el daño que se trata de evitar sea mayor del que se causaría con la medida. (Proporcionalidad)
- 3, (razonabilidad) Que la acción principal que ejercita el solicitante de la medida, tenga una posibilidad razonable de ser procedente¹⁶⁷

5.3.5.1. **Fumus Boni iuris**

La apariencia de buen derecho como primer presupuesto para la adopción de medidas cautelares consiste en “la valoración por parte del juez o tribunal de (...) una apariencia probable de legitimidad, apariencia que es, precisamente, la única razón capaz de justificar el que pueda llevarse a efecto la puesta en práctica de una medida”¹⁶⁸. En concordancia a lo expuesto la valoración de este presupuesto no significa que en la práctica haya un prejuzgamiento sobre el fondo del proceso principal. El árbitro, no debe “exigir certeza, debe verificar únicamente una apariencia, un cierto grado de verosimilitud del derecho”¹⁶⁹. Lo expuesto se torna significativo cuando en la práctica se exige en conjunto con la concesión de la medida una caución al solicitante.

Algunos autores han hecho referencia al concepto y características de este presupuesto. Enrique Falcón señala que: “la verosimilitud solo requiere que, *prima facie*, en forma manifiesta, aparezca esa probabilidad de vencer o que la misma se demuestre mediante un procedimiento probatorio meramente informativo”¹⁷⁰, lo que significa que no se requiere prueba plena si no simplemente todas las necesarias para generar elementos de convicción en el árbitro. Por su parte, Francisco Ramos señala que:

¹⁶⁷ Bañuelos, Vicente. *Arbitraje Comercial Internacional...* Óp. cit., p. 243.

¹⁶⁸ Torres Fernández de Sevilla, José María y Casero Linares, Luis. *Los Procesos Civiles.* Óp. cit., p. 3103.

¹⁶⁹ Villareal, Roberto. *Medidas Cautelares: Garantías Constitucionales en el Ecuador.* Óp. cit., p. 32.

¹⁷⁰ Falcón, Enrique. *Tratado de derecho procesal civil y comercial.* Óp. cit., p. 110.

el acreditamiento de este *fumus boni iuris* debe hacerse de acuerdo con las reglas de la *lex fori*, si se solicita la medida ante los tribunales del Estado, pero también es posible desligarla de tal vínculo si la petición de la medida se dirige directamente al árbitro. En este caso, serán las reglas del procedimiento arbitral las que entrarán en juego¹⁷¹.

Por otro lado, en el derecho comparado, la Ley de Enjuiciamiento Civil española contiene una disposición, referente a este presupuesto. Su artículo 728.2 dispone que “el solicitante (...) habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión”¹⁷²

Finalmente, es importante aclarar que la verosimilitud del derecho no requiere plena prueba, pues esto será objeto del laudo que resuelva el proceso. No obstante, el solicitante debe proporcionar los suficientes elementos como para que surja la convicción en el árbitro de esta apariencia de buen derecho. El cumplimiento de este requisito deberá ser tomado en cuenta considerando varios factores, como las partes en el proceso, sus comportamientos en el mismo, los hechos y documentos preliminares, incluso la materia del proceso. Lo anterior dado que las particularidades del caso son esenciales en la valoración de este presupuesto.

Resulta indispensable aclarar, que la apariencia de buen derecho, ha evolucionado, ya no se enfoca solamente en la apariencia de legitimidad de la pretensión principal, sino, en la apariencia de legitimidad en el cumplimiento de los fines y las funciones antes mencionadas en el presente capítulo. En este sentido, se valorará un posible menoscabo al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, como un factor determinante en la posible adopción de la medida.

5.3.5.2. **Periculum in mora**

La doctrina en general determina a este requisito como la justificación última de las medidas cautelares. La razón es que en el peligro en la demora se encuentra implícita la necesidad de una sentencia o laudo eficaz. Lo que se pretende es proteger el objeto o el derecho pretendido de forma anticipada, en protección al tiempo que pueda durar el proceso y que impida que la resolución sea por ende, oportuna, eficaz y ejecutable. Por

¹⁷¹ Ramos, Francisco. *Arbitraje y proceso internacional*. Barcelona: Librería BOSCH, 1987, p. 191.

¹⁷² LEC España. Artículo 728.2. citado en; Torres Fernández de Sevilla, José María y Casero Linares, Luis. *Los Procesos Civiles. Óp. cit.*, p. 3103.

lo anterior, se entiende que “el mismo tiempo del proceso constituye peligro en la demora (...) pero el solo temor como causa fundante de la petición, sin ninguna otra evidencia o elemento (...) no resulta suficiente”¹⁷³. Hay que aclarar que forma parte de este requisito, la inminencia de un daño de difícil o imposible reparación que se pudiere causar al solicitante, tanto por la duración del proceso, como por cualquier otra circunstancia.

Existe un amplio desarrollo en doctrina sobre este presupuesto. Para autores como Torres y Linares, el mismo se fundamenta en “posibilidad de que se originen daños y perjuicios como consecuencia del mero transcurso del tiempo que resulta en todo caso necesario para alcanzar en el proceso una resolución definitiva sobre el litigio”¹⁷⁴.

Por su parte, Calamandrei señala que el requisito se funda en “la posibilidad cierta y real de que, mientras transcurre el tiempo (...) se lleguen a verificar acciones o conductas, o acontezcan eventos, que de facto imposibiliten o dificulten al máximo el cumplimiento del fallo condenatorio”¹⁷⁵. Para Roberto Villareal, este presupuesto “es el fundamento (...) de las medidas cautelares, sin éstas el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva sería lirismo jurídico ya que no existiría forma alguna de que los derechos sean realmente protegidos frente a las imperfecciones del proceso”¹⁷⁶.

El profesor Enrique Falcón aclara que: “debe existir un temor grave fundado, en el sentido de que el derecho que se va a reclamar se pierda, se deteriore o sufra un menoscabo durante la sustanciación del proceso”¹⁷⁷. Lo anterior significa que el objetivo es que la sentencia o laudo no sea una simple declaración, es decir que la misma no pierda su oportunidad para las partes ni su fuerza. No obstante, este presupuesto “no surge sin un elemento objetivo que lo demuestre (...) con el objeto de

¹⁷³ Falcón, Enrique. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. Óp. cit., p. 113.

¹⁷⁴ Torres Fernández de Sevilla, José María y Casero Linares, Luis. *Los Procesos Civiles*. Óp. cit., p. 3113.

¹⁷⁵ *Id.*, p.3114.

¹⁷⁶ Villareal, Roberto. *Medidas Cautelares...* Óp. cit., p. 31.

¹⁷⁷ Falcón, Enrique. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. Óp. cit., p. 112.

establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego”¹⁷⁸.

Este requisito para conceder las medidas cautelares en un proceso arbitral contiene para Torres y Linares, algunos sub presupuestos. Para estos autores, estos “supuestos son el temor a la insolvencia, la desaparición de la cosa, (...) empobrecimiento de bienes productivos (...) o simplemente la molestia que al demandante pueda producir la continuación del estado actual”¹⁷⁹. Sin embargo, se aclara que los sub-presupuestos están íntimamente relacionados con los fines que persiga la medida y, por ende, pueden ser variados. En consecuencia, para Roberto Villareal por ejemplo, el peligro en la demora tiene dos caracteres principales: “(primero) el riesgo de daño jurídico debe ser causado por la demora del proceso y (segundo) el riesgo de daño jurídico debe ser inminente, lo que justifica la necesidad de dictar una medida cautelar, que tiene carácter de urgencia”¹⁸⁰.

5.3.5.3. Caución

La caución se configura en algunas legislaciones como presupuesto de las medidas cautelares, en otras, es un elemento más discrecional del juzgador. Se discute así mismo, si es que este presupuesto es para otorgar la medida, o para que la misma pueda ser ejecutada¹⁸¹. No obstante la preferencia y configuración legal, la caución se torna trascendental cuando lo que se pretende es evitar un daño a la parte contra quien se ordena la medida, así como en casos en que la solicitud sea infundada o maliciosa. Para Francisco Ramos: “este presupuesto es la compensación que debe recibir la parte gravada por la medida cautelar frente a la indudable ventaja que se otorga al solicitante de la misma”¹⁸². En último término dependerá de la ley, la obligatoriedad o no de rendir caución en un caso determinado. La legislación española de acuerdo a Manuel Ortells, se inclina a que: “salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ Torres Fernández de Sevilla, José María y Casero Linares, Luis. *Los Procesos Civiles. Óp. cit.*, p. 3119.

¹⁸⁰ Villareal, Roberto. *Medidas Cautelares... Óp. cit.*, p.31.

¹⁸¹ Ortells Ramos, Manuel. *Las Medidas Cautelares*. Madrid – España: Editorial La Ley, 2000, p. 184.

¹⁸² Ramos, Francisco. *Arbitraje y proceso internacional. Óp. cit.*, p. 192.

medida cautelar deberá presentar caución”¹⁸³. Autores como Torres y Linares señalan que la implementación de una medida queda condicionada a la obligación de rendir caución. En este sentido:

(...) por el ofrecimiento de otorgar caución que ha de formular el solicitante de la medida al instar formalmente la adopción de la misma en el acto procesal que se trate, caución preordenada a responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado¹⁸⁴.

En el derecho colombiano: “en la providencia que ordene prestar caución, se debe indicar su cuantía y el plazo en que debe constituirse, si la ley no señala. Prestada caución, el juez califica su suficiencia y la acepta o rechaza”¹⁸⁵. Por lo mismo, la necesidad de prestar caución se presenta junto con la solicitud de medidas cautelares o puede, ser ordenada con posterioridad por parte del tribunal. La LAM no se pronuncia sobre la necesidad de rendir caución salvo el caso, contenido en el artículo 9, en donde se permite que la parte contra quien se dictó la medida pueda rendirla, para suspenderla. No obstante, no hay una obligación formal del solicitante de rendirla.

Gozaini clasifica los tipos de cauciones que pudieren rendirse, lo cual, dependerá del criterio del árbitro y de la *lex arbitri* aplicable. A modo de ejemplo la caución puede ser de dos tipos: reales y personales; “personal es el juramento que presta la beneficiaria de la medida cautelar para responder por los daños potenciales que puede causar la precautoria lograda (...) la real, consiste en la fianza o garantía (...) que el juez ordena como contracautela”¹⁸⁶. A modo ejemplificativo, el artículo 17 G, de la Ley Modelo del CNUDMI expone la necesidad o facultad por parte del árbitro para ordenar este tipo de garantías¹⁸⁷.

¹⁸³ Ortells Ramos, Manuel. *Las Medidas Cautelares*. *Óp. cit.*, p. 184.

¹⁸⁴ Torres Fernández de Sevilla, José María y Casero Linares, Luis. *Los Procesos Civiles*. *Óp. cit.*, p. 3125.

¹⁸⁵ Parra Benítez, Jorge. *Derecho Procesal Civil*. *Óp. cit.*, p. 254.

¹⁸⁶ Gozaini, Osvaldo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 656.

¹⁸⁷ Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. *Óp. cit.*, Artículo 17G: “El solicitante de una medida cautelar o el peticionario de una orden preliminar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida u orden ocasione a cualquier parte, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida o la orden”.

