

REPÚBLICA DEL ECUADOR
INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES



XXXI CURSO DE MAESTRÍA EN SEGURIDAD Y
DESARROLLO CON MENCIÓN EN GESTIÓN
PÚBLICA Y GERENCIA EMPRESARIAL

LOS PROCEDIMIENTOS DE MEDIACIÓN Y
ARBITRAJE COMO ALTERNATIVAS DE
SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Tesis presentada como requisito para optar por el título de Máster en Seguridad y Desarrollo con mención en Gestión Pública y Gerencia Empresarial.

Autora: Dra. Paulina Fernanda Armendáriz Lalama de Estrella
Asesor. Dr. Enrique Gómez Santillán

Quito, junio del 2003.



PDF
Complete

*Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

INVITACIÓN A LA ALEGRÍA

DEJAD ATRÁS A LOS TACITURNOS...
A ESOS HOMBRES QUE HABLAN COMO SI ESTUVIERAN LUCHANDO
O COMO SI DEBIERAN DESGARRAR LO QUE LES RODEA...
LA VIDA ES ALGO DEMASIADO BELLO PARA DESTROZARLA CON UN
GESTO HOSTIL....+ CON UNA PALABRA.
J. BARRERA B.

DEDICATORIA:

A RAMIRO,
MI COMPAÑERO, MI FUERZA, MI ALEGRÍA, TODO MI AMOR,
A CARLITA MI ILUSIÓN PRIMERA, MI NIÑA SEÑORITA,
A RAMIRITO INCASABLE LUCHADOR Y CAZADOR DE ILUSIONES,
A MI MADRE CON TODO MI CARIÑO Y FLORES DE ÑACHAG



PDF
Complete

*Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

AGRADECIMIENTO:

A DIOS POR PERMITIRME ESTAR HOY AQUÍ,
A QUIEN CON AMOR ME HA APOYADO EN ESTE EMPEÑO POR
CRECER, A MI AMADO RAMIRO POR SU COMPRENSIÓN, SU TIEMPO,
SU APOYO, SU AMOR, A MIS HIJOS SACRIFICADOS EN ESTE INTENTO
POR APRENDER NUEVAS TÉCNICAS PARA CAMBIAR EL MUNDO, QUE
LES DEJO, GRACIAS POR EXISTIR, A MI MADRE POR ENSEÑARME A
LUCHAR CON EJEMPLO Y TERNURA.

INDICE GENERAL.

DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTO.....	II
LISTA DE GRAFICOS.....	III
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I	
1.1.1. Antecedentes Históricos	7
1.1.1.1. La Mediación Desarrollo Histórico	8
1.1.1.2. El Arbitraje Desarrollo Histórico	11
1.2. Generalidades	14
1.2.1. Conflicto	14
1.2.1.1. Concepto	15
1.2.1.2. Dinámica Del Conflicto	15
1.2.1.2.1. Disputa	16
1.2.1.3. Escalada Del Conflicto	17
1.2.1.4. Expresión Del Conflicto	17
1.2.1.5. Heterocomposición	18
1.2.1.6. Crecimiento A Partir Del Conflicto	18
1.2.1.7. Conflicto Dirimido Por Un Juez	18
1.2.1.8. Forma De Reacción En Un Conflicto	18
1.2.1.9. Manejo Del Conflicto	19
1.2.1.10. Violencia En El Conflicto	19
1.2.1.11. ¿El Conflicto Es Beneficioso?	19
1.2.1.12. Conflictos Laborales	19
1.2.1.12.1. Conflicto Individual	20
1.2.1.12.2. Conflicto Colectivo	20
1.2.1.12.3. Conflicto De Derecho	21
1.2.1.12.4. Conflicto De Intereses	21

1.2.1.15.	Percepción Del Conflicto	21
1.2.1.16.	Conflicto Relación Con El Cambio	21
1.2.1.17.	Visión Positiva Del Conflicto	22
1.2.1.18.	Conflictos De Las Partes	22
1.2.1.19.	Conflictos Mediables	22
1.2.1.20.	Conflictos No Mediables	23
1.2.2.	Orden Público	23
1.2.3.	Confrontación	24
1.2.4.	Sistemas Alternativos De Resolución De Conflictos	24
1.2.4.1.	Medios Alternativos De Resolución De Disputas	24
1.2.4.1.1.	La Negociación	24
1.2.4.1.2.	La Conciliación	24
1.2.4.1.3.	La Mediación	25
1.2.4.1.4.	El Arbitraje	25
1.2.4.1.5.	La Evaluación Neutral Previa	26
1.2.4.1.6.	El Mini Juicio	26
1.2.4.1.7.	El Alquiler De Un Juez	27
1.2.4.1.8.	La Utilización De Expertos Neutrales	27
1.2.5.	Técnica Para La Resolución De Conflictos	28
1.2.5.1.	Técnicas De Discriminación Positiva	28
1.2.5.2.	Teoría De Los Juegos O De Las Situaciones Sociales	28
1.2.5.3.	Técnica De Síntesis (Molton D. Davis.)	29
1.2.6.	Sistema Adversarial	29
1.2.6.1	Sistema Judicial	30
1.2.7.	Métodos Adversariales	30
1.2.7.1.	Métodos Alternativos	30
1.2.7.2.	Métodos No Adversariales	31
1.2.8.	Negociar	31
1.2.8.1.	Planificación De Una Negociación	32

1.2.8.2.	Modelos Negociacionales	33
1.2.8.2.1.	Negociación Asistida	34
1.2.8.2.2.	Negociación Colaborativa	34
1.2.8.2.3.	Negociación Competitiva	35
1.2.8.2.4.	Negociación Cooperativa	36
1.2.8.2.5.	Negociación De Fuerza O Negociación De Poder	36
1.2.8.2.5.1.	Fuentes Del Poder	37
1.2.8.2.5.2.	Características Del Poder	37
1.2.8.2.6.	Negociación Distributiva	38
1.2.8.2.7.	Negociación Integrativa	38
1.2.8.2.8.	Negociación Razonada	40
1.2.9.	Acuerdo	41
1.2.9.1.	Características Del Acuerdo	41
1.2.9.2.	Condiciones Que Debe Cumplir	41
1.2.9.3.	Acuerdo Determinado Por El Jurado (Jury Determined Settlement)	42
1.2.9.4.	Juicio Sumario Por Jurados	43
1.2.9.5.	Acuerdo Negociado	43
CAPITULO II		
2.	Mediación	
2.1.	¿Qué Es La Mediación?	45
2.2.	Concepto De Mediación	46
2.3.	Abogado Mediador	51
2.4.	¿Qué Ventajas Ofrece La Mediación?	51
2.5.	Ciencias Que Le Aportan Conocimientos	52
2.5.1.	Sociología	53
2.5.1.1.	Sociometría	53
2.5.2.	Derecho	53
2.5.3.	Sicología	54

2.5.3.1.	Sicología Sistémica	54
2.5.3.2.	Sicología Social	55
2.5.3.3.	Teoría General De Sistemas	55
2.6.1.	Definición De Sistema	56
2.7.	Características De La Mediación	56
2.7.1	La Mediación Como Costumbre	58
2.7.2.	La Mediación Como Método	58
2.7.3.	La Mediación Como Negociación Colaborativa Facilitada	58
2.7.4.	La Mediación Como Sistema	59
2.7.4.1	Éxito De La Mediación	59
2.7.4.1.1	Finalidad De La Mediación	59
2.7.5.	Que No Es La Mediación	60
2.7.6.	Situaciones Difíciles Dentro Del Proceso De Mediación	60
2.7.6.1.	Abstención Del Mediador	61
2.7.7.	¿Qué Conflictos Pueden Resolverse A Través De La Mediación?	61
2.8.	Tipos De Mediación	62
2.9.	Ventajas Que Ofrece La Mediación A Las Partes	62
2.10	Modelos De Mediación	63
2.10.1.	Mediación Anexa A Los Tribunales	63
2.10.2.	Mediación / Arbitraje (Med/Arb)	64
2.10.3.	Medialoa	64
2.10.4.	Mediación Comunitaria	64
2.10.4.1.	Concepto De Mediación Comunitaria	65
2.10.4.2.	Mediación Empresarial	66
2.10.4.3.	Mediación En Conflictos Públicos	66
2.10.4.4.	Mediación Escolar	66
2.10.4.5.	Mediación Evaluativa	67
2.10.4.6.	Mediación Familiar	68

2.10.4.6.1.	Objetivo De La Mediación Familiar	68
2.10.4.7.	Mediación Fundada En Derechos	69
2.10.4.8.	Mediación Fundada En Necesidades	69
2.10.4.9.	Mediación Obligatoria	69
2.10.4.10.	Mediación Organizacional	70
2.10.4.11.	Mediación Penal	71
2.10.4.12.	Mediación Salomónica	71
2.10.4.13.	Mediación Terapéutica	72
2.10.4.14	Reglamento De Mediación	72
2.10.4.15	Aprendizaje Cooperativo	72
2.10.4.16	Casos En Que Es Recomendable La Mediación	72
2.10.4.17.	Casos En Que No Es Recomendable La Mediación	73
2.10.4.18.	Casos De Aplicación De Mediación Internacional	74
2.11.	Mediador	76
2.11.1.	¿Quién Es El Mediador?	76
2.11.2.	Estilo Del Mediador	79
2.11.3.	Tácticas Del Mediador	79
2.11.4.	Aspectos A Considerar El Mediador	80
2.11.5.	Categorías De Mediadores	80
2.11.6.	Código De Ética Del Mediador	81
2.11.7.	Conflicto De Intereses Del Mediador	81
2.11.8.	Cualidades Del Mediador	81
2.11.9.	Deontología Profesional Del Mediador	82
2.11.10.	Características Del Mediador	82
2.11.11.	Evaluación Del Mediador	82
2.11.12.	Función Del Mediador	83
2.11.13.	Habilidades Del Mediador	83
2.11.14.	Tareas Del Mediador	84
2.11.15.	Honorarios Del Mediador	84

2.11.16.	Profesionalidad Del Mediador	85
2.11.17.	Roles Del Mediador	85
2.11.18.	Tipos De Mediador	86
2.11.18.1.	Mediador Familiar	86
2.11.18.2.	Mediador Intervencionista	87
	Médiateur De La Republique, Le	87
2.12.	La Mediación En La Legislación Ecuatoriana	88
2.12.1.	En El Código Civil	89
	Voluntario	90
	Transigible	90
	Extrajudicial	90
2.12.2.	En El Código Del Trabajo	92
2.12.3.	Ley De Arbitraje Y Mediación	95
2.12.4.	Ley Organica De La Defensoría Del Pueblo	96
2.13.	Diferencias Existentes Entre La Mediación Y Los Otros Medios	
	Alternativos Para La Resolución De Conflictos	97
2.13.1.	Mediación Y Arbitraje	97
2.13.2.	Mediación Y Conciliación	98
2.13.3.	Mediación Y Experto Neutral	100
2.13.4.	Mediación Y Ombudsman	101
2.14.	Centros De Mediación	102
2.14.1.	¿Qué Funciones Cumplen Los Centros De Mediación?	102
CAPITULO III		
3.	Arbitraje	105
3.1.	¿Qué Es El Arbitraje?	105
3.1.1.	El Arbitraje: Concepto, Definición, Características, Clasificación	106
3.1.1.1.	Concepto	106

3.1.1.2.	Definición	108
3.1.1.3.	Características	108
3.1.1.4	El Consentimiento	110
3.1.1.5	Clasificación	111
3.1.2.	Características Del Árbitro	112
3.1.2.1.	Competencia De Los Árbitros	114
3.1.2.2.	Contrato De Árbitro	114
3.1.3.	Los Centros De Arbitraje	115
3.1.3.1	Sede Del Arbitraje	116
3.1.4.	Reglamento De Arbitraje	116
3.1.5.	Sentencia Arbitral	116
3.1.6.	Jurisdicción Privada	116
3.1.7.	Procedimiento	117
3.1.7.1.	De Equidad	118
3.1.8.	Diferencia Con El Juicio Y La Mediación	119
3.1.8.1.	Diferencia Con El Juicio	119
3.1.8.2.	Diferencia Con La Mediación	119
3.1.9.	Elección	121
3.1.10.	Materias Excluidas De Arbitraje	121
3.1.11.	Tipos De Arbitraje	122
3.1.12.	Ventajas Que Ofrece	123
3.1.13.	Clases De Arbitraje	124
3.1.13.1	Arbitraje Institucional	124
3.1.13.2	Arbitraje Internacional	124
3.1.13.3	Arbitraje Comercial Internacional	125
3.1.13.4	Arbitraje Máximo Y Mínimo	125
3.1.13.5	Arbitraje / Mediación	126
3.1.13.6	Arbitraje Multiparte	126
3.1.13.7	Arbitraje Transnacional	127

3.1.13.8	El Arbitraje Y La Justicia Oficial	127
3.1.14	Convenio Arbitral: Cláusula Compromisoria	129
3.1.14.1	Compromiso Arbitral	129
3.1.14	Contrato De Arbitraje	130
3.1.15	Laudo	130
3.1.16	Recursos	130
3.1.16.1	Recursos En Materia De Arbitraje	131
3.1.16.2	Apelación, Del Laudo Arbitral	131
3.1.17	Sentencia Arbitral	131
3.1.18	Tribunal Arbitral	131
3.1.19	La Jurisdicción Arbitral	132
3.1.20	La Naturaleza Jurídica Del Arbitraje Corrientes	133
CAPITULO IV		
4.	Estudio De Derecho Comparado	134
4.1	Mediación	134
4.1.1.	Estados Unidos De Norteamérica, Ecuador	134
4.1.2.	Argentina, Ecuador	140
4.1.3.	Colombia, Ecuador	144
4.2	En Arbitraje	146
4.3.	Conclusiones Y Recomendaciones	152
4.3.	Bibliografía	156
	Anexos	

INTRODUCCIÓN

Cuando pensamos en un conflicto a nuestra mente viene el proceso de complejización e intensificación que el conflicto va adquiriendo en el tiempo, haciendo cada vez más difícil su solución civilizada.¹ debido a que es una forma de conducta competitiva entre personas o grupos sobre objetivos o recursos limitados percibidos como mutuamente incompatibles² y todo por una diferente forma de percibir los objetos, como lo dice Eduardo de Bono se ve las cosas de manera diferente, porque quiere cosas diferentes su estilo de pensamiento les estimula a ello supone que debe discrepar+todo esto supone que cuando -el problema- se convierte en crisis sea tratado dentro del campo jurídico; más si colocamos como alternativas a la Mediación, el Arbitraje y la Administración de Justicia, el primer pensamiento que surge es el perfil alternativo de la Mediación y el Arbitraje.

Los problemas por la falta, demora excesiva en la obtención de justicia, conflictos legales internos, son muy graves, y pueden degenerar en un constante peligro social, para hacer frente a ellos es imperioso impulsar medios que suplan las falencias a las que hice referencia.

Debido al enorme incremento de conflictos y por tanto de litigios que ya han superado totalmente la capacidad de los Juzgados y Tribunales de Justicia, originando una lentitud agobiante, tomando importancia los medios de resolución alternativa de disputas bajo varias formas, entre ellas las mas comunes la mediación y el arbitraje, técnicas que además propiciarían el descongestionamiento del sistema de administración de justicia, método que no prevé la existencia de Juzgados destinados a atender asuntos de menor

¹ NOGUERA Vidal, citado en las notas de clase del Dr. PUERTAS Robeth, docente del IAEN

² BOULDING 1982, citado por el Dr. ECHEVERRIA J. ABEL docente del IAEN, Notas de clases

cuantía, o que por definición deben caracterizarse por su agilidad, flexibilidad y consecuentemente menor costo, como los Small Claims Courts americanos, como en la legislación ecuatoriana estas cortes no se contemplan los Juzgados y Tribunales de Justicia ordinarios del país, se ven obligados a resolver también estos casos los que constituyen una conjunto considerable de litigios.

El término "alternativo" quiere decir alerno, facultativo, electivo, elegible y a partir de ahí, se puede trazar un cuadro más complejo en las relaciones entre la Administración de Justicia, la Mediación y el Arbitraje para finalmente plantear, como conclusión los retos de futuro en que la proliferación de la mediación y el arbitraje planteará cambios profundos a la concepción tradicional del sistema judicial.

La mediación y el arbitraje son "sistemas alternativos de resolución de conflictos", una "alternativa extrajudicial o extra jurídica de resolución de conflictos", instituciones que forman parte del movimiento de los ADR (Alternative Dispute Resolution), procesos con énfasis en el término "alternativo" como elemento diferenciador de la Mediación y el Arbitraje respecto de la Justicia Formal.

La Mediación y el Arbitraje se constituyen en mecanismos de solución de controversias con especiales características: dinamismo, celeridad, bajo costo, mantenimiento de óptimas relaciones comerciales entre las partes y solución ya sea de acuerdo a las voluntad de las partes (mediación) o conforme a derecho (arbitraje).³

³ MALDONADO Gabriela, "Arbitraje en Propiedad Industrial para la Comunidad Andina", Universidad Andina Simón Bolívar- Bolivia.

Estos medios coadyuvan al descongestionamiento de labores de los Juzgados y Tribunales de Justicia. Sistemas alternativos de solución que deben estar siempre en el marco de las competencias y atribuciones que les han sido asignadas por la ley. %a. sus actividades, por lo tanto, pueden justificarse en su propia autoridad, pues solo la ley consigue otorgar facultades de actuación. Si los sistemas mencionados no tiene previamente una autorización legal para actuar, simplemente no deben hacerlo.⁴

En esta tarea de mediar y arbitrar las herramientas básicas en el trabajo del mediador y el arbitro son la palabra y la comunicación. La comunicación es un desarrollo metódico múltiple, es un grupo de acciones en la que están comprometidos al menos dos seres vivos, que se interrelacionan y se participan información susceptible de modificaciones, por lo explicado, esta es una herramienta de mucha importancia, y usando la otra herramienta planteada -la palabra- se alcanzará el desenlace del problema.

La implementación aún incipiente de estos sistemas han dado resultados razonablemente buenos, produciendo cierto alivio a los Juzgados y Tribunal de Justicia. %Sin duda estamos en los primeros pasos. Varias cuestiones deben todavía considerarse . sin embargo el camino está iniciado-. Se está extendiendo la inclusión de cláusulas compromisorias -de Mediación . Arbitraje- en los contratos. Ello también traerá como consecuencia la mayor utilización de arbitraje y mediación, instituciones hasta ahora muy poco utilizadas, pese a su muy antigua vigencia, . con el consecuente alivio de los Tribunales de Justicia-.⁵

El cambiante y progresivo mundo actual transforma las necesidades y

⁴ COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, Revista òRetos y Posibilidadesö, Quito, 1998, p. 56.

⁵ Dr. URIBURU Oscar, Seminario òJornadas sobre Solución de Conflictos y Mediaciónö. Notas.

%. la economía actual, la globalización, los procesos de integración regional, el libre comercio internacional , Internet, el uso de software avanzado, la tecnología de redes, las telecomunicaciones y el comercio electrónico, generan una gran cantidad de negocios que requieren, en caso de conflicto, de soluciones rápidas, especializadas y que den seguridad jurídica a las inversiones, descomprimiendo de este modo la actividad jurisdiccional del Poder Judicial mediante otras vías alternativas de resolución de conflictos. Con motivo de esta nueva era digital se deviene indispensable el rediseño de un marco legal que sea adecuado a la misma.⁶

Al evaluar los procesos de integración, el impacto social, económico y cultural del mundo contemporáneo y el avance vertiginoso de la ciencia, tecnología y la comunicación, se considera relevante la legislación positiva de los derechos inmateriales.

Circunstancias repetitivas de lentitud y actos corruptos ligados a la administración de justicia, hacen que hoy se cuestione severamente la capacidad del sistema procesal para resolver rápidamente los conflictos entre particulares, especialmente en lo procedente del incumplimiento de las obligaciones.

"Muchos autores norteamericanos han escrito sobre la notoria discrepancia entre la ley y la práctica en América Latina. Muchas naciones de América Latina tiene instituciones legales semejantes a las vigentes en las naciones europeas más avanzadas, si bien carecen de estructuras sociales democráticas. En muchos de estos países, una gran parte de la población jamás participa en la creación del sistema legal formal. En general hay una

⁶ LUPO J. Mario, Revista Tribunal Arbitral de Propiedad Horizontal de la República Argentina, 2002, pag. 14

tendencia a usar influencias personales y regulaciones administrativas pueden, en la práctica, limitar seriamente la influencia de los tribunales y aumentar la importancia de consideraciones extralegales. La disparidades de medios económicos e influencia, junto con la poca confianza en la profesión de abogado y en la eficacia de los tribunales en comparación con la que existe en los Estados Unidos, incrementa más la preferencia cultural de resolver problemas a nivel personal. Los reclamos por daños y perjuicios en los tribunales se dan con mucho menos frecuencia que en los Estados Unidos... Pero se debe tener en cuenta que, como síntoma de subdesarrollo, América Latina pregona y hasta legisla, ideologías sociales que toma prestadas de los países más desarrollados, mucho antes de estar preparada a ponerlas en práctica".⁷

En el comercio internacional la práctica de la mediación y el arbitraje se ha extendido, las partes fijan una cláusula expresa para establecer, coherente a la soberanía de su voluntad, cual será el derecho aplicable para tutelar su intervención, en particular para los casos de conflictos, eligiendo el más adecuado a sus fines, e inclusive determinando el juez competente, alejándose del sistema procesal tradicional. Chiovenda presagiaba que "El juez del porvenir volverá a parecerse al árbitro bajo la triple relación de economía, sencillez y confianza de los litigantes", es esto llegar a tener jueces desempeñándose como árbitros, siendo parte de procesos económicos y sencillos y ligados a la confianza de los usuarios.

En la legislación ecuatoriana desde algún tiempo atrás se contempla como un procedimiento alternativo el uso de los procedimientos de Mediación

⁷ RICHARD Efraín Hugo Dr., Revista LEX Artículo: Sistema Creativo de Solución de Controversias. pags. 21



*Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

(década de los noventa) y Arbitraje (finales de la década de los sesenta) para la resolución de conflictos dentro del ámbito público como privado, con mayor incidencia en los de procedencia privada, produciendo resultados de efectos positivos, si suponemos que se han evitado el inicio de juicio innecesarios.

CAPITULO I

1.1. ANTECEDENTES

1.1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Como producto de la evolución de la civilización y de la justicia por mano propia (la ley del más fuerte, la venganza privada y la ley del talión), aparece la mediación, esta es anterior al derecho positivo y a la instauración de Tribunales y Jueces.

Con la aparición de la monarquía primitiva, los reyes emprenden en oficiar como jueces, (corresponde citar como ejemplo al rey Salomón y sus fallos salomónico).

Al comenzar la Edad Media -con la caída del imperio romano- el rey es reemplazado por el señor feudal quien da protección a sus siervos a cambio del tributo. Años más tarde, en la Francia medieval, el arbitraje doméstico fue reemplazado por los jueces señoriales que son nombrados por los señores feudales.

Ya en la antigua China (Confucio) se conocían los Comités Populares de Conciliación.

En Japón se prefiere la mediación al juicio, el líder de una población es el mediador.

En África una Asamblea resuelve los problemas sin arbitro, jueces o sanciones.

En el Nuevo Testamento.- Pablo pide a los Corintos no acudir a Tribunales, sino nombrar personas de la comunidad para conciliarlas litigios ¿Osa alguno de vosotros, cuando tiene algo contra otro, ir a juicio delante de los injustos, y no delante de los santos?...+(1 Corintio 6:1-4). Bendito los pacificadores, porque ellos serán llamados hijos de Dios+(Mateo, 5:9).

En Estados Unidos por influencia de los inmigrantes chinos y judíos se establecieron servicios de conciliación desde 1920. En 1980, el Congreso Americano aprobó la Dispute Resolution Act, que estableció programas alternativos de resolución de conflictos a nivel nacional.

En el Ecuador dentro del proceso judicial constan las Audiencias de Conciliación. A mediados de la década de los sesenta se promulga la Ley de Arbitraje comercial. Desde 1992, se empieza a hablar del tema y las ONG's empiezan a realizar proyectos, 1997 se promulga la Ley de Arbitraje y Mediación. En la actualidad existen 23 Centros de Mediación en el país y otros que han solicitado se les conceda los permisos correspondientes para su creación.⁸

1.1.1.1. LA MEDIACIÓN DESARROLLO HISTORICO:

Thesmonetas (Grecia Antigua): Se encargaba la disuasión y preservación de los espíritus en crisis para avenirlos en transacción o compromisos arbitrales.⁹ En el Derecho Romano existían los jueces de avenencia y, en la época de Cicerón, los juicios de árbitros de equidad.

El Tribunal de Aguas de Valencia (1239) mediaba entre los campesinos para regular el uso del agua. Se reunía una vez por semana en las puertas de la Catedral de Valencia.¹⁰

En México (Oaxaca) se regulaban los conflictos populares combinando

⁸ Dr. PUERTAS R. Roberth, docente del IAEN, Notas de clase.

⁹ VIEITES Fernando, DICCIONARIO, pag. 385

¹⁰ DERECHO ROMANO, Notas de clase Universidad Central del Ecuador, Escuela de Derecho.

procesos y culturas indígenas y castellanas. La idea Zapoteca de "balance" procuraba restablecer el equilibrio en las relaciones interpersonales.

En la primera Conferencia por la Paz de La Haya (1899) los Estados acuerdan: "...el papel del mediador consiste en conciliar las reclamaciones antagónicas y apaciguar los sentimientos de agravio que puedan haber surgido entre los estados desavenidos..."

En el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Art. 12) se describen las funciones del mediador y las principales características del proceso.

En la antigüedad estaba configurada la componenda de las partes más no investía un acto de decisión.

La mediación, ha ido perfeccionándose, como toda institución y ha llegado a adquirir importancia y trascendencia; se ha ido reforzando su eficacia, a lo largo de su existencia como método efectivo proporcionador de soluciones más viables a los litigios.

El sistema aparece como participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o a interesados. Más tarde pasó a ser el apaciguamiento real o intentado en una controversia, conflicto o lucha. Mediación es ~~la~~ intervención, intercesión, conciliación¹¹

Dentro del estudio del derecho se toma la materia de Derecho Internacional Público allí se analizan las posibilidades de la solución pacífica de las controversias y esta se viabiliza a través de figuras como la

¹¹ CABANELLAS Guillermo *õ*Diccionario Jurídico Elementalõ pag. 253

negociación, los buenos oficios, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Luis Solari Tudela dice que esta solución pacífica de las controversias, son tratadas tanto la Carta de las Naciones Unidas como la Carta de la OEA. En la Carta de Naciones Unidas el artículo 1º se señala "lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional...." Estos medios pacíficos que hace referencia el artículo 1º se recogen en el artículo 33 de la carta en mención.

La Carta de la OEA establece en su artículo 3º, inciso h, que: "las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más Estados Americanos deben ser resueltas por medio de procedimientos pacíficos". Pasa a detallar éstos en su artículo 24 así "...la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje...". Estos organismos consideran otras formas de lograr solucionar controversias de forma pacífica y entre los medios considerados, está la mediación y el arbitraje.

En el sistema procesal ecuatoriano, históricamente, se ha contemplado, como fórmula para concluir un litigio, la instancia denominada "audiencia de conciliación". No obstante, ésta se ha depreciado, pasando a convertirse en un trámite más; a la que asisten los abogados para ratificarse y ventilar los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y en su contestación ante el funcionario del juzgado, que no es necesariamente el Juez de la causa.

La práctica judicial y la tendencia a la confrontación ha desaprovechado este valioso recurso para resolver -por mejor vía- el conflicto. Creo que en parte, se debe a la misma enseñanza del Derecho, que esta inclinada a

formar abogados litigantes; tenemos como fin solucionar conflictos exclusivamente por medio del juicio; no estamos adiestrados para evitar o prevenir el litigio mediante el uso de otros procesos.

La corriente mundial actual, determina que el Ecuador se inscriba dentro de los mecanismos alternativos para resolver conflictos y la vieja conciliación judicial se robustece en la figura del arbitraje como institución jurídica autónoma e independiente.

Hoy se buscan medios rápidos para resolver controversias, y se utiliza la mediación y el arbitraje para solucionar diferendos entre personas (tanto naturales como jurídicas), considerándose como un instrumento valioso y más humano, que llevar a los Tribunales de Justicia la causa tema del conflicto, siempre que las disposiciones legales no lo prohíban y puedan ser resueltos a través de las opciones a las que hago referencia.

1.1.1.2.EL ARBITRAJE DESARROLLO HISTORICO

Su origen y posterior perfeccionamiento le ha dado la calidad histórica que hoy ostenta, el arbitraje, la contribución de la doctrina, legislación y jurisprudencia arbitral han ido fortaleciendo la validez de este sistema de solución de disputas.

El arbitraje en las sociedades primitivas surge con la idea del tercero neutral, que con su conciliación resuelve las disputas al interior del grupo. Los altercados solucionados por la fuerza o ~~la~~ mano armada+ van perdiendo vigencia, se emprende con la renuncia al derecho de decidir las disputas ~~la~~ mano armada+y se las somete al fallo de terceros elegidos entre las personas más importantes de la colectividad. Las partes se sometían a lo dispuesto por

el tercero conciliador aceptando lo que se debe modificar y los exhortaban a someterse a un arreglo pacífico. El tercero neutral brindaba a las partes su intervención y los incitaba a plantearse un convenio.

En esta etapa surge la confianza en el tercero imparcial que actúa cumpliendo un compromiso para solucionar controversias privadas. Este tercero ecuánime, siguiendo pautas iniciales, aplicaba su criterio personal para arbitrar los asuntos que le eran sometidos a su conocimiento.

En el Derecho Romano¹² se acuerda confiar el arbitraje a hombres considerados rectos y buenos. La Ley del Talión, Ley de las 12 Tablas y el Derecho Pretoriano, contenían normas sobre Arbitraje, iniciándose una etapa en la formación jurídica y orgánica del arbitraje, mediante regulaciones en las funciones del árbitro y sus responsabilidades, así como el carácter del laudo arbitral y diversos aspectos elementales sobre el compromiso.¹³

La concepción del Derecho español y francés propagaba la difusión de la práctica del arbitraje reglamentándose la institución con normas relativas a los árbitros de derecho y los amigables componedores. El Fuero Juzgo, las Ordenanzas Reales de Castilla y la Recopilación de Indias, formulan disposiciones sobre el régimen arbitral para España y sus colonias.

El Derecho francés contiene principios sobre el arbitraje obligatorio, que la Revolución Francesa consagró con proyección internacional. Durante el Siglo XVI aparecen las asociaciones comerciales creando para sus socios el arbitraje hasta que unos años más tarde una ley establece la prohibición del

¹² DERECHO ROMANO, Notas de clase, Universidad Central Escuela de Derecho.

¹³ CAMACHO PORCEL, Adrián. Derecho Romano. Sucre, Bolivia. 1987.

arbitraje y la creación de tribunales de comercio, representando esta proscripción un retroceso en este ámbito. Con la Revolución Francesa de 1789 aparece nuevamente el arbitraje y este se plasmó en la carta constitucional en la que se establece el derecho que tienen los ciudadanos de someterse al arbitraje siempre que las partes lo resuelvan así y de manera voluntaria.¹⁴

El arbitraje como una concepción objetiva y conciliadora, encuentra en esta etapa una sistematización sobre las distintas materias de la disciplina arbitral, con regulaciones en los Códigos de Procedimiento Civil de los distintos países.

Entre los instrumentos internacionales del arbitraje latinoamericano merecen destacar el Tratado de Derecho Procesal Internacional (Montevideo 1940), el Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante 1928), la Convención Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional referido a la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (Montevideo 1979).¹⁵

Hoy el arbitraje esta dirigido por instituciones especializadas, que ponen al servicio del tráfico mercantil un mecanismo útil para la solución de conflictos en el orden nacional o internacional.

El arbitraje ha alcanzado un importante desarrollo en los últimos años, la organización del sistema arbitral, cuenta hoy con instituciones de prestigio internacional, tales como la Cámara de Comercio Internacional de París, la

¹⁴ LUPO J. Mario Revista Tribunal Arbitral de Propiedad Horizontal de la República de Argentina, 2002, pag. 68

¹⁵ Informe de resolución de la Comisión Andina de Juristas, 2002, pag. 5

American Arbitration Association, y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, -entre otras- sus reglamentaciones tienen reconocimiento en convenios internacionales y contribuyen con servicios y prácticas arbitrales a la efectiva solución de disputas que se presentan en el comercio internacional

En Ecuador hasta 1963, lo que se refería al arbitraje voluntario se encontraba regulado en la Sección 33-A del Código de Procedimiento Civil y en la Ley Orgánica de la Función Judicial, regulando lo relativo al comercio nacional e internacional pues no se hacían distinciones, bajo estas normativas se solo tiene aplicación el arbitraje ad hoc. El 23 de octubre de 1963, la Junta Militar de Gobierno con decreto 735, expidió la Ley de Arbitraje Comercial.¹⁶

1.2. GENERALIDADES

1.2.1. CONFLICTO:

Para que sea necesaria la intervención de las Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos -(TARC: Traducción de la sigla ADR (Alternative Dispute Resolution) empleada en Estados Unidos para representar la diversidad de componentes que pretenden solventar las diferencias, fuera del tradicional sistema adversarial de los tribunales de justicia, de las que las más usuales son la negociación, el arbitraje y la mediación)- medios alternativos de solución de conflictos, es forzosa la presencia del conflicto siendo ésta la relación que se establece entre las partes, situación en la que las dos partes procuran la obtención de objetivos que son, pueden ser o parecen ser para alguna de ellas, incompatibles.

