

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**La mediación como requisito previo para descongestionar a la justicia
ordinaria en cuestiones de interés público.**

Ab. José Javier Guamán Burneo

POSTULANTE

2011

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos para la obtención del grado de Magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reprografía no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o parte de ella, por una sola vez, dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Ab. José Javier Guamán Burneo

Quito, diciembre de 2011

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**La mediación como requisito previo para descongestionar a la justicia
ordinaria en cuestiones de interés público.**

Ab. José Javier Guamán Burneo

Autor

Dra. María Elena Jara

Tutora

QUITO - ECUADOR

2011

RESUMEN

Los problemas por los que atraviesa la Función Judicial en el país debido a la acumulación de procesos, despacho lento de las causas y otras dificultades, hacen que los usuarios no tengan confianza en la Administración de Justicia. Además en nuestro país todavía existen zonas geográficas y poblacionales aisladas de los servicios públicos y por ende del acceso a la justicia siendo necesaria su incorporación dentro de una justicia más inclusiva. Se busca entonces a través de los métodos alternos de solución de controversias, y en especial de la mediación, hacer que las personas sean sus propios jueces y que decidan sus conflictos de una manera amigable y pacífica, más aún en asuntos de interés público, de manera que se fomente una cultura de paz y en una cultura social que ha girado alrededor del litigio.

Para lograr comprender el alcance de este trabajo, es necesario de dar un impulso a la mediación con un cambio en la mentalidad en los agentes de justicia ya que el conflicto no es malo por sí mismo, sino que constituye una importante fuente de dinamismo social, que acaba en el lugar común, decisivo, según el cual no importan los conflictos sino la forma de resolverlos.

La investigación pretende a partir de la experiencia Argentina, EE UU y de otros países que acogieron a la mediación como requisito previo, plantear una propuesta de reforma a la actual Ley de Arbitraje y Mediación, la cual se sustentará además en los criterios de los 100 estudiantes y profesores de la Facultad de Derecho de tres diferentes universidades, así como se contó con el apoyo mediante las entrevistas a los Directores y Subdirectores de Centros de Mediación de la ciudad de Quito.

El presente trabajo aborda además como tema de estudio la conciliación en el Derecho Administrativo con enfoque en la Contratación Pública por ser un tema de evidente interés público y de vital importancia en nuestros días.

Saber es poder y para democratizar el poder

hay que socializar previamente el saber.

No hacemos nada con proclamar los derechos,

si luego los hombres cuyos derechos hemos

proclamado son incapaces de administrarse, si

para poder actuar no tienen otra solución que

disponer de unos pocos indispensables.

José María Arizmendieta

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	8
 Capítulo I	 9
ASPECTOS INTRODUCTORIOS DE LA MEDIACIÓN	
1.1. Concepto y carácter de la mediación	9
1.2. Principios de la mediación	9
1.3. Tipos de mediación	14
1.4. El Acta de mediación y forma de ejecutarla	15
1.5. Casos en que el Acta puede ser revisada	16
1.6. La Mediación en el Ecuador	17
1.7. La mediación y su relación con el interés público	19
 Capítulo II	 22
CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN PARA LA	
SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE INTERÉS PÚBLICO	
2.1. Las partes y el mediador	22
2.2. Capacidad Legal para Recurrir a La Mediación	27
2.3. Acceso a la mediación ¿Qué asuntos pueden ser mediados?	32
2.4. Límites de la mediación: la transigibilidad	36
2.5. Nulidades Absolutas en la mediación	37

Capítulo III	39
LA MEDIACIÓN COMO POLÍTICA PÚBLICA	
3.1. Ventajas y desventajas de la mediación en comparación con la justicia ordinaria	39
3.2. Ventajas y desventajas de la mediación como requisito obligatorio en comparación a la mediación voluntaria	43
3.3. El interés público en promover la mediación	46
3.4. La mediación como política pública	51
3.5. La aplicación de la mediación en los contratos administrativos	54
3.6. Mediación en el Sector Público ¿Quiénes pueden ser parte?	54
3.7. La mediación como cláusula de solución de controversias en la ejecución de los contratos públicos	57
3.8. La confidencialidad de la mediación en relación con el sector privado	59
3.9. La responsabilidad del Estado en la implementación y difusión de los MASC en el sector público	64
3.10. Perspectivas de desarrollo de la mediación en el sector público	65
3.11. Experiencia en la aplicación de la mediación como política del sector público	66
3.12. Propuesta de obligatoriedad de la mediación en el Ecuador	68

Capítulo IV	75
LEGISLACIÓN COMPARADA. MEDIACION OBLIGATORIA	
EN ARGENTINA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	
4.1. El proceso de mediación en Argentina	75
4.2. Análisis de la Ley de Mediación Obligatoria 26.589	84
4.3. La Experiencia Norteamericana (Estados Unidos)	
	94
Capítulo V	102
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
Bibliografía	110
ANEXO 1 Estadísticas Nacionales (Cuadro Consolidado) e Internacionales	
ANEXO 2 Entrevistas a los Directores y Subdirectores de los Centros de Mediación	
ANEXO 3 Propuesta de Ley Reformatoria a la Codificación de la LAYM	
ANEXO 4 Resultado de las encuestas aplicadas a los estudiantes y docentes de derecho de las Universidades PUCE, UDLA, UNIBE.	

CAPITULO I

LA MEDIACIÓN

ASPECTOS INTRODUCTORIOS

1.1 Concepto y carácter de la mediación

Es un método alternativo de resolución de conflictos, no adversarial, en el cual un tercero imparcial, ajeno al problema, procura el acercamiento entre las partes facilitando su comunicación, para que, en forma cooperativa, arriben a un acuerdo que las satisfaga. Es un método que lejos de intentar suplantar la actuación jurisdiccional, la auxilia. La mediación podría funcionar como herramienta auxiliar de la Justicia en todos aquellos supuestos en que dos partes pueden disponer de tal forma sus bienes y derechos que logren poner fin a la lucha que les enfrenta.

Es un método no adversarial porque nace con vocación de que no haya vencedores ni vencidos, de que se acabe con el litigio pero sin litigar. *“Según este método no se trata de que una parte triunfe y la otra sea derrotada, sino que lo importante es lograr que los respectivos intereses salgan a la luz permitiendo luego, a partir de su interrelación, la posibilidad de una solución satisfactoria”*.¹ Para efectos de la aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAYM) se entiende a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos.

1.2. Principios de la mediación²

Voluntariedad. Desde este principio el proceso se entiende que la mediación es un método autocompositivo, es decir, responde a la determinación de los mediados (partes) para acudir, permanecer o retirarse del proceso de la mediación, sin presiones, libremente, decidir sobre la información que revelan; así como resolver llegar o no a un acuerdo. Los mediadores tendrán siempre la libertad de seguir participando en la mediación, incluso en el contexto de programas obligatorios. Esto

¹El Proceso de Mediación, Buenos Aires – Argentina, en www.conflictologia.net, última fecha de consulta 20 julio de 2009.

²ABA/USAI, Proyecto para la Mediación en México, 2002, en www.mediacionenmexico.org, última fecha de consulta 18 enero de 2007.

implica que el mediador debe reconocer que son los mediados quienes tienen la potestad de tomar decisiones en la mediación en los casos que permite la ley.

Algunas legislaciones como la argentina y la estadounidense -en ciertos estados- regulan a la mediación como una instancia obligatoria³, lo que debe entenderse en cuanto a asistir a la audiencia/s de mediación, y participar en ella(s) de buena fe, en búsqueda de una solución a su controversia antes de someter el conflicto a la decisión de la judicatura. Aunque en algunos casos sí se ha demostrado la necesidad y eficacia⁴ de la obligatoriedad dentro del sistema tal es el caso de Argentina, la misma ley dispone que la obligatoriedad de mediar no aplica en algunos casos, por ejemplo:

- a) Acciones penales;
- b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador;
- c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la ciudad autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa⁵;
- d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación;
- e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos;
- f) Medidas cautelares;
- g) Diligencias preliminares y prueba anticipada;
- h) Juicios sucesorios;
- i) Concursos preventivos y quiebras;

³ Ver anexo 1 en el que se recogen diferentes legislaciones en donde se aplica la mediación como requisito previo.

⁴La calificación de eficacia de la obligatoriedad de la mediación en Argentina están sustentadas en las estadísticas emanadas del Poder Judicial de la Nación que se incorporan en el Anexo 1.

⁵La propuesta de reforma a la LAYM de la presente investigación no excluye las causas en que el Estado es parte, las incorpora como una regla y no las toma como excepción.

j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512;⁶

k) Conflictos de competencia de la justicia del trabajo; y,

l) Procesos voluntarios.

Optativos:

a) Ejecutivos;⁷ y,

b) los desalojos.⁸

Confidencialidad. Lo tratado en mediación no podrá ser divulgado por el mediador, a excepción de los casos en los que la información se refiera a un ilícito penal perseguible de oficio. Las actuaciones que se practiquen en este procedimiento, incluyendo los testimonios o confesiones expresadas por las partes, los apuntes de los mediadores que suelen ser destruidos a la conclusión del proceso no tendrán valor probatorio, ni incidirán en los juicios que se sigan en los tribunales.

Al inicio de la mediación, el mediador informa a los mediados sobre la importancia y alcances de la confidencialidad y solicita su compromiso respectivo. Las sesiones de mediación se celebrarán en privado con la restricción para los mediados de no poder llamar como testigo al mediador en un proceso judicial o arbitral relacionado con el objeto de la mediación. La confidencialidad involucra al mediador y a los mediados, así como a toda persona vinculada a esa mediación.

Flexibilidad. En el procedimiento de mediación se prescindirá de toda forma estricta, para poder responder a las necesidades de los mediados.

⁶**Artículo 10 de la Ley 13.512.** – *“Los asuntos de interés común que no se encuentren comprendidos dentro de las atribuciones conferidas al representante de los condóminos, serán resueltos, previa deliberación de los propietarios, por mayoría de votos ...”*

⁷La limitante para poder negociar en vía ejecutiva es que se propongan excepciones de fondo. Tratándose de obligaciones originadas en títulos diferentes, la conciliación procede facultativamente. La acción ejecutiva que no se fundamente en contratos admitiría mediación.

⁸ Art. 5 Ley 26.589 de Argentina

Desde este principio, el procedimiento evitará sujetarse al cumplimiento de formas y solemnidades rígidas. Aunque la mediación posee una estructura a la que se le atribuyen distintas etapas y reglas mínimas, esto no debe interpretarse como un procedimiento rígido sino flexible; toda vez que, durante el procedimiento, el mediador y los mediados pueden obviar pasos y convertir la forma en que se desarrollará más efectiva y eficazmente la comunicación entre los mediados. Debe existir amplia libertad para aplicar el procedimiento, a efecto de alcanzar acuerdos eficientes y satisfactorios.

Neutralidad. El mediador debe mantener una postura y mentalidad equilibrada para no ceder a sus inclinaciones o preferencias.

Desde este principio, el mediador sustrae sus puntos de vista relacionados con el conflicto, a fin de evitar inducir las conclusiones a que deban llegar los mediados. Así ayuda a los mediados a arribar a sus propios acuerdos, absteniéndose de emitir juicios, opiniones o soluciones sobre los asuntos tratados y respetando las decisiones que adopten los mediados.

El mediador evita dar asistencia técnica, como pueden ser procedimientos terapéuticos, de representación y asesoría y / o emitir juicios de formación profesional o personal.

Imparcialidad. El mediador deberá actuar libre de favoritismos, inclinaciones, prejuicios o rituales, tratando a los mediados con absoluta objetividad, sin hacer diferencia alguna. Los mediados reciben el mismo trato y pueden percibir que el mediador es una persona libre de favoritismos de palabra o acción, que ha asumido el compromiso de ayudarlos por igual, sin propiciar ventajas para uno u otro.

El mediador debe contener sus impulsos naturales de simpatía, agrado o concordancia con determinadas ideas, situaciones o personas que se encuentren involucradas en un proceso de mediación. Este principio abarca el deber del mediador de excusarse si existen determinados vínculos entre él y uno o más de los mediados, como parentesco, amistad, trabajo, etc. En circunstancias donde existen

ciertos vínculos que no causarán conflictos de interés desde su punto de vista, el mediador deberá indicárselo a los mediados y solicitar que ellos decidan, si es apropiada o no, su participación como mediador en su caso particular.

Equidad. Diversos autores manifiestan que el mediador debe procurar que el acuerdo al que lleguen los mediados, satisfaga sus intereses de manera justa.

El mediador deberá siempre indagar si los mediados entienden claramente los contenidos y alcances de ese acuerdo. Cuando el mediador detecte desequilibrio de poderes entre los mediados, procurará, sobre la base de sus intervenciones, balancear el procedimiento, buscando el equilibrio.

Legalidad. Son materias de este procedimiento, los conflictos derivados de los derechos que pueden ser objeto de convenio.

Cuando el mediador dude sobre la legalidad o viabilidad de un acuerdo, o sepa, o razonablemente sospeche, que éste está basado en información falsa o de mala fe, deberá recomendar a los mediados que consigan consejos de otros, preferiblemente expertos en el campo relacionado con el contenido del acuerdo, antes de finalizarlo, teniendo cuidado de no perjudicar el procedimiento de mediación y/o a alguno de los mediados por esta intervención.

Como el mediador tiene el papel de agente de la realidad durante el procedimiento de mediación, debe hacer saber a los mediados el alcance y repercusiones, de un acuerdo que: 1) fue alcanzado sobre la base de una práctica de mala fe, o 2) vaya contra las normas jurídicas. Siempre existe la posibilidad de que un mediador no reciba la información necesaria o no tenga la facultad para determinar si un acuerdo cae en una de estas categorías. Por lo tanto, es recomendable que, en tal caso, el mediador informe a los mediados no representados que tienen el derecho de buscar consejo profesional o personal – lo que ellos crean conveniente- antes de firmar cualquier acuerdo.

Honestidad. El mediador no intervendrá o dará por fracasada la mediación, cuando por su naturaleza o la conducta de los interesados, el asunto no sea mediable.

El mediador debe reconocer sus capacidades, limitaciones e intereses individuales, así como institucionales. Se excusará de participar en una mediación por razones de conflicto de intereses o por la falta de preparación o aptitudes necesarias para llevar a cabo el procedimiento de una forma adecuada. De igual manera, el mediador, tiene el deber de dar por terminada una mediación cuando advierta falta de colaboración de uno o más de los mediados, o de respeto a las reglas establecidas para el adecuado desarrollo de la mediación.

El mediador tiene la responsabilidad ética de analizar la información de la cual sea provisto, antes de aceptar cualquier caso de mediación, para determinar si es o no apropiada su participación en la misma. Algunas legislaciones admiten la recusación ante el no desistimiento oportuno del mediador, la cual se deberá imponer únicamente para proteger los intereses de los mediados.⁹

En casi todas las legislaciones que contemplan los MASC se utilizan los principios antes mencionados con excepción del principio de voluntariedad para iniciar un trámite judicial ya que legislaciones como la argentina, española (en temas de familia), estadounidense en ciertos Estados, entre otras, han adoptado a la mediación con el carácter de requisito previo indispensable antes de entablar una demanda y dejar a la justicia convencional que resuelva la disputa.

En nuestra legislación no se hace una enunciación directa de los principios que rigen a la mediación, sin embargo la nueva ley de Mediación obligatoria de Argentina, los enumera claramente en su Art. 7.

1.3. Tipos de Mediación

La mediación presenta varias clasificaciones dependiendo de la perspectiva desde la cual se analice, el Dr. Jaime Vintimilla S, abogado y mediador nos indica las siguientes:**I.** Desde el punto de vista del número de los actores inmersos o número

⁹ABA/USAID, Proyecto para la Mediación en México, 2002, en www.mediacionenmexico.org, última fecha de consulta 18 de enero de 2007.

de partes, puede ser: **bilateral y plurilateral o multilateral**, pues es posible atender casos en los cuales intervienen varias partes;

II. Desde el punto de vista de la ubicación de sus actores, puede ser: **pública y privada**. Esta división se basa en la calidad de los órganos que forman los centros de mediación o que brindan dicho servicio, así será pública la mediación de la Procuraduría General de la Nación o de cualquier Municipio en tanto que será privada la desarrollada por ONGs o Universidades.

III. Desde la materia tratada o área abordada, la mediación puede ser patrimonial, familiar, laboral, penal, social, etc.

IV. Desde el campo de acción social y por la participación de los miembros de la propia comunidad, la mediación puede ser: **institucional o simple mediación y comunitaria o ciudadana**, ya que en la primera el tercero imparcial puede ser cualquier persona que cumpla los requisitos legales y reglamentarios, en tanto que en la segunda se requiere que sea un miembro propio del lugar o comunidad donde funcionan los servicios.

V. Si se considera un elemento extranjero puede ser: **interna(local o nacional)e internacional**.

VI. Por el número de mediadores inmersos en la audiencia, podemos encontrar: **un procedimiento singular** con la presencia y facilitación de un solo mediador **y otro colectivo** donde varios mediadores intervienen. Por ello también se la conoce como comediación.

VII. De acuerdo a la ubicación de los servicios en sede judicial, puede ser: **judicial o adscrita a la función judicial y extrajudicial o fuera de su seno**. Algunos autores hablan de que la mediación judicial es eminentemente pública mientras que la extrajudicial es privada.¹⁰

¹⁰ VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, *Algunos Apuntes Preliminares y Doctrinarios Sobre La Mediación*, Quito, CIDES NED, 2004,1ª. ed.p. 11.

1.4. El Acta de mediación y forma de ejecutarla

El procedimiento de mediación concluye con la firma del acta en la que constará el acuerdo total o parcial si ha sido posible la mediación, o por el contrario la imposibilidad de haberlo logrado. Esta acta contendrá por lo menos los antecedentes que dieron lugar al conflicto, una descripción clara de las obligaciones que cada uno de los litigantes tienen que cumplir, las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador. Para tener una visión clara en lo que se relaciona a la ejecutabilidad, veamos el contenido del Art. 47 inciso 3, de la LAYM que dice: *“El acta de mediación en la 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, salvo las que se originaren con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.”*

Para mayor ilustración analicemos el siguiente ejemplo: si es que en este procedimiento se ha resuelto sobre los lineamientos de un menor de edad, se enviará el acta al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia correspondiente para que éste, a través del Juez, sin modificar en absoluto nada de lo convenido, la haga cumplir en su totalidad, esto es las pensiones alimenticias fijadas, con sus consecuencias en caso de incumplimiento, como es el apremio por dos meses de atraso, como en este caso, el Juez quien tiene que ejecutar o dar cumplimiento a lo convenido, en cualquier circunstancia o caso determinado, tiene la obligación de acatar esta disposición.

1.5. Casos en que el Acta puede ser revisada

La LAYM en el último inciso del Art. 47, al respecto textualmente contempla: *“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 la Niñez y la Adolescencia y otras leyes relativas a fallos en esta materia.”*

La disposición antes mencionada está relacionada con otras leyes especiales, tales como:

Código de Procedimiento Civil (Art. 726)Art. 730 del Código de Procedimiento Civil. Ley Contra la Violencia la Mujer y la Familia (Art. 21 inciso 4)Código de la Niñez y la Adolescencia (Art.278), etc. Pueden ser revisados también los acuerdos o resoluciones que se relacionan con las curadurías, por el mismo propósito de precautelar los intereses del menor. De la misma manera, los acuerdos a los que llegaren en los casos previstos en la ley contra la violencia a la mujer y la familia, de conformidad al cuarto numeral del Art. 21 del mencionado cuerpo jurídico.¹¹

1.6. La Mediación en el Ecuador

Existen numerosos cuerpos legales que hacen referencia a la mediación, tales como: Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (Art.8 lit. f); Código del Trabajo (Arts. 470, 476 ...), Código Civil (transacción Art.2348, primer inciso, Art. 2362); Código de Procedimiento Civil (Art. 402); Código Orgánico de la Producción (Art. 27), etc., sin embargo para efectos de la presente investigación nos enfocaremos en la Constitución de la República, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, su Reglamento General y la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

La Constitución: reconoce expresamente a los medios alternativos de solución de conflictos, entre ellos la mediación (Art. 190).El mismo artículo dispone que en contratación pública se utilice el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, no así en mediación. A esto debemos añadir que dentro del proceso de arbitraje se contempla acertadamente la realización de una audiencia de mediación (Art. 15 LAYM).

Al respecto, existe todavía un cierto recelo de los jueces para ejecutar un laudo arbitral (ejemplo: por desconocer cómo se ha llevado el proceso) o para sugerir una derivación procesal a la mediación, como se lo faculta según la LAYM, aspectos que convulsionan aún más nuestro sistema de justicia. Pero más allá del recelo o del

¹¹ MOROCHO MONCAYO, Jorge, *La Mediación y la Conciliación en la Legislación Civil Ecuatoriana*, Riobamba, Edit. EDIOCENTRO,1ª.ed., 2004, pp.70 – 73.

temor o la educación clásica, está el deber del juez de aplicar por sobre todo la constitución, respetando la posibilidad de utilizar los MASC.,

Ley de Arbitraje y Mediación (LAYM)

La Ley de Arbitraje y Mediación, en vigencia desde el 4 de septiembre de 1997 (RO145), en su artículo 43 define a la mediación como: *“... 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 extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.”*

El concepto exige un análisis especialmente en cuanto a la voluntariedad y las materias que son transigibles, lo que nuestra ley incorpora a diferencia de otras legislaciones y lo que la hace tan valiosa es el carácter extrajudicial y definitivo que se le da al conflicto por medio del acta de mediación, ya que ésta tiene el carácter de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, lo que pone fin al conflicto, debiendo ser cumplida por las partes caso contrario se la ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio. En legislaciones como la peruana o la colombiana al acta se le da una validez de título de ejecución o de mérito ejecutivo, respectivamente, ya que al acta no se la asemeja a un valor de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada.¹² La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP en su artículo 104 contempla: *“De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.”*

El artículo 161 del Reglamento General a la LOSNCP, dispone que: *“Las entidades contratantes y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.”*

¹² Ver artículo 18, Ley 26872, Perú; Artículo 1, párrafo 1 Ley 640, Colombia.

En los contratos sometidos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no podrá pactarse el sometimiento a arbitrajes internacionales sin autorización expresa del Procurador General del Estado de conformidad con la Ley.”

1.7. La mediación y su relación con el interés público. Para entender mejor el tema de investigación es preciso dejar en claro qué se entiende por interés público, así:

El concepto mismo de interés público entra de lo que se conoce como conceptos jurídicos indeterminados (en adelante CJI), es decir el término cumple una o varias funciones, más que poseer un significado determinado en el sistema jurídico ecuatoriano. El significado es atribuido por la regulación y delimitado por la jurisprudencia, pero no puede hablarse de un sentido unívoco del término “interés público”. Para García de Enterría, *“Se trata de conceptos con los que las leyes definen supuestos de hecho o áreas de interés o situaciones perfectamente identificables aunque lo haga en términos indeterminados, que luego tendrán que concretarse al momento de su aplicación”*.¹³

Nuestra legislación respetando y delimitando la potestad discrecional se refiere a los conceptos jurídicos indeterminados así: *“Frente a los conceptos jurídicos indeterminados tales como bien público, interés público, oferta más conveniente, etc., la administración buscará su concreción a cada situación en particular en función de los inequívocos que rodean cada circunstancia, procurando encontrar una única solución justa, aplicable al caso concreto, en el marco de la potestad y competencia de la administración.”*¹⁴

El “interés público” puede ser considerado un concepto funcional, ya que sirve para justificar diversas formas de intervención del Estado, en la esfera de los particulares, previendo límites de distinto grado, ya sea estableciendo prohibiciones, permisos o

¹³GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Una nota sobre el interés público como concepto jurídico indeterminado*, España, *Revista de Derecho Administrativo*, Nro. 89, ed. enero-marzo, 1996, p. 83.

