

EJECUCIÓN DE ACTAS DE MEDIACIÓN: EN EL SECTOR PÚBLICO Y EN EL SECTOR PRIVADO

Por: Dr. Armando Serrano Puig

ACTAS DE MEDIACIÓN:

Debemos comenzar por conocer qué es o qué se entiende por mediación o conciliación (tomamos estas dos expresiones como sinónimos, pues así las trata la Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 55), para luego poder entrar en materia.

Para Couture, **Conciliación** es el *“Acuerdo o Avenencia de las partes que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual”* (Couture, Eduardo J., “Vocabulario Jurídico”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1976, p. 159)”. Obviamente, esta definición del ilustre Couture no está pensada ni dicha en relación o a los efectos de los nuevos MASC, esto es, de los nuevos métodos alternos de solución de controversias, sino en relación con el derecho procesal en general, en el que también existe prevista la posibilidad de conciliar, pero que nunca o casi nunca se la pone en práctica.

El autor colombiano José Roberto Junco Vargas, define a la conciliación , diciendo que *“es el acto jurídico y el instrumento por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de este, se someten a un trámite de negociación para llegar a un convenio o acuerdo sobre todo aquello que es susceptible de transacción, si la ley lo permite, teniendo como intermediario, objetivo e imparcial, la autoridad del juez, de otro funcionario o de un particular debidamente autorizado para ello, quien, previo conocimiento del caso, debe procurar las fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que se llegue a un acuerdo que reconoce derechos*

constituidos con carácter de cosa juzgada” (“La Conciliación, Cuarta edición, 2002, Calle 17 num. 68D-46, Bogotá, Colombia, p. 55).

Cada autor que trata sobre este tema consignará lo que entiende por conciliación, y por tal motivo consideramos más adecuado mencionar que nuestra Ley de Arbitraje y Mediación la define de la siguiente manera:

“**Art. 43.-** La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.

Cuando nos referimos a **ACTAS DE MEDIACIÓN** estamos hablando, entonces, del instrumento a través del cual ha concluido, dentro de un sistema alternativo de solución de controversias y sin necesidad de someterse a un proceso de juzgamiento, un conflicto surgido entre dos partes, normalmente con ocasión de la interpretación disímil de cláusulas contractuales, o por la diferente interpretación de determinados hechos contractuales a la luz de las estipulaciones de un contrato existente entre las partes, o por el desacuerdo en la interpretación de los derechos reconocidos a las partes de un conflicto por el ordenamiento jurídico, o la diversa interpretación de los hechos surgidos entre estas mismas partes y las obligaciones y derechos nacidos de ellos. Debemos tener presente que en el Ecuador es posible someter a arbitraje, y por tanto a mediación, no solamente conflictos comerciales, sino toda y cualesquier controversia sobre asuntos susceptibles de transacción. El límite de lo que puede ser sometido a arbitraje y, por tanto, a mediación, está dado por la transigibilidad o no del asunto o materia de que se trate. Si cabe transacción, caben también arbitraje y mediación.

De conformidad con lo prevenido por nuestra Ley, la mediación puede darse como parte de un proceso arbitral iniciado por demanda de esta naturaleza, o como un

proceso independiente al que llegan directamente las partes de mutuo acuerdo o por iniciativa de una de ellas, con mediación previamente pactada o no.

En el primer caso, la Ley de Arbitraje y Mediación prevé que una vez presentada, citada y contestada la demanda de arbitraje o la reconvencción –de existir–, el director del centro de arbitraje o el árbitro o árbitros independientes, convoque a las partes a una audiencia de mediación a fin de procurar un avenimiento entre ellas.

En esta audiencia, dirigida por el mediador, luego de las negociaciones directas entre las partes o con la activa y a veces hasta protagónica intervención del mismo mediador si el caso lo amerita, pueden las partes arribar a un acuerdo que solucione en forma total o parcial su desavenencia, o no obtenerlo; y, en cualquiera de estos casos, deberá suscribirse el acta respectiva. Si se ha llegado a un acuerdo parcial o total, será **acta de mediación**; si, por el contrario, no se ha llegado a ningún acuerdo, será un **acta de imposibilidad de acuerdo**, en cuyo caso, de tratarse de mediación dentro de un proceso arbitral, continúa el arbitraje (o en la práctica realmente recién comienza, con la designación de árbitros) o, si se trata de una mediación previa a un procedimiento arbitral o judicial, quedan las partes en libertad de iniciar el proceso judicial respectivo, en el que se obviará la diligencia de audiencia o junta de conciliación si se trata de la justicia ordinaria (con excepción del caso del juicio verbal sumario, en el que siempre deberá tener lugar la audiencia para contestación de la demanda).

En todo caso, y bien sea que el acta de mediación haya sido consecuencia de la audiencia de mediación dentro de un proceso arbitral o de un proceso de mediación extra arbitraje, el acta respectiva *“en la que conste la mediación total o parcial de la controversia tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez ordinario acepte excepción alguna ni sea necesario iniciar un nuevo juicio”*, dice el Art. 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación, precisando el Art. 47, inciso cuarto de la misma ley, que las únicas excepciones que a este procedimiento de ejecución se

pueden proponer serán aquellas que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.