¹⁶ LARREATEGUI Carlos, "Contribución al Estudio del Arbitraje Privado" 1982, pag 23

1.2.1.1. Concepto.

Conflicto es la divergencia de interés, es la creencia de que las aspiraciones corrientes de las partes, no pueden lograrse simultáneamente. Se constituye en un fenómeno normal .no necesariamente negativo- que posee potencialidades positivas y puede servir incluso para fortalecer ciertas relaciones del sujeto, puede tener lugar entre individuos, grupos y naciones y son inherentes a la naturaleza humana.

Es la situación que implica divergencia de intereses en relación con un mismo contexto o el convencimiento de que los objetivos de las partes no pueden obtenerse paralelamente. En forma general, es la relación de discordancia o de mutua exclusión entre dos o más elementos de un conjunto. Muchas veces el conflicto real no tiene relación directa con el conflicto que se ha manifestado. ¹⁷

1.2.1.2. Dinámica del conflicto:

Esta se da por los distintos estados que se producen durante el desarrollo de una controversia. Determina la fase en que se encuentra la disputa no es una tarea fácil, pues la interacción es continua. La apreciación por parte del mediador . juntamente con los hechos- permite: identificar las necesidades prioritarias, aclarar presuposiciones y prejuicios, destacar el terreno común, poner énfasis en el futuro, diagramar y reforzar el procedimiento, revalorizar y estimular a las partes, replantear el problema, facilitar el surgimiento de ideas o lo que se conoce como: ~~T~~orbellino de ideas+

¹⁷ OMPI. Centro de Mediación y Arbitraje. <http://www.arbiter.wipo.int/arbitration/arbitrationrules/complete-es.html>. Abril de 2001.

(brainstorming) este es un proceso mediante el que se procura, sobre la base de los intereses, generar distintas aproximaciones a una solución del problema. Para ello el mediador debe previamente apreciar los hechos y la dinámica del conflicto. Es una técnica altamente colaborativa para generar opciones de acuerdo.

Las instrucciones para generar un "torbellino de ideas" (brainstorming):

1) Clima: informal, permisivo al máximo, sin críticas y sin exigencias metódicas (existe la posibilidad de que en el conjunto disperso e inconexo de ideas, aparezca la solución que justifique todo lo demás.

2) Objetivo:

a) desarrollar y ejercitar la imaginación creadora; dar lugar a la capacidad de establecer nuevas relaciones entre las opciones e integrarlas de una manera distinta,

b) producir ideas originales o soluciones nuevas.

3) Paso básico: identificar los resultados deseados por las partes.

1.2.1.2.1. Disputa:

Su interpretación literal es, porfiar y altercar con calor y vehemencia; contender, competir, rivalizar¹⁸. Son muy complejas cuando se presenta como la abrumadora dificultad en su resolución; el mediador debe colaborar en la organización de la negociación, por ejemplo, confeccionando temarios,

¹⁸ VIEITES Fernando, "Diccionario",
DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO OCÉANO UNO
CABANELLAS Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental"

conciliando la descripción de los hechos que realizan las partes.

1.2.1.3. Escalada del conflicto:

Esta realidad se afronta cuando el conflicto empieza su crecimiento y presenta un grado importante de desarrollo. Por ejemplo, si las partes han estado negociando largamente, se han visto impotentes para hacer progresos y el conflicto ha elevado, lo más probable es que se sientan fracasadas y al borde de la decepción.

1.2.1.4. Expresión del conflicto:

Si bien de acuerdo a cada lugar el conflicto varía, éste, se va ha adaptar a las características culturales; los conflictos, sucedan donde sucedan, tienen similares expresiones:

- las relaciones se deterioran,
- la comunicación se interrumpe,
- los sentimientos son lastimados,
- las actitudes se polarizan,
- se pierde tiempo y dinero,
- las partes se sienten heridas,
- deprimidas,
- desapoderadas.

1.2.1.5. Heterocomposición:

En su forma pura ocurre exclusivamente en el marco de un proceso judicial. Con este nombre se le conoce a la situación en la que la solución

para un conflicto entre dos partes enfrentadas es impuesta desde fuera. Siempre tiene lugar ante la ausencia de acuerdo.

1.2.1.6.Crecimiento a partir del conflicto:

Dependiendo de forma en la que sea visto el conflicto, este puede beneficiar y hacer alcanzar crecimiento social si se ven los conflictos como posibilidades de generar sistemas de creatividad para encontrar soluciones y elaborar programas sistemáticos para la resolución de los mismos, es decir preventivos y creativos.

1.2.1.7.Conflicto dirimido por un juez:

Este se produce cuando el conflicto es sometido y zanjado al dictamen de un juez generalmente, la percepción de los otros será como adversarios - ganadores o perdedores- y a los perdedores como objetos de sanción más que como sujetos.

1.2.1.8.Forma de reacción en un conflicto:

Los recursos más frecuentes de reacción frente al conflicto son:

- combativa,
- evasiva.

1.2.1.9.Manejo del conflicto:

Implica la responsabilidad de las partes y su deseo de reformar, reconstruir o alterar el curso natural de los mismos.

1.2.1.10 Violencia en el conflicto:

Su manifestación en el tratamiento de un conflicto puede erradicar sus potencialidades positivas dando lugar a la discordia. Su exteriorización en el contexto de un conflicto suele erradicar las potencialidades positivas de éste, forjando la disolución del diálogo en algunos casos y la degeneración de una espiral de violencia creciente, en muchos otros. Es un modelo de reacción frente al conflicto.

1.2.1.11. ¿El conflicto es beneficioso?:

Para Pruitt y Rubin, el conflicto se opone al desarrollo social (innovación, creatividad). Permitir su desarrollo natural impide adoptar decisiones prematuras y, por lo tanto, pobres. El miedo a contrariar al otro, podría impedir exponer nuestros puntos de vista para que el otro nos entienda. Permite en su proceso de dilucidación alcanzar la justicia, puesto que situaciones aparentemente tranquilas, suelen enmascarar injusticias y explotación interpersonal. Sin embargo el mismo puede generar situaciones creativas que buscan solucionar el conflicto encontrando salidas y nuevas alternativas.

1.2.1.12. Conflictos laborales:

En el campo de las relaciones laborales pueden dividirse, por un lado, en **%individuales+y %colectivos+y**, por el otro en **%de derecho+o %de intereses+**.

Frente a su aparición se adoptaron diferentes formas de solución:

- la fuerza,
 - la negociación,
 - la mediación,
 - el arbitraje,
 - la combinación de mediación y arbitraje,
- otras combinaciones entre los mecanismos posibles.

1.2.1.12.1. Conflicto individual:

En el campo laboral es aquel que alude al interés propio del afectado. Puede ser pluriindividual cuando afecta a más de una persona o cuando sus consecuencias repercuten en muchos individuos.

1.2.1.12.2. Conflicto colectivo:

Se presenta en el derecho del trabajo, el que reconoce su origen en un interés cualitativamente colectivo. Puede ser de derecho o de intereses, se ocasiona cuando se enfrentan uno o varios empleadores con un grupo de trabajadores. Su solución, en el campo de las relaciones laborales, consiste en todo un esfuerzo de ingeniería social tendiente a evitar la escalada del conflicto y las consecuencias desfavorables que, para ambas partes, puede declinar si se produce un agravamiento de la contienda colectiva.

1.2.1.12.3 Conflicto de derecho:

Este es el conflicto que se alcanza cuando se encuentran afectados derechos los que son reclamados por entender que no han sido tratados de

acuerdo a lo previsto en los convenios colectivos y leyes comunes a todos los seres humanos.

1.2.1.12.4 Conflicto de intereses:

También denominados conflictos económicos o de negociación. En el campo de las relaciones laborales son aquellos que se generan como consecuencia de la contraposición de los intereses de los trabajadores, representados por un sindicato, y los del empleador o asociación de empleadores, y en las otras materias son los interés individuales o de grupos.

1.2.1.15. Percepción del conflicto:

La forma de percibir el conflicto puede degenerar en una crisis, choque de intereses, carga negativa, sensación de problema, originar trabas, ruptura o peligro, es por tanto la manera personal de discernir el conflicto.

1.2.1.16. Conflicto relación con el cambio:

Para Acland conflicto y cambio son inseparables, debiendo determinarse: quién tiene que cambiar, qué tiene que cambiar, quién paga el precio del cambio, cuál es el precio y cuándo y cómo se paga, y el conflicto genera obligatoriamente el cambio.

1.2.1.17. Visión positiva del conflicto:

Se puede tener una visión positiva del conflicto este puede ser el motor para el cambio, generador de energía creativa, mejorador de situaciones,

oportunidad para el crecimiento personal, fortalecedor de vínculos intergrupales afines, reductor de tensiones incipientes (cuando se manifiesta) en el grupo de afines por cuanto permite identificarlo y solucionarlo o ponerlos al descubierto.

1.2.1.18. Conflictos de las partes:

Estos conflictos suelen configurar un obstáculo para la mediación, y se los puede identificar en dos ámbitos internos y entre las partes.

Pueden ser internos: Se plantea entre los integrantes de una de las partes. Lo que el mediador puede procurar es que ese conflicto salga a la luz y, luego, reunirse en privado con el grupo para que lo describa.

Entre las partes: Cuando una persona no participa del proceso de mediación y otra parte sí lo hace, en este caso el mediador puede, con consentimiento del participante, ponerse en contacto con el ausente e invitarlo a participar de la negociación.¹⁹

1.2.1.19. Conflictos mediables:

Los conflictos se presenta en escenarios de altercado que pueden ser decididas dentro del marco de la mediación y de los restantes procedimientos existentes para la resolución alternativa de diferendos, los conflictos mediables son aquellos que por sus características son susceptibles de ser solucionados o resueltos a través de los ADR.

¹⁹ CABANELLAS Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, 1993, pag. 83

1.2.1.20. Conflictos no mediables:

Estos en cambio son situaciones que no pueden ser resueltas por la vía de resolución alternativa de conflictos por encontrarse comprometido el orden público (ejemplo: filiación, adopción).

La mediación y el arbitraje no son la panacea universal ni la solución ideal para todos los casos. Puede desaconsejarse en muchos supuestos (ejemplo: retardo mental, daño cerebral, psicosis, caracteropatía severa, gran disparidad de fuerzas, altos niveles de violencia, prohibición expresa de la ley, etc).

1.2.2. Orden público:

El orden público es el conjunto de normas imperativas que restringen el campo de la autonomía de la voluntad comprensivas de distintos asuntos que se encuentran excluidos del ámbito de la mediación. Uno de los conceptos más difíciles de definir, se trata del conjunto de reglas obligatorias que se vinculan con la organización de una nación, con la economía, la moral, la salud, la seguridad, la tranquilidad pública y con los derechos y libertades individuales de cada individuo, limitado por el derecho ajeno. En materia de mediación y arbitraje, el orden público significa una limitación a los asuntos que pueden someterse a esos métodos alternativos de resolución de disputas.

1.2.3. Confrontación:

Esta es una de las técnicas con las que puede ser tratado un conflicto, como recurso puede ser válido en ciertos casos, siempre que este identificado

como un enfrentamiento dentro de un marco leal, honrado y pacífico.

1.2.4. Sistemas alternativos de resolución de conflictos:

Existen varios principios para su delineación, diferenciados según las particularidades de cada uno de ellos. No hay un proceso apto para el tratamiento de todos los conflictos. Todos los sistemas requieren mantenimiento, información y evaluación sobre su funcionamiento, así como una capacitación específica.

1.2.4.1. Medios alternativos de resolución de disputas:

Constituyen variantes frente al litigio tradicional que permiten a las partes arribar a acuerdos más satisfactorios por cuanto no se desarrollan dentro del marco habitual ganador-perdedor. Estos medios son muchos y muy variados, entre ellos se destacan:

1.2.4.1.1. la negociación, es la acción y el efecto de negociar, es decir ceder, ventilar o gestionar diplomáticamente un asunto de interés recíproco o en representación de un tercero y para el cual se procura ganar.

1.2.4.1.2. la conciliación, es el avenimiento entre intereses contrapuestos, es armonizar a las partes en disputa. Viene del latín conciliare, reunir, componer, ajustar, este método es ritualista, a diferencia de la mediación que es más ágil e informal, este método tiene una estructura que seguirse. Es un mecanismo alternativo no adversarial de resolución de conflictos, mediante el que las partes buscan, por sí mismas, o con la ayuda de un tercero, la resolución de la disputa; arribando a un acuerdo a través de una transacción mediante una renuncia recíproca de derechos.

Dentro de la legislación ecuatoriana se da en el marco de un proceso previsto en la Ley es un trámite a fin de evitar su prosecución si los interesados logran arribar a un acuerdo. Es el proceso en el que se intenta que las partes arriben a una solución por medio de un amigable avenimiento que tienda a la justa composición del litigio reduciendo sus pretensiones. Durante su desarrollo el conciliador puede, al contrario que el mediador, dar su opinión sobre la solución justa y proponer fórmulas conciliatorias. Las estadísticas demuestran que este método es especialmente apto para resolver conflictos individuales de trabajo.²⁰

1.2.4.1.3. la mediación, es el método no adversarial y pacífico de resolución de conflictos, tendiente a lograr un acuerdo rápido y económico en términos de tiempo, dinero y esfuerzo.

1.2.4.1.4. el arbitraje, es un método de resolución de conflictos alternativo del sistema judicial. Es el mecanismo mediante el que los conflictos son resueltos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales; producido un diferendo o un conflicto de intereses entre dos o más partes, éstas deciden someter su controversia a un tercero que provee la solución. Remisión de una disputa a una o más personas imparciales para la expresión de una determinación final y obligatoria.²¹

1.2.4.1.5. la evaluación neutral previa, este es el procedimiento según el que las partes (o sus abogados) presentan el caso ante un tercero neutral procurando una evaluación de cómo sus pretensiones podrían

²⁰ Bureau International du Travail, Ginebra 1939.

²¹ Definición de la American Arbitration Association

prosperar en los tribunales. Proceso mediante el que un tercero, experto e independiente a las partes (auditor), emite un informe con relación a las posiciones y argumentos de hecho y / o derecho de cada parte, así como una sinopsis de recomendaciones sobre las que las partes pueden construir su propio acuerdo y resolver sus desavenencias.

Desde su imparcialidad y experiencia profesional, el asesor que las partes elijan libremente ayuda a cada una a valorar sus respectivas posturas y argumentos. Además, el asesor plantea en su informe recomendaciones independientes sobre las que los participantes pueden construir un acuerdo que los satisfaga.

La evaluación neutral no culmina con la obtención de una solución impuesta por el auditor, sino en el ulterior pacto que los interesados puedan alcanzar como resultado de su análisis y recomendaciones. Todo dependerá de los participantes que son en todo momento los protagonistas del proceso.

1.2.4.1.6. el mini juicio, se denomina así a la presentación oral efectuada por los abogados ante los directivos de las empresas entre las que se ha suscitado una controversia, quienes luego intentan arribar a un acuerdo. Se utiliza en temas de gran envergadura y consiste en una exposición de los propios abogados ante sus principales.

Permite a los integrantes de las empresas tomar contacto con cuestiones en las cuales no han tenido participación. No es un juicio. Este es un procedimiento mediante el que los abogados presentamos una síntesis de las posiciones y pruebas a los ejecutivos de las empresas en conflicto con poder de decisión. Tratan de llegar a un acuerdo; si no lo logran, un asesor neutral media o recomienda otra alternativa.

Entre las ventajas del mini juicio se resaltan el ahorro de tiempo y dinero que implica tener de forma rápida una visión de lo que pasaría en un juicio; además, los empresarios negocian directamente, sin la presión que a veces pueden agregar los abogados, lo que permite conocer en detalle los puntos en divergencia,

1.2.4.1.7. el %alquiler+ de un juez, así se denomina a variante del arbitraje al que pocos asuntos se pueden someter, cuando los tribunales están atestados de casos y registran demoras de varios años para resolver los asuntos. Consiste en un procedimiento privado en el que las partes contratan a quien deberá actuar en la toma de decisión, que es generalmente un juez retirado. La característica de este método es que hay que fallar según el derecho y los precedentes legales, y se da en un muy limitado número de casos, y si la legislación de el país en donde se decida lo permita, este no es el caso del Ecuador.

1.2.4.1.8. y, la utilización de expertos neutrales, esta es la técnica en la que a las personas especializadas en determinada disciplina, se les solicita su opinión experta en aquellos casos en los cuales las partes involucradas se encuentran impedidas de dirimir una cuestión técnica por sí mismas, en estos casos se buscan a estos profesionales, para que emitan su opinión autorizada.

Pueden participar tanto en la mediación como en el arbitraje, su actuación se encuentra reducida al esclarecimiento de puntos específicos cuya determinación depende de conocimientos científicos o técnicos de los cuales las partes, sus abogados o el mediador, carecen.

1.2.5. Técnica para la resolución de conflictos:

Es la pericia, el procedimiento y la táctica, para conseguir la resolución de las controversias. Son el conjunto de procedimientos o recursos de los que se sirve el ser humano para con habilidad hacer uso de estos y encontrar soluciones creativas a los problemas.

1.2.5.1. Técnicas de discriminación positiva:

Es el procedimiento que emplea el mediador para mantener el equilibrio de poder entre las partes que asisten a un proceso de mediación. Su uso no debe conducir a que el mediador se ponga a favor de una de las partes, pues ello conspiraría contra las características de imparcialidad y neutralidad en que debe desarrollarse el proceso de mediación.

1.2.5.2. Teoría de los Juegos o de las Situaciones Sociales:

Esta técnica se usa para tomar decisiones en situaciones de conflicto sobre la base de la construcción de una matriz formal que permite comprender el conflicto y sus posibles soluciones. En especial se puede concebir como una técnica para la resolución de problemas que involucra una toma de decisiones interactiva, basada en las características objetivas específicas del tema a tratar, pero que involucra también intereses particulares expresados a través de diferentes estrategias generadas por parte de los involucrados.

1.2.5.3. Técnica de Síntesis (Molton D. Davis.):

Esta fue construida para la toma de decisiones. Posee bases matemáticas, está apoyada en la experiencia y en los cálculos de probabilidades. Establece ventajas / desventajas y costos / beneficios. Sin

este recurso la descripción de los acontecimientos sociales quedaría limitada a una disputa puramente verbal y de conocimiento limitado.

En tanto haya una mezcla de intereses conflictivos y de objetivos comunes se puede mantener la técnica, mientras uno de los participantes esté tratando de imaginar qué es lo que están haciendo los demás, los otros igualmente están pensando en cuáles serán las reacciones de su oponente, debiendo ponderar hasta qué punto sus objetivos coinciden o chocan con los objetivos de los restantes participantes, a fin de decidir una estrategia o plan de acción: si coopera o compite con todos o algunos de ellos.

Esta teoría distingue entre los conflictos que se plantean entre dos personas o muchas (3 o más) y los problemas que plantea se solucionan a través de teoremas.

1.2.6. Sistema adversarial:

Es el sistema empleado por los tribunales de justicia para resolver los conflictos que las partes someten a su consideración y que se desarrollan dentro del esquema ganador-perdedor. Tradicionalmente esta técnica ha sido difundida en la instrucción para la formación de profesionales en la rama del derecho, fortaleciendo una cultura de confrontación y la controversia.

Este medio de resolución de conflictos reposa en la concepción de que el triunfo en el litigio de una de las partes en detrimento de la otra, lo que generalmente se traduce en una repercusión económica.

1.2.6.1 Sistema judicial:

Consistente en la búsqueda de %a...la verdad por medio de la argumentación+²² dentro de un conjunto de principios, normas y reglas lógicamente enlazados entre sí ordenado, es el sistematización armónica y doctrinal se otorga fundamental importancia al argumento, que constituye la base del sistema y se organiza en función de una conclusión previamente determinada en la mente de cada parte y del derecho concedido por la Ley a cada una. Como se trata de demostrar algo, las premisas se construyen en función de una conclusión predeterminada de ataque o defensa.

1.2.7. Métodos adversariales:

En este método las partes están enfrentadas como adversarios. Un tercero resuelve y substituye la voluntad de las partes. Una gana y la otra necesariamente debe perder (todo o nada). Se obtiene una disposición basada en la ley o el antecedente, lo que no siempre resuelve el problema.

1.2.7.1. Métodos alternativos:

En sentido restringido, aquellos métodos conocidos y usados por los profesionales, tales como el arbitraje, la mediación, la conciliación, entre otros y que ponen fin a los conflictos.

En un sentido amplio aquellos métodos que en última instancia resuelven los conflictos, esto es mediante la violencia, el abandono de la pretensión, la sumisión autoritaria, y otros.

1.2.7.2 Métodos no adversariales:

²²BONO de Eduardo, Notas Sistema Judicial, Revista LEX XIX, pag. 59

En esta técnica las partes actúan en forma conjunta o cooperativa. Conservan el control del procedimiento y acuerdan su propia decisión. Todos se benefician de la solución creada conjuntamente. La decisión resuelve el problema atendiendo a los propios intereses (no atiende a la solución jurídica ni a los precedentes).

1.2.8. Negociar:

Es la actividad que despliegan dos o más partes cuando, a pesar de tener intereses en conflicto, está presente una área de conveniencia mutua donde las diferencias pueden resolverse. Cada persona tiene su teoría de cómo será su negociación, aunque existen distintos métodos que son aplicados por varias escuelas de negociación.

Para encontrar la negociación adecuada se debe encontrar el o los núcleos del conflicto, esto es cuestiones a identificar que consisten en algún asunto, tema, práctica o acción que aumenta, frustra, altera o de alguna manera afecta adversamente los intereses, objetivos o necesidades de alguna persona.

Este es un proceso que tiene lugar directamente entre las partes, sin ayuda ni facilitación de terceros y no necesariamente implica disputa previa. Es un proceso voluntario, predominantemente informal, no estructurado, que las partes utilizan para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable.

Existe un método de negociación desarrollado por un Programa de Negociación de Harvard que %a....consiste en decidir los problemas según sus méritos; sugiere que se busquen ventajas mutuas siempre que sea posible, y

en caso de conflicto de intereses debe insistirse en que el resultado se base en algún criterio justo. El método no emplea trucos ni poses. La negociación le muestra cómo obtener sus derechos y a la vez ser ético. Le permite ser justo y a la vez lo protege contra aquellos que estarían dispuestos a sacar ventaja. Cualquiera puede usar este método. Cada negociación es diferente, pero los elementos básicos no cambian. La negociación es un proceso que prioriza el protagonismo, la consideración de los intereses y la generación de opciones de las partes en un marco de confidencialidad. Se trabaja cooperativamente a fin de llegar a una solución en la que los intereses de ambas partes queden satisfechos. ²³

En fin, negociar es la habilidad sustentada en una técnica que puede aprenderse, desarrollarse y mejorarse, para lo que es necesario conocer los principios en los que se basa la negociación. Los conocimientos necesarios para negociar deben sistematizarse.

1.2.8.1. Planificación de una negociación:

Encarar una negociación requiere tener un marco para pensar organizadamente, para lo que es necesario considerar no sólo los propios objetivos sino también los de la otra parte. Una vez clarificados los intereses personales se determinará sobre qué aspectos se estará dispuesto a ceder y cuánto, y para todo esto deben diseñarse estrategias.

1.2.8.2. Modelos Negociacionales: ²⁴

²³ LOPEZ DEL SOLAR ELIO, Rodolfo. Conciliación y Arbitraje: Legislación y Comentarios. La Paz, Bolivia. 1995.

²⁴ BENNETT G., Picker. Guía práctica para la mediación: Manual para la resolución de conflictos Buenos Aires. 2001. 155p, VIEITE Fernando, DICCIONARIO ESPECIALIZADO, investigación y aporte personal

Estos son un es estilo de negociación específico que, al tener características propias, se diferencian entre sí; pueden citarse, como ejemplos, los siguientes:

- Ganar a toda costa (H. Cohen);
- Ganar-Perder;
- Negociar sin ceder (R. Fisher y W. Ury);
- Negociación eficaz (D. Seltz y A. Modica);
- Modelo de las ocho fases (G. Kennedy; J. Benson y J. McMillan);
- Ganar-ganar (F. Jandt y P. Gillette);
- Negociación efectiva (Huthwaite Research Group);
- Negociar para satisfacción mutua (H. Cohen);
- Modelo cooperativo (G. Nierenberg);
- Negociación sistémica (M. Schilling).

La lista citada no extingue la totalidad de los modelos existentes en materia de negociación, ni los autores que los describen necesariamente los recomiendan. En algunos casos así lo hacen; en otros, en cambio, se limitan a conceptualizarlos y desarrollarlos, la importancia de estos métodos y lo extenso del estudio de cada uno de ellos propicia un estudio adicional, por esta razón no se amplía el análisis de los mismos y me limito a enumerarlos.

1.2.8.2.1. Negociación asistida:

Esta es una de las definiciones de la mediación ubicándola como sistema alternativo para la resolución de disputas en el que las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial que actúa como favorecedor y conductor de la

comunicación con la finalidad de llegar a la solución.

1.2.8.2.2. Negociación colaborativa:

Es aquella en la que se contraponen la negociación basada en posiciones a la negociación basada en intereses.

Esta se divide en distintas etapas:

- En ella se intenta pasar de las posiciones de las partes a los intereses reales de las mismas. Una vez que surgen los intereses, se procura generar opciones. Entre los métodos para lograrlo se destaca el torbellino de ideas. El objetivo es generar posibilidades de solución sobre la base de los intereses y no de las posiciones;

- Encontrar standards o criterios objetivos a fin de delimitar el campo de negociación. Buscar la mejor alternativa al acuerdo negociado (MAAN), lo que implica un límite subjetivo que obliga a cada participante a reflexionar sobre qué va a hacer en el supuesto de levantarse de la mesa de negociación;

- Ampliado el campo de la negociación y establecidos los límites objetivos y subjetivos se trata de generar propuestas para lograr un acuerdo. Si no hay acuerdo cada parte recurrirá a su mejor alternativa. Si el acuerdo se logra lo que cada parte obtiene debe estar por encima de esa alternativa para que la negociación sea ventajosa.

1.2.8.2.3. Negociación competitiva:

En esta el negociador trata de ganar a cualquier precio. Es, en general, el papel que desempeña el abogado que trata de obtener el máximo de satisfacción para su cliente. En este proyecto, si una parte gana, la otra necesariamente pierde.

El principio que la orienta es el de obtener la máxima ganancia o satisfacción posible para uno cualquiera sea el sacrificio o costo que ello pueda significar para la otra parte que interviene en la negociación. Es una táctica basada en la defensa de la propia posición.

Las demandas iniciales del negociador exceden ampliamente incluso su mejor expectativa real para resolver la disputa. Es un proceso más simple que el correspondiente a una negociación colaboradora y por eso se recurre a él cuando ésta no es posible por falta de tiempo o de voluntad de una o ambas partes.

Esta forma de negociación tiende a provocar una escalada del conflicto antes que su resolución. Por otro lado, es un proceso que conduce a más desavenencias, cuyas consecuencias pueden ser mucho peores que los beneficios obtenidos con una pequeña transacción.

1.2.8.2.4. Negociación cooperativa:

Esta consiste en tratar de identificar los reales intereses de las partes, y conciliar los comunes. Las partes buscan una solución lo más satisfactoria posible, para cada una de ellas, en primer lugar, explorando juntas las preocupaciones y aspiraciones de cada parte para que el conflicto se resuelva

por la simple mejora de la comunicación o, de lo contrario, identificando y creando modos para que los intereses de una de las partes puedan satisfacerse con el menor costo posible para la otra, o eventualmente sin ningún costo. Para ello es indispensable tener en cuenta la diferencia existente entre posición e interés.

1.2.8.2.5. Negociación de fuerza o negociación de poder

Al iniciarse una negociación de este tipo se empieza concibiendo al poder como un fenómeno que se presenta en la mente de los sujetos que participan de una negociación, aspecto que ciertamente incidirá en el resultado del proceso negociador.

“Posibilidad de ciertos individuos o grupos para influir sobre otros individuos o grupos...”²⁵. “Conjunto de medios materiales e inmateriales que A moviliza en su relación con B para obtener que los términos de intercambio sean favorables a su proyecto...”²⁶. “Capacidad de un individuo de hacer que otra persona realice una determinada acción, a la que no habría accedido de no mediar la influencia del primero...”+(Weber).

1.2.8.2.5.1. Fuentes del Poder:

Cuando pensamos en cuales pueden ser las fuentes del poder, la respuesta es que estas son múltiples, por ejemplo según su origen, pueden ser:

²⁵ Crozier y Friedberg. Notas sobre el Poder, 1999, pag 10

²⁶ ibdem

- Institucionales: la ley y la jerarquía, las que distribuyen el poder entre las personas.

- La fuerza, la capacidad de coacción, la presión y la coerción. Los grupos dotados de poder por la ley o por la acción, como los sindicatos, por ejemplo.

- El influjo personal, que puede ser multiforme, se puede tratar de un influjo psicológico ("carisma"), de un influjo funcional (competencia, experiencia), así como puede surgir de la capacidad de inducción de un individuo o de un grupo, para demostrar sus posibilidades y persuadir.

- El poder remunerativo, es decir, las personas realizan determinadas actividades por dinero, por ejemplo, un trabajador que construye un mueble para su cliente, porque éste le pagará un determinado precio.

1.2.8.2.5.2. Características del Poder:

El principal conculyente del poder es la temperamento de los individuos; pese a ello, el poder es condicional, se puede tener en un momento y después desaparecer; es relativo, no absoluto. Se relaciona con una contraparte; es limitado y puede neutralizarse, pero es un proceso lento y a veces costoso.

En una negociación a veces es conveniente prolongarla, hasta que la contraparte haya perdido poder y bajado su perfil. Es un problema de percepción. Una parte suele ser percibida como poderosa, al generar y contrarrestar poder hay una inversión de energía, hay que enfrentar stress, tensiones; es un proceso dinámico por naturaleza que evoluciona frecuentemente con rapidez y brusquedad.

1.2.8.2.6. Negociación distributiva:

Como negociación distributiva se conoce a aquella en la que los negociadores demuestran una débil cooperación e incluso, en casos extremos, ésta es nula. Se prioriza la ganancia personal, incluso en detrimento de los objetivos contrarios comunes.

En este tipo de negociación los poderes de que gozan las partes entran en juego a fin de desempatar la posición de los negociadores. Los juegos "a suma cero" han sido llamados frecuentemente distributivos, porque la solución consiste en el reparto a suma cero de los recursos en juego. Lo que una de las partes gana, la otra lo pierde.

1.2.8.2.7. Negociación integrativa:

Es también considerada la nueva teoría de la negociación, procura redefinir el problema a través de un intercambio de intereses para lograr ampliar los resultados positivos para ambas partes.

Las siguientes son algunas de las bases para su utilización:

- No se negocia en términos de adversario ni de amigo.
- Su propósito es resolver un problema común, no ganar al otro o arribar a un acuerdo a cualquier precio.
- Pensar a largo plazo, es decir, no solo en el plano de la negociación sino también desde el punto de vista de las futuras relaciones que deberán mantenerse con la otra parte.

- Pensar en la otra parte tanto como en uno y realizar propuestas teniendo presente este principio.

- Determinar cuáles son los puntos totalmente incompatibles, aquellos otros en los cuales se comparte un mismo interés y, finalmente, aquellos en los cuales existe una valoración diferente.

- Procurando enriquecer el resultado de la negociación, utilizando criterios objetivos externos a los negociadores y procurando identificar un bloque de puntos a negociar.

- Valorar las alternativas de las que se dispone por fuera de la negociación, fijar prioridades y determinar el valor relativo de los diferentes puntos a negociar.

- Establecer las diferencias de valor que pueden existir entre las partes.

Esta negociación es una orientación en la que los negociadores manifiestan deseos de ganancias mutuas y una alta cooperación. Está orientada hacia el respeto de las aspiraciones del negociador con el objeto de que la parte contraria considere el resultado igualmente satisfactorio.

Se tiende a dar importancia a la calidad de la relación entre las partes, incluso puede conducir eventualmente a la modificación de los objetivos particulares y de las respectivas prioridades, para orientarlos hacia objetivos de interés común. Las razones para dar una orientación integrativa a una negociación son que:

- Se apoya y tiende a desarrollar un clima de confianza, de reciprocidad y de credibilidad mutua;

- Al disminuir los riesgos de revisar posteriormente el acuerdo, se asegura una mayor estabilidad a la solución negociada;

- Se presta para tomar en cuenta las relaciones entre los negociadores en el futuro. Es una negociación tanto de "proyectos" como de "puntos a resolver" o de "recursos" a otorgar;

- Valoriza la creatividad, la búsqueda de opciones constructivas y dinámicas, la movilización de ideas y de acciones nuevas, puesto que se trata de persuadir a la otra parte de trabajar juntos.

