



# **MAESTRÍA EN DIRECCIÓN DE EMPRESAS**

TITULO DE LA TESIS:

**REFORMA PARA FORTALECER LA  
ADMINISTRACIÓN PRIVADA DE JUSTICIA EN EL  
ECUADOR EN BENEFICIO DE LOS USUARIOS,  
ESPECIALMENTE DE LAS EMPRESAS.**

Previa A La Obtención Del Grado De Magíster En  
Dirección De Empresas

Elaborado Por:

**HEIDI MARÍA LANIADO HOLLIHAN**

Guayaquil, a los **30** días del mes de **agosto** del año **2013**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO  
CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la abogada HEIDI MARÍA LANIADO HOLLIHAN, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magíster en Dirección de Empresas

**DIRECTOR DE TESIS**

\_\_\_\_\_  
Josemaría Vázquez Vega

**REVISORES**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**DIRECTOR DEL PROGRAMA**

\_\_\_\_\_  
Daniel Susaeta Vásquez

Guayaquil, a los 30 días del mes de agosto del año 2013



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

YO, HEIDI MARÍA LANIADO HOLLIHAN

DECLARO QUE:

La Tesis "REFORMA PARA FORTALECER LA ADMINISTRACIÓN PRIVADA DE JUSTICIA EN EL ECUADOR EN BENEFICIO DE LOS USUARIOS, ESPECIALMENTE DE LAS EMPRESAS" previa a la obtención del Grado Académico de Magíster, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

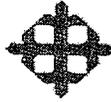
En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 30 días del mes de agosto del año 2013

El autor:

---

Heidi María Laniado Hollihan



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

AUTORIZACIÓN

YO, **HEIDI MARÍA LANIADO HOLLIHAN**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución de la Tesis de Maestría titulada "REFORMA PARA FORTALECER LA ADMINISTRACIÓN PRIVADA DE JUSTICIA EN EL ECUADOR EN BENEFICIO DE LOS USUARIOS, ESPECIALMENTE DE LAS EMPRESAS", cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 30 días del mes de agosto del año 2013

El autor:

---

Heidi María Laniado Hollihan

*A RNC y RNL, por darle sentido a todo lo que hago.*

## **ÍNDICE**

<b>1. RESUMEN EJECUTIVO</b>	<b>8</b>
<b>2. TEMA</b>	<b>10</b>
<b>3. OBJETIVOS</b>	<b>10</b>
3.1. GENERALES	10
3.2. ESPECÍFICOS	11
<b>4. MARCO TEÓRICO</b>	<b>12</b>
4.1. LA PROSPERIDAD Y SU RELACIÓN CON EL ESTADO DE DERECHO	12
4.2. SISTEMAS INFORMALES DE LIMITACIONES	17
4.2.1. LOS SISTEMAS INFORMALES Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	20
4.2.2. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA FORMAL O PÚBLICA	22
<b>5. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA – PROBLEMÁTICA</b>	<b>23</b>
5.1. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ECUADOR	23
5.2. CORRUPCIÓN Y OTRAS DEFICIENCIAS DEL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICO DE JUSTICIA	35
5.3. PLANIFICACIÓN POR ESCENARIOS	42
5.3.1. ECONOMÍA : CRISIS / ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: MANTENIMIENTO	43
5.3.2. ECONOMÍA: ESTABILIDAD / ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: MANTENIMIENTO	45
5.3.3. ECONOMÍA: CRISIS / ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: MEJORA SIGNIFICATIVA	45
5.3.4. ECONOMÍA: ESTABILIDAD / ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: MEJORA SIGNIFICATIVA	46
<b>6. EL ARBITRAJE COMO RESPUESTA A LA PROBLEMÁTICA</b>	<b>48</b>
6.1. LA NECESIDAD DEL ARBITRAJE PARA LAS EMPRESAS	48
6.2. POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PRIVADA DE JUSTICIA	49
6.3. BENEFICIOS Y DESVENTAJAS DEL ARBITRAJE	51
6.3.1. BENEFICIOS	51
6.3.2. DESVENTAJAS	54
6.4. ¿POR QUÉ LAS EMPRESAS PREFIEREN AL ARBITRAJE?	58
6.5. POSICIÓN DEL GOBIERNO FRENTE AL ARBITRAJE	61
<b>7. EJECUCIÓN DE LAUDOS</b>	<b>64</b>
7.1. SITUACIÓN ACTUAL	64
7.1.1. EJECUCIÓN DE LAUDOS EN SISTEMAS INFORMALES DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	65
7.2. OBLIGACIÓN DE ACCEDER A LA JUSTICIA PÚBLICA PARA EJECUTAR LAUDOS	66

<b>8. ALTERNATIVA PROPUESTA: EJECUCIÓN ARBITRAL DE LAUDOS</b>	<b>70</b>
<b>8.1. PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS</b>	<b>70</b>
8.1.1. EL PODER DE COACCIÓN	71
8.1.2. EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES, ¿CONTRADICCIÓN?	72
8.1.3. LOS “TERCEROS” EN LA EJECUCIÓN ARBITRAL	75
<b>8.2. EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EN PERÚ</b>	<b>79</b>
8.2.1. INDICADORES MACROECONÓMICOS PERÚ VS. ECUADOR	79
<b>8.3. PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN ECUADOR.</b>	<b>82</b>
<b>9. ANÁLISIS DE ATRACTIVIDAD DE LA “INDUSTRIA” DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA</b>	<b>85</b>
<b>9.1. BARRERAS DE ENTRADA Y SALIDA</b>	<b>86</b>
9.1.1. ENTRADA	86
9.1.2. SALIDA	87
<b>9.2. RIVALIDAD ENTRE COMPETIDORES</b>	<b>87</b>
<b>9.3. ACCIONES DEL GOBIERNO</b>	<b>88</b>
<b>9.4. PODER DE CLIENTES Y PROVEEDORES</b>	<b>89</b>
9.4.1. CLIENTES (USUARIOS)	89
9.4.2. PROVEEDORES (JUECES)	90
<b>9.5. DISPONIBILIDAD DE PRODUCTOS / SERVICIOS SUSTITUTOS</b>	<b>91</b>
<b>9.6. CONCLUSIÓN DEL ANÁLISIS DE PORTER</b>	<b>92</b>
<b>10. CONCLUSIONES</b>	<b>94</b>
<b>11. MAPA ESTRATÉGICO</b>	<b>96</b>
<b>11.1. PERSPECTIVA FINANCIERA</b>	<b>99</b>
<b>11.2. PERSPECTIVA CLIENTES</b>	<b>100</b>
<b>11.3. PERSPECTIVA PROCESOS INTERNOS</b>	<b>101</b>
<b>11.4. PERSPECTIVA DE PERSONAS Y TECNOLOGÍA</b>	<b>103</b>
<b>12. BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>105</b>

## **1. RESUMEN EJECUTIVO**

Esta tesis inicia demostrando el vínculo entre la prosperidad de una nación y la fortaleza de sus instituciones, particularmente, su sistema de administración de justicia. Como Marco Teórico se utilizan las corrientes de diversos autores – en su mayoría anglosajones- que han estudiado la relación entre la prosperidad y la fortaleza e independencia de los sistemas de administración de justicia. Para concluir que los requisitos para que la administración de justicia persevere son un ideal distante de América Latina, con énfasis particular en el Ecuador. Para ello, se relatan brevemente los últimos antecedentes en la conformación y administración de cortes en nuestro país.

Con esto, se buscan alternativas para alcanzar prosperidad sin una administración de justicia que cumpla con los requerimientos de eficiencia y transparencia que exigen los autores y se evidencia la existencia de procesos privados de resolución de controversias que permitirían llenar ese vacío, destacando que estos inclusive existen antes que la conformación de los estados modernos y que son tan antiguos como el comercio. Así, una propuesta privada de administración de justicia y resolución de conflictos podría presentarse como una alternativa para las empresas y personas que viven en Ecuador, sin necesidad de recurrir a la administración pública de justicia.

Los incentivos para utilizar mecanismos privados, como el arbitraje, son expuestos en detalle en esta Tesis. Sin embargo, para que el sistema privado de administración de justicia sea un verdadero sustituto del público se requiere

ampliar aún más las competencias de los árbitros y fortalecer los mecanismos alternativos (privados) de resolución de conflictos. En virtud de ello, esta Tesis concluye ofreciendo un proyecto de reforma a la ley de la materia. Consideramos que no sólo las empresas que utilizan estos sistemas se beneficiarían con la reforma, sino los principales actores económicos del país (entre ellos, el Estado) pues la reforma propuesta propiciaría mayor seguridad jurídica, lo que permitirá a los empresarios locales invertir con mayor confianza y a plazos más largos, así como atraer inversión extranjera.

## **2. TEMA**

**"REFORMA PARA FORTALECER LA ADMINISTRACIÓN PRIVADA DE JUSTICIA EN EL ECUADOR EN BENEFICIO DE LOS USUARIOS, ESPECIALMENTE DE LAS EMPRESAS."**

## **3. OBJETIVOS**

### **3.1. Generales**

El objetivo principal de esta tesis es trasladar al lector la necesidad de aumentar la competitividad del Ecuador. Para ello es necesario un Estado de Derecho robusto, con resoluciones privadas predecibles y confiables, ajustadas a estándares internacionales que no solo reduzcan el riesgo de ingreso de empresas extranjeras, sino también el de operación e incertidumbre de los empresarios locales.

Se busca demostrar que el respeto al Estado de Derecho es la piedra angular de una economía estable y que las economías pueden crecer con el impulso del sector privado si el país posee un sistema de administración de justicia eficiente y transparente.

Esta tesis propone a la administración privada de justicia como una alternativa válida para el fortalecimiento del Estado de Derecho en Ecuador, procurando evidenciar las fortalezas del arbitraje frente a la administración pública de justicia. Finalmente, lo anterior apuntaría a crear mayor seguridad jurídica para

las empresas que ya están radicadas o constituidas en el Ecuador, y en el futuro, atraer inversión extranjera.

### **3.2. Específicos**

Para el efecto, se busca que el lector comprenda la necesidad de introducir ciertos cambios en nuestra legislación arbitral actual, que están dirigidos a fortalecer los sistemas privados de administración de justicia, especialmente el arbitraje.

La Tesis concluye ofreciendo un proyecto de ley para modificar la Ley de Arbitraje y Mediación vigente. Por lo tanto, el objetivo específico final es que el lector comparta la necesidad de aprobar el proyecto sugerido, o alguno de similar naturaleza.

## 4. MARCO TEÓRICO

### 4.1. La Prosperidad y su Relación con el Estado de Derecho

La prosperidad de una nación moderna, requiere de al menos una modesta infraestructura legal orientada a proteger los derechos de propiedad y contractuales de sus habitantes (Posner, 1998). En América Latina, las instituciones públicas son muy débiles para responder satisfactoriamente a las necesidades del sector privado (Aiyer, 1995). Por lo tanto, sin un sólido sistema legal, ni administración de justicia eficiente y transparente, el desarrollo económico y social de la región está expuesto al fracaso.

Para la vasta mayoría de los autores, el Estado de Derecho<sup>1</sup> (en inglés “*rule of law*”) es una precondition para el desarrollo y crecimiento del sector privado, puesto que crea certeza y predictibilidad, protege los derechos de propiedad y permite el respeto y ejecución de los acuerdos y/o contratos (Malik, 1995). Lo anterior genera menores costos transaccionales, una reducción en el costo del capital y por tanto, menor riesgo para los inversionistas, locales y extranjeros.

Puede surgir un círculo virtuoso, en que una modesta inversión inicial en ciertas reformas legales incrementara el crecimiento económico de dicho país, ya que esta inversión estuviera destinada a fortalecer el Estado de Derecho. Dicho crecimiento generaría, a su vez, más recursos que permitirían mayores

---

<sup>1</sup> Optaremos por una definición breve del Estado de Derecho: consiste en un sistema legal, compuesto por reglas o normas fácilmente identificables, procesos eficientes en los que estas normas son aplicadas a través de instituciones capacitadas para aplicarlas y ejecutar sus decisiones con rapidez (Malik, 1995).

inversiones en reformas legales (Posner, 1998). En este sentido, existe también amplia literatura sobre el efecto de la institucionalidad o estabilidad legal en el crecimiento. North (1990) es uno de sus principales exponentes:

*“Es solo necesario contrastar las organizaciones productivas en un país del Tercer Mundo con aquellas de una economía industrializada para dejarnos impresionar por las consecuencias de derechos de propiedad poco definidos y/o ineficientes. No solo existirán mayores costos de transacción [en el Tercer Mundo] sino que la falta de seguridad en la propiedad privada se traducirá en el uso de tecnologías menos costosas y en evitar acuerdos orientados al largo plazo. (...) los costos ocultos [de la inestabilidad] alteran significativamente los precios y consecuentemente la tecnología utilizada”* (North, 1990)

La fortaleza del Estado de Derecho dependerá, en última instancia, de un ambiente (o contexto) en el cual los derechos individuales adquiridos legalmente, especialmente aquellos que emanan de los contratos y la propiedad, sean protegidos y respetados.

Para Posner (1998) los países desarrollados dan por sentada la existencia de este ambiente, pues funciona “generalmente bien la mayoría de las veces”. Idealmente, un mercado estable se fortalece gracias a un sistema legal que consiste en un grupo de jueces bien pagados, éticos y competentes que ejecutan reglas preestablecidas claras, protegiendo los derechos individuales, y por tanto, la actividad comercial. Estos jueces actúan con independencia y no sufren de

injerencia alguna por parte de funcionarios de las funciones ejecutivas y legislativas de su país (Posner, 1998). Están, a su vez, rodeados de abogados bien pagados, éticos y competentes. Las decisiones de los jueces son ejecutadas con el auxilio de personal que también es bien pagado, ético y competente. Finalmente, hay suficientes jueces para que las causas a su cargo se resuelvan con suficiente rapidez.

Los países difieren en la orientación de sus esfuerzos por la búsqueda de este ideal. Obteniendo, por tanto, distintos resultados en cada ocasión. Los países compiten entre sí para atraer inversiones y generar estabilidad jurídica. En ese sentido el desarrollo de marcos institucionales adecuados es indispensable (Bullard G. & Soto C., 2011).

En América Latina, los principales indicadores de que el ideal de Posner es una lejana realidad se resumen en la demora prolongada en la solución de las causas judiciales, el acceso limitado a la justicia, la poca transparencia con la que se manejan los casos y la poca credibilidad de la que goza el sistema judicial en el público en general. Estas deficiencias generalizadas tienen muchas causas, entre las que se incluyen (Aiyer, 1995):

1. Leyes y procedimiento arcaicos;
2. Falta de independencia judicial (en relación a otros poderes estatales, principalmente la rama Ejecutiva);
3. Manejo administrativo inadecuado de las cortes;
4. Gestión deficiente de los casos;

5. Escasez de jueces y personal capacitado;
6. Relaciones laborales basadas en el patronazgo y no en la competitividad o eficiencia del personal;
7. Sistemas de control de gastos discrecionales y poco transparentes;
8. Preparación y capacitación legal inadecuada;
9. Control disciplinario débil;
10. Costos ocultos en el manejo de los procesos que elevan los costos totales de acceder a la justicia; y,
11. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos escasos y/o débiles.

De forma similar, otros autores citados por Malik (1995) establecen que los principales obstáculos que el sistema judicial impone al desarrollo y crecimiento privado son: “(...) *ineficiencias administrativas y retrasos, corrupción y la falta de transparencia y predictibilidad de las decisiones judiciales*”. En definitiva, la sobrecarga que tienen los tribunales, se traduce en demoras en la administración de justicia. Demoras que hacen reclamar desesperadamente mayores recursos, lo cual en sí genera un problema presupuestario, que al no ser satisfecho, atenta contra la celeridad y calidad del servicio. Todo lo cual a su vez, degenera en un problema mayor: el de la corrupción (Mezgravis, 2001).

Por su parte, Weder considera que el respeto al Estado de Derecho es la piedra angular de una economía estable. El sector privado será siempre capaz de impulsar el desarrollo de una nación si tiene la posibilidad de acceder a un sistema de administración de justicia eficiente y transparente (Weder, 1995). Por

el contrario, un sistema legal débil tiene graves connotaciones económicas, que perjudican – principalmente- al sector privado.

Posner (1998) se dedica a analizar los factores que inciden en las diferencias entre los sistemas legales aquejados de estas deficiencias y aquellos libres – total o parcialmente- de las mismas. Para él, una posible explicación es que la reforma legal que permitiría alcanzar el ideal de los países llamados desarrollados es muy costosa. Otra posibilidad estaría ligada con la existencia de sustitutos informales para asegurar el cumplimiento y el respeto a los contratos y a los derechos individuales sobre la propiedad privada. Entre estos sustitutos informales tenemos al arbitraje, la reputación de las partes, la intimidación (o tácticas similares) y, el altruismo de los contratantes. Para Posner (1998), este último sustituto estaría estrechamente vinculado a los valores morales de las personas y si bien reconoce su existencia, considera inapropiado entrar en valoraciones subjetivas respecto de que país o sector tiene mayor predisposición a optar por actitudes altruistas y cual no. Por esa misma razón, hemos también descartado entrar en el detalle de este sustituto informal, aunque aquello no signifique negar su existencia.

La importancia de los sustitutos informales en administración de justicia queda confirmada con el simple hecho de que la actividad económica y comercial, junto con los métodos para asegurar el cumplimiento de pactos y contratos, existen mucho antes que la creación formal de los Estados modernos y sus sistemas legales.

## **4.2. Sistemas Informales de Limitaciones**

En efecto, las relaciones comerciales – y las humanas en general- están normadas por sistemas formales e informales de limitaciones. Por un lado tenemos las informales, a las que North define como un conjunto de costumbres (escritas o no), tradiciones y tabús. Por otro lado, dentro de lo formal tendremos legislación y normativa que emana de diversas funciones del Estado. Sin embargo, desde el inicio de los tiempos en ausencia de éstos últimos, se ha fortalecido y desarrollado un complejo mecanismo social basado en la costumbre, confianza y auto regulación, que precedió al Estado y que aún conserva importancia en las economías modernas (North, 1990).

Los mejores ejemplos de estos sistemas informales son el arbitraje y la mediación, los cuales son tan antiguos como las divergencias entre humanos. Sus primeras menciones aparecen en las inscripciones babilónicas, los relatos bíblicos, las leyes del periodo inicial del Imperio Romano (las XII Tablas), entre otros. En efecto, desde los orígenes de la civilización, y una vez superada la justicia por mano propia, surgió la necesidad de recurrir a un tercero que contara con la confianza y credibilidad de ambas partes para resolver las controversias suscitadas y hacer cumplir sus decisiones (Arrarte A., 2013).

La mediación consiste en que terceros imparciales ayuden a las partes a solucionar sus divergencias. Por el contrario, el arbitraje requiere que las partes otorguen poder a un tercero para que decida por ellos la controversia. Ambos procesos son voluntarios y la decisión que los concluye es obligatoria para todos los involucrados. Ante todo, el elemento determinante para que los sistemas

informales de administración de justicia funcionen es que la decisión no sólo sea obligatoria sino también acatada por todas las partes, así sea perjudicial para sus intereses. Por ello, no es suficiente que las partes voluntariamente se sometan a un sistema informal, sino que deben existir determinadas penas o sanciones que garanticen el respeto a lo decidido.

La historia de la mediación está atada a la historia del comercio. En toda transacción comercial, y por tanto, en el contrato que la acompaña (verbal o escrito) existe una cierta dosis de mediación. En efecto, uno de las funciones más frecuentes de un mediador – o intermediario- es facilitar la negociación de contratos. Ya en 1791, Edmund Burke decía: *“el mundo está dirigido por intermediarios. Influyen en las partes que van a realizar el intercambio haciendo creer a ambas que su posición como intermediario es la que realmente la otra parte sostiene y de este modo dominan sobre ellas”* (citado por Benson, 2000).