5.4. La decisión cautelar por parte de los árbitros

La naturaleza jurídica de la decisión cautelar también ha sido un tema algo cuestionado en doctrina. Siguiendo la línea de Calamdreï, estas “nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación en una ulterior providencia definitiva y al resultado práctico que aseguran preventivamente”¹⁸⁸ Por ello, se puede decir que las mismas:

(...) no fueron descifradas en ninguna de las categorías conocidas: de trámite, interlocutorias, sentencias – condenatorias, declarativas y constitutivas (...) la jurisdicción ejercida al dictar una providencia precautoria, en principio y apariencia, no manifiesta otra actividad que no sea jurisdiccional. Son atribuciones propias de la función, con la doble finalidad de asegurar la eficacia de la sentencia y la ejecución posible del mandato que reciben las partes¹⁸⁹

Lo anterior se traduce en que la finalidad es inminentemente jurisdiccional. Para Couture: “es una garantía autónoma dentro de las resoluciones judiciales”¹⁹⁰. Por lo expuesto, su naturaleza es cautelar y autónoma en relación a otras resoluciones o categorías de naturaleza procesal, Siendo en cierto punto declarativa, interlocutoria y precautoria.

Lo que se pretende con este capítulo es analizar las medidas cautelares en su aplicación al proceso arbitral. El análisis realizado es prioritariamente en base a los arbitrajes locales uniendo algunas de las temáticas expuestas en el capítulo anterior. La Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana especifica que en arbitrajes donde el Estado las controversias sean de carácter contractual. El análisis general sobre la institución de las medidas cautelares es aplicable también a arbitrajes en donde el Estado sea parte. Lo anterior con el objetivo de introducir en el siguiente capítulo un análisis sobre la medida de suspensión y su posibilidad en base a los argumentos, principios y derechos expuestos en el primer y segundo capítulo.

¹⁸⁸ Vargas, Abraham. *Estudios de Derecho Procesal*. Óp. cit., pp. 41 – 42.

¹⁸⁹ Gozaini, Osvaldo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Óp. cit., p. 601.

¹⁹⁰ Vargas, Abraham. *Estudios de Derecho Procesal*. Óp. cit., p. 42.

CAPÍTULO III

6. LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En términos generales, la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo nace como una de las primeras alternativas de uso histórico de medidas contra la administración pública. Antes se partía del principio de imposibilidad de ordenar medidas cautelares contra la administración, menos aún contra sus actos. Ahora bien, esta medida de carácter histórico parte del desarrollo del derecho a la tutela cautelar y del principio de tutela judicial efectiva. Por lo mismo, para autores como Gozaini, esta tutela cautelar “es una modalidad de las tutelas diferenciadas, por que no se reduce al modelo conocido de las precautorias clásicas, al permitir la imaginación creativa del juez que atiende el conflicto del administrado”¹⁹¹. En otro sentido Gallegos Fedriani en relación a su objetivo determina que:

(...) la satisfacción instantánea de una pretensión de conocimiento o de ejecución resulta materialmente irrealizable, y por ello la ley ha debido prever la posibilidad de que, durante el lapso que inevitablemente transcurra entre la presentación de la demanda y la emisión del final, sobrevenga cualquier circunstancia que haga imposible la ejecución o torne inoperante el pronunciamiento judicial definitivo¹⁹².

De esta exposición se puede apreciar que se parte de la misma base, función y objetivo de las medidas cautelares tratadas en el capítulo anterior. Sin embargo, como una medida cautelar de carácter especial y por su naturaleza dentro de la justicia administrativa. Nace de acuerdo a Gonzaini, de la clásica paradoja de las reducciones¹⁹³. Ésta significa, que cada vez existe mayor control sobre los actos de la administración, pero se presenta una dicotomía; “así mientras para algunos el control es parte de la tutela efectiva de los derechos e intereses individuales y colectivos, para otros, el control de la discrecionalidad es susceptible de impedir o dificultar la realización los fines económicos sociales que persigue la administración en beneficio de sus

¹⁹¹ Gozaini, Osvaldo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 847.

¹⁹² Gallegos Fedriani, Pablo. *Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública*. 2da Ed. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, p. 27.

¹⁹³ Gozaini, Osvaldo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. *Óp. Cit.*, p. 847.

ciudadanos”¹⁹⁴. Históricamente la evolución ha sido lenta, orientada a la protección de esta dualidad de intereses en juego, dentro del control sobre los actos de la administración. Montezanti, por su parte, en su libro “la suspensión del acto administrativo” señala que: “el problema de la suspensión del acto administrativo, por lo menos en el Estado Moderno, es, en síntesis, la expresión más patente de la perpetua, inderogable y benemérita tensión entre libertad y autoridad”¹⁹⁵.

Ahora bien, como el resto de medidas cautelares, la suspensión de los efectos del acto administrativo, parte del derecho a la tutela cautelar contra la administración. Sin embargo, se ha entendido que la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva y el hecho de que el mismo no puede ser eficaz, sin una tutela cautelar adecuada dirige a la medida de suspensión de los efectos del acto administrativo a ser “una garantía institucional del control de la actividad administrativa”¹⁹⁶. No obstante, el tema no es sencillo, en cuanto a lo que se entiende como acto administrativo y lo que se entiende como un acto administrativo dentro del marco contractual. Por ello: “el problema de la suspensión del acto administrativo se conecta necesariamente con la teoría general de este, de sus elementos y caracteres, la cual dista de ser pacífica”¹⁹⁷.

Si bien, la presente tesina se enfoca en la suspensión por parte de los árbitros de los efectos del acto administrativo, en arbitrajes locales, es necesario hacer una breve mención de las inquietudes en el ámbito internacional. Respecto a la suspensión de los actos administrativos y las medidas cautelares: “las razones que justifican una protección cautelar o provisional de los intereses del actor son más imperiosas que en el ámbito interno”¹⁹⁸. El comentario de Gallegos Fedriani, se ve determinado en que la suspensión a nivel internacional se funda en la necesidad de mayor tutela. La

¹⁹⁴ Gozaini, Osvaldo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Óp. cit., p. 844.

¹⁹⁵ Montezanti, Néstor L. *Suspensión del Acto Administrativo*. 2da Ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2009, p. 1.

¹⁹⁶ Sala Sánchez, Pascual, Xiol Ríos, Juan y Fernández Montalvo, Rafael. *Práctica Procesal Contencioso Administrativa*. Tomo IX. Barcelona: Editorial BOSCH, 1999, p. 481.

¹⁹⁷ Montezanti, Néstor L. *Suspensión del Acto Administrativo*. Óp. cit., p. 4.

¹⁹⁸ Gallegos Fedriani, Pablo. *Las Medidas Cautelares...* Óp. cit., p. 38.

justificación está en que la tutela va dirigida contra una administración que no necesariamente tiende a proteger a los administrados de otro Estado.

6.1. Como medida cautelar contra la administración pública

Eduardo García de Enterría, explicando la evolución histórica de la tutela cautelar, señala, que se parte de la imposibilidad de dictar medidas cautelares contra la administración pública. Sin embargo, el dogma se ve limitado en parte por “la elevación a rango constitucional del principio de tutela judicial efectiva”¹⁹⁹. Éste derecho pretende evitar, que a través de uno de sus componentes, como es la tutela cautelar, el administrado soporte la ejecutoriedad del acto y la duración del proceso. En el derecho comparado: “en Europa y particularmente en España se habla de una constitucionalización de la protección cautelar, que es propio de la evolución de la justicia administrativa que no tolera ya el privilegio de la ejecutoriedad”²⁰⁰. Por lo tanto, resulta trascendental aclarar que la medida de suspensión ha sido desarrollada únicamente en el ámbito de la justicia administrativa, por lo que hay que señalar lo expuesto por Eduardo García de Enterría:

(...) La ejecutoriedad de las disposiciones y actos objeto del recurso contencioso administrativo, como expresión del beneficio máximo de la auto tutela administrativa, ha sido un dogma indiscutible desde que el proceso contencioso administrativo se configuró como meramente impugnatorio y se inspiró, desde el dogma del ministro juez, como un recurso de casación, llamado a revisar expos un acto que se entendía que debía continuar produciendo sus efectos como obra de la función administrativa de ordenar y gestionar su propia organización y la vida social²⁰¹.

Ahora bien, relacionando el tema con las medidas cautelares que pudieren dictar los árbitros contra la administración, existen algunas limitantes de carácter legal y constitucional. La profesora Marta García hace una precisión cuando identifica que: “dentro de la extensa actividad unilateral de la administración, se ha precisado que se excluye del arbitraje los asuntos de policía, soberanía, imperio o giro o tráfico

¹⁹⁹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás – Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. 5ta Ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 624.

²⁰⁰ Gozaini, Osvaldo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. *Óp. cit.*, p. 845

²⁰¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás – Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 625.

administrativo”²⁰². Para esta misma autora: “el ámbito que puede abarcar el arbitraje sin distinción entre público y privado se delimitará por aquellas materias que, por su propio carácter o naturaleza, admiten una versión tanto de derecho público como de derecho privado”²⁰³.

En este sentido, los arbitrajes donde el Estado es parte, que se tienden a delimitar a asuntos de carácter patrimonial entre el Estado, sus administrados y/o extranjeros. Por disposición legal, se limita a asuntos de naturaleza patrimonial – contractual. Por ello, resulta indispensable aclarar que los árbitros no están facultados para pronunciarse sobre la legalidad de un acto administrativo, so pena de que el laudo se declare nulo.

Profundizando en el marco de las medidas cautelares contra la administración pública, éstas de acuerdo a Garberí se deben entender como: “aquellos instrumentos tendentes a garantizar o pre ordenar la viabilidad o efectividad de los efectos que haya de producir la resolución que se pronuncie sobre el objeto del procedimiento”²⁰⁴. A modo de ejemplo, en el procedimiento administrativo sancionador: “las medidas cautelares son únicamente aquellas que se adoptan en el curso del procedimiento administrativo sancionador con el predeterminado fin de asegurar anticipadamente la eficacia de la decisión final”²⁰⁵. A partir de lo señalado es factible apreciar que, el objetivo de la suspensión de los efectos del acto administrativo y el resto de medidas cautelares dirigidas a la administración pública, obedecen el mismo fin que el resto de medidas cautelares. Su objeto, está destinado, como lo expuso Garberí, a asegurar la eficacia, que hasta cierto punto involucra, la búsqueda de una decisión oportuna para las partes en el proceso principal.

Tomando en consideración estos antecedentes, Gonzaini aclarando la problemática respecto a las medidas cautelares dirigidas contra la administración pública, entiende que:

²⁰² García Pérez, Marta. *Arbitraje y Derecho Administrativo*. Pamplona: Thomson Reuters, 2011, p. 52.

²⁰³ *Ibíd.*

²⁰⁴ Garberí Llobregat, José. *Derecho Administrativo Sancionador Práctico*. Vol. I. Madrid: Editorial BOSCH, 2012, p. 213.

²⁰⁵ *Id.*, p. 214.

(...) la tutela cautelar sufre un impacto del análisis de consecuencias, de modo que la medida a adoptar (suspensión del acto; prohibición de contratar; embargo, etc.) no solo judicializa la decisión de gobierno, sino que altera e incide en los derechos individuales y colectivos. Por eso cuando la precautoria supone en sí misma la proyección del derecho, tiene que velar para que no influya desde lo individual al perjuicio general, a cuyo fin será preciso analizar si la admisión corresponde a un ámbito de la tutela cautelar individual, o en su caso, si encuentra proyecciones en derechos colectivos que podrán quedar o no alcanzados²⁰⁶.

