

UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS

FACULTAD DE DERECHO

LA MEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Trabajo de titulación presentado en conformidad a los requisitos para obtener el título de Doctor en Jurisprudencia

Dr. Paúl Corral Ponce

Ab. Ana Cristina Gutiérrez Yerovi

2004

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, que son el impulso de tenacidad y esfuerzo en la vida, ayudándome siempre a cumplir con mis ambiciones y objetivos. Enseñándome que hay que persistir y luchar por lo que uno quiere para conseguirlo, sólo sintiendo que realmente lo quieres y teniendo fé, porque Dios nos guía.

A mis hermanos, que estando lejos siempre se encuentran cerca de mí, apoyándome e incentivándome a seguir adelante.

A todos mis profesores, que me enseñaron con sabiduría y paciencia "el arte" del derecho, en especial a mi querido Doctor Larreategui, que más que un profesor, es un verdadero amigo lleno de vida, energía y cariño.

A todos mis amigos, compañeros y familia por creer en mi y ser parte de mi orgullo.

Dios me guía y tu me amas
Gracias por tu paciencia y tu apoyo
Para ti

RESUMEN EJECUTIVO

En los albores del siglo XXI y dada la complejidad de la vida, tenemos que orientarnos hacia nuevas teorías de conflicto que no estén ceñidas por el positivismo lógico sino que sean sensibles al contexto, a la interacción, a la cultura, al poder y al discurso.

La mediación atiende más a los valores individuales de las partes en conflicto y se proyecta con soluciones dinámicas hacia el futuro. La mediación es un instrumento que mejora la justicia y fomenta la paz social a través del diálogo, de la comunicación directa para resolver conflictos.

El ofrecer un espectro más amplio de opciones para solucionar conflictos, brindando acceso a un proceso alternativo al tradicional, que puede incrementar la satisfacción y el protagonismo de las partes en la búsqueda de la solución a su disputa, es lo que ofrece la mediación como desafío para convertir la cultura del litigio a una cultura de diálogo.

El ampliar el marco de opciones para resolución de conflictos, posibilitando economía de tiempo y costos, partiendo de un servicio de excelencia para lograr la satisfacción de las partes, teórica y prácticamente es más provechosa para el bienestar social. La mediación ofrece un entorno y clima adecuado para resolver los intereses y conflictos, así como también ofrece a las partes la oportunidad de llegar a un acuerdo de necesidades.

Con la mediación se busca la promoción del Principio Filosófico de Paz, filosofía que nace de una cultura de consideración, respeto, intercambio y colaboración; filosofía - cultura que apunta a superar disputas; consecuentemente, es una forma pacífica y beneficiosa de desafiar problemas.

Lo que nos interesa realmente es conocer un poco más en profundidad cuales son los elementos de los procesos de negociación y mediación que puedan aportar sugerencias para el tratamiento de una gran diversidad de conflictos, tanto domésticos como internacionales, porque su conocimiento nos proporcionará elementos sumamente importantes para entender el porqué de nuestras diferencias, cómo superarlas mediante el diálogo y orientar de esta forma el trabajo de construcción de una cultura de paz.

La comparación con la legislación argentina y colombiana, no es más que una graficación al sistema de mediación ecuatoriano, para conocer sus fortalezas y debilidades. Es importante destacar el hecho de una comparación, ya que de ella se analizarán factores determinantes de cambio para mejorar un sistema que beneficia a todos y en especial enriquece el espíritu y crea una forma de vida de paz.

INDICE

CAPITULO I

TEORIAS BASES DEL MANEJO DE CONFLICTOS

CONCEPTO DEL CONFLICTO	1
1. Teoría del Conflicto	4
2. Teoría de la Comunicación	6
3. Inteligencia para el Manejo del Conflicto	7
4. Estrategias para Resolver Conflictos	10

CAPITULO II

ASPECTOS GENERALES DE LA MEDIACIÓN

1. Introducción	12
2. Clasificación de los Métodos Alternos de Solución de Controversias	
2.1 Negociación	17
2.2 Conciliación	20
2.3 Mediación	22
2.4 Arbitraje	24
3. Aspectos Socioculturales de los Métodos Alternos a la Solución de Conflictos – MASC	27

CAPITULO III

FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. NEGOCIACIÓN

1.1 Teoría de la Negociación	30
1.2 Negociación por principios. Escuela de Harvard	32
1.3 Estrategias de la Negociación	41
1.4 El Negociador y el Mediador	43
1.5 Estilos y Modelos de Negociación	44