- En un plano más general, ella es susceptible y se transforma en un modo cotidiano de solución de problemas, de enriquecer la cultura, de emprender y completar los modelos tradicionales de "autoridad" y de "acuerdo".

1.2.8.2.8. Negociación razonada:

Es aquella que se constituye sobre la base de la buena fe, abriendo la comunicación y con la voluntad de arribar a un acuerdo aceptable para ambas partes, sin descuidar los valores y los objetivos de cada una.

1.2.9. Acuerdo:

Es el consecuencia final al que se espera llegar mediante el proceso de

intervención. Este debe provenir de las partes, sin embargo, no siempre es el resultado final de ese proceso; aunque el acuerdo finalmente no sobrevenga, el proceso puede contribuir a que este se de luego, es el gran objetivo de la interposición de los buenos oficios, aunque el trabajo del intermediario no termina allí.

1.2.9.1. Características del acuerdo:

El acuerdo se caracteriza por tener equilibrio (aunque no necesariamente debe ser simétrico), responderá a las reales posibilidades de las partes, tienen especificidad y claridad, para que sea susceptible de verificación y comprobación debe ser redactado en lenguaje neutral.

Este para las partes tiene validez como la ley misma, pues ha sido fruto de un pacto, de la aceptación de las partes pues caso contrario sería una imposición y podría ser refutado a futuro, por estar viciado de nulidad.

1.2.9.2. Condiciones que debe cumplir:

Para que sea considerado como acuerdo y cumplido por las partes este debe contener las siguientes condiciones:

- a) resolver el conflicto inmediato, ateniéndose estrictamente a lo que llevó a las partes al proceso de mediación;
- b) prevenir conflictos similares, conexos o relacionados de cualquier forma con aquel que originó la mediación.
- c) el acuerdo escrito constituye la primera evidencia tangible de lo

que las partes convinieron hacer.

1.2.9.3. Acuerdo determinado por el jurado (jury determined settlement):²⁷

De procedimiento similar al juicio sumario por jurados, se diferencia en que los participantes convienen por adelantado un tope máximo y otro mínimo dentro de los que aceptarán el veredicto. En este caso la decisión es vinculante dentro de los límites preestablecidos. Si el fallo constituye una decisión intermedia, que no roza los límites, queda firme, si excede o es inferior a alguno de los límites la cantidad contenida en la condena se reduce o aumenta y el laudo se torna obligatorio por la cantidad más alta o baja predispuesta de común acuerdo

²⁷Los conceptos vertidos en todo el presente trabajo son el producto del estudio y análisis de varios autores:

CABANELLAS Guillermo, *o*Diccionario Jurídico Elementalö,
LUPO J. Mario Revista TAPHRA, 2002
Informe de resolución de la Comisión Andina de Juristas
Notas de clase del Dr. PUERTAS RUIZ Roberth, docente en la Maestría
Jornada sobre Solución de Conflictos y Mediación.- Dr. ALVARADO U. Oscar
Artículo: Sistema Creativo de Solución de Controversias. Efraín Hugo Richard
DICCIONARIO OCEANO
FREID, Schnitanam, Dora, comp. Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos: Perspectivas y prácticas.
NEUMAN, Elias Mediación y conciliación penal.
NOODT Taquela, María Blanca. Arbitraje internacional en el MERCOSUR.
ORTEMBERG, Oswaldo D. Mediación familiar: aspectos jurídicos y
SPATVIERI, Elena. Principios y técnicas de mediación: un método de resolución de conflictos.
VIDELA DEL MAZO, José María. Estrategias y resolución de conflictos.
DE TOMASO, Antonio Horacio. Mediación y trabajo.
SIX, Jean-Francois. Dinámica de la mediación.
ESCRICH Joaquin, *o*Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudenciaö
SUAREZ, Marinés, Mediando en sistemas familiares.
DIEZ-GACHI, Tapia, Francisco. Herramientas para trabajar en mediación.
BENNETT G., Picker. Guía práctica para la mediación: Manual para la resolución de Conflictos
www.juridicas.com/base-datos/privados
www.leyesprocesales.com/arbitraje.1052
www.cise.oas.org/dispute/COMARB/colombia/D18181/asp#
www.infolegales_panama.com/articulos.23ahtm

1.2.9.4. Juicio sumario por jurados:

Este es un procedimiento realizado dentro del ámbito del tribunal, con anuencia de los litigantes, mediante el que los contendientes pueden tener criterios para predecir el resultado de un juicio completo y jurídicamente válido, sin los riesgos y costos de llevarlo a cabo.

Es aplicable en aquellos países en los que existe el juicio por jurados. Carece de la potencia de un veredicto, constituyendo sólo una opinión evaluativa o informativa que servirá como guía a la acción futura de las partes. Se aplica generalmente en casos complejos.

1.2.9.5. Acuerdo negociado:

Desde un punto de vista estrictamente analítico se basará en la aprovechar al máximo los intereses comunes, dentro de la transacción de intereses opuestos y en lograr la mayor satisfacción posible en los intereses diferentes que cada una de las partes tiene.²⁸

²⁸ Los conceptos vertidos en todo el presente trabajo son el producto del estudio y análisis de varios autores:

CABANELLAS Guillermo, *o*Diccionario Jurídico Elemental^o,
LUPO J. Mario Revista TAPHRA, 2002
Informe de resolución de la Comisión Andina de Juristas
Notas de clase del Dr. PUERTAS RUIZ Roberth, docente en la Maestría
Jornada sobre Solución de Conflictos y Mediación.- Dr. ALVARADO U. Oscar
Artículo: Sistema Creativo de Solución de Controversias. Efraín Hugo Richard
DICCIONARIO OCÉANO
FREID, Schnitanam, Dora, comp. Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos: Perspectivas y prácticas.
NEUMAN, Elias Mediación y conciliación penal.
NOODT Taquela, María Blanca. Arbitraje internacional en el MERCOSUR.

CAPITULO II

2. MEDIACIÓN.

2.1. ¿Qué es la mediación?

Haciendo un discernimiento extenso se puede afirmar que el uso de la mediación -uno de los varios medios alternativos disponibles actualmente para la resolución de disputas- aporta generando un cambio en la conducta de las relaciones humanas facilitando una mejor calidad de vida y promoviendo la

-
- ORTEMBERG, Oswaldo D. Mediación familiar: aspectos jurídicos y
SPATVIERI, Elena. Principios y técnicas de mediación: un método de resolución de conflictos.
VIDELA DEL MAZO, José María. Estrategias y resolución de conflictos.
DE TOMASO, Antonio Horacio. Mediación y trabajo.
SIX, Jean-Francois. Dinámica de la mediación.
ESCRICH Joaquin, δDiccionario Razonado de Legislación y Jurisprudenciaö
SUAREZ, Marinés, Mediando en sistemas familiares.
DIEZ-GACHI, Tapia, Francisco. Herramientas para trabajar en mediación.
BENNETT G., Picker. Guía práctica para la mediación: Manual para la resolución de Conflictos
www.juridicas.com/base-datos/privados
www.leyesprocesales.com/arbitraje.1052
www.cise.oas.org/dispute/COMARB/colombia/D18181/asp#
www.infolegales_panamama.com/articulos.23ahtm
LOPEZ DEL SOLAR ELIO, Rodolfo. Conciliación y Arbitraje: Legislación y Comentarios. La Paz, Bolivia. 1995.
MONROY CABRA, Marco. Arbitraje Comercial. Bogotá, Colombia. 1982.
OMPI. Centro de Mediación y Arbitraje. <http://www.arbiter.wipo.int/mediation/mediationrules/index-es.html>. Abril de 2001
OMPI. Centro de Mediación y Arbitraje. <http://www.arbiter.wipo.int/arbitration/arbitrationrules/complete-es.html>. Abril de 2001.
OMPI. Convenios y Tratados. Información General. [Http// www.OMPI.int](http://www.OMPI.int). Marzo, 2001.
UNCITRAL. CNUDMI: Arbitraje y Conciliación Internacional. [Http://www.uncitral.org](http://www.uncitral.org). Julio, 2001
URIBE RESTREPO, Fernando. El Derecho de la Integración en el Grupo Andino. Quito, Ecuador. 1990.

paz social.

En este contexto la mediación constituye un procedimiento no adversarial y pacífico de resolución de conflictos, destinado a lograr un acuerdo rápido y económico en términos de tiempo, dinero y esfuerzo, objetivo difícil de conseguir cuando los conflictos deben dirimirse en dentro del sistema judicial.

Se la define como un sistema de negociación asistida, mediante el que los participantes implicados en un problema intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial que actúa como guía en el proceso de consecución de una salida viable y beneficiosa para las partes.

Los interesados asumen su protagonismo en la búsqueda de alternativas posibles de solución y controlan por sí mismas el proceso cuyo desarrollo es rápido e informal. La decisión a la que eventualmente arriben es elaborada por ellas mismas y no por un tercero, como en el caso de un pronunciamiento judicial, pues el producto de evaluar sus propias posibilidades, límites, ganancias y posibles pérdidas fruto del acuerdo al que se arribe .

Se trata de una instancia voluntaria a la que asisten las partes interesadas solas o, asistidas por sus abogados. Su objetivo primordial es superar el conflicto, arribando a un acuerdo que evite la necesidad de recurrir a la administración de justicia.

Es un proceso donde no existen ganadores ni perdedores, pues todos los interesados se benefician de los acuerdos que se logren, Por otra parte, la mediación evita que las relaciones personales y comerciales se deterioren o

destruyan como consecuencia de la tramitación de prolongados juicios, lo que acabaría por ahondar el conflicto llegando a un estado de crisis muy negativo para las partes.

2.2. Concepto de Mediación.

Mediar es interceder o rogar por alguien también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.....²⁹

Mediación (Mediation) del latín mediato (de mediare, interponerse) Procedimiento pacífico para la solución de conflictos Se distingue del Arbitraje por el hecho que llega a una solución que es propuesta pero que no es impuesta a las partes.....³⁰

La Ley de Arbitraje y Mediación al referirse a la mediación dice en el TÍTULO II.- DE LA MEDIACIÓN, Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.³¹

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI la define así La mediación es ante todo un procedimiento no obligatorio. Ello significa que, aún cuando las partes hayan convenido en someter una controversia a la mediación, no están obligadas a continuar el procedimiento de mediación después de la primera reunión. En este sentido, las partes controlan siempre la mediación. La continuación del procedimiento depende de que éstas sigan

²⁹ GONZALINE, Osvaldo *Formas alternativas para la resolución de conflictos*

³⁰ GUAGLIONE, Horacio *Diccionario Jurídico* 1966

³¹ Ley de Arbitraje y Mediación Ley s/n (Registro Oficial 145, 4-IX-97).

aceptándolo³²

Por lo tanto, mediación es el procedimiento en el que los participantes, con la asistencia de una persona imparcial consideran alternativas para llegar a un acuerdo siempre que se trate de cuestiones que el ordenamiento jurídico permita negociar y que no estén expresamente prohibidas, allí el mediador aísla las cuestiones en disputa con el objeto de desarrollar opciones mutuamente aceptables.

El proceso es voluntario, confidencial, formalmente flexible, limitado en el tiempo, que se desarrolla con la participación activa de las partes. Consta de una serie de etapas conocidas y aceptadas por las partes de antemano.

Aquí una tercera parte neutral asiste a dos o más litigantes para llegar a un acuerdo voluntario negociando acerca de sus diferencias. El mediador, quien considera los intereses de ambas partes, es imparcial y se sitúa al lado de ellas, para conducir a las partes en conflicto por un camino que puede llevarlas a un acuerdo perdurable y justo para todos.

La mediación no acomete en juzgar responsables o honestos, ni concluir quién tiene razón, o quien esta desacertado, su meta es dar a las partes la oportunidad de ventilar sentimientos, clarificar malos entendidos, cuidar sus relaciones, encontrar áreas de acuerdo y desarrollar sus capacidades para la resolución de futuras disputas. Es un proceso informal no adversarial que tiene como objetivo ayudar a las partes involucradas, a alcanzar una solución satisfactoria para ambas partes.

³² OMPI.. Centro de Mediación y Arbitraje. [Http://arbitrator.wipo.int/mediation/mediationrules](http://arbitrator.wipo.int/mediation/mediationrules/index-es.html) /index-es.html. abril de 2001.

Es una táctica no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía del conflicto.

Este conjunto de prácticas están diseñadas para ayudar a las partes en un conflicto, es un medio en el que un tercero imparcial les ayuda a comunicarse y a realizar elecciones voluntarias e informadas, en un esfuerzo por resolver su conflicto.

Es una condición por la que el mediador, como tercero neutral, actúa con iniciativa suficiente para instar y facilitar la discusión y consiguiente resolución de la disputa, sin indicar cuál debe ser el resultado.

Sistema informal pero estructurado, mediante el que el mediador ayuda a los contendientes a llegar a un acuerdo mutuamente aceptable. Se constituye en un modo de visualizar el conflicto como un sistema que tiene en sí mismo el problema y la solución.

Es una de las muchas formas que se encuentran en el ámbito social para brindar el acceso a la justicia. Se trata de un proceso sumamente rico que pone en evidencia el movimiento de las instituciones sociales. Se convierte en una práctica consensual, en el que un tercero neutral ayuda a las partes en problemas a lograr su propio acuerdo para resolver la disputa. Este es un mecanismo alternativo de resolución de disputas que otorga a los participantes la posibilidad de un cumplimiento consensuado como respuesta a un incumplimiento; una nueva instancia normativa.

Constituye la forma de vigencia normativa según la que, con la

intervención de un tercero neutral, las partes enfrentadas se ponen de acuerdo y así transforman la situación de conflicto en cumplimiento voluntario de normas, sin pasar por la sanción estatal.

Se constituye en una modificación cultural trascendente que busca la justicia a través de la participación consensuada de los interesados; derecho creado espontáneamente para cada caso donde el sentido de la justicia no proviene desde fuera . como preconcebido- sino desde adentro. constituyéndose en la expresión de una nueva cultura de evasión del conflicto más orientada hacia la comunicación que hacia la confrontación, es definitivamente una innovación cultural que contiene una nueva manera de resolver situaciones, que exige un cambio de modelos en el conocer y en el actuar.

Para el Abogado -profesional matriculado y colegiado a quien se le encomienda la defensa de intereses jurídicos ajenos a cambio de una retribución (honorario), y cuya actuación también comprende la emisión de conceptos en asuntos relativos a los temas que se le consultan- en su concepción tradicional parte de dos presunciones:

- que quienes están en conflicto son adversarios y, por lo tanto, si uno gana, el otro necesariamente debe perder;
- que los conflictos deben resolverse por aplicación de alguna regla general de derecho, lo que habitualmente se hace a través de la actividad de un tercero, el juez.

Las nociones expuestas son contrarias a los principios que rigen la mediación, en especial, a los que establecen:

- que todas las partes pueden ganar si se llega a un acuerdo en base a una solución creativa;
- que cada situación es única, por lo que no necesariamente debe estar regida por un principio general, a menos que las partes lo acepten.

Es imperioso que el profesional del Derecho este preparado para resolver problemas, tanto o más que para defender exclusiva y exhaustivamente a una de las partes en un conflicto.

Las nuevas técnicas de ejercicio profesional y los avances del mundiales en las áreas de arreglo de controversias, recomiendan que el abogado aconseje y asesore al cliente respecto de las formas de Resolución Alternativa de Disputas (RAD), sin temor a perderlo más bien en miras a mantenerlo a futuro como un cliente satisfecho.

En el ámbito de la mediación existe un variado lenguaje propio y es así que se conoce como **Abogado del diablo** a quienes en las reuniones privadas que tienen lugar durante el proceso de mediación presentan una postura asumida por el mediador para formular a los participantes preguntas más directas que las que puede hacer en las reuniones o sesiones conjuntas.

El Abogado que ayuda a sus clientes a resolver sus conflictos y a llevar a cabo sus negocios usando los métodos más apropiados, suele encontrar que existen causas para su resistencia a utilizar los métodos RAD, las más frecuentes son:

- falta de familiaridad con los mismos,

- temor a lo desconocido,
- preocupación por la eventual pérdida de ingresos y de protagonismo;

Sin embargo la propuesta relación nueva relación profesional cliente satisfecho, deberá constituirse a futuro en una práctica social, esto es una herramienta de progreso y pacificación.

2.3. Abogado mediador:

Si bien el abogado carece de exclusividad para actuar en los procesos de mediación, pues otros profesionales . o no profesionales, según el caso- pueden entrenarse como mediadores, es uno de los que mejor puede encarar esta actividad, en razón de su conocimiento del derecho y de su experiencia en el conflicto, lo que le permiten manejarse con mayor comodidad y soltura.

2.4. ¿Qué ventajas ofrece la Mediación?

Los beneficios derivados de la utilización de este recurso son muchos y variado sin embargo, las principales ventajas de la mediación como método alternativo de resolución de disputas a partir de su comparación con la vía judicial tradicionalmente utilizada para dirimir los conflictos, son las siguientes:

- La Mediación,
- Es más rápida
- Es menos onerosa
- Es privada y confidencial
- Se desarrolla en un entorno y un clima adecuados para el tratamiento del conflicto

- Brinda a los participantes la posibilidad de gestionar su propio acuerdo
- Es efectiva, voluntaria y neutral pues el mediador no toma partido.

³³Una de las principales ventajas de su aplicación en el marco empresarial es el ahorro de recursos humanos y económicos que normalmente conlleva. Por ejemplo en Estados Unidos más de 4000 empresas líderes (Coca Cola, IBM, Toshiba, Motorola, Philip Morris, The Chase Manhattan Bank, Johnson & Johnson, etc) se adhirieron a convenios mediante los cuales se comprometen a utilizar los mecanismos de mediación como instancia previa a cualquier proceso judicial, lo que se traduce en un ahorro superior a los 35000 millones de pesetas al año y, además, arroja mejores resultados que el pleito tradicional.

En Europa se ha constituido un comité presidido por Shell International, que cuenta entre sus miembros empresas como ITT, British Petroleum, Philip Morris Europa, Esso Italia, Cargill Europe, que está estudiando la aplicación de la mediación para la resolución de conflictos entre empresas de distintos países.

2.5. Ciencias que le aportan conocimientos.

Por tratarse de una disciplina multidisciplinaria se tiene el aporte de varias ciencias, las más aplicación son:

2.5.1. Sociología:

Esta ciencia por estudiar los fenómenos sociales, esto es las

³³ Datos de UNCITRAL. CNUDMI: Arbitraje y Conciliación Internacional. [Http://www.uncitral.org](http://www.uncitral.org). Julio, 2001.

condiciones de existencia y desenvolvimiento de las sociedades humanas, aporta considerablemente al estudio, investigación del método de mediación así como dentro del proceso mismo y con las partes.

2.5.1.1. Sociometría:

Es el estudio de la determinación operativa de los conceptos y descripción cuantitativa de relaciones y fenómenos sociales . Su fundador fue el Psicólogo norteamericano Jacob L. Moreno.

2.5.1.2. Derecho:

Esta rama del saber humano es el conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas en toda sociedad civil y a cuya observancia pueden ser compelidos los individuos por la fuerza. Es la ciencia que estudia estos principios y preceptos.

Dentro de este marco se inscribe el Derecho preventivo este constituye la tarea que desarrolla el abogado o asesor y que radica en alertar a sus clientes sobre eventuales consecuencias de su accionar, tratando de anticiparse a ellas (derivaciones) sobre su posible redacción y planificación.

2.5.1.3. Psicología:

Siendo una ciencia cuyo objeto es el estudio de la conducta humana, su aporte se encuentra en las variadas posibilidades que presenta para la interpretación del comportamiento y la actuación que pueden presentar los participantes en el problema; las especialidades más usadas en este campo

son:

2.5.1.3.1. Psicología sistémica:

Esta es una rama de la psicología social de gran importancia para la resolución alternativa de conflictos, por su vinculación con el estudio del desarrollo del ser humano a partir de los sistemas (Círculo) de personas o conjunto de reglas establecidas, que moldean el comportamiento y desarrollo de los individuos (familia, escuela, grupos religiosos, empresas, etc), en ellos se desenvuelven las personas y, por lo tanto, permiten contextualizar sus comportamientos.³⁴

Es fundamental que los métodos alternativos de resolución de disputas puedan entender el comportamiento, las ansiedades y las creencias de cada persona como reflejos de los sistemas a los cuales pertenecen.

Quienes participan profesionalmente en la colaboración para la resolución alternativa de disputas deben tratar de comprender el conflicto y, además, los roles que cada protagonista juega dentro de la situación, es decir, poder interpretar ese conflicto desde un enfoque sistemático.

Son exponentes de la psicología sistémica la Escuela de Palo Alto de California y, en la terapia familiar, la del profesor italiano Maurizio Andolfi.³⁵ Para estos fines se entenderá como sistema a todo círculo de personas o conjunto de reglas establecidas que moldean el comportamiento y desarrollo

³⁴ SUAREZ, Marínés, Mediando en sistemas familiares. Buenos Aires. 2002. 213p

³⁵ SIX, Jean-Francois. Dinámica de la mediación. Buenos Aires. 1997. 127p

de los individuos.

2.5.3.2. Psicología social:

Esta Disciplina se ubica entre la psicología y la sociología, proporciona instrumentos para estudiar la dicotomía individuo-grupo, que frecuentemente aparece en las disputas.

Por sus características facilita la comprensión de fenómenos tales como:

- el poder en las relaciones interpersonales y grupales,
- el prejuicio,
- las actitudes,
- las dinámicas del cambio social,
- la agresión y,
- los circuitos de violencia.

2.6. Teoría general de sistemas:

Método que puede servir de base para la negociación o mediación, sosteniendo y sustentando el instrumento de análisis y, simultáneamente, a la organización administrativa de sus analistas.

La TGS. analiza totalidades, las interacciones internas de éstas y las externas con su medio. Se utiliza tanto en el diagnóstico de los fenómenos como también para pronosticar conductas futuras de éstos. La TGS. presenta la cualidad de ofrecer el estudio integral y total de los fenómenos. El nombre "Teoría General de Sistemas", fue acuñado por el biólogo Ludwig von Bertalanffy, por los años 50. En las últimas décadas el desarrollo de esta

teoría ha sido la base para la integración del conocimiento científico a través de un amplio campo.³⁶

2.6.1. Definición de sistema:

Reconocemos por sistema a un todo unitario organizado, compuesto por dos o más partes, componentes o subsistemas interdependientes y delineados por límites identificables. El término sistema cubre una amplia gama de nuestro mundo físico, biológico y social. En el Universo existen varios sistemas: galácticos, geofísicos y moleculares. Cada persona encuentra a diario fenómenos como el sistema de transporte, los sistemas de comunicaciones y los sistemas económicos, entre otros.

2.7. Características de la mediación.

Como particularidades y exclusividades de la mediación podemos señalar que existen las siguientes:

- cooperación, característica del proceso de mediación que describe el compromiso que asumen las partes para intentar lograr un acuerdo, a lo que contribuye el carácter voluntario del proceso. Se deberá entender como la intención de colaborar que las partes demuestran fijándose objetivos comunes e intentando cumplirlos.

- auto composición, Término mediante el que se define que, en la mediación, no es un tercero sino las propias partes quienes logran su propia solución al conflicto. Nadie .ningún tercero- impone la decisión. Como máximo se recurre a un tercero que oficia como facilitador de la comunicación,

³⁶ CONSTANTINO, Cathy A. Diseño de sistemas para enfrentar conflictos: una guía para crear organizaciones productivas y sanas. Buenos Aires. 1995. 80p

pero sin imponer ninguna decisión.

- cláusula de confidencialidad, estipulación que consienten las partes conste en el acuerdo al que se ha llegado, el mediador, sus abogados, los asesores y cualquier otro participante del acto antes de iniciar el proceso. Esta limitación protege tanto al mediador como a las partes y explicita que ni las partes, ni el mediador revelarán a terceros lo sucedido en las reuniones de mediación. El mediador también se compromete a no revelar a una parte lo que le haya sido confiado por la otra en una reunión confidencial, a menos que expresamente se lo haya relevado de ese compromiso. El mediador tampoco puede ser llamado como testigo en un juicio posterior entre las partes sobre cuestiones tratadas en la mediación,

- acento en el futuro, pues se procura mantener las buenas relaciones futuras de las partes,

- economía de tiempo, dinero y energías,

- informal pero con estructura y normas de imparcialidad a seguir bien definidas y claras,

- puede ser solicitada (supuesto menos frecuente cuando alguna o ambas partes en una controversia requieren a un tercero que medie entre ellas para lograr zanjar la disputa) y, de equidad,

- ofrecida, cuando la iniciativa de mediar surge del tercero que pretende coadyuvar a que la cuestión suscitada entre dos o mas personas sea solucionada pacíficamente; también puede ser ofrecida por un tribunal.

Las personas pueden llegar a una mediación por:

- contacto de una parte con un mediador o con un centro de mediación que, a su vez, contacta a las restantes partes,

- por derivación judicial,

- por propuesta de un mediador, o,

- por obligación legal de mediar.

2.7.1. La mediación como costumbre:

La formación de una cultura de solución de controversias, hace que en la práctica se coloque en cada uno la responsabilidad de solucionar los conflictos, haciendo al sujeto protagonista de la convivencia pacífica, con gran ventaja para su calidad de vida y la de sus semejantes.

2.7.2. La mediación como método:

La mediación como método es un procedimiento sistemático, ordenado, constante de intervención que reúne un conjunto de técnicas, para viabilizar la consecución de lo propuesto en la mediación.

2.7.3. La mediación como negociación colaborativa facilitada:

Como negociación colaborativa la mediación se basa en los intereses reales de las partes, facilitada con la ayuda de un tercero, que como método de resolución alternativa de disputas procura, en general, el mayor grado de satisfacción de los intereses y necesidades de las partes involucradas en un conflicto.

2.7.4. La mediación como sistema:

El sistema es el proceso que posee una serie de componentes y una dinámica propia de funcionamiento. El orden y la estructura del proceso son

las herramientas principales con las que cuenta el mediador para conducir, organizar y mantener el equilibrio durante todo el desarrollo de la mediación.

En un sentido positivo, el proceso se desarrolla con la intervención de un tercero imparcial que permite a las partes, el logro de un acuerdo a su conflicto.

En un sentido negativo, este proceso puede no ser desarrollado por un juez, ni por un árbitro, ni por un investigador, ni por un asesor jurídico o social, ni por un terapeuta, generando desconfianza además en desmedro de la institución misma, pues corre el peligro de desprestigiarse.

2.7.4.1. Éxito de la mediación:

La mediación puede considerarse exitosa aun cuando no se logre un acuerdo, si las partes han conseguido mejor comunicación y ha existido intercambio de información en un ambiente de mutuo respeto, en este caso el procedimiento puede considerarse fructífero, si bien no definitivamente conciliatorio.

2.7.4.1.1. Finalidad de la mediación:

Permitir que las personas encaren mejor sus problemas, aprendiendo a resolverlos de un modo creativo y pacífico. No solo cambia a la situación particular de las personas sino a las personas mismas. La meta última de la mediación es lograr un mundo mejor.

2.7.5. ¿Qué no es la mediación?:

De ninguna manera la mediación debe ser entendida como un intento de privatización de la justicia estatal, tampoco como un recurso que tiende a buscar la desaparición del poder judicial -recurso esencial de todo estado democrático-; menos aún en procura de crear un campo propicio para la formación de una sociedad sin ley y sin justicia. La mediación no es una panacea universal frente a la justicia tradicional su ámbito de acción se circunscribe al hecho de que es un medio alternativo de solución de controversias dentro los casos previstos en la Ley y que no estén expresamente prohibidos, siendo ese el límite de su accionar.

2.7.6. Situaciones difíciles dentro del proceso de mediación:

Estas se dan cuando aparecen maniobras en contra del adecuado desarrollo del proceso, pudiendo incluso llegar a frustrarlo.

Las más frecuentes son:

- agresividad,
- desinterés,
- desbalances de poder,
- ocultamiento,
- datos falsos,
- dilaciones,
- desconfianza, y,
- desinformación.

2.7.6.1. Abstención del mediador:

Este es uno de los posibles conflictos de intereses que se le pueden plantear al mediador. El mediador no debe representar a ninguna de las partes en ningún asunto legal, durante o después del proceso de mediación, si representó a alguna de las partes con anterioridad, en cuyo caso el mediador no debe participar en la facilitación, esta concepción prohíbe a los mediadores continuar con la tarea encomendada.

Si el mediador prestó asesoramiento previo a alguna de las partes su tarea no debe proseguir, a menos que se haya aclarado esta relación previa, se haya formulado una clara diferenciación entre el rol del mediador y la relación previa o los participantes hayan tenido la posibilidad de elegir libremente la continuación del proceso.

2.7.7. ¿Qué conflictos pueden resolverse a través de la mediación?

La mediación es efectiva para resolver una amplia gama de conflictos, entre los que se pueden destacarse los siguientes:

- Empresarial (mediación comercial, conflictos en el seno de la organización y entre distintas empresas, franchising, conflictos entre consumidores y empresas, patentes, marcas, dominios web)
- Inmuebles (división de condominio, límites)
- Trabajo (conflictos entre trabajadores y empleadores)
- Familiar (procesos de separación, conflictos generacionales, procesos sucesorios, alimentos, tenencia de hijos, régimen de visitas, liquidación de la sociedad conyugal)

- Comunitaria (barrial, ruidos molestos, animales domésticos, uso de espacios comunes, conflictos en comunidades)
- Escolar (conflictos institucionales, entre estudiantes, normas de convivencia)
- Conflictos públicos (medioambientales, urbanísticos, asistencia social, crisis institucionales, planificación tributaria, conflictos en organismos municipales, conflictos con los vecinos)

2.8. Tipos de Mediación:

Existen principalmente tres líneas de acción:

- terapéutica, cuyo interés es resolver las necesidades psicológicas del conflicto;
- comunitaria, consistente en el ideal universal de acuerdo o consenso entre todos los seres humanos;
- como transacción de intereses personales.

2.9. Ventajas que ofrece la mediación a las partes:

Entre las ventajas que brinda el sistema tenemos a la rapidez de la resolución, la economía, no se pierden las facultades de auto composición, ni el derecho a hacerse responsables de las decisiones de sus vidas, posibilidades de reconciliación y encuentro.

2.10. Modelos de mediación:

Estructurados y formales los diferentes modelos de mediación;

privilegian el aspecto legal; parten de la base de que los acuerdos aceptables y justos son aquellos que nacen de una discusión de igual a igual entre quienes tienen los conocimientos y las habilidades para ello;

Parte del mismo presupuesto (los acuerdos aceptables nacen de una discusión de igual a igual entre quienes tienen los conocimientos y habilidades para ello) pero promueve el regateo en base a los propios intereses de las partes;

Incluyen una intervención psicológica u otras aproximaciones terapéuticas, pues presumen que los contendientes no pueden participar efectivamente para resolver sus problemas porque existen factores intra personales o interpersonales que interfieren; proveen una apertura interdisciplinaria legal-psicológica. Si las partes disponen de información suficiente sobre comunicación, asistencia legal, estrategias para prever lo que deben esperar del futuro y la intercambian durante las audiencias, surgirán acuerdos justos y aceptables.

2.10.1. Mediación anexa a los tribunales:

El diseño de su implantación deberá tener en cuenta algunos aspectos esenciales: tipos de causas en los que se incluirá, momento del proceso en el que se propondrá como recurso, carácter voluntario u obligatorio, perfil de los mediadores e inclusión de equipos interdisciplinarios, rol de los abogados en el proceso, revisión de los acuerdos por los jueces, regulación de los honorarios, establecimiento de normas éticas.

2.10.2. Mediación / Arbitraje (med/arb):

Este es el modo secuencial mediante el que las partes se comprometen a intentar la resolución de su conflicto en forma escalonada, haciendo uso de la mediación y, en caso de fracasar ésta, continuar con el arbitraje.

2.10.3. Medialoa:

Cuando las mediaciones están muy obstaculizadas el mediador ofrece a las partes actuar como árbitro por el sistema de arbitraje de última oferta, es decir, eligiendo entre la última oferta de cada parte, sin poder partir la diferencia. Si las partes no realizan nuevas concesiones que les permitan cerrar la brecha que las separa, el procedimiento culmina con el último acto de arbitraje en el modo señalado.

2.10.4. Mediación comunitaria:

Esta es la expresión de la idea general del ideal universal de acuerdo entre todos los seres humanos. Es la que se aplica en la comunidad, entendiendo por tal al grupo específico de personas que suelen convivir en un área geográfica delimitada, que comparten una cultura común, están organizadas en torno a una estructura social y muestran cierta conciencia de su identidad como grupo.

La comunidad pasiva es objeto de determinantes que se le imponen externamente; la activa, sujeto de sus determinantes en interacción con el contexto más amplio que la rodea. Los principios básicos de la mediación son absolutamente congruentes con esta identidad de las comunidades activas.

La comunidad debe incorporar los medios alternativos de resolución de conflictos no sólo como un modo de aligerar el peso de los tribunales sino

como un método de participación cívica de compromiso de las partes.