Esto tiene íntima relación con la paradoja de las reducciones y con el hecho de que en la valoración de la medida, debe primar un análisis de proporcionalidad sobre los intereses en juego. Estos intereses son: por un lado, el interés general de la continuidad del acto, por otro lado, los intereses y derechos en juego del particular solicitante de la medida y si es el caso, los intereses de terceros que se podrían ver afectados con la suspensión. Si bien es cierto que el proceso arbitral tiene efectos inter- partes, no es menos cierto que en una medida de suspensión sobre los efectos del acto administrativo, pueden confluir intereses de terceros que deberán ser tomados en cuenta dentro del análisis de su concesión.

Ahora bien, la medida de suspensión atenta frontalmente contra los principios de ejecutoriedad y ejecutividad del acto administrativo y se confronta con el principio de auto tutela de la administración. Para Pascual Sala, este principio es “en virtud del cual la administración puede seguir ejecutando el acto administrativo en tanto este no haya sido anulado por los tribunales”²⁰⁷. No obstante, es evidente que para el particular esta situación resulta un problema, mucho más, si se trata de un acto gravoso o que le causa algún tipo de daño, por lo que cuando termine el proceso “es más que probable que el acto esté ejecutado de manera forzosa y en muchos casos se haya creado una situación irreversible”²⁰⁸. La necesidad de reparar este escenario es lo que justifica la medida cautelar de suspensión, no sólo cuando el proceso trata sobre la legalidad del acto, sino en virtud de la amplitud del principio de tutela, en cualquier caso en el que pueda presentarse esta situación irreversible.

²⁰⁶ Gozaini, Osvaldo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Óp. cit., p. 844.

²⁰⁷ Sala Sánchez, Pascual y otros. *Práctica Procesal Contencioso Administrativa*. Óp. cit., p. 485.

²⁰⁸ *Id.*, p. 490.

Las características generales de las medidas cautelares contra la administración pública siguen una serie de reglas y limitantes esenciales contenidos en la legislación de cada Estado. Esto deriva de la paradoja de las reducciones y con la misma se pretende protegerlos intereses generales que persigue la administración, así como el funcionamiento normal de su actividad. Por ello, la doctrina ha determinado como primera regla general, que no procede ninguna medida que: “afecte obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”²⁰⁹. La regla tiene relación con la realidad ecuatoriana. Sin embargo, en el derecho comparado, esto, se ha ido flexibilizando. No obstante, resulta indispensable el análisis de proporcionalidad, y en último término la valoración de los elementos en cada caso concreto. Siguiendo lo dicho, por ejemplo:

(...) cuando lo que se encuentre en juego es la prestación de un servicio público, el requisito de acreditación de la verosimilitud del derecho debe apreciarse con suma estrictez, y en el caso de no llegarse a una convicción sobre tal verosimilitud, el derecho que el peticionario desea cautelar debe ceder ante la necesaria protección de la comunidad²¹⁰.

6.1.1. Concepto. Suspensión y clasificación

Preliminarmente, se podría entender a la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo como una “interrupción temporal y absoluta o relativa de dicha ejecución”²¹¹. En este sentido, se trata tradicionalmente, como una excepción a las características de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos. Se entiende que, “la regla general aplicable a todo acto administrativo que se encuentre firme es la de su tránsito ordinario al mundo de la eficacia”²¹². Esto se da en virtud de dos razones que son: el principio de auto tutela de la administración y las características antes mencionadas comunes a los actos administrativos.

²⁰⁹ Falcón, Enrique. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. Óp. cit., p. 117.

²¹⁰ *Id.*, p. 119.

²¹¹ Gallegos Fedriani, Pablo. *Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública*. Óp. cit., p. 218.

²¹² Santofimio Gamboa, Jaime. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 330.

Ahora bien, en doctrina el concepto sigue lineamientos casi unánimes. El profesor Jaime Santofimio al respecto señala que “es una medida de estricto orden jurisdiccional de carácter rogado y cautelar, que pretende la cesación temporal de los efectos (...) como medida previa dentro del proceso contencioso administrativo”²¹³. Por su parte para el jurista Pascual Sala esta medida “consiste en privar de efectos a la ejecutividad del acto administrativo, de tal suerte que la administración no podrá ejercitar sus potestades de ejecución de oficio en tanto no sea levantada dicha medida”²¹⁴. Siguiendo esta lógica esta medida:

(...) no ha sido estudiada siempre ni principalmente desde la perspectiva de las medidas cautelares, si no que se ha visto en ella un contrapeso o garantía frente a las prerrogativas de la administración (...) y como una medida cuyo carácter negativo excluye la adopción de cualquier otro tipo de medida cautelar²¹⁵.

Lo expuesto por Sala tiene relación con lo estudiado en la primera parte del presente capítulo, principalmente, en lo relativo a la evolución en materia de medidas cautelares que pueden ser dirigidas contra la administración. No obstante, si bien es cierto, que inicialmente la adopción de medidas era un instituto de carácter excluyente. Actualmente, muchos autores estudian la posibilidad de que esta medida de carácter negativo en realidad pueda confluir junto con otro tipo de medidas, principalmente las de carácter innovativo.

En lo relativo a las características de la suspensión, hay que señalar que muchas de estas parten del desglose de su concepto. La primera característica de esta medida consiste en formar una excepción a los principios de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos. Para Jaime Santofimio, “el instituto provicional de la suspensión (...) no tiene por objeto el pronunciamiento sobre la validez o ilegalidad del acto administrativo de que se trate, sino que se refiere a la simple suspensión de los efectos del mismo”²¹⁶. Esta característica resulta esencial en materia de adopción de este tipo de medidas para el

²¹³ *Id.*, p. 330.

²¹⁴ Sala Sánchez, Pascual y otros. *Práctica Procesal Contencioso Administrativa*. *Óp. cit.*, p. 562.

²¹⁵ *Id.*, p. 480.

²¹⁶ Santofimio Gamboa, Jaime. *Tratado de Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 331

arbitraje, puesto que como es sabido en el proceso arbitral no es posible el control de legalidad de los actos de la administración. Ya se dijo, que la medida debe cumplir con criterios de proporcionalidad, en el sentido de valorar los distintos intereses en juego. Por ello, deberá tomarse en consideración que “la suspensión del acto cuestionado puede generar mayores daños que los derivados de su ejecución”²¹⁷. Lo dicho parte del supuesto analógico del tratamiento que se da a la medida en justicia administrativa. Teniendo en consideración que el recurso contencioso administrativo en el Ecuador, no tiene efecto suspensivo, es decir, los actos pueden ejecutarse libremente mientras se discute su legalidad.

Siguiendo la temática de las distintas características de la medida, la jurisprudencial en el derecho comparado, “ha venido admitiendo que la suspensión del acto administrativo puede ser total o parcial, es decir, que no es menester que se refiera a todos sus extremos, sino solo a aquellos de cuya ejecución pueden derivarse perjuicios irreparables”²¹⁸. La evolución, trae como consecuencia una valoración más acertada que protege a todos los intereses en juego. El supuesto de suspensión parcial no será aplicable a todos los actos administrativos, pues parte de dos esquemas distintos: primero, si se impone una sola obligación o gravamen la suspensión parcial podrá proceder si es que la obligación impuesta es divisible. Segundo, será posible la suspensión parcial siempre que en el misma, se encuentren comprendidas varias obligaciones o gravámenes y, se pueda partir de la suspensión de unas de ellas.

6.1.2. Derecho comparado

Uno de los sistemas pioneros de esta medida es el derecho español. En donde históricamente, en un inicio, no se concebían las medidas cautelares contra la administración. García de Enterría menciona que: “solo tardíamente se imaginó una posible medida cautelar, la de suspensión del acto recurrido, que (...) limitó a los supuestos en que la ejecución pudiere producir daños de imposible reparación”²¹⁹. Hay que señalar que esta evolución es continua y por ende con la suspensión como primera medida, continúa el desarrollo en jurisprudencia hacia la tendencia de adoptar más

²¹⁷ Falcón, Enrique. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. Óp. cit., p. 119

²¹⁸ Santofimio Gamboa, Jaime. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 367

²¹⁹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás – Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 624.

medidas aparte y en conjunto con la suspensión. Inclusive, se habla de una posible adopción de medidas cautelares de carácter positivo en la justicia administrativa. En el arbitraje y particularmente en el ámbito del arbitraje internacional, la imposición es permisiva en materia del catálogo abierto de medidas cautelares que los árbitros tienen a su disposición.

Lo anterior se traduce en el hecho de que poco a poco se ha ido “equiparando a la justicia administrativa con los poderes cautelares propios de las demás jurisdicciones”²²⁰. Esta equiparación es la que se propone para el arbitraje, en materia de medidas cautelares y particularmente, sobre la medida de suspensión de los efectos del acto administrativo. En el marco ecuatoriano existen varios casos en los que se muestra la adopción de diferentes tipos de medidas contra el Estado, tanto en arbitrajes locales como en arbitrajes internacionales. El estudio de los diferentes casos se realizará posteriormente. No obstante, no se ha registrado ni siquiera en el derecho comparado, una medida cautelar de suspensión de los efectos de un acto administrativo en arbitrajes donde algún Estado es parte. Por lo mismo, el estudio de esta institución partirá de su tratamiento en la justicia contencioso – administrativa, para después plasmarlo al arbitraje.

Se han tomado de forma sumaria tres supuestos de la regulación de esta medida cautelar en diferentes legislaciones. Con lo mismo se pretende evaluar las diferentes particularidades que la suspensión puede presentar en diferentes sistemas, lo que permite entender particularidades propias de esta medida. En Francia, por ejemplo:

(...) la suspensión de la ejecución de los actos administrativos es también una medida provisional, sin fuerza de cosa juzgada, pero solo tiene por objeto la suspensión de la ejecución de un acto administrativo cuya legalidad se discute. Dada la ausencia del efecto suspensivo de los recursos jurisdiccionales esta medida es indispensable para garantizar la eficacia de los efectos del proceso²²¹.

La realidad francesa es similar a la ecuatoriana. El recurso contencioso administrativo no posee efectos suspensivos. La medida cautelar de suspensión viene dada, como lo menciona Pascual Sala, con el objetivo máximo de garantizar la eficacia del proceso lo

²²⁰ Sala Sánchez, Pascual y otros. *Práctica Procesal Contencioso Administrativa*. Óp. cit., p. 491.

²²¹ *Id.*, p. 494.

que involucra la eficacia de la sentencia. No obstante, la realidad francesa es limitante, dado que solo procede la medida cuando el objeto del proceso es la discusión de la legalidad de un acto determinado.

En Italia, por ejemplo, se hace un acercamiento interesante a los presupuestos exigidos para la concesión de esta medida. En este sentido: “el periculum y el fumus son presupuestos necesarios para la suspensión del acto, pero la ley no dice que, presentes los mismos, la suspensión deba concederse: dice tan sólo que el juez se pronunciará al respecto con auto motivado”²²². Hasta cierto punto esta proposición sigue una línea lógica. Existen tres razones que justifican lo expuesto: primero, los requisitos de medidas cautelares son en muchas legislaciones aplicables a la medida de suspensión de los efectos del acto administrativo. Por ello, la naturaleza de la medida, posee particularidades propias a ser tomadas en cuenta por el administrador de justicia. Segundo, la motivación de la decisión que implica una justificación tras el análisis jurídico y fáctico necesario, para la concesión de esta medida. Tercero, la verificación de los presupuestos de concesión, no implica una resolución favorable a su otorgamiento. A través de la motivación, se deberá demostrar una adecuada ponderación de los intereses en juego para evitar que la suspensión genere mayores daños a los que se pretende evitar.