¹⁴ Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, Artículo 8, Decreto No. 3179, R.O. 686, 18-X-2002.

modos de gestión de distinto grado. Sin embargo, esto no implica una sectorización, ya que no se refiere necesariamente a un bien público.

La teoría del concepto indeterminado y su función en el sistema jurídico, establece claramente que no se trata de dar paso a la arbitrariedad, ni de justificar situaciones abusivas, ya que sirve para determinar la discrecionalidad administrativa que sustenta y permitir el control de su ejercicio, por ejemplo el control administrativo y judicial de las consideraciones de interés público frente al abuso o la extralimitación. Por lo que se podría considerar que se establece un ámbito de actuación no ilimitado.

Conceptos tales como: “interés público”, “seguridad nacional”, “paz pública”, son indeterminados tanto por su creación como por su aplicación y no permiten una aplicación precisa e inequívoca. Incluir un concepto indeterminado en la Constitución o en la ley puede tener finalidades distintas como delimitar, limitar o controlar la acción administrativa. Por consiguiente no se puede afirmar que las decisiones sustentadas en conceptos jurídicos indeterminados tienen un carácter político o ideológico, ya que demarcan los límites de la aplicación de las normas.

Los conceptos indeterminados al aplicarse se refieren a una realidad concreta, delimitable, que establece un primer límite: las decisiones que por norma constitucional o legal, están asociadas a un concepto abierto de este tipo no pueden justificarse en intereses particulares.

La implementación de la mediación como requisito previo aplicandola Constitución y la Ley para los casos que atañen al interés público enunciados previamente, se justifica por la necesidad estatal de descongestionar la carga procesal actual, el dinamismo social que vivimos y el factor económico de constituir y definir, además de un marco jurídico de garantías individuales, constituye un medio para transformar los diferentes conflictos en el ámbito administrativo como por ejemplo en un Ministerio y por su puesto como aliciente del actual sistema judicial, especialmente conflictos de interés público como los de contratación pública.

En la actualidad, el Presidente Constitucional de la República, sustentado en la reforma judicial aprobada en la consulta popular de mayo de 2011, ha declarado el 9 septiembre de 2011, la emergencia al sistema de justicia para evitar la “*inminente conmoción interna*”.¹⁵ Ante estas medidas el tema de la presente investigación cobra fuerza y se convierte en una real alternativa para resolver el problema.

El Estado tiene el deber indelegable de implementar como política social y de Estado, las mejoras a la actual forma de administrar justicia mediante la modernización del sistema y la utilización de la mediación como requisito previo es una forma de transformar la realidad que viven los usuarios del sistema de justicia en el país, es decir, se debetrasformar la lentitud en celeridad, la corrupción en transparencia, la ineficiencia en eficiencia, todo para materializar el bien común o el buen vivir.¹⁶

El interés público es la justificación de las distintas habilitaciones constitucionales y legales, además de configurarse en el límite y garantía de los derechos individuales y colectivos. Por otro lado, el concepto no es equivalente a los conceptos de seguridad nacional o paz pública, ya que se diferencia en que éste ha sido objeto de varios estudios específicamente con relación a sus efectos jurídicos y, además se refiere al quehacer de la administración pública. La presente investigación, se ha enfocado en la contratación pública como un ámbito de interés público que podría beneficiarse de la aplicación de un sistema de mediación obligatoria.

¹⁵<http://www.justiciaenlosandes.org/contenido/correa-decreta-la-emergencia-de-la-justicia-ecuador>, última fecha de consulta 24 de septiembre de 2011.

¹⁶Los calificativos usados son sustentados y obedecen a los resultados de la consultorías contratadas por ProJusticia a la Consultora ISVOS, tanto en el 2007 como en el 2010. Ver además el estudio sobre Aspectos Cualitativos de la Producción Judicial en Ecuador, elaborado por el consultor Luis Pasara de la U. de Salamanca contratado por ProJusticia en el 2010.

CAPITULO II

CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS DE INTERÉS PÚBLICO

2.1. Las partes y el mediador

¿Quién es el mediador? Es la persona imparcial que facilita el proceso de comunicación, entre quienes tienen un conflicto de intereses y ayuda a comprender las posiciones de los involucrados, no juzga ni decide por ellos.

De la capacidad para ser mediador: Según el Art. 48 de la Ley de Arbitraje y Mediación hay dos tipos de mediadores, los que constan aprobados en la lista de un centro y los mediadores independientes autorizados por un Centro. Sea cualquiera el caso, éstos deben contar con la autorización de un centro de mediación. Esta autorización se fundamentará en los cursos académicos o pasantías que haya recibido el aspirante a mediador, las mismas que pueden variar de un centro a otro.

De la inhabilidad del mediador: El Art. 49 de la LAYM nos dice: *“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.”

Esto es perfectamente lógico y como tal debería constar en uno de los numerales del Art. 216 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a los testigos no idóneos por falta de imparcialidad.

La Corte Constitucional Colombiana en **sentencia C-037 de 2003** declaró que la función del conciliador es pública, por lo que responderá disciplinariamente como servidor público. Lo que no ha sido contemplado en nuestra legislación debido probablemente a que es un tema muy delicado y de mucho cuidado, no solo por la

gravedad de las sanciones contempladas en la LOSEP sino porque puede ser causa y motivo de evaluaciones subjetivas que pudieran dar lugar a sanciones injustificadas.

2.1.1 ¿Cuál es el perfil que debe tener el mediador para resolver conflictos que involucran al sector público?

Existe un debate incesante sobre quienes deben ser los mediadores, qué requisitos deben reunir y qué entrenamiento tienen que desarrollar para ser considerados como autorizados.

La primera discusión que aparece es sobre si debe ser profesional del derecho o no. Para resolver conflictos entre particulares el mediador puede ser cualquier profesional que reúna características especiales de personalidad, empatía y que maneje ciertas técnicas de mediación; así como debe estudiar elementos socio legales básicos. Para mediar en el sector público sí debería ser abogado y debe conocer ampliamente los preceptos constitucionales y legales; capacitado de manera teórica y práctica en una Escuela de Mediadores de tal forma que demuestre habilidades de negociación y formación en una cultura de diálogo y no solo de litigio. Caso contrario podría aconsejar a su cliente para no llegar a un acuerdo e ir a juicio, por eso es importante la capacitación al profesional del derecho en los beneficios que ofrece la mediación y la difusión continua de la herramienta a la sociedad en general para forjar a un nuevo ciudadano que tenga como primera opción el diálogo.

Nuestra ley es flexible y no requiere ser abogado o profesional para tener la calidad de mediador, aunque se constituye el proceso de selección y evaluación en una responsabilidad que no puede ser ajena a los centros de mediación y que debe quedar claramente definida en los reglamentos internos, más aún cuando ciertas leyes como la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor exige servicios de calidad¹⁷. El director del Centro de Mediación sí debería ser un abogado con amplia experiencia en temas de manejos de conflictos ya que ejerce un cargo de responsabilidad que más allá de las tareas administrativas que realiza, se constituye en un referente del centro y de temas de consulta propuestos por los mediadores.

¹⁷ Ver Artículos 27 y 28 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Para el caso de conflictos que involucran asuntos de derecho público administrativo, se considera indispensable que el mediador sea un profesional altamente capacitado.

El mediador que conozca conflictos que involucran el sector público debe conocer a profundidad y concatenar los principios rectores del derecho sustancial y los del derecho procesal, esto como garantía de su neutralidad y el justo manejo del conflicto de intereses, por lo tanto el mediador es un defensor del patrimonio estatal. El Derecho administrativo es un derecho al servicio público, no es un derecho de poder (o poder sí, pero servicial), es de servicio, de protección, de exigencias sociales, y en el presente caso llamado a solucionar problemas a través de la mediación.

Obligaciones del mediador: de las características antes mencionadas devienen ciertas obligaciones que el mediador y en especial en el sector público debe cumplir, al respecto cabe mencionar las siguientes:

- A) Orientar la conciliación con base en las pruebas;
- B) Respetar integralmente el derecho público, las normas de orden público y las buenas costumbres; y,
- C) Velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los mínimos e intransigibles.

Ahora bien, conviene plasmar el análisis de lo dicho, que el mismo doctor Franklin García desarrolla punto por punto, el mismo que a continuación se presenta esquemáticamente.¹⁸**¿Qué son los derechos ciertos?** Son los que han ingresado al patrimonio del sujeto de derecho, es decir son los derechos adquiridos con justo título o de acuerdo a la ley.**¿Qué son derechos indiscutibles?** A decir del doctor Franklin García, ésta es una noción consecuencial de ser ciertos, por cuanto supone que si están definitivamente en el patrimonio de alguien, es porque no admiten discusión o debate, y solo habrá controversia cuando existe duda sobre su definitividad patrimonial.**¿Qué son los derechos mínimos?** Son los derechos

¹⁸RODRÍGUEZ GARCÍA, Franklin, *La Conciliación en el Derecho Administrativo*, Bogotá, Departamento de publicaciones, U. Externado, 1ª. ed., 2004, pp. 134-135.

constitucionales fundamentales, para cuyo amparo urgente acción de tutela, por ejemplo los derechos a la vida, a la salud, a la libertad, a la integridad personal, etc.

Cabe mencionar que nuestra actual Constitución (Art.1) prevé un Estado Social de Derechos, en el que todos tienen un mismo nivel jerárquico.

¿Qué son derechos intransigibles? Los que no son patrimoniales, como el estado civil de las persona y los demás personalísimos. (RODRÍGUEZ GARCÍA, Franklin, *La Conciliación en el Derecho Administrativo*, p.135)

Por otro lado, cabe mencionar que nuestra actual Ley de Arbitraje y Mediación (LAYM) no prevé una enumeración de las Obligaciones del Mediador como sí ocurre en otras legislaciones como la colombiana, la cual para ser precisos en el Art. 8° de la Ley 640, contempla: citar a las partes; explicarles a los comparecientes sobre los alcances, objeto y límites de la conciliación; instar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo; formular propuestas de arreglo en subsidio de las partes; levantar el acta de la audiencia y registrarla en un centro de mediación; y, citar a los terceros intervinientes en el proceso de mediación.

Actualmente no existen normas claras referentes al entrenamiento o requisitos para reclutar y formar mediadores, pues la Ley de Arbitraje y Mediación en su Art. 48 inciso 2 dispone solo dos cosas al respecto:

1) *Que todos los centros de mediación deban tener un reglamento interno donde precisamente uno de los elementos debe ser el señalamiento de los requisitos que deben reunir los mediadores, cuya autorización deberá ser otorgada por escrito por el centro de mediación; y,*

2) *Que requieren de habilitación técnica basada en los cursos académicos o pasantías, contando con aval universitario.*

Para resumir y concretar podríamos mencionar:

1. Aclarar los intereses.
2. Generar buenas opciones.
3. Alentar una buena relación de trabajo.
4. Reconocimiento de alternativas.
5. Mejorar las comunicaciones.
6. Conducir a compromisos inteligentes.¹⁹

2.1.2. LAS PARTES. Cuando analizamos las partes de un conflicto tratamos de determinar su composición, liderazgo, las unidades de decisión implicadas, el tipo de relación que mantienen, sus relaciones de poder. Debemos también identificar las actitudes que las caracterizan, entendiendo por ellas los estados psicológicos que acompañan una situación de conflicto o que surgen de ella. Principalmente debemos fijarnos en el aspecto afectivo o emocional (rabia, desconfianza, resentimiento) y en el perceptual (procesos cognoscitivos, estereotipos). No es necesario sostener, como hacen algunos autores, que la mayoría de los conflictos se generan internamente, para aceptar que las actitudes minimizan o exacerbaban el conflicto. Además, con frecuencia las actitudes pueden hacer que las partes persistan en el conflicto, incluso cuando las condiciones objetivas que le dieron origen se hayan alterado.

Para precautelar el interés público debemos acotar que además del particular y el representante del Estado, deben intervenir en una audiencia de mediación un delegado de la Procuraduría General del Estado (delegado para las audiencias en general no solo del procurador de determinada institución pública), así como un delegado de la Contraloría General del Estado, para consolidar y para concretar de mejor manera los acuerdos a los que se puedan llegar en la o las audiencias de mediación, esto último tiene su fundamento en que hay hoy en día un temor del funcionario público a mediar por la preocupación de una eventual glosa de la CGE por la forma en que ese negoció o mejor dicho por los acuerdos llegados, lo que impide

¹⁹ERTEL, Danny, Resolución Alternativa de Conflictos, *R.A.C., Proyecto de Negociación de Harvard*, Bogotá, Edit. McGraw Hill, 1996, p.36.

que en la práctica se firmen actas de mediación y que podría ser superado con la intervención y vigilancia de los mencionados delegados.

El delegado de la Contraloría debe intervenir para que de manera preventiva de seguridad económica a los acuerdos, el delegado del Procurador se encargaría de la seguridad jurídica.

¿Quiénes son los terceros? Son las personas que insoslayablemente puedan ver comprometidos sus intereses o derechos, de llegarse a un acuerdo conciliatorio, sin su presencia. Por tanto la obligación del mediador además de citar a las partes usuales, solicitantes y solicitadas, tiene que citar a los litisconsortes necesarios y a terceros.

Se debe aclarar que para la presente investigación y la propuesta de ley reformativa a la LAYM, la mediación no es obligatoria, lo es el trámite, luego tienen que intervenir todas las partes involucradas, si hay litisconsorcios o terceros, hay que hacerlos comparecer para que se cumplan los fines de la mediación extrajudicial, además de evitar futuros litigios como un futuro proceso a título de repetición o culpa grave., por eso es importante antes de empezar identificar bien a todas las partes intervinientes en un proceso de mediación. Ahora bien ¿Qué pasaría con las partes (terceros) que no asistan, se podría sancionar a las partes principales (solicitante y solicitado)? Eso no sería adecuado, ya que se entiende que las decisiones se aplican a todos y no solo a algunos, ya que al no estar toda la “parte”, mal se podría castigar al no compareciente ya que los que estuvieron presentes no estaban aptos para conciliar por sí solos.

2.2. Capacidad Legal Para Recurrir La Mediación. Es conveniente para esta sección contar con la acertada opinión del Dr. Jorge Morocho Moncayo:

Amparándonos en las disposiciones de nuestro Código Civil y de Procedimiento Civil, pueden ser partes todas las personas ya sean naturales o jurídicas y pueden serlo no solamente las plenamente capaces, sino también las absolutamente y las relativamente incapaces; pero, jamás debemos confundir los profesionales del

Derecho: la capacidad para ser parte, con la capacidad procesal que es la capacidad necesaria, tanto en la justicia ordinaria y con mayor razón en el proceso de la mediación. Así, las partes procesales, son aquellas personas que sostienen ante los Centros de Mediación o mediadores independientes una controversia susceptible de este procedimiento, acerca de sus propios derechos. Pueden actuar en el proceso de mediación las personas naturales y jurídicas exclusivamente.

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, al referirse a la incapacidad procesal en el Art. 33 señala: *“No pueden comparecer en juicio como actores ni como demandados:*

1. El menor de edad y cuantos se hallen bajo tutela o curaduría a no ser que lo haga por medio de representante legal o para defender sus derechos provenientes de contratos que hayan celebrado válidamente sin intervención de representante legal; y,

2. Las personas jurídicas a no ser por medio de su representante legal”.

Consecuentemente, es responsabilidad de los Centros de Mediación o mediadores particulares, llevar con cautela cada caso que conozcan, de lo contrario las resoluciones que emitan acarrearán los mismos efectos de una sentencia cuando ha habido incapacidad del actor, tales como la excepción de incapacidad del accionante, la nulidad de todo lo actuado, etc. Como queda dicho, la Mediación es un proceso ágil que brinda facilidades para solucionar conflictos, y por tanto sería absurdo que las partes pretendan dilatar de una u otra forma este procedimiento; reitero, es la capacidad, la responsabilidad y obligación del mediador lo que evitará estos inconvenientes.

El Art. 44 literal 2 de la LAYM sostiene: *“Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente ley, sin restricción alguna, las personas naturales y jurídicas, públicas y 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, esta facultad podrá delegarse mediante poder, como se puede destacar de esta

disposición, lo más importante para someterse a este procedimiento, es la capacidad de poder transigir señalando para esto, que la ley exige los requisitos pertinentes para los diferentes casos. Por ejemplo: para que comparezca el menor de edad, será necesario designar un tutor o curador; para que comparezca la persona jurídica se requerirá la comparecencia del representante legal; y, para que el Estado o cualquier entidad pública se presente o se sujete a este procedimiento, será necesario la presencia del Procurador o Síndico respectivamente. Sin la autorización o la intervención del Procurador o su delegado, el acta de mediación puede ser declarada nula. Se debe aplicar supletoriamente las normas del Código Civil, y Código de Procedimiento Civil entre otras.²⁰ Es por lo tanto necesario hacer referencia a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, la misma que en sus artículos y literales pertinentes dispone que:

El Art. 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado con referencia al Ejercicio del Patrocinio del Estado nos dice: Para el ejercicio del patrocinio del Estado, el Procurador General del Estado está facultado para:

*“... e) Asesorar de oficio o a petición de los organismos y entidades del sector público en demanda o defensa de los intereses de las instituciones del Estado, tanto en las acciones y procesos judiciales, **como en los procedimientos alternativos de solución de conflictos**, así como en los administrativos de impugnación o reclamos en los que haya sido notificado el Procurador General del Estado. El organismo o entidad proporcionará a la Procuraduría todos los antecedentes, su criterio jurídico y la información pertinente, para el debido asesoramiento; (el resaltado me pertenece)*

*f) **Autorizar a las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público, previo informe favorable del procurador o asesor jurídico respectivo, para desistir o transigir del pleito**, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada*

²⁰MOROCHO MONCAYO, Jorge, *La Mediación y la Conciliación en la Legislación Civil Ecuatoriana*, Riobamba, Edit. EDIOCENTRO, 1ª. ed., 2004, pp.66-67.

o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América.” (El resaltado me pertenece)

El artículo 6 de la PGE nos habla de la obligación de citar y notificar al Procurador General del Estado, sin ser la excepción un procedimiento alternativo de solución de conflictos, presencia que usualmente es delegada, sin embargo siempre está presente la obligación de las máximas autoridades y representantes legales para interponer y contestar los recursos legales propios de su institución. La omisión de esta solemnidad acarrea la nulidad del proceso.

El Art. 11 de la LOPGE referente al arbitraje y la mediación contempla: *Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, **previa la suscripción del respectivo convenio.** (El resaltado me pertenece)*

Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse al arbitraje en derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado.

Análisis: Las entidades del sector público conforme el artículo precedente necesitarían suscribir un convenio de manera previa al surgimiento del conflicto para poder acudir a mediación, esto en concordancia con lo que dispone la LAYM en su artículo 46 literal a) “*Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación...*”. Al respecto cabe plantear una interrogante, el literal b) del mismo artículo 46 prevé la posibilidad de acudir a solicitud de las partes o de una de ellas. Entonces ¿qué pasaría si no hay un convenio previamente suscrito pero sin embargo una o ambas partes desean solucionar sus diferencias en mediación? Ante lo cual debemos tener en cuenta que en Derecho Público está permitido solo lo previsto, por lo que para evitar inconvenientes sería adecuado hacer una reforma al Art. 11 de la LOPGE para añadir después de “previa a la suscripción del respectivo convenio” o “a

solicitud expresa de una o ambas partes". Finalmente ante un caso concreto lo prudente es formular una consulta al Procurador General del Estado.

En el caso de los contratos sujetos a la LOSNCP, los modelos de pliegos obligatorios del INCOP incorporan la cláusula de mediación a los contratos. Por otro lado, las instituciones públicas necesitan de la capacidad de su representante legal, tal como lo dispone el artículo 44 inciso tercero de la LAYM. Es importante señalar que el Estado a través de sus instituciones puede mediar no solo porque entre sus facultades esté la mediadora, así como tiene la reguladora, sancionadora, jurisdiccional, controladora, reglamentaria, legislativa, de mando (potestades públicas), sino porque es la misma Carta Magna la que contempla la utilización de los MASC como la mediación.

Ahora bien, recordemos que ninguna entidad u organismo del sector público, ni funcionario o servidor de los mismos, puede contraer compromisos, celebrar contratos, autorizar o contraer obligaciones, respecto de recursos financieros, sin que conste la respectiva asignación presupuestaria y sin que haya disponible un saldo suficiente para el pago completo de la obligación correspondiente, en consecuencia, los funcionarios delegados que concurran a mediar se les debe exigir que se les haya otorgado previamente la correspondiente certificación presupuestaria, caso contrario, no podrían comprometer o autorizar el compromiso ni establecer a su representada obligaciones con respecto a un conflicto. Sin embargo, debemos tomar en cuenta que no todas las entidades cuentan en su PAC o POA un rubro previsto para gastos judiciales, y que por lo tanto la certificación presupuestaria solo se emite sobre lo planificado, sobre compromisos firmes, por lo que antes de mediar tienen que presupuestar ese rubro para poder acudir y consecuentemente transigir.

El artículo 12 de la LOCGE da la posibilidad a que los organismos y entidades del sector público, con personería jurídica puedan transigir o desistir de un pleito para lo cual es necesaria la autorización previa del Procurador General del Estado, la que procede cuando la cuantía es indeterminada o superior a veinte mil dólares americanos.

Análisis: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 de la LOPGE, es preciso aclarar que para acudir a mediación no es necesaria la autorización del Procurador General del Estado, ya que esto aplica para el caso del arbitraje, sin embargo cuando se trata de un proceso de mediación en el que una de las partes sea una institución del Estado, en la parte última referente a la elaboración del Acta, ésta es revisada por funcionarios de la PGE para asegurarse que el acuerdo al que se pretende llegar no vulnere los intereses del Estado.

2.3. Acceso a la mediación¿Qué asuntos pueden ser mediados?

La mediación es recomendable por ejemplo para aquellos casos en los cuales las partes en conflicto tienen una relación que se continuará en el tiempo. Muchos casos pueden ser mediados, incluyendo los asuntos de daños y perjuicios, de familia, de mala práctica profesional, las disputas entre y con consumidores, entre socios, entre deudores y acreedores (préstamos bancarios y tarjetas de crédito). Todas las situaciones en las cuales la relación se prolongará en el tiempo y en que la privacidad de las cuestiones debatidas haga necesario mantener la reputación profesional de los implicados, son adecuadas.

2.3.1 Cuándo y cómo procede la mediación. El Art. 46 de la LAYM nos indica la procedencia de la mediación, en estos casos:

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 cualquiera 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 mediación 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.

Una vez transcrito el artículo de la ley, sistematizamos su contenido de la siguiente manera:

1. Previa a la interposición de una acción judicial:

Se realiza directamente por las partes o por una de ellas, ante un Centro de Mediación o ante un mediador inscrito en el registro de mediadores. Estas últimas traen consigo sus ventajas como sus desventajas, así: No hay supervisión o intervención de un centro lo que podría reducir costos y hay más confidencialidad y privacidad de la controversia.

Ahora como desventaja podría alegarse la extrema rapidez con que el mediador podría realizar su trabajo al no determinarse el tiempo en que se deba realizar como ocurre en un reglamento de un centro. Si este mediador no satisface las expectativas de las partes no se podrían pedir que se lo cambie pues no hay bases para su destitución como en un centro y por lo tanto se podría abandonar el proceso o comenzar todo de nuevo ante un centro.

2. Durante el juicio: De oficio o a petición de parte.

Vale la pena indicar, la facultad que tienen los jueces ordinarios, como sostiene el Art. 46 literal c) de la LAYM, de enviar en cualquier estado de la causa de oficio o a petición de parte, la realización de una audiencia de mediación, esto sucede en el Centro de Mediación Judicial (mediación intraprocesal) que se ha instalado, junto al edificio de las Cortes (Quito, Guayaquil y Cuenca). En concordancia, el Art. 56 de la LAYM establece que el juez ordinario puede proponer fórmulas de arreglo a las partes en las audiencias de mediación sin que por esto sea recusado, ni sujeto a queja así como tampoco esto constituye prevaricato. Vemos así, como la misma ley prevé la posibilidad de acudir a un método alternativo de solución del conflicto, ahora bien, esto se da al momento de la audiencia o junta de mediación o conciliación, no antes ni después. Junta a la que no siempre asiste el juez sino el auxiliar que lleva la causa.