2. MEDIACIÓN

2.1 El mediador y la Mediación

2.1.1.1	La Persona del mediador	48
2.1.1.2	El Proceso de Mediación	53
2.1.1.3	Mediación y cambio cultural	57

3. ASPECTOS CONEXOS DE LA MEDIACIÓN

3.1	Rol del Abogado en la Mediación	60
3.2	Disposiciones legales sobre Mediación	63

CAPITULO IV

MEDIACIÓN EN EL ECUADOR

1.	Mediación, Base Legal	68
2.	El Proceso de la Mediación	
2.1	Formas de Acceder: Por derivación, Proceso Individual y como parte de un proceso arbitral	75

CAPITULO V

MEDIACIÓN INTERNACIONAL COMPARADA

LEY ARGENTINA

1.	Mediación en Argentina, Base Legal	82
2.	El Proceso de la Mediación	89

LEY COLOMBIANA

1.	Mediación en Colombia, Base Legal	92
2.	Proceso de Conciliación Colombiano	97

CAPITULO VI

TIPOS DE MEDIACION

1.	Mediación Familiar	102
2.	Mediación Comercial Empresarial	107
3.	Negociación y Mediación Laboral	113
4.	Mediación Ambiental	115

5. Mediación Escolar	119
6. Mediación en el Sector Público	121
7. Mediación Comunitaria	125
8. Mediación En Materia De Propiedad Intelectual	128
CAPITULO VII	
CONCLUSIONES	131
ESTADÍSTICAS	133
RECOMENDACIONES	141
PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN	146
CAPITULO VIII	
BIBLIOGRAFÍA	151
ANEXOS	155

INTRODUCCIÓN

El objetivo principal que estimula la investigación y el análisis de la Legislación de la Mediación en el Ecuador comparada con otras legislaciones sobre mediación, como el caso argentino y colombiano, es generar mayor atención e interés en este método para resolver conflictos, que ha tenido una gran aceptación a nivel nacional e internacional.

La mediación nos ofrece un espectro más amplio de opciones para solucionar conflictos, brindando acceso a un proceso alternativo al tradicional, que puede incrementar la satisfacción y el protagonismo de las partes en la búsqueda de la solución a su disputa. Y ampliar el marco de opciones para resolución de conflictos, posibilitando economía de tiempo y costos, partiendo de un servicio de excelencia para lograr la satisfacción de las partes.

Comenzar a interesarse por el proceso de mediación implica adentrarse en un tema apasionante. El auge que su estudio y práctica tiene entre nosotros augura un desarrollo teórico y práctico muy promisorio.

Se trata de una técnica engañosamente fácil. Hemos escuchado decir a muchos abogados, contadores, terapeutas, que siempre han sido mediadores en el ejercicio profesional y, por lo tanto, se consideran ya mediadores. Sin embargo, pienso que es tan grande el cambio de perspectiva que implica ser mediador, que ésta es una disciplina diferente.

El análisis y estudio que desarrollo en este trabajo es, buscar el reconocimiento de la mediación como un método que ofrece un entorno y clima adecuado para resolver los intereses y conflictos, así como también ofrece a las partes la oportunidad de llegar a un acuerdo de necesidades.

El centralizar una nueva mirada a los conflictos que implica atender, entender y actuar sobre ese tipo de situaciones, cambiar la actitud frente a los problemas y adoptar una cultura de paz basada en el sistema jurídico vigente, es ya un método que se ha desarrollado en otros países pioneros, que lo han adoptado hace ya casi veinte años.

La práctica, el cotejo de experiencias, las discusiones teóricas, permitirán con el tiempo encontrar el modelo o los modelos propios que más se adecuen al estilo de cada región o país. Parece útil analizar un esquema, comprenderlo, experimentarlo y luego adaptarlo a la realidad en la que se va a aplicar, por ello, con el presente trabajo se busca optimizar, centralizar y reconocer las fortalezas y debilidades de la mediación en el Ecuador a través de la comparación con la legislación argentina y colombiana.

Al existir toda una gama de estilos personales, tanto del mediador como de las partes, casos de diversa complejidad, distintos ámbitos en los que se plantea el conflicto, se pueden elegir distintas variantes.

No hay duda de que las características del país, la forma como está organizada la comunidad y su componente étnico son variables para tomar en cuenta cuando se piensa en generalizar el uso de la mediación. En este sentido, se plantea con frecuencia la pregunta de si los ecuatorianos somos más litigiosos que los estadounidenses, argentinos, colombianos y, por lo tanto, si seremos más reacios a adoptar esta alternativa. Ésta es una incógnita que podrá ser develada dentro de unos años cuando evaluemos nuestra experiencia, y como lo estamos sintiendo con la experiencia de los Centros de Mediación adscritos a la Función Judicial en el Ecuador.