El Reino Unido, que no sigue el esquema romanista continental como en el caso francés, italiano y ecuatoriano, la medida de suspensión posee particularidades propias. Así, “en las normas reguladoras de *judicial review* (derecho público) se prevén incidentes de suspensión hasta el momento en que tenga lugar la vista sobre cuestiones sustantivas”²²³. Sin embargo, “en Inglaterra dentro de las reglas de la Corte Suprema se otorgan poderes generales para conceder la suspensión cautelar (interlocutory injunctions)”²²⁴. Lo que significa que la institución, aunque no sea idéntica a la estudiada es similar en el sentido cautelar para la cual va dirigida.

6.1.3. Medios de suspensión

²²² *Id.*, p. 501.

²²³ *Id.*, p. 482.

²²⁴ *Ibíd.*

La exposición de los medios tiene íntima relación con dos temas esenciales. Primero, la premisa antes expuesta de que la valoración y el otorgamiento de una medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo no implica un examen de legalidad por parte del árbitro sobre el acto en sí mismo. Segundo, la medida es una forma preventiva de garantizar un laudo eficaz y oportuno para las partes y en cierta forma proteger que la ejecución del acto pueda generar perjuicios de difícil o imposible reparación. Ambos supuestos están íntimamente relacionados entre sí y se correlacionan con el resto de finalidades y funciones de las medidas cautelares, entre ellas mantener en plena vigencia al principio de tutela judicial efectiva.

En el derecho argentino no hay una tipicidad de este tipo de medidas, Montezanti explica que los medios de suspensión, tradicionalmente nacen como una forma de evitar el abuso por parte de la administración. El primero, son los interdictos que consisten en “proteger la simple posesión y con mayor razón, la propiedad contra los actos turbatorios o de despojo, (...) a condición de que se interpongan contra vías de hecho y no simplemente ante la amenaza (...) de un acto administrativo”²²⁵. Segundo, el “remedio procesal para suspender los actos administrativos; la prohibición de innovar”²²⁶, aunque el mismo autor señala que el tema se torna complicado cuando se ordena la prohibición de innovar sobre una situación de hecho que involucra un acto que está en vías de ejecución. Tercero, las medidas cautelares innovativas, que son “una medida (...) excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado”²²⁷. Lo que se pretende, por ende, es alterar una determinada situación de hecho innovándola, retrotrayéndola o prohibiéndola según sea el caso. Cuarto, la suspensión especial que consiste en la “gran atribución del Tribunal Especial de suspender los efectos del acto administrativo impugnado judicialmente, con contra cautela (...) y en algunos casos previa vista a la administración”²²⁸. Como es lógico la medida es tendiente a que se evite a las partes “perjuicios de carácter irreversible, aún cuando pudieren ser objeto de una indemnización posterior (...) será necesario el planteo previo de esa medida y que su resolución hubiera sido adversa”²²⁹.

²²⁵ Montezanti, Néstor L. *Suspensión del Acto Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 81

²²⁶ *Id.*, p. 83.

²²⁷ *Id.*, p. 85.

²²⁸ *Id.*, p. 88.

²²⁹ *Id.*, p. 89.

Quinto, en el amparo preventivo existe una “poderosa utilidad del amparo (...) para enervar los actos administrativos en trance de ejecución, siempre y cuando su ilegalidad o arbitrariedad resulten manifiestas”²³⁰.

Haciendo una analogía con el Ecuador, los posibles medios de suspensión, podrían en definitiva ser dos, si tomamos en consideración a los medios a pedido del particular y nos alejamos de los procesos administrativos en sede administrativa. Estos dos medios son de naturaleza constitucional y consisten en la acción de protección y las medidas cautelares constitucionales. Medidas que, podrían, sin contener una naturaleza necesariamente cautelar, suspender los efectos de los actos administrativos impugnados; en el caso de la acción de protección, cuando esta se dirige en contra de un acto administrativo, siempre que se hayan agotado todas las vías. En el caso de las medidas cautelares constitucionales, siempre que se dirijan a proteger un derecho constitucional vulnerado por un acto administrativo.

6.2. Naturaleza jurídica y objeto de la medida

Se ha entendido que la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo es una medida cautelar de carácter negativo. En Ecuador, al igual que en otros países en el continente, la medida no posee una tipicidad específica por lo que es una medida de cautelar de carácter innominado. Pertenece a lo que en el capítulo anterior se denominó medidas genéricas. No obstante estas dos particularidades, sería absurdo suponer en materia de medidas cautelares que la tutela se agota en la tipicidad de las medidas. Lo dicho implicaría afirmar que un derecho constitucional, como es el derecho a la Tutela Judicial Efectiva, que contiene al derecho a la Tutela Cautelar, se agota en su instrumentación legal. En resumen, esto significaría que el derecho sería únicamente efectivo con las medidas instrumentadas a través de un tipo en la ley.

La novedad es que lastimosamente esta posición solamente podría ser defendida si todas las leyes fueran posteriores a la Constitución. Este no es el caso en Ecuador, dado que el CPC o la LAM son anteriores a ella. Sostener lo dicho, contradice frontalmente el postulado de que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Tal como se expuso en el primer capítulo, la declaración constitucional implica una

²³⁰ *Id.*, p. 101.

supremacía de los derechos y principios constitucionales sobre el ordenamiento jurídico. La labor del juez en este nuevo modelo de Estado paradigmático presupone que el mismo es creador del derecho y su posición se torna trascendental en materia de protección de los principios y derechos constitucionales. El árbitro, al ser un administrador de justicia que ejerce jurisdicción, debe defender del mismo modo los principios y derechos constitucionales, entre estos, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, la doctrina ha entendido de forma práctica que: “para decretar la suspensión y la ejecución de un acto administrativo, no será necesario el planteamiento previo de esta medida en sede administrativa”²³¹. Por su parte Jaime Santofimio señala que, “la suspensión provisional es ante todo una excepción al principio de legalidad de los actos administrativos, según el cual, estos se presumen ajustados plenamente a las normas de superior jerarquía”²³². Justamente por la misma razón: “la ejecutoriedad y ejecución de los mismos, no sea posible mientras avanza el proceso de revisión ante la jurisdicción competente”²³³.

Pascual Sala aclara que el objeto último de esta medida es: “satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como ha declarado en reiteradas ocasiones el tribunal constitucional, esta no es posible sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva”²³⁴. La satisfacción de su plena vigencia es uno de los fundamentos para justificar la aplicación de esta medida al arbitraje. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Español han determinado en forma genérica que:

(...) la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento

²³¹ Gallegos Fedriani, Pablo. *Las Medidas Cautelares contra ...* Óp. cit., p. 247.

²³² Santofimio Gamboa, Jaime. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 331.

²³³ *Id.*, p. 331.

²³⁴ Sala Sánchez, Pascual, y otros. *Práctica Procesal Contencioso Administrativa*. Óp. cit., p. 529

futuro del órgano judicial: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia²³⁵.

No obstante, en el estudio del proceso administrativo, el desarrollo en doctrina ha ido enmarcando otros objetos de la medida u objetivos. Por motivos metodológicos, se los podría llamar objetivos específicos, que por motivos de extensión no serán desarrollados en la tesina. De forma genérica estos son; “1. Hacer posible la función de control de la actuación de las administraciones públicas que corresponde a los tribunales. 2. Servir de contrapeso a la prerrogativa de auto tutela ejecutiva de las administraciones públicas. 3. Servir de límite a la presunción de legalidad de la actuación administrativa”²³⁶.

6.2.1. Requisitos de procedencia

En el capítulo anterior se dejó en claro que los requisitos de procedencia de las medidas dependerán de la ley aplicable al fondo en el arbitraje. De esta forma, es posible evidenciar con mucha claridad que en los reglamentos de los centros citados y en la LAM no existe una regulación específica que establezca los requisitos de procedencia de la medida. No obstante, se parte de la base de los dos presupuestos clásicos y tradicionales de procedencia, que son: la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora.

La doctrina ha determinado algunos requisitos adicionales en relación a la suspensión de los actos. Estos son, la valoración previa de los intereses de la administración, del solicitante de la suspensión, del interés general y de posibles intereses de terceros que pudieren verse afectados con la suspensión. Según la legislación de cada Estado, estos pueden variar. Pero en cuanto a requisitos de adopción propiamente dichos, se parte de los dos presupuestos tradicionales. Así, en Argentina el supuesto de suspensión antes señalado, por ejemplo, requiere del “cumplimiento de alguna de las tres condiciones establecidas en la norma (...): motivos de interés público, para evitar perjuicios graves

²³⁵ *Ibíd.*

²³⁶ *Id.*, p. 532.

al interesado o cuando se alegara fundamentalmente una nulidad absoluta”²³⁷. La jurisprudencia en el derecho argentino, señala que las medidas cautelares contra la administración, al solicitante, “se le exige cubrir los requerimientos del art. 230 del código federal, que significa acreditar la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y un cuidadoso resguardo del interés público comprometido”²³⁸.

En cuanto al presupuesto de “*Periculum in Mora*” o peligro en la demora, Pascual Sala siguiendo la línea de la jurisprudencia española, señala dos componentes esenciales: Primero, el propiamente dicho peligro en la demora, es decir que la simple duración del proceso ocasione perjuicios al solicitante, lo que conlleva como último fin el aseguramiento de una resolución definitiva.²³⁹ Segundo, parece importante aclarar que este presupuesto para la medida cautelar de suspensión se cumple, aunque: “no se haya justificado la existencia de perjuicios irreparables derivados de la duración del proceso, pero aparezca con claridad que, de no adoptarse la medida cautelar, el proceso perdería su finalidad”²⁴⁰. Ahora, es importante aclarar que el peligro no significa una valoración económica realizada por el administrador de justicia o por las partes sobre la ejecución del acto administrativo o sus efectos de ejecución, sino sobre el simple perjuicio que su ejecución pudiera generar sobre el proceso o status quo de alguna de las partes.

El segundo presupuesto es, la Apariencia de buen derecho, que no tiene ninguna modificación sustantiva, en relación con su valoración para la adopción de este tipo de medida. No obstante, es necesario que este requisito confluya con los otros requisitos para la adopción de las medidas cautelares²⁴¹. De ahí que es necesario aclarar que, por ejemplo, en el caso del arbitraje y en general cuando el objeto del proceso no sea la discusión sobre la legalidad del acto, el presupuesto no pretende una apariencia de ilegalidad. Por el contrario, el mismo está íntimamente relacionado con el peligro en la demora, pero en lo concordante a la acreditación de verosimilitud de posibles daños o

²³⁷ Gallegos Fedriani, Pablo. *Las Medidas Cautelares contra...* *Óp. cit.*, p. 223.

²³⁸ Gozaini, Osvaldo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. *Óp. cit.*, p. 847.

²³⁹ Sala Sánchez, Pascual, y otros. *Práctica Procesal Contencioso...* *Óp. cit.*, pp. 535 – 540.

²⁴⁰ *Id.*, p. 539.