En el contexto internacional, es de destacar por ejemplo que el Tribunal Contencioso Administrativo de las Naciones Unidas, el que puede derivar un determinado caso a mediación, así lo contempla el estatuto de Tribunal, proponiendo a las partes que recurran a mediación.²¹

3. Como Parte de un Proceso Arbitral

Así como la mediación puede ser parte de un proceso judicial en la justicia ordinaria, ésta consta también en un proceso arbitral, un ejemplo de esto es el acta de mediación que puede ser introducida en un proceso arbitral ya sea que del acta se derive la imposibilidad de las partes de llegar a un acuerdo o si el acuerdo fuere parcial.

En caso de que una de las partes o ambas no comparezcan a la Audiencia, el Centro realizará una segunda convocatoria, y de no asistir a ésta se suscribirá un Acta de Imposibilidad de Mediación. El Art. 15 inciso 2 de la Ley de Arbitraje y Mediación nos indica que: *“si concurriere una sola de las partes será escuchada y se anotará la ausencia de la otra, a la que se la declarará en rebeldía, lo que será tomado en cuenta para la condena en costas.”*

²¹ División de Mediación, Servicios del Ombudsman y de Mediación de las Naciones Unidas. Nueva York <http://www.un.org/es/ombudsman/meddivision.shtml>, última fecha de consulta julio de 2011.

Dentro del proceso de Arbitraje se prevé como obligatorio e indispensable la realización de una audiencia de mediación cuyo propósito es poner fin al conflicto con el avenimiento de las partes. (Art. 15 LAYM)

4. Después del juicio

Se realiza directamente por las partes, para lograr un compromiso real sobre el cumplimiento de los acuerdos, es decir para concretar el cómo lograrán cumplir lo dispuesto en una resolución judicial, laudo arbitral o para especificar lo acordado por ellas mismas y que se plasmó en un acta de mediación.

Es así como después de haber visto las distintas maneras de acudir a mediación, la responsabilidad de hacer de la justicia algo palpable recae en todos y ya no solo en el Estado sino que es la sociedad, que es donde reside la soberanía, la que aportará mejoras a un sistema poco eficaz y lento donde prima el litigio, es decir el nuevo ciudadano, cuya formación es responsabilidad del Estado, será el que mediante el diálogo instaure un nuevo sistema basado en la comunicación y en una cultura de paz que acerque lo ideal a lo real.

2.3.2. ¿Cuándo es útil la mediación? Es conveniente usar la mediación cuando:

- Los temas puntuales son agravados por fuertes elementos emocionales, las partes se conocen y desean mantener relaciones a futuro.
- Una de las partes se siente incómoda en confrontar a la otra a menos que haya alguien más presente.
- Las partes no pueden evitar el conflicto y una decisión debe ser tomada relativamente en poco tiempo.
- Las partes por sí solas no pueden resolver su conflicto y necesitan de otros profesionales para resolver el conflicto.
- Muchas personas están involucradas o afectadas por el conflicto.
- Una o ambas partes desean evitar procesos judiciales lentos como un juicio.

Un conflicto no es recomendable mediarlo cuando:

- Las partes aún están demasiado afectadas para llevar a cabo conversaciones útiles y constructivas, es decir a pasado poco tiempo desde su nacimiento y los ánimos están muy encendidos como para plantear soluciones o alternativas.
- Una de las partes busca utilizar el proceso para escalar o agravar la disputa.
- Una de las partes parece incapaz de escuchar o prestar atención a las instrucciones del mediador o se observa que la parte será incapaz de negociar un acuerdo.
- El problema principal entre las partes, a discreción del mediador, es “no mediable”.
- El mediador considera que para una de las partes, un proceso alternativo a la mediación sería más conveniente.
- Las partes esenciales en el conflicto se niegan a participar en el proceso de mediación.

2.4. Límites de la mediación: la transigibilidad. ¿Qué conflictos pueden resolverse a través de la mediación y cuáles no?

La mediación es efectiva para conflictos: Familiares (alimentos, tenencia de hijos, relación directa entre padres e hijos, régimen comunicacional, cuidado personal, patria potestad, guardas, entre otras); Comunitarios (barrial, ruidos molestos, animales domésticos, uso de espacios comunes, conflictos en comunidades); Escolares (institucionales, entre estudiantes, normas de convivencia); Comerciales; Empresariales; Laborales²²; Ambientales, de Contratación Pública, etc.

No son susceptibles de ser mediados: los derechos de terceros, el estado civil de las personas, la filiación, la adopción, la declaración de nulidad de matrimonio o divorcio, el maltrato a niños, los procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de

²²Aunque el Código del Trabajo contempla que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, esto no quiere decir que no se pueda transigir sobre su aplicación, ejemplo: en una liquidación por despido intempestivo, si la cantidad por este concepto es muy alta y el empleador no la puede cancelar inmediatamente, se puede mediar el pago de la misma con un cronograma de pagos. Es por eso que la mediación en el sector laboral es una de las más frecuentes y utilizadas y de ninguna manera se considera que transigir significa renuncia o vulneración de derechos constitucional y legalmente reconocidos.

rehabilitación. Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos, medidas cautelares, diligencias preliminares y prueba anticipada, juicios sucesorios, concursos preventivos y quiebras, conflictos de competencia de la justicia, etc. Es restringida en: la violencia intrafamiliar, mediación penal.

Aunque nuestra LAYM no establece expresamente qué materias están excluidas, su artículo 43 nos menciona que la mediación debe versar sobre materia transigible²³, esto en contraste con la legislación argentina, en la cual sí se especifica qué materias están excluidas. (Art. 5 ley 26.589). Ahora bien, no es susceptible de transacción lo que está fuera de la posibilidad de decisión para una persona respecto de otra, por ejemplo: derechos de terceros, así como también no es transigible lo que cause una nulidad absoluta.²⁴

2.5. Nulidades Absolutas en la mediación

El doctor Franklin García Rodríguez menciona que las causas de nulidad absoluta son las más graves, declarables de oficio por el juez o por solicitud del Ministerio Público o por las partes y que según la Ley, la jurisprudencia y la doctrina son: incapacidad absoluta, objeto ilícito, causa ilícita y formalidad incompleta.

²³“Transigir: Concluir una transacción (v.), sobre lo que no se estima justo, razonable o verdadero, para conciliar discrepancias, evitar un conflicto o poner término al suscitado; pero con la imprescindible circunstancia de que haya recíprocas concesiones y renunciaciones. | Encontrar de mutuo acuerdo un medio que parta la diferencia en un trato o situación.” (Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas)

²⁴ Art. 1698 del Código Civil: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Nuestra legislación también las recoge en el Código Civil como causas de nulidad absoluta de un proceso, con excepción de la formalidad incompleta, que a decir del propio doctor García, dependerá de cada negocio o contrato en específico para saber con exactitud cuáles son las formalidades exigidas y deducir ante la ausencia de éstas, en cuáles, en qué pasos o requisitos se ha generado la nulidad en el proceso.

Al respecto cabe preguntarse: ¿Cuál es el efecto de una declaratoria de nulidad absoluta o relativa? Básicamente *“La declaración de nulidad absoluta o relativa del acto o contrato no solamente paraliza la eficacia futura de estos (ex nunc), sino que destruye retroactivamente – desde luego, en cuanto sea posible- los efectos producidos (ex tunc). Por tanto, dicha declaración conduce a la extinción de las obligaciones generadas por el acto nulo.”*(GARCÍA, F, *La Conciliación en el Derecho Administrativo*, p.158). En nuestra legislación, específicamente el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado contempla la obligación de citar al Procurador, inclusive en los casos comprendidos dentro de los MASC, de no hacerlo se produce la nulidad del proceso o procedimiento.

CAPITULO III

LA MEDIACIÓN COMO POLÍTICA PÚBLICA

3.1 Ventajas y desventajas de la mediación en comparación con la justicia ordinaria

Ventajas

La aplicación de la mediación y los MASC (Métodos Alternos de Solución de Conflictos) en general nos conducen hacia una democracia más consolidada, ya que ésta depende de la fortaleza de sus funciones o instituciones, en este caso la judicial, los MASC o ADR (por sus siglas en inglés) ayudan a que se vuelva a tener el concepto de una justicia despolitizada y honesta, en fin, promueven el mejor manejo de los conflictos de manera interdisciplinaria y en general permiten un ahorro económico sustancial, lo cual es sustentado en las características mismas de los MASC y en las estadísticas de los Centros de Mediación que lo respaldan (ver Anexo 1).

Además con la mediación se propicia una nueva educación o más bien una cultura legal de conciliación en la sociedad en su conjunto acerca de cómo deberíamos concebir el litigio o confrontación y las formas de evitarlo. Las partes después del conflicto pueden volver a relacionarse porque finalizaron su problema en buenos términos.²⁵

Paralelamente es importante para la prevención de la violencia apoyando procesos de formación de nuevos liderazgos que pongan énfasis en la proliferación de valores

²⁵<http://www.pge.gob.ec/es/centro-mediacion/centro-de-mediacion/beneficios-de-la-mediacion>. Ver también a VADO GRAJALES, Luis, Medios Alternativos de Solución de Conflictos, p.10 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2264/19.pdf>, última fecha de consulta junio de 2011.

humanos basados en el respeto a lo diverso y en el robustecimiento de las relaciones humanas.

Para resumir se podría considerar los siguientes:

- 1.- Es un procedimiento más rápido y sencillo que un juicio.
- 2.- Se puede obtener un acuerdo favorable para ambas partes.
- 3.- Los involucrados deciden la solución de su problema.
- 4.- El servicio puede ser gratuito (dependiendo del centro), voluntario (dependiendo de las legislaciones de los países) y confidencial.
- 5.- Se evitan trámites costosos y desgastantes.
- 6.- Se evita el trato descortés con algunos amanuenses, y la penosa e inmoral costumbre de dar dádivas a jueces y funcionarios.
- 7.- La mediación, por ser un procedimiento extrajudicial, no necesita de formalidades, pudiendo las partes comparecer a la reunión con cualquier tipo de asesor, dependiendo de la materia de la divergencia.
- 8.- Fomenta la cultura del diálogo de manera general y en particular fomenta que las partes utilicen mecanismos pacíficos para solucionar sus controversias.
- 9.- Ofrece un servicio altamente profesional y técnico, evitando formalidades.
- 10.- Promueve la intervención de las partes en el manejo de sus propios conflictos, convirtiéndose éstos en los jueces de sus propios problemas.
- 11.- El acta de mediación tiene el valor de una sentencia de última instancia y existe la posibilidad de exigir su cumplimiento, en caso de ser necesario.
- 12.- Brinda un servicio profesional ya que los mediadores son expertos en temas materia del conflicto.
- 13.- Los mediadores son profesionales neutrales y objetivos.

14.- Ahorra tiempo y dinero con una solución eficaz y rápida de los conflictos.

15.- Mantiene la confidencialidad necesaria para que las partes tengan absoluta libertad de presentar las propuestas que consideren pertinentes. En el sector público la confidencialidad se puede ver limitada. Es claro que el principio no es absoluto, así lo indica la Recomendación (98) 1, del Consejo de Europa.²⁶ Pero, ¿Quién establece los límites de la confidencialidad en una audiencia de mediación? Una respuesta es que *la extensión y los límites de la confidencialidad se regulan por la ley, los reglamentos institucionales o las relaciones profesionales de que se trate.*²⁷ Declaración de Demestre que es respaldada por el Consejo de Europa, que afirma que corresponde al legislador la especificación de las circunstancias o supuestos en los que la confidencialidad puede ser renunciada.²⁸

Es claro entonces, le corresponde al legislador establecer los límites de la confidencialidad ya que ésta se puede romper no solo por consentimiento de las partes o para evitar el cometimiento de un delito o por cuestiones estadísticas o académicas sino que también se incluye las razones de orden público, las audiencias de mediación en el sector público no son la excepción, así lo determina el Consejo

²⁶En el *Explanatory Memorandum*, punto número 42, se señala que, al inicio de la mediación, las partes deben ser informadas de que la confidencialidad no puede ser absoluta. También lo considera de este modo, en la doctrina, SERRANO ROMERO, José Francisco: La mediación en Cataluña, cit., p. 386. En <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/viewFile/n11-viola/n11-viola>, última fecha de visita junio de 2011, última fecha de visita julio de 2011.

²⁷Universitat Oberta de Catalunya, Revista de internet, Derecho y Política, 2011, p.7, en <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/viewFile/n11-viola/n11-viola>, última fecha de visita junio de 2011, última fecha de visita julio de 2011.

²⁸Recomendación (98) 1, del Consejo de Europa, sobre mediación, concretamente, el punto número 42 del *Explanatory Memorandum* de dicha recomendación, en: <http://www.mediacionenfamilia.com/download/RecomendacionConsejoEuropa.pdf>, última fecha de visita julio de 2011.

Europeo en materia de Mediación.²⁹

Otra excepción a este principio la encontraríamos en la Ley 15/2009 de Mediación en el Ámbito del Derecho de Cataluña (artículo 7.4, apartado c.), cuando la información se obtiene en el ámbito comunitario, si se utiliza el procedimiento del diálogo público, como forma de intervención mediadora abierta a la participación ciudadana.³⁰ Finalmente, hay excepción cuando las partes ejecutan ese acuerdo contenido en el acta.³¹

En el sector público la confidencialidad puede ser relativa, a diferencia del sector privado en que puede ser absoluta. Es más, si el asunto lo analizamos desde el punto de vista de la obligación de las instituciones públicas de dar información a los

²⁹ Artículo 7.1 a) de la Directiva 2008/52/CE, en <http://www.inter-nos.org/PDF/recomendaciones.htm>, última fecha de consulta julio de 2011.

³⁰ La Ley de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado de Cataluña prevé, entre otros muchos supuestos, la mediación en procesos de participación ciudadana. En este marco, la información revelada no tendrá el carácter de confidencial pues recisamente este proceso se lleva a cabo para implantar mejoras. Ver Universitat Oberta de Catalunya, Revista de internet, Derecho y Política, 2011, p.7, en <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/viewFile/n11-viola/n11-viola>, última fecha de visita julio de 2011.

³¹ Artículo 8 b. Ley de Mediación País Vasco. Cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo, la confidencialidad quedará excepcionada. En este sentido, artículo 7.1. b) de la Directiva 2008/52/CE, ver Universitat Oberta de Catalunya, Revista de internet, Derecho y Política, 2011, p.8, en <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/viewFile/n11-viola/n11-viola>, última fecha de visita julio de 2011.

³² Art. 18 Const.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: **1.** Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior. **2.** Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.

particulares sobre sus actuaciones, es decir, en el marco de la Ley Orgánica de Acceso a la Información Pública, más bien sería una excepción la confidencialidad de esos documentos, como las actas por ejemplo, siendo la misma Constitución de la República la que garantiza el acceso de los ciudadanos a los documentos de una entidad estatal o privada que maneje fondos públicos.³²

16.- Adicionalmente se obtienen ventajas emocionales para las partes en conflicto, al modificar su actitud frente a él mismo, amén de las repercusiones de convivencia por el carácter pacificador que este método representa.

Desventajas:

1.- Hay cierta desconfianza todavía en comparación a la justicia ordinaria por lo que es un mecanismo de solución de conflicto relativamente nuevo y la gente teme a lo desconocido.

2.- Se cree que el costo es superior para las personas de escasos recursos económicos, o por la naturaleza del conflicto. Sin embargo hay Centros de Mediación gratuitos y los costos de un Centro particular siempre van a ser más bajos en comparación a un juicio, no solo por el factor económico sino también por el tiempo y el desgaste emocional.

3.- No hay suficientes Centros de Mediación en el país, especialmente en la Amazonía.³³

4.- No hay una cultura alternativa de solución de conflictos entre las personas de nuestro país, en parte por ser nuevo, porque no hay una difusión ni capacitación y el poco apoyo estatal para financiar el crecimiento de los existentes y para crear nuevos.

3.2. Ventajas y desventajas de la mediación como requisito obligatorio en comparación a la mediación voluntaria.

³³ Ver Censo Nacional a Centros de Mediación, ProJusticia, primera edición, 2010, p. 11.

En atención al Report N° 1 of the Law and Public Policy Committee of the Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR) podemos apreciar las siguientes:

Ventajas:

- *A través de la mediación obligatoria se accede a un volumen mayor de casos que por la vía de la voluntaria, lo que permitiría una reducción de costos de los programas y servicios de mediación (economías de escala) y una mejor asignación de los recursos del sistema de administración de justicia tornando más eficiente su gestión.*
- *A largo plazo habría un aumento en la utilización voluntaria de este mecanismo, dado que las partes podrán conocer y vivenciar un proceso de resolución de conflictos que, probablemente, de otro modo no hubieran intentado.*
- *Rompe con una larga lista de barreras psicológicas de las partes.*
- *Evita limitantes como la sospecha de la otra parte al suponer que se trata de una estratagema para alargar el proceso u obtener información confidencial o estratégica.*
- *Elimina otras barreras como la ignorancia y la desinformación, la inercia (es mejor hacer las cosas como siempre se han hecho), el temor a lo desconocido y el temor a perder el control.*
- *Hay una mayor celeridad y continuidad en el proceso de acuerdo que en la voluntaria. (ver anexo 1 Estadísticas Argentina en comparación con estadísticas del Centro de Mediación de la PGE)*
- *A largo plazo las partes por su buena experiencia no solo que volverán a utilizar la mediación sino que la recomendarán a otras fomentando su uso y consecuentemente se disminuye la carga judicial de procesos.*

- *Se evita la falta de concurrencia a las audiencias de ambas o una de las partes, originadas por el temor, ignorancia, inercia, o los consejos de abogados que artificiosamente gustan de alargar los procesos y que buscan un rédito económico mayor en un juicio.*
- *El Estado solucionaría una mayor cantidad de conflictos en un menor tiempo y con costos menores a los que implica un proceso en vía administrativa y judicial.*

Desventajas:

- *Podría ser interpretado como "arriesgarse a forzar a las partes a participar en un proceso que por una razón u otra, puede ser inapropiado".*
- *Puede provocar la generación y mantención de programas de mediación de baja calidad y poner obstáculos a las partes en la búsqueda de solución de sus conflictos.*
- *Si no es bien encaminada puede ser apreciada como un procedimiento más.*

En función de este análisis, el Comité de Políticas Públicas de la Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR) de EE.UU. considera que la participación obligatoria en programas de mediación puede resultar apropiada, "pero sólo cuando el mandato tenga mayores probabilidades de servir a los intereses de las partes, del sistema judicial y del público, que la comparecencia voluntaria"³⁴

Es procedente destacar dos aspectos que son fundamentales para asegurar el correcto uso de la mediación y otros MASC. Uno de ellos es disipar el miedo de que la propagación de la mediación constituya una justicia de "segunda categoría" en comparación a la justicia convencional, ya que este temor carece de fundamentos ya

³⁴Report Nº 1 of the Law and Public Policy Committee of the Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR), *Mandated participation and settlement coercion: dispute resolution as it relates to the courts*, en Nolan-Halley, J., *Alternative Dispute Resolution*, West Publishing Company, Minnesota, 1991, pp. 223-226.

que además de ser un método constitucional y legalmente reconocido, los mediadores derivan o tienen su poder del consentimiento de las partes para la resolución del conflicto y consecuentemente el resultado, es decir, el acta, tiene un alto grado o índice de cumplimiento y por supuesto, tiene el efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, por lo que pone definitivamente fin al conflicto.

En lo que se refiere a la calidad de la justicia impartida, no hay sustento o razones para suponer de manera automática que los jueces designados por el Estado se encuentren más capacitados que el mediador designado (muchas veces especializado) por las partes para ayudarlas a superar sus discrepancias y por ende terminar el conflicto.

3.3. El interés público en promover la mediación

Son varias las razones para incorporar a este método pacífico de solución de divergencias, tal el caso de la mediación a las soluciones en procesos de diferente índole pública, como son por ejemplo los conflictos derivados de la contratación pública en la ejecución del objeto contractual, sea en la interpretación de las normas o en los procedimientos específicos, sin embargo actualmente no se ha impulsado este método ya que no hay voluntad política para posicionarlo realmente como primera opción, es decir no se ha considerado el diálogo primero, sino la tradicional vía jurisdiccional como el juicio, a pesar de la posibilidad que otorga el Art. 190 de la Constitución.

Por otro lado, es sin duda una ayuda muy considerable para solucionar conflictos tanto en la parte administrativa como en la judicial propiamente dicha y que se ventilan en los departamentos o direcciones de Patrocinio Judicial de los Ministerios o en los juzgados.

La excesiva carga procesal que se tiene actualmente³⁵ y los pocos recursos para contratar personal que permitan dar un trámite oportuno y eficiente a los

³⁵ Ver Levantamiento de la Información Judicial a Nivel Nacional, Estudio de la Consultora ISVOS contratada por ProJusticia, año 2007, p.20.

expedientes a ellos asignados hacen difícil y tediosa la tarea de administrar y terminar el trámite en el tiempo legal previsto. Esto trae como resultado una consecuencia para nada imprevista, la pérdida de los casos por parte del Estado en procesos administrativos y especialmente judiciales, sin mencionar la percepción que tienen los usuarios (administrados) de la poca eficiencia de los servidores públicos en los Ministerios, del personal que se desempeña en los juzgados y por tanto del sistema de administración de justicia en su conjunto.

En tiempos pasados se sostenía que no se podía mediar porque no había disponibilidad de recursos públicos, situación que fue rebatida y superada mediante las leyes de presupuesto, que incluyeron un rubro especial para pagar el contenido de las sentencias y las mediaciones, las mismas que de superar lo presupuestado hay la posibilidad de proceder a las adicionales o traslados presupuestales internos de cada entidad con autorización del Ministro de Finanzas.

El interés público implica un análisis social como propone Ronald Coase, en su estudio sobre el “problema del coste social”, citado en la Revista Justicia y Sociedad, de las formas alternativas de solución de conflictos. Dicho estudio consta de un ámbito externo y otro interno, de modo que nos ayuda a entender la importancia de implementar los MASC y especialmente la mediación, así:

El Ámbito Externo que trata de investigar sobre la situación que les corresponde a los sistemas alternativos en una política de justicia definida, tomando como base criterios de bienestar social, es decir, el menor costo relativo de estos sistemas o la ampliación del acceso que provocan. Y el **Ámbito Interno** que trata de hacer resaltar esos mecanismos como forma interpersonal adecuada al tratamiento del conflicto. Así por ejemplo, se puede destacar la mejor utilización que hacen estos sistemas del componente emocional implícito en todo conflicto, o el menor grado de agresividad que suponen.

La teoría de la elección sugiere que una elección es racional cuando es derivable de un ordenamiento. La racionalidad social equivaldría, a un sistema social cuyos resultados fueran adecuados y coincidentes de las prioridades. Ahora bien, dos

problemas quedan planteados a partir de este concepto de racionalidad social y los dos se encuentran en el centro del diseño de políticas públicas, a saber, cómo es posible construir un sistema de preferencias sociales a partir de preferencias individuales y, luego, el problema de establecer mediante qué mecanismos de coordinación es posible alcanzar el bienestar social definido por el sistema de preferencias.

El problema de cómo puedo adoptar una decisión social partiendo de preferencias individuales intenta ser resuelto en la economía del bienestar por el conocido criterio del óptimo de Pareto, según el cual, una situación social cualquiera es óptima cuando es el caso que no se puede aumentar la utilidad de un miembro sin empeorar, por ese hecho, la situación del otro. El óptimo de Pareto posee una justificación ética consistente en que entre dos situaciones cualesquiera se considera superior aquella en que todos sus miembros están mejor o en la que alguno al menos está mejor sin que ningún otro este peor (la razón de todo ello es que al darse a todas las preferencias individuales un peso equivalente, debe favorecerse, en la adopción de decisiones, la unanimidad). Desde este punto de vista, un sistema de administración de justicia es eficiente cuando no se puede mejorar el nivel de tutela que proporciona sin desproteger a alguien. No es óptimo, en cambio, es decir, es ineficiente, cuando admite disminuciones de costos sin alterar el nivel de tutela disponible, es decir, cuando se puede aumentar el nivel de tutela, a menor costo y sin desproteger a nadie que esté actualmente protegido.