Al igual que la mediación, los orígenes del arbitraje tienen poca relación con los abogados o el sistema formal de justicia. Sus orígenes son anteriores a la creación del estado o del derecho en su concepción moderna. Sus creadores fueron los mercaderes, quienes acudían informalmente a sus gremios cuando tenían un conflicto entre ellos. En sus orígenes el proceso era informal, flexible, pragmático y libre de ataduras doctrinarias y modelos conceptuales, orientándose a un tratamiento justo y equitativo a las partes (Bullard González, 2006).

Si una de las partes no acataba lo dispuesto por el árbitro, éste imponía una sanción privada, el ostracismo. El gremio le cerraba las puertas al comerciante en

cuestión y nadie comerciaba con él. Antes de que exista la administración formal de justicia, las sanciones a las que hemos hecho referencia, las aplicaba el tercero privado que intervenía como árbitro o mediador. Sin embargo, el ejercicio de esta función jurisdiccional por terceros “privados” implicó indudablemente una manifestación de “poder” que se volvió sumamente sensible con el surgimiento de los Estados modernos y la necesidad de que el poder político controle todas las actividades trascendentes para la vida en sociedad (Arrarte A., 2013).

En España, desde el Siglo VII ya existían disposiciones en las Leyes Procesales del “Fuero Juzgo” de los años 689-701, que reconocían al arbitraje. Se establecía que “... solo pueden ser jueces los nombrados por el Rey, los designados por otro juez, y los que nombren las partes de común acuerdo”. Por su parte, el antecedente más remoto en América, lo tenemos en la Gran Colombia (cuando esta formaba parte del imperio español), y su Constitución Política de 1812 (Capítulo II) desarrollaba “De la Administración de Justicia en lo Civil”, y establecía en su art. 280: “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”. Los historiadores afirman que la gran importancia que se le dio a la constitución de 1812, se debió al intento de la monarquía de mantener felices a las colonias americanas, dándoles formas de arreglo auto compositivas a sus problemas.

Después de abandonar la Gran Colombia, Ecuador expidió su primera Constitución en 1830, la cual no hace mención alguna al arbitraje, sin embargo, la costumbre de designar de mutuo acuerdo un tercero (árbitro) para la solución

de conflictos siguió vigente. Su presencia en las normativas formales se dio recién en 1953<sup>2</sup> con la promulgación del Código de Procedimiento Civil, que establecía un tipo de arbitraje voluntario, aunque excesivamente formal y poco práctico. Con el pasar de los años se intentaron varias reformas que buscaban flexibilizar el procedimiento un poco, hasta que en el 1997<sup>3</sup> se promulgó la Ley de Arbitraje y Mediación que continúa vigente (con varias modificaciones realizadas en el 2005<sup>4</sup>). El primer centro de arbitraje del Ecuador lo fundó la Cámara de Comercio de Guayaquil en 1992, el mismo que continúa operando en esa ciudad hasta la presente fecha. Sobre la situación del arbitraje y la mediación en el Ecuador hablaremos más adelante.

#### **4.2.1. *Los Sistemas Informales y la Administración de Justicia***

Las leyes pueden imponerse “desde arriba” por las autoridades, como es el caso de la Asamblea Nacional en Ecuador, o pueden desarrollarse “desde abajo” al ritmo de la evolución de los hábitos y las costumbres (Berman, 1973). La importancia de las costumbres es que dan a lugar a expectativas que guían a la gente en sus actos, y lo que se considera como vinculante será, por consiguiente, la observancia de esas prácticas con las que todo el mundo cuenta (Hayek, 1988). En definitiva, las costumbres se respetan porque cada persona advierte intuitivamente los beneficios de comportarse de acuerdo a lo que otros esperan de él, siempre que éstos también se comporten como él espera. Por el contrario,

---

<sup>2</sup> Código de Procedimiento Civil Sección 33. Suplemento del Registro Oficial número 133 (7-II-1953).

<sup>3</sup> Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 145, 4-IX-1997.

<sup>4</sup> Ley Reformatoria a la Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 532, 25-II-2005.

si una minoría impone las leyes “desde arriba” su aplicación requerirá más coacción de la que se necesitaría si las normativas fueran producto de un sistema informal (Benson, 2000).

Algo similar ocurre con la administración de justicia. Recordemos que el Estado de Derecho no sólo consiste en las normas sino también en la forma en la que estas se aplican y en los procesos que permiten dicha aplicación. Siguiendo la deducción lógica de Benson arriba citada, una resolución – emane o no de un cuerpo judicial- será respetada y ejecutable en la medida en que las partes que hayan recurrido al tercero que tomó la decisión, lo hayan hecho voluntariamente y no obligados coercitivamente.

Los académicos reconocen la existencia e importancia de los mecanismos informales de “administración de justicia” (Benson, 2000). Sin embargo, ese reconocimiento en la mayoría de ocasiones no deriva en un cuestionamiento al monopolio estatal sobre la administración formal de justicia en las distintas naciones o en colocar al sistema formal debajo o a la par del informal. No obstante lo anterior, desde mediados del siglo pasado existe un creciente grupo de académicos que se han dedicado a comparar las instituciones e incentivos que influyen en la administración pública y privada de la justicia.

Uno de los principales detractores del monopolio estatal sobre la administración de justicia es el estadounidense Bruce L. Benson, quien sostiene que:

*“Empleando la teoría económica, puede demostrarse convincentemente que las instituciones privadas (mercantiles o sin ánimo de lucro) son capaces de crear fuertes incentivos para establecer leyes y hacerlas cumplir. (...) También puede demostrarse que las instituciones del sector público crean incentivos que pueden causar grandes dosis de ineficiencia en la prestación de los mismos servicios” (Benson, 2000)*

#### **4.2.2. Administración de Justicia Formal o Pública**

Benson (2000) cita a James Eiselein cuando argumenta respecto del inevitable del carácter político del sistema judicial formal, y dice:

*“Hay un punto que debe quedar inequívocamente claro: el proceso legal es una parte integrante del proceso político. No solo manifiesta las principales características de éste en cuanto a su formación, funcionamiento e impacto, sino que parece desempeñar un papel particularmente crucial a la hora de establecer las pautas para determinar quién consigue qué cosas. Se encuentra en el mismo corazón de la política, al estar íntimamente ligado al uso legítimo de la coacción en la sociedad.”*

## **5. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA – PROBLEMÁTICA**

### **5.1. Administración de Justicia en Ecuador**

La injerencia política ha sido una constante en la administración judicial ecuatoriana. La situación del Estado de Derecho, incluida la separación de poderes, en el Ecuador ha tenido una evolución histórica caracterizada por las crisis institucionales y los conflictos políticos. Ello ha resultado en una muy debilitada independencia del Poder Judicial que ha afectado la administración de justicia en su rol de protección de los derechos y garantías fundamentales de los ecuatorianos, así como la instrumentalización de la justicia por parte de los ejes políticos.

Así por ejemplo, en 1997 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH” o “la Comisión Interamericana”) publicó un informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador, donde realizó, luego de los análisis correspondientes, una serie de observaciones y recomendaciones generales, incluidas las relativas a la administración de justicia y los derechos humanos (CIDH, 1997). Al año siguiente, en 1998, tuvo lugar una Asamblea Constituyente y se adoptó así una nueva Constitución, modificándose el Sistema de Administración de Justicia. En tal Constitución se “postula dar un marco jurídico garantista necesario para la efectiva vigencia y protección de los derechos humanos” (CIDH, 1999). Ese mismo año, la CIDH, tomando en cuenta las recomendaciones del citado informe anterior, realizó en su Informe Anual las siguientes consideraciones específicas sobre el Ecuador:

*“A pesar de los esfuerzos realizados, la administración de justicia sigue siendo ineficiente y lenta, como instrumento para salvaguardar el respeto y protección de los derechos humanos” (CIDH, 1999).*

Entre 1998 y el año 2000 se suscitaron una serie de conflictos sociales entre los cuales se enmarca una gran crisis económica y quiebra del sistema financiero y bancario, protestas y manifestaciones por parte de organizaciones indígenas y la deposición y el cese del Presidente de la República Jamil Mahuad. A raíz de todo ello, en el Informe Anual publicado en el año 2000, la Comisión Interamericana afirmó:

*“La Comisión insta a las autoridades ecuatorianas y sus poderes públicos a que adopten todas las medidas para asegurar la vigencia plena del Estado de Derecho. La Comisión continuará observando el desarrollo de los acontecimientos en Ecuador hasta que se consolide la normalidad institucional, en el contexto del fortalecimiento de la democracia representativa en el Hemisferio” (CIDH, 1999).*

Al final del 2004 y durante el transcurso del año 2005, tuvo lugar otra seria crisis institucional, durante la cual se removieron y sustituyeron a los magistrados del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo Electoral y la Corte Suprema de Justicia, por considerar que unos habían sido designados ilegalmente y que otros ya habían cesado en sus funciones (CIDH, 2005). Por otro lado, durante este período el Congreso declaró el cese en sus funciones al Presidente Lucio Gutiérrez. En vista de dicha crisis, el Relator Especial para la Independencia de

los Jueces y Abogados de las Naciones Unidas, manifestó ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU que:

*“(...) esta decisión constituiría una interferencia de los poderes ejecutivo y legislativo en el poder judicial, al ser violatoria del principio de constitucional de “independencia judicial” (art. 199 de la Constitución), requisito esencial del estado de derecho y de la democracia garantizado por instrumentos internacionales de los cuales Ecuador es parte. En este contexto, el Relator Especial ha reiterado su profunda preocupación por la decisión tomada por el Congreso y solicitado la cooperación del Gobierno para aclarar la situación” (Despouy, 2005).*

Durante el 2005, en vista de la crisis institucional que afectaba al país, el Relator Especial para la Independencia de los Jueces y Abogados de la ONU realizó dos visitas a Ecuador y como resultado de estas rindió un informe adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el cual se afirma que:

*“En lo que concierne a la situación del Poder Judicial en el Ecuador, las visitas realizadas por el Relator Especial revelan la crónica debilidad institucional del país y las notorias dificultades para superarla. Prueba al mismo tiempo que las acciones contra la justicia no solo inciden en el ámbito del Poder Judicial sino que se proyectan y expanden sobre el tejido institucional en su conjunto” (Despouy, 2005).*

Luego de un proceso inédito en la historia republicana de Ecuador, con la participación de las Naciones Unidas y la OEA, se eligieron nuevos magistrados y se restituyó el funcionamiento de los más altos tribunales del Estado.. Dicho proceso contó con la participación activa de la sociedad civil organizada, con la colaboración y observación de múltiples organizaciones tanto internacionales como nacionales, y concluyó en noviembre de 2005 con los nombramientos de jueces de la Corte Suprema de Justicia, en lo que parecía una buena y prometedora solución para la institucionalidad y la democracia.

Organizaciones no gubernamentales han seguido con preocupación la situación de las instituciones democráticas del Ecuador. Entre ellas, Human Rights Watch, la cual en 2007 emitió un comunicado de prensa titulado *Ecuador: Remoción de jueces socava independencia judicial*. En el mismo se hace mención a la crisis que dicho Estado atravesó y afirma que “las instituciones democráticas de Ecuador han estado en crisis por años”<sup>5</sup>.

En enero de 2007 Rafael Correa asumió la Presidencia de la República de Ecuador y dictó un decreto en el cual convocó a una consulta popular para instaurar una Asamblea Constituyente<sup>6</sup>, a pesar de que la Constitución no

---

<sup>5</sup> HRW, *Ecuador: Remoción de jueces socava independencia judicial*, 11 de mayo de 2007, disponible en: <http://www.hrw.org/es/news/2007/05/10/ecuador-remoci-n-de-jueces-socava-independencia-judicial>

<sup>6</sup> **EL UNIVERSO, Correa convoca a consulta popular el 18 de marzo, lunes 15 de enero de 2007, disponible en:**

contemplaba esta facultad. Ante esta situación el Congreso se opuso, pero el Presidente consideró que no necesitaba aprobación parlamentaria. El Tribunal Electoral aprobó la celebración del referéndum y como consecuencia de esto el Congreso destituyó a los magistrados de dicho Tribunal<sup>7</sup>. Seguidamente, el Tribunal Electoral ordenó la destitución de 57 miembros del Congreso con el apoyo del Presidente Correa<sup>8</sup>. La fuerza pública respaldó la decisión del Presidente Correa, y procedió a la expulsión de los congresistas del edificio sede del Poder Legislativo<sup>9</sup>. El 15 de abril de 2007 se celebró el referéndum y los ecuatorianos votaron a favor de la instauración de la Asamblea Constituyente propuesta por el Presidente Correa<sup>10</sup>. El 20 de septiembre se celebraron las

---

<http://www.eluniverso.com/2007/01/15/0001/8/B0343E3ECD6C40C6BBAB1F8905B96A32.html>

<sup>7</sup> HRW, *Ecuador: Depuran Corte Suprema de Justicia*, 17 de diciembre de 2004, disponible en: <http://www.hrw.org/es/news/2004/12/16/ecuador-depuran-corte-suprema-de-justicia>.

<sup>8</sup> EL UNIVERSO, *TSE destituyó a 57 parlamentarios*, miércoles 7 de marzo de 2007, disponible en: <http://www.eluniverso.com/2007/03/07/0001/8/3998B5F32E8A4937B622FB148BE5DAD2.html>. Ver también, EL UNIVERSO, *Gobierno apoya al TSE en destitución de 57 diputados*, jueves 8 de marzo de 2007, disponible en: <http://www.eluniverso.com/2007/03/08/0001/8/7B09605E476A4507A1F61566FD751B62.html>.

<sup>9</sup> VOICE OF AMERICA, *Ecuadorian Police Surrounding Congress to Enforce Court Ruling*, 8 de marzo de 2007, disponible en: <http://www.voanews.com/english/news/a-13-2007-03-08-voa38.html>.

<sup>10</sup> EL UNIVERSO, *78,1% apoyó el Sí en la consulta popular*, domingo 15 de abril de 2007, disponible en: <http://www.eluniverso.com/2007/04/15/0001/8/62C612297D09475AB90A3FDB033FAC4E.html>.

elecciones de los representantes ante la Asamblea Constituyente, en las que el partido del Presidente Correa obtuvo más del 60% de los escaños<sup>11</sup>.

Con la aprobación de una nueva Constitución el Poder Judicial fue nuevamente afectado. Bajo la vigencia de la Constitución anterior, de 1998, la Corte Suprema de Justicia estaba compuesta por 31 jueces. Sin embargo, con la entrada en vigor del nuevo texto constitucional, se modificó la conformación del más alto tribunal (ahora “Corte Nacional de Justicia”), el cual pasó a estar compuesto de 21 jueces.

Esta “disminución” de magistrados en la nueva Corte Nacional de Justicia fue resuelta a través del régimen de transición de la Constitución, el cual, en su artículo 21 dispuso que se “sortearían” los cargos de estos 31 magistrados de manera tal de escoger quiénes iban a quedar temporalmente y quiénes cesarían de inmediato en sus cargos<sup>12</sup>. Ante esta inédita situación, la casi totalidad de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia se negó a someterse a dicho sorteo, por considerarlo incompatible con la honra e independencia judicial, por lo que

---

<sup>11</sup> EL UNIVERSO, *TSE tiene escrutado el 96% de los votos para assembleístas nacionales*, miércoles 10 de octubre de 2007, disponible en: <http://www.eluniverso.com/2007/10/10/0001/8/9D46D24F504A4262B3E2F0C9D02D76B9.html>.

<sup>12</sup> Normativa Constitucional del Régimen de Transición, Artículo 21: (Corte Nacional de Justicia): “*A los diez (10) días de proclamados los resultados del Referéndum Aprobatorio terminan los periodos de las treinta y uno (31) magistradas y magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El Consejo Nacional Electoral organizará un sorteo público entre las treinta y uno (31) magistradas y magistrados de la Corte Suprema de Justicia, para escoger las veinte y uno (21) juezas y jueces a quienes se les encarga las funciones y responsabilidades de la Corte Nacional de Justicia, hasta que se designe a los titulares, con aplicación de los procedimientos establecidos en la Constitución*”.

renunciaron a sus cargos y Ecuador quedó nuevamente sin su máximo tribunal<sup>13</sup>. Pese a las críticas y resistencias, dicho sorteo fue llevado a cabo entre un pequeño número de magistrados y sus suplentes. Así se seleccionaron 21 jueces que temporalmente se encargarían de estas altas funciones judiciales<sup>14</sup>. Sin embargo, 20 de los 21 jueces así sorteados se rehusaron a asumir sus cargos, de modo que la irregularidad y debilidad del Poder Judicial persistieron<sup>15</sup>.

A finales de noviembre de ese 2008, la Corte Constitucional<sup>16</sup>, designada por el nuevo Congreso, el cual fue a su vez elegido luego de la destitución de los 57 diputados antes narrada, validó el sorteo realizado. Declarando que los magistrados sorteados debían de inmediato reintegrarse a conformar la Corte

---

<sup>13</sup> EL UNIVERSO, *Los magistrados dejaron sus cargos*, sábado 25 de octubre de 2008, disponible en: <http://www.eluniverso.com/2008/10/25/0001/8/315AF0D379D7467AA18D0F8459F2D895.html>.

<sup>14</sup> EL UNIVERSO, *Jueces de la Corte Nacional de Justicia fueron elegidos al azar*, 29 de octubre de 2008, disponible en: <http://www.eluniverso.com/2008/10/29/0001/8/BFDD15CD1B464712872CC42E9E4074DE.html>.

<sup>15</sup> EL UNIVERSO, *Jueces no sorteados para completar la CNJ*, domingo 2 de noviembre de 2008, disponible en: <http://www.eluniverso.com/2008/11/02/0001/8/B2AE4C0887C243539B47CF352EC01A70.html>. Ver también, EL UNIVERSO, *La Corte resolverá los vacíos de la Constitución*, martes 11 de noviembre de 2008, disponible en: <http://www.eluniverso.com/2008/11/11/0001/8/4BE678A3623E4FBEBB3673B93CE0B135.html>.

<sup>16</sup> Los 57 Diputados nuevos llenaron el vacío del Tribunal Constitucional, designando a uno nuevo de varias ternas que provinieron del Oficialismo y otros sectores, según ordenaba la Constitución del 98, ver: EXPLORED, *El Tribunal Constitucional fue elegido en plancha*, 1 de junio de 2007, disponible en: <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/el-tribunal-constitucional-fue-elegido-en-plancha-268507-268507.html> y HOY.COM.EC, *El caso Patiño aceleró la elección del Tribunal Constitucional*, 4 de junio de 2007, disponible en: <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/el-caso-patino-acelero-la-eleccion-del-tribunal-constitucional-268752-268752.html>.

Nacional de Justicia, y que de no aceptar esos 21 magistrados, se acudiría a los conjuces y si ellos no aceptaran, los Presidentes de las Cortes Provinciales de Justicia<sup>17</sup>.

La mayoría de los magistrados se negó a incorporarse a los cargos sorteados<sup>18</sup>, por lo cual dichas vacantes fueron ocupadas por conjuces o jueces suplentes<sup>19</sup>.

En el 2008, Ecuador fue sometido al Examen Periódico Universal de las Naciones Unidas, ante el Consejo de Derechos Humanos de dicho organismo. Entre las conclusiones y recomendaciones finales realizadas por los Estados miembros se incluyó “continuar con la reforma del poder judicial” (Consejo de Derechos Humanos, 2008).

El 7 de mayo de 2011 se celebró en Ecuador un nuevo Referéndum y una Consulta Popular, convocado por el Presidente de la República, Rafael Correa, esta vez para enmendar la Constitución e incluir ciertas propuestas planteadas por él. Se sometieron así a votación popular diez Propuestas, las cuales buscaban la aprobación de reformas sobre asuntos relativos al sistema judicial, la

---

<sup>17</sup> EL UNIVERSO, *CC resolvió vacío de la Función Judicial*, viernes 22 de noviembre de 2008, disponible en: <http://www.eluniverso.com/2008/11/28/0001/8/D377DDA541A34EC3916A133C14F625FE.html>.