LA EJECUCIÓN DE ACTAS DE MEDIACIÓN, ¿ES UN PROCESO MASC?

El tema de nuestra preocupación en esta oportunidad es el de la ejecución de actas de mediación entre el sector público y el sector privado, es decir, cuando en la suscripción de tales actas intervienen por una parte una entidad del sector público y por otra parte un particular o persona privada, natural o jurídica, entendiéndose por tal una de derecho privado.

Para Couture, el proceso de ejecución no es sino el *“Procedimiento compulsivo, tendiente a dar cumplimiento a un título ejecutorio o ejecutivo, constituido normalmente por el remate de bienes del deudor”* (Op. Ct., p. 248).

Toda vez que es muy importante tener una idea clara de lo que es un proceso de ejecución, nos vamos a permitir extractar los conceptos que a este respecto nos brinda el procesalista argentino, Lino Enrique Palacio, y lo hacemos por considerarlos muy claros, así: *“De acuerdo con las nociones expuestas en su momento (supra, núms. 34 y 157), el proceso puede ser, atendiendo a la finalidad de la pretensión que lo origina, de conocimiento o de ejecución. El primero es aquel que tiene como objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare ... el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes ... Cuando se trata de una sentencia de condena que, como tal, impone el cumplimiento de una prestación (de dar, hacer o de no hacer), y ésta no es voluntariamente cumplida por el obligado, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que se lleve a cabo una ulterior actividad judicial encaminada a asegurar la integral satisfacción del interés del vencedor. Tal actividad se desarrolla en el denominado proceso de ejecución, el cual ... no es más que un medio para que, por obra de los órganos judiciales del Estado, se sustituya la ejecución forzada a la voluntaria ... el proceso de ejecución podría definirse como aquel cuyo objeto consiste en hacer efectiva la sanción impuesta por una sentencia de condena”* (Manual de Derecho

Procesal Civil, décimocuarta edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, pp. 659 y 660).

Como este tema trata de ejecución de actas de mediación, lo primero que debemos señalar y distinguir es que tal proceso (el de ejecución) sale de la esfera de los métodos alternos de solución de controversias, o MASC, para entrar al sistema de la justicia ordinaria o sistema procesal ordinario.

Y es que el método alternativo de solución de controversias por el que se hubiere optado: arbitraje o mediación, concluye, cumpliendo su misión, el momento mismo en que un tribunal arbitral dicta un laudo final que queda en firme, o el momento en que las partes han superado total o parcialmente sus diferencias mediante la celebración de la respectiva acta de mediación.

La ejecución, tanto de laudos firmes como de actas de mediación, corresponde a los jueces ordinarios en razón de que son ellos quienes se hallan revestidos de *imperium*, pues se hallan autorizados por el Estado, como funcionarios suyos que son, "**para hacer ejecutar lo juzgado**" (Código de Procedimiento Civil, Art. 1), por aquello de que en un estado de derecho nadie puede hacerse justicia por mano propia. Quien tenga a su favor una sentencia o un laudo resolutorio en firme, o una acta de mediación en que se le reconozcan derechos que luego no son cumplidos o respetados por el obligado a hacerlo, tiene que recurrir a la autoridad para por su intermedio lograr el reconocimiento (en los casos previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación, puede ser hecho por tribunales arbitrales) y respecto de sus derechos.

No es, en conclusión, la ejecución de actas de mediación, parte de un proceso de solución alterna de conflictos o controversias, sino un procedimiento ordinario de ejecución de sentencias confiado a los jueces ordinarios y al derecho procesal común, pues se requiere, para hacer cumplir el acta de mediación, del concurso de un funcionario del Estado con imperium, esto es, con la fuerza necesaria para hacer cumplir la sentencia, laudo resolutorio o acta de mediación.

HOMOLOGACIÓN DEL ACTA DE MEDIACIÓN:

En nuestro Derecho, las actas de mediación celebradas en el Ecuador no requieren de homologación, es decir, no necesitan que un juez declare su validez en forma previa a su ejecución y para que lo puedan ser. En otros países, el acta de mediación, e inclusive el laudo arbitral, requieren ser homologados, es decir, reconocidos por juez para que pueda luego pedirse su ejecución, pues sin tal homologación no tienen fuerza ejecutiva y no pueden, por tanto, ejecutarse.

La Ley de Arbitraje y Mediación otorga a las actas de mediación el efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada (Arts. 15 inciso primero y 47 inciso cuarto), y dispone que *“se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio”*, con lo cual se ha eliminado la necesidad de homologación. Además, es preciso tener presente que el inciso tercero del citado Art. 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación confiere al mediador el carácter de fedatario, cuando dispone que: *“Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas”*, disposición que contiene una presunción legal que, precisamente por serlo, admite prueba en contrario.

En consecuencia, el acta de mediación en la que conste la firma de las partes (o sus huellas digitales) y la del mediador, puede ser objeto de ejecución directa ante los jueces ordinarios competentes, sin que se requiera de más formalismos o requisitos que la simple petición que se formule al juez respectivo para que proceda a su ejecución.