²⁴¹ *Id.*, p. 544.

perjuicios, o de la acreditación de que la ejecución del acto podría traducirse en una decisión final ineficaz y poco oportuna para las partes. La dependencia de este presupuesto de otros, es tal que, en el derecho comparado, incluso ha sido eliminado como presupuesto sustancial para la medida de suspensión, dejando como en el caso de la legislación española únicamente una “previa valoración de todos los intereses en conflicto la medida cautelar podrá acordarse cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a que se refieran”²⁴². La acotación anotada es aplicable no al arbitraje sino a la justicia administrativa, en donde se discute la legalidad del acto.

El tercer presupuesto para la adopción de esta medida cautelar, es la ponderación de intereses en juego. El mayor desarrollo de este presupuesto se da en la jurisprudencia española. Su fundamento está localizado en la necesidad de justificar a la medida cautelar de suspensión de acuerdo a sus fines. Aunque dejando esto de lado, es indispensable armonizar esta necesidad con los intereses generales, de la administración y de terceros, que justifican los principios de legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo. Por todo lo expuesto, la suspensión deberá considerar que:

(...) cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, solo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución²⁴³.

Por lo tanto existe en doctrina y en relación a la valoración de este presupuesto, una suerte de principio más favorable a la adopción de la medida. El requisito, como es lógico, es una valoración integral de todos los presupuestos y una suerte de proporcionalidad en materia de intereses en juego. Algunos autores señalan que: la procedencia deberá considerar todos los intereses que se encuentran en juego; estos son los intereses de la administración, del administrado actor y de terceros en referencia a la posible afectación al interés general que podría acarrear la medida²⁴⁴.

²⁴² *Ibíd.*

²⁴³ *Id.*, p. 541.

²⁴⁴ *Id.*, p. 480.

Finalmente, en materia de valoración de los presupuestos, Enrique Falcón, ubica a la medida de suspensión dentro de la categoría de medidas innovativas. Con ello, es imposible dejar de lado que en aplicación al sistema jurídico ecuatoriano, la medida de suspensión se encuentra también dentro del tipo de medidas genéricas dentro de la clasificación propuesta por el mismo autor. Si se toma esto en consideración, y además el principio de legalidad de los actos de la administración en la valoración, se deberá tomar en cuenta que “para admitir la procedencia de la suspensión de sus efectos, el interesado debe demostrar que, a priori, dicha presunción carece de sustento, de modo que debe ser examinada con carácter restrictivo”²⁴⁵.

6.3. Actos susceptibles de suspensión

Más allá del examen que se ha realizado sobre la medida cautelar de suspensión, es necesario realizar una aclaración sobre los actos susceptibles de suspensión en el proceso arbitral. Las limitantes a la suspensión en un proceso contencioso administrativo, serían las aplicables al proceso arbitral, en lo relativo a procesos arbitrales donde el Estado es parte. Las particularidades y limitantes mencionadas ya fueron determinadas en el capítulo I, y se justifican en lo determinado en la Constitución y en la LAM. A breves rasgos, el proceso arbitral donde el Estado es parte, podrá tratar sobre temas de naturaleza contractual.

Una vez hecha esta aclaración, la justicia contencioso administrativa y la doctrina han discutido sobre la viabilidad de suspensión de actos administrativos de carácter general y reglamentos con su característica esencial de normatividad, considerando casi unánimemente que: “la suspensión sea administrativa o en sede judicial, deberá ser también ser general y no solo respecto de quien la requirió, salvo cuando la naturaleza y circunstancia del acto administrativo de alcance general no normativo acepte la solución contraria”²⁴⁶. Aplicando esto al arbitraje, sería atrevido decir que un acto normativo es susceptible de suspensión por parte de los árbitros. No obstante, si se hace una consideración amplia, sería posible que un acto administrativo de carácter general o un

²⁴⁵ Falcón, Enrique. *Tratado de derecho procesal civil y comercial. Óp. cit.*, p. 403.

²⁴⁶ Montezanti, Néstor L. *Suspensión del Acto Administrativo*. 2da Ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2009, p. 130.

acto normativo afecten sustancialmente una relación contractual en la que el Estado sea parte y por tanto podrían ser susceptibles de suspensión.

La posible afectación de la relación contractual puede traducirse ya en el proceso arbitral, como una verdadera necesidad de suspensión. La suspensión, que podría ser total o parcial, pero deberá justificarse en los presupuestos mencionados. A través de la verificación de sus requisitos, y por la naturaleza misma de este tipo de actos, es posible que se requiera un análisis de ponderación de intereses más profundo y exacto. Los problemas que se pueden presentar de índole apreciativa son que no necesariamente este tipo de actos generales pertenecen a la esfera contractual pero es posible que la misma se vea afectada.

Tomando esto en consideración, los actos administrativos que para la presente tesina formarían parte del marco contractual de la controversia son: los actos contractuales propiamente dichos, es decir aquellos que forman parte del proceso pre contractual, contractual y post contractual, así como también los actos administrativos, que si bien pueden no tener una estricta relación con el contrato administrativo, su formación o los actos administrativos posteriores al contrato, podrían incidir directamente en el contrato o la relación contractual. Lo que significa que, dejando de lado los actos que parten de prerrogativas estatales como son el *ius variandi* y el hecho del príncipe, este tipo de actos podrían incidir directamente en el contrato, y surgir de dicha controversia un conflicto de naturaleza contractual. Por lo mismo, en el siguiente apartado se tratará a los actos administrativos de forma genérica o en sentido amplio siguiendo la exposición de Gordillo.

6.3.1. Actos administrativos. Alcance Concepto. Ejecutividad y ejecutoriedad

El concepto histórico de acto administrativo “surge en Francia al filo, y como expresión práctica, del principio de separación entre administración y justicia”²⁴⁷. Inicialmente el concepto parte de la base, de una concepción general, la doctrinaria y

²⁴⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás – Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Octava Ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 533.

jurisprudencial tendió a delimitarlo y volverlo más restringido²⁴⁸. Gordillo, partiendo de un concepto amplio refiere como acto administrativo, a todos los actos emanados de la administración en ejercicio de la función administrativa. Pero realiza también la aclaración en el sentido estricto de la palabra. Bajo el cual, se excluyen varios actos que por sus características, destinatarios y alcance de sus efectos, o participantes, en su generación, poseen una denominación específica con regulaciones y naturaleza jurídica propias, como son, los reglamentos, contratos administrativos, hechos administrativos o actos de simple administración.

Por ello, para Entrena Cuesta, “acto administrativo puede definirse como un acto jurídico realizado por la administración con arreglo al derecho administrativo”²⁴⁹. Por otro lado, Efraín Pérez siguiendo a Dromi y al ERJAFE señala que acto administrativo es “toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa”²⁵⁰. Santofimio que es “toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos”²⁵¹. Por su parte, García de Enterría aclara que “acto administrativo sería así la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”²⁵² Este adicionalmente realiza un desglose del concepto en sus distintos elementos:

(...) 1 es una declaración unilateral de voluntad como declaración se excluye actos de naturaleza material. 2 que incluye no solo actividades de decidir o no decidir algo pues puede ser una declaración de juicio (casos de consultas), de conocimiento o de deseo. 3. Esta declaración debe ser necesariamente realizada por la administración a través de alguno de sus órganos y en este sentido se entiende también su unilateralidad. 4 el acto es dictado en ejercicio de una potestad administrativa, se entiende por ende que el acto trata una situación determinada derivada justamente de

²⁴⁸ *Id.*, pp. 534 – 535.

²⁴⁹ Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. 13ra Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 171.

²⁵⁰ Pérez, Efraín. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 96.

²⁵¹ Santofimio Gamboa, Jaime... *Óp. cit.*, p. 131.

²⁵² García de Enterría, Eduardo... *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. *Óp. cit.*, p. 536.

dicha potestad. 5. Distinta de la potestad reglamentaria, se traduce en dos cuestiones el objeto de la potestad reglamentaria y los efectos a quienes va dirigido el acto²⁵³.

La actividad estatal es amplia y por consiguiente resulta irreal centrar los efectos de suspensión por parte de los árbitros, únicamente a la denominación de actos administrativos en el sentido estricto. Lo anterior en vista de que pueden existir un sinnúmero de actividades o actos que de forma directa o indirecta pueden influir en la relación contractual, afectar al contrato o a la misma controversia. Dichos actos, tratándose de actos normativos, actos administrativos de alcance general, reglamentos, hechos administrativos o actos de simple administración, deberán ser tomados en cuenta el momento de analizar o no la viabilidad de su suspensión.

Como se ha señalado, los principios clásicos que se ven afectados con la medida cautelar de suspensión son, el de ejecutoriedad y ejecutividad de los actos. Montezanti señala que “se suele hablar de ejecutividad para designar la obligatoriedad genérica de los actos administrativos, con abstracción de las peculiaridades que los someten a regímenes distintos de cumplimiento y los dotan de efectos diversos”²⁵⁴, lo que implica que el poder de la administración y del mismo acto de volverse obligatorio y exigir su cumplimiento. Por ende, el principio de ejecutividad significa que por la naturaleza de su actividad, el ordenamiento le reconoce a la administración facultades especiales de volver a sus actos eficaces proveyendo mecanismos de auto tutela para imponer sus decisiones y declaraciones a los ciudadanos. Esto conlleva a que la ejecutividad se traduzca “en una manifestación de voluntad con fuerza ejecutiva”²⁵⁵. Pero además hay que considerar que “lo ejecutorio del acto depende de su firmeza y publicidad”²⁵⁶, como requisitos *sine qua non*, para efectivizarse su ejecutividad.

Por otro lado, el principio de ejecutoriedad se utiliza usualmente “para referirse a la ejecución forzosa de lo mandado en el acto administrativo, a cargo de la administración”²⁵⁷. En relación a la medida cautelar de suspensión, el Tribunal

²⁵³ *Id.*, pp. 536 – 540

²⁵⁴ Montezanti, Néstor L. *Suspensión del Acto Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 8.

²⁵⁵ Santofimio Gamboa, Jaime... *Óp. cit.*, p. 136.

²⁵⁶ *Id.*, p. 137.

²⁵⁷ Montezanti, Néstor L. *Suspensión del Acto Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 8.

Constitucional Español, determina que “la prerrogativa de la ejecutoriedad no puede desplegarse libre de todo control jurisdiccional y debe el legislador, por ello, articular las medidas cautelares que hagan posible el control que la Constitución exige, el mandato de plena judiciabilidad del actuar administrativo”²⁵⁸. Lo anterior, permite esclarecer que los principios mencionados no tienen un carácter absoluto. En la justicia administrativa los principios pueden ser relativizados y en virtud de los argumentos expuestos en la presente tesina también en el arbitraje. Resulta, por lo tanto, fundamental mencionar que en doctrina, ambos supuestos vienen relacionados con la clásica presunción de legalidad o validez de los actos administrativos. Por ello, para Mairal: “la administración tiene, como regla, la facultad de ejecutar por sí sus propios actos”²⁵⁹, que vendría a ser la conclusión del funcionamiento de ambos principios.

6.3.2. Actos administrativos en el marco contractual

Someramente se ha tratado a lo largo de este capítulo los actos administrativos que , formarían parte del marco contractual, lo cual implica que podrían llegar a estar relacionados con el surgimiento de una controversia contractual. Si bien la denominación de acto administrativo surge de un concepto de acto específico emanado de la administración, se trata genéricamente la denominación de actos administrativos a los actos en general, que los árbitros podrían suspender en el marco contractual en los arbitrajes donde el Estado es parte.