<sup>18</sup> EL UNIVERSO, *Mayoría de ex magistrados ratifican excusa a integrar nueva Corte*, 2 de diciembre de 2008, disponible en <http://www.eluniverso.com/2008/12/02/0001/8/0C41D82D1C2444D9AB787967F81B1E0E.html>.

<sup>19</sup> EL UNIVERSO, *Nueva Corte se integrará con 16 conjuces*, martes 9 de diciembre de 2008, disponible en: <http://www.eluniverso.com/2008/12/09/1/1355/D40A4F8CFC464FC2A446BDE3F27D2D55.html>.

seguridad, el medio ambiente, la banca y los medios de comunicación. En dicho referéndum salieron vencedoras, por escaso margen, las propuestas del Presidente Correa.

Algunas de las consecuencias de la aprobación de este referéndum son: (i) se sustituyó al pleno del Consejo de la Judicatura por un Consejo de la Judicatura de Transición, el cual estará en funciones por 18 meses y estará compuesto por tres miembros<sup>20</sup>, uno de los cuales es designado directamente por el Presidente de la República; (ii) se modificó la composición definitiva del Consejo de la

---

<sup>20</sup> El Consejo de la Judicatura de Transición, según el artículo 20 del Régimen de Transición aprobado por el referéndum constitucional y consulta popular de Ecuador de 2011, está integrado por “tres delegados designados y sus respectivos alternos: uno por el Presidente de la República, otro por el Poder Legislativo y otro por la Función de Transparencia y Control Social; todos los delegados y sus alternos estarán sometidos a juicio político.” Fueron designados Paulo Rodríguez Molina, Tania Arias Manzano y Fernando Yávar Umpierrez, como miembros del Consejo de la Judicatura de Transición (ver: página web del Consejo de la Judicatura en: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/autoridades>). Es importante resaltar que esos tres miembros son en definitiva “controlados” por el Presidente de la República: Paulo Rodríguez Molina, designado por el Ejecutivo; Tania Arias Manzano; designada por la Asamblea Nacional, cuya mayoría está compuesta por el partido Alianza País, partido de Gobierno, y Fernando Yávar Umpierrez, designado por la Función de Transparencia, cuyos miembros eran funcionarios del Gobierno, y aliados partido Alianza País. Cfr: HOY.COM.EC, *Tania Arias es la tercera integrante del Triunvirato*, 22 de julio de 2011, disponible en: <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/tania-arias-es-la-tercera-integrante-del-triunvirato-489335.html>; ECUADOR INMEDIATO.COM, *Oposición rechaza designación de Tania Arias como delegada al Consejo de la Judicatura Transitorio*, 14 de julio de 2011, disponible en: [http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news\\_user\\_view&id=153831&umt=oposicion\\_rechaza\\_designacion\\_tania\\_arias\\_como\\_delegada\\_al\\_consejo\\_judicatura\\_transitorio](http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=153831&umt=oposicion_rechaza_designacion_tania_arias_como_delegada_al_consejo_judicatura_transitorio); LA HORA, *Participación ciudadana al servicio de Alianza PAIS*, 6 de febrero de 2012, y EXPLORED, *Cercanos a Patiño comandan el Quinto Poder*, 26 de marzo de 2010, disponible en: <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/cercanos-a-patino-comandan-el-quinto-poder-399384.html>.

Judicatura permanente, aumentándose a 5 su número de miembros; (iii) se creó un Consejo de Regulación, para regular las difusiones en televisión y radio, así como las publicaciones en prensa , con la atribución expresa de establecer responsabilidades ulteriores; y (iv) se prohibió la participación accionaria simultánea en empresas financieras y de comunicación.

Todo lo anteriormente relatado pone en evidencia una inveterada debilidad institucional del Ecuador, al menos en el área judicial, así como la ausencia de independencia del Poder Judicial a lo largo de la historia del país. Con una justicia al servicio de las fuerzas políticas, las decisiones y la imparcialidad de los tribunales estarán en permanente entredicho.

El 28 de enero de 2011, nuevos magistrados de la Corte de Justicia asumieron sus cargos<sup>21</sup>, luego de un proceso de selección de 5 meses, compuesto por evaluación de méritos, una prueba teórica y una práctica, y una audiencia o entrevista con los tres miembros del Consejo de la Judicatura de Transición<sup>22</sup>.

Dentro de los 21 jueces seleccionados se encuentra el actual presidente de la Corte Nacional, Carlos Ramírez, quien además es el mejor puntuado (90,09); también están la madre del Ministro del Interior, José Serrano, Rocío Salgado; también, Wilson Andino, hermano del asambleísta de PAÍS, Mauro Andino.

---

<sup>21</sup> EL MUNDO, *Nueva Corte asumió en Ecuador*, 28 de enero de 2012, [http://www.elmundo.com/portal/noticias/internacional/nueva\\_corte\\_asumio\\_en\\_ecuador.php](http://www.elmundo.com/portal/noticias/internacional/nueva_corte_asumio_en_ecuador.php).

<sup>22</sup> EL PAÍS, *Ecuador: nueva Corte, ¿nueva justicia?*, 3 de febrero de 2012: [http://internacional.elpais.com/internacional/2012/02/03/actualidad/1328264030\\_484480.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2012/02/03/actualidad/1328264030_484480.html).

Pero además, hay abogados que se han desempeñado como funcionarios públicos en este gobierno, magistrados, fiscales y asesores de legisladores de PAÍS: Entre ellos Paúl Iñiguez y Ximena Vintimilla, que fueron asesores de los asambleístas Bethowen Chica, Linda Machuca y Rossana Alvarado. Por lo que, catorce de los veintiún Ministros Jueces Nacionales seleccionados están vinculados con el actual Gobierno Nacional (es decir el 66%).

Estas injerencias fueron recogidas por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, quien todos los años presenta un reporte sobre la situación de los derechos humanos en el mundo, con puntualizaciones concretas para cada país. En el reporte del 2012, respecto de Ecuador y la falta de independencia judicial, el reporte incluía la siguiente observación:

*“Si bien la Constitución reconoce un poder judicial independiente, en la práctica el poder judicial era susceptible a la presión externa y la corrupción. Los medios de comunicación informaron sobre la susceptibilidad de los jueces a los sobornos para emitir decisiones favorables y una resolución más rápida de los casos legales. Los jueces en ocasiones emitieron sus decisiones bajo la influencia de los medios de comunicación o por presiones políticas y económicas. Las demoras ocurrieron a menudo en casos contra el gobierno, mientras que los casos presentados por el gobierno se trasladaron rápidamente a través de los tribunales (...)A pesar de los esfuerzos para modernizar el régimen judicial, el poder judicial siguió funcionando con lentitud e incompatibilidad. Hubo prolongadas demoras antes de que la mayoría de*

*los casos llegaran a juicio. Supuestamente los jueces emitían fallos rápidamente o lentamente debido a la presión política o, en algunos casos, al pago de sobornos.” (Departamento de Estado , 2012)*

El Gobierno Ecuatoriano, en publicaciones oficiales ha reconocido que el sistema de justicia en Ecuador ha padecido de algunos males como la falta de independencia, denuncias de corrupción, servicios no adecuados a la población, escasez de recursos para atender a la demanda, entre otros (Consejo de la Judicatura, 2013). Este reconocimiento concuerda perfectamente con las recomendaciones extendidas por el Reporte del Departamento de Estado de EEUU, quien en la edición del 2012, también agregó:

*El Gobierno reconoció una amplia corrupción en el Poder Judicial y comenzó el proceso de reforma del mismo que continuó durante el año. El proceso de reformas mostró algunas mejoras en la capacidad para ofrecer servicios al público a través de mejoras en la infraestructura y tecnología, la remoción de jueces corruptos e ineficaces y la reducción de casos pendientes. Sin embargo, observadores independientes indicaron que los jueces en las cortes superiores parecían estar más alineados con la administración actual y algunos cuestionaron la independencia de esas cortes. Académicos y analistas de grupos de reflexión mencionaron que no se daba trámite a las causas jurídicas a menos que se sobornara a policías y funcionarios judiciales. (Departamento de Estado , 2012)*

En definitiva, es innegable que al momento actual existe una desconfianza generalizada en la justicia, por la forma en la que funciona en Ecuador. Son reales e indiscutibles los aspectos que mantienen vigente tal desconfianza: un aparato judicial saturado de procesos, con jueces en su mayoría poco preparados, con normales procesales obsoletas, oneroso, sumamente lento, politizado y poco independiente. Todo aquello conduce a que las personas no tengan acceso a la justicia o simplemente decidan no acudir a ella (Salcedo Verguda, 2007).

## **5.2. Corrupción y otras deficiencias del Sistema de Administración Público de Justicia**

Además de la injerencia – casi natural- de los políticos en la administración de justicia otro factor que desmedra su independencia y calidad es la corrupción de sus funcionarios, que es consecuencia directa de su poder discrecional en la vida de los que concurren a la administración de justicia (Benson, 2000). Si el sistema judicial está operando encima de su capacidad, los funcionarios judiciales adquieren una especie de poder fáctico al decidir a quién asignan el “recurso escaso” entre los distintos usuarios bajo su influencia. Este poder invita a la corrupción y por tanto, eleva los “costos ocultos” de quienes acceden al sistema formal de administración de justicia. Puesto que si bien la administración de justicia en Ecuador es gratuita, aquella gratuidad genera un exceso de demanda y con ello, una saturación de la Función Judicial que, a su vez, conlleva a otorgar a sus funcionarios “poderes fácticos” sobre los usuarios que elevan sus costos al momento de litigar. Evidentemente la corrupción no solo requiere de oportunidades o circunstancias que la propicien, sino también de la voluntad de las personas (tanto usuarios como funcionarios) de aprovecharlas.

Por el contrario, en el sector privado la demanda por solución de controversias genera automáticamente su propia oferta de árbitros y arbitraje, mientras que en el sector público, aquello se traduce – como ya dijimos- en colas, demoras y reducción en la calidad de los juicios y sobretodo de las resoluciones que les ponen fin.

Por el contrario, mientras que la oferta de arbitrajes es regulada por el mercado, la oferta judicial es regulada por el sistema central de presupuesto central del gobierno de turno. La diferencia esencial es que la administración pública de justicia tiene una visión estadista, mientras que el arbitraje (y los demás sistemas informales) parten de una visión privatista (Bullard G. & Soto C., 2011).

En el 2012, la ONG Transparencia Internacional ubicó a Ecuador dentro de los 10 países más corruptos del continente y en el puesto 118 del mundo (sobre un total de 174 países analizados). Transparencia Internacional evalúa a los distintos países en función de cómo se percibe la corrupción en el sector público. Es un índice compuesto, una combinación de encuestas y evaluaciones de la corrupción. El índice elaborado por Transparencia Internacional es el indicador más utilizado de la corrupción en todo el mundo (Transparencia Internacional, 2013). Según el índice en mención, Ecuador obtiene una puntuación de 32 /100. Siendo los países con menor puntuación los considerados más corruptos.

La corrupción traslada fondos del sector público y los pone en manos de particulares, lo que a menudo resulta en un gasto ineficiente de recursos y en una

calidad inferior de los servicios públicos. Existe consenso entre los académicos sobre los efectos perniciosos de la corrupción en la economía de los países, así como acerca de los retos que la corrupción genera para la gobernabilidad democrática, especialmente para la administración equitativa de justicia (Donoso, Montalvo, & Seligson, 2013). Lo anterior se agrava si vemos las conclusiones a las que llegó el citado reporte del Departamento de Estado al respecto:

*En octubre, una encuesta publicada por la empresa local Quantum reveló que el 81 por ciento de los encuestados creía que la corrupción en el país era “seria” o “muy seria” y el 26 por ciento afirmó que había pagado algún tipo de soborno o “propina” a un funcionario público en los últimos 12 meses. Un estudio realizado por el Proyecto de Opinión Pública de América Latina (Latin American Public Opinion Project) demostró que el 41 por ciento de los ciudadanos encuestados indicó que pagó un soborno en el último año. (Departamento de Estado , 2012)*

Inclusive si las cifras sobre la corrupción en la administración formal de justicia no fueran tan reveladoras, existen otras deficiencias que son inherentes a la calidad de “estatal” o “pública” de la administración formal de justicia. Hablamos principalmente de calidad y eficiencia en la prestación del servicio. Doing Business (“DB”) es una organización sin fines de lucro que analiza anualmente las economías de 185 países, con el propósito de investigar las regulaciones que favorecen la actividad empresarial y aquéllas que la constriñen. Para efectos de este documento nos interesa particularmente el análisis que DB

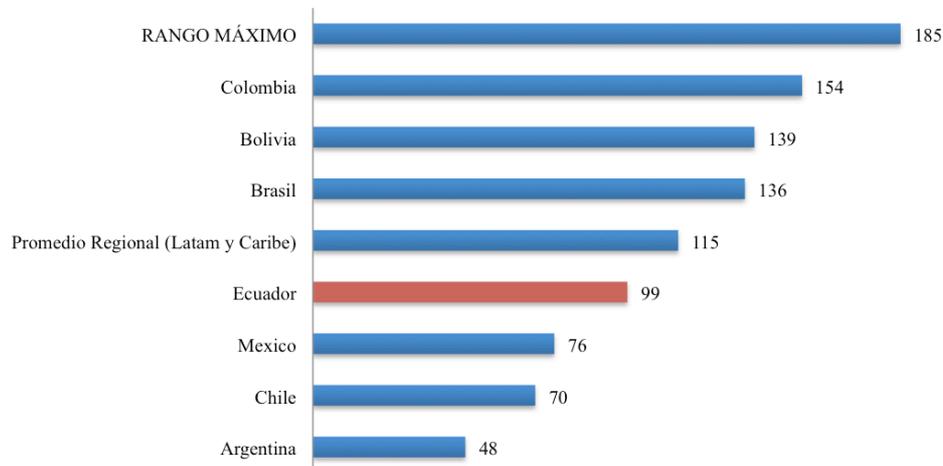
hace en el 2013 de la eficacia del sistema judicial ecuatoriano, y su impacto en los empresas locales, así como la comparación de la puntuación de Ecuador con el resto de América Latina y el mundo.

DB parte de la premisa que un sistema judicial eficiente ayuda a los empresarios a expandirse y crecer en el mercado. Sin un Estado de Derecho robusto, los empresarios buscarán sus socios en su familia y amigos, con quienes ya tienen una relación. Buscando un sistema informal de límites, como aquellos analizados por Posner en los que predomina la confianza y reputación, cuando están ausentes o débiles las instituciones. Esto se traduce en que en Ecuador, el 77% de las empresas se califican como “familiares”, porcentaje que se eleva al 95% si consideramos solo las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES). Se estima que el número de empleos generados por empresas familiares en Ecuador de 1,6 millones lo que representa cerca del 93% del empleo formal en el país. De forma similar, la riqueza generada por estas empresas representa el 51% del Producto Interno Bruto del Ecuador (Vázquez Vega, 2009).

Por el contrario, cuando el Estado de Derecho es robusto, y los contratos pueden ser aplicados y ejecutados con rapidez y transparencia, los empresarios buscarán sus socios en el mercado y el sistema de límites que usarán será uno basado en la formalidad.

¿Qué tan rápido se resuelve una disputa comercial en Ecuador? De acuerdo a la información recolectada por DB, ejecutar un contrato toma 588 días, cuesta el

27,2%<sup>23</sup> del monto demandado e incluye 39 procesos distintos. Globalmente Ecuador ocupa el puesto número 99 entre las 185 economías analizadas.

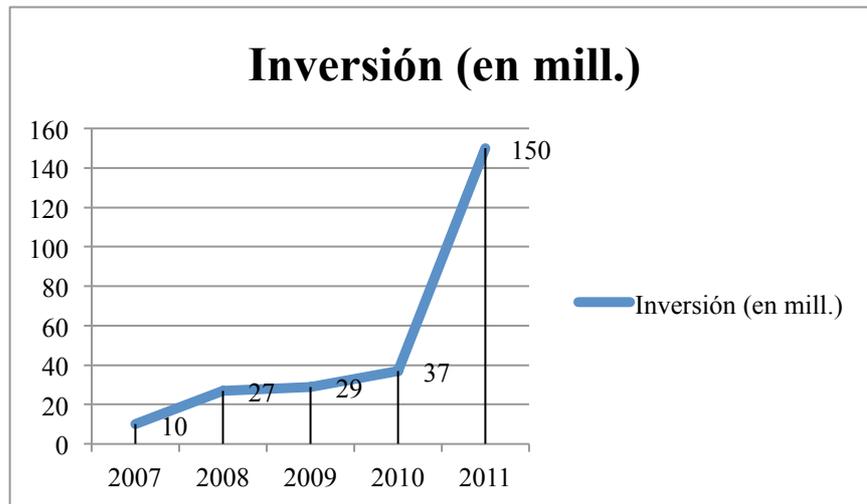


*Fuente: Doing Business Report 2013, gráfico 10.1*

Desde el 2004, DB analiza la eficacia de nuestro sistema judicial. Sin embargo, desde entonces las cifras de ejecución mercantil en el país no han cambiado y se han mantenido inamovibles en un promedio de duración de 588 días y un costo del 27,2% del monto demandado (Doing Business, 2013). Lo anterior pese a que en el año 2012, el Gobierno del Presidente Rafael Correa declaró que la inversión “en justicia” aumentó “quince veces entre el 2007 y 2011”, sumando en total 253 millones de dólares invertidos en la Función Judicial.

---

<sup>23</sup> Para el cálculo de este porcentaje DB consideró (1) que no se entregaban sobornos o existían gastos ocultos; (2) que los honorarios legales eran promedio; y, (3) que los costos de ejecución eran promedio (Doing Business, 2013).



Por su parte, la participación de la Función Judicial respecto del Presupuesto General del Estado se ha mantenido por debajo del 2%, según datos publicados por el Ministerio de Finanzas desde el 2009. Dicha cifra incluye la inversión detallada arriba, así como los egresos corrientes en salarios y similares.

Año	P. Función Judicial	P. General	%
<b>2013</b>	505,07	32.366,06	1,56%
<b>2012</b>	505,00	30.024,39	1,68%
<b>2011</b>	384,00	26.550,99	1,45%
<b>2010</b>	299,00	23.532,01	1,27%
<b>2009</b>	180,00	20.488,68	0,88%

*Fuente: Ministerio de Finanzas, Ecuador*

*Nota: Cifras en millones de dólares*

Así, pese a que el sector público de administración de justicia ha recibido USD 1.873 millones de dólares en el último quinquenio, sus procesos no se han reducido, pues aún se mantiene en 588 días el promedio de resolución de disputas comerciales, ni tampoco se han reparado otros males de dicha función (como son la politización y corrupción), según reportes emitidos por el sector privado, e inclusive, por el público. De lo anterior, se dejó constancia con

anterioridad. Así, pese al enorme gasto que dicha función ha recibido (gasto al que muchos llaman “inversión”), la calidad del servicio recibido sigue obteniendo malas calificaciones de sus usuarios.

No sucede lo mismo en el mercado de servicios privados – hemos incluido dentro de este marco a la administración de justicia pues es, al final de cuentas, un servicio- el máximo garante de la calidad del producto, el máximo incentivo para operar con eficacia y la principal fuerza que mantiene los precios razonablemente cercanos a los costes de producción. Es la competencia unida al ánimo de lucro. Por el contrario, la administración estatal de servicios, tiende a ignorar las necesidades y deseos de la clientela y a anteponer a ellos su propia conveniencia política (Fitch, 1974).

En definitiva, los incentivos a los que se enfrentan los funcionarios públicos llevan generalmente a los jefes de cada organismo a esforzarse por incrementar sus presupuestos y poder, con una preocupación relativamente pequeña por la eficacia. Si bien los deseos de las empresas privadas también están orientados a aumentar su poder económico, esta ambición está limitada por dos factores (Benson, 2000):

1. Están obligados a producir algo que los consumidores quieran pagar, al precio que éstos estén dispuestos a pagar; y,
2. Tienen que competir por la atención de sus consumidores con competidores que ofrecen servicios similares. Mientras que las empresas deben persuadir a sus futuros clientes para que requieran sus servicios, el

Estado puede – bajo mandato expreso de la ley- coaccionar a sus ciudadanos a que paguen por un servicio que ni siquiera quisieran usar.