La aplicación de la mediación en el ámbito comunitario no significa la desestatificación de la justicia, de ninguna manera, sino más bien, tornarla pública nuevamente, sacándola de los espacios endurecidos donde muchas veces las personas son privadas de lo que les es propio.

2.10.4.1. Concepto de Mediación Comunitaria:

La mediación comunitaria es el proceso que tiende a la resolución de conflictos que afectan la convivencia cotidiana: ruidos molestos, problemas con la basura, comportamiento agresivo de animales domésticos, relaciones de consorcistas, pequeñas rencillas familiares, transacciones insatisfactorias entre proveedores y receptores de servicios. Se trata de cuestiones menores pero que pueden perturbar a cualquiera e, incluso, propiciar violencia futura.

Es conveniente que este tipo de mediación esté a cargo de una organización no gubernamental (ONG).

Cualquier conflicto que trascienda el ámbito de la comunidad misma o el conocimiento de los mediadores voluntarios debe ser derivado a las instancias pertinentes, siendo elemental para cualquier programa comunitario contar con la información necesaria para realizar adecuadamente estas derivaciones.

2.10.4.2 Mediación empresarial:

Este método se utiliza en algunos de los siguientes casos: conciliación laboral, conflictos derivados del ejercicio de actividades comerciales, conflictos

existentes en el seno de las organizaciones y empresas, franquicias, entre otros; especialmente, su aplicación favorece las interrelaciones relaciones humanas laborales.

2.10.4.3. Mediación en conflictos públicos:

Favorece la resolución de controversias en los casos de conflictos medioambientales, de planeamiento urbanístico, de desarrollo y asistencia social, de crisis institucionales, planificación tributaria, conflictos con organismos municipales, conflictos con vecinos, y otros.

2.10.4.4. Mediación escolar:

Consiste en la promoción de técnicas y habilidades para la resolución alternativa de conflictos dentro del proceso educativo. Es apta para resolver divergencias entre estudiantes, conflictos institucionales, establecimiento de normas de convivencia, y otros en este ámbito.

Su origen data de la década del 60 en los Estados Unidos, cuando diversos grupos religiosos y movimientos por la paz reconocieron la necesidad de enseñar a niños y jóvenes determinadas habilidades para la resolución de conflictos en forma no violenta, proceso que fue incorporado por los profesores en sus clases.

2.10.4.5. Mediación evaluativa:

Esta hace referencia al proceso pedagógico conformado por dos acciones paralelas: %a... la mediación evaluativa que realiza el docente en el nivel micro del aula, en la relación directa estudiante-docente y la mediación evaluativa que realiza el Equipo de Aula en el nivel macro del Proyecto de

Aula. La mediación en el nivel micro del aula apoya el avance que realiza cada estudiante en su zona de desarrollo próximo para ampliar la zona de desarrollo efectivo.

Ello significa que la mediación evaluativa es de carácter simultáneo con la acción didáctica, suceden en el mismo ambiente espacial y temporal, pero aunque su propósito está relacionado con el aprendizaje y con la ampliación de la zona de desarrollo efectivo, su finalidad es diferente: la didáctica está acercando el conocimiento disponible al estudiante y generando las estrategias necesarias para que la apropiación sea posible, mientras que la evaluación está observando la apropiación y preguntando por la calidad y la forma de la misma para intervenir en el momento necesario sobre la acción didáctica y asegurar que el aprendizaje efectivamente se logre; además de su función simultánea, la evaluación tiene una función consecutiva para que el estudiante realice procesos de metacognición.³⁷

La mediación evaluativa podría considerar cuatro fases que a veces se desarrollan en forma simultánea, otras veces son consecutivas, pero no requieren el orden en que se enuncian dada la continuidad del aprendizaje y de la evaluación así como su carácter de promoción permanente y de mejoramiento;

Estas fases son: conocer, definir metas y logros así como los conocimientos disponibles que han de circular como currículo y a los que podrá acceder el estudiante, acompañar y orientar el proceso de aprendizaje, proponer acciones y tomar decisiones.

³⁷ UNCITRAL. CNUDMI: Arbitraje y Conciliación Internacional. [Http://www.uncitral.org](http://www.uncitral.org). Julio, 2001

2.10.4.6. Mediación familiar:

Al hablar de esta actividad práctica sabemos que esta destinada a facilitar un diálogo que permita redefinir y resolver los problemas de orden familiar especialmente de reorganización familiar, atribuyendo a los propios protagonistas del conflicto la toma de decisiones a su respecto, es un paso de cooperación tendiente a resolver un conflicto, en el que un tercero imparcial es invitado por los protagonistas para que los ayude a encontrar un acuerdo satisfactorio.

Son procesos de mediación que permite a los individuos disponer sobre su propio futuro procurando acuerdos homologables en cuanto a los efectos personales y patrimoniales de las relaciones de familia.

2.10.4.6.1. Objetivo de la mediación familiar:

El Objetivo de la Mediación familiar es encuadrar el conflicto dentro de un proceso de cooperación procurando no disolver sino reorganizar la familia, posibilitando que las propias partes reglen sus relaciones futuras. Básicamente procura no tanto el acuerdo sino la colaboración a través del mismo.

Son algunos los supuestos de aplicación en la mediación familiar, además de la separación, el divorcio y otras cuestiones conexas las situaciones de conflictos generacionales, los procesos sucesorios, en el Ecuador se lo usa también par enfrentar loa problemas provenientes de la migración de familiares cercanos como padres, hermanos, entre otros problemas propios de la familia.

2.10.4.7. Mediación fundada en derechos:

Este resulta ser un proceso de mediación más lento, debido a la necesidad de reunir pruebas referidas a los supuestos derechos que invocan cada uno de los participantes.

2.10.4.8. Mediación fundada en necesidades:

El mediador no tiene en cuenta los derechos sino las necesidades de los participantes. Bajo este esquema el conflicto puede ser definido en términos de oferta y demanda, en el sentido de que la mediación debe procurar conciliar las necesidades, es decir las de las partes involucradas.

2.10.4.9. Mediación obligatoria:

Se denominación mediación obligatoria al proceso de resolución alternativa de disputas en el que aparece como una instancia impuesta por la ley, con carácter previo a la iniciación de cualquier proceso judicial. No es incompatible con el carácter voluntario de la mediación teniendo en cuenta que lo que se ordena es la concurrencia a una reunión de mediación cuyo objetivo es lograr el avenimiento pero no existe obligatoriedad de concurrir a las reuniones posteriores ni, por supuesto, de llegar a un acuerdo, esto es las partes se avienen a asistir a la primera reunión y pueden o no hacer a las siguientes de igual manera con relación a llegar a una solución.

Suele utilizarse en aquellos países en los cuales se intenta descongestionar la actividad de los tribunales de justicia. Sin embargo, existen características del sistema judicial (carácter conservador, adversarial y

desapoderamiento de los justiciables) que dificultan la implantación de estos métodos con carácter obligatorio o como procedimiento anexo a los tribunales, sin dejar en otros casos de convertirse en mero trámite.

2.10.4.10. **Mediación organizacional:**

Este tipo de mediación, como técnica, es recomendable su uso en las organizaciones donde la persona se identifica más plenamente con los propósitos de la institución, sin llegar a fundirse con ellos.

Comprende la evolución a las mediaciones de carácter intraorganizacional, esto es, aquellas que se utilizan dentro de las organizaciones, excluyendo aquellas mediaciones de carácter interorganizacional, realizadas entre organizaciones y que pertenecen al ámbito público.

Entre las organizaciones en las que puede emplearse este método pueden citarse los sindicatos, los partidos políticos, las cooperativas de trabajo, los estudios con profesionales asociados, las organizaciones religiosas, las fundaciones que trabajan a favor de los derechos de los ciudadanos.

Son organizaciones menos apropiadas para el empleo de este recurso, entre otras, las fábricas, los bancos comerciales, los supermercados y, en casos extremos, los cuarteles, las cárceles o los hospicios.

2.10.11. **Mediación penal:**

Aquí la relación es (las partes) . víctima y victimario- y son ellas las

encargadas de encontrar una solución a su problema. La labor del mediador, que debe evitar hacer imposición alguna, se concretará a relacionar y acompañar a las personas a encontrar esa solución.

La mediación, desde esta perspectiva se planteada como una medida de justicia restaurativa (sin olvidar lo que prescribe las respectivas leyes penales) que parte de la toma de conciencia del acto delictivo por parte del autor, para dar un siguiente paso de responsabilizarse y reparar el daño causado dentro de lo posible y permitido por la norma legal vigente.

Por otro lado, permite a la víctima participar activamente en el proceso: se le devuelve el conflicto ya que tiene la posibilidad de actuar por si misma, y no representada por el Ministerio Fiscal, quién, representa los intereses de la colectividad ciudadana y el bien que fue agredido o destruido el Ministerio Fiscal hace del mismo una cuestión suprapersonal, sin descuidar el ordenamiento penal existente.

Estos casos de mediación se prevé en los países en que su legislación así lo dispone, en el Ecuador no se contempla esta figura .

2.10.4.12. Mediación salomónica:

Era aplicada en los antiguos juicios, consistía en un reparto equitativo de los bienes, fundado sólo en la cantidad materia de la disputa.

2.10.4.13. Mediación terapéutica:

Su interés reside fundamentalmente en la satisfacción de las necesidades psicológicas de las partes en conflicto y / o la repercusión en

otros actores cercanos a las partes.

2.10.4.14. Reglamento de mediación:

Grupo de disposiciones que regulan los distintos aspectos que permiten concretar el proceso de mediación. No se refieren, en principio, a las etapas del proceso propiamente dicho que, dado su carácter informal, quedan libradas al criterio de cada mediador. Suelen ser redactados por los distintos centros que prestan servicios de mediación y de resolución alternativa de disputas.

2.10.4.15. Aprendizaje cooperativo:

Uno de los aspectos que fomenta la mediación educativa, consistente en que los estudiantes perciban que el logro de sus propios objetivos no implica el fracaso de sus compañeros; dicho de otra forma, comprender que el avance del grupo facilita el avance de cada uno de los individuos que lo componen. No se trata de eliminar la competencia estimulante sino de integrarla en un ámbito cooperativo y de colaboración.

2.10.4.16. Casos en que es recomendable la mediación:

- 1) Interés de las partes en terminar con el conflicto, mas no con la relación;
- 2) Conservar el control sobre el resultado del conflicto;
- 3) Responsabilidad compartida por el estado del conflicto;
- 4) Las partes poseen buenos argumentos (más oportunidades de solución y de prevenir futuros litigios);
- 5) Cuando la ley no provee una solución (problemas de familia o

entre vecinos, donde no hay una base legal pero sí problemas originados en la desconfianza mutua);

- 6) Cuando la disputa no conviene a nadie y nadie desea litigar;
- 7) Deseo de preservar el anonimato, la privacidad y la confidencialidad;
- 8) En los casos que no existe gran desequilibrio de poder;
- 9) Mala comunicación como causa del conflicto;
- 10) Necesidad de una oportunidad para desahogarse;
- 11) Al estar en juego cuestiones técnicas muy complejas;
- 12) Deseo de minimizar costos;
- 13) Deseo de lograr una solución rápida.

2.10.4.16. Casos en que no es recomendable la mediación:

En general, cuando no satisface al interés de todas o de alguna de las partes, pues la mediación, como se ha señalado reiteradamente, no es la panacea universal, es una opción sujeta a ciertas situaciones incluso de carácter legal. No es recomendable cuando se dan alguna de las siguientes circunstancias:

- 1) Deseo de probar quien es poseedor de la verdad;
- 2) Cuestión de principios innegociables;
- 3) Noción de justicia retributiva o interés punitivo;
- 4) Deseo de sentar un precedente legal;
- 5) Parte ausente o incapacitada;
- 6) Desinterés por llegar a un acuerdo;
- 7) Imposibilidad de ambas partes de considerar una avenencia;
- 8) La lentitud del procedimiento favorece a una o a ambas partes;
- 9) El reclamante pretende obtener sumas desmesuradas;

- 10) La controversia involucra un delito de acción pública o violencia o malos tratos a menores;
- 11) Compromiso del orden público (la jurisdicción del tribunal es esencial).

2.10.4.18 Casos de aplicación de mediación internacional:

Dentro de los procesos de evolución histórica, se encuentra que en el ámbito internacional organismos legalmente constituidos como la Organización de Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, entre otros, han aplicado este procedimiento, los siguientes constituyen varios ejemplos de ello:

En junio de 1813, se firmó entre Austria y Francia la Convención de Dresde, por la que el emperador austriaco ofrecía su mediación para la paz en general y el monarca francés la aceptaba+

Conferencia de Paz de La Haya en 1899, Tratado Interamericano sobre Buenos Oficios y Mediación+ de 1936 en el que también tratan evitar la continuación y deterioro de los conflictos entre los Estados.

El gobierno de Chile medió en 1842 en la guerra boliviano peruana y estuvo presente en la concertación del respectivo tratado de paz. Nuevamente el país trasandino actuó como gestor ante los mismos gobiernos para evitar un nuevo conflicto, luego de un engorroso proceso que culminó con la expulsión del representante diplomático peruano.+

Existió mediación por parte de Chile y Colombia en 1859, impidiendo un enfrentamiento, entre Ecuador y Perú, cuando se dieron diferencias con

motivo de cuestiones suscitadas por la venta de unos terrenos situados en la zona fronteriza cuestionada+.

En 1867 tuvo lugar una importante gestión mediadora del Reino Unido, que paralizó una probable conflagración entre Francia y Prusia+.

Una de las mediaciones más conocidas, es la de su Santidad el Papa León II, en 1885 entre Alemania y España, en la controversia mantenida con respecto al dominio de las Islas Carolinas+.

Francia medió para hacer posible el Tratado de Paz+ en la guerra entre España y Estados Unidos de Norte América, firmándose el conocido Acuerdo de París+ que puso fin a la hostilidades+.

Francia, esta vez en 1904, interpuso su acción entre Gran Bretaña y Rusia logrando que se contribuyera a una comisión de investigación para resolver el incidente de Hull+.

Estados Unidos de Norte América hizo posible la terminación de la guerra entre Rusia y Japón, firmándose el Tratado de Portsmouth+.

En 1908 Rusia interpuso su mediación para evitar la lucha armada que era eminente entre Bulgaria y Turquía,+.

Una mediación conjunta de Argentina, Brasil y Chile (conocido como ABC), tuvo lugar en 1914, los que interpusieron su acción pacificadora entre Estados Unidos y México haciendo posible el convenio, firmado en Niagara Falls en junio del mismo año+.³⁸

³⁸ Datos de la Enciclopedia OMEBA. 1985

La tendencia a nivel internacional: la tendencia de los organismos de integración internacionales es la resolución de conflictos vía Métodos Alternativos de Solución de Controversias (MASC).la acogida responde al colapso de la justicia ordinaria, a decir de Alejandro Ponienman, representante del MERCOSUR, al igual que muchos de Latinoamérica están demostrando una severa crisis en sus sistemas legales. Cortes sobrecargadas, críticas generalizadas afectando a jueces, abogados y legisladores.

Demora de 5 a 10 años son usuales en países como Argentina, Chile, Brasil y Paraguay, por ello la idea es crear una red de Centros de Arbitraje y Mediación en las principales ciudades para facilitar la solución de conflictos internacionales o locales para obtener rapidez y optimización de costos.

Germán Jaramillo Director de la CAF Perú dice «La globalización económica ha implicado también la modernización de sistemas que buscan obligar al cumplimiento por parte de todos los protagonistas.»³⁹

2.11. Mediador:

2.11.1. ¿Quién es el mediador?

Es la individuo que no decide, ni tiene autoridad para imponer una solución a ninguna de las partes, característica que lo diferencia del juez o del árbitro. Debe ser una persona entrenada para asistir a aquellas otras que se encuentran en conflicto, estimulándolas, guiándolas y escuchándolas para que ellas mismas arriben a un acuerdo.

³⁹ «EL COMERCIO», Diario Quito nov. 16, 2000, citado obra «La Conciliación y La Mediación en la legislación Ecuatoriana» Dr. J Morocho

Habitualmente el mediador es abogado, pero no necesariamente debe serlo. Del mismo modo, el abogado puede participar en la mediación como guía y asesor jurídico y también trabajará activamente en la formalización del acuerdo que eventualmente logren las partes. Es necesaria asimismo la intervención de abogados cuando el acuerdo logrado requiera homologación judicial.

La elección del mediador no se distingue de la de cualquier otro profesional. Una simple entrevista será suficiente para conocer el estilo del profesional, su entrenamiento, su experiencia y los conocimientos que posee en relación con el tipo de disputa de que se trate.

Para ser mediador no basta la sola realización de un curso con una carga horaria aceptable según el esquema vigente en cada país, tampoco alcanza con la obtención de una habilitación oficial, se necesita, además de una adecuada capacitación, aptitud y actitud psicológica, experiencia de vida y una gran dosis de paciencia, entre otras cualidades.

Por lo tanto mediador es la tercera persona neutral cuya función es establecer puentes de comunicación entre las partes. No actúa como juez, pues no puede imponer una decisión, sino que ayuda a los contrarios a identificar los puntos de controversia, a explorar las posibles bases de un pacto y las vías de solución, puntualizando las consecuencias de no llegar a un acuerdo.

Comparando los roles del mediador y el conciliador puedo decir que el mediador tiene un rol más activo que el conciliador, pues se pone al frente de las decisiones las que pueden ser judicial o extrajudicial, siendo en éste último

caso cuando se trata de lograr un acuerdo antes de iniciarse el proceso.

Tercero neutral que actúa para alentar, estimular y facilitar la resolución de un conflicto sin indicar cuál debe ser su solución. El mediador es un intermediario que no decide como juez ni asesora o aconseja a las partes como abogado, es una persona que induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trasciendan el nivel de la disputa y a tener del conflicto una visión productiva para ambas.

Ciertamente es el intermediario. Ni juez que decide ni abogado que aconseja, ni terapeuta que las cura. Su única función es acercar a las partes, haciéndolo en un ambiente adecuado, con un procedimiento de múltiples pasos, utilizando sus habilidades expresamente adquiridas a estos efectos, rompiendo el hielo entre los contendientes, sacándolos de sus rígidas posiciones, y abriéndolos a soluciones creativas.

Este tercero ayuda a los involucrados en la disputa a que se conviertan en negociadores reflexivos y razonables y puedan intercambiar datos e ideas sobre la base de sus intereses, comunicándose sin interferencias. Se le conoce como «Hacedor de paz», es decir, profesional para la acción.

2.11.2. Estilo del mediador:

Aquí predomina el criterio personal de cada mediador para guiar el proceso, a eso se refiere el estilo del mediador.

Existen diferentes escuelas porque no hay un estilo único. Si bien los mediadores deben poseer ciertas destrezas mínimas adquiridas para el desarrollo de una mediación efectiva, cada mediador tiene su estilo propio y distinto de mediación. En la definición de este estilo juegan, por ejemplo, su tono de voz, su apariencia física, la manera normal de dirigir sus asuntos personales, entre otros aspectos personales.

2.11.3. Tácticas del mediador:

Son los medios que emplea el mediador para facilitar la comunicación entre las partes y la exteriorización de los intereses de cada una de ellas (ejemplo: preguntas abiertas, planteo de situaciones hipotéticas, etc).

- Reflexivas: lenguaje, imagen, creación del clima adecuado.
- Sustantivas: referidas al fondo de la disputa como, por ejemplo, intentar generar algún punto de acuerdo, tratar de modificar las expectativas de los participantes, etc.
- Contextuales: se refieren a la facilitación del proceso de resolución de la disputa (ejemplo: crear un clima de confianza entre el mediador y las partes, usar el humor en situaciones de tensión, etc).

2.11.4. Aspectos a considerar el mediador:

- Los mediadores deben ostentar el mismo nivel que los protagonistas de la disputa: entre alumnos median alumnos; entre profesor y alumno, media un profesor y un alumno.

- La participación en el proceso es voluntaria para ambas partes.
- Los participantes pueden elegir el equipo de mediación, que en todos los casos debe aceptarlo.
- Los asuntos tratados durante la sesión son completamente confidenciales.
- La solución no se origina en el equipo mediador sino en las partes.

2.11.4. Categorías de mediadores:

En general, los mediadores se podrían incluir en alguna de las siguientes categorías:

- **Componedores:** buscan solucionar la mayor cantidad de casos posible, lo más rápidamente que esté a su alcance.
- **Enmendadores:** Buscan el mejor acuerdo posible para ambas partes.
- **Protectores:** El mediador procura que nadie salga dañado del proceso, procurando asimismo que el resultado final sea justo.
- **Capacitadores:** buscan educar a las partes para que ejerzan su autodeterminación y responsabilidad.
- **Reconciliadores:** Consideran que el rol principal del mediador es lograr que las partes se miren de una manera nueva, desarrollando un entendimiento entre ambas.

No todos los papeles mencionados se excluyen entre sí, aunque ello ocurre con algunos de ellos (ejemplo: un protector puede sacrificar un acuerdo si considera que el resultado no es justo, aun estando las partes de acuerdo).⁴⁰

⁴⁰ BENNETT G., Picker. Guía práctica para la mediación: Manual para la resolución de conflictos

2.11.6 Código de ética del mediador:

Existe un Código de ética del mediador. En los tribunales o instituciones que dispongan su creación se deberá tomar en cuenta que el mismo tiene que perseguir dos objetivos básicos:

- promover la honestidad, integridad e imparcialidad en la mediación;
- controlar el funcionamiento eficaz del programa de mediación.

Además los mediadores asumen compromisos adicionales con relación a:

- consentimiento informado.
- rapidez en el procedimiento.

2.11.7. Conflicto de intereses del mediador:

Existe la posibilidad que surjan situaciones que pueden nacer de relaciones anteriores o futuras entre los mediadores y las partes. Pueden ser relaciones profesionales o personales. Los códigos existentes apoyan tres tipos de respuesta ante los conflictos de intereses: abstención, excusa y revelación.

2.11.8 Cualidades del mediador:

Existen términos que son equivalentes a mediador como cualidades enunciaré los que hacen el prototipo del buen mediador según los manuales y guías prácticas para la Mediación y resolución de conflictos, según estas guías ellos deben ser: flexibles, dúctiles, inteligentes, sagaces, pacientes,

tolerantes, persuasivos, dignos de respeto, no defensivos, objetivos, desapasionados, libres de prejuicios, honestos, sinceros, oyentes eficaces, imaginativos, creativos, hábiles, enérgicos, dinámicos, honrados, probos, íntegros, empáticos, con sentido del humor, de buen talante, perseverantes, no deben formarse su propio juicio, eficientes.

2.11.8. **Deontología profesional del mediador:**

Estas son el conjunto de reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional . en este caso el mediador- de carácter no técnico, ejercidas o vinculadas de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional. Es, una particularidad, una especie de buen perfil profesional.

2.11.9. **Características del mediador:**

Entre las características que debe poseer el mediador se deben señalar con trascendentales a la neutralidad, capacidad para abstenerse de proyectar su propio juicio, flexibilidad, inteligencia, empatía, sensibilidad y respeto, oyente activo, imaginativo y hábil, enérgico y persuasivo, capacidad para tomar distancia en los ataques, objetivo, honesto, digno de confianza para guardar confidencias, sentido del humor, perseverante.

2.11.10. **Evaluación del mediador:**

Puede estar a cargo de un tribunal, de un centro de mediación o de otra entidad o persona, dependiendo del tipo de sistema. Por tratarse de un cargo de tanta importancia para las partes en general, deben evitarse aquellos sistemas de evaluación que tengan en cuenta sólo el número de acuerdos

logrados por el mediador, si bien este constituye un parámetro importante, no es el único, será trascendental analizar de que modo se logró la composición de los intereses de ambas partes y, además, el grado de perdurabilidad de esos acuerdos.

2.11.12. Función del mediador:

Como tercero imparcial ayuda a quienes están en conflicto a identificar claramente los asuntos en disputa y a explorar soluciones posibles, que puedan ser aceptables para las partes.

2.11.13. Habilidades del mediador:

Es indispensable que el mediador reúna las siguientes habilidades

- escucha activa,
- paciencia,
- empatía,
- procurar el uso del yo+ (que expresen lo que sienten o piensan en lugar de acusar al otro),
- creatividad, replanteo de asuntos,
- parafraseo.⁴¹

2.11.14. Tareas del mediador:

Pueden ser muchas y muy variadas, por ejemplo desde el punto de vista de las cuestiones que debe resolver pueden destacarse las siguientes:

⁴¹ PUERTAS Roberth, Notas de clase, docente del IAEN.

- a) Contactos iniciales con las partes;
- b) Selección de una estrategia para conducir la mediación;
- c) Recolección y análisis de antecedentes;
- d) Diseño de un plan detallado de mediación,
- e) Promoción de la confianza y la cooperación;
- f) Comienzo de la sesión de mediación;
- g) Definición de las cuestiones y establecimiento de un programa;
- h) Descubrimiento de los intereses ocultos de las partes;
- i) Generación de opciones para un acuerdo;
- j) Evaluación de opciones para un acuerdo;
- k) Negociación final para lograr algún avenimiento;
- l) Obtención de un acuerdo formal.

2.11.15. Honorarios del mediador:

Es la retribución que se paga a quien dirige u organiza el proceso de solución alternativa de disputa que han elegido las partes. Sus variantes son muchas y dependen del tipo de medio alternativo de que se trate. Generalmente se abona un cargo fijo al inicio del caso y una suma determinada por un también determinado número de sesiones. Suele contemplarse un valor por cada hora adicional. Hay supuestos en los cuales se abona un valor por hora de cesión que depende del monto comprometido en la disputa.

Los honorarios del mediador o del centro de mediación pueden abonarse proporcionalmente entre los participantes.

Sin embargo, todas estas cuestiones pueden quedar libradas a lo que

los participantes del proceso acuerden en cada caso.

Como norma general el mediador debe darlos a conocer a las partes antes de prestar el servicio, estando prohibida su fijación de acuerdo al resultado de la disputa. Es deber del facilitador explicar a los participantes las bases de su remuneración, los aranceles y gastos, si éstos existieran.

Si las partes se hacen cargo de los costos y honorarios, el mediador debe celebrar un acuerdo por escrito respecto de la forma de pago antes de comenzar con la mediación. El tercero neutral no podrá percibir ni dar comisiones, reembolsos u otras formas similares de remuneración por la derivación de clientes.

2.11.16. Profesionalidad del mediador:

El grado de profesionalismo del mediador se puede evaluar según diferentes criterios: entrenamiento y educación, experiencia, desempeño, combinación de todos los factores.

2.11.17. Roles del mediador:

Esto son facilitar la discusión, abrir los canales de comunicación, traducir y transmitir información, distinguir posiciones e intereses, crear opciones, ser agente de realidad. No es el de un oyente amable y pasivo que asiente con la cabeza para mostrar compasión mientras las partes describen sus aflicciones y desgracias. Todo lo contrario, es un oyente activo, modelador de ideas.

Debe conseguir que las partes hablen. Si el participante es locuaz debe

quedarse callado. De lo contrario debe incitarlo para que hable. Esto se consigue: no interrumpiendo, entendiendo antes que evaluando, concentrándose y controlando el nivel de discusión

2.11.18. Tipos de mediador:

El mediador puede ser de los siguientes categorías:

- Promotores públicos y constructores del área (son personas conocidas, que escriben y hablan sobre mediación, divulgando su método, sus propósitos y su justificación);
- Quienes practican y ejercen la mediación como forma de vida;
- Quienes ofician de mediadores sin considerarse profesionales de la mediación.

2.11.18.1. Mediador familiar:

Este profesional está capacitado en la utilización de medios alternativos para la resolución de disputas que desarrolla determinadas aptitudes en el conocimiento de las etapas naturales o no del ciclo vital de la familia y los aprendizajes o tareas por incorporar en cada una de ellas, la remisión a estándares objetivos elaborados con relación a las necesidades básicas a satisfacer para cada integrante de la familia según su edad, sexo o actividad, a fin de lograr acuerdos viables . durables-, y que se puedan cumplir para beneficio de la familia.

2.11.18.2. Mediador intervencionista:

Es un profesional que asume un papel eminentemente activo en el desarrollo del proceso de mediación y como conductor del mismo.

Médiateur de la Republique, Le: En Francia, es el funcionario que contribuye a la resolución de las disputas que se plantean entre la administración y los ciudadanos.⁴²

De la especificaciones hechas se deduce que la mediación es la participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados. Apaciguamiento, real o intentado, en una controversia, conflicto o lucha. Intervención, intercesión, conciliación.⁴³, en lo que tiene que ver a la participación del mediador este interviene si es voluntad de las partes en varios procesos que hacen referencia a la solución

⁴² Los conceptos vertidos en todo el presente trabajo son el producto del estudio y análisis de varios autores:

CABANELLAS Guillermo, *o*Diccionario Jurídico Elemental*o*,
LUPO J. Mario Revista TAPHRA, 2002
Informe de resolución de la Comisión Andina de Juristas
Notas de clase del Dr. PUERTAS RUIZ Roberth, docente en la Maestría
Jornada sobre Solución de Conflictos y Mediación.- Dr. ALVARADO U. Oscar
Artículo: Sistema Creativo de Solución de Controversias. Efraín Hugo Richard
DICCIONARIO OCÉANO
FREID, Schnitanam, Dora, comp. Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos: Perspectivas y prácticas.
NEUMAN, Elias Mediación y conciliación penal.
ORTEMBERG, Oswaldo D. Mediación familiar: aspectos jurídicos y
SPATVIERI, Elena. Principios y técnicas de mediación: un método de resolución de conflictos.
VIDELA DEL MAZO, José María. Estrategias y resolución de conflictos.
DE TOMASO, Antonio Horacio. Mediación y trabajo.
SIX, Jean-Francois. Dinámica de la mediación.
SUAREZ, Marinés, Mediando en sistemas familiares.
DIEZ-GACHI, Tapia, Francisco. Herramientas para trabajar en mediación.
ESCRICH Joaquin *o*Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*o* 1987
BENNETT G., Picker. Guía práctica para la mediación: Manual para la resolución de Conflictos
www.juridicas.com/base-datos/privados
www.leyesprocesales.com/arbitraje.1052
www.cise.oas.org/dispute/COMARB/colombia/D18181/asp#
www.infolegales_panamama.com/articulos.23ahtm

⁴³ Diccionario Jurídico , G. Cabanellas de las Cuevas.

de conflictos en algunos ordenes del convivir humano, por lo tanto el mediador ofrece un servicio de guía para llegar a una venencia de las partes.

2.12. LA MEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

Dentro de nuestro país en la Constitución Política, al referirse a la materia laboral consta la "transacción" y la "conciliación"; en el artículo 35 numeral 5, establece, y transcribo "Será válida la transacción en materia laboral, siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente". Y el numeral 13: "Los conflictos colectivos de trabajo serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje..."⁴⁴, con relación a la transacción el Diccionario Elemental Jurídico dice: "Concesión que se hace al adversario, a fin de concluir una disputa, causa o conflicto, aún estando cierto de la razón o justicia propia. Adopción de un término medio en una negociación; ya sea en el precio o en alguna otra circunstancia. Ajuste, convenio, negocio, operación mercantil.

Cuando se refiere a la conciliación dice "venencia de las partes en un acto judicial previo a la iniciación de un pleito. El acto de conciliación, que también se denomina juicio de conciliación, procura la transigencia de las partes, con el objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar.

El Juicio de Conciliación es el acto solemne que se celebra previamente a los juicios contenciosos, ante la autoridad pública asistiendo el actor y demandado con el objeto de arreglar y transigir amigablemente sus

⁴⁴ Constitución Política de la República del Ecuador. 1998

respectivas pretensiones.⁴⁵

El artículo 118, inciso 3, de la Constitución Política de la República del Ecuador codificada en 1997 señala: "Se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias".

Y el artículo 191, inciso 3, del actual texto de la Carta Política del Estado ecuatoriano, consagra definitivamente como principio constitucional a los procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, cuando dice: "Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley".

2.12.1. En el Código Civil

La institución jurídica más próxima a la figura de la mediación -bajo los preceptos de la actual Ley de Arbitraje y Mediación (LAYM)- se encuentra en el Título XXXVIII del Libro Cuarto del Código Civil (CC): "De la Transacción", cuyo artículo 2372, primer inciso cuando dice: "La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual"⁴⁶

Por su parte el artículo 43 de la LAYM dice: "La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes... procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto."

⁴⁵ Diccionario Jurídico, G. Cabanellas de las Cuevas.

⁴⁶ Código Civil ecuatoriano

Los conceptos de contrato o acuerdo, coinciden en las siguientes especificidades:

a) VOLUNTARIO: El Código Civil señala que la transacción es "un contrato" y el mismo Código lo define como Art. 1481.- "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra ..."; Art. 1480.- "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones;..."; Así, la LAYM en el Art. 43.- "La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario,..."; también habla de "un acuerdo (convenio) voluntario".

b) TRANSIGIBLE: Este carácter se encierra en la etimología de la propia palabra "transacción" y concuerda, igualmente, con el concepto de la LAYM. La materia transigible está determinada por la ley y motiva un análisis posterior.

c) EXTRAJUDICIAL: Ambos conceptos convergen en la misma peculiaridad.