La LAM exige que las controversias sometidas a arbitraje en donde el Estado es parte, sean de naturaleza contractual. Lo anterior, no implica necesariamente que los actos administrativos susceptibles de suspensión por parte de los árbitros, sean estrictamente contractuales. Dado que los árbitros estarían facultados a suspender total o parcialmente a todos aquellos actos que directa o indirectamente incidan en la controversia, incluso procedimientos administrativos como se verá más adelante. Por ello, en la presente tesina se tratarán en general como: actos en el marco contractual que no es lo mismo que hablar de actos contractuales. En aplicación y protección de normas constitucionales, en específico, de la tutela judicial efectiva, los árbitros en virtud de lo

²⁵⁸ García de Enterría, Eduardo... *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. *Óp. cit.*, p. 625.

²⁵⁹ Montezanti, Néstor L. *Suspensión del Acto Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 8.

expuesto estarían facultados, como medida cautelar a suspender los efectos de los actos administrativos propiamente dichos, de los actos administrativos de efectos generales, de los actos normativos he incluso de los actos reglamentarios. Por su puesto que, para que la suspensión pueda verificarse, es indispensable que dichos actos administrativos, tratados a genéricamente incidan directa o indirectamente en el contrato. Aunque es posible la suspensión, incluso sobre actos que no incidiendo en el contrato, afecten o indican sobre las partes o la controversia sometida a conocimiento de los árbitros.

Si bien es cierto que no sería correcto confundir un acto administrativo de efectos individuales dentro de un acto administrativo bilateral como es el contrato administrativo, también es cierto, que dentro de lo que se denomina legalmente como marco contractual pueden existir actos derivados del contrato o autónomos de efectos individuales, tal y como se expuso en el párrafo anterior. En este sentido, alrededor de una relación jurídico administrativa, como es un contrato, por ejemplo, pueden existir diversos tipos de actos y por ello: “los actos pueden ser, para sus destinatarios, de limitación o gravamen o de contenido favorable”²⁶⁰.

No obstante, los principios constitucionales explicados alrededor de esta tesina, y los tipos de actos susceptibles de suspensión. Se debe señalar que el principio de tutela cautelar, los abarca por su naturaleza a todos. Por esto, los árbitros deberán tomar en consideración, más que el tipo de acto a ser suspendido, la verificación de los requisitos que permitan conceder la suspensión, ante los diferentes tipos que pueden presentarse. Esto significa que mientras más amplios sean los afectos de los actos, o mejor dicho, mientras más destinatarios tengan, la suspensión deberá considerar, los intereses de dichos destinatarios y por lo mismo, resulta más difícil su concesión.

6.4. Fundamento Constitucional y legal de la suspensión

Como se ha expuesto a lo largo de la presente tesina, el fundamento constitucional de la suspensión se encuentra en el principio de tutela judicial efectiva. Por otro lado, el fundamento legal de la suspensión se encuentra, en la puerta que deja la LAM, a los árbitros en materia de selección y adopción de medidas cautelares. El principio de tutela

²⁶⁰ González- Varas Ibañez, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Navarra – España: Thomson Civitas, 2008, p. 270.

cautelar justifica a los administradores de justicia, a adoptar más medidas de las tipificadas estrictamente en la Ley. En concordancia, el Tribunal Supremo Español explica que “el derecho a la tutela judicial se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que este, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión”²⁶¹. Siguiendo este orden de ideas, la jurisprudencia comunitaria europea señala que “la tutela cautelar no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”²⁶². En el derecho español, la concesión de suspensión parte de que:

(...) para suspender la ejecutividad del acto administrativo, y que toda la profunda evolución de la justicia cautelar se haya centrado en la dogmática inherente a dicha medida y en las posibilidades de interpretación y de evolución que la misma ha permitido, especialmente a partir de la formidable virtualidad otorgada por el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental y por la conciencia, cada vez más vivida y extendida, de que las medidas cautelares están en estrecha relación con este derecho fundamental²⁶³

Por lo dicho, resulta evidente que el derecho comunitario europeo y en especial el derecho español justifican la suspensión en último término en el derecho a la tutela cautelar. Derecho, que como ya se ha mencionado, se encuentra contenido, en muchas legislaciones dentro de la tutela judicial efectiva. Por lo tanto, este último resulta ser el principal argumento para conceder la medida cautelar de suspensión en el arbitraje.

6.4.1. Casos internacionales análogos de suspensión

Si bien es cierto, que como ya se mencionó anteriormente no existe un caso específico de suspensión por parte de los árbitros en defensa del derecho a la Tutela Judicial Efectiva. En arbitrajes internacionales, es posible encontrar casos análogos a la suspensión. Por motivos de extensión, para la presente tesina se han seleccionado cuatro casos, en donde se pueden encontrar medidas relacionadas a la suspensión de los efectos de los actos administrativos. Estos casos son, el de Perenco, City Oriente, Burlington y

²⁶¹ Sala Sánchez, Pascual.... *Práctica Procesal Contencioso Administrativa. Óp. cit.*, p. 482.

²⁶² *Id.*, p. 507.

²⁶³ *Id.*, p. 477.

Chevron, todos contra el Estado ecuatoriano.

En el caso de Perenco contra el Estado ecuatoriano, la solicitud de medidas cautelares se centra específicamente en dos ejes: primero, la cesación del cobro de 327 millones de dólares dentro del procedimiento coactivo, al amparo de la Ley 42, y segundo, la cesación de cualquier otra conducta que pueda afectar la situación legal de los contratos de participación. El fundamento utilizado por Perenco en este sentido es que cualquier afectación dentro del proceso coactivo podría “privarle a ésta de su legítimo derecho a obtener una tutela efectiva de sus intereses.”²⁶⁴. Resulta evidente que el fundamento legal de la petición es la Tutela Judicial Efectiva.

El análisis realizado por el Tribunal es claro en el sentido que, el principal objeto de las medidas cautelares es el de preservar el *status quo* de las partes en la controversia. El Tribunal justifica su decisión en los criterios de urgencia y necesidad. Dado que, dentro de las consideraciones que hace se señala que:

Sobre la base del material actualmente ante el Tribunal, parece claro que en el estado actual de las cosas, y en ausencia de medidas provisionales, Perenco enfrenta la inminente confiscación de sus activos en Ecuador (sea petróleo, planta, equipo o cuentas bancarias) por un monto de \$327 millones, más intereses y costas, a menos que pague esa suma dentro de muy pocos días. Tal y como se desprende de la carta que con fecha 29 de abril de 2009 enviaron los representantes de Perenco al Tribunal (y sobre la cual Ecuador no ha tenido más que una muy breve oportunidad para responder), ya se habrían dado los siguientes pasos. Si el negocio de Perenco en Ecuador fuera efectivamente terminado de esta manera, dicho daño no podría, a juicio del Tribunal, compensarse adecuadamente a través de un laudo de daños pecuniarios en caso de que la demanda se sostenga²⁶⁵.

Con este fundamento el Tribunal recomienda medidas cautelares que imposibiliten a las demandas a “demandar que Perenco pague cualquier monto presuntamente adeudado conforme a la Ley 42”. Esto significa, que el tribunal ordena la suspensión de un procedimiento administrativo de coactiva, que si bien no es un acto propiamente dicho al margen de la investigación realizada en esta tesina, implica una forma de suspensión. Tanto es así que el Tribunal ordena de forma genérica a abstenerse de “instituir o continuar cualquier acción, judicial o de otro tipo, incluyendo las acciones descritas en

²⁶⁴ CIADI. Decisión Medidas Provisionales. Caso CIADI No. ARB/08/6, de 28 de mayo de 2009. http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1050_Sp&caseId=C301 (Acceso: 6/4/2014)

²⁶⁵ *Ibíd.*

las notificaciones del 19 de febrero y de 3 marzo de 2009, para cobrarle a Perenco cualquier monto”²⁶⁶. Ahora bien, como garantía a las demandadas el Tribunal ordena el depósito de los valores adeudados en una cuenta manejada por un tercero, hasta que se resuelva el fondo del asunto.

En el caso City Oriente, previo a Perenco, la solicitud de medidas cautelares se centra en tres ejes primordiales: primero, actos de cobro de 28 millones de dólares por concepto de participación del Estado sobre los excedentes de los precios de venta del petróleo al margen de la Ley 42, segundo, solicitud de caducidad del contrato, y tercero, cesación de los procesos penales específicamente, las indagaciones por parte de la fiscalía.

El análisis realizado por el tribunal reitera, al igual que se hace en la solicitud de medidas cautelares, que el objetivo de las mismas es que: “se mantenga el status quo ante, es decir, la situación jurídica existente antes de que se iniciara el arbitraje”²⁶⁷. El Tribunal justifica su decisión en los criterios de, protección de los derechos del solicitante, urgencia y oportunidad dada a las partes de presentar sus observaciones. A saber del Tribunal todos los requisitos se cumplen por lo que ordena:

La República del Ecuador y la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) se abstendrán de:

- Iniciar o continuar, si ya se hubiera iniciado, todo procedimiento o acción judicial, de cualquier naturaleza, dirigida contra o que involucre a City Oriente Limited y/o sus directivos o empleados, y que tenga su origen o guarde relación con el Contrato de 29 de marzo de 1995, y/o con el efecto de la aplicación a dicho Contrato de la Ley No. 2006-42 Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos;
- Conminar o exigir a City Oriente Limited el pago de cualesquiera cantidades, derivadas de la aplicación al Contrato de 29 de marzo de 1995 de la Ley No. 2006-42 Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos;
- Iniciar, adoptar o continuar cualquier otra conducta que directa o indirectamente afecte o modifique la situación jurídica convenida en el Contrato de 29 de marzo de 1995, en los términos en los que fue pactado y firmado por las partes²⁶⁸.

La decisión de medidas cautelares por parte del tribunal, al igual que en el caso de Perenco no trata sobre un acto administrativo específico. Sin embargo, contiene varios

²⁶⁶ *Ibíd.*

²⁶⁷ CIADI. Decisión Medidas Provisoriales. CIADI No. ARB/06/21, de 19 de noviembre de 2007. <http://ita.law.uvic.ca/documents/CityOrient-ProvisionalMeasures-SP.pdf> (Acceso: 6/4/2014)

²⁶⁸ *Ibíd.*

aspectos relevantes; primeramente suspende el proceso de cobro de los 28 millones de dólares que inició, con la presentación de la factura por parte de Petroecuador, lo que significa que suspende, al igual que en el caso anterior, un procedimiento coactivo de naturaleza administrativa. Aunque también, suspende los procesos penales iniciados contra empleados y directivos de Perenco. Estos últimos no son actos administrativos, sin embargo como se a dicho en esta tesina, se justifica la decisión en la protección de las partes y además es una medida, íntimamente relacionada con la suspensión, pero no en la esfera administrativa. Podría ser valorada más como una obligación emanada del tribunal de suspender cualquier acto que agrave la controversia.