A diferencia del sistema público de administración de justicia, las partes que concurren a un árbitro eligen a un juez que será experto en la materia. En dicha especialización radica una de las mayores eficiencias del sistema privado de administración de justicia: el conocimiento especializado. Esta especialización genera beneficios palpables. Las disputas se resuelven con mayor rapidez ya que los jueces privados (árbitros) son expertos en la materia del caso por lo que no necesitan formarse en los pormenores técnicos, con el considerable ahorro de tiempo que ello implica (Pruitt, 1982).

### **5.3. Planificación por Escenarios**

Esta metodología fue diseñada por Pierre Wack para la *Royal Dutch Company* (luego llamada *Shell Oil*) y buscaba generar proyectos y decisiones más robustas, tomando en consideración una variedad de futuros alternativos. La Planificación por Escenarios se origina en el supuesto que conocer el futuro no se puede lograr con certeza alguna. Partiendo de éste punto de vista, los planeadores de escenarios se concentran en imaginar las múltiples alternativas futuras que se puedan dar. La Planeación por Escenarios se concibe como una metodología estructurada para pensar acerca del entorno en el que las empresas operarán en el futuro y la forma, que en consecuencia, esas organizaciones tendrán que tomar (Castaño Duque).

Por ello, en virtud de la inversión que el Gobierno Ecuatoriano está realizando en la Función Judicial, y el impacto que dicha inversión tendría en los sistemas privados de resolución de conflictos (en caso de ser exitoso), nos hemos permitido incorporar en esta Tesis un ejercicio de planificación por escenarios. Como primera variable hemos incluido la posibilidad de una mejora en la administración de justicia, y como la variable transversal de la matriz, la posibilidad de una crisis económica en el país (sin detenernos a explorar las posibles causas de la crisis, pues no vienen al caso en esta tesis).

De forma que nuestra matriz luciría así:

		<b><u>ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA</u></b>	
		<i>Mantenimiento Status Quo</i>	<i>Mejora Significativa</i>
<b><u>ECONOMÍA</u></b>	<i>Crisis</i>		
	<i>Estabilidad Crecimiento</i>		

### **5.3.1. Economía : Crisis / Administración de Justicia: Mantenimiento**

Esta es la primera posibilidad que analizaremos. En el evento de que las falencias actuales del sistema público de administración de justicia se mantengan y simultáneamente el país enfrente una crisis económica, las repercusiones generales en el sistema de administración de justicia serían:

- Posible desdolarización por necesidad, aumento significativo de controversias por ejecución de contratos previamente pactados en dólares.
- Crisis bancaria, cobros forzosos de deudas en la vía judicial.
- Incremento significativo de causas, cuellos de botella en la Función Judicial.
- Aumento de poder discrecional de funcionarios judiciales por estar trabajando por encima de la capacidad. Exigencia de incentivos ilegales para promoción de un juicio sobre otro. Abuso y arbitrariedades.
- Crisis política – ¿Nuevo Gobierno?
- Pérdida importante de competitividad de empresas.
- Desconfianza creciente en las instituciones, especialmente en la Función Judicial.
- Aumento de percepción de corrupción y de falta de independencia de la Función Judicial (injerencias políticas).

Una crisis económica significaría un aumento considerativo de causas, por cobros forzosos a deudores de la banca que acabarían en la Función Judicial. Si la crisis viene acompañada por una desdolarización, los conflictos entre particulares aumentarían, pues existirían controversias relacionadas con los métodos y monedas de pago en los contratos. El exceso de demanda, en un sistema que actualmente ya opera por encima de su capacidad, significaría un mayor poder discrecional entre los funcionarios judiciales, pues ante el exceso de causas, podrían ilegalmente preferir la tramitación de unas sobre otras a costa de incentivos (i.e. corrupción) con cargo a los usuarios.

Todo lo anterior, así como las demás consecuencias enlistadas arriba, aumentaría la percepción de corrupción en la administración pública de justicia y la desconfianza de los usuarios en el sistema.

### **5.3.2. *Economía: Estabilidad / Administración de Justicia: Mantenimiento***

Este cuadrante refleja nuestra actualidad. La ausencia de una crisis económica y un sistema judicial público deficiente son factores presentes en la realidad ecuatoriana, que ya han sido analizados en la parte inicial de este capítulo. Sin embargo, para efectos del análisis las resumimos a continuación:

- Sistema judicial frecuentemente afectado por denuncias de corrupción, ineficiencia e injerencia política.
- Fuerte inversión estatal en administración de justicia no rinde frutos visibles en la calidad del servicio.
- Poco acceso a sistemas alternativos de resolución de conflictos.
- El empresario no es un actor de desarrollo, pero el país crece sustentablemente soportado por gasto e inversión pública.
- Poca comunicación entre el sector empresarial y las autoridades.
- Aumenta el número de empresas estatales y concentran un porcentaje cada vez más importante del PIB.

### **5.3.3. *Economía: Crisis / Administración de Justicia: Mejora Significativa***

Por el contrario, si las inversiones estatales en la Función Judicial resultan en una mejora significativa en el servicio y simultáneamente Ecuador se ve sacudido por una fuerte crisis económica, consideramos el siguiente escenario:

- Posible desdolarización por necesidad, aumento significativo de controversias por ejecución de contratos previamente pactados en dólares.
- Crisis bancaria, cobros forzosos de deudas en la vía judicial.
- Tratamiento ágil de los procesos en la Función Judicial. Sistema puede manejar exceso de demanda.
- Estancamiento de la economía por sector privado principalmente.
- Debilitamiento del sector privado: el estado se financia agresivamente a costa de la rentabilidad de la empresa privada.
- Tensa relación Estado – empresa pero existen líneas de comunicación.
- Reducción en la percepción de corrupción en la administración de justicia.
- Sistemas alternativos de resolución de conflictos pierden terreno frente a una eficiente administración pública de justicia.

En este escenario, el sistema podría manejar el exceso de demanda que generaría una crisis económica acompañada de una desdolarización. Los usuarios sentirían relativa confianza en el sistema judicial como método para resolver sus conflictos, con la consecuente pérdida de terreno de los sistemas privados como medio alternativo de resolución de conflictos.

#### ***5.3.4. Economía: Estabilidad / Administración de Justicia: Mejora Significativa***

Finalmente, en el evento de que la administración de justicia presente una mejora significativa y que la economía se mantenga estable en el Ecuador, anticipamos el siguiente escenario:

- El sector privado es importante, pero no prioritario.
- Tratamiento ágil de los procesos en la Función Judicial.
- Peso de las empresas estatales como % del PIB aumenta.
- Reducción en la percepción de corrupción en la administración de justicia.
- Sistemas alternativos de resolución de conflictos pierden terreno frente a una eficiente administración pública de justicia.

Al igual que en el escenario anterior, la percepción ciudadana respecto de la corrupción judicial bajaría considerablemente. A la inversa, la confianza en el sistema judicial sería generalizada. Por tanto, los sistemas alternativos de resolución de controversias, cuya principal diferenciación – a la fecha- es la efectividad y transparencia de su operación, perderían participación en comparación con la justicia gratuita y efectiva que ofrecería el Estado.

Al final de esta Tesis presentaremos las implicaciones que tendría cada uno de estos cuatro escenarios con relación a la alternativa propuesta en el Capítulo 8.

## **6. EL ARBITRAJE COMO RESPUESTA A LA PROBLEMÁTICA**

### **6.1. La necesidad del Arbitraje para las Empresas**

En la actualidad, no existe duda de la grave crisis que padece nuestro sistema público de administración de justicia. El arbitraje se convierte entonces, frente a esta crisis, como una alternativa necesaria para la resolución de conflictos, al ser un mecanismo privado mediante el cual se resuelven las controversias por personas particulares que no tienen la calidad de jueces comunes, no obstante lo cual, tiene atribuciones suficientes como para componer una controversia entre dos partes (Salcedo Verguda, 2007).

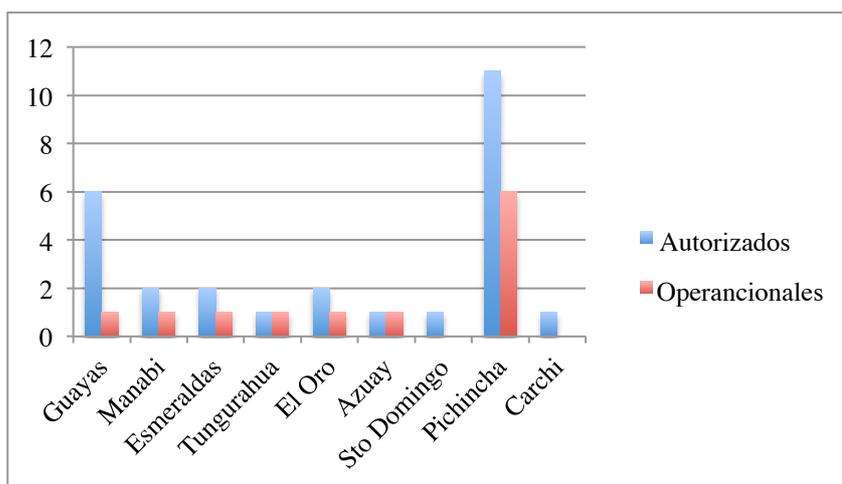
No es inusual que los negocios traigan controversias. Con el crecimiento dinámico de los negocios y la inversión extranjera, las cortes ordinarias no podrán soportar la nueva demanda (Bullard G. & Soto C., 2011). Utilizar sustitutos para este servicio ya copado e ineficiente significa emplear un sistema que va generando su propia oferta en respuesta a la demanda de solución de conflictos, sin la necesidad de utilizar fondos públicos y que intervenga el Estado. En suma, el arbitraje está considerado como una solución privada, informal, económica y rápida que evita a las partes acceder al sistema público de administración de justicia. En forma similar, Salcedo anota:

*“Siendo la administración de justicia la más cuestionada y delicada de las funciones del Estado, en tanto y en cuanto es el soporte de la confianza de la sociedad en un determinado sistema de Derecho, esta circunstancia cobra más trascendencia en el caso del arbitraje, porque*

*la decisión de conferir a los árbitros el encargo de resolver un caso determinado supone siempre una manifestación de confianza de las partes, que se lleva a cabo de forma particular y concreta. Este aspecto se aprecia mucho más cuando se conoce por experiencia que dentro de las razones que inducen a las personas a buscar en el arbitraje la solución a sus conflictos, quizás la más importante de ellas es el reconocimiento de la capacidad, pericia y especialidad del árbitro para decidir el conflicto que se les pide resolver, además de las consideraciones relativas a su absoluta imparcialidad y probidad. Por ello se ha llegado a decir que el mejor de los tribunales es el que las partes interesadas directamente conforman, lo que a su vez representa, para los árbitros designados, la responsabilidad de una honrosa y delicada función que deben cumplir a cabalidad” (Salcedo Verguda, 2007).*

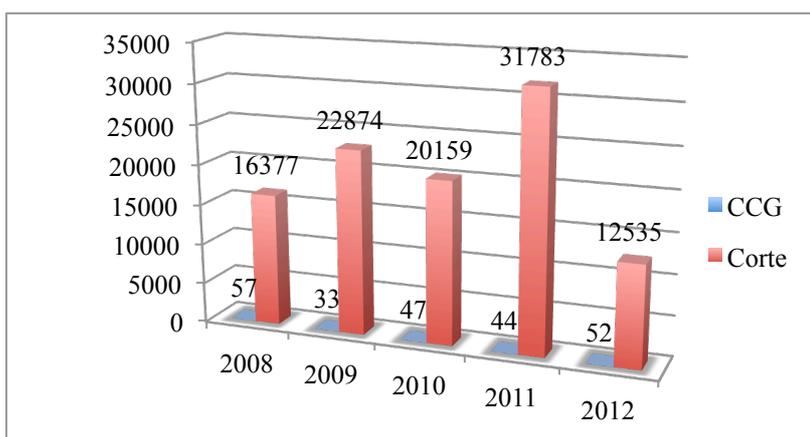
## **6.2. Posición de la Administración Privada de Justicia**

En la actualidad, las únicas empresas privadas que compiten en el “mercado de administración de justicia” en Ecuador son los Centros de Arbitraje y Mediación, quienes por ley deben ser instituciones “sin fines de lucro” y pertenecer a una asociación gremial (en caso de ser privadas) o estar adscritos a una institución pública. En el Ecuador están inscritos 27 centros de Arbitraje y Mediación, aunque operan solo 10, es decir el 37%. La división geográfica de los centros, es así:



Fuente: Federación de Cámaras del Ecuador, 2011

Desde el 2008, han ingresado 103.728 causas a las cortes civiles y mercantiles de la ciudad de Guayaquil<sup>24</sup>. En ese mismo periodo han ingresado al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Guayaquil 233 causas<sup>25</sup>. Tomando en cuenta esta información, la participación del único centro operacional en la ciudad de Guayaquil, en la industria de administración de justicia rondaría, en promedio, cerca del 0,25% de las causas totales, conforme se observa en el siguiente gráfico<sup>26</sup>.



<sup>24</sup> Según información entregada por el Consejo de la Judicatura, Distrito Guayas.

<sup>25</sup> Según información entregada por dicho Centro.

<sup>26</sup> Fuente: Consejo de la Judicatura del Guayas y Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Guayaquil

Sin embargo, el porcentaje de participación no es del todo real, pues muchas causas que ingresan al sistema público de justicia no podrían, por ley, ingresar al sistema privado o arbitral. De igual manera, dentro de las estadísticas que maneja la Función Judicial, se incluyen también los procesos de ejecución de laudos, de notificación, y otros que no son propiamente “juicios”.

### **6.3. Beneficios y Desventajas del Arbitraje**

#### **6.3.1. *Beneficios***

De una muestra de procesos tramitados en cuatro centros de arbitraje a nivel nacional, encontramos que quienes acceden a este servicio, en un **98%** de las ocasiones, son empresas, o personas jurídicas<sup>27</sup>. Consideramos que existen muchas razones por las que el sistema privado de administración de justicia es atractivo para los empresarios, especialmente el arbitraje. Exponemos a continuación las más destacadas (*según Salcedo Verduga, 2007*):

1. El procedimiento es rápido. Ante la excesiva lentitud del procedimiento judicial público, los empresarios acuden a los privados para la resolución de sus conflictos. Cada árbitro (o Tribunal de tres árbitros) se constituye para resolver un solo proceso, lo que le permite una mayor dedicación al

---

<sup>27</sup> La muestra se realizó con el 10% de las causas ingresadas en el último año en los siguientes centros de arbitraje y mediación: (i) Cámara de Comercio de Guayaquil; (ii) Cámara de Comercio de Quito; (iii) AmCham Quito; y, (iv) Cámara de Industrias y Producción.

expediente que un juez ordinario que recibe, en promedio, cerca de mil procesos en su despacho anualmente<sup>28</sup>.

2. El procedimiento es sencillo y flexible. Las partes pueden modificar, de común acuerdo, las reglas sobre las que se va a regir el proceso. Las formalidades y etapas del sistema en el que se rige la justicia pública no son necesarias. Inclusive, las partes pueden acordar que se aplique (para la sustanciación del proceso) las reglas de otro Centro de Arbitraje, gremio o, inclusive, de otro país.
  
3. El proceso es menos costoso. En un proceso judicial común, los gastos judiciales son elevados. Especialmente si dentro de ese rubro incluimos los costos “ocultos” que surgen de la corrupción del sistema. No olvidemos que las propias autoridades a cargo de la supervisión de la Función Judicial han reconocido la existencia de este lamentable fenómeno, según ya vimos en detalle en la primera sección de este documento. A lo anterior debemos agregar el costo de “tiempo” o pérdida de oportunidad que un proceso largo y tedioso, frente a la justicia ordinaria, genera. Por el contrario, el arbitraje permite un ahorro considerable de tiempo y por ende, de recursos. Además, el proceso permite una correcta planificación financiera pues las partes involucradas tienen muy claro, desde el inicio del proceso, los costos arbitrales pues estos son liquidados por cada centro, al inicio del proceso. Finalmente, el problema que desata la corrupción, y sus consecuentes “gastos ocultos”,

---

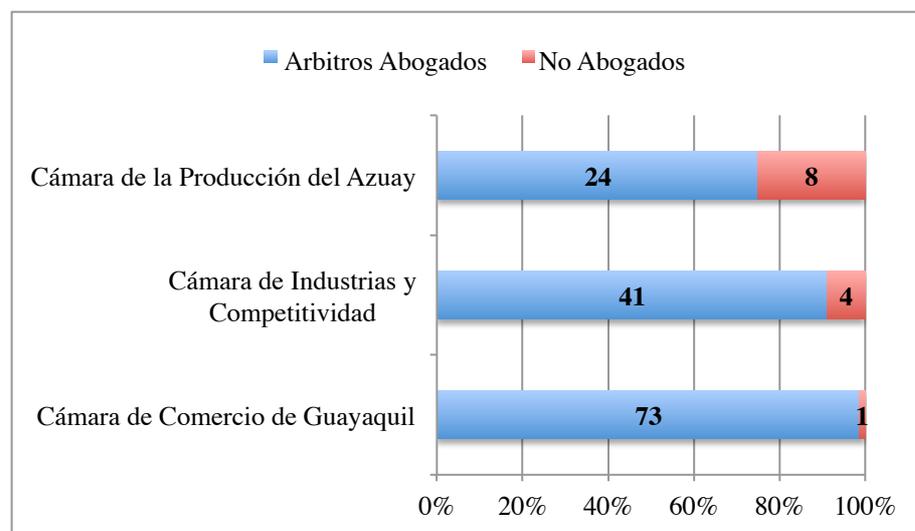
<sup>28</sup> Fuente: Consejo de la Judicatura, Distrito Guayas.

es un fenómeno muy inusual al sistema privado de administración de justicia, por no decir inexistente.

4. La privacidad y confidencialidad. Los juicios de índole comercial que se ventilan en el sistema público de administración de justicia son, valga la redundancia, públicos y por tanto, sujetos al escrutinio y conocimiento de la sociedad. Por el contrario, el arbitraje permite que las partes ventilen sus controversias, si así lo prefieren, en la más absoluta confidencialidad, evitando así la exposición pública de la controversia.
5. Los laudos son inapelables. Esto garantiza un proceso ágil y rápido, de una sola instancia, en los que se resuelve la controversia. Sin embargo, la legislación ecuatoriana admite interponer acciones para anular o revertir el laudo por causales específicas determinadas en la ley. Sobre este punto volveremos brevemente.
6. La especialidad de los árbitros. Salcedo Verduga (2007) incluye esta característica del arbitraje con la siguiente descripción: “(...) *las nóminas de árbitros son seleccionadas teniendo en cuenta la pericia y calidad profesional de las personas llamadas a resolver el conflicto. Se trata de personas versadas, con el conocimiento y experiencia necesarios, sobre la materia sometida a su decisión*”.

Respecto de este último aspecto, vale puntualizar nuestra discrepancia con el autor. Si bien reconocemos la existencia de abogados especializados en distintos

temas y materias, en Ecuador existen pocos árbitros que no sean abogados, lo que – en nuestra opinión- sí limita su especialidad como árbitros. Por ello, si bien tener un panel de árbitros cuya profesión sea la de abogados puede ser una desventaja del arbitraje, consideramos que tampoco podemos destacar, como una ventaja significativa, su especialidad, pues en su mayoría, todos son parte de una misma profesión<sup>29</sup> conforme se desprende del siguiente gráfico:



### 6.3.2. Desventajas

El gran impulso al sistema privado de administración de justicia en Ecuador vino con la promulgación de la LAM en 1997, en la que se reconoció la posibilidad de que las instituciones del Estado y demás entes de derecho público puedan someter sus controversias al sistema arbitral (Neira Orellana, 2008).