Otro artículo concordante es el 2386 del CC que dice y transcribo la parte pertinente: "La transacción surte el efecto de la cosa juzgada....." Lo que, del mismo modo, coincide con el inciso cuarto del Art. 47 de la LAYM, respecto del Acta de Mediación que "...tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia...".

Según mandato del Art. 411 primer inciso, del Código de Procedimiento Civil, para que la transacción, dentro de juicio, surta efecto debe "Si las partes

se pusieren de acuerdo, lo harán constar en acta, y el juez, de encontrar que el acuerdo es lícito y comprende todas las reclamaciones planteadas, lo aprobará por sentencia y declarará terminado el juicio....+; el acta del acuerdo debe ser aprobada por sentencia judicial -esta disposición parecería superada por la LAYM- cuando en el dice Art. 47 incisos tercero y cuarto: %En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador.

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación....+

La relación entre la mediación y la transacción presenta gran trascendencia para quienes negocian directamente o median los términos de un acuerdo, pues, el contrato de transacción, al igual que el acta de mediación, tienen mérito de cosa juzgada en última instancia, de modo que, cuando se trata de una transacción extrajudicial, en los términos de la LAYM, como consecuencia de la transacción, el contrato transaccional tiene el mismo efecto jurídico que una sentencia ejecutoriada de última instancia.

De modo tal que cualquier persona puede negociar o mediar y lograr para el acuerdo los mismos efectos jurídicos de un acta de mediación, conforme a la LAYM, conforme el Código Civil, Título XXXVIII De la Transacción.

Países como Chile, en donde se hace mediación sin que exista una ley específica para el efecto, el acta en que consta el acuerdo se asimila expresamente a un contrato de transacción.

Se puede hablar de mediación formal -en los presupuestos de la LAYM- y una suerte de mediación informal, la cual, para lograr el mismo efecto jurídico, deberá ajustarse a las reglas establecidas en el Título XXXVIII del Código Civil, sin dejar de lado la importancia de que un proceso de mediación diseñado y dirigido por un perito capacitado y entrenado como mediador, con seguridad, tendrá mayores probabilidades de éxito.

Los otros artículos del Título XXXVIII "De la Transacción" del CC, indican básicamente : la capacidad de las partes, las prohibiciones, los motivos de nulidad y los efectos de la transacción.

De la información desarrollada se puede decir que la LAYM debe tener concordancia con el CC. Pudiendo este Título "De la Transacción" ser norma supletoria de la LAYM.

2.12.2. En el Código del Trabajo

Dentro de lo dispuesto por el Código del Trabajo, ya constaba una figura de solución alternativa de conflictos, siendo el primer cuerpo legal que utilizó la expresión mediación. Se conocen como "comisionados de conciliación" elemento que surgió con la instauración del Departamento del Trabajo de los Estados Unidos y el luego organizado Servicio Federal de Mediación y Conciliación para atender las diferencias obrero-patronales.⁴⁷

⁴⁷ C. Moore 1986

En la legislación laboral ecuatoriana actual, la mediación se diferencia de la conciliación y es un procedimiento obligatorio, particularmente para los conflictos laborales y así consta en los Art. 475.- Pliego de peticiones.- inciso tercero cuando dice: *Todo incidente que se suscitare en el conflicto, sea de la naturaleza que fuere, deberá ser resuelto por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje al tiempo de dictar el fallo.*+, como especifique antes este se da en lo relacionado a los conflictos laborales, en relación a la obligatoriedad del trámite el *Art. 477.- Mediación obligatoria.- Si no hubiere contestación o si ésta no fuere enteramente favorable a las peticiones de los trabajadores, el Inspector del Trabajo remitirá todo lo actuado a la Dirección o Subdirección de Mediación Laboral respectiva, para que a través de sus funcionarios convoque a las partes cuantas veces considere necesarias, con veinte y cuatro horas de anticipación por lo menos, a fin de que procuren superar las diferencias existentes, dentro del término de quince días contados desde la fecha de inicio de su intervención. Este término podrá ampliarse a petición conjunta de las partes.*

Si los empleadores no concurren en forma injustificada a dos reuniones consecutivas, terminará la etapa de mediación obligatoria y se remitirá lo actuado al Inspector del Trabajo, para que integre el Tribunal de Conciliación y Arbitraje. En caso de que sean los trabajadores quienes no asistan injustificadamente a dos reuniones consecutivas, forzosamente se cumplirá el término de quince días señalado en este artículo, transcurrido el cual igualmente se remitirá el expediente al Inspector del Trabajo.

Las partes deberán concurrir a estas reuniones conforme a lo dispuesto en el artículo 483 de este Código+ además en relación a quienes pueden actuar también se especifica en el mismo Art. cuando dice: *Quienes*

hubieren intervenido como representantes de las partes no podrán posteriormente ser elegidos como vocales ante el Tribunal de Conciliación y Arbitraje respectivo.+También en el texto del Art. mencionado, se dice que se deberá suscribir una acta del acuerdo que de por terminado el conflicto.

Art. 478.- **Prohibición de declaratoria de huelga.**- Los trabajadores reclamantes no podrán declararse en huelga, mientras duren las negociaciones de que trata el artículo anterior, salvo por las causales previstas en los numerales 1, 2 y 7 del artículo 504.

En el caso de que la fase de la mediación no se pudiera concretar se recurrirá a lo dispuesto en el Art. 479 del Código del Trabajo, que habla del Sometimiento del Conflicto al Tribunal de Conciliación y Arbitraje, en el Art. 483, se tratan las Normas para concurrencia a la Junta de Conciliación, luego el Art. 484 se habla de la conciliación misma y de la trascendencia que tiene esta.

En el Art. 493 al referirse a los Tribunales Superiores de Conciliación y Arbitraje, se especifica que son estos y donde están y que hacen. Y en Art. 496, se contemplan los Efectos de los Fallos Ejecutoriados. En el Art. 498, constan las Atribuciones del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos.- Corresponde al Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos y quienes presidan los Tribunales.

Así mismo dentro del Código del Trabajo se regula la actuación de los funcionarios de mediación del Ministerio del Trabajo (artículos innumerados de la reforma), y de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

En legislación laboral ecuatoriana, consta La mediación como el primer camino para superar las diferencia laborales existentes entre empleadores y trabajadores, y de no existir convenio, el expediente se remite al Inspector del Trabajo para que este lo someta a conocimiento del Tribunal de Conciliación y

Arbitraje, tribunal que no puede estar constituido por quienes hayan participado como representantes de las partes en el proceso de mediación.

También se contempla a la conciliación laboral como un recurso y le faculta al tribunal para proponer las bases de conciliación, se diferencia de la mediación, porque en esta última, las proposiciones de resolución corresponden exclusivamente a las partes.

2.12.3. LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

En virtud del precepto constitucional se dicta la nueva Ley de Arbitraje y Mediación LAYM (R.O. No.145, 4.9.97), cuyos títulos II y III reseñan la mediación como una institución moderna para solucionar conflictos dentro del actual ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La denominada Ley de Mediación y Arbitraje contiene la regulación de lo que hemos analizado anteriormente y definido como mediación; el Título II De La Mediación, contiene lo que se define como mediación, a quien se puede solicitarla (Arts. 43, 44,48), las características de la solicitud de mediación, (Art. 45), cuando procede (Art. 46), como concluye y la relación de lo acontecido en la misma (Art. 47), quien puede actuar en calidad de mediador (Art. 49), la confidencialidad de la misma y la forma de renunciarla si es querer de las partes (Art. 50), de la comparecencia y lo que debe constar en el acta si esta no se da en la segunda llamada (Art. 52), quienes pueden organizar centros de mediación (Art. 52.), de los centros de mediación y sus reglamentos, (Art. 53 y 54), se habla de la conciliación extrajudicial como mecanismo alternativo para la solución de conflictos (Art. 55), de la prohibición de acusar de prevaricato a los jueces ordinarios por haber propuesto formulas de arreglo para las partes en sentencias o juntas de

conciliación (Art. 56), sobre la posibilidad que tienen el centro de mediación o mediador , de dejar de prestar sus servicios en caso de no pago de los honorarios (Art. 57), el reconocimiento de la mediación comunitaria y su procedimiento (Art. 58 y 59), constan también disposiciones generales en loa Arts. 60 y 61, y disposiciones transitorias en los Arts. 62, 63, 64. (Ver anexo 1)

2.12.4. LEY ORGANICA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

En la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, se contempla la figura del mediador, cuando se dice: Art. 8.- ~~¶~~ Son deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo,... f) Intervenir como mediador en conflictos sometidos a su consideración por personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública, siempre y cuando el Defensor del Pueblo lo considere procedente y necesario;...+⁴⁸

Art. 12.- ~~¶~~ El Defensor del Pueblo al realizar sus investigaciones organizará el procedimiento basándose en los principios de gratuidad, informalidad e inmediatez...+⁴⁹

Al referirse a las atribuciones y deberes de los Coordinadores: en el Art. 1, num. 1^o ⁵⁰ se dice: ~~¶~~ Intervenir como mediadores en los conflictos con la administración pública que les sean sometidos a su consideración dentro de sus respectivas jurisdicciones, sin perjuicio de que los defensores adjuntos o los comisionados provinciales puedan prevenir en el conocimiento y solución de estos problemas.+

⁴⁸ Capítulo II Deberes y Atribuciones, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo

⁴⁹ Título III Del Procedimiento, Capítulo I Principios Generales, Ley Orgánica de la Defensa del Pueblo

⁵⁰ Resoluciones del Defensor del Pueblo. Resolución No. 005

En el Art. 9 de la Resolución 004, de las Resoluciones del Defensor del Pueblo, y No. 012 se dice cito: *Reglamento de quejas, recursos constitucionales y demandas de inconstitucionalidad de competencia del Defensor del Pueblo, Art. 7 (que asimila al No. 9 de la Resolución 004). Convocar audiencias públicas para que las partes involucradas formulen las alegaciones que consideren pertinentes o con el objeto de promover y acordar la solución de la queja sometida a su consideración. De sus deliberaciones y resoluciones se dejará constancia resumida en acta escrita...*⁵¹

Además de las citadas existen diversas leyes, tratados y reglamentos, sobre todo, los expedidos después de publicarse la LAYM, que se remiten al procedimiento de mediación para la solución de controversias (Ley para la promoción de la inversión y participación ciudadana; Ley de defensa del consumidor; Ley de Mercado de valores; Ley de Propiedad Intelectual, Ley de Hidrocarburos, etc.)

2.13. DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE LA MEDIACIÓN Y LOS OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

2.13.1. Mediación y arbitraje

En la mediación las partes mantienen el control de la controversia sin delegar el potestad de la toma de decisiones en el mediador. Esto significa que, cualquier resultado al que se llegue tendrá origen en la voluntad de los participantes.

⁵¹ Resoluciones del Defensor del Pueblo. Resolución 004

En el arbitraje el resultado del proceso deriva del árbitro, quien resuelve según las normas que resulten de aplicación al caso concreto. Existiendo un tercero que decide, el proceso se desarrolla en un marco de ganador-perdedor, característica que no presenta la mediación.

Mediación y conciliación

La conciliación es un mecanismo alternativo no adversarial para la resolución de conflictos, mediante el que las partes buscan, por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial, la resolución de su disputa.

Se diferencia de la mediación en que por medio de la conciliación, se puede arribar a un acuerdo mediante una transacción, vale decir, a través de una renuncia recíproca de derechos.

La conciliación es una de las formas antiguas para resolver disputas humanas. Como embrión se halla en las formas tribales, para avanzar históricamente afincándose en los conceptos de la familia, clanes o reuniones de vecinos caracterizadas.

De conciliación se puede hablar en dos sentidos: o proviene del acuerdo de voluntades que encuentra puntos de acercamiento entre los intereses que los enfrentan sin que para ello intervengan terceros; o también de la actividad dispuesta por otro en miras a aligerar las tensiones y desencuentros de las partes. En el primer caso la conciliación es el resultado de actitudes libres y privadas. En el segundo supuesto, el tercero (conciliador) puede ser impuesto por la ley o elegido voluntariamente. Así mismo, este mecanismo, a veces establece como presupuesto previo a formalizar el

reclamo ante la jurisprudencia.....+⁵²

Al referirse a la Conciliación en el Código de Procedimiento Civil en su Art. 409.- se dice: %Si las excepciones o la cuestión planteada en la reconvencción versan sobre hechos que deben justificarse, el juez señalará día y hora en los que las partes deben concurrir, con el propósito de procurar una conciliación, que dé término al litigio.+ Deja constancia de la fecha señalada, de cómo se deja constancia de lo actuado y de lo que sucede si no se acude.

En el Art. 410 especifica lo que ocurre si las partes asisten y que es lo que pueden conceder. %a...Se entenderá que tales concesiones están subordinadas siempre a la condición de ser aceptadas en la conciliación, de tal modo que no implicarán, en caso alguno, reforma de las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en la demanda y en la contestación.

El juez por su parte, procurará, con el mayor interés, que los litigantes lleguen a avenirse.⁵³

Art. 411.- Si las partes se pusieren de acuerdo, lo harán constar en acta, y el juez, de encontrar que el acuerdo es lícito y comprende todas las reclamaciones planteadas, lo aprobará por sentencia y declarará terminado el juicio. La sentencia deberá inscribirse, cuando fuere necesario, a fin de que sirva de título, para los efectos legales correspondientes.

Si el acuerdo comprende sólo alguna o algunas de las cuestiones planteadas y fuere lícito, el juez lo aprobará por auto y dispondrá que el juicio continúe respecto de las cuestiones no comprendidas en el acuerdo de conciliación, a menos que, dada la naturaleza de dichas cuestiones, no puedan ser, en concepto del juez consideradas y resueltas sino conjuntamente.

⁵² ALVARADO, Adolfo . òLa Conciliación como Medio de Solucionar conflictos de Interésö Uruguay

⁵³ Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, vigente.

Se pueden identificar diferencias como las siguientes:

La conciliación dentro del proceso es ordenada por el juez, obedeciendo el mandato de la ley, la mediación obedece a la voluntariedad de las partes.

Dentro de la legislación ecuatoriana la conciliación se contempla como una diligencia inevitable dispuesta por ley dentro del proceso, independientemente de que se llegue a un acuerdo o no, se la contempla como un paso para continuar el trámite del juicio; la mediación es un intento voluntario por lo tanto, si no se realiza o si se lleva a cabo, no tendrá ninguna trascendencia, simplemente se perdió una oportunidad de resolución de un conflicto.

2.13.3. Mediación y experto neutral

El experto neutral es una persona especializada en determinada disciplina, cuya opinión se requiere en aquellos casos en los que las partes involucradas se encuentran impedidas de dirimir una cuestión técnica por sí mismas. La intervención de este profesional es resuelta por ambas partes de común acuerdo, modo a través del que también resuelven de qué manera van a afrontar su retribución. El experto neutral puede participar en la mediación y en el arbitraje, aunque su actuación se encuentra reducida al esclarecimiento de puntos específicos cuya determinación depende de conocimientos científicos o técnicos de los cuales las partes, sus abogados o el mediador, carecen.

2.13.4. Mediación y Ombudsman

El Ombudsman es una institución que no se contempla en nuestra legislación como tal, más si tenemos Defensor del Pueblo.

El Ombudsman es el %Controlador o defensor del pueblo, puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de actos, hechos u omisiones de la administración pública y sus agentes que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar intereses difusos o colectivos, entre ellos la tutela ambiental, el control del equilibrio ecológico, la preservación de bienes vinculados al resguardo de la calidad de vida de grupos o categorías de personas, ocupándose además de aspectos de la protección masiva como la defensa del consumidor, la lealtad comercial en la oferta y calidad de los productos.⁵⁴

El Ombudsman es totalmente diferente a la mediación y los procedimientos que sirven para resolver conflictos, puesto que el Ombudsman, no es un procedimiento para resolver conflictos ni entre estados ni entre particulares, por lo expuesto, algunos tratadistas asimilan esta institución con la defensoría del pueblo.

De la estructura del Ombudsman, ésta se asimila a una antesala de la defensoría del pueblo, el tratadista Agustín A. Gordillo sostiene que: %a en efecto originariamente las misiones esenciales de esta figura fue la de fiscalización a los funcionarios de Gobierno, tal como informa el antecedente

⁵⁴ VIEITES Fernando, DICCIONARIO ESPECIALIZADO,

más concreto, que fue el Canciller Sueco. Después, el organismo adquirió un gran prestigio y fue modelo a imitar en prácticamente toda la península Escandinava. El control de gestión se afianzó con este mecanismo de equilibrio, que repercute notablemente en toda Europa, hasta llegar a una de las manifestaciones más visibles del modelo con el defensor del pueblo español...+

De la información revisada, se puede anotar como diferencias entre el Ombudsman y la mediación: primero, en la legislación española hasta 1978 el Ombudsman era una especie de defensoría del pueblo, similar a la existente en el Ecuador, en cambio la mediación es un procedimiento que puede establecerse ya sea en los centros de mediación particular, o en Instituciones públicas y privadas; segundo, el Ombudsman está considerado como una autoridad, la mediación es un procedimiento; tercero, el Ombudsman controla o vigila la eficacia de los servicios públicos, la mediación es un procedimiento que se aplica para resolver conflictos entre las partes.

2.14. Centros de Mediación

2.14.1. ¿Qué funciones cumplen los centros de mediación?

Información y difusión de los mecanismos alternativos para la resolución de disputas, proporcionando el soporte informativo y documental necesario en cada caso.

Formación, mediante la organización de cursos, jornadas y seminarios sobre técnicas y procedimientos de mediación, negociación, conciliación, arbitraje y otros métodos alternativos.

Realización de las actividades concretas

Que contribuyan a su objeto, mediante sus equipos de profesionales: mediación, conciliación, negociación, arbitraje, etc.

Los centros son verdaderos grupos interdisciplinarios integrados por abogados, psicólogos, mediadores, expertos en negociación y consultores de las más diversas materias.

Su puesta en marcha requiere de asesoramiento técnico para que puedan contar con la infraestructura y la organización que garanticen su adecuado funcionamiento y el registro correspondiente.

Es necesario que se contemple la instalación de un programa de administración y seguimiento de casos que permita el registro de audiencias y salas de mediaciones, mediadores, partes, representantes legales, asuntos o temas, resultados, aranceles (para el caso de centros arancelados) y otras informaciones y estadísticas.

Se encargan también del diseño de sistemas de resolución de disputas para distintas organizaciones. Se trata de la formulación de mecanismos de medida+ de cada institución que puedan convertirse en el recurso adecuado para encontrar una solución más humana y no adversarial de tales disputas.

A estos efectos se deben formar mediadores internos y una instancia de supervisión, al igual que un servicio de mediadores externos, todos ellos supervisados por el centro de mediación responsable.



PDF
Complete

*Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

CAPITULO III

3. ARBITRAJE

3.1. ¿Qué es el arbitraje?

Es un método de resolución de conflictos alternativo del sistema judicial. Se trata de un mecanismo mediante el que ciertos conflictos pueden ser resueltos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales. Producido un diferendo o un conflicto de intereses entre dos o más partes, éstas deciden someter su controversia a un tercero que provee la solución.

Se trata, por tanto, de una jurisdicción privada (individual o colegiada), instituida por voluntad de las partes o por decisión legal, por la que se desplaza la potestad de juzgar hacia órganos diferentes de los tribunales estatales.

Este método tiene carácter adversarial, pues es un tercero neutral quien decide la cuestión planteada, siendo su decisión, en principio, obligatoria. Las partes se convierten en contendientes a efectos de lograr un laudo favorable a su posición.

El arbitraje ofrece notorias ventajas en comparación con el proceso jurisdiccional, pues su procedimiento es más rápido.

Es similar el procedimiento a un juicio, porque es un tercero quien decide en base a las documentación y pruebas que le presentan y las partes aceptan someterse a esa decisión, que es lo que se llama laudo.

El método arbitral, no puede aplicarse a aquellos casos en los que un fiscal debe intervenir obligatoriamente, ni en cuestiones relativas a conflictos laborales o situaciones en las que puede verse afectado el orden público.

Es obligatorio para las partes y ejecutable judicialmente; es susceptible de impugnación judicial por vía de nulidad.

3.1.1. El arbitraje, concepto, características, clasificación ⁵⁵

3.1.1.1. Concepto.

El arbitraje es un instrumento creado para la resolución de las controversias de índole jurídica, mediante laudos que, en las condiciones determinadas por la Ley, producen el efecto de la cosa juzgada.⁵⁶

⁵⁵ Los conceptos vertidos en todo el presente trabajo son el producto del estudio y análisis de varios autores:
NOODT Taquela, María Blanca. Arbitraje internacional en el MERCOSUR.
Garro, Alejandro M., "The UNCITRAL Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for reform in Central America. The American Review of International Arbitration.1990.
Jarvin, Sigvard, "The Place of Arbitration". The ICC International Court of Arbitration Bulletin.1997.
Kerr, Carla, Oportunities to obtain U.S. discovery for use in non- U.S. arbitration or litigation, Ponencia Convención Inter-Americana Bar.1995.
Kreindler, Richard H., "Arbitration or litigation ? ADR issues in transnational disputes". Dispute Resolution Journal, Fall 1997.
London Court of International Arbitration, Reglamento de la LCIA (Traducción al Español - Borrador), 1998.
CABANELLAS Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental",
LUPO J. Mario, TAPHRA
Comisión Andina de Juristas
Notas del Dr. PUERTAS RUIZ Roberth
CARDENAS, Sara T. El arbitraje.
www.juridicas.com/base-datos/privados
www.leyesprocesales.com/arbitraje.1052
www.cise.oas.org/dispute/COMARB/colombia/D18181/asp#
www.infolegales_panama.com/articulos.23ahtm
DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO OCEANO UNO 2002
ESCRICH Joaquín, "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", 1987
⁵⁶ LARREATEGUI M. Carlos, "Contribución al Estudio del Arbitraje Privado"

El arbitraje ha surgido de la práctica, del mismo mundo de negocios, como respuesta a una exigencia del tráfico comercial. Junto a la posibilidad de acudir al procedimiento judicial el empresario, ha deseado hacer uso de procedimientos más ágiles. Saben que muchos casos la rapidez es económicamente más ventajosa que una solución a medio o largo plazo⁵⁷

El arbitraje es una jurisdicción que la voluntad de las partes o la ley da a simples particulares para pronunciarse sobre una o más controversias, siempre que no sean de aquellas que, por su propia naturaleza no puedan someterse a compromiso⁵⁸

Una contienda entre partes sometida voluntaria o forzosamente, a conocimiento y resolución de terceros elegidos por ellos o por la autoridad judicial ...⁵⁹

Juicio arbitral o arbitraje, es aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante los Tribunales Especiales distintos de los establecidos normalmente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones.⁶⁰

Entonces el Arbitraje es el método de resolución de conflictos alternativo del sistema judicial. Es un mecanismo mediante el que los conflictos son resueltos por particulares que no tienen la condición de jueces estatales; producido un diferendo o un conflicto de intereses entre dos o más partes, éstas voluntariamente deciden someter su controversia a un tercero

⁵⁷ CREMADES Bernardo, *«España ante el Arbitraje Comercial Internacional»*

⁵⁸ MONGALVYZ, *«Tratado de Arbitraje en materia Civil y Comercial»* citado por Dr. C. Larreategui

⁵⁹ MIRANDA Julian, *«El Juicio Arbitral»*

⁶⁰ AYLWIN Patricio, *«El Juicio Arbitral»*

que proporciona una solución.

3.1.1.2. Definición:

Para el jurista Augusto Morello el Arbitraje se puede definirlo como un método o técnica por la cual se trata de resolver las diferencias que intercedan en las relaciones entre dos o más partes, a cuyo fin se acuerda la intervención de un tercero (o tribunal) para que los resuelva.⁶¹

Es un método de resolución de conflictos alternativo, en el que interviene un tercero -árbitro- que provee una solución que es obligatoria para las partes y ejecutable judicialmente; y a la vez, es susceptible de impugnación y nulidad.

3.1.1.3. Características:

El autor Patricio Aylwin en su obra *Juicio Arbitral* señala como características fundamentales:

- ser un verdadero juicio con sus tres elementos constitutivos: controversias, partes entre las cuales existe litigio y tribunal facultado para resolverlo;
- 2. origen generalmente contractual; y,
- 3. investidura privada del Tribunal Arbitral

La administración de justicia corresponde al Estado, sin embargo existen casos en los que se permite bajo ciertas características y

⁶¹ MORELLO, Augusto, *Los Abogados y el Arbitraje en la Jurisprudencia Argentina* 1992, pag. 63

disposiciones legales, se sometan al conocimiento y decisión de terceros particulares, investidos de cualidades específicas, por ejemplo lo que se dispone en el Art. 11 del Código Civil cuando dispone: *Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.*⁶²

El arbitraje es de jurisdicción privada (individual o colegiada), instituida por voluntad o por decisión legal, por la que se desplaza la potestad de juzgar hacia órganos diferentes de los tribunales.

Al existir un tercero neutral se torna de carácter adversarial, ya que es él quien decide la cuestión, siendo su decisión, en principio, obligatoria.

Difiere de la mediación que pone el énfasis en la participación voluntaria en el proceso y en el eventual diseño de un acuerdo mientras que en el arbitraje es el árbitro quien da la resolución final.

Haciendo un paralelo con el proceso jurisdiccional, este sistema otorga ventajas en por su mayor flexibilidad y menor formalidad en los procedimientos, los que resultan ser más rápidos.

Su aplicación es de ejecución judicial y además se lo puede impugnar como de nulo.

Como procedimiento es similar a un juicio, aquí es un tercero quien decide sobre el caso que se le presenta y las partes aceptan esa decisión, que es un laudo. No existe comunicación directa entre las partes sino a través

⁶² CÓDIGO CIVIL ecuatoriano, Art. 11

de los abogados que hacen su presentación ante el árbitro.

Este método no es aplicable en: materia penal; en derecho de familia; en quiebras y concursos; en cuestiones laborales; en los casos en los cuales haya recaído sentencia judicial firme; en los asuntos en los cuales las partes no tengan poder de disposición; asuntos en los cuales, con arreglo a las leyes de cada país, deba intervenir el Ministerio Fiscal; y en situaciones en las cuales pueda verse afectado el interés público.

Por lo tanto, se puede arbitrar en cuestiones civiles y comerciales como ser arrendamiento, propiedad horizontal, contratos de obra, contratos con clientes o proveedores.

El arbitraje tiene características jurídicas específicas, es típico, puro, consensual, bilateral, de ejecución diferida, individual, negociado y accesorio o autónomo.

3.1.1.4. El Consentimiento:

El consentimiento se compone de tres elementos: discernimiento, como posibilidad de elegir; intención, en el sentido de que la elección sea lo que realmente se quiere hacer; y libertad, que la voluntad no esté viciada, es decir no haber sido engañado u obligado a hacer o tomar una decisión.

El consentimiento, en principio, tiene que ser expreso por ser una jurisdicción de excepción y por significar renunciar a la jurisdicción ordinaria.

La excepción a este principio general de consentimiento expreso sería en el caso del demandado que al contestar la demanda automáticamente

consiente la jurisdicción arbitral, aunque no haya sido pactada.

3.1.1.5. Clasificación:

El arbitraje puede ser clasificado como:

- Privado: es el que se aplica cuando dos personas que tienen un conflicto se ponen de acuerdo en someterse al arbitraje de una persona de reconocida solvencia y capacidad, esta instancia puede o no estar especificada en el contrato.
- Institucional de derecho: es aquél en el que al intervenir en un conflicto se utilizan normas escritas de derecho, requiere que sea desempeñado por un abogado en ejercicio.
- Institucional de equidad: (utilizado en el sistema anglosajón) se resuelve por equidad, por jurisprudencia, es la decisión que el árbitro considera más justa según su leal saber y entender, escucha a las partes y aplica la práctica generalizada y universal del sector en el que se encuadre la disputa, se basa en la experiencia, esto significa que se puede apartar de la ley, lo cual implica un gran riesgo porque no brinda seguridad jurídica, puede desempeñar el cargo cualquier persona que, al momento de aceptar la designación, se encuentre habilitada para ejercer sus derechos.
- Público: es obligatorio, se usa en materia de derecho internacional tanto para los particulares como para los países, está muy vinculado a los conflictos limítrofes.

- Interno: es el sistema de arbitraje que se resuelve dentro del ámbito de una institución o un país, se vincula con la competencia territorial o espacial y con la utilización de normas jurídicas nacionales, provinciales o privadas.
- Internacional: cuando las partes que intervienen en los conflictos tienen sus establecimientos en estados diferentes, o con el del lugar en el que se desarrollan sus negocios, o el lugar del arbitraje o del tribunal en relación.

3.1.2. Características del Árbitro

El Magistrado Donaldson, en el discurso preparado para el Seminario sobre Arbitraje en el sistema Judicial al referirse al árbitro dice: Soy Juez y ustedes árbitros; pues bien la única diferencia real es que yo trabajo en el sector público o nacionalizado de la industria y ustedes actúan en el sector privado, pero se trata de la actividad: una industria de servicios. Su objetivo al igual que el mío consiste en servir a nuestros clientes mediante decisiones justas con arreglo a la ley.⁶³

Los árbitros son verdaderos jueces y no pueden ser mandatarios de las partes. Los árbitros gozan de autoridad personal e independiente. Desempeñan una función pública temporal y sus sentencias son actos auténticos y causan efecto de cosa juzgada. El arbitraje no existe sino por voluntad y consentimiento del legislador, es la ley la que lo instituye y, si así no fuera, los particulares no podrían recurrir a él. Sólo pueden ser árbitros las personas capaces de desempeñar funciones públicas y las resoluciones de

⁶³ Magistrado DONALDSON, Seminario sobre Arbitraje en el Sistema Judicial Madrid, citado por el Dr. LARREATEGUI Carlos, en Contribución al Estudio del Arbitraje Privado 1982, pag 22.

los árbitros son verdaderas sentencias⁶⁴

El arbitro es un profesional independiente, experto e imparcial, que las partes eligen libremente para que los escuche y tome una decisión sobre el asunto que se le presente.

En otros términos, el árbitro ejerce su profesión cotidianamente como cualquier persona, sólo se desempeña como tal cuando las partes lo eligen entre un grupo de profesionales que se ofrece a las partes y cuando este acepta oficialmente el cargo de árbitro, manifestando documentadamente su imparcialidad.

Cabe mencionar que, si bien carece de imperium para la ejecución de sus pronunciamientos, estos son equivalentes a las sentencias judiciales. Arbitro puede ser una persona física, una institución o un tribunal al que las partes concurren directamente a fin de que se expida un laudo con relación al conflicto que someten a su consideración.

El juzgamiento puede confiarse a un árbitro único, a un colegio de árbitros o a un tribunal arbitral.

El arbitraje institucional es aquel cuya organización encargan las partes que enfrentan el conflicto a una institución denominada generalmente centro de arbitraje, que organiza el procedimiento arbitral y propone a los interesados una lista de árbitros preseleccionados.

Si bien es cierto que el arbitro deriva su poder del compromiso de las partes

⁶⁴ LOPEZ DEL SOLAR ELIO, Rodolfo. Conciliación y Arbitraje: Legislación y Comentarios. La Paz-Bolivia. 1995. Pág. 44.

en lo que pudiera asimilarse al mandatario, sin embargo, desempeña su función como juez y como tal es independiente y autónomo, solo tiene en cuenta los intereses de la justicia y dicta fallo en derecho o en equidad pero en forma independiente y sin otras consideraciones que su conciencia y la ley. Desempeñan los árbitros función jurisdiccional y sus resoluciones tienen el carácter de verdadera sentencia⁶⁵

3.1.2.1. Competencia de los árbitros

Los árbitros no pueden intervenir en aquellos conflictos que se reservan para las jurisdicciones del estado. Se trata, por ejemplo, de asuntos vinculados al estado, capacidad de las personas, separación, divorcio, cuestiones que involucran a instituciones públicas y, en general, todos aquellas materias que afectan al orden público.

3.1.2.2. Contrato de árbitro

Es el instrumento que rige las relaciones entre el o los árbitros y las partes, incluso cuando los árbitros son designados por un centro de arbitraje. En este sentido, las partes pueden designar ellas mismas el o los árbitros que se encargarán de resolver el conflicto que enfrentan o recurrir -también ellas- para tal fin a un tercero, a lo que se denomina arbitraje ad hoc.

En este instrumento también pueden encargar la organización del proceso arbitral a una institución preconstituída llamada generalmente centro de arbitraje (arbitraje institucional) que les propondrá una lista de árbitros preseleccionados.

⁶⁵ MONROY CABRA, Marco. Arbitraje Comercial. 1982. Bogotá-Colombia. pág 6.

3.1.3. Los Centros de Arbitraje

La denominación **centro de arbitraje** es la más frecuentemente utilizada para designar al organismo encargado de la constitución de un tribunal arbitral y de proponer a las partes un reglamento de arbitraje; facilita la secretaría y las salas donde se desarrollan las distintas etapas para el desenvolvimiento del proceso arbitral y para la realización de las audiencias del tribunal arbitral. La noción de arbitraje institucional se opone a la de arbitraje ad hoc.