ANTE QUIEN SE EJECUTAN LAS ACTAS DE MEDIACIÓN EN QUE INTERVIENEN EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO

Varios temas se nos ha pedido que tratemos con especial énfasis en esta ocasión. Uno de ellos es el referente a los problemas que se han presentado y a las dudas que se originan en el tortuoso proceso legislativo que ha sufrido este recurrente tema de los juicios entre entidades del sector público y los particulares, cuando éstos son los que han demandado a los entes o autoridades públicos.

Y es que la duda se presenta como consecuencia de experiencias vividas por quienes (personas naturales o personas jurídicas privadas), queriendo ejecutar actas de mediación o laudos dictados en procesos arbitrales en que intervienen entidades del sector público, han acudido a los jueces ordinarios (civiles) con su pretensión, obteniendo como respuesta la inhibición por incompetencia; o han acudido a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo para lograr la ejecución perseguida, y obtenido de ellos similar inhibición por incompetencia. En el primer caso, los jueces de lo civil declinan la competencia aduciendo que corresponde al campo de lo Contencioso Administrativo; y, en el segundo caso, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo se inhiben de intervenir aduciendo que la competencia corresponde a los jueces civiles. Entonces, ¿cuáles los jueces competentes para conocer de la ejecución de actas de mediación celebradas entre el Estado u otras entidades del sector público, por una parte, y particulares, por otra?

Comenzaremos por hacer una breve reseña de las veleidades legislativas en esta materia, partiendo de la Ley de Licitaciones de 1974:

- **D.S. 128, Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas**, R.O. 486, de 4 de febrero de 1974, estableció que las controversias a que dieran lugar los contratos sujetos a esta ley, se ventilarán en trámite verbal sumario (Art. 37).
- Nueva **Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas**, R.O. 159, de 27 de agosto de 1976. Siguió el mismo procedimiento de la ley anterior.
- **D.S. 3544, Ley Orgánica del Ministerio Público**, R.O. 871, de 10 de julio de 1979. Dispuso que *“Las controversias que se suscitaren sobre los contratos*

celebrados por el Estado o las entidades del sector público con alguna persona natural o jurídica de derecho privado, conocerá en primera y segunda instancia la Corte Suprema, cuando la persona natural o jurídica de derecho privado fuere la actora (Art. 17)”, lo que quiere decir que si el actor fuera el Estado o el ente público, competente para conocer de tal causa sería uno de los jueces civiles.

- **Ley No. 15, reformatoria de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas**, R.O. 258, de 27 de agosto de 1985. Sigue el mismo sistema previsto en la Ley Orgánica del Ministerio Público. Asignó la competencia para los conflictos originados en materia de contratación pública, cuando el demandado es el Estado o una de las entidades del sector público, a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia (Art. 17 de la Ley orgánica del Ministerio Público), en primera instancia, y a una de las Salas de la misma Corte, en segunda instancia. Si por el contrario el Estado o la entidad pública es actor, las controversias se resuelven en primera instancia por los jueces de lo civil, y en segunda instancia por las Cortes Superiores. Se establece un proceso oral abreviado, de una sola audiencia en la que debían presentarse y practicarse todas las pruebas, y la sentencia debía dictarse al terminar la audiencia (Arts. 58 y siguientes).
- **Ley No. 95, de Contratación Pública**, promulgada en el Registro Oficial No. 501, de 16 de agosto de 1990, asigna la competencia en conflictos relacionados con contratación pública, en primera instancia a una de las salas de la Corte Superior de Justicia del distrito correspondiente al domicilio fijado por las partes al efecto, y la segunda instancia ante una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia. Mantiene el sistema del juicio oral creado por la Ley No. 15, reformatoria de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas.
- **Ley No. 20, Reformas a la Constitución Política del Estado**, Suplemento al Registro Oficial No. 93, de 23 de diciembre de 1992, convierte a la Corte Suprema de Justicia en Tribunal de Casación, con Salas especializadas.
- **Ley de Modernización del Estado**, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada, promulgada en el Registro

Oficial No. 349, de 31 de diciembre de 1993, en cuyo Art. 38 se estableció lo siguiente: *“Los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos y hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público. El administrado afectado por tales actividades, presentará su denuncia o recurso ante el Tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento aplicable será el previsto en la Ley de la materia. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra el Estado y demás entidades del sector público el agotamiento o reclamo en la vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado”*.

- **Resolución de la Corte Suprema de Justicia.** Para superar las dudas y dificultades encontradas en la aplicación del Art. 38 de la Ley de Modernización, con efecto generalmente obligatorio, el Tribunal en Pleno dictó una resolución que fue publicada en el Registro Oficial No. 209, de 5 de diciembre de 1997, por la que dispuso que: *“Toda causa civil o administrativa por controversias derivadas de actos, contratos y hechos administrativos, que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado u otros organismos del sector público debe ser conocida y resuelta por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo respectivo a partir del 31 de diciembre de 1993 y los recursos que en ella se interpusieren para ante la Corte Suprema de Justicia, por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo”*.
- **Ley No. 77, Reformatoria de la Ley de Modernización del Estado ...**, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 290, de abril 3 de 1998, que dispuso: *“Las causas por controversias derivadas de contratos suscritos por el Estado u otros organismos o entidades del sector público serán conocidas y resueltas por los juzgados y cortes superiores y los recursos que en ellas se interpusieren, para ante la Corte Suprema de Justicia, por las salas especializadas en las respectivas ramas”*. Además, dictó normas relacionadas con los procesos que a ese momento se encontraran en trámite ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, disponiendo que se remitan a los jueces y cortes superiores respectivos para que continúen la sustanciación de las causas y dicten las resoluciones correspondientes. Dispuso, al

respecto, por último, que las causas civiles que en razón de la Resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia (la inmediatamente antes referida) hayan pasado a conocimiento de los tribunales de lo Contencioso Administrativo, volverán a sus jurisdicciones originales para su continuación y resolución.