En el Ecuador, el Estado es una parte importante de la economía. En efecto, la inversión pública respecto del PIB se ubicó en el 10,7% en el año 2011, dos puntos por debajo del 12,7% obtenido en el 2008. Por ello, dada la importancia

<sup>29</sup> Según información obtenida de cada centro mencionado en el gráfico.

del Estado como actor económico, no es irreal concluir que muchos de las controversias contractuales que se suscitan en el Ecuador tendrá como una de las partes al Estado o una institución pública que dependa de él. Una muestra del 10% de los casos sustanciados en el 2012 ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, reflejó que el **40%** de los procesos tenían al Estado (o a una entidad pública) como parte<sup>30</sup>.

Cuando el Estado es parte de un proceso arbitral, los árbitros solo podrán resolver en su laudo las diferencias de orden contractual, pues no están autorizados por ley a referirse a la legalidad o constitucionalidad de los actos estatales. Consecuentemente, si un privado tuviera una controversia con el Estado en el que ambas cuestiones deban ser discutidas, indudablemente debería recurrir al arbitraje para aquellas cuestiones contractuales y a la justicia ordinaria para todas aquellas que escapen del ámbito de la competencia contractual. Así, esta dualidad de procesos originados entre las mismas partes, puede considerarse una desventaja al momento de pactar arbitraje en un contrato con el Estado Ecuatoriano o alguna entidad pública.

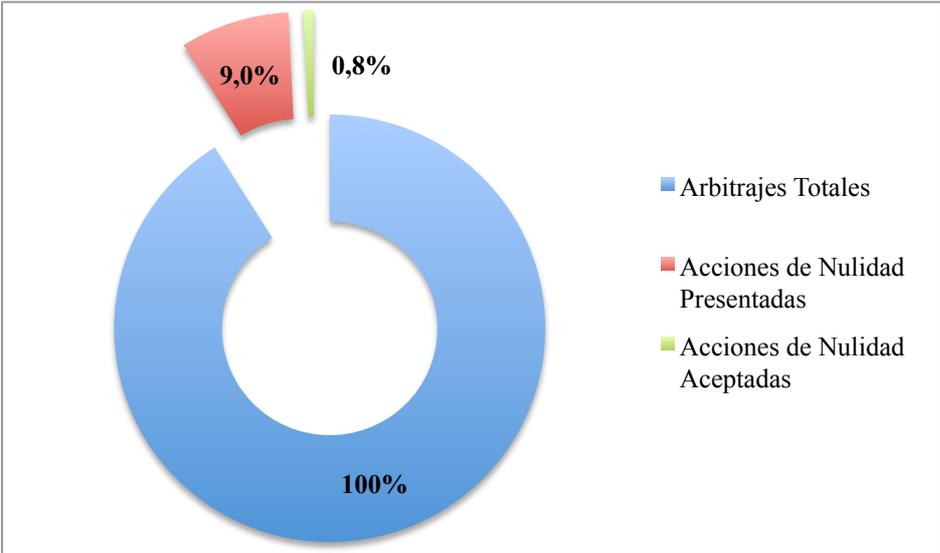
Por otro lado, muchos autores ecuatorianos reconocen que se ha convertido en una práctica lamentable, dentro del sistema arbitral, que cuando se expiden laudos contrarios a la pretensión del Estado, éste interponga acciones de nulidad para intentar evitar (o demorar) la ejecución del mismo. Personalmente consideramos que esta mala práctica no es exclusiva del Estado, sino de todos

---

<sup>30</sup> Según información entregada por dicho centro.

aquellos particulares que buscan evadir o dilatar la ejecución de un laudo que sea adverso a sus intereses.

El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana (con sede en Quito) lleva un registro de las Acciones de Nulidad presentadas y aceptadas contra los laudos emitidos desde su centro. De un total de 600 laudos emitidos entre el 2008 y 2011, contra 54 se interpusieron acciones de nulidad y de esas 54 solo 5 fueron aceptadas, reduciendo así el porcentaje de anulación de laudos a menos del 1%, conforme se desprende del gráfico que consta a continuación.



*Fuente: Centro de Arbitraje y Mediación AmCham*

Algo similar ocurre en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Entre 233 causas sustanciadas entre el 2008 y el 2012, se presentaron apenas 35 acciones de nulidad (equivalentes al **15%**), de las

cuales se han aceptado solo 5, es decir, que solo el **2%** de todos los laudos expedidos en ese centro ha sido anulado por la justicia ordinaria<sup>31</sup>.

Como podemos observar, la posibilidad de interponer acciones de nulidad resta ejecutividad al proceso arbitral. Sin embargo, la incidencia de las mismas sobre la totalidad de las causas aún no cobra mayor relevancia. Lo anterior resulta aún más evidente si lo comparamos con los procesos de la justicia ordinaria, donde todos los procesos tienen al menos dos instancias regulares (corte cantonal y luego corte provincial en apelación) y la posibilidad de una revisión adicional por la Corte Nacional (con sede en Quito) en ciertos casos. Así, inclusive si computamos una posible demora en la ejecución del laudo, por tener que lidiar con una acción de nulidad, esta demora no sería significativa en comparación con la duración de un proceso ante la administración pública de justicia.

Nos permitimos concluir esta sección con una cita de Salcedo Verguda (2007) que suscribimos por completo, en la que respecta de las ventajas y desventajas del arbitraje:

*“(...) por encima de las posibles desventajas que puede tener el sistema, como la tiene toda obra humana, desde mi punto de vista el arbitraje constituye un mecanismo privado de extraordinaria importancia para*

---

<sup>31</sup> Sin embargo, de las 35 acciones intentadas aún 17 siguen pendientes de resolución o en trámite, por lo que la cifra del 2% podría elevarse, en el peor de los casos, al 9% (en el supuesto no consentido que las 17 acciones en trámite sean aceptadas).

*resolver conflictos entre las personas, especialmente en el ámbito de las relaciones comerciales nacionales e internacionales.*

*En este último aspecto, la internacionalización de la economía, acompañada de una mayor complejidad de las transacciones ha impulsado a los agentes económicos a buscar vías alternativas que les garanticen la adecuada seguridad jurídica en sus negociaciones y en la solución de sus controversias, superando las deficiencias de la tradicional solución judicial” (Salcedo Verguda, 2007)*

#### **6.4. ¿Por qué las empresas prefieren al arbitraje?**

La predilección de las empresas por sistemas privados de resolución de conflictos no es un fenómeno ecuatoriano. Por el contrario, cifras como la anterior podrían perfectamente presentarse en otras jurisdicciones. Así lo confirma una encuesta elaborada por Pricewaterhouse Coopers (“PwC”) en la que se entrevistó, a inicios del 2013, a 101 jefes (gerentes o cargos similares como principales del área) de departamentos legales, dentro de empresas multinacionales, en los cinco continentes.

La encuesta global de PwC estaba orientada a descubrir como las grandes corporaciones usan los sistemas privados de resolución de conflictos, con especial énfasis en compañías dentro de los sectores de (i) servicios financieros; (ii) energía; y, (iii) construcción, pues PwC considera a estos sectores como vitales para la economía mundial y un reflejo de la misma. Finalmente, el

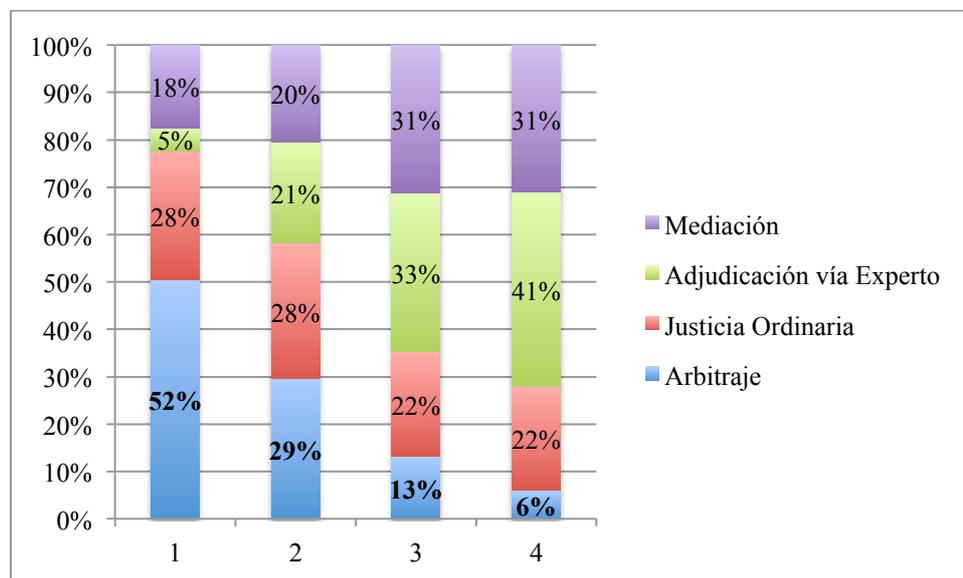
estudio busca encontrar información suficiente que permita sugerir cambios en la administración privada de justicia, para que esta se adapte al constante movimiento del mundo de los negocios (Pricewaterhouse Coopers, 2013). En ese sentido, las principales conclusiones del reporte son:

1. En general, las empresas muestran una clara predilección al arbitraje en comparación con la justicia ordinaria.
2. Sin embargo, la predilección está más acentuada en los sectores de energía y construcción, y no es tan marcada en la industria de servicios financieros.
3. En promedio, las empresas encuestadas han resuelto el 57% de sus disputas de forma interna, a través de la negociación directa o mediación. El resto se derivan a sistemas de resolución de controversias que, en la gran mayoría de las veces, son privados.
4. Los entrevistados mostraron su temor por la creciente “judicialización” del arbitraje, refiriéndose expresamente al incremento en las formalidades, procesos y su similitud con los procedimientos de la justicia ordinaria y pública.

En línea con la conclusión detallada en el punto 2 precedente, Bullard rescata que es *“común escuchar que los bancos o entidades financieras no suelen pactar arbitraje porque su actividad de litigio se basa principalmente en ejecutar*

*obligaciones*”. Lo dicho, sumado al temor de judicializar el arbitraje (y por tanto, la aversión de acceder a la justicia ordinaria) de las empresas encuestadas por PwC nos permiten encontrar la necesidad de blindar aún más el carácter privado de estos métodos alternativos de resolución de conflictos, pues su potencial de crecimiento dentro de la “industria” de administración de justicia, no ha sido explotado en su totalidad, pese a que la gran mayoría de las empresas – no sólo en Ecuador, sino en el mundo entero- prefieren al arbitraje por encima de la administración pública de justicia, según se explica a continuación.

PwC requirió que los encuestados seleccionen entre cuatros sistemas de resolución de conflictos (arbitraje, justicia ordinaria, adjudicación vía experto y mediación) sus preferencias, siendo “1” la mejor alternativa y “4” la peor.



*Fuente:* (Pricewaterhouse Coopers, 2013)

Del gráfico que antecede podemos comprobar que el arbitraje obtuvo el puntaje máximo como sistema preferido, y es el que menos veces fue designado como el “peor” o “menos atractivo” de los sistemas de solución de controversias.

La presente disertación trata de exponer la necesidad de ciertos cambios en nuestra legislación arbitral actual, que están dirigidos a aumentar la competitividad del país como sede arbitral, basado en la existencia de un Estado de Derecho robusto, con resoluciones privadas predecibles y confiables, ajustadas a estándares internacionales que no solo reduzcan el riesgo de ingreso de empresas extranjeras, sino también el de operación e incertidumbre de los empresarios locales.

#### **6.5. Posición del Gobierno Frente al Arbitraje**

El Gobierno del Ecuador, a través del Consejo de la Judicatura ha formulado el Plan Estratégico de la Función Judicial para el periodo 2013-2019, en el que reconoce la importancia de los sistemas alternativos de resolución de conflictos y le da especial importancia a su promoción. Se establecen dos estrategias concretas en ese sentido (Consejo de la Judicatura, 2013)<sup>32</sup>:

- “Crear centros de mediación y juzgados de paz a nivel nacional fomentando una cultura de paz y de diálogo para solucionar los conflictos”. Esta estrategia será medida a través de estos indicadores:

*# de causas que ingresan a medios alternativos*

---

<sup>32</sup> Nota: el Plan Estratégico de la Función Judicial disponible al público no contiene la información respecto del estado actual de estos indicadores.

*total de causas*

*# de salidas alternativas*

*total de causas*

*# de salidas alternativas*

*Causas ingresadas a Centros de Arbitraje y  
Mediación*

- “Fortalecer el mecanismo de derivación al interior de los juzgados hacia instancias alternativas de resolución de conflictos”. Esta estrategia será medida a través del indicador:

*# procesos derivados a métodos alternativos  
de resolución de conflictos*

Es tal la importancia dada para su fortalecimiento que el Presidente del Consejo de la Judicatura en su discurso de presentación del Plan Estratégico en mención, dedicó varios minutos a este tema. Sus comentarios más importantes fueron:

*“Este plan propugna también la cultura de la paz y del diálogo, a través del impulso de los métodos alternativos de solución de conflictos, la mediación, la conciliación, la justicia de paz, un sueño de pocos, hoy es una necesidad de todos. No todos los conflictos tienen que transformarse en procesos judiciales y resolverse en una sentencia.*

*La participación ciudadana en la justicia también tiene que significar responsabilidad con la solución del conflicto del que se es parte; superar las diferencias a través del diálogo, el acuerdo amistoso, conciliación o*

*la mediación, es síntoma de desarrollo social, es fuente de ahorro de recursos, es parte del Buen Vivir.*

*Es urgente contribuir desde todos los espacios para articular la cultura de paz, de soluciones acordadas, que descargue al sistema procesal que sólo llegue a la Función Judicial lo que debe llegar, lo que la propia sociedad no ha sido capaz de resolver por su propio esfuerzo conciliador o porque la aplicación del derecho se vuelve ineludible para sentar un precedente, o para corregir desequilibrios de poder, o para proteger a quien necesita efectivamente ser protegido.*”<sup>33</sup>

Para las autoridades públicas los mecanismos alternativos (o informales) se han convertido en una forma legítima para descongestionar el sistema tradicional de administración de justicia. Por ello, consideramos que las soluciones propuestas en este documento tendrían cabida dentro de los lineamientos estratégicos de la Función Judicial y el organismo que los gobierna, el Consejo de la Judicatura.

---

<sup>33</sup> Fuente, Consejo Nacional de la Judicatura. Enlace web: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/discursos/DISCURSODRJALKH.pdf>

## 7. EJECUCIÓN DE LAUDOS

### 7.1. Situación Actual

En el Ecuador, una vez que las partes llegan a una resolución (a través de la mediación) o el árbitro toma una decisión y dicta un laudo<sup>34</sup>, no requiere de homologación o aprobación de ninguna autoridad del sistema de justicia formal, pero si debe llevarse a cabo un proceso judicial que puede durar en promedio 95 días según DB.

A diferencia de la ejecución de las sentencias judiciales, cuya eficacia deriva del poder del Estado, la eficacia del laudo se encuentra en la voluntad de las partes que decidieron libremente someter su pleito a un proceso de administración de justicia privado. Por ello, dado su origen voluntaria, el laudo debería cumplirse de forma también voluntaria por las partes, pues éstas entregaron la decisión a ese tercero denominado árbitro (Munné Catarina, 2004).

Sin embargo, no siempre ocurre así y en ocasiones debe acudir a la ejecución forzosa del laudo. Actualmente, en Ecuador esto significa acudir ante la Justicia pública y formal y requerir que un juez – en virtud del poder concedido por el Estado- con el auxilio de la fuerza pública (entiéndase la Policía Nacional u organismos similares) haga respetar la decisión del árbitro y tomen las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del laudo. Es pues, una suerte de alianza entre los sistemas de administración pública de justicia y los privados.

---

<sup>34</sup> “Decisión o fallo que dictan los árbitros o amigables componedores.” Diccionario de la Real Academia Española, XXIII Edición.

Esta alianza existe pues si un laudo no se cumple, e incumplido no se ejecuta, entonces el sistema arbitral en su conjunto pierde sentido (Bullard G. & Soto C., 2011).

Entonces, el arbitro tiene únicamente el poder de decidir, ya que en la práctica existe una evidente limitación a su autoridad, pues se le impide ejecutar sus decisiones, lo que a la vez impide que el arbitraje sea un mecanismo totalmente privado y ajeno a la administración pública de justicia. Esta es una de las principales razones de desencanto entre los usuarios del sistema privado de administración de justicia. Generalmente la intención de las partes, al firmar un acuerdo arbitral es sustraerse de la justicia pública y evitarla, a toda costa.

#### ***7.1.1. Ejecución de Laudos en Sistemas Informales de Administración de Justicia***

Como hemos anotado antes, la resolución informal de conflictos precede al estado y a los sistemas formales de justicia. Por tanto, durante los siglos en los que este sistema existió por sí solo, las decisiones se ejecutaban de la misma forma en la que habían sido tomadas, por los árbitros o terceros a cargo de la resolución. Si debía llegarse a una ejecución forzosa el gremio aplicaba el ostracismo al comerciante que irrespetaba la decisión.

Benson recoge que la ejecución judicial de laudos es bastante reciente. En la década de 1920 en Estados Unidos se aprobaron leyes que permitían la ejecución y revisión judicial de los laudos por las cortes ordinarias, lo que generó un aumento considerable en la presencia de abogados en estos procesos antes

dominados por comerciantes y otras profesiones mercantiles. Se atribuye la creación de estas leyes a un fuerte lobby de los colegios de abogados de ese país que veían amenazado su negocio de prestación de servicios profesionales. Según estadísticas de la época, antes de la reforma la participación de abogados en procesos arbitrales rondaba en el 30% y subió al 91% en el lapso de dos décadas (Benson, 2000).

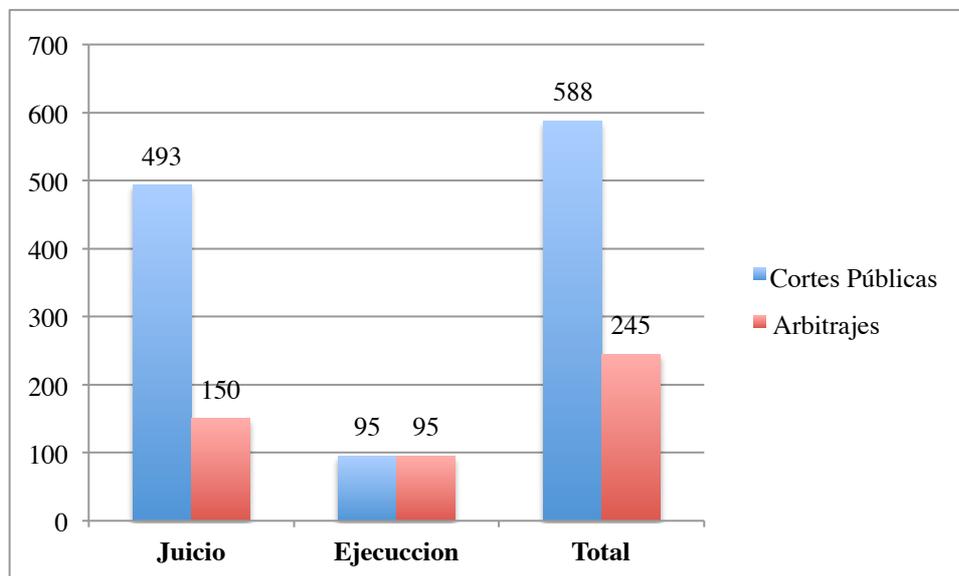
En sus orígenes, los laudos tenían mecanismos de auto ejecución, que no requerían de la autoridad o del juez estatal para ser puestos en práctica. Sin embargo, con el transcurso de los años, se asumió que ahora la ejecución es algo que corresponde naturalmente a un juez, y que consecuentemente es ajeno a los árbitros inmiscuirse en ese tipo de actividades (Bullard G. & Soto C., 2011).