Con todo, lo que enseña ese principio de eficiencia, es que, supuesto que la utilidad social es valiosa, algún óptimo de Pareto es indispensable para alcanzar eficientemente cualquier óptimo social, o sea, que no hay óptimo social posible sin que se alcance un óptimo de Pareto.

Es por tanto de insistir que una política de justicia debe tener como objetivo el brindar a los ciudadanos una genuina posibilidad de protección, no necesariamente jurisdiccional, de los propios derechos. En otros términos, es necesario tender a

diseñar y alentar una protección accesible, plural, heterogénea, y no necesariamente jurisdiccional y estatal, de protección de derechos.

Las razones en favor de la definición de política antedicha pueden ser muchas pero podemos destacar:

-La utilidad marginal que se obtiene de la creación de más tribunales es decreciente, es decir, dadas las actuales rutinas de gestión, la creación de cada nuevo tribunal resulta, desde el punto de vista de su costo alternativo, más cara. Por otro lado, esto acentuaría el aumento en la litigiosidad que suele provocar la creación de tribunales. La razón de ello es que la demanda por justicia es elástica, de manera que la creación de más tribunales provoca en el corto plazo nueva dilación. Como es sabido, la demora como un precio de mercado que regula la tendencia a litigar. Al disminuir el tiempo de espera –es decir, al bajar los precios- se estimula inevitablemente la congestión.

- La experiencia muestra que en las sociedades en curso de modernización las pautas de movilidad social se alteran, la subjetividad se exagera y las soluciones de mercados se generalizan, surgiendo entonces un tipo de contienda y de conflicto- como la familiar o el contencioso de masas o la criminalidad- que requieren soluciones cooperativas y para el cual la solución adversarial provista por la judicatura resulta inadecuada y genera nuevos conflictos.

Hay pues, no solo razones de orden económico para alentar el surgimiento de formas alternativas y la estructuración de un sistema plural y heterogéneo de solución de conflictos. La naturaleza del contencioso y la jurisdicción progresiva de todos los aspectos de la vida obligan a ello.

- A más de lo expuesto, existen razones de orden de justicia distributiva. La justicia no constituye, desde el punto de vista económico, un bien público, sino un bien privado como lo afirma Due, John y Friedla, en su *“Análisis Económico de los impuestos y del sector público”*, ya que se trate de un bien que, al ser consumido o utilizado, importa necesariamente exclusiones de otros sujetos que, por ese hecho, no pueden

consumirlo o utilizarlo. Es decir, el uso del sistema de administración de justicia posee externalidades negativas (la exclusión) que se traducen en que los más pobres (los excluidos) subsidian a quienes logran acceder al sistema.³⁶

Es interesante este análisis que pone de manifiesto desde varios ángulos, social, económico, que la solución para la carga procesal, su demora y su cuestionada eficiencia, no tiene como respuesta crear más juzgados o tribunales, sino más bien dar una apertura a otras posibilidades para el acceso a la justicia, como son los métodos alternativos de solución de conflictos, entre ellos la mediación. Con lo dicho, no quiere decirse que la responsabilidad por la cobertura de los servicios de justicia deban pasar a los particulares sino que a pesar de que el Estado tiene entre sus funciones la Judicial, esto no implica que no se puedan aplicar los MASC y en especial la mediación con la ayuda de los Centros de Mediación a nivel nacional, sean estos gratuitos o privados, toda vez que son reconocidos constitucional y legalmente.

La solución por lo tanto, hoy en día, en que se presenta resolver conflictos en la forma tradicional, ganador-perdedor, no responde a la dinámica cultural y jurídica que requiere nuestro actual sistema de administración de justicia, es así como el procedimiento adversarial previsto resulta para un número relevante de conflictos, inadecuado, provoca insatisfacción y genera nuevos conflictos.

Cuando un juez o tribunal resuelve, se obtiene una tasa de beneficio menor que la que se lograría alcanzar con una solución cooperativa y a un costo mucho mayor que a veces se hace inútil, cuando las partes, luego de la adjudicación judicial, deciden abandonarla por ineficiente o porque el conflicto, en vez de acabar, se exacerbó. Por lo tanto y para concluir, la mediación es sin duda una alternativa viable y de interés público para el mejoramiento de la administración de conflictos y más aún si se la incorpora como requisito previo.

³⁶COASE, Ronald, Revista Justicia y Sociedad, *Hacia un mejor servicio público de justicia*, División de Desarrollo de la Gestión y Gobernabilidad, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, España, publicación semestral, N°2, abril de 1999, p.30.

Puede haber muchas argumentaciones que sustenten el uso de la mediación como método pacífico de solución de conflictos, pero sin duda es importante sacar a relucir la formación del abogado para su aplicación, es decir, a corto y largo plazo se debe alimentar la vocación, orientación y entrenamiento en negociaciones, ya sean asistidas o no, relativas a causas que comprometen el interés público.

Otro punto por lo que se debe tender a la utilización de la mediación para bien del interés público es que podría seguramente descongestionar y responder a los casos de poca envergadura patrimonial y que día a día abarrotan los juzgados o que por su costo (juicio) nunca llegan a terminar (abandono) o nunca llegan a ser dirimidos por la justicia. La falta de respuesta a estos casos es una causa de justificable resentimiento y percepción ciudadana negativa hacia el sistema de justicia³⁷ y consecuentemente contribuye a deslegitimar al Estado. Por eso es imperante la necesidad de darle un cambio positivo al actual sistema e incorporar a la mediación como requisito previo para estos casos y otros que ya han demostrado perfectamente mediables como es el caso de la niñez y adolescencia.

3.4 La mediación como política pública

La política pública para implementar a la mediación como instrumento de solución de conflictos es el resultado de una planificación estatal y una gestión gubernamental que ha ido madurando con el tiempo y se materializa actualmente en las disposiciones constitucionales y legales, más concretamente en el artículo 190 de la Constitución de la República y la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación.

La mediación es en verdad un sistema de solución de conflictos, que tiene una mayor razón de existir hoy, toda vez que ya se ha venido superando la idea de la superioridad del Estado sobre los administrados, es decir la creencia de que el Estado solo actuaba como príncipe (potestad estatal), pero partiendo por ejemplo de la responsabilidad estatal y entendiéndose siempre que éste responde por el daño independientemente de quien lo cause, esta idea ha ido evolucionando. Siendo que,

³⁷ Ver Estudio de la Consultora ISVOS, Levantamiento de la Información Judicial a Nivel Nacional contratada por ProJusticia, 2007, p.32.

el reconocimiento constitucional es un gran paso que permite a los Centros de Mediación resolver problemas entre particulares que por excelencia o facultad puede aprovecharse el aparato estatal y que también puede darse entre particulares y el Estado.

Administrar justicia, a través de la mediación es un tema que aunque nuevo relativamente en el derecho y en el derecho administrativo, cobra fuerza cada día, teniendo desde el principio su razón de ser desde su propia definición, ya que administrar viene del latín, *minister*, que significa servidor, servidor al público, es decir a los administrados, y que mejor forma de hacerlo desde el propio Estado con el diálogo antes que en con un juicio. Debemos pensar en que la modernización del sistema de justicia responde a una política de Estado y no de gobierno, es decir es trascendental su sostenibilidad en el tiempo.

Tomemos en cuenta que la planificación de un país debe ir de la mano de una política pública, que materialice los derechos y obligaciones del mejor texto que puede haber de planificación para un Estado, su Constitución. En este sentido, es insuficiente un reconocimiento inconstitucional si no hay una política pública que la impulse al grado de su utilización.

Frank Moderne, afirma: *“la administración no es un mero aparato mecánico de ejecución de la ley, es, sobre todo, un poder, un poder que tiene encomendada la gestión de los intereses comunes de los ciudadanos”*.³⁸

Es importante señalar la creciente demanda de usuarios que acuden a centros de mediación, consecuentemente el número de centros se ha incrementado considerablemente desde la vigencia de la LAYM, el 4 de septiembre de 1997, tanto los gratuitos como los que contemplan un costo administrativo.³⁹ Con respecto a lo expresado cabe destacar que cada vez es más importante el aporte del Estado en difundir la labor de los Centros de Mediación a nivel nacional, así como la creación y

³⁸MODERNE, Frank, *Apuntes de derecho administrativo comparado*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004, 1ª. ed., p.11.

³⁹ Ver Censo Nacional a Centros de Mediación en Ecuador, ProJusticia, 2010, p. 11.

fortalecimiento de los mismos en instituciones del sector público. (Ver cuadro consolidado de Centros de Mediación en Anexos 1 y revisar Censo a los Centros de Mediación realizado por ProJusticia, p.11).

Desde una perspectiva de políticas públicas, entonces, parece viable y aconsejable tomar medidas para afianzar la mediación en el sector público anexa a tribunales y Cortes, en cualquiera de sus modalidades, y una vez que se haya instalado culturalmente comenzar a delinear cursos de acción destinados a promover e incentivar la mediación voluntaria fuera del contexto judicial, esto toda vez que promovería el descongestionamiento de la administración de justicia y que según el Censo Nacional de Centros de Mediación en Ecuador, contratado por ProJusticia, éstos son insuficientes en comparación con el número de habitantes por provincia.⁴⁰

La mediación puede apreciarse en la política pública del país a través de varias maneras, por ejemplo, el Instituto Nacional de Compras Públicas tiene incorporado en sus modelos de contratos dentro de los pliegos de contratación, la cláusula de solución de conflictos que contempla el uso de la mediación como una alternativa viable para solucionar los posibles conflictos derivados de la ejecución de los contratos.

El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su Capítulo II, Art. 160 referente a la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias, contempla: “Las entidades contratantes y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.”

La propia LOSNCP prevé e insta a las partes a solucionar de manera rápida los conflictos entre contratante y contratista y contempla para ello el empleo de la conciliación que la entenderemos como mediación, esto sin perjuicio de los demás métodos de solución de conflictos.

⁴⁰ Ver Censo Nacional a Centros de Mediación en Ecuador, ProJusticia, 2010, p.15.

La política estatal debe ir encaminada a promover la democracia y esto se logra a través del fortalecimiento de sus instituciones. La seguridad jurídica es un pilar fundamental para lograrlo, de ello depende no solo el cambio de la percepción que hoy goza la justicia en nuestro país sino que esto constituye una base para crear confianza de muchos sectores sociales y económicos sin mencionar los inversionistas de toda índole que desean invertir sus capitales. Como podemos ver la seguridad jurídica como política pública es vital y trasciende a otros ámbitos de nuestro país. Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) y en especial la mediación son una vía para lograrlo pero no basta con reconocerlos sino hay que darles un empuje desde el propio Estado para su difusión e implementación.

3.5.La aplicación de la mediación en los contratos administrativos

Dentro de la aplicación de la mediación como mecanismo de solución de controversias en el sector público, especialmente en la contratación pública, es importante tener la opinión del **Dr.Genaro Eguiguren**, quien al respecto menciona lo siguiente: En los contratos administrativos tanto en la mediación como en el arbitraje son perfectamente válidos como mecanismos para la solución de controversias, pues los mismos son perfectamente efectivos, y reconocidos por nuestra legislación sin que esto signifique que su aplicación perjudique de alguna manera las potestades que el Estado tiene en la relación contractual.

Resulta un poco sorprendente que en la actualidad todavía existan criterios en contra de la aplicación de la mediación como mecanismo de solución de controversias por cuanto consideran que al Estado, teniendo la posibilidad de rescindir un contrato y con los efectos jurídicos que esto provoca, no sería dable aplicarla. Sin embargo, considerando al contrato administrativo como un negocio para el particular, el Estado tiene que asegurar la igualdad y el equilibrio económico financiero de este, tanto más que dentro de la relación contractual al contratista debe tenerse como un colaborador y no como un subordinado al cual se debe imponer en un momento dado situaciones que afecten a su economía y, por tanto, lo tedioso y dificultoso que

significa utilizar como mecanismo único para la solución de conflictos la vía judicial o los jueces de derecho.⁴¹

3.6. Mediación en el Sector Público ¿Quiénes pueden ser parte de una Mediación?

Personas naturales o jurídicas del sector público o privado, pueden someter sus conflictos a la mediación. La única limitación es que se trate de asuntos transigibles.

Para que una institución del sector público pueda someterse a una mediación será necesario que el máximo personero de dicha institución, capaz para contratar, autorice la mediación, de igual forma, el acta deberá ser firmada por esta autoridad. Esta facultad puede ser delegada.

Antes de pasar a analizar la legislación nacional es conveniente diferenciar y aclarar sus características en el sector público frente a las demás áreas.

A diferencia de lo que ocurre en el sector privado, la mediación en el público se rige estrictamente en derecho, pasando a ser el acuerdo (acta) revisada y autorizada por la autoridad competente, es decir un delegado del Procurador General del Estado, esto para salvaguardar la seguridad jurídica y para que no resulte lesivo al patrimonio público. Este último concepto puede deducirse de las pruebas, ya que todo debe estar debidamente soportado, o sea que los valores han de ser reales, y en esto también radica la diferencia con las mediaciones de las demás áreas, en las cuales no se requiere de soportes, pues basta la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a su decisión de disposición. Las pruebas son así requisito sine quo non para la práctica y aprobación de la mediación. Se requeriría probar aunque sea sumariamente, los hechos base de las pretensiones, por lo tanto no le es viable a un mediador en el sector público salirse de las pruebas para dirigir el trámite de mediación, lo que implica que siempre evalúe el riesgo fiscal, disciplinario, penal y civil. Dada así la explicación es consecuente que haya la correspondiente prudencia y alta precisión, y aunque esto puede traer una demora no significativa en comparación

⁴¹EGUIGUREN, Genaro, (2001), *Reajustes y Conflictos en los Contratos Públicos*, Quito, Corporación Editora Nacional, UASB, Volumen 15, Serie Estatutos Jurídicos, p. 123.

a un proceso contencioso administrativo este filtro de revisión evita responsabilidades de toda índole que se podrían fijar a futuro, lo cual no es óbice para que con los cuidados necesarios no se sacrifique la figura conciliatoria en el derecho administrativo que tanto beneficio puede aportar a la justicia por la óptica de los MASC.

Dentro de la legislación comparada está el ejemplo de la Ley 678 del 2001 de Colombia (vigente actualmente), en la cual se prevé la creación de los comités de conciliación en la mayoría de las entidades estatales, los cuales recomiendan conciliar o no en las materias de que se trate, sin embargo la responsabilidad del mediador no desaparecía, más bien hay una responsabilidad solidaria entre todos los intervinientes en el trámite, siempre que actúen con dolo o culpa grave, la cual en muchos eventos se presume.

Pedro Alfonso Hernández, en su libro *“Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia”*, manifiesta que: *“En las entidades que por su naturaleza o patrimonio no deban constituir comités de conciliación, la posibilidad de autorizar o no una conciliación recae en su jefe, así haya ejercido la figura de la delegación administrativa, con las mismas vicisitudes en cuanto a la responsabilidad.*

En la actualidad se impone una reforma a las funciones de los comités de conciliación, ya que en la mayoría de los casos limitan la movilidad del conciliador y la conciliación misma, por cuanto se llega a la audiencia con fórmulas matemáticas prácticamente inamovibles, que lleva entonces a hacer una gimnasia jurídica y a suspender indefinidamente el trámite para dar paso a revisiones de las fórmulas previamente autorizadas por las autoridades competentes de la entidades estatales intervinientes”.⁴²

Por lo anteriormente analizado por el Dr. Pedro Hernández, podemos concluir que aunque interesante la figura de los comités de conciliación, éstos se configuraron en una especie de filtro de legalidad de lo mediable por el conciliador, que pertenecía a

⁴²HERNÁNDEZ, Pedro Alfonso, *Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia*, Medellín, Edit. Legis. Corporación Derecho Territorial, 3ra. ed., Librería Jurídica Sánchez, 2002, p.183.

la misma Administración, es decir al Estado, por lo que se pone además en seria duda la imparcialidad y neutralidad del mediador, más allá del poco espacio proporcionado para utilizar la herramienta lo que configura una clase de imposición envuelta en un velo de cálculos matemáticos autorizados y que de ninguna manera llegan al objetivo de tener una mejor y más ágil administración de justicia en sede administrativa.

En nuestro país, para el caso antes analizado se debería poder contar en la audiencia de mediación con un delegado de la procuraduría y a un delegado de la Contraloría, de tal suerte que la Contraloría debe intervenir para que de manera preventiva de seguridad económica a los acuerdos, el Procurador se encargaría de la seguridad jurídica.

Hoy en día la tendencia desde una política estatal es la aplicación de los MASC, especialmente la mediación, siendo un ejemplo el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, y su Reglamento, así lo establece su artículo 27.⁴³

La mediación en el sector público es sin duda una herramienta que posibilitaría al Estado ahorrarse mucho tiempo y dinero en juicios que muchas veces se los puede evitar, superando la antigua creencia o concepción de que el Estado debe hacer valer todos sus recursos y poder para exigir al administrado, contratista, etc, que cumpla sin vislumbrar los ingentes recursos que utiliza para ello, sin embargo la responsabilidad no deja de estar en el Estado mismo, por eso es imperante la utilización de esta herramienta constitucional y legalmente reconocida, bajo los lineamientos y consideraciones hechas en la propuesta de reforma a la actual Codificación de la LAYM. (Ver Anexo 3)

3.7.La mediación como cláusula de solución de controversias en la ejecución de los contratos públicos.

⁴³ **Art. 27.- Resolución de conflictos.-** “... Las controversias entre un inversionista extranjero con el Estado ecuatoriano, que se hubieren agotado completamente por la vía administrativa, intentarán solucionarse de manera amistosa, con diálogos directos por un término de 60 días. Si no se llegase a una solución directa entre las partes **deberá existir una instancia obligatoria de mediación** dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de inicio formal de las negociaciones directas ...” (el resaltado me pertenece)

En la contratación pública en el Ecuador se puede apreciar que el Instituto Nacional de Compras Públicas, INCOP, ha incorporado para la elaboración de los pliegos de contratación en las distintas modalidades, modelos de contratos, a los cuales se incorporan las cláusulas necesarias y que pueden ser precisadas según la necesidad institucional y la naturaleza del proceso, habiendo la posibilidad de agregar pormenores pero nunca eliminarlas, ejemplo:

“Cláusula Décima Octava.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

18.01.-*Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, cuando las partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, **podrán** utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en el Centro de Mediación y Arbitraje (poner nombre del Centro). (el sombreado me pertenece)*

Para que proceda el arbitraje, debe existir previamente el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado, conforme el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador.

18.02.- *En el caso de que se opte por la jurisdicción voluntaria, las partes acuerdan someter las controversias relativas a este contrato, su ejecución, liquidación e interpretación a arbitraje y mediación y se conviene en lo siguiente:*

18.02.01.- Mediación.- *Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, liquidación e interpretación, será resuelta con la asistencia de un mediador del Centro de Mediación de.... en el evento de que el conflicto no fuere resuelto mediante este mecanismo de solución de controversias, las partes se someten al Arbitraje de conformidad con las siguientes reglas: (...)*

18.03.- *Si respecto de la divergencia o divergencias suscitadas no existiere acuerdo, y las partes deciden someterlas al procedimiento establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, será competente para conocer la controversia el Tribunal Provincial de lo Contencioso Administrativo que ejerce jurisdicción en el domicilio de la Entidad del sector público. Las entidades contratantes de derecho privado, en este*

caso, recurrirán ante la justicia ordinaria. (Para este numeral, los pliegos se ajustarán dependiendo de la condición jurídica de la CONTRATANTE). ...”⁴⁴

Al respecto cabe mencionar que las instituciones públicas suelen acordar acudir al Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado de la jurisdicción correspondiente. Es oportuno aclarar que si bien es cierto estos modelos son de uso obligatorio y consecuentemente esto abarca también el modelo de contrato y sus cláusulas, éstas pueden ser redactadas de una manera diferente sin que esto afecte en forma alguna el contrato. Más claro, se puede añadir aspectos necesarios dependiendo del tipo de contratación pero sin prescindir de las cláusulas incorporadas en el modelo a no ser que no sea pertinente, por ejemplo si el contrato por el monto no amerita la póliza de fiel cumplimiento es innecesario incorporarla o pedirla.

Adicionalmente hay que aclarar que la propia cláusula en su párrafo primero dispone con carácter potestativo que las partes acudan a solucionar un conflicto por mediación, cuando utiliza la palabra “podrán”; situación que sería diferente si se hiciera una reforma y se cambia dicho término por “deberán”, reforzándose así como primera opción el diálogo de manera ineludible, y no como una posibilidad, que por la realidad litigiosa de nuestro país es cada vez más remota.

3.8. La confidencialidad de la mediación en relación con el sector privado

Uno de los pilares y principios fundamentales de la mediación es la confidencialidad, la misma que rige tanto para casos que involucran el sector público como el privado, sin embargo este principio fundamental puede ser sujeto a renuncia por mutuo acuerdo de las partes. Las preguntas que nacen al respecto son: si una vez las partes renuncian a la confidencialidad de manera expresa, ¿cabe o se puede utilizar la información dentro de un proceso ordinario en caso de imposibilidad de acuerdo o acuerdo parcial? ¿Hasta dónde llega la obligación del mediador de guardar confidencialidad en casos que envuelven el interés público?

⁴⁴ Modelo de cláusula de solución de conflictos dentro del modelo de pliegos de subasta inversa electrónica, en la página: www.compraspublicas.gob.ec, consultada por última vez 11 de mayo de 2011.

En respuesta a la primera, se debería aclarar qué aspectos comprenden esa renuncia para delimitar el campo de acción que las partes puedan tomar en el evento que falle la mediación y tengan que recurrir a juicio.

Con respecto a la segunda, el mediador está en la obligación de romper con la confidencialidad, sin autorización de parte alguna para evitar la comisión de un delito o, si éste se está cometiendo, impedir que continúe cometiéndose. El cese de la confidencialidad debe ser interpretado con carácter restrictivo.

El mediador por lo tanto tendrá la obligación de comunicarlo a las respectivas autoridades del Centro, a la policía, al Ministerio Público para que inicien las investigaciones correspondientes.

Si bien es cierto que las personas pueden acudir a un centro de mediación privado pagando costos o tarifas administrativas, el proceso en sí termina siendo de carácter público ya que la conclusión a la que lleguen o no las partes o si esta fuere parcial, se plasma en un acta que al tener el carácter y fuerza de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada logra un carácter público porque se materializa en un documento público.

Ahora bien es una práctica común de los programas de mediación, como sucede en Argentina, la de informar al organismo de derivación sobre los datos básicos (estadísticas), como si un individuo se mostraba de acuerdo en mediar y si se alcanzó un acuerdo. Esto no debe interpretarse como que se ha violentado el principio de confidencialidad ya que no comprende detalles, notas de las partes o del mediador o grabaciones parte de las audiencias.

Arlin R. Thrush, nos comenta: hay seis causas principales que explican el crecimiento de los MASC o ADR's en Estados Unidos, entre ellos: la demora crónica del sistema de justicia; el alza de los costos que implica litigar; las cortes no están equipadas para resolver todo tipo de conflictos; los programas de mediación han probados ser exitosos especialmente en conflictos de familia, vecindario, iglesia y de la comunidad; los programas alternativos resuelven todo el conflicto mientras que en el litigio se

resuelve solo una parte; y, finalmente pero quizá el más importante es la confidencialidad garantizada lo que atrae a las partes.⁴⁵

Que las partes en un conflicto han utilizado principalmente 3 métodos para proteger la información de su divulgación pública, estos son: (1) las órdenes de protección para materiales de descubrimiento de la prisión bajo la Regla 26 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, (2) órdenes judiciales de sellado que se aplican a todo el registro de un caso, y (3) acuerdos confidenciales que las partes negocien, a menudo con una mínima participación por el tribunal.⁴⁶

La reducción de los costos de transacción asociados a resolver una controversia, en lugar de litigar un conflicto es otra razón por la que los abogados podrán acordar un manto de secreto.