- **Resolución de la Corte Suprema de Justicia.** En razón de que la aplicación de la Ley No. 77 produjo nuevas dudas y dificultades, para superarlas, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia dictó una nueva resolución, que se publicó en el Registro Oficial No. 120, de 1 de febrero de 1999, por la que dispuso que: *“Las causas por controversias derivadas de contratos suscritos por el Estado y otras entidades y organismos del sector público serán conocidas y resueltas: En primera instancia, por los jueces de lo civil, y en segunda instancia, por las cortes superiores. Los recursos de casación serán conocidos y resueltos por las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Para el efecto se deberá aplicar el siguiente procedimiento: En primera instancia, el previsto en el artículo 114 de la Ley de Contratación Pública, y en segunda instancia el previsto en el artículo 115 de la misma ley, y, en forma supletoria, las normas del Código de Procedimiento Civil y de la Ley Orgánica de la Función Judicial. Si se tratare de controversias derivadas de contratos no contemplados en la Ley de Contratación Pública, se seguirá el procedimiento señalado en las leyes pertinentes, de acuerdo con la naturaleza de cada contrato. Las causas de trabajo y de inquilinato se registrarán por las leyes especiales sobre cada una de tales materias. El recurso de casación se registrará por la Ley de Casación”*. Luego fija en forma transitoria el procedimiento a seguirse en las causas que a ese momento se hallaban en trámite en la Presidencia de la Corte Suprema de justicia, cortes superiores y tribunales distritales, disponiendo que se remitan a los jueces de lo civil. Se dictan, además, otras disposiciones relacionadas con el recurso de casación, con el trámite a seguirse por las causas que se hallaban en trámite de ejecución, y que el cambio de competencia en razón del grado o del trámite, no serán causa para declaratoria de nulidad.
- **Ley No. 2000-4, Para la Transformación Económica del Ecuador** (conocida como Ley Trole), publicada en el Suplemento del Registro

Oficial No. 34, del 13 de marzo de 2000, en la que se introducen varias reformas que se relacionan con la materia de este estudio:

- Por el Art. 81 se sustituyó el Art. 113 de la Ley de Contratación Pública, con el siguiente: *“De existir dificultades no solventadas dentro del proceso de ejecución tanto con el contratista, como con el contratante o de ambas partes, o de común acuerdo, podrán utilizar los sistemas de arbitraje y mediación que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula establecida en el contrato”*.
- Por el Art. 82 se sustituyó el Art. 114 de la misma Ley de Contratación Pública, por el siguiente: *“De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Será competente para conocer dichas controversias el Tribunal Distrital que ejerce jurisdicción en el domicilio del co-contratante del Estado o de las otras entidades del sector público. En cuanto a la prescripción de las acciones derivadas de los contratos, se estará a lo dispuesto en el artículo 2439 del Código Civil, para las acciones ejecutivas. Estas disposiciones regirán exclusivamente para las causas que se inicien a partir de la vigencia de la presente ley”*.
- El Art. 100 de esta Ley Trole derogó, entre otras normas, en su literal h), la Ley No. 77, publicada en el Suplemento al Registro Oficial No. 290, de 3 de abril de 1998, con lo cual adquirió nueva vigencia el texto original del Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado.
- **Resolución de la Corte Suprema de Justicia.** En razón de haberse producido duda sobre la aplicación del Art. 82 de la Ley No. 2000-4 (Ley Trole), en cuanto a la competencia y trámite que debe observarse en las causas iniciadas con anterioridad a la vigencia de esta reforma, con efecto generalmente obligatorio, el Tribunal en Pleno dictó una resolución que se publicó en el Registro Oficial No. 209, de 5 de diciembre de 1997, por la que dispuso que: *“Las causas iniciadas antes del 13 de marzo del (sic) 2000, derivadas de contratos celebrados con el Estado u otras entidades del sector*

público sometidos a la Ley de Contratación Pública, continuarán siendo conocidas y resueltas, hasta su conclusión y ejecución, por los jueces y tribunales de lo civil, observando el mismo procedimiento seguido ante los respectivos jueces y tribunales”.