## **7.2. Obligación de Acceder a la Justicia Pública para Ejecutar Laudos**

¿Por qué la justicia estatal, que recibe un importante subsidio, debe dedicarse a resolver problemas empresariales, cuyo valor patrimonial perfectamente puede ser asumido por las partes en conflicto? Estos fondos provienen de los impuestos de los ciudadanos. ¿Por qué sobrecargar un sistema ya colapsado con costos que las empresas pueden atender y resolver en forma privada? (Bullard G. & Soto C., 2011).

Según se anotó, DB encontró que un proceso judicial ante una corte pública dura aproximadamente 588 días, de los cuales 95 componen el proceso de ejecución de la sentencia. Para comparar su duración con la de un proceso arbitral

tendríamos que restar al conteo final la etapa de ejecución y contar únicamente cuánto tiempo dura el proceso en sí. Veamos:



Así, como consecuencia de la de ejecución judicial de laudos, el tiempo de duración de un arbitraje se eleva de los reglamentarios 150<sup>35</sup> hasta 245 días, es decir, un incremento del 63% en la duración total del proceso, por la necesaria vinculación con la justicia ordinaria.

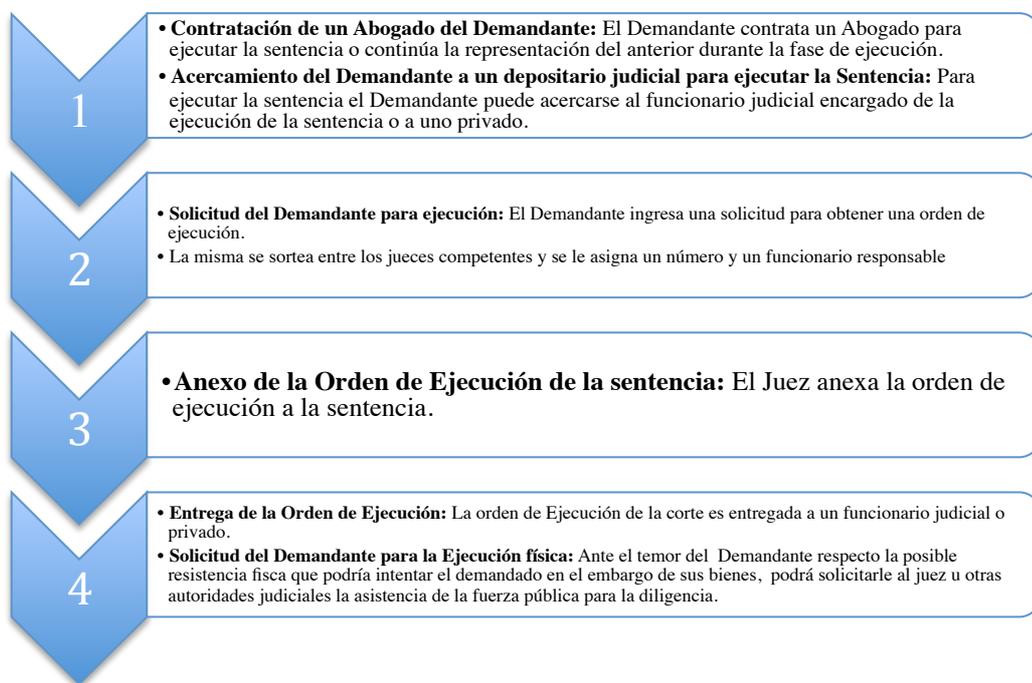
*“Justicia inoportuna, no es justicia, en el más estricto de los sentidos”*, anota Salcedo Verduga (2007). Ante la excesiva lentitud del procedimiento judicial, los particulares recurren al árbitro en busca de una pronta resolución a sus controversias. Cada tribunal se constituye para un solo conflicto, lo que le permite dedicarse con exclusividad al proceso respectivo. Por otro lado, existe

---

<sup>35</sup> El artículo 25 de LAM establece que los procesos arbitrales pueden durar “hasta” 150 días. Por ello, los rangos establecidos son los máximos permitidos, por lo que podrían ser menores y, por tanto, la incidencia en el duración del proceso mayor.

flexibilidad en cuanto al procedimiento que rige el proceso, pues las partes pueden adaptarlo a sus intereses para hacerlo más eficiente (Salcedo Verguda, 2007).

Sin embargo, al momento de ejecutar quien accede a la justicia ordinaria no puede modificar los pasos procesales de la ejecución. Antes ya nos referimos al recuento que hace DB de los pasos de un proceso judicial, y los resume en 39, de los cuales 15 corresponden a la etapa de ejecución, es decir, el 38% de la etapa procesal, que también significa, según DB, el 25% del costo total de acceder a las cortes (Doing Business, 2013). Por lo tanto, si una empresa quisiera ejecutar un laudo, tendría que necesariamente atravesar los siguientes 14 etapas procesales, que según DB, duran en promedio 95 días<sup>36</sup>:



<sup>36</sup> El cuadro que consta a continuación está basado en el reporte de DB que consta en la sección Bibliografía.



## **8. ALTERNATIVA PROPUESTA: EJECUCIÓN ARBITRAL DE LAUDOS**

Por ello, esta tesis plantea la posibilidad de incorporar a la legislación actual, y a los acuerdos en los que las partes voluntariamente se someten a arbitraje, garantías suficientes para asegurar el cumplimiento del laudo, con el propósito de aislar a la administración privada de justicia de la pública. Al final de cuentas, ¿Si las partes consienten en que un tercero ajeno al Estado resuelva un conflicto entre ellos, por qué no pueden también consentir en que ese mismo tercero, en quien confían, ejecute su propia decisión? Lo lógico sería que los árbitros pudieran adoptar y ejecutar, ellos mismos, sus propias decisiones, porque finalmente las partes han decidido confiar en ellos para la resolución de sus conflictos (Cantuarias S., 1994).

### **8.1. Principales Cuestionamientos**

Hemos resumido los principales cuestionamientos de diversos autores a la ejecución arbitral, así:

1. Los árbitros no tienen poder de coacción. No pueden dar órdenes directas a la fuerza pública. Por ello, deben ser los jueces que están especialmente facultados con el poder de coacción los que se encarguen de ejecutar laudos. Debido a que los árbitros carecen de esta autoridad, los procesos a su cargo se pueden tornar interminables y el sistema privado de administración de justicia podría perder la eficacia y rapidez que lo

caracteriza. Esta es la piedra angular de las críticas sobre la ejecución privada de laudos.

2. No es una facultad concedida a los árbitros en las legislaciones modernas o en las leyes modelo que emiten los organismos internacionales especializados en la materia.
3. Terceros ajenos al convenio arbitral pueden verse afectados durante la ejecución.

### **8.1.1. *El Poder de Coacción***

El punto principal de las críticas o cuestionamientos a la ejecución privada de laudos es la falta de poder de coacción que tienen los árbitros al ser privados. La coacción o *coertio* es la posibilidad de disponer del uso de la fuerza, cuyo monopolio tiene el Estado.

Efectivamente un árbitro no tiene la capacidad de ordenar a un policía que haga o ejecute algo en su nombre. Sin embargo, la ejecución de los laudos no se limita necesariamente a poder disponer de la fuerza pública. En efecto, la gran mayoría de las disputas mercantiles requieren procesos de ejecución en las que la fuerza pública no es ni siquiera necesaria.

Se puede dar el caso que inclusive las partes tengan la voluntad de cumplir un laudo, requieran que para la ejecución del mismo se realicen ciertos pasos previos para los que – hasta ahora- deben recurrir a un juez. La ausencia de *coertio* en las facultades de los árbitros solo significará que tendrían limitaciones para *ciertos* actos de ejecución, no para todos (Bullard G. & Soto C., 2011). Por

ejemplo, los árbitros pudieran (sin necesidad de recurrir a la fuerza pública) realizar los siguientes actos de ejecución:

1. Vender el bien en disputa en una subasta privada.
2. Disponer inscripciones en los registros correspondientes.
3. Monitorear el cumplimiento de una obligación de hacer o de determinada conducta dispuesta una de las partes.
4. Entregar a una de las partes los bienes, dinero, o valores que estuvieron bajo su custodia al momento de iniciar el proceso (los bienes en litigio).
5. Ordenar embargos.
6. Ordenar el pago de los montos adeudados, previa su liquidación de intereses costas.

La lista anterior podría ampliarse, por ello consideramos que la ejecución arbitral es una contribución importante a la desjudicialización de los conflictos (Bullard G. & Soto C., 2011) y que esta está sintonizada con los planes estratégicos que el propio gobierno tiene para la Función Judicial y la administración pública de justicia.

#### **8.1.2. *Ejecución de medidas cautelares, ¿contradicción?***

Sin embargo, consideramos que surge una contradicción en las críticas a la ejecución arbitral de los laudos si es que, por el contrario, se admite sin cuestionamientos que los árbitros puedan dictar medidas cautelares. Admisión que no solo la hace la legislación ecuatoriana, sino la vasta mayoría de jurisdicciones que reconocen oficialmente al arbitraje.

Abonando en el tema, en las legislaciones modernas, y en las leyes “modelo” de los organismos internacionales de arbitraje sí se contempla la autoridad que los árbitros tienen de ordenar y ejecutar medidas cautelares.

En Ecuador, esta facultad la tienen los árbitros, en su forma actual, desde la promulgación de la LAM en 1997. En efecto, el artículo 9 de la LAM dispone:

*“Art. 9.- Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo.*

*La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.*

*Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.*

*Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.”*

De la lectura del artículo precedente se desprende que las medidas cautelares buscan poner a buen recaudo los bienes en disputa, o garantizar el resultado del proceso. Nuestra legislación le entrega a los árbitros la potestad de disponer estas medidas si lo consideran necesario, siempre y cuando, las partes – con anterioridad- le hayan conferido esa facultad.

De igual manera, si las partes así lo disponen, los árbitros pueden – por si solos- ejecutar estas medidas cautelares, inclusive solicitando el auxilio de la fuerza pública, sin necesidad de recurrir a un Juez. En otras palabras, en Ecuador, en lo que respecta a la ejecución de las medidas cautelares, un árbitro es igual a un juez.

Internacionalmente, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, contempla un “Procedimiento Precautorio Arbitral”, en el cual – mediante pacto previo de las partes-, un “Tercero” puede dictar y ejecutar una medida precautelar previo al inicio del proceso arbitral. Si bien el reglamento de ese centro denomina al ejecutor “Tercero”, se puede considerar que las funciones que le asignan pertenecen propiamente a las de un árbitro (Bullard G. & Soto C.,

2011). Norma similar existe en el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial<sup>37</sup>

Bullard y Soto cuestionan esta contradicción de la siguiente forma:

*“(...) si los árbitros no son idóneos para ejecutar laudos, ¿Por qué lo serían para ejecutar medidas cautelares, donde podrían presentarse los mismos problemas? Para quien diga que las cautelares requieren urgencia, y que por ellos habría que confiarlas a los árbitros, habría que contestarle que ello significa que los árbitros están en mejor aptitud para ejecutar que los jueces. De hecho si en lo más urgente pueden hacerlo (la cautelar) pueden hacerlo, por qué no podrían ejecutar un laudo contenido en la decisión final algunos o todos los puntos controvertidos (...)”.*

### **8.1.3. Los “Terceros” en la Ejecución Arbitral**

Finalmente, otro aspecto que preocupa a los críticos de la ejecución arbitral de laudos, es la posible afectación de terceros durante la ejecución arbitral. Bullard y Soto resumen brevemente esta crítica así:

---

<sup>37</sup> Artículo 23.1.: A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio tales como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos.

*“(...) durante los actos conducentes a la venta forzada de un bien, alguien ajeno a un convenio arbitral podría solicitar una tercera sosteniendo que se presente ejecutar un bien de su propiedad o que tiene un derecho preferente de pago. (...) Nótese que ello podría significar afectar derechos de personas que no han sido parte en el arbitraje al ser ajenos al convenio arbitral. Sin embargo, debemos anotar que este es un problema que afecta no solo la ejecución, sino cualquier decisión arbitral que pueda afectar a terceros que no suscribieron el convenio.”*

Pero los terceros no sólo pueden ser afectados durante la ejecución del laudo, sino también durante la sustanciación del arbitraje en sí. En efecto, a medida que el arbitraje se expande y su utilización en la solución de problemas delicados y complejos se enraíza, se observa que empieza a involucrar a terceros que no son formalmente parte del acuerdo arbitral (González de Cossío, 2011).

Recordemos que para que una controversia sea extraída de la esfera pública, y por ende, conocida por un administrador privado de justicia, las partes deben decidirlo voluntariamente de forma previa. En línea con lo anterior, mal podría un tercero, ajeno al acuerdo, ser obligado a respetarlo. Esta es la posición de cierta parte de la doctrina, que afirma que la competencia de los árbitros se encuentra limitada a las personas que voluntariamente se sometieron al arbitraje. Bajo esta línea, no es posible la intervención en el proceso arbitral de tercero ajenos al acuerdo (Salcedo Verguda, 2007).

Sin embargo, como muchos temas en el mundo jurídico, no todo resulta tan “blanco o negro”, y dentro de la amplia gama de “grises” que existen en la actualidad encontramos en la legislación ecuatoriana una norma que permite “*en cualquier juicio puede ser oído un tercero a quien las providencias judiciales causen perjuicio directo*”<sup>38</sup>, esta disposición es aplicable a los procesos arbitrales y establece un derecho no condicionado a la aceptación de un acuerdo arbitral, de todo tercero a ser oído en un juicio, siempre y cuando los resultados de ese juicio le causen un perjuicio directo (Larrea, 2010). En ese sentido también se pronuncia Salcedo Verduga (2007):

*“En nuestra opinión, el acuerdo arbitral permite que los particulares invistan de facultades jurisdiccionales a los árbitros, para que estos resuelvan de manera definitiva sus específicas controversias, y estas facultades habilitan a los árbitros para que puedan tomar todas las medidas legales que les permitan dar una solución apropiada al conflicto sometido a su conocimiento, incluyendo la posibilidad de admitir la participación de un tercero no suscriptor del acuerdo arbitral, al amparo de los principios de eficacia, celeridad y economía procesal que orientan en conjunto la administración de justicia”.*

Vemos entonces, que los derechos de terceros, ajenos al pacto arbitral, pueden ser afectados durante la sustanciación normal del arbitraje, y que dicha afectación no sería únicamente consecuencia de otorgarles a los árbitros la facultad de ejecutar sus propios laudos. Entonces, este argumento en contra de la

---

<sup>38</sup> Artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, Ecuador.

propuesta no presenta novedad y por el contrario, representa un crítica inherente al arbitraje como tal, independientemente de la implementación de las reformas sugeridas en este documento.

Nuestra legislación ya permite que los terceros, que podrían verse perjudicados participen del proceso (si así lo desean) y de forma equivalente podrían involucrarse también en la etapa de ejecución. Sin embargo, si se llegase a presentar un tercero afectado durante la ejecución, que no desee participar del arbitraje, los árbitros podrían declararse incompetentes pues alegarían carecer de jurisdicción para pronunciarse sobre derechos de quienes no son parte del convenio arbitral, y dejar que un juez ordinario se pronuncie sobre el tema.

Es de especial importancia rescatar que la situación arriba descrita no significa que el árbitro quede privado de continuar la ejecución contra aquellas partes que si son parte del convenio y están obligadas a cumplir el laudo (Bullard G. & Soto C., 2011). Respecto de la facultad de los árbitros de remitir a la justicia pública una parte o el total de la ejecución del laudo hablaremos más adelante.

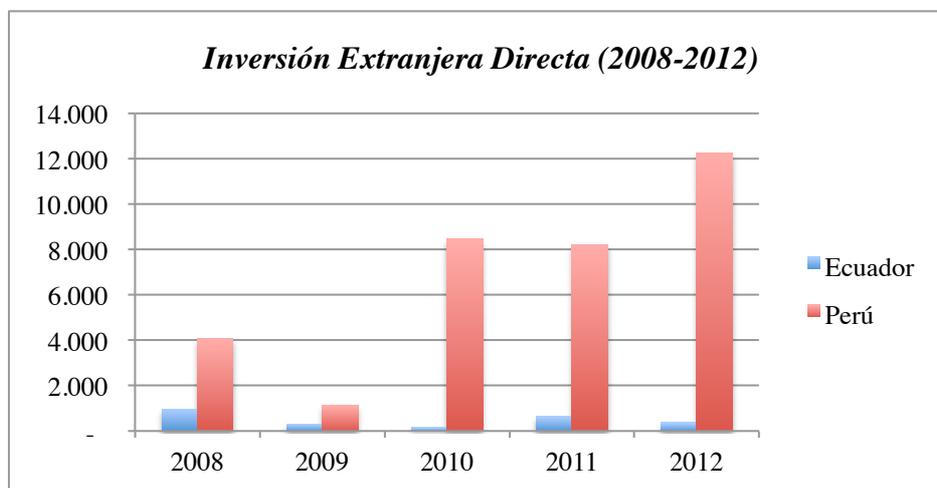
En todo caso, queda demostrado que las principales críticas contra la ejecución arbitral de laudos no son una limitante importante para la adopción de esta teoría, sino más bien, aspectos que han permitido incluir consideraciones especiales dentro de esta tesis para fortalecerla.

## 8.2. Ejecución de Laudos Arbitrales en Perú

La legislación peruana desde 2008 autoriza a los árbitros a ejecutar sus propias decisiones, previo pacto de las partes. Según se indicó inicialmente, estamos convencidos que al aumentar la competitividad de un país como sede arbitral, se crean condiciones en el mercado que permiten la prosperidad de dicho país y por tanto de empresas que ahí operan y las personas que las componen.

### 8.2.1. *Indicadores Macroeconómicos Perú vs. Ecuador*

Desde la última reforma arbitral realizada en Perú en el 2008, ese país ha recibido más de 34 mil millones de dólares en Inversión Extranjera directa. En ese mismo periodo, Ecuador recibió apenas 2.460 millones de dólares.