En el caso de Burlington, el contenido de la resolución sobre medidas cautelares por parte del tribunal es muy similar al de los casos anteriores. En cuanto a los hechos, estos son similares a los del caso Perenco puesto que ambas compañías se encontraban en un consorcio para realizar la explotación. El fundamento de la solicitud presentada por Burlington se resume en tres puntos: primero, la abstención de cobro coactivo de los montos presuntamente adeudados al margen de la aplicación de la Ley 42; impedir cualquier medida que afecte jurídicamente a los contratos de participación, y por último; inhibición de cualquier acto que agrave la controversia. En este marco, se fundamentan las medidas cautelares en la protección de tres derechos: “el derecho de acudir exclusivamente al CIADI (...); los derechos a que se mantenga el *status quo*, a que no se agrave la controversia y a que se asegure la efectividad del laudo arbitral y el derecho de exigir el cumplimiento específico del CPs”²⁶⁹

La decisión del Tribunal se presenta en los siguientes términos: primero, se ordena a las partes a realizar la apertura de la cuenta bancaria para que se deposite en ella todos los montos adeudados al margen de la Ley 42, también se ordena la abstención de realizar cualquier otro acto que pudiere agravar la controversia²⁷⁰. Siguiendo la línea de los casos anteriores, se obliga a las demandas a, “poner término a los procedimientos pendientes contra la demandante en el marco del juicio de coactivas y se abstendrán de

²⁶⁹ CIADI. Decisión Medidas Provisoriales. CIADI No. ARB/08/5, de 29 de junio de 2009. http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1110_Sp&caseId=C300 (Acceso: 6/4/2014)

²⁷⁰ *Ibíd.*

iniciar nuevas de esa naturaleza”²⁷¹. Lo que significa que al igual que en los casos anteriores, se suspenden procedimientos administrativos coactivos por parte de árbitros en arbitrajes internacionales, que es un indicativo de la aplicación de la medida de suspensión.

En el caso Chevron, que es algo emblemático para el Estado ecuatoriano se solicitó varias veces dentro de las órdenes de medidas cautelares, la suspensión de la sentencia dentro del caso lago agrio, específicamente el Tribunal dispuso a: “la demandada a adoptar todas las medidas a su disposición para suspender o hacer que se suspenda la aplicación o reconocimiento dentro y fuera de Ecuador de cualquier fallo en contra de la demandante en el caso de Lago Agrio”²⁷². Ante la falta de seguimiento a la orden emitida por el tribunal, en la cuarta decisión sobre medidas cautelares del 7 de febrero del 2013, el tribunal resuelve que:

(...) La sentencia de Lago Agrio se hizo firme, ejecutoria y sujeta a ejecución dentro de Ecuador a más tardar el 03 de agosto 2012 (ante la certificación de ejecutabilidad por parte de su poder judicial), en violación a la primera y segunda orden sobre medidas provisionales del Tribunal obligando al demandado, respectivamente, "a tomar todas las medidas a su alcance" y "a tomar todas las medidas necesarias" para suspender o hacer que se suspenda la ejecución y reconocimiento dentro y fuera de Ecuador de ese Juicio de Lago Agrio²⁷³.

La obligación impuesta determinada en la ordenes de medidas y en esta decisión sobre medidas cautelares es clara, en el sentido de que se dirige a suspender la ejecución de una sentencia. Lo que implica que existe suspensión sobre los efectos de dicha sentencia. Si bien no es un acto administrativo, la estructura de la medida obedece a la estructura de la medida de suspensión. Ahora bien, jerárquicamente hablando para temas académicos, una sentencia es más que un acto administrativo. Aun así, los árbitros en el caso consideraron suspender la ejecución de la sentencia, en protección a los derechos de la parte solicitante, con el objetivo de no agravar la controversia y en base los criterios o características de las medidas cautelares.

²⁷¹ *Ibíd.*

²⁷² Decisión Medidas Provisoriales. Cas No. 2009-23, de 7 de febrero de 2013. http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1110_Sp&caseId=C300 (Acceso: 6/4/2014)

²⁷³ *Ibíd.*

El presente capítulo pretende explicar el alcance y elementos de la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo en el arbitraje. Resulta indispensable explicar esta medida cautelar en la justicia administrativa y realizar una analogía con el arbitraje, dado que no existe desarrollo del tema en el derecho arbitral. Posteriormente, se pretende estudiar el marco en el que se podrían suspender los diferentes tipos de actos y la estructura lógica que podría llevar a los árbitros a entender la necesidad de suspensión. Los principios involucrados en la medida de suspensión se relacionan primordialmente con los requisitos exigidos para el resto de medidas cautelares. Sin embargo, por la particularidad de la medida, los árbitros deberán tomar en consideración presupuestos adicionales, que dependerán o variarán en forma, dependiendo del tipo de acto a ser suspendido.

Conclusiones:

Se ha demostrado que los árbitros en virtud de sus facultades dentro de este nuevo modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia están facultados a suspender los efectos de los actos administrativos, en los arbitrajes donde el Estado es parte. El fundamento de la suspensión se encuentra en el principio a la tutela judicial efectiva garantizado por nuestra Constitución. Dicho principio no es distinto en el fondo para el proceso arbitral, y por ello, se lo ha denominado para el arbitraje como el principio de tutela arbitral efectiva. En términos generales, comparte la misma naturaleza jurídica y elementos estructurales. Independientemente de esto, en vista de que conceder la suspensión de un acto no implica un examen de legalidad del mismo, pues los árbitros no deben sobrepasar el terreno de lo transable.

En la verificación de la hipótesis planteada, se ha concluido que en realidad los árbitros si están facultados constitucional y legalmente para realizar dicha suspensión.

La primera premisa que permite verificar la hipótesis es que en el Ecuador los árbitros ejercen jurisdicción. La fuente de dicha jurisdicción está en la Constitución de forma indirecta y en el Código de Procedimiento Civil y la Ley Orgánica de la función judicial de forma directa. Otra fuente del ejercicio de dicha jurisdicción es el principio de autonomía de la voluntad de las partes en la jurisdicción convencional. A su vez esto se relaciona con el neo-constitucionalismo que somete en último término, a todos los poderes públicos y privados a la Constitución y a sus principios. Esto implica que inclusive, en el supuesto de que no se considere a los árbitros como verdaderos administradores de justicia, en su actividad, los mismos estarían sujetos a la Constitución y a los derechos contenidos en ella lo que incluye al derecho a la tutela judicial efectiva.

Entre los principios que deberán ser aplicados por los árbitros, independientemente de que se considere que estos ejercen o no jurisdicción, están los principios de aplicación de los derechos. El más importante para relevancia de esta tesina es el aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales. En virtud de este principio, los árbitros estarían facultados a aplicar el principio de tutela judicial efectiva al proceso arbitral.

En referencia al principio de tutela judicial efectiva, inicialmente se creía que este derecho comprendía únicamente el derecho de acceso a la jurisdicción. No obstante, el desarrollo en doctrina demuestra que el principio opera de forma transversal, a los derechos constitucionales procesales, por lo que el principio podría definirse como el derecho a acceder a la jurisdicción con un conjunto de garantías básica de eficacia. La definición propuesta por la doctrina y la jurisprudencia española contempla a los elementos que conforman este derecho y que son: primero, el acceso a la jurisdicción; segundo, que este acceso se dé con las garantías básicas del debido proceso; y tercero, que la sentencia o resolución sea eficaz, efectiva y ejecutable.

En el marco de las medidas cautelares una de sus funciones elementales es el resguardo al principio de la tutela judicial efectiva, dado que existe una evidente relación entre la obtención de una sentencia o resolución eficaz, efectiva, oportuna y ejecutable para las partes y la obtención de medidas cautelares en el proceso. Dichas medidas tienen, como se ha demostrado en la presente tesina, el propósito último de conseguir justamente una resolución final eficaz y oportuna. Aplicado al arbitraje, el principio de tutela arbitral efectiva justifica, la facultad de los árbitros de ordenar medidas cautelares a fin de conseguir un laudo eficaz y oportuno para las partes en el proceso.

Ahora bien, en cuanto a las medidas y su tipicidad, hay que aclarar que la LAM deja abierta la posibilidad de adoptar medidas cautelares de carácter innominado. No obstante, en el supuesto no consentido, de que se requiera medidas cautelares de carácter nominado, deberá valorarse en último término las disposiciones de la *lex arbitri* aplicable, que generalmente dejan abierta esa posibilidad. Sin embargo, es importante considerar que tratándose de un principio de carácter constitucional, este no se puede agotar en la tipicidad de las medidas. Lo contrario sería aceptar que la tutela cautelar y el principio de tutela judicial efectiva se agotan en la tipicidad, lo que involucraría revertir la pirámide normativa y atacar frontalmente al principio de supremacía constitucional y a los valores de un Estado de Derechos y Justicia.

Para adoptar medidas cautelares en el proceso arbitral se deben verificar una serie de presupuestos o requisitos. La medida cautelar de suspensión de los efectos de los actos administrativos además de los requisitos clásicos, exige el cumplimiento de

algunos requisitos adicionales. Los dos presupuestos indispensables para la adopción de medidas cautelares son los exigidos por la *lex arbitri* aplicable, generalmente: la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora. Por ello, dependiendo del juzgador y de la ley aplicable, generalmente se exige como requisito, la caución como un presupuesto destinado a salvaguardar el detrimento o perjuicio que pueda ser ocasionado por la medida.

La medida cautelar de suspensión de los efectos de los actos administrativos nace *prima facie* como una medida de carácter histórico en la justicia administrativa. Su justificación jurídica se encuentra en el desarrollo de la tutela cautelar contra la administración pública. En el arbitraje no se encontraron resoluciones de medidas cautelares en donde se hayan suspendido los efectos de algún acto administrativo. Sin embargo, en el arbitraje internacional de Chevron contra el Estado Ecuatoriano, los árbitros suspendieron los efectos de una sentencia local, lo que conlleva a pensar que la verificación de un supuesto hipotético, en donde se suspendan los efectos de un acto administrativo, es más que viable. En otros casos como Perenco, Burlington y City Oriente el tribunal incluso llega a suspender procedimientos administrativos para el cobro coactivo de deudas, como se mostro en el capítulo tercero de esta tesina. El fundamento utilizado en casi todos los casos expuestos se resume a la protección de los derechos del solicitante, la obtención de un laudo eficaz, el mantenimiento del *status quo* y la necesidad de no agravar la controversia.

La tesina desarrolla el tema de suspensión principalmente en base a doctrina y jurisprudencia para posteriormente plasmarla al arbitraje. Las distinciones son evidentes mientras que en justicia administrativa la suspensión se justifica en el análisis posterior de la legalidad del acto administrativo y velar por el correcto cumplimiento y ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. En el arbitraje la suspensión se justifica única y exclusivamente en el objetivo intrínseco de este principio que es asegurar una decisión de fondo, eficaz y oportuna para las partes, el mantenimiento del *status quo* y la necesidad de no agravar la controversia.

La medida cautelar de suspensión de los efectos no comprende en el arbitraje, un examen de legalidad del acto administrativo. En justicia administrativa se pretende evitar un perjuicio para las partes y en arbitraje es igual. Jurídicamente, esto implica una

excepción a los principios de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos y en cuanto a sus presupuestos, se deberá como requisito especial valorarse los intereses en juego, que son, en resumen: los del administrado, los de la administración, interés público y de posibles terceros que de alguna forma pudiesen verse perjudicados por la suspensión.