- **Ley No. 2000-1. Ley Para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana** (conocida como Ley Trole II), publicada en el Suplemento al Registro Oficial No. 144, de 18 de agosto de 2000, por la que se introdujeron las siguientes reformas:

- El Art. 16 de esta Ley Trole II sustituyó el Art. 38 de la Ley de Modernización, por el siguiente: *“Los tribunales distritales de lo Contencioso - Administrativo conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos, expedidos, suscritos o producidos por las instituciones del Estado, salvo los derivados de controversias sometidas a mediación y arbitraje de conformidad con la ley. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las instituciones del Estado el agotamiento o reclamo en la vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado, siempre y cuando lo ejerciera dentro del término de noventa días”.*

- Por el Art. 29 se agregaron las siguientes disposiciones transitorias a la Ley de Modernización del Estado: *“...Los procesos para la solución de controversias iniciados con anterioridad a la vigencia de esta ley, que actualmente se encuentren en trámite ante los jueces de lo civil y cortes superiores, continuarán sustanciándose hasta su terminación y ejecución en esos mismos órganos judiciales. Los recursos de casación interpuestos serán resueltos por las mismas salas que los conocen a la vigencia de esta ley”.*

- **Ley s/n, Reformatoria al Artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado y al Artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa**, publicada en el Registro Oficial No. 483, de 28 de diciembre de 2001. En virtud de esta ley, las normas por ella reformadas quedaron redactadas de la siguiente manera:

- Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado: *“Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera*

de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto en la vía administrativa”.

- Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Administrativa: *“El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna. En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica. En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años”.*
- Además, en la segunda disposición transitoria esta ley derogó el Art. 16 de la Ley de Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana (Trole II), pero dejó vigentes las disposiciones transitorias agregadas a la Ley de Modernización del Estado por el Art. 29 de la misma Ley Trole II, esto es, que dejó vigente las normas que ordenaron que los procesos iniciados con anterioridad a la vigencia de la Ley de Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, que se encontraban en conocimiento de los jueces de lo civil y cortes superiores, continúen sustanciándose ante esos mismos órganos judiciales, hasta su terminación y ejecución.

- **Resolución de la Corte Suprema de Justicia.** Por haberse suscitado fallos contradictorios entre Salas de lo Civil y Mercantil y la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, respecto de los jueces que deben conocer los juicios de excepciones al procedimiento coactivo, luego de un detenido estudio del problema y de largas y sesudas discusiones, el Tribunal en Pleno de la Corte Suprema de Justicia dictó una resolución obligatoria, el 14 de julio de 2004, que se publicó en el Registro Oficial No. 418, de 10 de septiembre de 2004, en la que dispuso que: *“Los juicios de excepciones a la coactiva dentro del procedimiento establecido en la Sección III del Título II del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil y que tiene por objeto, al tenor del Art. 993 de este cuerpo legal, el cobro de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a las demás instituciones del sector público que por ley tienen esta facultad excepcional; al Banco Central del Ecuador y a los bancos del sistema de crédito de fomento, por sus créditos y al IESS, corresponde conocer a los jueces de lo civil, salvo los que procedan de resoluciones en firme de la Contraloría General del Estado, que compete a la jurisdicción contencioso-administrativa por disponerlo el Art. 7 del Decreto Supremo No. 611 de 21 de julio de 1975, promulgado en el Registro Oficial No. 857 de 31 de los mismos mes y año, donde se establece un trámite especial, diferente del previsto en el Código de Procedimiento Civil, así como los expresamente determinados por la ley; debiendo los jueces dar aplicación estricta del Art. 1020 de dicho Código”.*

Hecho el recuento cronológico de la evolución y veleidades de la legislación sobre esta materia, debemos hacer notar que la ejecución de actas de mediación en las que intervengan entidades del sector público, por una parte, y personas naturales o jurídicas privadas, por otra parte, deberá ser solicitada, en nuestro criterio, al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo del domicilio del solicitante, cuando éste fuere la contraparte del Estado, o sea, cuando el solicitante de la ejecución sea una persona natural o una persona jurídica de derecho privado. Por el contrario, si el ejecutante fuere el Estado u otro de los entes del sector público, y el ejecutado fuere una persona privada, la ejecución deberá ser solicitada al juez de lo civil del domicilio del ejecutado.

Nuestra opinión parte del hecho de que la norma que sobre esta materia se encuentra vigente al momento, es el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, reformada por la Ley sin número, publicada en el Registro Oficial No. 483, de 28 de diciembre de 2001, cuyo texto fue transcrito anteriormente, y según la cual *corresponde a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo conocer y resolver de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público*. No hay que perder de vista que las actas de mediación podrán ser consecuencia de un contrato, en cuyo caso es claro que el competente para conocer de su ejecución será el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo del domicilio del ejecutante; pero podrán también ser consecuencia de un cuasicontrato o un cuasidelito, es decir, de una responsabilidad civil extracontractual, evento en el cual nos hallamos igualmente ante la exigencia de que la ejecución de tales actas de mediación se pida a los mismos Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, pues que se trataría de asuntos derivados de hechos administrativos a los que, por consiguiente, habría que aplicar el mandato del vigente Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado.

Es también importante destacar, al respecto, que la segunda disposición transitoria innumerada que por el Art. 29 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana (Ley Trole II) se agregó, junto con otras, a la Ley de Modernización del Estado, prevé que la ejecución de los procesos para la solución de controversias iniciados con anterioridad a la vigencia de esa Ley Trole II, que a ese momento (al de la vigencia de dicha ley) se encontraban en trámite ante los jueces de lo civil y cortes superiores, debía seguir sustanciándose ante los mismos órganos judiciales. Esto implica, entonces, que la ejecución en los procesos iniciados con posterioridad a la promulgación de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana (Ley Trole II), debe sustanciarse ya no ante los jueces de lo civil y cortes superiores, sino ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, pero ante aquel que tenga jurisdicción en el domicilio del ejecutante, pues así expresamente lo manda el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado.