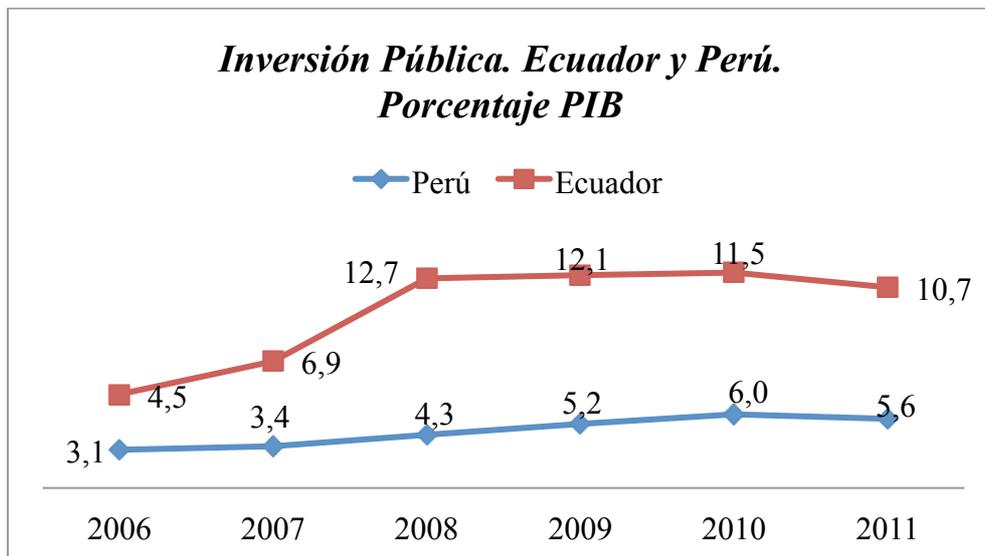
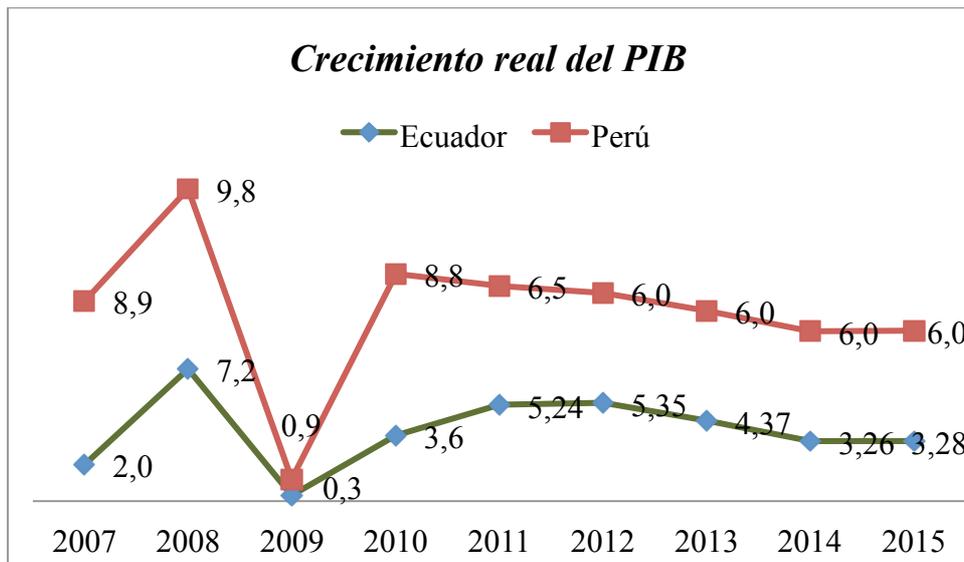


*Fuente:*  
*CEPAL – Naciones Unidas*

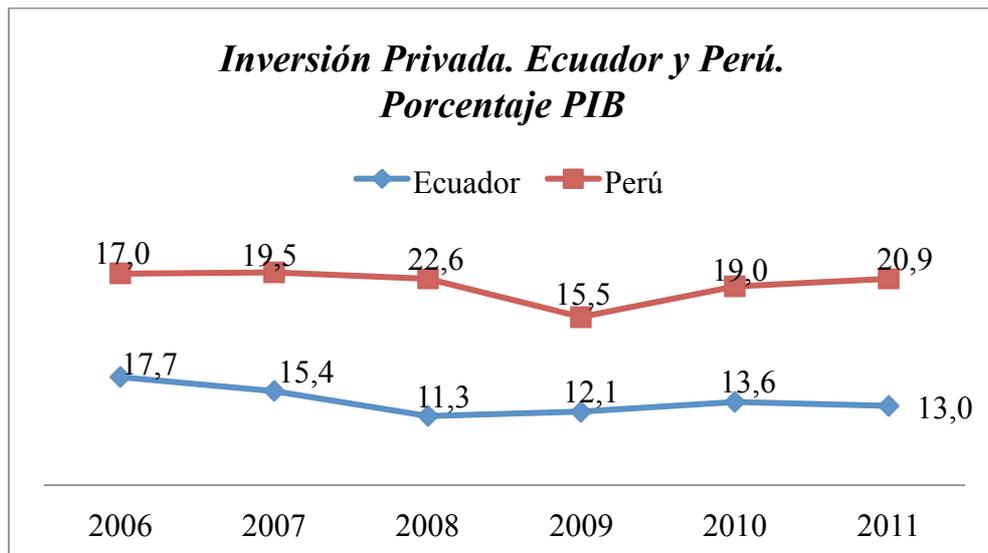
Como consecuencia de lo anterior, Perú crece a tasas más altas que el Ecuador, con menor inversión pública, según datos recopilados por el Observatorio de

Política Fiscal del Ecuador (2012)<sup>39</sup>, según se desprende de los tres gráficos que constan a continuación:

1. Crecimiento real del PIB (Ecuador y Perú).
2. Inversión Pública (Ecuador y Perú) en comparación con el PIB.
3. Inversión Privada (Ecuador y Perú) en comparación con el PIB.



<sup>39</sup> Con información obtenida del Banco Central del Ecuador y el Ministerio de Finanzas del Perú.



Bien decía Aiyer que en América Latina las instituciones públicas son muy débiles para satisfacer las necesidades del sector privado (Aiyer, 1995), y que sin instituciones fuertes – concluía Posner- la prosperidad que anhela la región se vuelve difícil de alcanzar (Posner, 1998). Una alternativa -que de paso no requiere intervención estatal ni egresos del Erario Público- es fortalecer las instituciones privadas que brindan servicios considerados “públicos”, como es el caso de la administración de justicia. Evidentemente solo fortalecer el arbitraje no fortalecerá el Estado de Derecho en Ecuador, pero es un comienzo. Como bien decía Posner (1998), “puede surgir un círculo virtuoso, en que una modesta inversión inicial en ciertas reformas legales incrementara el crecimiento económico de dicho país. Dicho crecimiento generaría, a su vez, más recursos que permitirían mayores inversiones en reformas legales”.

Creemos que Perú es un ejemplo de aquello, y que las cifras arriba incluidas lo confirman.

### **8.3. Propuesta de Reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación en Ecuador.**

Esta tesis está encaminada a demostrar aquello. Para el efecto, se requeriría una reforma legal a la Ley de Mediación y Arbitraje vigente, incorporando un artículo cuyo texto se propone a continuación:

**Art. 1.-** Elimínese el segundo inciso del artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que dispone: *“Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada.”*

**Art. 2.-** Inclúyase como segundo inciso del artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el siguiente texto: *“A solicitud de las partes, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones. Si en el convenio arbitral las partes no estipulan la ejecución arbitral del laudo, podrán disponerlo en cualquier momento, de común acuerdo, ante el Tribunal.*

*No obstante lo anterior, si el tribunal considera que requiere para la ejecución de su decisión el auxilio de la fuerza pública, cesará motivadamente de sus funciones y entregará a la parte interesada los*

*documentos necesarios para requerir la ejecución a la autoridad judicial competente.*

*La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de 24 horas, bajo apercibimiento de ejecución forzada.*

*La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo.”*

**Art. 3.-** En el tercer inciso del artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, agréguese a continuación de la palabra “juez”, la frase “o Tribunal Arbitral”, de manera que el inciso en mención dirá: *“Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez o Tribunal Arbitral de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.”*

El texto sugerido en el artículo 2 es similar al contenido en la legislación peruana. Como aspectos fundamentales del mismo, vale destacar que la facultad de ejecutar los laudos solo puede ser conferida a los árbitros por pacto o decisión de las partes. Se entiende que si las partes desean sustraer su conflicto de la esfera pública de administración de justicia, desearían también que en caso de que una de ellas sea renuente a aceptar el resultado, los mismos árbitros se encarguen de hacer respetar su laudo. Sin embargo, evitamos que el texto sugerido suponga la voluntad de las partes y por el contrario, se exige

expresamente que las partes se hayan pronunciado al respecto. Evidentemente, si no existe dicho pronunciamiento la ejecución deberá ser en sede judicial.

La reforma propuesta no elimina el monopolio estatal sobre el poder de coacción. Solo se limita a reconocer que existen procesos de ejecución que no requieren de esta facultad.

En línea con lo anterior, si los árbitros consideran que no necesitan el auxilio de la fuerza pública, podrán perfectamente ejecutar su laudo. Si luego las circunstancias cambian -así las partes los hayan facultado para la ejecución- podrán, a su sola discreción, remitir el proceso a las cortes ordinarias, para que sea un Juez el que continúe el proceso y culmine la ejecución. El objetivo debe ser siempre la eficacia en la ejecución, pues aquello beneficia a las partes. Si un árbitro no es capaz de ejecutar con eficacia, así deberá reconocerlo y entregar el proceso a la autoridad que, en ese caso, sea más eficaz.

Finalmente, el artículo en mención obliga a los jueces a no dilatar la ejecución, sea que esta haya nacido en sede arbitral y luego cedida a ellos, o iniciado ante su despacho directamente.

Por su parte, las sugerencias de los artículos 1 y 3 están encaminadas a evitar incongruencias en las disposiciones legales relacionadas con la ejecución de laudos que constan actualmente en la LAM.

## 9. ANÁLISIS DE ATRACTIVIDAD DE LA “INDUSTRIA” DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El análisis de atraktividad de una industria, también conocido como el análisis “Porter de las Cinco Fuerzas” es un modelo elaborado por el economista Michael Porter en 1979, utilizado como modelo de gestión que permite realizar un análisis externo de una empresa, a través del estudio de la industria o sector a la que pertenece.

Teóricamente el modelo busca estudiar las “fuerzas” que influyen en la estrategia competitiva de una compañía determinando las consecuencias de rentabilidad a largo plazo de un mercado, o algún segmento de éste. El clasificar estas fuerzas de esta forma permite lograr un mejor análisis del entorno de la empresa o de la industria a la que pertenece, y de ese modo, poder diseñar estrategias que permitan aprovechar las oportunidades y hacer frente a las amenazas.

La industria de “administración de justicia”<sup>40</sup> es una que por ley debe estar orientada a ser sin fines de lucro, tanto en su parte privada como en la pública. Sin embargo, no estar orientados a la rentabilidad no hace que esta “industria” que presta el servicio de administrar justicia y dirimir competencias, esté exenta de influencias externas, y pueda ser por tanto, materia de un análisis de atraktividad.

---

<sup>40</sup> Para efectos de esta sección, llamaremos a la “Industria de Administración de Justicia”, sencillamente “**Industria**”.

Por ello, si la Industria no es atractiva, mal podríamos recomendar a los actores privados del sector a intensificar su oferta de servicios (incluyendo la ejecución de laudos) y a invertir en el necesario *lobbying* político para la aprobación de la reforma propuesta. Sin embargo, si del análisis que presentaremos a continuación resulta que la administración de justicia es una rama “atractiva” cobraría mayor impulso la necesidad de la reforma aquí puesta. Las fuerzas que analizaremos son: (1) Barreras de entrada y salida; (2) Rivalidad entre competidores; (3) Acciones del Gobierno; (4) Poder los clientes (usuarios) y poder de los proveedores (jueces); y, (5) Disponibilidad de productos / servicios sustitutos.

## 9.1. Barreras de Entrada y Salida

### 9.1.1. *Entrada*

			<i>Nada Atractivo</i>	<i>Poco Atractivo</i>	<i>Neutral</i>	<i>Medio Atractivo</i>	<i>Altamente Atractivo</i>	
<b>Barreras de entrada</b>	Economías de escala	Poco	✘					Mucho
	Diferenciación del servicio	Poco					✘	Mucho
	Reconocimiento de la entidad	Bajo				✘		Alto
	Acceso a proveedores	Amplio				✘		Restringido
	Requerimientos de capital	Bajo		✘				Alto
	Acceso a la tecnología más avanzada	Amplio	✘					Restringido
	Regulaciones del gobierno	Amplio		✘				Restringido
	Curva de aprendizaje (experiencia)	Sin importancia	✘					Muy importante
<b>Promedio</b>				✘				

Las Barreras de Entrada de la Industria son bajas, lo que permite el acceso fácil de nuevos competidores. A simple vista esto significaría que la Industria es poco atractiva. Sin embargo, para efectos de nuestro análisis, que existan Barreras de Entrada bajas reduce los costos y tiempos de montaje para centros privados de resolución de controversias.

### 9.1.2. Salida

			<i>Nada Atractivo</i>	<i>Poco Atractivo</i>	<i>Neutral</i>	<i>Medio Atractivo</i>	<i>Altamente Atractivo</i>	
<b>Barreras de salida</b>	Activos especializados	Alta					✘	Baja
	Costo de salida a tiempo	Alta					✘	Baja
	Barreras emocionales (reputación del gremio o Centro)	Alta			✘			Baja
		<b>Promedio</b>				✘		

Toda vez que ingresar a la Industria no requiere mayor inversión, retirarse de la misma, y por tanto, dejar de prestar el servicio, no significaría un costo elevado tampoco al menos para los entes privados que prestan el servicio, pues los públicos, por mandato legal, deben operar permanentemente. Quizás el costo de salida más alto es uno emocional, pues el Centro podría ver menoscabada su reputación (o la de la cámara gremial a la que está adscrita) si decide cerrar sus operaciones.

## 9.2. Rivalidad entre competidores

Existe baja rivalidad entre competidores en esta Industria. Por un lado tenemos el monopolio estatal sobre la administración pública de justicia, mientras que del

lado privado existen apenas 10 centros operacionales en todo el país. En muchas ciudades, solo existe un centro operacional. Por tanto, la poca rivalidad permite el crecimiento sostenido del sector con menor participación de mercado (el privado) sin que se pueda anticipar una reacción brusca de su principal competidor (el estado). Por el contrario, hemos visto en el Capítulo 6 que es parte de la estrategia gubernamental fomentar la solución alternativa de controversias, como una forma de descongestionar el sistema público de administración de justicia.

			<i>Nada Atractivo</i>	<i>Poco Atractivo</i>	<i>Neutral</i>	<i>Medio Atractivo</i>	<i>Altamente Atractivo</i>	
<b>Rivalidad entre competidores</b>	Número de competidores semejantes a la empresa	Mucho				✕		Poco
	Características del servicio	<i>Commodity</i>					✕	Especializado
	Aumentos de la capacidad	Pequeños			✕			Grandes
	Desafíos estratégicos	Alta		✕				Baja
<b>Promedio</b>						✕		

### 9.3. Acciones del Gobierno

En esta Industria el principal actor tiene un monopolio. El Estado, en virtud del sistema jurídico imperante, tiene la exclusiva facultad de administrar justicia a través de los jueces.

Sin embargo, el Estado voluntariamente ha relegado parte de esa facultad a los privados, entregándoles también a ellos esta potestad en materias y conflictos

específicos. La justicia pública es gratuita y por tanto, está subvencionada por el Estado, mientras que los entes privados están prohibidos de buscar fines de lucro y por tanto, los promotores de estos deben ser entidades privadas sin fines de lucro, como las cámaras gremiales.

			<i>Nada Atractivo</i>	<i>Poco Atractivo</i>	<i>Neutral</i>	<i>Medio Atractivo</i>	<i>Altamente Atractivo</i>	
<b>Acciones del Gobierno</b>	Protección a la industria	Bajo					✘	Alto
	Regulaciones a la industria	Bajo			✘			Alto
	Consistencia de políticas	Bajo			✘			Alto
	Asistencia facilitada a los competidores	Significativo	✘					Nada
<b>Promedio</b>				✘				

#### 9.4. Poder de Clientes y Proveedores

##### 9.4.1. Clientes (usuarios)

			<i>Nada Atractivo</i>	<i>Poco Atractivo</i>	<i>Neutral</i>	<i>Medio Atractivo</i>	<i>Altamente Atractivo</i>	
<b>Poder de los clientes</b>	<b>Número de clientes importantes</b>	Pocos					✘	Muchos
	Costo de cambio de los clientes	Bajo					✘	Alta
	Contribución a la calidad y servicio de los productos de los clientes	Alta				✘		Baja
<b>Promedio</b>							✘	

Los clientes / usuarios no inciden en la rentabilidad (o sustentabilidad) de esta Industria. Esto hace que la Industria sea muy atractiva pues el número de clientes importantes está atomizado y esto permite que no tengan poder suficiente para incidir en la operación de un ente privado (o público) de resolución de controversias.

#### 9.4.2. Proveedores (jueces)

			<i>Nada Atractivo</i>	<i>Poco Atractivo</i>	<i>Neutral</i>	<i>Medio Atractivo</i>	<i>Altamente Atractivo</i>	
<b>Poder de proveedores</b>	Número de proveedores importantes	Pocos					✘	Muchos
	Disponibilidad de productos sustitutos para los proveedores	Alto					✘	Bajo
	Diferenciación o costo de cambio de los productos de los proveedores	Alto	✘					Bajo
	<b>Contribución a la calidad y servicio de los productos de la industria</b>	<b>Alto</b>	<b>✘</b>					<b>Bajo</b>
	Importancia de la rentabilidad de los proveedores	Bajo					✘	Alta
		<b>Promedio</b>				✘		

Los principales proveedores de esta Industria son los jueces o árbitros. Evidentemente existen otros proveedores como los Secretarios, empleados judiciales, autoridades auxiliares, etc. Sin embargo, al ser los jueces o árbitros quienes indican en mayor medida en la calidad del servicio prestado, este apartado se centra en ellos.

A simple vista el gráfico que antecede nos permitiría concluir que los proveedores no tendrían mucho poder en esta Industria. Sin embargo, aquello

significaría considerar que todas las variables que arriba constan tienen el mismo peso y deben ser consideradas como iguales. Aquello sería incorrecto.

La variable más importante, “contribución a la calidad del servicio” debería tener mayor peso en el análisis pues su incidencia en el resultado final del servicio (la sentencia o laudo) es trascendental.

En este sentido, consideramos que el poder de los árbitros o jueces sobre la industria resta cierta atraktividad a la misma, pues significa una mayor inversión en la obtención y capacitación de estos proveedores.

### 9.5. Disponibilidad de Productos / Servicios Sustitutos

			<i>Nada Atractivo</i>	<i>Poco Atractivo</i>	<i>Neutral</i>	<i>Medio Atractivo</i>	<i>Altamente Atractivo</i>	
<b>Disponibilidad de sustitutos</b>	Disponibilidad de sustitutos directos	Alta					✕	Baja
	Costo de cambio del usuario	Baja	✕					Alta
	Rentabilidad y agresividad de los productores de sustitutos	Alta					✕	Baja
	Precio/Valor de los sustitutos	Alta			✕			Baja
<b>Promedio</b>					✕			

La Industria tiene muy pocos sustitutos. El principal es el sistema privado de resolución de controversias, en los conocidos Centros de Arbitraje y Mediación. Existen otros sustitutos con poca aplicación en el medio, como son los Juzgados de Paz y los sistemas informales de limitaciones que se describieron en el Capítulo 3. La existencia de pocos sustitutos, así como el posicionamiento de los

Centros de Arbitraje y Mediación como el principal de ellos, convierten a esta Industria en atractiva.

#### **9.6. Conclusión del Análisis de Porter**

El análisis de Porter nos permite concluir que la Industria es medianamente atractiva. Por lo tanto, la participación de empresas en esta Industria es recomendable. Ahora bien, dado que las “empresas” que brindan estos servicios, por ley tienen prohibido tener “fines de lucro”, la participación en esta industria se vuelve interesante únicamente para aquellas entidades gremiales que pueden aumentar el catálogo de servicios a sus agremiados a través de un sistema eficiente de resolución de controversias.

El potencial de crecimiento, en participación de mercado, es muy alto. Por varias razones:

1. Existen pocos competidores.
2. Entre los competidores existentes la rivalidad es mínima. De hecho, el principal competidor, que ostenta el monopolio estatal, busca implementar estrategias que permitan derivar más procesos a entes alternativos de solución de controversias.
3. Los clientes tiene poco poder frente a los Centros que prestan el servicio.
4. Si bien los proveedores inciden en el resultado final y por tanto son una parte importante de la percepción de la calidad del servicio que recibe el usuario, los Centros tienen plena libertad para elegir a estos proveedores

(árbitros) y asegurarse que su intervención en los procesos a su cargo sea correcta, transparente y eficiente.

A continuación incluimos un gráfico de las evaluaciones que cada sector analizado recibió y la inclusión de la Evaluación General en la sección “Medio Atractivo”.

ATRACTIVIDAD DE LA INDUSTRIA	Nada Atractivo	Poco Atractivo	Neutral	Medio Atractivo	Altamente Atractivo
Barreras de entrada			X		
Barreras de salida					X
Rivalidad entre competidores				X	
Poder de clientes					X
Poder de proveedores				X	
Disponibilidad de sustitutos				X	
Acciones de gobierno				X	
<b>Evaluación General</b>				X	

Es importante destacar que en ningún aspecto esta Industria recibió una calificación de “Nada Atractivo” o “Poco Atractivo” y que solo existe un sector de la Industria calificado como “Neutral”.