La confidencialidad no siempre debe ser observada, en especial cuando se trata de precautelar la salud pública, y textualmente nos comenta que: "Los acuerdos de confidencialidad, que entran en vigor en cumplimiento de una orden judicial o voluntariamente, han impedido hacer cumplir la ley y las agencias reguladoras, así como el público en general, a partir de la adquisición de información crítica. En Nueva York, el Fiscal General Robert Abrams declaró, *"los asentamientos sellados hacen que sea muy difícil para los funcionarios del gobierno determinar los vínculos entre la exposición ambiental a productos químicos tóxicos y efectos en la salud.... Es importante que, en el futuro, cuando los jueces pidan la aprobación de acuerdos secretos, que no se cierre los registros y datos que puedan tener un impacto en la salud y el bienestar públicos.*

Esta limitación por razones de orden público también los comparten los asuntos de seguridad nacional, sin dejar de ser las mediaciones en el sector público sobre estos temas la excepción. En estos casos la decisión o discreción de romper la

⁴⁵THRUSH, Arlin R., *PUBLIC HEALTH AND SAFETY HAZARDS VERSUS CONFIDENTIALITY: EXPANDING THE MEDIATION DOOR OF THE MULTI-DOOR COURTHOUSE*, *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri, 1994, p.235.

⁴⁶Ibid, p. 6.

confidencialidad depende del mediador. Estos limitantes podrían ser identificados también por un representante de un órgano contralor del Estado o de un representante de los ciudadanos cuyos derechos estén posiblemente en vía de vulneración.”⁴⁷

Ahora bien, debemos aclarar que la información sobre un documento de carácter público tiene confidencialidad limitada o restringida, salvo los casos en que se declara documentos generalmente accesibles como confidenciales, en cuyo caso serán inaccesibles por un lapso de 15 años⁴⁸. En este sentido es clara la disposición de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, LOTAIP, enumerando en su artículo 7 toda la información que están obligadas a publicar las entidades públicas en su página web, incluyendo la contratación pública, así: Art. 7 LOTAIP: “*i) Información completa y detallada sobre los procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etc., celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones;*

En aplicación de la disposición anterior, se entendería que incluso el acta de mediación debería ser publicada en el portal de Compras Públicas, puesto que constituiría el final de una disputa en la cual una parte es el Estado. Ahora bien, los detalles de esa mediación, así como los medios de prueba que se utilicen para llegar al advenimiento de las partes seguirían siendo confidenciales. En todo caso sería

⁴⁷ THRUSH, Arlin R., ob. cit., p.8.

⁴⁸ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, **Art. 6.-** “*Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República. El uso ilegal que se haga de la información personal, o su divulgación, dará lugar a las acciones legales pertinentes.*

No podrá invocarse reserva, cuando se trate de investigaciones que realicen las autoridades públicas competentes, sobre violaciones a derechos de las personas que se encuentren establecidos en la Constitución Política de la República, en las declaraciones, pactos, convenios, instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico interno. Se exceptúa el procedimiento establecido en las indagaciones previa.”

aconsejable una reforma al mencionado literal en relación a la publicidad de las actas, puesto que un pilar fundamental de la mediación y que lleva a las partes a ser flexibles para llegar a acuerdos, es justamente el ambiente en el que se desarrolla y en el cual indudablemente interviene la confidencialidad.

Adicionalmente debemos mencionar que de no declararse como confidencial el acta de mediación en la que una de las partes es el Estado, cualquier particular podría acceder a ella planteando una acción de acceso a la información pública, contemplada en el artículo 91 de la Constitución de la República vigente.

j) Un listado de las empresas y personas que han incumplido contratos con dicha institución”. ...”Lo dicho anteriormente se refuerza aún más en temas que investigue la entidad de control y por lo tanto si hay incumplimiento contractual y se acude a mediación, la información deberá estar a órdenes de la Contraloría General del Estado, así: Art. 7 LOTYAIP: “q) Los organismos de control del Estado, adicionalmente, publicarán el texto íntegro de las resoluciones ejecutoriadas, así como sus informes, producidos en todas sus jurisdicciones”.

En lo referente al Tribunal Contencioso Administrativo dispone el artículo ya citado: *“t) El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, adicionalmente, publicará el texto íntegro de sus sentencias ejecutoriadas, producidas en todas sus jurisdicciones. La información deberá ser publicada, organizándola por temas, ítems, orden secuencial o cronológico, etc., sin agrupar o generalizar, de tal manera que el ciudadano pueda ser informado correctamente y sin confusiones.”.*

Es importante reconocer que la confidencialidad en la mediación crea una confianza en las partes y por supuesto en el proceso mismo, lo que trae como consecuencia que las partes generen comentarios, ideas y propuestas que permitan al mediador identificar el camino para que las partes puedan solucionar un determinado conflicto, por lo que si se trata de mediación en el sector público o privado debemos respetar este importante pilar con las limitaciones antes anotadas.

La confidencialidad se presenta en varios escenarios. Walter A. Wright, desde el portal www.mediate.com, nos indica que:

“En asuntos sobre la protección de la confidencialidad surgen en tres contextos: primero, durante el proceso de la mediación; segundo, durante el proceso de litigio; y finalmente, con respecto al público en general. La obligación de proteger la confidencialidad varía según el contexto. Durante el proceso de la mediación, la obligación se encuentra principalmente con el mediador. En el proceso de litigio, es una obligación compartida entre el mediador, los participantes y los tribunales. Con respecto al público en general, es una obligación compartida entre el mediador y los participantes.” Al respecto la Ley de Procedimientos para la Resolución Alternativa de Conflictos del Estado de Texas estipula:

A menos que sea expresamente autorizada por la parte divulgadora, [el mediador] no puede dejar saber a ninguna de las partes la información que haya sido presentada en confianza por la otra, y en todo momento mantendrá la confidencialidad de las comunicaciones relacionadas con la materia objeto del conflicto.⁴⁹ La Ley de Procedimientos para la Resolución Alternativa de Conflictos del Estado de Texas entró en vigencia en 1987.

Un mediador puede también mantener reuniones privadas o también llamadas caucus para profundizar el proceso y contemplar nuevos métodos para que las partes arriben a una solución, en estas reuniones el mediador debe preguntar a la persona que información puede ser compartida con la otra parte y cuál no, además un comportamiento ético conexo a este pilar es el mantener las notas del mediador en confidencialidad, así como no permitir que se graven o transcriban las conversaciones durante la audiencia de mediación.

La confidencialidad debe incluir el contenido de los papeles y/o cualquier otro material de trabajo que las partes hayan confeccionado o evalúen a los fines de la mediación. La confidencialidad no requiere acuerdo expreso de las partes.

⁴⁹Texas Civil Practice and Remedies Code, Secciones 154.001-154.073, *Alternative Dispute Resolution Procedures*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, EE.UU, 1996.

3.9. La responsabilidad del Estado en la implementación y difusión de los MASC en el sector público.

Nuestra carta magna vigente y la de 1998 reconocen a la mediación y a otros métodos de solución de conflictos como mecanismos constitucional y legalmente válidos (Art.190), mas esto no ha sido suficiente ya que el desconocimiento de los mismos por parte de la población hace que éstos no sean utilizados como se esperaba para descongestionar la administración pública y el sistema procesal ecuatoriano. Sin embargo sería injusto decir que no se ha hecho nada. El Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos a través de ProJusticia año tras año ha intervenido en la difusión de los mismos a nivel nacional por varios medios a diferentes estratos de la población, sin embargo la misma ha sido esporádica y ha tenido su respuesta ante un proyecto determinado, siendo su continuidad lo que ha faltado.

La cuestión es reconocer no solo la percepción del sistema de justicia en el Ecuador sino aplicar soluciones claras entre las cuales están seguramente la difusión de los MASC. Pero le corresponde solo al Estado este papel? La respuesta es casi obvia pero es importante que los diferentes centros de mediación privados coadyuven en esta labor para que ambos sectores público y privado sean los promotores de este beneficio dirigido a la sociedad en general.

3.10. Perspectivas de desarrollo de la mediación en el sector público

Las perspectivas deben ser vistas desde la óptica de lo que se a hecho y de lo que falta por hacer, aunque es importante el reconocimiento constitucional en la utilización de los MASC, y hay una Codificación de la actual Ley de Arbitraje y Mediación, esto no es suficiente para implementar un verdadero engranaje para la solución expedita de los conflictos. Por ejemplo, la actual Ley prevé la emisión de un Reglamento en el plazo de 90 días de emitida la Ley (Art.61), sin embargo esto no ha sucedido hasta la actualidad a pesar de haber transcurrido ya 14 años.

Si verificamos el crecimiento demográfico en la actualidad, especialmente en las ciudades de trascendencia política y económica en la Sierra y en la Costa, es lógico y

necesario encontrar y aplicar métodos alternativos de solución de conflictos para que el sistema de justicia tanto en vía administrativa (dentro de los Ministerios) como en las cortes no colapse. En los Ministerios como el de Relaciones Laborales; Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca; Justicia, Cultos y Derechos Humanos ya que su misión y objetivos se verían mejor consolidados con el fomento de una cultura de paz y porque en su quehacer diario tratan temas que son perfectamente transigibles y por ende pueden someterse a mediación. Al respecto puede aclararse más el tema en la propuesta de Ley reformativa a la actual Codificación de la LAYM. (Anexo 3)

El crecimiento de la mediación en el sector público debe sustentarse en algunos pilares como abolir obstáculos que dificulten la utilización de la mediación, tanto en el ámbito administrativo y judicial. Se hace necesario romper con las barreras que al interior de los tribunales cierran el paso a la mediación –principalmente la desinformación y el temor a los recortes de poder de jueces y funcionarios judiciales– mediante la oferta de capacitación y reuniones de trabajo y coordinación con los mediadores y autoridades sectoriales. Fuera de los tribunales, también es necesario hacerse cargo de las suspicacias que la mediación genera en el foro; no se ven razones que impidan incluir a los abogados litigantes en programas de capacitación para que conozcan el escenario al cual van a relacionarse. Todo lo anterior debe reforzarse con una maciza campaña de difusión y promoción que explique en forma clara y lenguaje sencillo tres puntos cruciales: ¿qué es la mediación, cuál es su relación con el proceso, y, qué valor tienen los acuerdos?

El Plan Nacional de Desarrollo así como los planes locales de desarrollo deberían especificar el interés del Estado de fomentar el paradigma de una cultura de la paz que privilegie el dialogo y que promueva la solución de conflictos en forma pacífica y cooperativa, así como el compromiso de reconocer la justicia alternativa, como un derecho ciudadano, esto último debe entenderse en planes y proyectos nacionales y locales que materialicen el reconocimiento constitucional del Art. 190 de la Carta Magna. Por su parte el Consejo Nacional de la Judicatura debe crear y fortalecer los centros de mediación adscritos a las cortes, elevando también su presupuesto ya que

en la actualidad esto sí es un limitante indiscutible para su implementación, pasando desde el número de mediadores, su remuneración, la infraestructura necesaria, etc.

3.11.Experiencia en la aplicación de la mediación como política del sector público

Si bien es cierto que la demanda y por tanto la concurrencia a los diversos centros de mediación ha crecido considerablemente, el Estado no ha destinado los suficientes fondos para su implementación o fortalecimiento.

El cambio parte desde el Estado en aplicar una reforma administrativa y judicial trascendental, llevada con madurez cívica, independiente de las tendencias políticas. La solución al congestionamiento en los Ministerios y en las Cortes no se resuelve cambiando de funcionarios o creando más dependencias sino cambiando el sistema que ofrece un ganador y un perdedor, un juicio largo con desgaste emocional y económico, abogados que prolongan innecesariamente procesos administrativos y judiciales, a un sistema rápido, eficiente, económico, pacífico y con soluciones que nazcan desde las partes.

La actual Ley de Arbitraje y Mediación, tal como está formulada no está estrechamente enmarcada dentro de una política pública comprometida con la solución de conflictos, la concurrencia a mediación no ha venido siendo del todo el camino más apropiado ni prácticamente el más eficiente para impulsar esta nueva forma de abordar el conflicto público, no por falta de eficacia de la herramienta sino que su uso no ha sido considerable como para hablar de un descongestionamiento del sistema de administración de justicia. Es más oportuno hablar de métodos adecuados de solución de conflictos porque lo que es bueno para una persona no lo es para la otra, en algunos casos será conveniente ir a mediación, otras al arbitraje y otras inevitablemente a un proceso judicial, sin embargo esto implicaría una reforma más allá de la propuesta en esta investigación, y sería una suerte de Corte de Múltiple Puertas, pero este tema deberá ser tratado en otro momento.

Aún a riesgo de aparecer en contradicción con los postulados básicos de este proceso, es necesario vincularla al sistema administrativo (Ministerios) y judicial (Cortes) y establecer la comparecencia obligatoria a programas de mediación anexos a los

tribunales. Su incorporación cultural exige que el sistema de mediación sea profusa y adecuadamente difundido a la comunidad, sea de fácil acceso y de costo moderado para los administrados. Por último, el Estado debe ejercer un fuerte control en la calidad de la formación de los mediadores, tanto para centros de mediación particulares como en los públicos y en los servicios que éstos prestan para que sean de calidad. Solo así se podrá cumplir con el cometido de la política pública de justicia delineado: ampliar y mejorar la oferta de tutelajurisdiccional efectiva.

3.12.Propuesta de obligatoriedad de la mediación en el Ecuador

El tema de la obligatoriedad puede ser cuestionado por el principio de la voluntariedad que rige a la mediación en Ecuador, sin embargo la propuesta no es nueva y se la viene ejecutando por más de 15 años en Argentina con un porcentaje de efectividad alto. De todos los casos que llegan a los Centros de Mediación, el 70% se resuelve satisfactoriamente y solo el 30% se va a juicio, estos últimos datos fueron mencionados por el Ministro de Justicia de Argentina, Dr. Héctor Superti, en declaraciones al Diario Digital de Santa Fe Notife.⁵⁰(Para mayor información ver los datos estadísticos del Poder Judicial de la Nación Argentina en el Anexo 1.)

La propuesta de mediación obligatoria en el ámbito de conflictos en los que es parte el Estado no se limita a difundir los MASCs para que los administrados conozcan la posibilidad de recurrir a estos métodos, sino que incluye la creación de Centros de Mediación en las Carteras de Estado (Ministerios) para la resolución de trámites de carácter administrativo para así evitar su paso a la justicia ordinaria con las particularidades que analizaremos más adelante.

Consecuentemente el tener un sistema en el que se considere a la mediación como requisito previo para someter el caso a la justicia ordinaria no implica imaginar la mediación como competencia con el trabajo de los jueces y abogados, peor aún

⁵⁰www.mediacionarbitraje.eu, última fecha de consulta 11 mayo de 2011.

concebirlo como un requisito de procedibilidad más, sino más bien favorece a modernizar y replantear la forma actual de administración de justicia.

La propuesta como está concebida se encamina a que las partes acudan a una audiencia previa ante un mediador acreditado ante uno de los centros de mediación de carácter público. Para el caso de las contrataciones con el Estado se ha venido utilizando el de la Procuraduría General del Estado, sin embargo esto podría ser cambiado mediante un sistema de sorteos tanto del mediador como del centro y del juzgado que eventualmente conocerá la causa. (Si fallare la mediación o si el acuerdo fuere parcial). Ante la posible demanda excesiva, especialmente en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca, podría establecerse convenios con centros de mediación privados que coadyuvarían con el propósito de la reforma (los costos deberán seguir siendo asumidos por el Estado). Si leemos las entrevistas a los Directores de Centros de Mediación, ellos reiteran en varias ocasiones que los funcionarios no acuden a la mediación para solucionar conflictos y cuando acuden a ella no acuerdan porque temen ser glosados en el futuro por la Contraloría General del Estado. Todos los Directores coinciden y son muy claros en ello. Por otro lado, la imparcialidad del Centro de la Procuraduría General de Estado ha sido cuestionada, ya que si un contratista tiene inconvenientes tiene que ir al Centro de Mediación de la Procuraduría que es del Estado, con funcionarios de la misma a resolver un problema que le incumbe al Estado y con las reglas (reglamento) del mencionado Centro! Es por eso que la propuesta más detallada en el anexo 3, comprende que esos funcionarios de los Centros de Mediación a crearse no sean parte del mismo, ya que es dar lugar a cuestionamientos sobre la imparcialidad y neutralidad de los mismos.

Es importante que el nuevo sistema de mediación contemple la concurrencia de las partes a solucionar sus conflictos de manera previa y obligatoria a los Centros acreditados por el Estado previo a concurrir a la etapa de la justicia ordinaria, la misma que debe ser gratuita, de lo contrario se podría malinterpretar y tergiversar la intención de fomentar una cultura de paz con una en la que se privatiza la justicia, para lo cual se podría empezar instaurando un Centro de Medición en el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos, Cartera de Estado que debería llevar un registro

de los mediadores acreditados, es decir de los profesionales que cumplan los requisitos teóricos y prácticos para ejercer.

La experiencia argentina es buena en su gran mayoría, especialmente uno de los aspectos que se debería implementar en nuestro país es que el mediador sea abogado, esto sin perjuicio de la intervención de otros profesionales en calidad de personal de apoyo. La consideración anteriormente hecha aplicaría a todos los casos en que el Estado sea una de las partes, esto legitima de mejor manera y consolida una mayor tranquilidad para que lo acordado esté conforme al marco legal y constitucional vigente.

Es de trascendental importancia que antes de implementar este sistema exista la suficiente disponibilidad presupuestaria para contar con instalaciones adecuadas para la demanda que tendrían los diferentes centros, así como se deberá incorporar a mediadores capacitados por el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos, los capacitadores deberán ser profesionales que sepan y dominen la materia, es decir especializados, con experiencia, reconocidos en el medio, como por ejemplo los Directores de los Centros que hayan ejercido como mediadores y conozcan la herramienta en su real dimensión.

Para el **Dr. M. Sc. Giovanni Criollo Mayorga**, el fundamento de la mediación obligatoria, principalmente se encuentra en tres hechos: *“la existencia de una cultura de litigio muy arraigada en sociedades como la nuestra donde se prefiere la solución de las disputas a través de la jurisdicción ordinaria, lo cual hace que se deje de lado a la mediación aún sin conocer verdaderamente sus alcances y efectos; la obligación estatal, sobre todo ahora que nos encontramos viviendo en un estado constitucional de derechos y justicia social, de solucionar la conflictividad y desintegración social; y, la posibilidad de fomentar el dialogo, la discusión y la negociación entre las partes en disputa con la finalidad primaria de que eventualmente, de ser esa su voluntad, se solucionen sus diferencias, y una finalidad ulterior, pero no por ello menos importante, consistente en que el mecanismo de mediación no quede inoperante. Por estas*

*razones es que no es contradictorio hablar del principio de la voluntariedad en mediación cuando se trata de la mediación obligatoria.”*⁵¹

Es importante tener en claro que la propuesta de mediación obligatoria o como requisito previo para evitar trámites administrativos engorrosos y procesos largos y costosos debe tener algunas consideraciones, tales como:

- a)** Los costos de la mediación sean cubiertos por el Estado, caso contrario se tergiversaría interpretando que se trata de una privatización de la justicia, y ese no es el propósito de la propuesta de reforma a la LAYM.
- b)** No existan coerciones para llegar a acuerdos.
- c)** Los mediadores y los programas de mediación sean: **(i)** de alta calidad; **(ii)** de fácil acceso; **(iii)** permitan la participación de las partes; **(iv)** permitan la participación de los abogados; y, **(v)** brinden información clara y completa sobre los procesos y procedimientos que se requieren.
- d)** Se cuente con una Escuela y un Registro Oficial de Mediadores, para un nivel de capacitación adecuado y un número suficiente de los mismos. El Registro deberá comprender: el Registro de los mediadores calificados (que comprende evaluación de desempeño); Registro de los Centros de Mediación; Registro de las Instituciones que se dediquen a dar capacitación; y, Registro de Profesionales calificados como personal de apoyo.
- e)** El Estado debe proveer de la infraestructura y los centros de mediación necesarios antes de implantar a la mediación como requisito previo, además de una campaña continua de difusión y promoción de la herramienta a la ciudadanía, a nivel empresarial y educacional en escuelas, colegios, universidades.

⁵¹CRIOLLO MAYORGA, Giovanni, Dr., *Cuestiones de Mediación, Quito, Primera Parte 2011* en <http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com>, última fecha de consulta 13 de abril de 2011.

f) Capacitar a los funcionarios públicos y a los agentes de justicia para que valoren los beneficios de la herramienta y la apliquen.

Adicionalmente se debe tomar en cuenta: costos monetarios y emocionales para las partes, el interés de las partes de alcanzar resultados acordes a sus necesidades, los intereses de las personas que no son partes, pero cuyas vidas pueden verse afectadas, la importancia de la confianza pública en el sistema de justicia y sus actores, etc.

En el **Anexo 3** del presente trabajo se podrá encontrar una propuesta de Ley Reformatoria a la actual Ley de Arbitraje y Mediación con el propósito de implementar a la mediación como un requisito previo para acudir a la justicia convencional u ordinaria.

La mediación como requisito previo contempla que las partes sean asistidas por un abogado, el cual debe necesariamente haber aprobado los cursos teóricos y prácticos de formación de mediadores. Es decir, debe tratarse de un profesional del Derecho debidamente capacitado como negociador. Dicha formación debería cursarla en la Escuela de Mediadores y encontrarse inscrito en el Registro Oficial de Mediadores, para acreditar su competencia para implementar el diálogo y superar lo que acontecería con un profesional solamente con una formación litigante.

Si bien en la propuesta se considera que el mediador sea un abogado, esto no implica que no haya una co-mediación con un profesional que no sea necesariamente un abogado; así como tampoco se prohíbe el soporte de profesionales expertos en determinada área para solucionar el problema, tales como: psicólogos, sociólogos, economista, etc.

El tema de la propuesta es muy sensible y ha merecido una opinión dividida entre los Directores y Subdirectores de Centros de Mediación entrevistados (Anexo 2, análisis pregunta 4), sin embargo más allá de las discrepancias hay algo en común propuesto como es el tema de capacitación al funcionario público ante la aplicación del sistema, así como reglas claras para que la reforma a la Ley no se convierta en un requisito previo más para demandar. El sistema planteado como requisito previo tiene su trayectoria y ha dejado de ser un proyecto piloto y ha arrojado buenos resultados

(ver anexo 1 estadísticas del Poder Judicial de Argentina 1995-2011), siendo acogido por otras legislaciones del mundo. El éxito en su aplicación dependerá de la observancia de cada uno de los aspectos de la propuesta y de la voluntad política para dar impulso a la herramienta. La propuesta de reforma de ley a la LAYM no solo se limita a temas públicos, sino que abarca todos los ámbitos con excepción de los determinados en el artículo 43.1 de la Propuesta. (Ver Anexo pág. 103)

Es sumamente importante señalar que para realizar y apoyar la propuesta de Ley Reformatoria, aporte principal del presente trabajo de investigación, además de las estadísticas nacionales e internacionales y el análisis de las leyes 24.573 y 26.589 de Argentina, se realizó un estudio de campo (encuestas y entrevistas) para conocer la percepción de los estudiantes y profesores de derecho de las universidades PUCE, UDLA, UNIBE, de la ciudad de Quito, sobre la posibilidad de implementar a la mediación como requisito previo antes de acudir a la justicia convencional, encontrándose importantes datos que se los puede apreciar desarrollados en el Anexo 4, sin embargo es de destacar lo siguiente: en la pregunta 4 sobre si la mediación ha descongestionado considerablemente el sistema de administración de justicia, los resultados fueron, un Sí del 31%, No 14% y parcialmente un 55%, lo que denota que a pesar del crecimiento constante de los Centros en los últimos 14 años (hoy son más de 100 a nivel nacional), esto no ha sido ni será suficiente para descongestionar nuestro actual sistema de justicia por lo que se necesita que hoy en día la mediación tenga la característica de requisito previo.