En general, la doctrina considera al centro de arbitraje ligado a las partes por un contrato de organización del arbitraje, que es un mandato absolutamente distinto de la convención denominada contrato de arbitraje, por cuyo interés las partes deciden recurrir a un arbitraje; también se distingue este contrato del de colaboración de las relaciones entre el centro y el o los árbitros. Estas convenciones también deben contener el contrato que liga a las partes y al o a los árbitros que cada una de ellas designa.

El centro o institución debe estar administrado por un grupo de funcionarios eficientes, pues si en este se mantiene un trabajo incorrecto, pueden eventualmente incurrir en responsabilidad civil por negligencia siendo perjudicial para cualquiera de las partes, es decir sus funciones son como las de cualquier otra profesión o centro de trabajo, ya que de su buen desempeño depende la buena imagen institucional y la confianza que las partes tengan inclusive en el recurso.

3.1.3.1. Sede del arbitraje

Hace referencia al lugar geográfico elegido por las partes que

determina cuál es la ley aplicable a la solución del diferendo a propósito del que el árbitro o los árbitros han recibido la misión de expedir el laudo. Su ubicación fija cuál es la jurisdicción del estado que deberá intervenir en el caso de dificultades en la designación del o de los árbitros y también la que deberá conocer en los posibles recursos contra la sentencia. Estas reglas rigen aun cuando el proceso se desarrolle o la sentencia se dicte fuera de la sede establecida por las partes.

3.1.4. Reglamento de arbitraje:

Es el conjunto de normas conforme a las que se tramita en el proceso de arbitraje. Son disposiciones supletorias respecto de la voluntad de las partes, pudiendo éstas, al momento de pactar la cláusula arbitral o bien durante el desarrollo del proceso, introducir las modificaciones que estimen pertinentes y siempre que nazcan del común acuerdo de todas ellas.

3.1.5. Sentencia arbitral:

La sentencia es la resolución dictada por un juez o tribunal que pone fin a un proceso judicial. En derecho procesal, sentencia arbitral es el nombre que se ha dado a las decisiones dictadas por el tribunal arbitral

3.1.6. Jurisdicción privada (individual o colegiada)

Instituida por voluntad de las partes o por decisión del legislador, por la que se corre la potestad de juzgar hacia órganos diferentes de los tribunales estatales, a quienes se inviste para ello de facultades jurisdiccionales semejantes a las de aquellos en orden a la resolución de un caso concreto. Su carácter es adversarial, por cuanto es un tercero neutral quien decide la

cuestión planteada, siendo su decisión, en principio, obligatoria. Las partes se convierten en contendientes a efectos de lograr un laudo favorable a su posición.

Es un método de solución alternativa de controversias que, en los negocios privados, ofrece notorias ventajas en comparación con el proceso jurisdiccional, por estar dotado de una mayor flexibilidad e informalidad en los procedimientos, que a su vez son más rápidos.

3.1.7. Procedimiento:

Su procedimiento es similar a un juicio, en el sentido de que es un tercero quien decide sobre el caso que se le presenta y las partes aceptan esa decisión, que es un laudo. No existe comunicación directa entre las partes sino a través de los abogados que hacen su presentación ante el árbitro.

El procedimiento está dirigido a solucionar controversias sin necesidad de acudir a los tribunales; el que decide es un tercero que previamente acepta el encargo de dar una solución al conflicto que se le plantea.

En general, no es un método aplicable en aquellas cuestiones en las cuales un fiscal debe intervenir obligatoriamente, ni en aquellas relativas a conflictos laborales.

Puede ser jurisdiccional -de derecho- en el que la decisión se toma de conformidad con las leyes vigentes o de amigables componedores, también llamados arbitradores.

3.1.7.1. De equidad:

La decisión es la que el árbitro considera más justa. Es el procedimiento mediante el que un tercero neutral . individual o colegiado-, atendiendo a los argumentos de las partes, llega a una decisión que puede ser vinculante o no, según el caso.

Se distingue de la mediación, por cuanto aquí se requiere que se entregue el control del litigio a una tercera persona que toma el lugar y la posición de un juez. No se encarga de ayudar, ni invita a las partes para que negocien y encuentren una solución justa.

Como en los tribunales, debe convencerse al árbitro de que se tiene razón y de que el contrario está equivocado. El árbitro es libre de conceder todo a una parte y nada a la otra, pudiendo partir diferencias.

Esta figura jurídica soluciona un conflicto entre partes pues se ha sometiendo su decisión a un tercero imparcial . arbitro- que dicta un laudo definitivo sin recurrir a otra autoridad que la pueda modificar. Este es obligatorio para las partes y ejecutable judicialmente; es también susceptible de impugnación judicial por vía de nulidad.

Es un método privado para la solución de disputas en el que las partes interesadas se someten voluntariamente a la tutela de un tercero de su confianza . el árbitro- para que las escuche y resuelva definitivamente sus diferencias de criterio.

El arbitraje, por lo tanto, sirve para resolver disputas entre empresas o entre particulares. Para ser válido, se exige que ambas partes pacten el

arbitraje previa y libremente, y que se comprometan a acatar la decisión del árbitro.

3.1.8. Diferencias con el juicio y la mediación

3.1.8.1. Diferencia con el juicio:

La diferencia sustancial reside en que el árbitro es elegido por las partes y las reglas de procedimiento con las que se trabaja son más flexibles. Además, como es un procedimiento privado las partes se aseguran la confidencialidad, lo que contribuye a preservar una mejor relación.

Para que sea una alternativa válida es deseable que la decisión del árbitro sea vinculante (obligatoria) y sólo apelable en caso que el árbitro se aparte de las instrucciones que se le dieron o viole expresamente la ley caso contrario se buscarán subterfugios para apelar indefinidamente el laudo, con lo que el proceso pierde las ventajas fundamentales en cuanto a ahorro de costos y tiempo, características esenciales del arbitraje, que le diferencian del juicio tradicional y le hacen elegible entre la opciones juicio versus arbitraje.

3.1.8.2. Diferencia con la mediación:

Estas radican en que mientras la mediación pone énfasis en la participación voluntaria de las partes en el proceso y en el eventual diseño del acuerdo final, en el arbitraje la resolución de la disputa es provista por un tercero.

El juicio arbitral, es aplicado por un juez estatal o por uno privado, no

es diferente en lo substancial que el derivado del sistema estatal de solución de conflictos mediante la aplicación de la ley procesal común. Sólo la rapidez y economía del proceso, unido a la especialidad de los jueces, pueden hacerlo elegible.

La idea es buscar otras soluciones que permitan asegurar no sólo una justicia más rápida, sino la efectiva posibilidad de cumplimiento de la solución determinada por el tercero.

Esto hace pensar en la necesidad de una actualización, movilización y cambio de las relaciones jurídicas tradicionales, que se abandonan para afrontar novísimas formas contractuales. Creatividad, complejidad, escape al marco normativo, internacionalización, autoejecución de los contratos, son algunas de las pautas que guían la conducta de los agentes económicos, generando un nuevo microclima, que incluso impulsa la política y obligan a cambios drásticos en la administración de justicia.

Pienso que en muchos casos, la solución que se otorgue frente a un conflicto, debe ser la de un tribunal jurisdiccional o arbitral esto implicará un avance jurídico.

Por eso se nos presenta la heterocomposición pública, situación en la que la solución para un conflicto entre dos partes enfrentadas es impuesta desde fuera, y siempre tiene lugar ante la ausencia de acuerdo.

En forma pura ocurre exclusivamente en el marco de un proceso judicial. pura o no conciliatoria, cuando no medie acuerdo alguno de partes y por lo tanto no es previsible la autocomposición (Término mediante el que se define que, en la mediación, no es un tercero sino las propias partes quienes

logran su propia solución al conflicto.) directa o indirecta: la solución del conflicto, entonces, debe ser resuelto jurisdiccionalmente por un juez.

Es que la solución de los conflictos esta vinculada a una relación de cambio, la visión debe ser más global, más integradora.

3.1.9. Elección:

Es la decisión que sobre el tipo de arbitraje al que van a someter su disputa corresponde exclusivamente a las partes. En caso de que no exterioricen su voluntad en ese sentido se interpretará que el arbitraje será de equidad.

3.1.10. Materias excluidas de Arbitraje:

Como materias excluidas del arbitraje tenemos a aquellos asuntos en los que haya recaído un pronunciamiento judicial firme y definitivo, a excepción de las cuestiones que se planteen con relación a la ejecución judicial del mismo; aquellas materias que se encuentren indisolublemente unidas a otras respecto de las que las partes carezcan de poder de decisión; asuntos en los que, con arreglo a las leyes de cada país, deba intervenir el Ministerio Público Fiscal en representación y defensa de aquellas personas que, careciendo de capacidad para obrar o de representación, no puedan actuar por sí mismos así tampoco aquellas materias sometidas a arbitrajes laborales.

No podrán ser objeto de arbitraje:

- 1.- Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y

definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución.

2.- Las cuestiones que versen sobre el estado civil y la capacidad de las personas.

3.- Las cuestiones referidas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial.

4.- Las cuestiones concernientes a las funciones del Estado como persona de derecho público.

5.- Las cuestiones laborales quedan expresamente excluidas por la ley, en virtud de que se encuentren sometidas a disposiciones legales que le son propias

3.1.11. Tipos de Arbitraje:

- De equidad ex aequo et bono: los árbitros deciden la cuestión litigiosa según su leal saber y entender. Por esa misma razón está capacitada para ser árbitro en este caso, cualquier persona que en el momento de aceptar el cargo, no se encuentre inhabilitada para el ejercicio de sus derechos, esto no significa que el arbitro dispone de absoluta libertad para el ejercicio de su cargo pues ~~de~~ debe respetar las normas y principios del orden público y ciertas disposiciones imperativas. Se tiene que tomar en cuenta que el laudo que ellos pronuncien es generalmente definitivo.⁶⁶

- De derecho: los árbitros deciden el asunto sujetándose a las

⁶⁶ LARREATEGUI Carlos, "Contribución al Estudio del Arbitraje Privado"

cuestiones a resolver, y lo que establezca el ordenamiento jurídico de que se trate.

3.1.12. Ventajas que ofrece:

- Elección de los árbitros por las partes
- Apelación limitada
- Posibilidad de elección del derecho sustantivo
- Informalidad procesal
- Posibilidad de ejecución del laudo asimilable a una sentencia
- Simplicidad
- Celeridad
- Certeza
- Ausencia de publicidad
- Especialización en la materia

En la obra *Contribución al Estudio del Arbitraje Privado* del Dr. Carlos Larreategui hace constar las siguientes notas sobre las ventajas que ofrece el arbitraje:

- a) Celeridad.

La pronta solución de un litigio es, naturalmente, de gran importancia para los negocios. Una decisión largo tiempo diferida puede no representar una auténtica solución del conflicto, y lo que es más, puede incluso dar lugar a nuevos problemas⁶⁷

⁶⁷ NILS Mangard, *El Arbitraje y el Sistema Judicial*, citado por Dr. Carlos Larreategui

- b) El menor costo del procedimiento arbitral.
- c) Ausencia o disminución de las formalidades.
- d) Se puede esperar mayor acierto en los fallos.
- e) Mayor flexibilidad en el procedimiento.
- f) Eliminación de conflictos jurisdiccionales.
- g) Reserva.
- h) Permite estabilidad de las relaciones comerciales.

3.1.13. Clases de Arbitraje:

3.1.13.1. Arbitraje institucional:

Es aquel cuya organización encargan las partes que enfrentan el conflicto a una institución preconstituída, denominada generalmente centro de arbitraje, que organiza el procedimiento arbitral y que, también, propone a los interesados una lista de árbitros preseleccionados.

3.1.13.2 Arbitraje internacional:

Es el procedimiento aplicable, por ser el más adecuado en aquellos casos que presentan complicaciones o derivaciones imprevisibles, surgidas de cualquier negociación mediante la que se intenta resolver conflictos entre personas, comerciantes o empresas de distintos países y, por lo tanto, regidas por leyes y sistemas jurídico-procesales diferentes y que provocan en las partes la natural resistencia y preocupación por tener que someter sus disputas a tribunales extranjeros. El empleo de este método cobró mayor trascendencia con la creciente competencia en los mercados mundiales y la intervención más activa de los gobiernos en la promoción de transacciones

mercantiles.

3.1.13.2. Arbitraje Comercial Internacional.

El arbitraje proporciona el mejor sistema para resolver los litigios comerciales de carácter internacional. De hecho, se trata del único sistema imparcial, ampliamente aceptado y ejecutoriado en la mayoría de los países del mundo de que disponemos en la actualidad⁶⁸

No se separa de esta idea la actuación de los árbitros, incluso en casos de arbitraje comercial internacional, cuando así lo hubieran previsto las partes. Se trata de recordar a los árbitros que deberán también determinar los medios posibles de ejecutar la sentencia por las partes, como formas facultativas de un cumplimiento forzoso. Se podría llegar a generar obligaciones facultativas, a cumplir por elección del deudor .

3.1.13.4. Arbitraje máximo y mínimo:

Es el arbitraje que conlleva un acuerdo por el que las partes le fijan máximos y mínimos al árbitro. El hecho de que las partes hayan logrado ese acuerdo inicial demuestra mayor predisposición para solucionar el conflicto, simplificando el trabajo del árbitro ya que su actuación se encuentra menos extensa.

3.1.13.5. Arbitraje / Mediación:

Es un procedimiento que se inicia con un proceso arbitral ordinario. El

⁶⁸ STRAUS Donald Presidente del Instituto de Investigación de la AAA, en el discurso de apertura del Congreso de Arbitraje celebrado en México. Citado en "Contribución al Estudio del arbitraje Privado"

árbitro coloca el laudo dentro de un sobre y sale del recinto para que las partes lo lean juntas o retomen el control del conflicto y empiecen a negociar. Si cuando el árbitro regresa a la sala las partes están hablando entre sí y no han abierto el sobre con el laudo el tercero se transforma en mediador.

La mediación es un procedimiento más informal que el arbitraje; puede existir mediación seguida de arbitraje, pero de ninguna forma arbitraje seguido de mediación, así las principales diferencias son:

- a) En la mediación el resultado se determina por voluntad de las partes, en el arbitraje el resultado emerge de una norma objetiva que es la ley aplicable.
- b) La mediación es un procedimiento basado en intereses, el arbitraje es un procedimiento basado en derechos.
- c) En la mediación el resultado debe ser aceptado por ambas partes de acuerdo a la respuesta de sus intereses y necesidades, por consiguiente una parte debe convencer a la otra o negociar con ella; el mediador es solo el conducto de comunicación entre partes. En el arbitraje las partes presentan la defensa de sus intereses y derechos ante el árbitro que es quien decidirá la controversia de acuerdo a derecho.

3.1.13.6. Arbitraje multiparte:

Es la expresión que designa al proceso arbitral en el que existen varios demandantes y / o varios demandados.

3.1.13.7. Arbitraje transnacional:

Este arbitraje es utilizado para la resolución de un conflicto entre

personas que residen en diferentes estados, cuando en su contrato decidieron regirse por una ley que no es la del lugar donde el instrumento fue firmado. El derecho internacional fija las reglas de los procesos arbitrales de esta naturaleza, al igual que las correspondientes al reconocimiento y posible ejecución de las sentencias dictadas en un país distinto de aquel en el que la sentencia debe ejecutarse.

3.1.13.8. El Arbitraje y la Justicia Oficial

Las diferencias sustanciales residen en que el árbitro es elegido por las partes, el procedimiento es más dúctil, las partes suelen asegurar la confidencialidad de los asuntos tratados los costos son más bajos y es corto el tiempo de resolución características que lo diferencian del juicio común.

Se pueden señalar entre sus ventajas: la posibilidad que tienen las partes de elegir los árbitros, la apelación limitada, la informalidad procesal, la posibilidad de ejecutar el laudo asimilado a una sentencia, la simplicidad, la celeridad, la certeza, la ausencia de publicidad y la especialidad en la materia.

La justicia oficial es imperativa (el accionado no tiene la opción de elegir ser demandado o no ser demandado) y el juez es un funcionario público puesto por el Estado que se maneja en el ámbito del derecho público.

En cambio, la designación de los árbitros depende de la elección que hagan las partes en función del respeto y de la confianza que tengan en una persona o institución.

En el arbitraje las partes pactan los honorarios del árbitro antes de

comenzar el procedimiento, pudiendo inclusive disponer que cada parte se haga cargo de los honorarios de sus abogados, esto no es posible en el ámbito judicial oficial. De modo tal que, si se comparan los costos de cualquier tipo de proceso judicial con los costos de un arbitraje, resultará que este último es menos oneroso, debo agregar que, como ninguna de las partes conoce de antemano cuál será el resultado del pleito, no es posible saber cuánto será el monto total de las costas del juicio, sino sólo hasta el momento en que la sentencia adquiera la calidad de definitiva (es decir, cuando ya no admite el planteo de ningún otro tipo de recurso) y por lo tanto, pase en autoridad de cosa juzgada. Además se debe incluir dentro de los gastos del juicio la tasa de justicia.

En el caso del laudo este es apelable por la vía de la nulidad solamente, por el contrario, en el ámbito judicial existe la posibilidad de plantear distintos tipos de recursos que abran la vía para llegar a instancias superiores.

En la circunstancia de pactar un arbitraje este excluye toda forma de jurisdicción oficial, no hay forma de ir a la justicia, las partes se deben someter al laudo que establezca el tribunal arbitral.

Sólo en caso de incumplimiento del laudo -que es la instancia final del arbitraje- se recurre a la justicia a los fines de la ejecución del mismo. En esta etapa ya no se puede prescindir de la justicia ya que es ésta, la que tiene el poder que se ejerce a través del uso de la fuerza pública, del oficial de justicia, del allanamiento, de la traba de medidas cautelares como son: el embargo, el secuestro de bienes muebles, la intervención, la inhabilitación general de bienes, la anotación de litis, la prohibición de innovar y la prohibición de contratar.

Por lo tanto, en este punto el arbitraje y justicia se complementan, ya que el laudo para poder ser ejecutado depende del uso del servicio de justicia.⁶⁹

La Jurisdicción constituye una de las funciones de la soberanía del Estado y, por consiguiente de es su exclusividad conocer cuando los conflictos de derechos e intereses versan sobre cuestiones de Derecho Privado, sus titulares tienen un poder dispositivo sobre los mismos, pudiendo por ello optar legítimamente entre una solución concertada -el arbitraje- o acudir a la vía jurisdiccional.

3.1.14. Convenio arbitral: Cláusula compromisoria

Esta es la estipulación en cuya virtud las partes deciden, antes o después del nacimiento del conflicto, someter las divergencias que pudieran surgir entre ambas recurriendo al arbitraje. Es una previsión que establecen las partes en su contrato por la que ambas deciden, antes del nacimiento del conflicto entre ellas que, en caso de existir cualquier litigio, se comprometen a someterlo a uno o más árbitros.

3.1.14.1. Compromiso arbitral

Es el compromiso de arbitraje que se pacta luego del nacimiento del diferendo. Cuando las partes la pactan antes del nacimiento del conflicto se denomina cláusula compromisoria.

3.1.15. Contrato de arbitraje

⁶⁹ LUPO J Mario, Revista Tribuna Arbitral de propiedad horizontal de la República de Argentina

Es el documento que se permite materializar el arbitraje -porque las partes lo solicitan-, según el caso, sea por una cláusula compromisoria o por un compromiso arbitral, es entonces la convención en cuya virtud las partes deciden someter sus diferencias a la decisión de los árbitros.

3.1.16. Laudo

Es el pronunciamiento dictado por un árbitro . individual o colegiado- que pone fin a la cuestión sometida por las partes a su consideración. Por la naturaleza jurídica del laudo es el equivalente de la sentencia judicial dictada en el proceso judicial. No pueden los árbitros imponer su cumplimiento puesto que carecen de imperium para hacerlo, al emitir el laudo los árbitros cumplen con el compromiso de juzgar que adquirieron al aceptar el cargo. En general, se trata de pronunciamientos válidos sin necesidad de integración u homologación judicial; el auxilio jurisdiccional resulta necesario, en estos casos, en caso de ejecución del pronunciamiento, por mediar oposición o reticencia de la parte que debe cumplirlo.

3.1.16. Recursos:

En el campo de los procesos judiciales son procedimientos destinados a lograr un nuevo examen de la causa. Ello puede obedecer a distintas razones: que el proceso presente irregularidades en su desarrollo; que el juez no haya tenido en cuenta un elemento de hecho presentado por la parte; que el magistrado no haya motivado suficientemente su pronunciamiento, que contenga un error de derecho, etc. Generalmente se presentan para su decisión por un organismo jerárquicamente superior al que dictó la primera resolución.

3.1.16.1. Recursos en materia de arbitraje:

No todos los recursos que pueden deducirse en un proceso ante los tribunales de justicia pueden ser opuestos frente a la decisión dictada por un tribunal arbitral. En el caso del arbitraje, la apelación puede deducirse en aquellos casos en que no ha sido renunciada. Mediando renuncia a otro tipo de recurso, el laudo sólo es susceptible de ser atacado mediante el recurso de nulidad.

3.1.16.2. Apelación, del laudo arbitral:

Esta es la posibilidad de recurrir ante un juez con la decisión de un árbitro, limitada a aquellos casos en los que se aparte de las facultades que las partes acordaron otorgarle, o bien a aquellos otros supuestos en los que exista una causal de nulidad del pronunciamiento.

3.1.17. Sentencia arbitral

Este es el nombre dado -en derecho procesal- a las decisiones dictadas por el tribunal arbitral.

3.1.18. Tribunal arbitral

Es el cuerpo colegiado conformado por un número impar de integrantes que conoce de los casos sometidos al proceso arbitral para dictar sentencia.

3.1.19. La Jurisdicción Arbitral.

Esta se puede determinar por la presencia de una "cláusula compromisoria" como medio de heterocomposición del conflicto que pueda derivar de ese contrato.

La estipulación de la cláusula compromisoria suele formalizarse en el mismo contrato, aunque sea con pacto de someterse a la jurisdicción arbitral, constituyendo un verdadero precontrato, por lo que ante la negativa de una de las partes a celebrar el compromiso arbitral, este debe ser otorgado por el Juez conforme a:

- La autonomía de la voluntad
- el lugar del arbitraje,
- la ley aplicable al fondo y
- al procedimiento,
- el idioma o idiomas que se usarán,
- el plazo,
- el nombre del o de los árbitros o de la institución o la forma de determinarlo,
- la forma de contribuir a las costas,
- la limitación de recursos -la llamada irrecorribilidad,
- entre otros.

La inclusión de cláusulas compromisorias son una forma de librar a los contratos de los ordenamientos jurídicos y de la jurisdicción, otorgando a los mismos la jurisdicción arbitral, incluyendo en algunos casos cláusulas de autoejecución, generándose una suerte de sistema jurídico mercantil

transnacional. Se recurre en muchos casos a la "garantía a primer demanda", a través de una suerte de Lex mercatoria, -denominación otorgada a las reglas usuales de la práctica internacional a las que la doctrina y la jurisprudencia hacen referencia para reglar los conflictos del comercio internacional. No existe una enumeración de las mismas y constituyen una fuente complementaria del derecho según una de las normas de la Corte Internacional de Justicia.

3.1.20. La naturaleza jurídica del arbitraje:

En lo referente a la naturaleza jurídica del arbitraje existen tres corrientes:

a) La que señala al arbitraje por su carácter contractual al considerar al árbitro como mandatario de las partes, constituyendo el laudo una simple ejecución del mandato por el compromisario y no propiamente una sentencia.

b) La corriente jurisdiccional que establece el carácter de juicio que tiene el arbitraje de donde emana su naturaleza jurisdiccional y

c) La teoría mixta que recoge la corriente contractual en el entendido que el laudo arbitral no es una sentencia y que las relaciones entre partes y árbitros participan tanto del mandato que acuerdan las partes como de la función jurisdiccional, aunque no se trata de un juicio en el sentido estricto de la palabra.

CAPITULO IV

4. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO.

Resulta de importancia revisar como los procedimientos de mediación y arbitraje están siendo tratados, cual es su repercusión en legislaciones de otros países y cuales son las coincidencias o diferencias con la legislación ecuatoriana, a continuación un breve estudio sobre el tema.

4.1. MEDIACIÓN.

4.1.1. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, ECUADOR.

He de citar el criterio del Dr. Alberto Wray cuando dice: «la preocupación actual por los llamados medios alternativos para la solución de conflictos proviene, de Estados Unidos, de la propuesta formulada por el profesor Frank Sanders en el seno de la conferencia convocada en 1976 para conmemorar el famoso discurso de Pound sobre «las causas de la insatisfacción popular con la administración de justicia», ante abogados, jueces y académicos, Sanders presentó una ponencia titulada «Variedades de solución de conflictos», en la cual desarrolló la idea de una «puerta de múltiples puertas» (multidoor courthouse).

En toda pretensión subyace el interés por alcanzar la solución al conflicto, siendo el juicio y la sentencia solamente medios para lograrlo. Si lo que lo que importa es la consecución del fin, resulta legítimo sustituir el medio

por otro más eficaz, rápido, eficiente o más idóneo, y que vea por el derecho de todos por igual, de manera que la demanda, luego de un somero análisis por expertos, podría remitirse, según las características del caso a un procedimiento de mediación o al conocimiento de árbitros.

En los Estados Unidos de Norteamérica la fue idea recogida por la poderosa entidad gremial de los abogados (American Bar Association), germinó y condujo a que se estableciera el procedimiento con fines experimentales primero, y se generalizara después, llegando a ser adoptado como obligatorio en muchos Estados. Hoy, es frecuente que los jueces ordenen a las partes a participar en procedimientos conciliatorios o arbitrales o a someterse su diferencia al dictamen de un perito o de un experto.

Todas las facultades de derecho han incorporado a sus planes de estudio no solamente cursos, sino también programas especiales de entrenamiento y se han multiplicado las personas y organizaciones que se dedican profesionalmente a diversos aspectos que se relacionan con la solución no judicial de conflictos.

Es interesante observar que el proceso ha conducido también a la implantación y desarrollo de modalidades inéditas, como la llamada evaluación neutral (Early Neutral Evaluation) establecida en 1985 con fines experimentales en una corte federal de California y extendido rápidamente en los otros distritos. Consiste en que un abogado experto designado por la propia corte luego de oír a las partes y examinar sus pruebas hace una evaluación del caso, para mostrar a cada uno de los contendientes los puntos débiles y los peligros de sus tesis, así también los aspectos de conciliación y aproximación y facilitar una solución negociada.

Otra innovación interesante es la relacionada con el establecimiento de centros de conciliación tanto en las zonas urbanas de alta conflictividad como en áreas rurales de difícil acceso. La eficacia de estos establecimientos ha llegado a niveles tan altos y su prestigio se ha incrementado tanto, que las propias cortes les remiten los casos. Estadísticamente, una de cada cinco vuelve a la corte para continuar el proceso normal.....⁷⁰

Podemos decir que muchos de los conceptos vertidos en este trabajo sobre distintos métodos de solución de controversias se aplican en los Estados Unidos de Norteamérica y que al decir de uno de sus connotados juristas estos funcionan muy bien satisfaciendo la demanda de los miles de estadounidenses que la solicitan.

De la información que antecede se desprende que los jueces en los Estados Unidos de Norteamérica se encargan de ordenar a las partes se sometan a procedimientos de arbitraje, conciliación y otros según el caso; dentro de la legislación ecuatoriana esta actividad no era responsabilidad de los jueces, más desde la expedición de la LAM se prevé en el Art. 46 inciso c, que *“*Cuando el Juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.

Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de la notificación del Juez, no se presentare el acta que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al Juez su decisión de ampliar dicho

⁷⁰ WRAY Alberth, Revista *“*Ruptura*”* de la Asoc. Escuela de Derecho de la PUCE 1994

término.⁷¹, si bien el juez puede pedir que se realice una audiencia de mediación todo depende de que las partes acepten como dice textualmente la LAM.

En los Estados Unidos la mediación es institucional, organizada en diversos centros de atención que atiende una amplia gama de conflictos. Los más comunes provienen de cuestiones de vecindad, laborales y aún escolares, donde en los mismos establecimientos se fomenta la idea entre alumnos de constituirse en mediadores entre sus compañeros.⁷²

En el Ecuador se ha organizado el Centro de Mediación de la Función Judicial-Quito, dependiente de la Función Judicial el mismo que no ha sido debidamente promocionado y por tanto no se ha ocupado todos sus potenciales como centro especializado.

De la investigación realizada se desprende que en los Estados Unidos se ha venido practicando métodos alternativos para resolución de conflictos desde mediados de la década de los setenta, esta práctica responde al igual que en otras legislaciones a insatisfacción popular frente a la administración de justicia y su compleja aplicación, como en todos los pueblos a medida que estos han ido creciendo también han ido creciendo las necesidades pues estas se complejizan, y nace una necesidad más imperiosa, buscar nuevas alternativas, esto es que la evolución obliga a mover todos los ámbitos de la vida de los pueblos que civilizadamente avanzan, entre esos ámbitos por supuesto está la legislación y los sistemas judiciales que responderán a los nuevos desafíos de los nuevos actores intervinientes y sus nuevos requerimientos.

⁷¹ Ley de Arbitraje y Mediación s/n (Registro Oficial 145, 4-IX-97).

⁷² ZULEMA W. y GAIRBROIS L., ¿Qué es la Mediación?

Hacia 1981 en los Estados Unidos, se fundó un movimiento denominado Educadores para la Responsabilidad Social (Educators for Social Responsibility), en el que padres y educadores trataban de educar en la prevención de posibles conflictos nucleares.

En el campo específicamente educativo surgió, hacia 1984, NAME (Asociación Nacional de Mediación en Educación), agrupación que actualmente cuenta con más de mil afiliados, entre miembros del profesorado y de la dirección de centros de enseñanza primaria, secundaria y universitaria e instituciones educativas, interesadas en trabajar con programas de resolución de conflictos. Estos centros proveen materiales para la mediación, publica boletines, realiza congresos, etc.

A partir de allí aumentó el número de programas de mediación educativa y su práctica fue extendiéndose por todo el mundo. A través de este recurso se fomenta el diálogo, el aprendizaje cooperativo, la solución de controversias, la afirmación, el establecimiento de normas y fronteras en un marco democrático y participativo, la apertura y empatía, la comprensión y el manejo de la agresividad y la violencia, la promoción de modos de confrontación no violentos, la auto composición de intereses por las partes que afrontan el conflicto, etc.⁷³

La practicidad de su desenvolvura admite, en consecuencia, no adscribir para ningún orden estatal la exclusividad del desempeño institucional. Efecto que se demuestra acabadamente en los Estados Unidos de Norteamérica, donde existen más de 650 compañías dedicadas a la

⁷³ VIEITES Fernando, DICCIONARIO

solución de alternativa de disputa.⁷⁴

Como vemos en las dos citas la mediación en los Estados Unidos es institucional, y se han hecho verdaderas campañas de difusión las que han permitido que se traten a través de la mediación conflictos de las más variadas clases, incluyendo los escolares que admiten la participación de los educandos, logrando ampliar el espectro institucional a lo particular, siendo este otro factor de diferencia con la forma en que se lleva en nuestro país el proceso de medios alternativos de resolución de conflictos y siendo la nuestra una cultura que prefiere el litigio, la confrontación a la solución de esas polémicas se debería crear una cultura de acuerdos en la búsqueda del desarrollo.

En los centros de mediación norteamericanos los reclamos se resuelven en una o dos audiencias, que no toman más de tres semanas con un desarrollo aproximado de hora y media por acto celebrado. Algunas estadística que sobre 4000 pleitos, un 82% logran conciliar.⁷⁵

De 115 solicitudes de mediaciones presentadas durante 1998 en la CCQ (Cámara de Comercio de Quito), 35 fueron resueltas; de 102 tramitadas en 1999, 23 se concretaron y 81 de este año (2000) 18 se solucionaron.⁷⁶

En lo enunciado encontraremos que la mediación en el Ecuador no ha logrado llegar a los resultados operativos esperados más creo que se debe a la falta de difusión de sus ventajas tanto a los ciudadanos en general, como

⁷⁴ LORER Silvio, *Los Nuevos Métodos de Solución de Conflictos. Los ADR ¿Privatización o Mejoramiento de la de Justicia?* 1994

⁷⁵ WAIGMAISTER Adriana, *Mediación Familiar*

⁷⁶ Nota de prensa Diario *El Comercio*, citado por el Dr. MOROCHO Jorge en su obra *MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA*

ante los profesionales del derecho, que por desconocimiento ven en los medios alternativos de solución de conflictos una amenaza, pues estos pueden -no necesariamente- ser ejecutados por abogados o doctores en jurisprudencia haciendo que se pierdan oportunidades de aplicación.