Cuando el ejecutante es el Estado o el organismo o institución pública, y el ejecutado es una persona de derecho privado, la ejecución debe ser pedida a un juez de lo civil del domicilio del ejecutado, pues en este caso el juez natural del demandado es el juez de lo civil de su domicilio, según las reglas generales vigentes al respecto. El Art. 38 de la Ley de Modernización trae una verdadera excepción a la regla general sobre competencia, pues asigna al Estado y a los organismos o entidades del sector público, un verdadero fuero especial con nivel de corte superior, constituido en este caso por los tribunales de lo contencioso administrativo, pero esto en tanto y en cuanto el demandado sea el Estado.

MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN

Couture define así a las medidas cautelares: *“Dícese de aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo”* (Op. Cit., p. 405).

En el proceso de ejecución no caben medidas cautelares. Estas proceden solamente en los juicios ejecutivos, y en los procesos de conocimiento luego de sentencia que declare el derecho. Proceden también en los juicios de providencias preventivas, siempre que se cumplan los requisitos indispensables que la ley exige para ello (Arts. 914 y 915 del Código de Procedimiento Civil): prueba documental de la existencia de un crédito; prueba de que los bienes del deudor se hallan en tan mal estado, que no alcanzarán a cubrir la deuda, que puedan desaparecer u ocultarse, o que el deudor trata de enajenarlos. Las medidas cautelares pueden dictarse también dentro de los procesos arbitrales: por el tribunal arbitral, si las partes en el convenio estipularon que los árbitros podrían solicitar el auxilio de los funcionarios públicos para ejecutarlas; o por los jueces ordinarios a petición de cualquiera de las partes del proceso arbitral (Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 9).

Una vez que se ha dictado sentencia, o laudo en un proceso arbitral, no caben ya las medidas cautelares. Debemos recordar que la medida cautelar se dicta solamente para que en el caso de que la parte en cuya contra se la ejecuta, pierda el juicio, tenga con que responder por las obligaciones reclamadas. Más, cuando la sentencia o el laudo han sido ya dictados, no caben medidas cautelares de ninguna naturaleza, sino ya el embargo para el remate de lo embargado, que es una medida definitiva para con ella obtener el dinero que permita que el derecho del demandado sea satisfecho total o parcialmente.

Exactamente eso es lo que ocurre al ejecutar una acta de mediación. El derecho del ejecutante ha sido establecido con carácter y efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada en el acta de mediación suscrita por las partes de la controversia y por el mediador. El derecho está, entonces, ya dicho en ella, y sólo resta su ejecución. Ya no estamos ante la eventualidad de que el reclamante pueda o no ganar el juicio, sino que enfrentamos un derecho ya constituido, declarado, reconocido y, por tanto, firme.

El acta de mediación se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez ordinario o de la ejecución acepte excepción alguna (salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación) ni sea necesario iniciar un nuevo juicio, prescriben los artículos 15 y 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación. La vía de apremio implica ya el embargo de bienes para su avalúo y posterior remate o venta judicial, por lo que no caben ya medidas cautelares. Nada hay que cautelar en el proceso de ejecución del acta de mediación. Lo que hay que hacer es ejecutar, y no precautelar bienes, para sus posterior remate. Se va directamente al embargo y al remate sin precautelación alguna.

FALTA DE CLARIDAD EN LAS ACTAS DE MEDIACIÓN

De lograrse el acuerdo entre la partes –dice el inciso segundo del Art. 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación–, “*el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador*”. Es fundamental, entonces, que en el acta de mediación se contenga una descripción clara de las obligaciones que en ella se imponen a cada una de las partes. Si este requisito no se cumple, es decir, si en el acta no se han hecho constar en la forma clara que exige la ley, las obligaciones de cada una de las partes, sino que, por el contrario, hay tal obscuridad en ella que no permite establecer la obligación que corresponde cumplir a cada parte, va a ser muy difícil que el acreedor de la obligación pueda exigir su cumplimiento eficazmente.

Cuando un laudo o cualquier providencia o sentencia dictada dentro un proceso adolece del vicio de falta de claridad, las partes pueden interponer el recurso horizontal de aclaración, buscando con él superar esta deficiencia. Y el juzgador será quien, analizando la providencia impugnada por vía de aclaración, resuelva si procede o no hacerlo, esto es, si cabe o no la aclaración; pero en todo caso dará alguna explicación a las partes que normalmente les dejará con menos dudas, y que permitirá comprender de mejor manera su providencia acusada de falta de claridad, u obscuridad.

Vemos, pues, que en caso de falta de claridad en las actas de mediación, el problema puede ser complejo. Y es que la Ley de Arbitraje y Mediación nada ha previsto al respecto. No existe en ella una solución para este problema de falta de claridad, falta que a nuestro entender se produce cuando en el acta no han sido claramente definidos o establecidos los derechos y obligaciones de las partes. El acta en que no se establezca claramente una obligación de dar o hacer con cargo a una parte y a favor de la otra, no podrá ejecutarse con facilidad y eficacia, porque precisamente la oscuridad de que adolece lo va a impedir cuando no la vicia de nulidad, por incumplimiento de uno de sus requisitos fundamentales.