En referencia a la pregunta 9 acerca de la posibilidad de implementar a la mediación como requisito previo obligatorio, los resultados fueron: **Sí 78%, No 12%**, y el 10% no responde. Por lo que, si tomamos en cuenta que las encuestas fueron aplicadas a los estudiantes y profesores del último año de la carrera de Derecho de 3 universidades de la capital, y tomando en cuenta los porcentajes de las respuestas, es posible afirmar que la propuesta no solo que es interesante sino que tiene acogida por un segmento que en muy poco tiempo va a ejercer su profesión y que tiene entre sus opciones la utilización de la mediación y con una inclinación de aceptarla como requisito previo. Es de destacar también que las preguntas no solo son objetivas (sí o

no) sino que también comprenden respuestas razonadas, es decir el porqué de su elección, lo que hace más interesante la presente investigación y consolida la propuesta de reforma de Ley, la misma que confirma la hipótesis planteada.

Por otro lado, y tomando en cuenta el tema de tesis, si observamos las estadísticas del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado (ver Anexo 1), podemos apreciar en el consolidado nacional de 2010 que la mayoría de casos conocidos son de contratación pública, con un índice aceptable de actas de acuerdo pero que pudieran ser mucho mayores, toda vez como lo han manifestado los Directores de Centros hay un miedo real de los funcionarios públicos a mediar por una eventual glosa de la CGE, lo que se pretende cambiar con la propuesta de reforma de ley al implementar la asistencia a las audiencias de mediación de delegados de la Procuraduría y de Contraloría, para consolidar la validez jurídica y económica de los acuerdos. A continuación el cuadro de las razones de la respuesta a la pregunta 4 y 9 de las encuestas:

4. ¿Podría afirmarse que la mediación ha descongestionado el sistema judicial en el país?

9. ¿Cuál es su criterio respecto a la posibilidad de que la mediación sea utilizada como requisito previo para acudir a la justicia ordinaria para los casos de interés público como tema de familia, administrativos (dentro de los Ministerios), contratación pública, escolar, salud, etc.?

RAZONES DE RESPUESTAS A PREGUNTA NO. 4 (TABULACIÓN CUALITATIVA)	
SI (31%)	NO (14%)
Cuando existe predisposición A pesar de haber un conocimiento limitado de las partes	Porque su difusión y aplicación es escasa Por desconocimiento No hay difusión en intereses particulares

CRITERIOS DE RESPUESTAS A PREGUNTA NO. 9 (TABULACIÓN CUALITATIVA)			
SI (78%)	FRECUENCIA	SI (78%)	FRECUENCIA
Se ahorraría tiempo y dinero	10	Porque hay juzgados que están saturados	1
Agilitería los trámites en la justicia ordinaria	10	Porque en la mayoría de los casos terminaría el conflicto	1
Descongestionaría la actividad judicial y sería beneficioso para las partes	6	Requisito previo para mediar entre las partes	1
Porque los temas de interés público son controversiales y es mejor solucionarlos en mediación, que con un litigio	5	Son temas de interés en la sociedad entera	1
Mejoraría el sistema de justicia	4	Se daría una oportunidad a las partes en conflictos para que lleguen a una solución	1
Se lograría descongestionar y evacuar las causas represadas en los juzgados	4	Precautela la relación de las partes	1
Ayudaría a solucionar casos pendientes	4	Porque son países desarrollados en el ámbito del derecho	1
Facilidad al acceso a la justicia	3	Porque es rápido	1
Sería productivo	1	Porque es lícito y se fomenta una cultura de paz	1
Sería útil porque descongestionaría la función judicial y habría más justicia	1	Para la economía procesal	1
Se evita perder sentencias	1	Siempre y cuando se firme un acto de mediación	1
Se reduciría la burocracia y el Estado se beneficiaría económicamente	1	Sería recomendable para que no se saturen los juzgados	1
Porque la justicia ahora es un caos	1		
NO (12%)	FRECUENCIA		
No existe capacidad académica	1		
Deber ser opcional	2		
Nunca debe ser decisión de las partes	1		

CAPITULO IV

LEGISLACIÓN COMPARADA. ANÁLISIS DE LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA EN ARGENTINA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

4.1. El proceso de mediación en Argentina

De la Ley **24.573** de Mediación Obligatoria.

Para analizar los distintos procesos de mediación en su obligatoriedad o no, es importante materializar en este trabajo a los más importantes doctrinarios, en este caso se ha tomado las opiniones de los doctores *Juan Pedro Coleiro* y *Jorge A. Rojas*, quienes nos dan su parecer sobre las particularidades de La Ley de Mediación y Conciliación obligatoria, el siguiente texto es un resumen conciso de la experiencia argentina descrita en su libro: *“Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar”*,

quienes analizan el articulado en sus puntos positivos y negativos de la ley 24.573 con sus respectivas reformas, así:⁵²

La Vigencia de la Ley 24.573 conocida bajo la denominación de Ley de “*Mediación y Conciliación*” fue promulgada el 27 de octubre de 1995 y su vigencia fue desde el 25 de abril de 1996, aunque en su Art. 30 se fijó un plazo de cinco años para la duración de esta nueva etapa de la mediación fue renovada por la Ley 26.589 en el 2010.

Otras leyes y normativa complementaron a la Ley 24.573, tales como:

- Decreto Ejecutivo 91/98 que regula los costos en escalas, comparecencia del requerido, etc., constituyéndose en un Reglamento de la Ley 24.573.
- La Acordada (reforma) N°11 de 1996 que estableció la mediación para el fuero civil y comercial con alguna modificación a la Ley 24.573 como que el juez sorteado con el mediador no deberá necesariamente ser el mismo que tramitará el proceso judicial.
- Ley 24.635, de Conciliación Laboral Obligatoria.
- Resolución N° 297/91 del Ministerio de Justicia de la Nación. Instauró una Comisión de Mediación encargada de elaborar un Programa o Plan Nacional de Mediación.
- Decreto presidencial 1480/92 declara de interés nacional a este instrumento de resolución alternativa de conflictos y dispone la creación de un Cuerpo de Mediadores, una Escuela de Mediación y la realización de una experiencia piloto en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Secreó un Registro de Mediadores, cuya constitución, organización, actualización y administración es responsabilidad del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación.

⁵² COLEIRO, Juan Pedro y ROJAS, Jorge A., *Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar*, Santa Fe de la Vera Cruz, 1998, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1ra. Ed., p.16.

Para ser mediador sería necesario poseer el título de abogado, adquirir la capacitación requerida y cumplir las restantes exigencias que se establezcan reglamentariamente, esto ya que la mediación fue concebida para que solo pueda ser llevada a cabo idóneamente por quienes tienen formación en esa disciplina, especialmente si se trata de conflictos en los que esté de por medio el Estado (con autorización expresa) y comprometidos fondos y el interés público, sin perjuicio de que auxiliares interdisciplinarios puedan colaborar con el mediador.

Se creó una Comisión de Selección y Control, integrada por seis miembros, dos por el Poder Legislativo, dos por el Ejecutivo y dos por el Judicial. No hay mención alguna a la forma en que deben ser electos estos representantes ni sobre el procedimiento de cómo habrá de funcionar. Se le asigna a la Comisión la responsabilidad de emitir la aprobación, en última instancia, sobre la idoneidad y demás requisitos que se exijan para habilitar la inscripción de los mediadores como aspirantes en el Registro, el control de todo el sistema de mediación. Coincidimos con **Falcón**⁵³ citado por *Coleiro y Rojas*, en que este Consejo para seleccionar y controlar a los mediadores marcó el carácter político y no científico del sistema, pues excluye a los colegios profesionales y a las universidades, entre otras instituciones que estarían más capacitadas para esa función que los miembros de los tres poderes.

El carácter obligatorio de la ley es uno de los temas más polémicos, pues gran parte de la doctrina coincide en que la esencia de la mediación es su voluntariedad; sin embargo, autores como *Arazi*⁵⁴, citado por *Coleiro y Rojas*, entiende que en el estado actual la falta de una cultura sobre la posibilidad de solucionar el conflicto en forma no adversarial, tornaría en letra muerta cualquier disposición que, en una primera etapa, no instituyera la mediación en forma obligatoria. Coleiro y Rojas afirman, que la preparación cultural debe preceder a la sanción de la ley obligatoria y no al revés, pues la imposición legal, sin una previa educación del pueblo, genera más desconfianza y rechazo que aceptación.

⁵³FALCÓN, Enrique M., *Mediación Obligatoria en la Ley 24,573*, Buenos Aires, Argentina, Edit. Abeledo—Perrot, 1ª. ed., 1.997, p.37.

⁵⁴ARAZI, Cynthia, Dra., *Mediación, Audiencia preliminar y prueba en la ley 24.573*, Buenos Aires, LL, 1996-A-1254, ap. II, citada por Coleiro y Rojas en: *Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar*, p.37.

Materias excluidas de mediación: las causas penales, los procesos de familia, con excepción de las cuestiones patrimoniales que se deriven de ellos, las de declaración de incapacidad y rehabilitación, las causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte, el amparo, el hábeas corpus, y los interdictos, las medidas cautelares hasta que se resuelvan, agotándose las etapas recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación, las diligencias preliminares y la prueba anticipada, los procesos sucesorios y voluntarios, los concursos preventivos y las quiebras y las causas que se tramiten ante la Justicia Nacional del trabajo. (ver Ley 24.635), juicios sucesorios y voluntarios y finalmente aquellas causas en que la misma se haya realizado previamente ante mediadores registrados en el Ministerio de Justicia. (En estos casos se obvia la presentación en la Cámara del formulario, iniciándose directamente la demanda, con el certificado negativo del mediador privado)

Es la postura del presente trabajo de titulación sostener que sí es posible mediar en los casos en que el Estado y sus entidades sean parte, ya que con ellos se obtienen muchas ventajas como: ahorrar tiempo, dinero y recursos al Estado.

La Ley contempla como optativos los procesos de ejecución y en los juicios de desalojo.

En todos los procesos en los que se establece como mediación obligatoria existe un formulario en el que se prevé espacio para la firma del requirente y solo se dispone lugar para la firma y sello del abogado. Y esto es importante, por cuanto si el abogado no actúa como apoderado, carece de *ius postulando* y necesita la firma del cliente para peticionar válidamente. Cumplida la presentación, se procede al sorteo del mediador y a la asignación del juzgado que eventualmente entenderá en la *litis*.

Las partes al momento de requerir la mediación pueden proponer el nombre de un mediador registrado en el Ministerio de Justicia para que no sea designado por sorteo.

En el caso del proyecto de Ley reformativa a la ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, es la posición de esta investigación el que la mediación privada con la figura del mediador independiente se mantenga, siendo que las partes puedan escoger entre ir a un centro de mediación estatal o particular ó a un mediador independiente debidamente autorizado, pero que el requisito de obligatoriedad se mantenga cualquiera sea la elección.

A diferencia de la demanda, esta presentación no interrumpe la prescripción sino que la suspende. La Ley 26.589 en su art. 18 diferencia con claridad la suspensión y la interrupción de la prescripción como se verá más adelante, en el análisis pertinente. Nos preguntamos si queda allí definitivamente el objeto de la pretensión del actor o si éste puede después modificarlo, cambiándolo o ampliándolo en la demanda posterior que incoe al fracasar la mediación. Entendemos que no puede modificarse, porque la mediación habrá de circunscribirse a la pretensión del formulario y, en el caso de admitirse su variación posterior, se estaría alterando lo pretendido originalmente, circunstancia que podría dar lugar a una nueva mediación y así hasta el infinito. En contra, Falcón, quien asimila el caso al de ampliación de la demanda.⁵⁵

La Ley de Mediación y Conciliación obligatoria prevé el contacto de las partes con el mediador designado antes de la fecha de la audiencia, con el objeto de hacer conocer el alcance de sus pretensiones. No se llega a comprender muy bien el sentido de esta norma, que podría quitarle espontaneidad a la primera audiencia, afecta al principio de igualdad y puede ser ocasión para corrupción, esto no es aceptado ni aplicable en Ecuador ni se contempla en el proyecto de reforma a la LAYM, aporte de este trabajo.

De cualquier manera, aun cuando esta disposición no existiera, los interesados igual podrían presentarse al mediador, con la diferencia de que este último podría diferir la entrevista hasta la audiencia; con la norma, parece estar obligado a escuchar antes al interesado que así se lo requiera.

⁵⁵FALCÓN, Enrique M., *Mediación Obligatoria en la Ley 24,573*, Editorial Lexis Nexis, Argentina, 1997, citado por COLEIRO, Juan y ROJAS, Jorge.

Cuando el mediador advierte que es necesaria la intervención de un tercero o alguno de los mediados solicitare su presencia, podrá citarlo a fin de que comparezca a la mediación. El mediador podrá convocar a los mediados a todas las audiencias necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la ley.

Multa: si cualquiera de los citados no compareciera a la primera audiencia, el incompareciente deberá abonar una multa equivalente a dos veces la retribución básica que le corresponda percibir al mediador, esto se extiende al tercero citado.

En nuestra legislación no se contempla este tipo de multas, pero de llegarse a aplicar la mediación como requisito previo obligatorio en casos de interés público como la contratación pública, laboral, familiar, etc., podría ser muy conveniente ya que por un lado comprometería más a las partes a asistir, por otro contribuiría a contrarrestar los gastos de la otra parte sin mencionar el tiempo para evitar la dilación del proceso y el financiamiento del sistema.

Se contempló la aplicación automática de las multas previstas en el artículo 45 del Código Procesal Civil de la Nación para los casos de temeridad o malicia, que debían aplicarse directamente al incumplidor, sin importar la causa que lo había llevado a esa situación. La multa referida, en lugar de establecerse a favor de la contraparte, como lo prescribe el citado artículo, lo era en beneficio del fondo establecido por el Ministerio de Justicia.

La asistencia letrada (abogados) es obligatoria. Lo que se concuerda en la presente investigación ya que en asuntos de interés público, por ejemplo de contratación pública debería asistir un delegado de la Procuraduría General del Estado y otro de la Contraloría General del Estado.

El resultado de la mediación, con fines estadísticos es comunicado al Ministerio de Justicia. En Ecuador los datos los lleva el Consejo Nacional de la Judicatura pero no hay uniformidad en los formatos estadísticos por lo que en muchos casos la información es general.

Para el caso de incumplimiento del acuerdo, podrá ejecutarse ante el juez designado, mediante el procedimiento de ejecución de sentencia. Si se llega a la etapa de ejecución, la ley dispone que el juez deba aplicar una multa.

Por la confidencialidad del trámite, entendemos que la única constancia posible es la certificación del fracaso de la mediación.

De la prescripción: el inicio de la mediación pública opera contra todos los requeridos, mientras que las privadas, la suspensión ocurre, desde la fecha del instrumento auténtico mediante el cual se intenta notificar al requerido la audiencia de mediación y opera sólo contra quien va dirigido.

La retribución del mediador consiste en una suma fija, la cual se vio disminuida por la excesiva oferta de mediadores. Los honorarios del mediador, al integrar las costas del proceso judicial, van a acumularse a la de los letrados, peritos y demás intervinientes con derecho a regulación.

La naturaleza de la Ley de Mediación Obligatoria da su carácter, aparece incorporada como prerequisite necesario para el acceso a la instancia judicial y está vinculada con ésta, al ser sorteado el mediador juntamente con el juez, en la mesa general de entradas de expedientes judiciales. Ello no implica en forma alguna que la mediación sea jurisdiccional ni siquiera judicial, pues su naturaleza es administrativa. Su relación con el proceso judicial reside en que dado que es un prerequisite obligatorio para la iniciación del proceso, se ha constituido en un requisito externo de admisibilidad de la demanda, para los casos comprendidos en la ley.

Requisitos para obtener el título de Mediador: para la formación de los mediadores comenzaron a proliferar cursos para mediadores, cuyo requisito de admisión era ser abogado de la matrícula y tener un mínimo de tres años de ejercicio, inscribirse para rendir examen de mediador de registro en la Promoción de Métodos Participativos de Justicia. Las autorizaciones para dictar dichos cursos, otorgada por el Ministerio de Justicia, fueron dadas, en forma indiscriminada.

Capacitación:comprendía tres módulos, uno introductorio, el segundo de entrenamiento y concluía con la pasantía.

Cursar y aprobar en Institución Formadora habilitada por la Dirección Nacional de Promoción de Métodos Participativos de Justicia (PMP.Jus) los cursos:

-Introducción a la Mediación (20 hs. reloj). - Entrenamiento en Mediación (60 hs. reloj) - Pasantía en Mediación (20 hs. reloj)

Institución Formadora: Fundación Instituto de Mediación Centro Internacional de Abordaje de Conflictos Primera Escuela y Centro Privado de la Región (FIME) Inscripta bajo el NRO 59 en el Registro de Instituciones Formadoras de la Dirección Nacional de Métodos para formación inicial obligatoria para los aspirantes a mediadores.

La falta de control por el Ministerio de Justicia, llevó a celebrar mediaciones en ambientes poco aptos para tal fin o alejados del radio céntrico ya que algunos mediadores exigieron dinero extra para diligencias y notificaciones, por sobre los topes estipulados por la reglamentación. Tampoco se conoce ningún caso de mediadores que hayan cumplido las horas establecidas en los cursos de formación y se los haya rechazado por no tener las condiciones mínimas para desempeñarse en el cargo.

Estos aspectos fueron incorporados en la propuesta de reforma a la LAYM de la investigación para que esto no se repita y por tanto la formación tanto teórica como práctica sea de calidad y siempre considerando el financiamiento previo del Estado para que garantice que las mediaciones se realicen en un ambiente adecuado y con la suficiente infraestructura.

Es importante destacar que si bien la mediación fue creada para descomprimir el cúmulo de expedientes en trámite en los juzgados, una publicación establecida en el *Suplemento de Resolución de Conflictos* da cuenta de que del universo de causas del fuero civil, los casos que van a mediación presentan el 20,14% mientras que, del

fuego comercial, el 14% y del fuero civil y comercial el porcentaje es del 33.21%. Es de hacer notar también que en el fuero civil más del 65% de los expedientes en trámite corresponden a ejecuciones fiscales y a juicios ejecutivos...⁵⁶

De lo analizado por Coleiro y Rojas, y lo comentado por los autores, es la postura del presente trabajo que aunque en esencia la mediación como requisito previo es buena idea y buen mecanismo y las personas sí acudieron, también está que desde el principio no se llevaron con responsabilidad ni planificación. Aspectos claves como la formación de mediadores, el ambiente poco adecuado donde se desarrollaban las mediaciones, y que decir de los costos también se constituyen en una de las razones por lo que la gente asiste, ya que estos deberían ser más baratos que los costos judiciales normales en un juicio. En nuestro país, si se llega a crear la Escuela de Mediadores se debe limitar su número y su remuneración debe ser mejor que lo que perciben ahora para que se dediquen tiempo completo a mediar.

Por consiguiente la ley como concepción en sí no era mala, sino el cómo se llevaban los procesos y por quienes, es decir el querer hacer un experimento de una oportunidad muy buena que tiene la sociedad para romper con lo tradicionalmente colapsado; la implantación del sistema fue superándose y mejorándose con leyes y decretos que la complementaron y llenaron vacíos.

Es la postura de este trabajo de investigación el que debemos dar relevancia en lo referente a la capacitación, que es tratado por el Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia, *Gestión Alternativa del Conflicto*, ProJusticia, así:

La experiencia argentina en capacitación es realmente abundante. Fundación libra y luego el caso de la Universidad de Buenos Aires que tiene un postgrado en métodos alternativos, que se lo puede hacer en un año aproximadamente.

31 COLERIO, Juan Pedro y ROJAS, A. Jorge, *Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar*, Buenos Aires – Argentina, Edit. *Rubinzal – Culzoni*, 1998, pp.: 15 – 28.

Se debe indicar que la educación en Argentina ha sufrido una gran influencia de la Escuela de Harvard y se puede observar que muchas estrategias y técnicas pertenecen a esta escuela norteamericana.

En Argentina se usa el llamado principio obligatorio de subsidiaridad, donde se busca intentar primero la mediación y luego, si no hay resultados positivos, se continúa con el proceso pertinente.

Esta situación a hecho, que la mediación, en muchas ocasiones, se la confunda con otra diligencia judicial más, lo que ha generado una pérdida en su eficacia, y un atentado a los objetivos sociales de éstos métodos, sobre todo, que no se puede admitir ninguna demanda sin haberse agotado previamente la mediación.

En Argentina además una gran cantidad de abogados pagaron grandes sumas económicas, por lo que se hizo necesario definir claramente la ética del mediador y la responsabilidad civil, penal y social que acarrea la profesión.⁵⁷

4.2. Análisis de la Ley de Mediación Obligatoria 26.589

La nueva Ley de Mediación Obligatoria de Argentina 26.589, amerita comentar algunos de sus artículos de notable interés para la presente investigación.

La Ley Nº 26.589 de Mediación y Conciliación, promulgada el 3 de mayo de 2010, a través del Decreto Nacional Nº 619/2010 y publicada en el Boletín Oficial el 6 de mayo de 2010, establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial (salvo las excepciones expresamente contempladas) con el objeto de promover la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

La ley recientemente emitida confirma la eficacia que tuvo la anterior ley 24.573, y está destinada para anteceder a cualquier trámite de índole judicial, obviamente con

⁵⁷ Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia, *Gestión Alternativa del Conflicto*, ProJusticia, Proyecto BIRF-4066-EC, Reforma Judicial, Banco Mundial, Facultad de Jurisprudencia – Universidad de las Américas, UDLA, 2001, pp. 66 y 67.

las excepciones contempladas en el artículo 5 son los mismos que la Ley 24.573 más la convocatoria a asamblea de copropietarios, a saber:

a) Acciones penales; **b)** Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador; **c)** Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa; **d)** Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; **e)** Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos; **f)** Medidas cautelares; **g)** Diligencias preliminares y prueba anticipada; **h)** Juicios sucesorios; **i)** Concursos preventivos y quiebras; **j)** Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512; **k)** Conflictos de competencia de la justicia del trabajo; y, **l)** Procesos voluntarios.

De las anteriores excepciones hay algunos pequeños cambios con relación a la anterior ley, por ejemplo: en el literal c) se contempla una salvedad para las causas en que el Estado o sus entidades son parte, esto es la expresa autorización de autoridad competente para acudir a mediación. La propuesta de reforma a la LYAM de Ecuador sí contempla la mediación en temas en los que el Estado o sus instituciones sean parte ya que esto le ahorraría recursos, dinero y tiempo.

Otro cambio e incorporación se presenta en el literal j) antes citado. Y finalmente con respecto a las materias que son de carácter optativo para seguir el proceso de mediación obligatoria tenemos que se agregó los procesos de ejecución ya que antes solo contemplaba desalojos.

En la primera audiencia el mediador deberá informar a las partes sobre los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

Al respecto cabe mencionar en que se prevé como principio en el literal b) del artículo 7 a la libertad y voluntariedad de las partes para participar en el proceso, es decir que

la obligatoriedad no tiene como objetivo suprimir la voluntad de las partes ni su derecho fundamental a la libertad como algunos lo pueden interpretar sino más bien difundir un método eficaz que tiene como uno de sus objetivos mayor celeridad en el proceso y disminuir costos a las partes de diferente índole. (Económicos, afectivos).

En lo referente a la confidencialidad, la nueva ley prevé que ésta se extiende a los documentos del mediador, a las partes y cualquier otro material utilizado a efecto de la mediación, sin embargo se debió incluir que los mencionados medios utilizados en las audiencias no podrán ser utilizados en un juicio en caso de que fallare el proceso de mediación.