## 10. CONCLUSIONES

Al aumentar la competitividad de un país como sede arbitral, se crean condiciones en el mercado que permiten la prosperidad de dicho país y por tanto de empresas que ahí operan y las personas que las componen. El respeto al Estado de Derecho es la piedra angular de una economía estable. El sector privado será siempre capaz de impulsar el desarrollo de una nación si tiene la posibilidad de acceder a un sistema de administración de justicia eficiente y transparente (Weder, 1995).

Consideramos que el sistema privado de administración de justicia es una herramienta valiosa para que el sector privado impulse el desarrollo del Ecuador. Sin embargo, el sistema – como se encuentra estructurado- no es capaz de responder en su totalidad a las exigencias que los particulares tienen de un sistema de administración de justicia. Las resoluciones de los tribunales privados aún requieren ser ejecutados ante la administración pública de justicia y eso le resta efectividad y transparencia al proceso. Por ello, la legislación de la materia debe ser modificada para incorporar cambios que les permitan a los propios árbitros, si las partes así lo consienten, ejecutar sus laudos.

Juntar esfuerzos para obtener la aprobación de la legislación aquí sugerida, les permitirá a los Centros de Arbitraje y Mediación posicionarse como una opción eficiente a la administración pública de justicia. De manera que, si su principal competidor se fortalece e implementa mejoras significativas en la prestación del

servicio, los centros privados podrán apalancarse en el posicionamiento obtenido anteriormente.

De igual manera, implementar la legislación propuesta les permitiría, en el evento de una crisis económica, atender a la demanda que se generaría en virtud de esta crisis, pues la mayoría de los procesos relacionados con el cobro de deudas requerirían una ejecución expedita de laudos y los centros privados podrían ofrecer ese servicio, de aprobarse la reforma aquí sugerida.

Además, toda vez que ha quedado demostrada la atractividad del sector, conforme el análisis de Porter, emprender acciones para fortalecerlo, especialmente por parte de las instituciones privadas de resolución de controversias, estaría plenamente justificado en los prospectos de crecimiento del sector y la necesidad existente en el mercado de un sistema de administración de justicia eficiente y transparente.

Por ello, consideramos que la reforma planteada en el Capítulo 8 es una alternativa válida y eficaz para todos los supuestos planteados en la Planificación por Escenarios descrita en esta Tesis y una solución correcta para la Problemática aquí planteada, y permitiría fortalecer la administración privada de justicia en beneficio de sus usuarios, donde destacamos especialmente a las empresas.

## 11. MAPA ESTRATÉGICO

El Mapa Estratégico (“MP”)<sup>41</sup> es una herramienta de gestión e implementación de la estrategia que busca traducirla en objetivos relacionados, medidos a través de indicadores. Con un MP, la Estrategia de una institución o empresa queda descrita y puede ser fácilmente comunicada a través de todos los rangos de dicha entidad. En definitiva, un MP es un diagrama que describe el proceso de transformación de una institución.

En este documento hemos buscado demostrar:

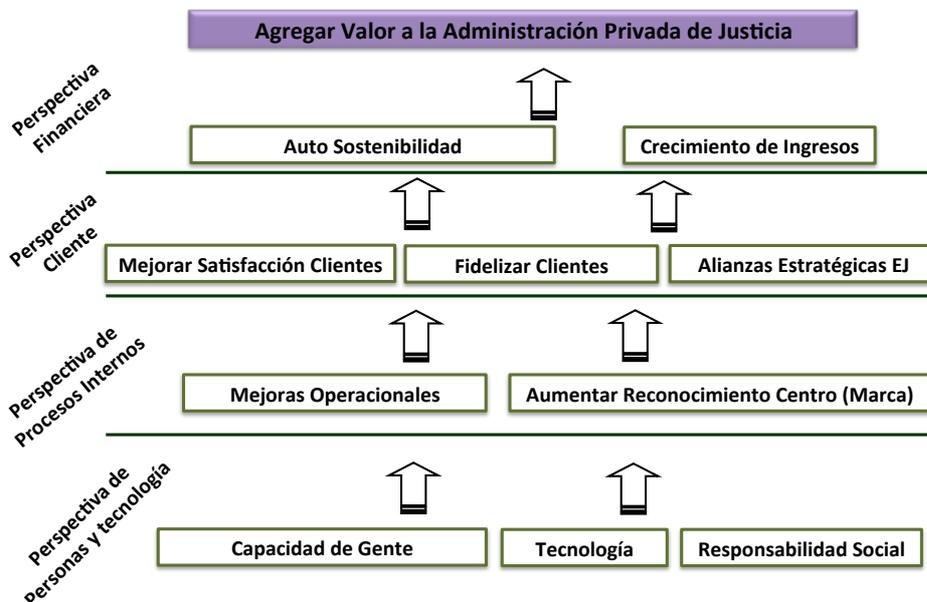
1. La probada relación entre prosperidad y un Estado de Derecho Robusto, y la directa incidencia que la empresa privada puede tener respecto de dicha relación, si el ambiente es adecuado.
2. La Problemática que enfrenta el sistema público de administración de justicia.
3. La existencia de mecanismos privados de resolución de controversias que no padecen de las deficiencias de la administración pública y que son preferidos por las empresas.
4. La presencia de varios factores que pueden incidir en la forma en la que el servicio se presta. Especialmente la existencia de inversiones estatales para mejorar la calidad del servicio y como el éxito de la iniciativa estatal puede repercutir en el resto de la Industria.

---

<sup>41</sup> Esta sección está basada en los apuntes personales realizados en las clases del Profesor Hugo Pérez de la Puente, en el IDE Business School (EMBA 2011).

5. La necesidad de fortalecer los mecanismos privados de resolución de controversias (especialmente el arbitraje) para construir un sistema totalmente independiente de resolución de conflictos.
6. Invertir recursos en gestionar las modificaciones a las leyes de la materia, es una alternativa válida pues la Industria es atractiva y el potencial de crecimiento de los centros privados de resolución de controversias justifica dicha inversión.

Por ello, creemos necesario proponer, no solo un proyecto de reforma, sino también un Mapa Estratégico que permita implementar el necesario proceso de transformación de los centros privados de resolución de controversias, que se traduzca en resultados tangibles para las empresas usuarias del servicio. El MP propuesto es:



El Objetivo Estratégico principal está orientado a agregar valor al sistema privado de administración de justicia. Los clientes de los centros privados de solución de controversias deben recibir de éstos mucho más que un laudo arbitral y esto es lo que propone este MP. Decidir voluntariamente acceder a un mecanismo privado (en lugar del público y gratuito que ofrece el Estado) debe ser una alternativa conveniente para las empresas.

Al orientar los esfuerzos a agregar valor a los usuarios del sistema privado de administración de justicia, se debe re direccionar el enfoque de los centros que brindan el servicio. Toda la entidad debe estar volcada al cliente, y sus procesos internos deben apuntar, según el área, a elevar la calidad del servicio prestado. De esta forma, ante un aumento en la rivalidad entre competidores o un cambio brusco de las condiciones que inciden en el mercado, el servicio ofrecido les permitiría afrontar el cambio de panorama.

Evidentemente, una fortaleza importante para todo el sector fuera introducir una reforma legal que permita la ejecución arbitral de laudos. Sin embargo, este no ha sido incluido como un objetivo estratégico para el sector pues el MP parte del supuesto de que dicha reforma es una realidad y presenta objetivos para consolidar la presencia del sector una vez que tengan esa competencia. No obstante lo anterior, aún sin que esté aprobada la reforma propuesta las acciones descritas en el MP podrían ser perfectamente aplicables a los centros privados de resolución de conflictos que funcionan con la normativa actual.

Vale destacar que si bien el MP propuesto es referencial para el sector de administración privada de justicia, debe ajustarse detalles de acuerdo a cada centro privado de resolución de controversias, según los requerimientos internos de cada uno de ellos.

El MP propone una serie de objetivos en las distintas perspectivas del sector (financiera, cliente, operaciones internas y talento humano), cada una de ellas con sus propias métricas e indicadores, y relacionadas unas con otras bajo un esquema “causa-efecto” que no permite que una subsista sin la otra. Así, iniciaremos por la parte más alta de la pirámide: las perspectivas financieras. Sin olvidar que para el cumplimiento de esos objetivos necesariamente deberán aplicarse los objetivos señalados en las perspectivas anteriores.

### 11.1. Perspectiva Financiera



Al ser los centros privados de administración de justicia obligados por ley a ser instituciones “sin fines de lucro” su objetivo financiero no puede estar ligado a la rentabilidad, sino más bien a la Auto Sostenibilidad de la institución. Es decir, que la misma pueda manejarse independientemente y no necesite recursos de instituciones ajenas al centro, que comprometan su independencia.

Los indicadores para medir este objetivo serían:

- Ausencia de déficit:
  - $Ingresos / Costos = \geq 1$
- Sostenibilidad por caso:
  - $Ingresos\ por\ caso / Costos\ por\ caso = \geq 1$

Por otro lado, el hecho de que los centros estén privados de su finalidad de lucro no significa que no puedan buscar potenciar sus ingresos, y de esta forma tener recursos adicionales para invertir en la calidad del servicio prestado y mejoras administrativas, siguiendo los lineamientos del “círculo virtuoso” al que se refería Posner (ver Capítulo 4).

Los indicadores para medir este objetivo serían:

- Nuevos clientes / año.
- Casos por cliente / año.
- Ingreso promedio por caso / año.
- Participación de mercado en el cantón donde opera el Centro.

Cada centro debe de tener claro qué clientes representan el mayor porcentaje de sus ingresos y enfocarse en obtener aún más relaciones con dichos clientes, sin sacrificar su independencia e imparcialidad.

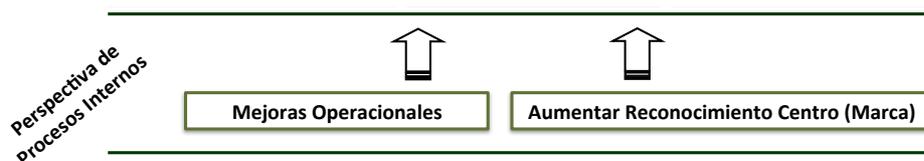
## 11.2. Perspectiva Clientes



Las diferentes perspectivas funcionan bajo una relación “causa-efecto”. Por lo tanto, para que los ingresos aumenten y los centros sean auto sustentables, se requieren ciertas acciones de parte de los centros en atención a sus clientes o usuarios, que en su vasta mayoría, son empresas. De igual forma, mejorar la satisfacción del cliente dependerá – en gran medida- de las acciones internas y mejoras operativas de los centros, pero también de la percepción que los clientes obtengan de esta mejora y la forma en la que dichas mejoras satisfagan las necesidades de los clientes. Este objetivo puede ser medido con los siguientes indicadores:

- Encuestas de calidad del servicio, orientadas a cuestiones específicas y practicadas por los clientes en distintas etapas del proceso, no solo al final del mismo, pues puede darse el caso de que por obtener un fallo adverso los clientes reporten negativamente el servicio obtenido cuando el mismo es independiente del contenido del laudo.
- Laudos impugnados ante justicia ordinaria / año por Centro y por árbitro.
- Calificación de árbitros en base a su rendimiento, selección de las partes, recusaciones, quejas, reconocimientos y calificaciones profesionales.

### **11.3. Perspectiva Procesos Internos**

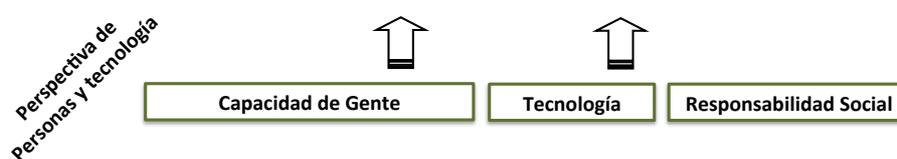


La calidad del servicio prestado a los usuarios depende en gran medida de la calidad del laudo o resolución del árbitro, según ya analizamos en el Análisis de Porter en el Capítulo 9. Sin embargo, el manejo del proceso por el personal del Centro también incide en la percepción de calidad que recibe el cliente, pues luego del árbitro, el personal es la cara que le sigue en visibilidad a la institución. Por ello, el tiempo de respuesta del personal, así como el manejo ágil y eficiente de los procesos a su cargo, debe estar en permanente mejora y revisión, pues es uno de los principales diferenciales de la justicia privada, en comparación con la pública. Veamos indicadores para este objetivo:

- Eficiencia en el manejo de los casos, medido en base a casos individualizados, con una muestra superior al 10%.:
  - Duración procesos.
  - Duración / Promedio de duración del Centro.
  - Duración / Promedio de duración del sector
  - Duración / Promedio de duración del sistema público de administración de justicia.
  
- Tiempo de respuesta a requerimientos de usuarios (dentro o fuera de procesos), medido en base a casos individualizados, con una muestra superior al 10%.
  - Tiempo de Respuesta (TR).
  - TR / Promedio de TR del Centro.
  - TR / Promedio de TR del sector
  - TR / Promedio de TR del sistema público de administración de justicia.

Lo anterior incidirá también en el reconocimiento que el Centro tenga dentro del mercado en el que opera. Toda vez que la Industria es “medianamente atractiva”, los Centros que ya operan deben enfocarse en su posicionamiento en el mercado, inclusive si son los únicos en su cantón, pues las barreras de entrada son bajas y en cualquier momento pueden montarse centros nuevos que mermarán sus ingresos y clientela. El principal indicador de este objetivo será la participación de mercado del centro, así como reconocimiento de marca dentro de los usuarios potenciales del mercado, resultados propios de un estudio de mercado, que cada centro deberá contratar de forma periódica para controlar el cumplimiento de sus objetivos.

#### **11.4. Perspectiva de Personas y Tecnología**



Finalmente, las perspectivas anteriores dependerán de las personas que integran las entidades privadas de resolución de conflictos. Los primeros dos objetivos de esta sección están relacionados con capacitación del personal y uso de nuevas tecnologías que vuelvan más eficiente el servicio y satisfagan de mejor manera las necesidades de los usuarios.

Indicadores para la capacitación estarán relacionados con el porcentaje del superávit invertido en capacitar a los árbitros y el personal del centro, y las horas que cada persona pasa en capacitación en comparación con las horas que trabaja en el centro. Se pueden incluir también indicadores que reflejen capacitaciones

en temas específicos, en centros fuera de la ciudad o región, seminarios internacionales, entre otros. Respecto de la tecnología empleada se pueden utilizar varios indicadores: *benchmarking* con centros extranjeros, porcentaje del presupuesto destinado a inversiones en ese campo, entre otros.

Finalmente, en lo que respecta a responsabilidad social, se puede implementar un sistema escalonado de cobros en relación por el servicio requerido por cada cliente, desde atención a PYMES y comerciantes informales en la resolución de sus controversias, hasta procesos ajenos a temas mercantiles, como familia. Esta experiencia le permitiría a los centros ampliar además su oferta de servicios y obtener ingresos en fuentes distintas a las habituales. Además, trabajar con sectores empresariales menos privilegiados permite asegurar fidelidad en clientes que luego podrán sobrepasar su estatus de PYMES y convertirse en medianas y hasta grandes empresas. Lo anterior sin olvidar el hecho de que las ofertas de servicios con carga de “responsabilidad social” permiten una mayor difusión de la labor del centro en los medios de comunicación, y por tanto un aumento en el conocimiento del público respecto de la institución.

Este objetivo puede ser medido, entre otros, por los siguientes indicadores:

- Ingreso de causas según cada escalón de tasas.
- Frecuencia de uso en clientes de bajos ingresos.
- Totalidad de ingresos generados por ese sector.
- Presencia de la institución en medios de comunicación en virtud de actividades de responsabilidad social.

## 12. BIBLIOGRAFÍA

1. Aiyer, S.-R. (1995). Foreword. En W. H. Malcom Rowat, *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean* (pág. 7). Washington D.C.: World Bank.
2. Aron, J. (2000). Growth and Institutions: A Review of the Evidence. *The World Bank Research Observer* , 15 (1), 99-135.
3. Arrarte A., A. M. (2013). *Apuntes sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales y su Eficiencia a Propósito de la Intervención Judicial*. Recuperado el 02 de Agosto de 2013, de Portal de Información y Opinión Legal, Pontificia Universidad Católica del Perú: [www.dike.pucp.edu.pe](http://www.dike.pucp.edu.pe)
4. Benson, B. L. (2000). *Justicia sin Estado*. Madrid: Unión Editorial.
5. Berman, H. J. (1973). *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge: University of Chicago Press.
6. Bullard G., A., & Soto C., C. (2011). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.
7. Bullard González, A. (2006). *Derecho y Economía, Análisis Económico del Derecho*. Lima: Palestra.
8. Cantuarias S., F. (1994). *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación MJ Bustamante.
9. Castaño Duque, G. (s.f.). *Planeación por Escenarios*. Recuperado el 02 de 08 de 2013, de Universidad Nacional de Colombia: [http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/sedes/manizales/4010014/Contenidos/Capitulo1/Pages/1.11/111Planeacion\\_por\\_escenarios.htm](http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/sedes/manizales/4010014/Contenidos/Capitulo1/Pages/1.11/111Planeacion_por_escenarios.htm)
10. CIDH. (1997). *Informe de la Situación de Derechos Humanos en Ecuador*. Washington: OEA.

11. CIDH. (1999). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington: OEA.
12. CIDH. (2005). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington D.C.: OEA.
13. Consejo de Derechos Humanos. (2008). *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal*. Organización de Naciones Unidas. Ginebra: Organización de Naciones Unidas.
14. Consejo de la Judicatura. (2013). *Plan Estratégico de la Función Judicial 2013-2019*. Quito: Consejo de la Judicatura.
15. Departamento de Estado . (2012). *Reporte sobre la Situación de los Derechos Humanos*. Washington D.C.: Departamento de Estado .
16. Despouy, L. (2005). *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*. Organización de las Naciones Unidas. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.
17. Doing Business. (2013). *Doing Business 2013*. Washington D.C.: Banco Mundial.
18. Donoso, J. C., Montalvo, D., & Seligson, M. A. (2013). *Cultura política de la democracia en Ecuador y en las Américas, 2012*. Quito: USFQ.
19. Fitch, L. (1974). *Increasing the Role of the Private Sector in Providing Public Services*.
20. González de Cossío, F. (2011). *Arbitraje*. México, D.F.: Ediciones Porrúa.
21. Hayek, F. A. (1988). *Derecho, Legislación y Libertad*. Madrid: Union Editorial.
22. Larrea, A. M. (2010). Comparecencia de Terceros en un Proceso Arbitral. *Revista Jurídica Universitaria - UCSG* , XXVIII, 35-51.

23. Malik, W. H. (1995). Overview. En W. H. Malcom Rowat, *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean* (págs. 1-7). Washington D.C.: World Bank Technical Papers.
24. Mezgravis, A. (2001). La promoción del arbitraje: un deber constitucional reconocido. *Revista de Derecho Constitucional* , 131-152.
25. Munné Catarina, F. (2004). *El Arbitraje en la Ley*. Barcelona: Ediciones Experiencia.
26. Neira Orellana, E. (2008). El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana. *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión* , 421-434.
27. North, D. (1990). *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*. Nueva York: Cambridge University Press.
28. Posner, R. A. (1998). Creating a Legal Framework for Economic Development. *The World Bank Research Observer* , 13 (1), 1-11.
29. Pricewaterhouse Coopers. (2013). *Corporate Choices in International Arbitration*. Londres: PricewaterhouseCoopers.
30. Pruitt, G. (Mayo de 1982). California Rent-A-Judge Justice. *Journal of Contemporary Studies* .
31. Salcedo Verguda, E. (2007). *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. Guayaquil: Distrilib.
32. Transparencia Internacional. (2013). *Corruption Perception Index*. Berlin: [www.transparency.org](http://www.transparency.org).
33. Vázquez Vega, J. (2009). *Guía Práctica para la Familia Empresaria*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
34. Weder, B. (1995). Legal Systems and Economic Performance: The

Empirical Evidence. En W. H. Malcom Rowat, *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean* (págs. 21-26). Washington D.C.: The World Bank Technical Papers.