Y es que debemos tener presente que el juez de la ejecución no es juez que pueda o deba declarar el derecho, sino sólo ejecutar el ya establecido en el acta; mas, cuando en la que ha sido sometida a su jurisdicción para que la ejecute no hay claridad respecto de las obligaciones que en ella se contienen, quedará el juez desbordado en la realidad afrontando las dificultades de poder ejecutar el acta, es decir, con la dificultad de poder cumplir su cometido de hacer ejecutar lo juzgado. Pero como el Art. 18 del Código Civil previene que el juez no puede suspender ni denegar la administración de justicia por obscuridad o falta de ley, entendiendo al acta de mediación como una ley entre las partes, por tratarse de un convenio al que ellas han arribado con entera y plena libertad, deberá ejecutarla como a su entender corresponda, evento en el cual es lo más probable que sus actuaciones sean impugnadas por la parte que se sienta perjudicada. Pero será el juez, y solamente el juez de la ejecución, el responsable de la interpretación del acta de mediación y, por consiguiente, de la forma como la ejecute según la interpretación que le dé.

Debemos tener presente que el acta de mediación ya debidamente celebrada produciría su preclusión, es decir que no podría ser revisada por las partes ni por ningún tercero, toda vez que esa acta de mediación tiene, por mandato de la ley de Arbitraje y Mediación, el efecto de sentencia ejecutoriada, esto es, que adquiere fuerza ejecutiva pasando a convertirse, entonces, en una especie de instrumento público, que no puede ser alterado ni siquiera por las propias partes.

Hay que considerar, además, que el acta de mediación es una especie de transacción, es decir, que contiene ciertos caracteres de contrato, y entonces averiguar si como tal le son aplicables las normas generales de los contratos, como aquella que permite a las partes celebrar un contrato para dejar sin efecto o modificar un contrato anterior, lo que en el derecho francés se conoce como resiliación.

Habría que dilucidar si esta situación puede ser superada por la suscripción de una nueva acta entre las partes y con la concurrencia del mismo mediador, en aplicación de aquel principio general de derecho que dice que las cosas se deshacen o

modifican en la misma forma como se hacen. Si el acta fue hecha por escrito, con la firma de las partes y del mediador, se podría argumentar que estas mismas partes y el mismo mediador podrían y deberían superar el vicio de nulidad mediante la suscripción de un nuevo instrumento en el que se describan con claridad las obligaciones a cargo de cada una de las partes, y se cumplan las demás formalidades que se requieren. Y podría decirse que sería ésta una forma de evitar un proceso tortuoso por las dificultades que produciría la pretendida ejecución de una acta que adolezca de falta o incumplimiento del requisito formal de la claridad, que le impone el Art. 47 de la Ley de la materia.

Pero nada de esto es posible. El acta de mediación, una vez suscrita por las partes y por el mediador, adquiere fuerza de sentencia ejecutoriada, esto es, que adquiere la misma fuerza y vigor que cualquier sentencia firme que, por consiguiente, no puede ya ser modificada ni alterada por nadie ni por ningún concepto. Téngase presente que con la suscripción del acta, si bien las partes pueden continuar existiendo como tales, el mediador que intervino en el caso cesó ya, y en forma definitiva, por ese mismo hecho, en sus funciones de tal, esto es, que desapareció o se extinguió jurídicamente. Por tanto, no podría la persona natural que actuó en calidad de mediador en la celebración de esa acta de mediación, con posterioridad a su perfeccionamiento, suscribir una nueva acta en términos diferentes y ni siquiera similares a los que originalmente fueron materia de dicha acta, sin cometer con ello al menos el delito de alteración de documentos. Obviamente, tampoco las partes estarían en aptitud jurídica de modificar un documento que adquirió el carácter y fuerza de sentencia ejecutoriada.

No siendo posible, entonces, modificar el acta, y si su ejecución se entorpece por la falta de claridad (se entorpecería cuando alguna de las partes impugne la interpretación que el juez executor pretenda dar a sus estipulaciones), estaríamos frente a una nueva discrepancia o desavenencia entre las partes, esto es, frente a un nuevo conflicto irresoluto que podría ser superado a través de una nueva mediación que termine en una nueva acta de mediación a través de la cual se supereen los inconvenientes. Pero siempre existe el peligro de que no se alcance el nuevo acuerdo que concluya con la celebración y suscripción de la nueva acta de

mediación, lo que nos abocaría nuevamente al problema de la ejecución de una acta obscura, que es lo que se habría tratado de evitar, problema que, en definitiva, deberá ser solucionado por el juez de la ejecución, que será el que ejecute el acta en la forma que él entienda que corresponde.

TERCERÍAS EN ACTAS DE MEDIACIÓN Y EN LA EJECUCIÓN

La tercería es un tema complejo que sin duda podría dar lugar a un seminario como el presente; de suerte que no nos vamos a detener a un análisis profundo de esta institución jurídica, ni mucho menos, sino a solamente exponer algunas ideas de su procedencia o improcedencia en el tema de nuestra exposición.