Las excepciones a la confidencialidad son claras: renuncia expresa de las partes y segundo evitar la comisión de un delito o que éste continúe. Sin embargo en el sector público y en especial para los casos de interés público ésta se ve limitada como ya se ha explicado a lo largo de este trabajo.

Se mantienen los requisitos para ser mediador ya analizados en la anterior ley, así:

Ser abogado, con tres años de experiencia; acreditar la capacitación que exija la reglamentación, haber aprobado un examen de idoneidad; estar inscrito en el Registro Nacional de Mediación y cumplir con las demás exigencias que se establezcan reglamentariamente. La norma establece la posibilidad de elegir mediador sin recurrir al sorteo.

Designación del mediador: la designación del mediador podrá efectuarse:

- a) Por acuerdo de partes, cuando las partes eligen al mediador por convenio escrito;
- b) Por sorteo, cuando el reclamante formalice el requerimiento ante la mesa de entradas del fuero ante el cual correspondería promover la demanda y con los requisitos que establezca la autoridad judicial;
- c) Por propuesta del requirente al requerido; y,

- d) Durante la tramitación del proceso, por única vez, el juez actuante podrá en un proceso judicial derivar el expediente al procedimiento de mediación.

En el último caso es de hacer notar que los términos del expediente judicial quedarán suspendidos por 30 días contados a partir de la notificación del mediador y se reanudará una vez vencido el plazo que podrá prorrogarse por acuerdo expreso de las partes.

De la comparecencia personal y representación. Las partes deberán comparecer personalmente y no podrán hacerlo por apoderado, exceptuándose a las personas jurídicas y a las domiciliadas a más de ciento cincuenta (150) kilómetros de la ciudad en la que se celebren las audiencias. El apoderado deberá contar con facultad de acordar transacciones. La asistencia letrada es obligatoria. Se tendrá por no comparecida a la parte que concurriere a las audiencias sin asistencia letrada, salvo que las partes acordaren la determinación de una nueva fecha para subsanar la falta.

Una cuestión importante que trata la ley es la recusación de los mediadores cuyas causales son las mismas establecidas para los jueces en el Código Procesal Civil y Comercial de Argentina, siendo claro el art. 14 y 15 de la nueva ley en prohibir al mediador su participación de manera absoluta en un juicio cuando hubiere intervenido en algún proceso como mediación, en nuestro país tal prohibición se encuentra prevista en el artículo 49 de la LAYM.

En el caso del literal d) del artículo 16, se suspende el plazo dentro del proceso judicial por 30 días contados desde la notificación al mediador, dicho plazo puede ampliarse a pedido de las partes, al respecto cabe mencionar que el efecto suspensivo debería ser mientras dure el proceso sin necesidad de que las partes pidan ampliación.

El plazo máximo para que se realice la mediación es de 60 días contados a partir de la última notificación al requerido o al tercero, este plazo tiene una excepción para los casos de ejecución y desalojo al ser estos opcionales y para los cuales se prevé su

terminación en 30 días. Las partes de común acuerdo pueden solicitar la ampliación de plazo aunque no se describe un límite a la misma.

Lo que se repite en esta nueva ley es el hecho de facultar al mediador para contactar a las partes antes de la audiencia de mediación. Este hecho está prohibido en nuestra legislación ya que se pretende evitar cualquier posibilidad de corrupción o un criterio apartado de la objetividad y el profesionalismo.

Algo rescatable de ser mencionado es que la ley vigente contempla la comparecencia de un tercero para que asista a la mediación, lo que no se menciona es si la obligación de confidencialidad se extiende también a él.

El acuerdo instrumentado en acta suscripta por el mediador será ejecutable por el procedimiento de ejecución de sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 500 inciso 4) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Certificación de firmas del mediador: la nueva Ley prevé la certificación de la firma del mediador interviniente como parte integrante del contenido del acta de mediación. La certificación la hará ante el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos en los términos de la reglamentación. Al respecto cabe comentar que por el solo hecho de contar con la firma del mediador se presume su validez, más aún si consideramos que es un documento público del cual se presume por principio su legitimidad y validez, por lo que parecería un trámite burocrático que entorpece la agilidad del sistema.

Es interesante destacar que consecuencia trae el suscribir un acta de acuerdo sea total o parcial y no cumplirla, ya que en ese caso como en nuestro país se sigue la vía de apremio, como si se tratara de una sentencia, pero además está la multa contemplada en el Art.45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, referente a la temeridad o malicia, contempla:

“Cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por alguna de las partes, el juez le impondrá a ella o a su letrado o a ambos conjuntamente, una multa valuada entre el diez y el cincuenta por ciento del monto

del objeto de la sentencia. En los casos en que el objeto de la pretensión no fuera susceptible de apreciación pecuniaria, el importe no podrá superar la suma de \$ 50.000. El importe de la multa será a favor de la otra parte. Si el pedido de sanción fuera promovido por una de las partes, se decidirá previo traslado a la contraria. ...”

De la prescripción y caducidad en la nueva Ley: La mediación suspende el plazo de prescripción y de la caducidad en los siguientes casos:

- a) En la mediación por acuerdo de partes, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de notificación de la primera audiencia al requerido, o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero;
- b) En la mediación por sorteo, desde la fecha de adjudicación del mediador por la autoridad judicial; y,
- c) En la mediación a propuesta del requirente, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de notificación de la primera audiencia al requerido, o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero.

En los dos primeros supuestos, la suspensión opera contra todas las partes. En el caso del inciso c), únicamente contra aquél a quien se dirige la notificación. En todos los casos, el plazo de prescripción y de caducidad se reanuda a partir de los veinte (20) días contados desde el momento que el acta de cierre del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se encuentre a disposición de las partes. El Art. 52 de la Ley prevé como deber de los jueces el derivar los casos a mediación.

A continuación debemos mencionar que el cálculo para la prescripción no estaba desde el principio muy claro y es meritorio acoger el análisis y comentario de la abogada argentina Beatriz A. A. Giardino en su análisis de la nueva ley:

“Así es que vuelve la ley a la situación de la reanudación del plazo después de veinte días. Este fue el tiempo establecido por el decreto 91/98, solo que en lugar de decir que “se reanuda después de veinte (20) días corridos desde la fecha del acta de

finalización”, estos deben contarse desde que el acta se encuentre a disposición de las partes.

Esto nos pone frente a una fecha completamente incierta, ¿cuándo se encontrará el acta a disposición de las partes? ¿El plazo es común? ¿Qué tiene que hacer el mediador con el acta? ¿Tiene que notificar por carta documento? ¿Y cuál sería la fecha, desde que pasan a buscarla? ¿Todos? ¿Y si son rechazadas las notificaciones?

A esto debemos agregar otro tema, la ley en varios artículos (así arts. 3, 29, 54, 56), habla de certificación de firma del mediador.

Esto sería gravísimo en cuanto a la inseguridad del momento en que se restablecería el término de prescripción, si supusiéramos una certificación material y particular de cada mediación realizada o acuerdo hecho, ante el Ministerio de Justicia; groseramente pero no muy alejada de la realidad, el Ministerio aproximadamente tendría alrededor de 400 certificaciones por día. Imaginemos semejante volumen, y que habría si resulta además un día de huelga o un feriado impensado. Rápidamente se pasaría a las 800 o 1200, etc.

Esto además significa un retroceso, ya que la firma del mediador bastaba para dar fuerza al acta para iniciar un proceso judicial y además los acuerdos se ejecutan sin homologación judicial.

Suponemos que esto será una certificación única ante el Ministerio, de sello y firma con la nueva registración que se debe realizar dentro de los 90 días de espera para la entrada en vigencia y luego puede el mediador usar su firma e informar al Ministerio a través de algún sistema electrónico computarizado, que signifique agilización, y seguridad para su desempeño y para todas las partes intervinientes, de modo tal que los mediados se puedan llevar el acta en el momento de la finalización, sin trámite burocrático alguno.”⁵⁸

⁵⁸GIARDINO, Beatriz A. A. en <http://www.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/boletines/especiales>, última fecha de consulta 30 de abril de 2011.

Es conocido que toda mediación termina con un acta, sin embargo en la legislación argentina este documento también constituye documento habilitante para presentar la demanda como consecuencia de la falta de advenimiento de las partes, y no deja de ser interesante como la ley prevé el supuesto de la incomparecencia de una o ambas partes y por consiguiente el Art. 28 contempla una multa para la parte incompareciente y cuyo monto es equivalente a un cinco por ciento (5%) del sueldo básico de un juez nacional de primera instancia.

Todas las observaciones y análisis emitidos son trascendentes mas siempre debemos tomar en cuenta que no existe una sola ley de mediación obligatoria, ya que algunas provincias de Argentina tiene su propia ley, así por ejemplo la de la Provincia de Santa fe, Buenos Aires, Mendoza, Córdoba, etc.

La ley actual no menciona cómo se regulará los honorarios de los profesionales asistentes y peritos que llegaren a intervenir en el proceso de mediación.

Recusación del Mediador: el mediador puede ser recusado en los casos previstos en el Código Civil y Comercial para la exclusión de los jueces, dentro de los cinco días de conocida su designación, o durante la sustanciación de la mediación, si se advierte la configuración de las causales de imparcialidad previstos en el Art. 14 de la nueva ley.

Si el mediador fue designado por sorteo, se procederá a efectuar uno nuevo. Si el mediador hubiere sido propuesto por el requirente, el recusado será reemplazado por quien le siga en el orden de la propuesta. La negativa del mediador a aceptar la recusación será decidida judicialmente.

El Art. 41 de la Ley obligatoria de Mediación establece las causales de exclusión para ser mediador.

Aunque en el artículo mencionado no lo contempla expresamente habría que incluir como una causal el no pago de los valores correspondientes por matrícula por dos años consecutivos, motivo por el cual se excluye al mediador del Registro.

Nuestra Codificación de la LAYM, no establece taxativamente que inhabilita la actuación de los mediadores.

La nueva ley de mediación obligatoria establece en su Art. 45 un régimen disciplinario de Prevenciones y Sanciones, con sus diferentes grados, comenzando desde el llamado de atención hasta la exclusión de la matrícula, correspondiendo al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia y por medio de un Reglamento el que tipifica las causales por las cuales al configurarse se aplicarían estas sanciones. Cabe indicar que no es ajeno a la Ley el debido proceso, instaurándose un sumario administrativo. En nuestra legislación en el Reglamento de cada centro de mediación se establece el régimen disciplinario para exclusión de los mediadores.

La actual ley contempla un fondo de financiamiento, para el funcionamiento del sistema. Los recursos son provenientes de varias fuentes, entre las cuales se encuentran:

“a) Las sumas previstas en las partidas del presupuesto nacional; b) Las donaciones, legados y toda otra disposición a título gratuito hecha en beneficio del fondo; c) Los aranceles administrativos y matrículas que se establezcan reglamentariamente por los servicios que se presten en virtud de esta ley; y, d) Las sumas resultantes de la multa establecida en el artículo 28 de la presente ley.”

Posibilidad de Actuación de Profesionales Asistentes al Mediador: como aspecto novedoso, se establece la posibilidad de actuación de otros profesionales en calidad de asistentes al mediador, siempre que se cuente con el consentimiento previo de la totalidad de las partes intervinientes. Aquí cabe mencionar que no se habla precisamente de co-mediación sino de un apoyo técnico de profesionales afines a la naturaleza de la mediación.

Los profesionales intervinientes tendrán que actuar bajo supervisión del mediador y tendrán que estar inscritas en el Registro Nacional de Mediación en el capítulo correspondiente al Registro de Profesionales Asistentes organizado por el Ministerio de Justicia.

Multas por Incomparecencia: el Art. 28 de la nueva Ley obligatoria establece multas por incomparecencia para todo tipo de mediaciones, sean oficiales o privadas. Este agregado cobra importancia significativa en la práctica de la mediación al establecer la multa por incomparecencia para todas las mediaciones sin distinción, a diferencia de lo que ocurría con la anterior Ley en la cual solo era aplicable a las mediaciones oficiales o de sorteo y no así a las privadas en las cuales la incomparecencia no era multada y carecía de efectos jurídicos.

Creación del Registro Nacional de Mediación: La nueva ley contempla la conformación del Registro, el cual es organizado por el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. Se compone de cuatro capítulos:

a) Registro de Mediadores; **b)** Registro de Centros de Mediación; **c)** Registro de profesionales asistentes; y, **d)** Registro de Entidades Formadoras. Todos los mediadores inscritos mediante la anterior Ley 24.573 tuvieron el deber de manifestar dentro de los noventa (90) días de publicada la nueva Ley, su voluntad de mantener su inscripción en el Registro Nacional de Mediación de la forma establecida reglamentariamente.

Es importante mencionar que el Registro de Mediadores está facultado a destruir toda documentación relativa a mediadores o entidades formadoras que hubieren renunciado o se los hubiere dado de baja en los diversos Registros creados por esta nueva ley o anteriores a ella, luego de transcurrido un año desde la notificación del acto administrativo, lo que puede ser inconveniente en una investigación del órgano contralor.

Estas reflexiones hechas en el marco de la experiencia comparada de la mediación como asunto de interés público, y su implementación, son objeto de estudio de la presente investigación para su aplicación. Siendo la legislación Argentina una de las principales fuentes del presente trabajo, es procedente analizar los datos y especialmente el pronunciamiento del Ministro de Justicia:

Luego de la consulta que realizó el Colegio de Abogados entre sus colegiados en torno a la mediación obligatoria, en la cual un 80% de los votantes se expresaron por la negativa, Héctor Superti, Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Santa Fe, opinó por la emisora universitaria sobre la norma que impulsó el gobierno provincial.

Expresó que *“estamos absolutamente convencidos que la incorporación de la mediación obligatoria, en cuestiones civiles y comerciales, es una medida imprescindible para el presente y el futuro. La carga de trabajo que tendrán los tribunales si esta norma no se sanciona será insostenible”*.

Además, Héctor Superti agregó que *“desde hace 30 años, se verificó que cuando hay un conflicto el Estado tiene otra forma de resolverlo, evitando la vía judicial. Hay personas que pueden ayudar a las partes a recomponer la relación, mediante técnicas profesionales. La mediación puede ser más rápida y económica para las partes, es una solución pacificadora y es mucho más barata para el Estado”*.

“Si en Santa Fe se llegara aplicar la mediación obligatoria prejudicial, el gerenciamiento del sistema tendría un costo anual de 3 millones de pesos. A esto hay que compararlo con los 600 millones de pesos que nos cuesta el funcionamiento del poder judicial en la provincia”, subrayó el ministro de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Santa Fe.

Consultado sobre si hay estadísticas del porcentaje de causas que se resuelven con la mediación en lugares donde la norma está vigente, Héctor Superti manifestó que *“si tomamos la referencia de la ciudad autónoma de Buenos Aires, donde la mediación obligatoria funciona desde hace 15 años, nos enteramos que el 70% de las causas se resuelven en esta instancia pre judicial y solo el 30% llega a juicio. En otros países, el porcentaje de solución de conflictos por mediación es superior”*.

Finalmente, el ministro de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Santa Fe remarcó que *“tenemos que tomar conciencia que por la densidad demográfica y por la cantidad de conflictos existentes, estamos obligados a desarrollar estos caminos no adversariales porque los tribunales existentes no van a dar abasto. Una de las formas*

de mejorar la Justicia es instrumentando la mediación obligatoria. De los cinco Colegios de Abogados de la provincia, solo el de Santa Fe se opone a la mediación obligatoria”.⁵⁹

4.3 La Experiencia Norteamericana (Estados Unidos)

Los Estados Unidos han tenido éxito en la implementación de los MASC o ADRs (por sus siglas en inglés), a más de su influencia histórica y hegemónica.

Para comprender esta premisa debemos advertir que actualmente los sistemas jurídicos se relacionan directamente, sea por imposición económica, sea por fundamentación de principios.

En este mundo de globalización y transnacionalización del Derecho, el Ecuador ha iniciado una tarea de absorción de instituciones tanto del sistema anglosajón como del sistema neoromanista. Dentro de este esquema histórico hemos adoptado los métodos alternativos, lamentablemente se nos ha olvidado el proceso previo de preparar a los actores no solo judiciales, sino a la gran masa de ciudadanos, esa es una de las razones por las cuales en los países de primer mundo los métodos alternativos se aplican prácticamente en todas las materias, incluyendo la rama penal. Tampoco debemos olvidar que aspectos cruciales como la cultura y los valores nacionales, los procesos de construcción y formulación normativa.

La experiencia norteamericana es muy diversa, pues cada Estado presenta métodos alternativos distintos. Podríamos decir que Estados Unidos ha creado nuevos métodos alternativos y que nosotros recién estamos viviendo los métodos tradicionales como el arbitraje y la mediación; allá aparecen métodos tan novedosos, propios de su avance tecnológico y apertura iusfilosófica, como el mini – juicio o mini – trial, referido a un intercambio de ideas facilitado por un tercero neutral quien esgrime, en la gran mayoría de los casos, una opinión no vinculante sobre el resultado

⁵⁹SUPERTI, Héctor, Ministro de Justicia, Pronunciamiento acerca de la obligatoriedad de la mediación en Santa fé, emisora universitaria, 2011, en <http://www.derf.com.ar/despachos.asp>, última fecha de consulta 11 de mayo de 2011.

que hipotéticamente tendría el asunto en caso de recurrirse a la vía judicial; la evaluación temprana neutral "*early neutral evaluation*", un novedoso sistema anexo a la función judicial dirigido por un experto en el tema del conflicto; el juicio por jurados abreviados "*summary jury trial*", método que intenta fomentar una negociación directa entre las partes o estimularlas a optar por la mediación, pues muestran las posibles consecuencias y riesgos de una solución interpuesta por un tercero; jueces privados "*private judging*" y algunas otras combinaciones y variantes de arbitraje y mediación.

Dentro de esta variedad, la experiencia de la llamada "*Multidoor Courthouse*" o Corte de Múltiples Puertas, es muy interesante, pues es un sistema concebido como un centro judicial donde el reclamo ingresa en el tribunal y un funcionario asesora a las partes sobre las diferentes alternativas para que voluntariamente elijan: arbitraje, mediación, evaluadores neutrales, juicio abreviado, entre otros. Si ninguna de estas variantes es posible, queda naturalmente disponible el proceso regular o tradicional.

Una experiencia que ha tenido cierta influencia en el Ecuador es la relacionada con los "*Community Boards*", desarrollada con buenos resultados en California. Esta modalidad guarda relación con todo lo referente a la mediación comunitaria, especialmente en el ámbito vecinal, pues ayuda a que la gente común y corriente se relacione con el sistema de justicia, incentivando la formación de la responsabilidad ciudadana, de una sociedad civil participativa y responsable. Nosotros debemos aprender este concepto, pues actualmente no es adecuado ni responsable por la falta de un Reglamento a la LAYM que viabilice y delimite su aplicación.

La sociedad civil debe necesariamente aprender derechos y obligaciones, y tiene la obligación moral, de ser responsable, los métodos alternativos seguramente serán de gran utilidad para lograr cristalizar este reto.

La experiencia ha sido el establecimiento de centros de conciliación en barrios suburbanos de gran conflictividad y en áreas rurales de difícil acceso en gran coordinación con el sistema judicial regular.

Finalmente, observamos que se han multiplicado las organizaciones no gubernamentales y las universidades que ofrecen servicios alternativos de manejo de conflictos así como cursos de especialización en todos los niveles.

De lo visto, se debe concluir que en el Ecuador se requiere que prospere un debate apropiado para lograr una verdadera introducción a los MASC dentro del sistema jurídico, siendo la universidad responsable directa para que estos y la mediación no sean una mera extensión de la práctica legal o una simple terapia, sino que servirán para iniciar un camino hacia una teoría nacional de estos mecanismos tan útiles.⁶⁰

4.3.1. PANORAMA GENERAL DE LA MEDIACIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS. El siguiente análisis por el ya citado Robert A. Goodin, nos da una visión realista y contemporánea de la mediación en la primera potencia mundial, Estados Unidos, así:

Actualmente, la mediación tal vez sea el más popular de los procedimientos de solución alternativa de controversias, que están revolucionando la tramitación de los casos en el sistema judicial de Estados Unidos.

Para finales de la década de los ochenta y en particular durante la década de los noventa, se ha ido recurriendo cada vez más a la mediación en todo tipo de casos civiles. De hecho, en Estados Unidos, es actualmente el procedimiento de solución alternativa de controversias preferido por los litigantes en causas civiles. Además, debido a su flexibilidad, se la utiliza no sólo en causas civiles, sino también en causas penales y en apelaciones.

La mediación en los tribunales. *Numerosos tribunales de Estados Unidos, tanto federales como estatales, tienen programas de mediación. Estos programas se empezaron a propagar, sobre todo, a raíz de la promulgación de la Ley de Reforma de la Justicia Civil de 1990 (PL 101-650), según la cual se exige a los tribunales federales diseñar y aplicar programas de solución alternativa de controversias.*

⁶⁰ Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia en el Ecuador, *Gestión Alternativa del Conflicto*, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de las Américas, UDLA – ProJusticia, 2001, pp. 70 – 73.

La mediación se presenta normalmente en uno de los dos contextos de la litigación en Estados Unidos. El primero es el de la mediación ordenada por los tribunales. Por lo general, estos tribunales mantienen un equipo de mediadores aprobados que ofrecen sus servicios a las partes en litigio, bien sea a petición del tribunal o de las partes mismas.

El segundo contexto en el que se presenta la mediación es el privado. En estos casos, las partes en una controversia se deciden por la vía de la mediación y seleccionan a un mediador entre los numerosos que han entrado en esa actividad y ofrecen sus servicios.

La mediación como técnica de solución de controversias empezó a utilizarse por primera vez en el derecho de familia, probablemente porque la índole de las emociones involucradas en esos casos a menudo provoca graves problemas en la negociación de posiciones y porque las partes, quieran o no, se ven con frecuencia obligadas a seguir manteniendo una relación a causa de los hijos.

El valor de la mediación como instrumento de solución de controversias en el derecho de familia no tardó en ser reconocido, y tanto los tribunales como los litigantes pronto se percataron de que su uso no estaba limitado a las disputas familiares, sino que se podía aplicar también a otros litigios civiles.

Los motivos de la creciente popularidad de la mediación en todos los sectores de los procedimientos contenciosos civiles son abundantemente evidentes:

• *La mediación no es amenazadora. El hecho de que no imponga obligaciones permite a los clientes controlar el resultado.*

• *La mediación es relativamente barata. La mayoría de las sesiones no duran más de uno o dos días.*

• *La mediación da resultados. La mayoría de los mediadores declaran tasas de éxito del 80 al 90 por ciento.*⁶¹

4.3.2. Otros aspectos de la Mediación en los Estados Unidos de Norteamérica

A continuación una variedad de autores de diversos países nos dan su parecer sobre la mediación en Estados Unidos.

La mediación entre otros procedimientos alternativos de solución de conflictos es institucional; es decir, en el problema de administración de justicia, el Estado asume como una verdadera obligación de resolverlo y controlarlo, así como los excesos que la sociedad pueda tener en determinados momentos.

El Dr. Alberto Wray sostiene que a manera de ensayo se viene practicando en los Estados Unidos desde 1976 modos alternativos para resolver los conflictos tomando en cuenta la insatisfacción popular de la administración de justicia y pese a que en este país existe una absoluta rigidez en la aplicación sobre todo de los códigos procesales (la oralidad, la más destacable) para juzgamiento de asuntos penales, la pena de muerte, cadena perpetua, etc., sin embargo como en cualquier otro país la complejidad de administrar justicia es latente en todas partes del mundo. Los pueblos cuando presentan sus primeras manifestaciones de organización, aparentemente no tienen vida, son inertes, pero, a medida que van creciendo y desarrollándose surge la necesidad de implementar tanto normas estatales, como funciones propias de un Estado civilizado; este mismo Estado se ve en la necesidad de crear normas y leyes para que garanticen su estabilidad y la interrelación de sus habitantes. En definitiva a medida que la sociedad va creciendo, las leyes tienen que ir evolucionando, sin ser la excepción el sistema de administración de justicia.