4.1.2. ARGENTINA, ECUADOR:

En varios países Latinoamericanos se ha tomado a la mediación como un procedimiento opcional para la solución de conflictos, debido a sus claros beneficios. En Argentina se ha creado un Programa Nacional de Mediación, a este programa el Dr. Oswaldo Gozaine hace el siguiente comentario, «En la Argentina se ha provisto de un Programa Nacional de Mediación que auspicia el sistema tanto para cuestiones típicamente jurisdiccionales como para aquellas que merecen un tratamiento diferenciado tendiente a evitar la concreción de la controversia.»⁷⁷ Este fue iniciado con la anuencia de la Presidencia de la República Argentina el 12 de enero de 1995, mediante resolución N° 8, y se encuentra respaldada por 11 artículos, para efectos del presente estudio se tomarán en cuenta los siguientes:

«Art. 1 Elaboración de un anteproyecto de ley o decreto mediante el cual se establece la mediación en los conflictos jurisdiccionales, con carácter voluntario en la generalidad de los casos y obligatorio para ciertos supuestos.....»

«Art. 2 Creación de una Escuela de Mediadores, cuyo objeto es capacitar y entrenar mediadores, teniendo en cuenta las particulares propias de la mediación patrimonial y familiar. Contará con dos niveles de capacitación, uno general dirigido a el Poder Judicial de la Nación, comenzado

⁷⁷ GOZAINÉ, Oswaldo, «Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos»

con los juzgados pilotos. La escuela brindará además educación continua:

Art. 3 Convenio con organismos públicos y privados, a fin de divulgar esta técnica para resolver disputas. Contar con un futuro plantel adecuado en su formación técnica e implementar programas de mediación en la órbita de sus respectivas competencias.

La Directora del Centro Integral para la Administración y Resolución de Conflictos CIARC Dra. Nélide Basabe dice: «la mayor parte de los trabajos sobre ADR (Expresión acuñada en Estados Unidos hace poco más de veinte años para referir la necesidad de sistematizar y utilizar nuevas técnicas de resolución de conflictos interpersonales. Estas técnicas fueron agrupadas con la sigla ADR de Alternative Dispute Resolution)⁷⁸ en Argentina en este momento es en mediación. Se dictó una ley en 1996 que estipula que todo el que quiere iniciar un juicio tiene que ir a mediación previamente. Esta mediación pre judicial debe ser hecha por un mediador certificado y registrado. Las condiciones para ser mediador estas mediaciones pre judiciales están prescritas por la ley y ellas son: ser abogado con tres años de experiencia en la práctica de su profesión, y además aprobar tres cursos.

Esos cursos comprenden materias tales como métodos ADR, mediación, comunicación negociación, ética, técnicas especiales de resolución colaborativa de conflictos con ejercicios de role play y entrenamiento general. Además tienen que observar meditaciones en vivo hechas por mediadores expertos y comentarlas y hacer un análisis crítico en talleres especiales.

⁷⁸ VIEITES Fernando, DICCIONARIO

En esta ley que se dictó en 1996 hay algunos casos que estás exceptuados de ir a mediación obligatoria. Y ellos son: las cuestiones penales; los temas de familia, salvo los que se refieren a cuestiones patrimoniales como alimentos, asuntos relacionados con bienes gananciales, etc; temas laborales que van a conciliación laboral; cuestiones en las que el Estado Nacional es parte; quiebras, etc. el Ministerio de Justicia que es parte del Poder Ejecutivo está a cargo del control de la preparación de los mediadores y la lista que se compone hoy en día de 4000 mediadores. Para asegurar la neutralidad uno de ellos es sorteado de esta lista cuando alguien quiere iniciar.

Esta ley fue muy criticada porque la mediación se impuso obligatoriamente, pero este aspecto obligatorio se la ley realmente ayudó a hacer conocer la mediación a todos. Se desarrollo una cultura de la mediación con técnicas avanzadas. Esta introducción relativamente rápida de la mediación en Buenos Aires también ayudó a hacer conocer la utilidad y ventajas de los sistemas ADR en general.

Por otro lado en las provincias se está organizando la mediación de una forma distinta, conexas al Juzgado o anexa al Juzgado (basado en modelos de otros países)..... Además la mediación comunitaria se está llevando a cabo en los centros comunitarios y en estos centros puede ser hecha por personas que no son abogados.....además de estas mediaciones oficiales en mayor o menor grado se puede acudir a mediaciones privadas en todoel país.....⁷⁹

La tendencia internacional es el uso de estos procedimientos especialmente o casi en su totalidad en los ámbitos comerciales, han sido

⁷⁹ BASABE Néida, www.mediación.com.mx.

desarrollados de estos medios, tanto en aplicación como en legislación y jurisprudencia.

De lo analizado se encuentra que la mediación se instituye en Argentina como de carácter voluntario y obligatorio en ciertos casos, dice teniendo en cuenta las particulares propias de la mediación patrimonial y familiar, en la legislación ecuatoriana se prevé la mediación para las materias transigibles de carácter extra judicial y definitivo, así consta en la LAM ~~Art.~~ Art. 43.- La mediación un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.+

En nuestra legislación no se contempla la posibilidad de que antes de iniciarse un juicio se debe ir a mediación como paso previo, fase que llevada a cabo con la debida ética y profesionalismo, será, creo yo de gran importancia en el campo judicial.

Un aspecto de trascendental importancia es la creación de Escuelas de Mediadores como una política educativa estatal, en beneficio de la Nación, tomado este como una obligación estatal.

En la legislación Argentina se tiene como una tarea a cumplirse, la creación de convenios para hacer conocer a nivel público y privado, los beneficios de la aplicación de la mediación como alternativa de solución de conflicto, buscando satisfacer la demanda social de solución de controversias en menor tiempo y con eficacia, esta tarea es digna de encomio pues de manda sirve que se tengan alternativas que viabilicen la solución de disputas, sin que sean de dominio público, estos programas en Argentina serán de mucha ayuda.

4.1.3. COLOMBIA, ECUADOR

Es importante establecer una clara delimitación entre el alcance de los conceptos que involucran a ambas audiencias, por cuanto no es extraño que se consideren que se consideren sinónimos, cuando en realidad presentan precisas notas diferenciadoras, de ahí lo pertinente de deslindarlos para evitar que se desarrolle tan sólo de conciliación cuando la contemplada es la preliminar.

La audiencia preliminar, prevista en el Art. 101 del ordenamiento procesal, se compone de varias etapas a través de las cuales transcurren la conciliación, el saneamiento, la resolución de excepciones previas, la evolución de los interrogatorios de partes y la fijación de los hechos del litigio.

Por su parte, la audiencia de conciliación está prevista en el Art. 6 del decreto 2651/91 para aquellos procesos donde no se aplica el acto anterior.

Lo interesante del caso resulta de la metodología dispuesta para celebrar cada audiencia. Ninguna de ellas es un encuentro formal a cumplir para despachar una instancia de juicio; todo lo contrario, la audiencia preliminar dura tres horas (la audiencia tendrá una duración de tres horas, salvo que antes se termine el objeto de la misma, vencidas las cuales podrá suspenderse por una sola vez para reanudarla el quinto día siguiente), deben estar presentes las partes y sus apoderados, y se destaca la permanente búsqueda para solucionar la crisis. El tiempo dedicado a la conciliación lo torna productivo (tiempo útil) tanto para el mundo reducido pero explosivo de un proceso concreto como en inversión comercial. Este mensaje lo recibe la sociedad y prestigia un órgano capaz de conseguir paz.

De su parte los centros de conciliación y de equidad los más próximos a la mediación se establecen en distintas entidades públicas y privadas a las que se fijan determinadas condiciones y objetivos .

El Ministerio de Justicia es el órgano de control de estos centros, los que deben realizar las siguientes funciones: a) confeccionar listas de mediadores, reunir requisitos, trámite de inscripción, forma para designarlos o causales de exclusión; b) tarifas de honorarios y gastos administrativos; c) normas internas de funcionamiento; d) designar director y secretario con atribuciones de funciones y facultades...⁸⁰

De lo expresado por el Dr. Hernán López Blanco y de una breve revisión de la Ley de Conciliación colombiana en la que constan como parte segunda Arbitramento, parte tercera Amigable composición y parte cuarta Solución de Controversias Contractuales, colijo que en Colombia se ha fortalecido lo referente a la materia de conciliación, afirmo esto por cuanto la ley mencionada que consta de 232 artículos es amplia y bien definida (Ver aexo dos). Se esta respondiendo a la necesidad de la nación colombiana de llegar a consensos de allí que se nota el deseo de ser suscitadores técnicas de concordia y convenio, lo que no está sucediendo en el Ecuador, en la práctica procesal ecuatoriana las audiencias de conciliación son tomadas como un trámite más, desaprovechando el verdadero valor de estas, y se han convertido en un paso inevitable dentro de juicio, sin aprovechar, pues además no siempre o casi nunca es el juez quien las preside.

Las ventajas reales que ofrecen los medios alternativos de resolución de conflictos, debería obligarnos a fortalecer los mismos, práctica que

⁸⁰ LÓPEZ BLANCO Hernán, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*

ayudaría entre otras cosas a lo que se pretende en Colombia con la Ley N° 23 de 1991 conocida como: *Ley para Descongestión de los trámites Judiciales*, esto es a desahogar la función judicial cada vez más lenta y cuestionada.

EN ARBITRAJE.

Como ya dije el arbitraje es el análisis de la causa sometida al criterio del árbitro y como producto de ello el dictamen que debe emitir el árbitro conforme a derecho y las normas que acordaron las partes, pues es obligación del árbitro pues ha sido designado arbitro de una causa; y, él contrajo la obligación al aceptar el cargo. En esta parte se analizaran algunos criterios de importantes juristas de cómo se trata el tema en otras legislaciones.

La mayoría de los Estados europeos iberoamericanos reconocen los dos tipos de arbitraje. Así el Código Procesal Civil y Comercial de Argentina regula en los Arts. 736 al 771 el Arbitraje de Derecho y en los Arts. 766 al 771 el de amigables componedores; Bélgica: Art. 1019; Bolivia Arts. 712 al 746 del CPC; Costa Rica Art. 395 del CPC; Chile Arts. 628 al 643 del CPC. La Ley de enjuiciamiento civil de España, si bien en el Art. 4 declara que *En sucesivo no existirá más que un tipo de arbitraje de derecho privado, ya deban fallar árbitros con arreglo a derecho, ya solamente con sujeción a su saber y entender*, en los Arts. 29 al 30 se refiere al arbitraje de equidad es decir, que al arbitraje llamado antes de amigable composición se lo designa ahora con el nombre de arbitraje de equidad.

El Código de Procedimiento Civil de Italia regula el arbitraje de derecho en el ART. 822, pero regula también el llamado *arbitraje libre* que tienen únicamente eficacia contractual, pues, la decisión de los arbitradores no

presta mérito ejecutorio por lo que si una de las partes se niega a cumplir el laudo, la otra puede comparecer ante el Juez ordinario que dispondrá que se lo cumpla sin efectuar un nuevo examen del asunto; México en el Art. 628 del CPC, se refiere a dos clases de arbitraje. En el derecho positivo de Noruega, si las partes no han convenido expresamente que los árbitros resuelvan, conforme a equidad, deberá dictarse el laudo de acuerdo con la ley. La legislación de los Países Bajos distingue también entre arbitraje de derecho y amigable composición, este último cuando las partes lo han convenido de manera explícita, pero a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones los amigables componedores tienen el deber de aplicar rigurosamente las disposiciones legales de carácter imperativo y de motivar sus laudos, de manera que únicamente en materia de derecho dispositivo tienen más libertad que los árbitros juris.

En Polonia, el CPC, faculta a las partes para que acuerden las normas de procedimiento que deben aplicar los árbitros pero si guardan silencio sobre el particular los árbitros tienen el deber de establecerlas pero respetando siempre las normas imperativas. La legislación polaca no distingue entre árbitros y amigables componedores. El laudo que dicten los árbitros no debe ser contrario al orden público, ni a los principios de la común sociedad que deben respetarse so pena de nulidad.

En el Reino Unido sólo se reconoce un tipo de arbitraje, ya que el árbitro sólo puede fallar con arreglo al derecho y tiene la facultad de someter las cuestiones de derecho a la decisión de los tribunales. En este sistema, que se ha denominado ~~arbitraje~~ arbitraje judicial, concurren los tribunales de justicia y los árbitros para dictar un laudo justo, pero esta regla no es de orden público y las partes pueden en virtud de un acuerdo, evitar esa intervención concurrente. Mas, si bien en el Reino Unido no se reconoce la amigable composición, los

árbitros pueden decidir según su propia convicción si las partes los han autorizado expresamente para ello , sin tener, por tanto que someterse rigurosamente al procedimiento de los tribunales judiciales.

En algunos países como la República Federal de Alemania, Dinamarca, Finlandia, Austria, Los Estados Unidos de Norteamérica, Uruguay, solo se reconoce un tipo de arbitraje. En el Japón los árbitros deben pronunciar su laudo de acuerdo con los usos comerciales, la buena fe y la equidad sin someterse a las normas procesales ni las de derecho sustantivo, pero deben respetar las disposiciones de orden público. Los órganos judiciales no tiene facultad para examinar si los árbitros han aplicado correctamente la ley.

Por último, el CPC del Paraguay, regula el arbitraje de derecho en los artículos 700 y 730 y el de amigable composición en los artículos 731 al 742.

Por otra parte, mientras algunas legislaciones establecen que a falta de determinación de las partes sobre el arbitraje, éste será de derecho, otras siguen el criterio opuesto, es decir, que si las partes no determinan que el arbitraje sea de derecho, se entenderá que optan por el de amigable composición. En el primer grupo, podemos citar a Bélgica (Art. 1019 del PCP); Bolivia (# 4 del Art. 1482 C. de C. y # 11 del Art. 739 del CPC); Brasil (Art. 1074 CPC); Chile (Art. 235 COT); El Salvador (Art. 1009 del CPC); República Dominicana (Art. del 1009? CPC); España (inciso III del Art. 4 de la LEC); México (Art. 628 del CPC); Uruguay (Art. 534 del CPC. En el segundo grupo están: Argentina (inciso 2 del art. 766 del CPC), Colombia (# 5 del Art. 664 del CPC), Perú (Art. 568 del CPC) y Venezuela (inciso 3 del Art. 510 del CPC) ⁸¹

⁸¹ LARREATEGUI M. Carlos, "Contribución al Estudio del Arbitraje Privado"

El arbitraje, como técnica procesal especial o método alternativo de solución de conflictos judiciales, tuvo su origen y desarrollo dentro del comercio y con el fin de resolver diferencias de tipo mercantil. Este facilitó la proliferación de tratados bilaterales y multilaterales sobre arbitraje mercantil internacional.

El derecho comparado, a doctrina y la jurisprudencia, no discuten la función propia del proceso arbitral para resolver asuntos o diferencias de contenido mercantil y civil. De allí que la información del Dr. Carlos Larreategui quien hace un repaso de algunos Códigos de Procedimiento Civil, de Comercio, Civiles o Códigos unificados de Derecho Privado y encuentra la consagración del juicio arbitral haciendo surgir una afirmación -la pertenencia natural del arbitraje, al derecho privado nacional e internacional-.

El universo jurídico del derecho público, por su parte, cumple otros principios y orientaciones los que, en principio, resultan antagónicos a la intromisión de la justicia impartida por particulares. Por el principio de la supremacía estatal se presenta el principal obstáculo cuando se difieren los conflictos surgidos entre un particular, nacional o extranjero frente a una entidad estatal, gubernamental o de derecho público, a la decisión de árbitros. Es mi criterio que se debe desarrollar el arbitraje en campo del derecho privado, más ciertamente resulta extraño en el derecho público.

Del estudio comparativo de los diversos regímenes que antecede a el comentario, pueden establecerse tres tendencias reguladores respecto al arbitraje público:

OMISION NORMATIVA

La mayor parte de las legislaciones no conocen de forma directa y expresa el llamado arbitraje de derecho público o administrativo. Sus regulaciones se refieren únicamente al arbitraje privado o de relaciones mercantiles, dentro de las que la jurisprudencia y doctrina ubican las relaciones de derecho civil.

Esta técnica legislativa puede presenta el grave inconveniente de relegar la solución del problema a las decisiones judiciales, las que podrían proliferar por vía de los recursos de anulación, contra los laudos arbitrales, lo que lograría generar una proliferación de fallos contradictorios, enfatizando la desconfianza con que la justicia ordinaria suele mirar a la justicia arbitral y el temor del posible usuario de este medio.

Dentro de este grupo se pueden situar, igualmente, aquellos países en cuyo derecho interno se guarda silencio sobre la procedencia del arbitraje administrativo pero en cambio se regula de manera indirecta el arbitraje administrativo internacional a través de la suscripción de tratados bilaterales y multilaterales, trayendo como consecuencia un desafortunado trato diferencial entre el arbitraje doméstico y el internacional.

Se hace referencia también a la ausencia del acuerdo de las partes o a su silencio dando la posibilidad de que se actué de acuerdo a un régimen administrativo preestablecido legalmente, el que se supone conocido por todos los actores.

En lo referente al arbitraje y su relación con los Estados se puede afirmar que siendo el arbitraje una institución nacida en el interior del derecho privado, la jurisprudencia comparada hace notar que en este caso los Estados se inclinan por la teoría de que el arbitraje administrativo es de carácter

excepcional, razón por la que necesariamente se requiere disposición normativa que lo consagre expresamente igual situación pasa en nuestra legislación.

DOS TIPOS DE ARBITRAJE

La mayoría de las legislaciones reconocen dos tipos de Arbitraje el de equidad amigable composición y el de derecho, estos están debidamente normados y especificados.

PROHIBICION EXPRESA

Se prohíbe expresamente y de manera tajante la omisión de la norma de orden público y / o normas imperativas en el análisis y dictamen hecho por los árbitros

Las orientaciones jurisprudenciales de las legislaciones enunciadas son las más acertadas al tratar el arbitraje. Sin desconocer que existen algunos puntos de discrepancia en lo referente al Arbitraje Comercial Internacional que no ha sido tratado en esta tesis, por ser tan amplio y merecer un estudio específico.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

CONCLUSIONES

No obstante la claridad de los preceptos y las ventajas de los medios alternativos de solución de conflictos, en el Ecuador estos medios no son usados, con la frecuencia requerida

De lo analizado se puede decir que en todos los sistemas y procesos legales van a dejar ver sus bondades y o falencias en la aplicación -mas estos son perfectibles- lo que no debemos olvidar es que en su camino de aplicación se encuentran varios elementos que influyen negativamente, como: la existencia de vacíos legales, falta de una real eficacia de la administración de justicia, ingerencia política en la función judicial; sumado a un inadecuado nivel de académico de la ciudadanía, da como resultado que antes que la creación de nuevas leyes, lo que se deben atacar son los elementos causantes de las distorsiones, pues caso contrario el fin para el que fueron creados la mediación y el arbitraje, resultan deformados e inútiles.

El sistema educativo en el país favorece la cultura de la confrontación y el litigio, la realidad cultural del Ecuador es de contienda.

No se conocen las ventajas que ofrecen la mediación y el arbitraje, no se sabe de la existencia de varios Centros de Mediación y Arbitraje a nivel nacional, el Centro de Mediación de la Función Judicial-Quito, que esta regentado por funcionarios y profesionales de alta calidad, sin embargo la falta



de difusión permite el que no se aproveche al máximo de sus ventajas.

En nuestra sociedad ecuatoriana se carece de un conocimiento certero de sus derechos y obligaciones, y si a esto le sumamos las reiteradas prácticas litigiosas y exagerado formalismo de nuestra colectividad, enredada en una maraña de leyes y sus subsecuentes trampas+encontramos muchas razones para propugnar la creación de una cultura de diálogo, de negociación sistema que resulta más productivo y económicamente más rentable.

RECOMENDACIONES

Es indispensable generalizar el uso de técnicas alternativas para resolver conflictos, para esto se deberá propiciar su difusión en organizaciones públicas y privadas.

Es necesario contar con un grupo de mediadores y árbitros habilitados para ejercer sus funciones, los que deberán contar con títulos que acrediten una formación profesional de alto nivel.

Es necesario crear un Centro de Formación Superior de Mediadores y Árbitros, dependiente del Estado ecuatoriano, como el ente facilitador, con el aporte de la Corte Suprema de Justicia, los Colegios de Profesionales, con la contribución académica de las Universidades y Escuelas Superiores así como del Instituto de Altos Estudios Nacionales IAEN, quienes marcarán lineamientos generales de los contenidos curriculares para la formación de los mediadores y árbitros en todas las ramas del saber humano y par todos los campos requeridos.

Este centro del mas alto nivel formará un grupo multidisciplinarios selecto de profesionales aptos para enfrentar los retos de los sistemas de resolución de conflictos; Centro de Formación Superior, que deberá prestar educación continua y ofrecer títulos de postgrado.

El Centro de Formación Superior de Mediadores y Árbitros deberá contar con niveles de capacitación uno general multidisciplinario y uno especializado para doctores en jurisprudencia y abogados.

Promover las ventajas y beneficios de los procedimientos alternativos de solución de controversias, a través de una campaña comunicacional a nivel nacional, y de responsabilidad del Gobierno Nacional.

Por lo antes anotado se hace necesario la difusión y ampliación del estudio de los métodos de Mediación y Arbitraje. Se deberá arrancar rompiendo %estructuras mentales+para educar a las nuevas generaciones en prácticas de negociación, de comunicación, de Mediación, de Arbitraje, así como la reeducación de los adultos en esta propuesta de resolución de conflictos, cambiando los esquemas tradicionales de aprendizaje por verdaderos métodos de educación para la vida.

El Gobierno Nacional deberá emprender una campaña a nivel regional para investigar, estudiar y analizar de las normas de solución de controversias internacionales, para llegar a lograr una globalización de procedimientos de terminación de conflictos, garantizando una aplicación general de las normas, en búsqueda al unificarlas de la consecución de una justa aplicación en todos y para todos los países de las normas que nos rigen a nivel regional, lo que a su vez coadyuvará el fortalecimiento de la región. Con lo que se garantizaría procedimientos expeditos y resultados efectivos al existir marcos legales armónicos entre sí, facilitando en mucho las negociaciones a nivel regional.



PDF
Complete

*Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

BIBLIOGRAFÍA

1. BENNETT G., Picker. Guía práctica para la mediación: Manual para la resolución de conflictos
Buenos Aires. Editorial Piados 2001. 155p

2. DIEZ-GACHI, Tapia, Francisco. Herramientas para trabajar en mediación.
Buenos Aires. Editorial Piados 1999. 227p
 3. SUAREZ, Marinés, Mediando en sistemas familiares.
Buenos Aires. Editorial Piados 2002. 413p
 4. RIPOL-MILLET, Aleix. Familias, trabajo social y mediación.
Buenos Aires. Editorial Piados 2001. 243p
 5. SIX, Jean-Francois. Dinámica de la mediación.
Buenos Aires. Editorial Piados 1997. 227p
 6. CARDENAS, Sara T. El arbitraje.
Buenos Aires. Abeledo . Perrot. 1998. 205p
 7. CONSTANTINO, Cathy A. Diseño de sistemas para enfrentar conflictos: una guía para crear organizaciones productivas y sanas.
Buenos Aires. Ediciones Juan Cranica. 1995. 380p
 8. FREID, Schnitanam, Dora, comp. Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos: prespectivas y prácticas.
Buenos Aires. Ediciones Juan Cranica 2000. 262p
 9. NEUMAN, Elias Mediación y conciliación penal.
Buenos Aires. Ediciones Depalma 1987. 142
 10. NOODT Taquela, María Blanca. Arbitraje internacional en el MERCOSUR.
Buenos Aires. Editorial Ciencia y Cultura 1999. 287p
 11. ORTEMBERG, Oswaldo D. Mediación familiar: aspectos jurídicos y prácticos.
Buenos Aires. Editorial Biblos 1996. 180p
 13. SPATVIERI, Elena. Principios y técnicas de mediación: un método de resolución de conflictos.
Buenos Aires. Editorial Biblos 1995. 128p
 14. VIDELA DEL MAZO, José María. Estrategias y resolución de conflictos.
Buenos Aires. Editorial Abeledo . Perrot 1999. 271p
 15. DE TOMASO, Antonio Horacio. Mediación y trabajo.
Buenos Aires. Editorial Espacio 1997. 128p
 16. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.
 17. LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL
 18. LEY DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE
 19. LEY DE COMERCIO INTERNACIONAL
 20. LEY DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE DE COLOMBIA
 21. LEY DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE CHILE
 22. LEYES CONEXAS
- FOLLETOS
ARTÍCULOS DE PRENSA
PAGINAS WEB

Informe: sobre las PRIMERAS JORNADAS SOBRE MEDIACIÓN+realizado el 01 de septiembre del 2003.

NOTAS DE CLASE DEL DR. PUERTAS ROBETH, DOCENTE DEL IAEN

DR. ECHEVERRIA J. ABEL DOCENTE DEL IAEN, NOTAS DE CLASE

23 MALDONADO Gabriela, Arbitraje en Propiedad Industrial para la Comunidad Andina+, Universidad Andina Simón Bolívar- Bolivia.

24 COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, Revista Retos y Posibilidades+, Quito, 1998, p. 56.

25 Jornada sobre Solución de Conflictos y Mediación.- Dr. ALVARADO U. Oscar

Artículo: Sistema Creativo de Solución de Controversias. Efraín Hugo Richard

26 ESCRICH Joaquin, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia+

www.juridicas.com/base-datos/privados

www.leyesprocesales.com/arbitraje.1052

www.cise.oas.org/dispute/COMARB/colombia/D18181/asp#

www.infolegales_panama.com/articulos.23ahtm

27 LOPEZ DEL SOLAR ELIO, Rodolfo. Conciliación y Arbitraje: Legislación y Comentarios. La Paz, Bolivia. 1995.

28 MONROY CABRA, Marco. Arbitraje Comercial. Bogotá, Colombia. 1982.

OMPI. Centro de Mediación y Arbitraje.

<http://www.arbiter.wipo.int/mediation/mediationrules/index-es.html>. Abril de 2001

OMPI. Centro de Mediación y Arbitraje.

<http://www.arbiter.wipo.int/arbitration/arbitrationrules/complete-es.html>. Abril de 2001.

OMPI. Convenios y Tratados. Información General. [Http// www.OMPI.int](http://www.OMPI.int). Marzo, 2001.

UNCITRAL. CNUDMI: Arbitraje y Conciliación Internacional. [Http://www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

Julio, 2001

URIBE RESTREPO, Fernando. El Derecho de la Integración en el Grupo Andino. Quito, Ecuador. 1990.

CÓDIGO DEL TRABAJO

Art. 477.- Mediación obligatoria.- Si no hubiere contestación o si ésta no fuere enteramente favorable a las peticiones de los trabajadores, el Inspector del Trabajo remitirá todo lo actuado a la Dirección o Subdirección de Mediación Laboral respectiva, para que a través de sus funcionarios convoque a las partes cuantas veces considere necesarias, con veinte y cuatro horas de anticipación por lo menos, a fin de que procuren superar las diferencias existentes, dentro del término de quince días contados desde la fecha de inicio de su intervención. Este término podrá ampliarse a petición conjunta de las partes.

Si los empleadores no concurrieren en forma injustificada a dos reuniones consecutivas, terminará la etapa de mediación obligatoria y se remitirá lo actuado al Inspector del Trabajo, para que integre el Tribunal de Conciliación y Arbitraje. En caso de que sean los trabajadores quienes no asistan injustificadamente a dos reuniones consecutivas, forzosamente se cumplirá el término de quince días señalado en este artículo, transcurrido el cual igualmente se remitirá el expediente al Inspector del Trabajo.

Las partes deberán concurrir a estas reuniones conforme a lo dispuesto en el artículo 483 de este Código. Quienes hubieren intervenido como representantes de las partes no podrán posteriormente ser elegidos como vocales ante el Tribunal de Conciliación y Arbitraje respectivo.

Si se logra un acuerdo entre las partes, éstas suscribirán un acta y terminará el conflicto.

Si el acuerdo fuere parcial se celebrará el acta correspondiente en la que constarán los acuerdos logrados y aquellos puntos que no han sido convenidos. Estos últimos serán sometidos a resolución del Tribunal de Conciliación y Arbitraje.

Si no hubiere ningún acuerdo, el expediente con todo lo actuado y el respectivo informe se remitirán al Inspector del Trabajo que conoció el pliego de peticiones.

Art. 478.- Prohibición de declaratoria de huelga.- Los trabajadores reclamantes no podrán declararse en huelga, mientras duren las negociaciones de que trata el artículo anterior, salvo por las causales previstas en los numerales 1, 2 y 7 del artículo 504.

Art. 479.- Sometimiento del conflicto al Tribunal de Conciliación y Arbitraje.- Recibido el expediente por el Inspector del Trabajo, éste ordenará que las partes nombren dentro de cuarenta y ocho horas, a los vocales principales y suplentes, quienes se posesionarán ante tal funcionario, dentro de las veinte y cuatro horas de haber conocido su designación.

Art. 480.- Designación de vocales.- En caso de que las partes o alguna de ellas no designare los vocales que le corresponda, o de que los nombrados no se posesionaren, la designación será hecha por la autoridad que conozca del asunto.

Art. 481.- Integración del Tribunal de Conciliación y Arbitraje.- El Tribunal de Conciliación y Arbitraje estará compuesto por cinco vocales: el Inspector o Subinspector del Trabajo, quien lo presidirá, dos vocales designados por el empleador y dos por los trabajadores. Los suplentes serán dos por cada parte.

No podrán ser vocales del tribunal quienes tuvieren interés directo en la empresa o negocio, o en la causa que se tramita. En caso de transgresión, el culpable será sancionado con las penas establecidas para el prevaricato.

El tribunal nombrará, de afuera de su seno, al secretario, mientras lo haga, actuará en tales funciones la persona designada por la autoridad que conoce del pliego.

Art. 482.- Audiencia de conciliación.- Posesionados los vocales, el presidente del tribunal señalará día y hora para la audiencia de conciliación, la que deberá llevarse a cabo dentro de los dos días siguientes a la posesión de dichos vocales.

Art. 483.- Normas para concurrencia a la junta de conciliación.- Los trabajadores concurrirán por medio de representantes con credenciales suficientes; los empleadores, por sí mismos o por medio de mandatarios autorizados por escrito.

Art. 484.- Conciliación.- Durante la audiencia el tribunal oír a las partes y propondrá las bases de la conciliación. De llegarse a un acuerdo se levantará un acta en la que conste lo convenido, debiendo suscribirla los concurrentes. El acuerdo tendrá fuerza ejecutoria.

Art. 485.- Caso de remoción de un trabajador reclamante.- En ningún caso el tribunal admitirá como condición para el arreglo la remoción de ninguno de los trabajadores reclamantes, salvo que el trabajador hubiere atentado contra la persona o bienes del empleador o de sus representantes.

Art. 486.- Término de prueba e indagaciones.- Si la conciliación no se produjere, el Tribunal concederá un término de prueba e indagaciones por seis días improrrogables. Una vez concluido, el Tribunal dictará su fallo dentro de tres días.

Art. 487.- De las sesiones del tribunal.- Para cada reunión del tribunal se convocará a los vocales principales y a los suplentes. Si faltare alguno de los principales, lo reemplazará en esa sesión uno de sus suplentes, en orden de nombramiento.

El tribunal podrá sesionar y resolver siempre que se encuentren presentes, por lo menos, tres de sus vocales. Pero, en todo caso, las resoluciones serán aprobadas con tres votos conformes.

Si faltare el presidente no podrá sesionar el tribunal.

Art. 488.- Recurso de apelación y nulidad.- Notificado el fallo, las partes podrán pedir aclaración o ampliación en el término de dos días. De igual término dispondrá el Tribunal para resolver.

También será de dos días el término para apelar ante el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, pudiendo alegarse la nulidad al interponer este recurso.

Si se lo hubiere interpuesto oportunamente, no se lo podrá negar por ningún motivo.

No habrá recurso de hecho ni se aceptará la adhesión al recurso de apelación que interponga la parte contraria.

Art. 489.- Trámite de los recursos.- Presentado el recurso y siempre que reúna los requisitos del artículo anterior, la autoridad que presidió el tribunal lo concederá y elevará el proceso al Director o al respectivo Subdirector del Trabajo, sin más trámite, dentro de dos días. No habrá recurso alguno del auto que conceda la apelación.

Art. 490.- Ejecutoria del fallo.- Si no se interpusiere el recurso dentro del término legal, el fallo quedará ejecutoriado.

Art. 491.- No se suspenderá la tramitación.- No se suspenderá la tramitación y sustanciación de los conflictos colectivos de trabajo en los días de vacación judicial, señalados en la Ley Orgánica de la Función Judicial.

Art. 492.- Apelación de los huelguistas.- Los huelguistas no podrán apelar sino por acuerdo de la mayoría absoluta de votos. La votación será secreta.

Art. 493.- Tribunales superiores de conciliación y arbitraje.- Para el conocimiento de los conflictos colectivos del trabajo en segunda instancia, habrá tribunales superiores de conciliación y arbitraje, con sedes en Quito, Guayaquil y Cuenca: el de Quito, tendrá jurisdicción en las provincias de Pichincha, Carchi, Imbabura, Cotopaxi, Tungurahua, Chimborazo, Bolívar, Napo y Pastaza; el de Guayaquil, tendrá jurisdicción en las provincias de Esmeraldas, Manabí, Los Ríos, Guayas, El Oro y Galápagos; el de Cuenca,

tendrá jurisdicción en las provincias del Cañar, Azuay, Loja, Morona Santiago y Zamora Chinchipe.