El Código de Procedimiento Civil nos proporciona la siguiente definición: *“Art. 501.- Se llama tercería así la oposición como el juicio que se sigue en virtud de la acción deducida por un tercer opositor. La oposición puede ser relativa a una de las partes o a todas ellas”*.
Sobre tercerías

En el arbitraje ni en la mediación caben tercerías, en mi opinión, ni siquiera en el caso de que las partes consientan expresamente en ello mediante la suscripción de un nuevo convenio arbitral, o en el de que el tercerista hubiere suscrito con las partes el mismo convenio arbitral por el que se sigue el proceso, o el mismo convenio para acudir a mediación como método alternativo para la solución de controversias. En verdad, creo que nunca cabe tercería en un arbitraje ni en una mediación, como normalmente no cabe en ningún proceso de conocimiento o declarativo de derechos, pues la tercería es una institución creada para que terceros que eventualmente puedan ver afectados sus intereses por un pleito del que no son parte, puedan intervenir en él *“coadyuvando el derecho de alguna de las partes, o ya deduciendo el suyo propio, con exclusión de los otros”*, dice José de Vicente y Caravantes (citado por Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VIII, T – Z, 25ª Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1997). En

todo caso, si bien no caben tercerías en los procesos de arbitraje y de mediación, y teniendo siempre presente que en el acta de mediación pueden las partes obligarse a favor de terceros, soy de la opinión de que estos terceros estarían plenamente habilitados y facultados para intervenir directamente en defensa de sus intereses en el proceso de ejecución de las obligaciones asumidas por una de las partes en el acta de mediación. Pero es más, considerando que la ejecución de las actas de mediación es una ejecución como cualquiera otra, es perfectamente posible, y por tanto cabe, la presencia de cualquier tercero, bien que se de como tercería coadyuvante o como tercería excluyente, según sea el caso. Una vez más debemos recordar que el acta de mediación se ejecuta del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio prevista en los Arts. 448 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, disposiciones éstas entre las que se encuentran las relacionadas con la tercerías en juicio ejecutivo, es decir, las referentes a las tercerías excluyente y coadyuvante, previstas en los artículos 508 y siguientes del Código Procesal Civil, las que por consiguiente son absolutamente aplicables al caso propuesto, de ejecución de actas de mediación, incluso si en ellas la parte ejecutada es el Estado o uno de sus organismos.

¿CABEN CAUCIONES CUANDO SE DISCUTE LA NULIDAD DEL ACTA?

Habíamos dicho anteriormente que en la ejecución del acta de mediación no caben ya medidas cautelares, sino que lo procedente es el embargo, que es la medida propia del proceso de ejecución, pues es la que permite el avalúo y venta judicial de los bienes embargados como la manera de cumplir el proceso compulsivo para la satisfacción de los derechos reconocidos en el acta.

En el proceso de ejecución de una acta de mediación bien podría darse el caso de que el ejecutado alegue la nulidad del acta en cuestión. Debemos tener presente que las nulidades pueden ser absolutas o relativas, que las primeras no son susceptibles de convalidación, mientras que las segundas pueden convalidarse incluso por el simple transcurso del tiempo.

Per, ¿será admisible que el ejecutado alegue la nulidad del acta en la que intervino, siendo con ello con-causante de la misma nulidad que alega? En verdad, siempre puede suceder que alguien que suscribió una acta de mediación pretenda luego, cuando se trate de ejecutarla, alegar su nulidad. Pero en tal caso su alegación no deberá ser tenida en cuenta ni es probable que prospere, pues nadie puede beneficiarse de su propio dolo o de su propio error.

Si en el proceso de ejecución de una acta de mediación el ejecutado alega la nulidad del acta (parecería absurdo que lo haga el ejecutante), tal alegación no podrá suspender el trámite de la ejecución, pues el juez que conozca de ella no tendrá competencia para declarar la nulidad del acta de mediación. Debería seguirse el trámite ordinario de nulidad de sentencia ejecutoriada, siempre que existiese causal para ello.

Pero, como quiera que se alegue la nulidad del acta de mediación, bien sea por nulidad absoluta o relativa, esa nulidad no podrá ser discutida en la vía de apremio, es decir en la vía de ejecución; y si de hecho se produjera una discusión al respecto, en el proceso de su ejecución, no caben tampoco en tal evento las medidas cautelares, pues nos hallamos ya en el estadio o etapa procesal del apremio y remate, con las medidas definitivas de embargo que fueren menester, ya decretadas y probablemente ejecutadas. Debemos recordar que lo usual es que quien acude a un juez a solicitar la ejecución de un acta de mediación, en el escrito respectivo pida ya el embargo de algún bien o derecho, y que esta medida será ordenada y cumplida antes de que el ejecutado tenga conocimiento del proceso de ejecución de que está siendo objeto.

La nulidad del acta de mediación debería ser discutida en juicio de conocimiento o declarativo, esto es, en juicio ordinario, y la proposición de la demanda pertinente no suspendería el proceso de ejecución iniciado, pues no tiene tal efecto ni existe norma legal alguna que lo permita.

Quito, septiembre de 2004.