⁶¹GOODIN, Robert A., *PANORAMA GENERAL DE LA SOLUCION ALTERNATIVA DE CONTROVERSIAS*, Department of State, IIP, *Signes of Democracy*, en <http://usinfo.org/mirror/usinfo.state.gov/journals>, última fecha de consulta febrero de 2011.

De allí la importancia de tomar en cuenta el criterio del Dr. Alberto Wray con respecto a la mediación en Estados Unidos: *“La preocupación actual de los llamados medios alternativos de solución de conflictos proviene, en 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”. Sanders presentó una ponencia titulada “Variedad de solución de conflictos”, en la cual desarrolló la idea de una “corte de múltiples puertas” (multidoor courthouse). La idea central es que en toda pretensión subyace el interés por alcanzar solución a un conflicto, siendo el juicio y la sentencia solo medios para lograrlo. Si lo que importa es la consecución del fin, resuelta legítimo sustituir el medio por otro más eficaz o idóneo, de manera que la demanda, luego de un somero análisis por expertos, podría remitirse, según las características del caso, a un procedimiento de mediación, al conocimiento de árbitros, a distintas modalidades de juicios abreviados “mini trial” o a un juicio regular. La idea, recogida por la poderosa entidad gremial de 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 someter sus diferencias 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.

Otra innovación interesante es lo relacionado con el establecimiento de centros de conciliación tanto en 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, solo uno de cada cinco vuelve a la corte para continuar el proceso normal.”⁶²

De igual manera *Adriana Waigmaister* brinda un aporte importante sobre la mediación norteamericana, cuando dice: *“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 una hora y media por acto celebrado. Algunas estadísticas señalan que sobre los 4000 pleitos, un 82% logran conciliar.”⁶³* Dentro de la gran variedad de MASC que son utilizados en los diferentes Estados americanos, la experiencia de la llamada *“Multidoor Courthouse”* o Corte de Múltiples Puertas, es muy interesante, pues es un sistema concebido como un centro judicial donde el reclamo ingresa en el tribunal y un funcionario asesora a las partes sobre las diferentes alternativas para que voluntariamente elijan: arbitraje, mediación, evaluadores neutrales, juicio abreviado, entre otros. Si ninguna de estas variantes es posible, queda naturalmente disponible el proceso regular o tradicional.

Macarena Vargas Pavez, profesora e investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, dentro de la revista legal *“Valdivia”*, nos remite en su estudio un dato muy interesante sobre los resultados de la mediación obligatoria en comparación a la voluntaria, así:

“Existe escasa evidencia empírica acerca sobre las diferencias entre la mediación obligatoria y la voluntaria y el impacto de ellas en el sistema de administración de justicia y en los usuarios. Tuve acceso a revisar bibliografía relativa a dos estudios realizados en la década de los noventa en Estados Unidos, que difieren en la metodología empleada, pero que arrojan luces sobre el tema. Uno de ellos que indagó sobre el tratamiento de los casos y los niveles de acuerdo de una experiencia de Multi-Door Courthouse del Estado de Massachusetts muestra que a los programas de mediación voluntaria ingresa un número inferior de casos que a los de mediación obligatoria, pero que los primeros muestran índices más altos de satisfacción y de

⁶² WRAY, Alberto, en *“Ruptura”*: Revista Anual, N°37, Quito, Año XLV, tomo 3, 94, Asociación Escuela de Derecho PUCE, octubre de 1994.

⁶³ WAIGMAISTER, Adriana, *Mediación Familiar*, Enciclopedia de Derecho Familiar, Buenos Aires Ed. Buenos Aires, , 1ª. ed., 1994, tomo III, p. 87.

acuerdos. El otro –sobre la base de encuestas enviadas por correo a los actores de procesos de mediación (partes, abogados y mediadores) – revela que el nivel de acuerdos no sufrió variaciones sustanciales según se trataba de mediación voluntaria u obligatoria (79% v/s 76%), lo que a juicio de los autores demuestra que la mediación es tan exitosa en uno como en otro caso.”⁶⁴

Es necesario aclarar que el menor índice de satisfacción en los acuerdos en el sistema de mediación obligatoria se puede deber a muchos factores que no necesariamente indican su desventaja frente al sistema voluntario como se aprecia del nivel de cumplimiento de los acuerdos citados por la misma catedrática, estos factores pueden ser: una arraigada cultura litigante en la sociedad, la formación litigante de los abogados, la poca difusión de la herramienta en varios sectores especialmente: la escuela, colegio, universidad, en los funcionarios públicos, colegios profesionales, etc., el mal asesoramiento de algunos abogados hacia sus clientes en ir a juicio para ganar más honorarios profesionales, etc.

⁶⁴VARGAS PAVEZ, Macarena, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, Revista legal “Valdivia” en www.scielo.cl/scielo, última fecha de consulta 12 de mayo de 2011.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las principales **Conclusiones** encontradas al final de la investigación son las siguientes:

1. La mediación asocia a las partes en la búsqueda de una solución al conflicto, para concretar esfuerzos en restablecer los canales de comunicación, poniendo así a las partes en condiciones de superar el conflicto, haciéndolas artífices de la solución y las consecuencias que acarrea el haber llegado a ella, consolidando las relaciones de las partes para el futuro, llevando el nivel de solución más allá del simplemente ganador-perdedor de la justicia convencional.

El sustento de que la mediación puede ser implementada como requisito previo para los casos de interés público como la contratación pública tiene su fundamento principalmente en tres aspectos: 1) Los índices de efectividad en su aplicación en la legislación internacional, específicamente en Argentina (ver estadísticas Poder Judicial de la Nación, Anexo 1) y USA (Ley que reformó la Justicia Civil de 1990 – PL101-650); 2) Las estadísticas de crecimiento y de efectividad de los Centros de Mediación a nivel nacional, los mismos que fueron proporcionados por el Consejo Nacional de la Judicatura de Ecuador(ver anexo 1); y, 3) El resultado de las encuestas aplicadas a los estudiantes y docentes del último año de Derecho de tres universidades de la capital: PUCE, UDLA y UNIBE. (Ver anexo 4 especialmente gráficos 3 y 9)

2. Los MASC y en especial la mediación como se puede apreciar de los cuadros estadísticos y las expresiones vertidas en las entrevistas a Directores de Centros de Mediación de la ciudad de Quito (véase los Anexos 2 y 4)va en aumento constante y el grado de cumplimiento de las actas es bastante significativo, en parte porque son las mismas partes quienes concretan la solución, además de la fuerza de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada que caracteriza al Acta de Mediación (sea total o parcial), sin embargo por el número de actas y mediaciones no podríamos concluir que con esto se ha descongestionado de manera considerable el sistema de administración de

justicia en el país o que las personas conocen de la herramienta e intentan solucionar sus problemas de índole administrativo o judicial cualquiera que éstas fueren de manera pacífica teniendo como primera opción el diálogo, se requiere darle un impulso mucho mayor a través de una reforma a la actual Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, que esté bajo los preceptos y puntos de análisis del proyecto de Ley reformativa del presente trabajo de investigación (ver anexo 3).

Los resultados de la encuestas a los estudiantes y docentes de la carrera de Derecho aplicadas en la PUCE, UDLA y UNIBE, confirman la posibilidad de que la mediación con la característica de requisito previo sí podría constituirse en una vía para descongestionar el actual sistema de administración de justicia de una manera considerable.

3. Los pronunciamientos de los estudiantes de Derecho y abogados a los que se les ha aplicado las encuestas no solo evidencian la necesidad de que el Estado difunda y promueva una herramienta constitucional y legalmente reconocida como la mediación sino que se prepare a los diferentes funcionarios públicos y agentes de justicia para que ésta sea aplicada como requisito previo para resolver problemas que son de interés público como la contratación pública, preparación que comprende una inversión estatal y capacitación integral en todo nivel de formación.

4. Datos los resultados de los estudios de percepción de la consultora ISVOS contratada por ProJusticia en 2007 y 2010, refleja que la actual administración de justicia presenta un virtual colapso, consecuencia de una extrema demora en el despacho, lo que preocupa y hace difícil concretar el buen vivir contemplado en la Constitución, constituyéndose el bien común y la justicia un ideal cada vez más difícil de alcanzar.

Lejos de mejorar, con el pasar del tiempo las personas han apreciado un sistema lento y no confiable. Las argucias de algunos abogados, permitidas por el mismo sistema además de dilatar los procesos han abierto más la brecha entre el ser y el deber ser de una justicia que pide cambios radicales. La mediación como requisito previo ha sido considerada por los encuestados de esta investigación como un

método idóneo para solucionar efectivamente los problemas entre el Estado y los particulares, incorporándose a los conflictos en contratación pública como un caso de interés colectivo susceptible de ser solucionado con mediación.

5. El planteamiento de una propuesta de convertir a la mediación como un requisito obligatorio para darle un impulso a la figura, ha generado gran aceptación según los resultados de las encuestas (ver anexo 4) aunque sigue siendo un tema controversial entre los Directores de los Centros, especialmente para aquellos que le temen al cambio y sobre todo al cómo se implementará, ya que más allá de la experiencia en otros países importa mucho el cómo lo ajustemos a nuestra realidad, sin embargo las estadísticas internacionales como las de Argentina confirman la eficacia de la mediación con esta modalidad, esto sin mencionar la cantidad de países que han acogido a la herramienta como requisito previo sea en su generalidad o en determinadas materias como Niñez y Adolescencia.(Ver Anexo 1, estadísticas del Poder Judicial de la Nación)

6. Se puede concluir que, tomando en cuenta las entrevistas aplicadas hay un grave problema en el sistema de justicia, ya que más allá de la poca inversión económica estatal en el sector justicia, de falta de personal en los Centros de Mediación, la casi inexistente difusión a la ciudadanía de los MASC y la poca capacitación a los funcionarios del sector público sobre la existencia y utilización de la herramienta, se suma el temor de los funcionarios públicos que acuden a una audiencia de mediación ante una eventual glosa de la Contraloría General del Estado, por su actuación o más bien por el resultado de la misma, por lo que no se pueden concretar acuerdos y por lo tanto es difícil llegar a la suscripción de Actas de acuerdo total así como de acuerdo parcial, manteniéndose las de imposibilidad, estadísticas muy altas que no siempre son reflejadas por los Centros.

Ante el problema planteado, se ha propuesto en el presente trabajo la inclusión en las audiencias de mediación de representantes de la Contraloría y la Procuraduría para dar mayor validez y supervisar el acuerdo económico y jurídico en el proceso.

7. El Estado no ha dado un apoyo a los Centros de Mediación y en relación con el número de habitantes es marcada la necesidad de crear más, un ejemplo de ello es que en el país de las 72 universidades solo 4 cuentan con Centros de Mediación: la Universidad Católica del Ecuador, PUCE; Universidad Técnica Particular de Loja, UTPL; la Escuela Politécnica Ecológica Amazónica (ESPEA); y, la Universidad San Francisco de Quito, USFQ. La falta de un programa de seguimiento a los Centros creados, está relacionada con la realidad caracterizada por un debilitamiento orgánico e institucional hasta llegar a su definitivo cierre. Es decir, parecería que es necesario un proyecto de sostenibilidad, de ahí la importancia de capacitar a los funcionarios de los Centros en temas de administración, capacitación, difusión, plan anual de actividades, etc. Más preocupante es que no se sabe qué pasa con las actas cuando se cierra un Centro, sin mencionar que los Centros están ubicados discrecionalmente por quienes los dirigen y no en los sectores que presentan mayor conflictividad.

8. Se necesita que según lo propuesto en la Ley Reformatoria y en atención a lo sugerido por los Directores de los Centros de Mediación consultados en la entrevista aplicada en este estudio (Ver Anexo 2), se tomen en consideración los aspectos claves para su implementación, esto es, creación de Escuela y Registro Oficial de Mediadores, el financiamiento e infraestructura necesarios para su implementación, los servicios deben ser gratuitos, los mediadores en el sector público deben ser necesariamente abogados, se debe difundir y promocionar la herramienta a nivel de toda la ciudadanía y en especial a los funcionarios judiciales para que luego de capacitarse la usen. Por otro lado, se debe aumentar el presupuesto para la remuneración de los mediadores ya que hoy en día es muy simbólica y no están acordes a la formación profesional de los mediadores.

9. Hay poca o casi ninguna derivación de casos por parte de los jueces. Por lo que es prioritario socializar la mediación con los funcionarios judiciales e instar como política de Estado su utilización para la aplicación del Art. 190 de la Constitución.

10. Respecto de los Centros de Mediación del Estado, es decir de la Función Judicial, prestan un buen servicio y reportan uno de los mayores números de actas de acuerdo

total y parcial, sin embargo carecen del personal suficiente para atender la demanda de la población sin mencionar que necesitan una infraestructura adecuada. En Quito - por ejemplo-, actúan cuatro personas pero el caso más preocupante ocurre en Guayaquil en donde una persona cumple funciones de secretaria y de dirección, a la vez, por lo que esto amerita una intervención urgente del Consejo de la Judicatura.

11. Hay una gran aceptación de los estudiantes y docentes universitarios de Derecho acerca de la idea de implementar la mediación como requisito previo, y aunque la opinión de los Directores es dividida, más de la mitad de los entrevistados en el estudio coinciden con la iniciativa. A esto se suman las estadísticas internacionales de eficacia, especialmente de Argentina, país que después de 16 años de aplicarla le sigue apostando al sistema de mediación obligatoria y lo sigue mejorando.

12. Finalmente, se ha confirmado la hipótesis del presente trabajo de investigación, es decir, que sí es factible utilizar a la mediación como requisito previo para descongestionar a la justicia ordinaria en temas de interés público, como es el caso de la contratación pública. Los resultados de las encuestas confirmaron que aunque la mediación es un buen método y efectivo para solucionar problemas y su crecimiento es constante, su utilización ha sido insuficiente para descongestionar considerablemente el sistema de justicia, siendo necesaria su implementación con la característica de requisito previo a iniciar cualquier acción en la justicia convencional para que se produzca un cambio significativo que mejore el sistema.

RECOMENDACIONES:

1. Sugerimos implementar una reforma legal en la Codificación de la LAYM que incorpore a la mediación como una herramienta eficaz de solucionar los conflictos, la misma que deberá comprender varios ámbitos de acción para afrontar el conflicto desde la escuela, colegios, universidades, colegios de abogados, funcionarios judiciales, comunidades, etc.

2. En la reforma a la LAYM planteada (Anexo 3), aporte medular de la investigación, se debe agregar otros factores que por ser importantes se tornan claves para evitar su fracaso, entre ellos se encuentran:

a) Un cambio de mentalidad en la población en general y especialmente de los funcionarios públicos, la misma que debe empezar a forjarse desde la escuela, el colegio, la universidad, para lo cual convendría que el Estado implemente programas de mediación escolar, ya que es crucial construir un nuevo ciudadano con un abanico de posibilidades para llegar a conseguir su derecho en la Administración de la Justicia. El problema de la conflictividad es sin duda cultural, por lo que es recomendable establecer programas que incentiven el diálogo y la construcción de acuerdos que permanezcan en el tiempo.

b) Las universidades además de preparar abogados litigantes deben preparar abogados especialistas o con perfil en solución de conflictos, para ello no es suficiente incorporar una materia de MASC a la malla de estudio o pensum porque con sesenta u ochenta horas de preparación no se cambian cinco años de estudio en cómo litigar. El aumento de horas dedicadas a los MASC convendría que impliquen una práctica especializada, organizada con la eficacia y la experiencia indispensables. La preparación así concebida podría incorporar al título un énfasis o especialización en MASC.

3. Es recomendable además que el Estado incorpore como política la difusión y promoción de la mediación, evitando confundir el tema con propaganda esporádica o documentales que traigan como consecuencia incesantes llamadas a los Centros de Mediación, ya que no se trata de asesoría legal gratuita de los mismos sino más bien de una educación ciudadana para construir la mentalidad y la cultura del diálogo y de acuerdo para sustituir el litigio.

4. La implementación de la mediación como requisito previo no es una propuesta que se basa en un tema de moda o coyuntural, ya que la etapa de prueba para ella ya ha sido superada en países como Argentina, contándose al momento con estudios y resultados serios de cómo mejorarla, los mismos que han sido incorporados en la

propuesta de reformatoria de la Ley de Arbitraje y Mediación que proponemos en este trabajo investigativo. (Anexo 3)

5. La mediación como requisito previo requiere un apoyo financiero importante al sector Justicia, especialmente para la infraestructura necesaria de los Centros de Mediación y para la capacitación a todos los agentes de justicia involucrados en el sistema como: abogados, jueces, funcionarios judiciales, funcionarios públicos en general, entre otros, previa a su implementación y funcionamiento.

6. Se recomienda además que para dar impulso a la mediación en el sector público se dicten reglas claras de actuación a los funcionarios del Estado sobre las materia transigibles y la manera de proceder en una audiencia de mediación para que no los abrume el temor hacia una eventual glosa de la Contraloría General del Estado o la pérdida de su trabajo. Para ello deben trabajar conjuntamente los funcionarios de la Procuraduría General del Estado con los funcionarios de la Contraloría General del Estado en coordinación con el Centro de Mediación, en la aplicación de la normativa aplicable y deberían acudir a las audiencias de mediación y dar mayor tranquilidad a las partes que van a mediar. Además se debe dejar en claro el tema del límite de la confidencialidad, especialmente en temas de salud pública y seguridad nacional.

Se debe tener cuidado en no confundir el tener reglas claras para la mediación en el sector público con la burocratización del tema, que es algo a lo que no se quiere llegar jamás, así como tampoco perder la flexibilidad propia del proceso de mediación.

7. El Estado debe difundir y promocionar la Mediación a todo nivel, para lo cual debe contar con la ayuda asistencial de varios Ministerios como el de Educación, Justicia, Relaciones Laborales, Talento Humano, etc., para que coadyuven a implementarla, pero siempre se debe tener en cuenta que crear más centros de Mediación no soluciona el problema ya que el origen de la problemática es un asunto cultural y si no tomamos en cuenta las consideraciones antes mencionadas en el proyecto de reforma de Ley a la LAYM, podría tornarse infructuoso el esfuerzo.

8. Para contar con un personal capacitado en mediación en el sector público se debería contar con una Escuela de Formación de Mediadores así como un Registro oficial bajo los parámetros y observaciones hechas a lo largo de la investigación, para lo cual es importante tomar en cuenta el apoyo del sector privado, de los Centros de mediación, quienes hasta la fecha han venido estableciendo los estándares de capacitación, tanto en lo teórico como en lo práctico. El Estado requiere de la experiencia de profesionales que han tomado la posta y han realizado importantes aportes académicos para el fortalecimiento de la herramienta y más si se quiere implementar a la mediación como requisito previo obligatorio en temas de interés público como la contratación pública.

BIBLIOGRAFÍA:

Libros, artículos y revistas

1. BRANDONI, Florencia, Mediación Escolar, Propuestas, reflexiones y experiencias, Buenos Aires – Argentina, Edit. Paidós Educador, 1999.
2. COLEIRO, Juan Pedro; ROJAS A, Jorge, Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 1998.
3. EGUIGUREN, Genaro, (2001), Reajustes y Conflictos en los Contratos Públicos, Corporación Editora Nacional, UASB, Quito: Volumen 15, Serie Estatutos Jurídicos, 2001.
4. ERTEL, Danny, Resolución Alternativa de Conflictos, R.A.C., Proyecto de Negociación de Harvard, Ed. McGraw Hill, 1996.
5. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo y Otros, Una nota sobre el interés público como concepto jurídico indeterminado, CIVITAS, Revista Española de Derecho Administrativo, Nro. 89, enero-marzo, Editorial Civitas, 1996.
6. GARCÍA RODRÍGUEZ, Franklin, La conciliación en derecho administrativo, ¿un reto para la justicia administrativa?, Bogotá, primera edición, Departamento de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, 2004.
7. GROVER DUFFY, Karen, La Mediación y sus contextos de aplicación, Buenos Aires – Argentina, 1ª edición, 1996.
8. HERNÁNDEZ, Pedro Alfonso, “Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia”, 3ra ed., Medellín, Librería Jurídica Sánchez, 2002.
9. JHONSON W. David y JHONSON T, Roger, Cómo reducir la violencia en las escuelas. Ediciones Paidos Educador, 1999.
10. Justicia y Sociedad, Hacia un mejor servicio público de justicia, División de Desarrollo de la Gestión y Gobernabilidad, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, España, publicación semestral, 1999.
11. MOROCHO MONCAYO, Jorge, La Mediación y la Conciliación en la Legislación Civil Ecuatoriana, Riobamba, Ed. EDIOCENTRO, 1ª. ed., 2004.
12. NAN ARON: Libertad y justicia para todos, El derecho de interés público y su futuro cercano, en Alliance for justice. Westview Press, Colorado, 1989.
13. Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia, Gestión Alternativa del Conflicto, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de las Américas – ProJusticia, 2001.
14. THRUSH, Arlin R., PUBLIC HEALTH AND SAFETY HAZARDS VERSUS CONFIDENTIALITY: EXPANDING THE MEDIATION DOOR OF THE MULTI-DOOR COURTHOUSE, Copr., en Journals of Dispute Resolution, University of Missury-USA, 1994.

15. The Law and Public Policy Committee of the Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR), Report N° 1, "Mandated participation and settlement coercion: dispute resolution as it relates to the courts", en Nolan-Halley, J., *Alternative Dispute Resolution*, West Publishing Company, Minnesota, 1991.
16. WAIGMAISTER, Adriana, "Mediación Familiar", *Enciclopedia de Derecho Familiar*, Ed. Universidad de Buenos Aires, tomo III, 1994.
17. VARGAS PAVEZ, Macarena, *MEDIACIÓN OBLIGATORIA. ALGUNAS RAZONES PARA JUSTIFICAR SU INCORPORACIÓN*, *Revista de Derecho Valdivia*, 2009.
18. VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, *Algunos Apuntes Preliminares y Doctrinarios Sobre La Mediación*, Quito, CIDES NED, 2004, 1ª. ed.
19. WRAY, Alberto, *Revista Anual "Ruptura"*, Asociación Escuela de Derecho PUCE, Quito, Año XLV, N° 37, tomo 3.
20. Pág. Web
21. ABA/USAI, Proyecto para la Mediación en México, (2002), en www.mediaciónenmexico.org.
22. *El Proceso de Mediación*, Ed. Granica, 1995, Buenos Aires – Argentina, en www.conflictología.net
23. GOODIN, Robert A., *PANORAMA GENERAL DE LA SOLUCION ALTERNATIVA DE CONTROVERSIAS*, Department of State, IIP, *Sigues of Democracy*, <http://usinfo.org/mirror/usinfo.state.gov/journals/itdhr/1299/ijds/goodin.htm>.
24. www.mediacionnegociada.com, última fecha de consulta 13 de marzo de 2011.
25. MOORE, C, (1986), *El Proceso de Mediación*, Ed. Granica, 1995, Buenos Aires – Argentina, en www.conflictología.net.
26. ZURITA GIL, Eduardo, *La mediación en la Constitución y la ley*, en www.petroecuador.com.ec.
27. www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judiciales/PAGINAS/D.Trabajo
28. www.solucione negociada.com
29. www.mediacionarbitraje.eu
30. www.derechoecuador.com/index.php?option=com
31. www.derf.com.ar/despachos.asp
32. www.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/boletines/especiales
33. <http://www.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/boletines/especiales>.
34. www.scielo.cl/scielo
35. www.derf.com.ar/despachos.asp
36. Leyes consultadas
37. *Constitución de la República del Ecuador*, Corporación de Estudios de Estudios y Publicaciones, 2008.

38. Codificación Ley de Arbitraje y Mediación, Corporación de Estudios de Estudios y Publicaciones, 2009.
39. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, Reglamento General a la LOSNCP.
40. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.
41. Ley de Defensa del consumidor.
42. Código de la Niñez y Adolescencia.
43. Ley Orgánica de la Función Judicial.