Si bien es cierto que la hipótesis planteada establece los actos en el marco contractual como eje del análisis para determinar los tipos de actos que pueden ser o no suspendidos, en el desarrollo de la tesina fue indispensable aclarar que la exigencia legal es que la controversia sea de carácter contractual. Lo cual no implica de ningún modo que los actos susceptibles de suspensión sean únicamente los actos emanados de la administración que formen parte de la relación contractual. Lo anterior, en vista de que el tema debe ser abordado desde un punto de vista pragmático. Desde esta perspectiva práctica, pueden existir diversos tipos de actos que no necesariamente forman parte de la relación contractual, pero inciden directamente en el *status quo* de las partes en el proceso, o que directa o indirectamente inciden en la relación contractual. Dichos actos en aplicación del derecho a la tutela cautelar y a la tutela judicial efectiva pueden ser suspendidos por parte de los árbitros en ejercicio de sus facultades. La suspensión se justifica en la protección del *status quo* de las partes y la efectividad y oportunidad de la decisión de fondo. Los objetivos mencionados forman parte de algunos de los objetivos o funciones de las medidas cautelares en el arbitraje.

Bibliografía:

- Araújo-Oñate, Rocío Mercedes. “Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado”. *Revista Estudios Socio Jurídicos*. 2011. pp. 258. <http://doctrina.vlex.com.co/vid/efectiva-fortalecer-vision-comparado-306655486> (acceso: 23/08/2013)
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. *Constitución del 2008 en el Contexto Andino*. Ávila Santamaría Ramiro (ed). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008
- Bañuelos, Vicente. *Arbitraje Comercial Internacional: Comentarios a la Ley Modelo de la CNUDMI*. México. Editorial: LIMUSA. 2010.
- Barnés Vásquez. *La justicia administrativa en el derecho comparado*. Madrid. Civitas. 1993.
- Beltrán Nándar, Juliana. *La Tutela Judicial Efectiva en el Código General del Proceso*. <http://vlex.com/vid/436643973> (acceso: 17/09/2013)
- Bustamante, Colón. *Nueva Justicia Constitucional, Neoconstitucionalismo Derechos y Garantías*. Tomo I. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador. 2012
- Bustamante Hidalgo, Guillermo. *El Neoconstitucionalismo*. <http://www.cadhu.com.ec/Cadhu%20Public%20Ultima%2011%20Julio%202011/Ultimo/6%20DR.GUILLERMO%20BUSTAMANTE%20HIDALGO.pdf> (acceso: 4/08/2013)
- Bustamante Vásquez, Ximena. *El acta de mediación*. Quito: Cevallos Editorial Jurídica. 2009
- Carlos. *Contribución al estudio del arbitraje privado*. Quito: Cámara de Comercio de Quito. 1982
- Chocrón Giráldez, Ana María. *Los Principios Procesales en el Arbitraje*. Barcelona: BOSCH EDITOR. 2000.
- CIADI. Decisión Medidas Provisoriales. CIADI No. ARB/08/5, de 29 de junio de 2009. http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1110_Sp&caseId=C300 (Acceso: 6/4/2014)
- CIADI. Decisión Medidas Provisoriales. CIADI No. ARB/06/21, de 19 de noviembre de 2007. <http://ita.law.uvic.ca/documents/CityOrient-ProvisionalMeasures-SP.pdf> (Acceso: 6/4/2014)
- CIADI. Decisión Medidas Provisoriales. Caso CIADI No. ARB/08/6, de 28 de mayo de 2009.

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1050_Sp&caseId=C301 (Acceso: 6/4/2014)

Cornell University Law School. <http://topics.law.cornell.edu/wex/Injunction>. (acceso: 03/10/2013)

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia No. T-058/09.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-058-09.htm> (acceso: 14/08/2013)

Corte Constitucional del Ecuador. Oficio No. 002-CC-SG. Registro Oficial Suplemento No. 451 de 22 de octubre de 2008.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-10-SIN-CC. Registro Oficial Suplemento No.176 de 21 de abril de 2010.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 018-11-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento No. 572 de 10 de Noviembre del 2011.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 030-SCN-CC. Registro Oficial Suplemento No. 359 de 10 de enero de 2011.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 034-09-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento No. 97. de 29 de diciembre de 2009.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial No. 7. Serie XVII. de 30 de Julio de 2001.

De la Rúa, Fernando. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Ediciones de Palma. 1991.

Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal- Teoría General del Proceso*. Tomo I. 7 ma ed. Bogotá: Editorial ABC. 1979.

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

Decisión Medidas Provisoriales. Cas No. 2009-23, de 7 de febrero de 2013.
http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1110_Sp&caseId=C300 (Acceso: 6/4/2014)

Durán Ponce, Augusto. *Ecuador: Estado Constitucional de Derechos y Justicia*.
<http://blogs.udla.edu.ec/cuestionesculturales1/2013/04/20/ecuador-estado-constitucional-de-derechos-y-justicia/> (acceso: 4/08/2013)

Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. 13ra Ed. Madrid. Editorial Tecnos. 1999. pp. 171

- Falcón, Enrique. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. Tomo IV. Santa Fé – Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores. 2006.
- Gallegos Fedriani, Pablo. *Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública*. 2da Ed. Buenos Aires. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. 2006. pp. 27
- Garberí Llobregat, José. *Derecho Administrativo Sancionador Práctico*. Vol. I. Madrid. Editorial BOSCH. 2012. pp. 213
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás – Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. 5ta Ed. Madrid. Editorial Civitas. 1998. pp. 624.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás – Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 624.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás – Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Octava Ed. Madrid. Editorial Civitas. 1997. pp. 533
- García Leal, Laura. “El Debido Proceso y la Tutela Judicial Efectiva”. *Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*. No. 10-3. (2003).
<http://doctrina.vlex.com/ve/vid/debido-proceso-tutela-judicial-efectiva-44976885> (acceso: 22/09/2013)
- García Pérez, Marta. *Arbitraje y Derecho Administrativo*. Pamplona – España. Thomson Reuters. 2011. pp. 52
- González- Varas Ibañez, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Navarra – España. Thomson Civitas. 2008
- Gozaíni, Oswaldo. *Formas Alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Depalma. 1995.
- Gozaini, Osvaldo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley. 2009.
- Gozaini, Osvaldo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires. La Ley. 2009. pp. 847
- Landa, Cesar. *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. El Arbitraje y su Control Constitucional*. ídem. México: Porrúa. 2011
- Monroy Cabra, Marco. *Introducción al Derecho*. 14ta. ed. Bogotá: Temis. 2006.
- Montezanti, Néstor L. *Suspensión del Acto Administrativo*. 2da Ed. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2009. pp. 1.

- Neira Orellana, Edgar. “El Estado y el Juicio de Arbitraje según la Legislación Ecuatoriana”. Quito – Ecuador. *Iuris Dictio*. VII/11. (2007). pp. 63.
- Neira, Edgar. *El Estado y El Juicio De Arbitraje Según La Legislación Ecuatoriana*. <http://www.latinarbitrationlaw.com/el-estado-y-el-juicio-de-arbitraje-seg-n-la-legislaci-n-ecuatoriana/> (acceso: 2/08/2013)
- Ospina Fernandez, Guillermo, y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 7ma. ed. Bogotá: Temis. 2005.
- Parra Benítez, Jorge. *Derecho Procesal Civil*. Medellín – Colombia: Universidad de Medellín. 2010.
- Pérez, Efraín. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2009.
- Pereznieto, Lionel. *Arbitraje Comercial Internacional*. México: Fontamara. 2006.
- Perozo, Javier. “La Tutela Judicial Efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. *Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*. No. 14-3. (2007). pp. 2. <http://doctrina.vlex.com/ve/vid/tutela-efectiva-constitucion-bolivariana-44862581> (acceso: 20/09/2013)
- Picó Junoy, Joan. “Las Garantías Constitucionales del Proceso”. España. J.M. Bosch Editor. 2012.
- Pincard Albóndico, Eduardo. “Estudios de Arbitraje”. *Algunas Reflexiones sobre la Naturaleza Jurídica de la Justicia Arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2007.
- Ponce Martínez, Alejandro. “Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación ecuatoriana”. *La Clausula Arbitral*. Enrique Caivano (ed). 1ra ed. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario. 2001.
- Prieto Sanchis, Luis. “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”. Madrid: Editorial Troya S.A. 2003
- Priori Posada, Giovanni. *La tutela cautelar*. Lima: ARA Editores. 2006.
- Raijman, Maximiliano y Salcedo, Esteban Daniel. *La vigencia de la regla “solve et repete” y la garantía a la tutela judicial efectiva en el marco constitucional argentino actual*. Buenos Aires – Argentina. <http://ar.vlex.com/vid/vigencia-regla-solve-tutela-argentino-396725010> (acceso: 10/09/2013)
- Ramos, Francisco. *Arbitraje y proceso internacional*. Barcelona: Librería BOSCH. 1987.

- Redfern Alan, Hunter Martin, Blackaby Nigel y Partasides Constantine. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Londres: Thomson – Aranzadi. 2007.
- Robiolo, Jorge. *Derecho Arbitral*. 1ra ed. Buenos Aires: La Ley. 2007.
- Roca Martínez, José. *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. Barcelona: BOSCH. 1992.
- Rojas, Miguel. *Teoría del Proceso*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002.
- Ortells Ramos, Manuel. *Las Medidas Cautelares*. Madrid: Editorial La Ley. 2000.
- Sala Sánchez, Pascual, Xiol Ríos, Juan y Fernández Montalvo, Rafael. *Práctica Procesal Contencioso Administrativa*. Tomo IX. Barcelona. Editorial BOSCH. 1999. pp. 481.
- Salcedo Verduga, Ernesto. *El arbitraje: La Justicia Alternativa*. 1ra ed. Quito: Cevallos Editorial Jurídica. 2001.
- Salcedo Verduga, Ernesto. *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 2006.
- Salcedo Verduga, Ernesto. *Tutela Judicial Constitucional y el Arbitraje*. http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=13&Itemid=27 (acceso: 2/08/2013)
- Santofimio Gamboa, Jaime. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2004. pp. 330
- Torres Fernández de Sevilla, José María y Casero Linares, Luis. *Los Procesos Civiles*. 2da ed. Tomo IV. Barcelona: BOSCH. 2010.
- Vargas, Abraham. *Estudios de Derecho Procesal*. Tomo I. Mendoza – Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo. 1999.
- Villareal, Roberto. *Medidas Cautelares: Garantías Constitucionales en el Ecuador*. Quito: Cevallos Editorial Jurídica. 2010.
- Zaidán, Salim. *Neo constitucionalismo: Teoría y Práctica en el Ecuador*. Quito: Cevallos Editorial Jurídica. 2012

Plexo Normativo:

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea

Convención Americana de Derechos Humanos

Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009.

Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Constitución Venezolana. http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Venezuela.pdf
____(acceso: 4/09/2013)

Código Procesal Constitucional Peruano. http://tc.gob.pe/Codigo_Procesal.html
(acceso: 4/09/2013)

Constitución Española.
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=15&fin=29&tipo=2> (acceso: 4/09/2013)

Corte Constitucional del Ecuador. Oficio No. 002-CC-SG. Registro Oficial Suplemento No. 451 de 22 de octubre de 2008.

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional.
http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf (acceso: 29/10/2013)

Reglamento CAMCCQ. artículo 75, literal f.
http://www.lacamaradequito.com/fileadmin/user_upload/CAM/Codificacion_del_Reglamento_de_Funcionamiento_CAM_CCQ_2011.pdf (acceso: 01/10/2013)

Reglamento AMCHAM. artículo 25, num. 5. art. 58.
<http://www.amchamec.org/ecamcham/Descargas/cam/ReglamentoCAM2010.pdf>
____f (acceso: 01/10/2013)