Art. 494.- Integración de los tribunales superiores.- Los tribunales superiores de conciliación y arbitraje estarán compuestos por:

- a) El Director o el respectivo Subdirector del Trabajo, en su caso, quien lo presidirá; y,
- b) Dos vocales designados por los empleadores y dos designados por los trabajadores.

En caso de falta o de impedimento del Director o Subdirector del Trabajo será reemplazado por el respectivo subrogante. De no haberlo lo designará el Ministro de Trabajo y Recursos Humanos. El nombramiento recaerá necesariamente en un abogado.

Los vocales designados por los empleadores y por los trabajadores, tendrán dos suplentes nombrados en la misma forma que los principales.

Actuará como Secretario del Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje el Actuario de la Dirección o Subdirección respectiva, o quien haga sus veces.

Art. 495.- Trámite del recurso de segunda instancia.- Para el trámite del recurso de segunda instancia se observará lo siguiente:

- a) Recibido el proceso, el Director, o el respectivo Subdirector en su caso, mandará que las partes designen dentro de cuarenta y ocho horas a sus vocales. Estos se posesionarán dentro de las veinte y cuatro horas siguientes a la notificación del nombramiento. Posesionados los vocales, el Director o el Subdirector del Trabajo, señalarán día y hora para la Audiencia de Conciliación, que en todo caso deberá realizarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la posesión de los vocales;

- b) Durante el desarrollo de la Audiencia de Conciliación, el Tribunal oír a las partes, las que podrán presentar los documentos que consideren pertinentes en respaldo a sus derechos y propondrá las bases de Conciliación, que versarán exclusivamente sobre los puntos materia de la apelación; y,

- c) Si las partes concilian, se levantará el acta correspondiente y quedará terminado el conflicto. En caso contrario se pronunciará el fallo dentro del término de tres días.

El fallo del Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje no será susceptible de recurso alguno, pero las partes podrán pedir aclaración o ampliación del mismo, dentro de los dos días siguientes a la notificación de dicho fallo.

Art. 496.- Efectos de los fallos ejecutoriados.- Las condiciones a las cuales deben sujetarse las relaciones laborales, según los fallos ejecutoriados que



*Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

se dicten en los conflictos colectivos y según las actas a las que se refieren los artículos 476 y 509 de este Código, tienen el mismo efecto generalmente obligatorio que los contratos colectivos de trabajo.

Art. 497.- Omisión de formalidades legales.- En ningún caso se sacrificará la justicia a la sola omisión de formalidades legales.

LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN (Ley s/n RO 145 IX 09 97)

EL CONGRESO NACIONAL

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Título I

DEL ARBITRAJE

VALIDEZ DEL SISTEMA ARBITRAL

Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

ARBITRAJE ADMINISTRADO O INDEPENDIENTE

Art. 2.- El Arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley.

ARBITRAJE DE EQUIDAD O DERECHO

Art. 3.- Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.

Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados.

Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados.

CAPACIDAD PARA ACUDIR AL ARBITRAJE

Art. 4.- Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

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

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

En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,

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

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

DEFINICIÓN DE CONVENIO ARBITRAL

Art. 5.- El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje.

La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral.

No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él.

OTRAS FORMAS DE SOMETERSE AL ARBITRAJE

Art. 6.- Se entenderá que existe un Convenio Arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al Arbitraje.

Art. 7.- El Convenio Arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.

RENUNCIA AL CONVENIO ARBITRAL

Art. 8.- Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando, presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, en el tiempo de proponer excepciones, la de existencia de convenio arbitral. El órgano judicial respectivo deberá sustanciar y resolver esta excepción, de haberse propuesto, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya comunicado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriado el auto dictado por el Juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales.

MEDIDAS CAUTELARES

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.

DEMANDA ARBITRAL

Art. 10.- La demanda se presentará ante el director del centro de arbitraje correspondiente o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio. La demanda contendrá:

- 1 La designación del centro o del árbitro ante quien se la propone;
2. La identificación del actor y la del demandado;
3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión;
4. La cosa, cantidad o hecho que se exige;
5. La determinación de la cuantía;
6. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y,
7. Los demás requisitos que la Ley exija para cada caso.

Se deberán, además, cumplir los requisitos señalados en el artículo 72 del Código de Procedimiento Civil. A la demanda se acompañará necesariamente el instrumento en que conste el respectivo convenio arbitral o copia auténtica de éste. Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda.

CITACIÓN Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL

Art. 11.- Presentada la demanda, el director del centro de arbitraje, o si fuere el caso, el árbitro o árbitros independientes previa su posesión conforme lo establecido en el artículo 17, calificarán la demanda y mandarán a citar a la otra parte, debiendo practicarse la diligencia de citación dentro de los cinco días subsiguientes, concediéndole el término de diez días para que conteste con los mismos requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil para la contestación de la demanda. Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias, que justifiquen lo aducido en la contestación.

El silencio se considerará como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. Si al actor le fuere imposible determinar el domicilio del demandado, la citación se hará mediante dos publicaciones en un diario de amplia circulación en el lugar en donde se sigue el arbitraje y en el domicilio del demandado. Si el demandado no compareciere en el término de diez (10) días después de la última publicación, este hecho se tendrá como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. La imposibilidad de determinación del domicilio del demandado deberá justificarse con arreglo a las normas del Código de Procedimiento Civil.

Art. 12.- Si el demandado tuviere su domicilio fuera del lugar de arbitraje, se le concederá un término extraordinario para que conteste la demanda, el que no podrá exceder del doble del ordinario.

Al contestar la demanda, el demandado podrá reconvenir exclusivamente sobre la misma materia del arbitraje siempre y cuando su pretensión pueda, conforme al convenio arbitral, someterse al arbitraje.

En este caso se concederá al actor el término de diez días para que conteste la reconvenición.

A la reconvenición y su contestación se deberá adjuntar las pruebas y solicitar las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en éstas.

MODIFICACIÓN DE LA DEMANDA O CONTESTACIÓN

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

Art. 14.- Si el demandado, una vez citado con la demanda no compareciere al proceso, su no comparecencia no impedirá que el arbitraje continúe su curso.

AUDIENCIA DE MEDIACIÓN

Art. 15.- Una vez contestada o no la demanda o la reconvencción, el director del centro de arbitraje o el árbitro o árbitros independientes notificarán a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación a fin de procurar un avenimiento de las partes. En la audiencia podrán intervenir las partes, sus apoderados o representantes y podrán concurrir con sus abogados defensores. Esta audiencia se efectuará con la intervención de un mediador designado por el director del centro de arbitraje o el tribunal independiente, quien escuchará las exposiciones de los interesados, conocerá los documentos que exhibieren y tratará que lleguen a un acuerdo que ponga término a la controversia, lo cual constará en un acta que contendrá exclusivamente lo convenido por las partes y no los incidentes, deliberaciones o propuestas realizadas en la audiencia. El acta en la que conste la mediación total o parcial de la controversia tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez ordinario acepte excepción alguna ni sea necesario iniciar un nuevo juicio.

Si concurriere una sola de las partes será escuchada y se anotará la ausencia de la otra, a la que se declarará en rebeldía, lo que será tomado en cuenta para la condena en costas.

DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS

Art. 16.- De no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal.

Los acuerdos parciales a que arriben las partes en la audiencia de mediación serán aprobados conforme a lo previsto en el artículo anterior.

Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro.

Las partes podrán acordar expresamente y por escrito que sea un solo árbitro el que conozca de la controversia. Este árbitro tendrá su alterno.

Si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje.

En tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal.

Si las partes no se pusieren de acuerdo para nombrar todos los árbitros, los designados, una vez posesionados, nombrarán a los que faltaren.

En el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor. Dicha designación se la hará conforme a lo establecido en el presente artículo.

CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL

Art. 17.- El tribunal se constituirá con tres árbitros principales y un alterno, quien intervendrá inmediatamente en el proceso en caso de falta, ausencia o impedimento definitivo de un principal. Los árbitros designados, dentro de tres días de haber sido notificados, deberán aceptar o no el cargo. Si guardan silencio se entenderá que no aceptan. Una vez aceptada la designación, los árbitros serán convocados por el director del centro para tomar posesión de sus cargos ante el presidente del centro de arbitraje y procederán a la designación del presidente y del secretario del Tribunal de lo cual se sentará la respectiva acta.

El presidente designado dirigirá la sustanciación del arbitraje y actuará como secretario del tribunal la persona designada por el tribunal de entre los constantes en la lista de secretarios del centro de arbitraje.

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

OBLIGACIÓN DE CUMPLIR EL ENCARGO DE ÁRBITRO

Art. 18.- Aceptado por los árbitros el cargo de tales, éstos tienen la obligación irrestricta de cumplir las funciones que la presente Ley les asigna, debiendo responder a las partes, en caso de incumplimiento de sus funciones por los daños y perjuicios que su acción u omisión les causare, a menos que se trate de un impedimento justificado.

Si un árbitro dejase de constar en la lista mencionada en el artículo 41 continuará actuando como tal hasta la resolución de la controversia conocida por el Tribunal que integra.

INHABILIDADES PARA SER ÁRBITRO

Art. 19.- No podrán actuar como árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por sí mismas en juicio.

Son causas de excusa de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

El árbitro que conociera que está incurso en inhabilidad para ejercer su cargo notificará inmediatamente al director del centro de arbitraje o a las partes que lo designaron para que procedan a reemplazarlo.

REEMPLAZO DE ÁRBITROS

Art. 20.- En caso de que los árbitros designados estuvieran comprendidos en una de las inhabilidades previstas en el artículo anterior, se hará una nueva designación siguiendo el procedimiento previsto por el artículo 16, excluyendo a los árbitros inhabilitados.

Si por muerte, excusa justificada o cualquier otra causa llega a faltar definitivamente alguno de los árbitros, lo reemplazará el alerno quien se principalizará. Se designará entonces otro alerno, en la misma forma establecida en el artículo 16.

RECUSACIÓN DE ÁRBITROS

Art. 21.- Son causas de recusación de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

Si actuare en el tribunal quien estuviere impedido de hacerlo, podrá ser recusado por la parte interesada.

La recusación deberá ser resuelta:

a) En el caso de un tribunal colegiado, por aquellos no comprendidos en la demanda de recusación.

Si éstos no se pusieren de acuerdo, la recusación deberá ser resuelta por el director del centro;

b) En el caso de que la recusación recayere sobre todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro;

c) En el caso de tribunal unipersonal la recusación deberá ser resuelta por el director del centro. Para su reemplazo se procederá en la misma forma establecida en el artículo 16;

d) Para el caso de arbitraje independiente la recusación deberá ser resuelta por los miembros del tribunal que no han sido recusados; y,

e) Si fuere tribunal unipersonal o si la recusación recayere en todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes sólo podrán ser recusados por causales desconocidas al tiempo del nombramiento o sobrevinientes a la designación.

AUDIENCIA DE SUSTANCIACIÓN

Art. 22.- Una vez constituido el Tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el Secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el Tribunal resolverá sobre su propia competencia.

Si el Tribunal se declara competente ordenará que se practiquen en el término que el Tribunal señale las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvencción, modificación y contestación a ésta, siempre que fueren pertinentes, actuaciones que deberán cumplirse durante el término señalado por el Tribunal Arbitral.

Si las partes se encontraren presentes en la audiencia podrán precisar las pretensiones y los hechos en las que ésta se fundamenta.

DILIGENCIA PARA MEJOR PROVEER

Art. 23.- Si antes de la expedición del laudo, el Tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora.

AUDIENCIA DE ESTRADOS

Art. 24.- Una vez practicadas las diligencias probatorias el Tribunal señalará día y hora para que las partes presenten sus alegatos en audiencia de estrados si es que lo solicitan.

DURACIÓN DEL ARBITRAJE

Art. 25.- Una vez practicada la audiencia de sustanciación y declarada la competencia del tribunal, éste tendrá el término máximo de ciento cincuenta días para expedir el laudo.

El término podrá prorrogarse, en casos estrictamente necesarios, hasta por un período igual, ya por acuerdo expreso de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio.

Art. 26.- El laudo y demás decisiones del tribunal se expedirán por mayoría de votos. Las resoluciones deberán firmarlas todos los árbitros; el que no estuviere conforme con la opinión de los demás anotará su inconformidad a continuación de la resolución anterior y consignará su voto salvado, haciendo constar sus fundamentos.

FIRMA DE LOS ÁRBITROS

Art. 27.- Si uno de los miembros del tribunal se rehusare o estuviere inhabilitado para firmar el laudo o cualquier otra providencia o resolución, el secretario anotará este particular y firmarán los demás, sin que esta circunstancia anule o vicie la resolución.

TRANSACCIÓN

Art. 28.- En el caso de que el arbitraje termine por transacción, ésta tendrá la misma naturaleza y efectos de un laudo arbitral debiendo constar por escrito y conforme al artículo 26 de esta Ley.

CONOCIMIENTO DEL LAUDO

Art. 29.- Las partes conocerán del laudo en audiencia, para el efecto el tribunal señalará día y hora en la cual se dará lectura del laudo y entregará copia a cada una de las partes.

INAPELABILIDAD DE LOS LAUDOS

Art. 30.- Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación.

Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley.

NULIDAD DE LOS LAUDOS

Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:

a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; o,

- b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; o,
- c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; o,
- d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado.

Este recurso se interpondrá ante el tribunal que conoció la causa y éste, a su vez, sin pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia del mismo, remitirá el proceso al Presidente de la Corte Superior del Distrito del lugar del arbitraje para que conozca el recurso, dentro del término de tres días después de interpuesto.

El Presidente de la Corte Superior, de ser el caso, dispondrá el sorteo para que sea conocida la causa por una de las salas de la respectiva Corte Superior.

Quien interponga el recurso de nulidad, podrá solicitar a los árbitros que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte.

Los árbitros, en el término de tres días, deberán fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo.

La caución deberá constituirse dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación.

El recurso de nulidad podrá interponerse dentro del término de diez días contados desde la fecha de la notificación del laudo.

EJECUCIÓN DEL LAUDO

Art. 32.- Ejecutoriada el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato.

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.

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 de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.

RECHAZO DE INCIDENTES

Art. 33.- No podrán aceptarse en el curso del proceso incidentes que promuevan las partes, para retrasar el trámite o entorpecer cualquier diligencia. Las peticiones que en tal sentido se presentaren serán rechazadas con multa de diez a cien salarios mínimos vitales generales, que será fijada por el árbitro o árbitros.

CONFIDENCIALIDAD DEL PROCESO ARBITRAL

Art. 34.- Las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al Juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido.

LUGAR DEL ARBITRAJE

Art. 35.- De no constar en el convenio, las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje, y de no llegarse a un acuerdo podrá optarse por el lugar de los

efectos del acto o contrato materia del arbitraje o el del domicilio del demandante a elección de éste, en caso de no existir Tribunal de arbitraje en uno de los referidos lugares, deberá acudir al de la localidad más próxima.

El tribunal competente podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o las partes y para examinar cosas, lugares, evidencias o documentos.

Estas diligencias deberán ser notificadas a las partes, de acuerdo a lo establecido en esta Ley.

IDIOMA DEL ARBITRAJE

Art. 36.- Los procedimientos arbitrales se seguirán en castellano. En caso de existir documentos en otros idiomas se presentarán traducidos de conformidad con la Ley.

NORMAS SUPLETORIAS

Art. 37.- En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho.

PROCEDIMIENTO

Art. 38.- El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables.

ORGANIZACIÓN DE CENTROS DE ARBITRAJE

Art. 39.- Para facilitar la aplicación de la presente Ley, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro, podrán organizar centros de arbitraje, mismos que podrán funcionar previo registro en la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento, por parte de un centro de arbitraje dará lugar a la cancelación del registro y su prohibición de funcionamiento.

Los centros de arbitraje existentes previos a la vigencia de esta Ley también deberán registrarse, sin perjuicio de continuar con su normal funcionamiento.

Los centros de arbitraje deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo a los juicios arbitrales y para dar capacitación a los árbitros, secretarios y mediadores que se designen de acuerdo a esta Ley.

Art. 40.- Todo centro de arbitraje tendrá su propio reglamento que deberá regular al menos, los siguientes asuntos:

- a) La manera de formular las listas de árbitros, secretarios y mediadores, las que tendrán una vigencia no superior a dos años, los requisitos que deben reunir las personas que las integren, y las causas de exclusión de ellas;
- b) Tarifas de honorarios para árbitros, secretarios y mediadores y la forma de pago de éstas;
- c) Tarifas para gastos administrativos y la forma de pago de éstas;
- d) Forma de designar al director del centro, sus funciones y facultades; y,
- e) Código de ética para los árbitros, secretarios y mediadores.

ARBITRAJE INTERNACIONAL

Art. 41.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

- a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; o,
- b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,
- c) Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional.

REGULACIÓN

Art. 42.- El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y Leyes de la República.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.

Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.

Título II

DE LA MEDIACIÓN

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

Art. 44.- La mediación podrá solicitarse a los Centros de Mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados.

Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.

El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder.

Art. 45.- La solicitud de mediación se consignará por escrito y deberá contener la designación de las partes, su dirección domiciliaria, sus números telefónicos si fuera posible, y una breve determinación de la naturaleza del conflicto.

Art. 46.- La mediación podrá proceder:

- a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales;
- b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y,
- c) Cuando el Juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.

Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de la notificación del Juez, no se presentare el acta que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al Juez su decisión de ampliar dicho término.

Art. 47.- El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.

En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador.

Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas.

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.

Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo. En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario.

En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de Menores y otras leyes relativas a los fallos en estas materias.

Art. 48.- La mediación prevista en esta ley podrá llevarse a cabo válidamente ante un mediador de un centro o un mediador independiente debidamente autorizado. Para estar habilitado para actuar como mediador independiente o de un centro, en los casos previstos en esta ley, deberá contarse con la autorización escrita de un centro de mediación. Esta autorización se fundamentará en los cursos académicos o pasantías que haya recibido el aspirante a mediador.

El centro de mediación o el mediador independiente tendrá la facultad para expedir copias auténticas del acta de mediación.

Art. 49.- Quien actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes.

Además por ningún motivo podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación.

Art. 50.- La mediación tiene carácter confidencial.

Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva.

Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar.

Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad.

Art. 51.- Si alguna de las partes no comparece a la audiencia de mediación a la que fuere convocada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si en la segunda oportunidad alguna de las partes no comparece, el mediador expedirá la constancia de imposibilidad de mediación.

Art. 52.- Los gobiernos locales de naturaleza municipal o provincial, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro y, en general, las organizaciones comunitarias, podrán organizar centros de mediación, los cuales podrán funcionar previo registro en el Consejo Nacional de la Judicatura. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento, por parte de un centro de mediación dará lugar a la cancelación del registro y su prohibición de funcionamiento.

Art. 53.- Los centros de mediación que se establecieren deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo para las audiencias.

Los centros que desarrollen actividades de capacitación para mediadores deberán contar con el aval académico de una institución universitaria.

Art. 54.- Los reglamentos de los centros de mediación deberán establecer por lo menos:

- a) La manera de formular las listas de mediadores y los requisitos que deben reunir, las causas de exclusión de ellas, los trámites de inscripción y forma de hacer su designación para cada caso;
- b) Tarifas de honorarios del mediador, de gastos administrativos y la forma de pago de éstos, sin perjuicio de que pueda establecerse la gratuidad del servicio;
- c) Forma de designar al director, sus funciones y facultades;
- d) Descripción del manejo administrativo de la mediación; y,
- e) Un código de ética de los mediadores.

Art. 55.- La conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos.

Art. 56.- Los jueces ordinarios no podrán ser acusados de prevaricato, recusados, ni sujetos a queja por haber propuesto fórmulas de arreglo entre las partes en las audiencias o juntas de conciliación.

Art. 57.- En caso de no realizarse el pago de los honorarios y gastos administrativos conforme a lo establecido en la ley y el reglamento del centro de mediación este quedará en libertad de no prestar sus servicios.

Título III

DE LA MEDIACIÓN COMUNITARIA

Art. 58.- Se reconoce la mediación comunitaria como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos.

Art. 59.- Las comunidades indígenas y negras, las organizaciones barriales y en general las organizaciones comunitarias podrán establecer centros de mediación para sus miembros, aun con carácter gratuito, de conformidad con las normas de la presente Ley.

Los acuerdos o soluciones que pongan fin a conflictos en virtud de un procedimiento de mediación comunitario tendrán el mismo valor y efecto que los alcanzados en el procedimiento de mediación establecido en esta Ley.

Los centros de mediación, de acuerdo a las normas de esta Ley, podrán ofrecer servicios de capacitación apropiados para los mediadores comunitarios, considerando las peculiaridades socio-económicas, culturales y antropológicas de las comunidades atendidas.

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 60.- La presente Ley por su carácter de especial prevalecerá sobre cualquier otra que se le opusiere.

Art. 61.- El Presidente de la República, en uso de las facultades que le confiere la Constitución Política, expedirá en el plazo de noventa días el correspondiente reglamento para la aplicación de esta Ley.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 62.- Las normas de la presente Ley se aplicarán inclusive a aquellos convenios arbitrales suscritos con anterioridad a su vigencia, siempre que el procedimiento arbitral no haya comenzado.

Art. 63.- Las instituciones que cuenten con un centro de mediación previo a la vigencia de esta Ley, necesitarán registrar al centro, sin perjuicio de continuar con su normal funcionamiento.

Art. 64.- Hasta que el Consejo Nacional de la Judicatura esté integrado o tenga sus delegaciones o representaciones en las provincias, cumplirán las funciones que le asignen esta Ley, las Cortes Superiores.

DEROGATORIAS

Derógase la Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963 y publicada en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de 1963.

Derógase la Sección XXX del Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Derógase la Sección XV del Título I de la Ley Orgánica de la Función Judicial.



*Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

Derógase el artículo 21 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

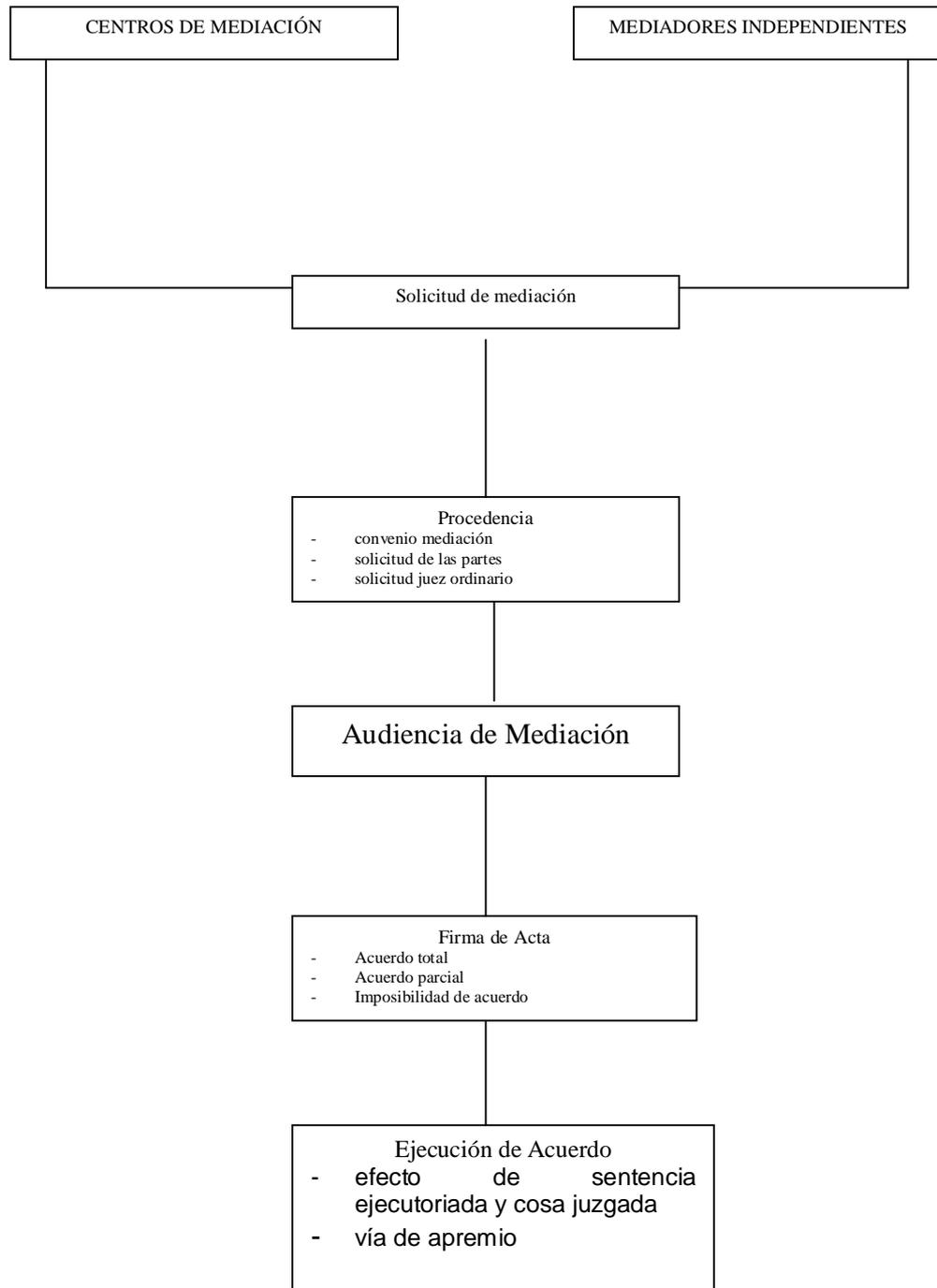
Derógase la interpretación realizada al artículo 1505 del Código Civil en el Decreto Supremo No. 797-B, publicado en el Registro Oficial No. 193 de 15 de octubre de 1976.

Derógase en el artículo 1505 del Código Civil, la frase: "Así la promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas, es nula por vicio del objeto".

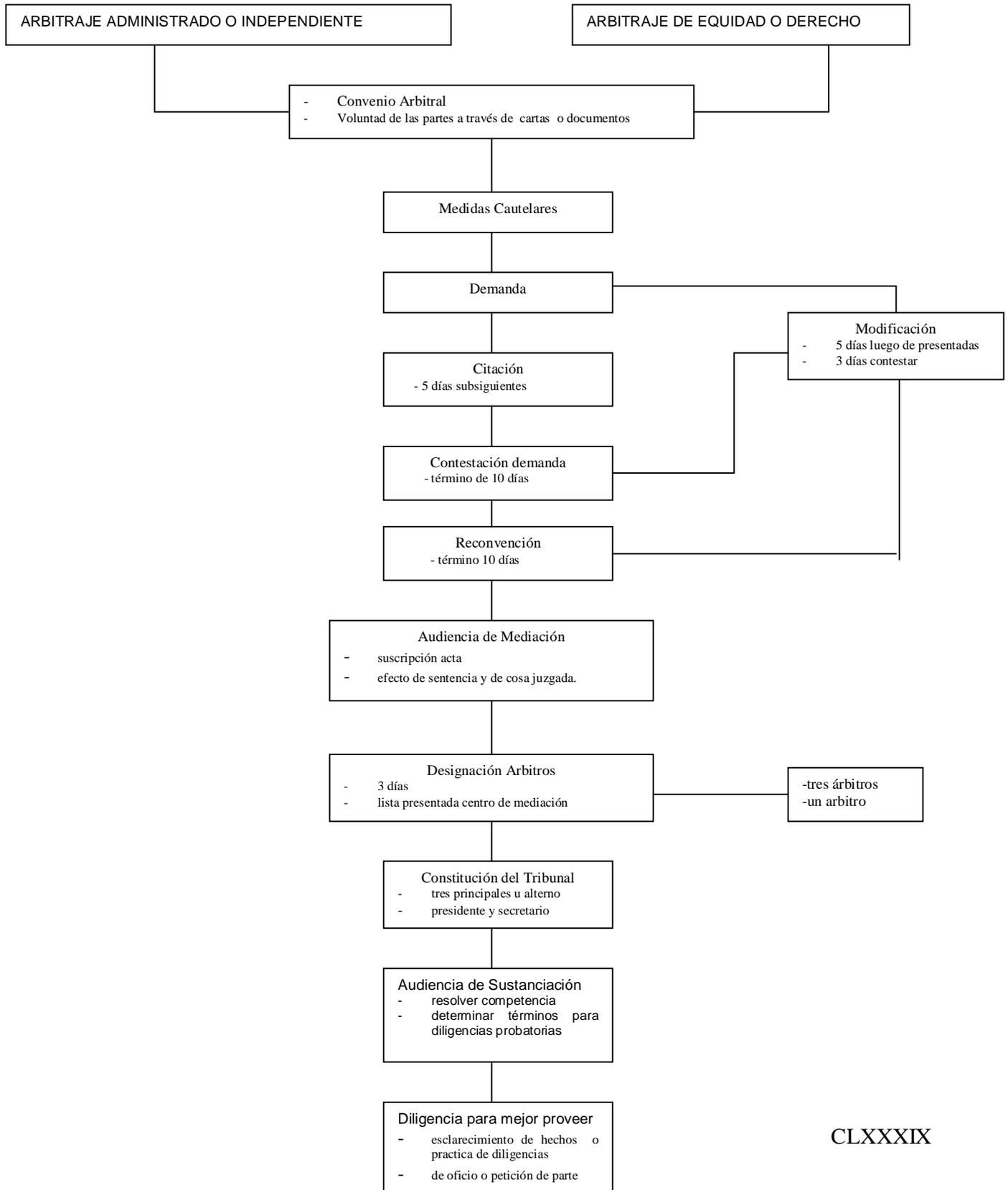
Artículo Final.- La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

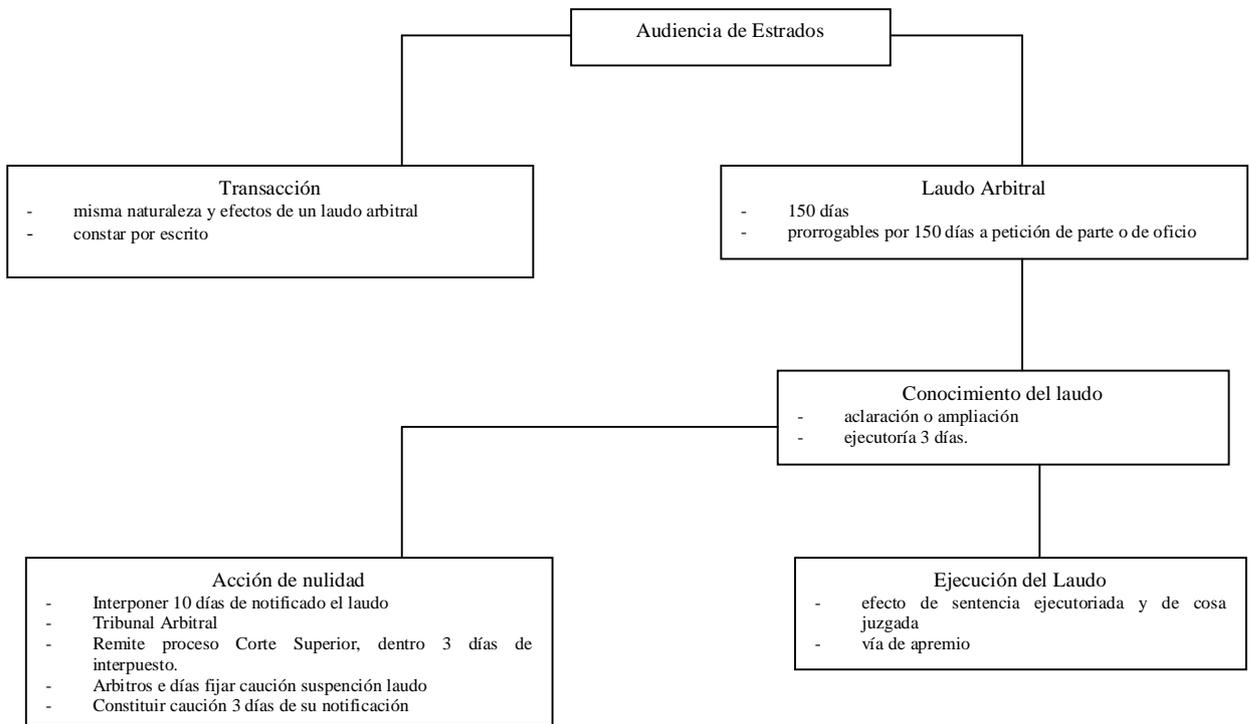
Dada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Congreso Nacional del Ecuador, a los veintiún días del mes de agosto de mil novecientos noventa y siete.

PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACIÓN



PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE







*Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN

Autorizo, al Instituto de Altos de Altos Estudios Nacionales la publicación de esta Tesis, de su biografía y anexos, como artículo de la Revista o como artículo para lectura seleccionada o fuente de investigación.

Quito, junio del 2004

**PAULINA F. ARMENDÁRIZ LALMA DE ESTRELLA
DRA. EN JURISPRUDENCIA**