Lo que me interesa realmente es conocer un poco más en profundidad cuales son los elementos de los procesos de negociación y mediación que puedan aportar sugerencias para el tratamiento de una gran diversidad de conflictos, tanto domésticos como internacionales, porque su conocimiento nos proporcionará elementos sumamente importantes para entender el porqué de nuestras diferencias, cómo superarlas mediante el diálogo y orientar de esta forma el trabajo de construcción de una cultura de paz.

Mi presunción es que cuando se conozcan las ventajas de la mediación en cuanto a rapidez, versatilidad y participación, se transformará con naturalidad en una alternativa posible de resolución de conflictos.

CAPITULO I

TEORIAS BASES DEL MANEJO DE CONFLICTOS

CONCEPTO DE CONFLICTO

Analicemos algunos conceptos de conflicto:

*“El conflicto es un choque de intereses, valores, acciones o direcciones. El conflicto se refiere a la existencia del mencionado choque, a partir del momento que el choque ocurre. Incluso cuando existe un conflicto potencial, damos por sentado que hay un conflicto de dirección, aunque el choque todavía no haya ocurrido”.*¹

Como lo señalado anteriormente, el conflicto puede ser considerado como una confrontación, pelea o una batalla. Lo que se quiere mostrar es que el conflicto señala una oposición de ideas, intereses que pueden ser incompatibles.

Los intereses se los puede conceptuar con un sentido de valor o de necesidad. El conflicto surge cuando no parece haber una alternativa disponible que satisfaga las aspiraciones de las partes. En todos los procesos de resolución de conflictos, debemos tomar en cuenta a la comunicación, como su tratamiento.

¹ BONO, Edward, Conflictos una Mejor Manera de Resolverlos, Ed. Deusto, 1990, pg: 13

La resolución y el manejo del conflicto son dos funciones básicas que se tienen que tomar en cuenta en los MASC. Rummel ofrece un extenso análisis del conflicto, considerando que el ciclo de vida de un conflicto se divide en cinco fases: (1) el conflicto latente; (2) la iniciación del conflicto; (3) la búsqueda de equilibrio de poder; (4) el equilibrio de poder; y (5) la ruptura del equilibrio. Además nos ofrece una definición del conflicto que parece ser la más generalizada: "*Conflicto es el proceso de poderes que se encuentran y se equilibran*".

La innovación constante sobre la definición del conflicto tiene sus explicaciones: los conflictos adquieren diferente personalidad a medida que avanzan los años (los de ahora no pueden abordarse como los de la guerra fría). Quienes analizan los conflictos también evolucionan, el contacto entre teoría y observación directa es más intenso, y la influencia de otras disciplinas o maneras de ver también es más profundo, hoy que ayer.

El resultado de todo ello es un continuo proceso resumido en tres palabras que definen esta evolución en la forma de acercarse a los conflictos: resolución, gestión y transformación. El autor, Lederach resume así el significado de cada término:

- RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: Este concepto indica la necesidad de entender cómo el conflicto empieza y termina, y busca una convergencia de los intereses de los actores.

- GESTIÓN DE CONFLICTOS: Es un concepto que reconoce que el conflicto no puede resolverse en el sentido de librarse o deshacerse de él, y que pone énfasis en limitar las consecuencias destructivas del conflicto. Es un concepto que no recoge el sentido amplio de pacificación, y se limita a los aspectos técnicos y prácticos del esfuerzo. Intenta realinear las divergencias.

- TRANSFORMACIÓN DE CONFLICTOS: Se refiere a la naturaleza dialéctica del conflicto. El conflicto social es un fenómeno de la creación humana que forma parte natural de las relaciones humanas. El conflicto puede tener patrones destructivos que pueden ser canalizados hacia una expresión constructiva. La transformación es un concepto descriptivo de la dinámica del conflicto, al tiempo que es prescriptivo de todos los propósitos que persigue la construcción de la paz, tanto en lo relativo a cambiar los patrones de relaciones destructivas como de buscar un cambio del sistema. La transformación sugiere una comprensión dinámica del conflicto, en el sentido de que puede moverse en direcciones constructivas o destructivas.

1. Teoría del conflicto

El estudio del conflicto se remonta a la antigua Grecia y puede seguirse su evolución a través de las distintas culturas. Pruitt y Rubbin, definen al conflicto como, *“divergencia percibida de intereses o creencias, que hace que las aspiraciones corrientes de las partes no puedan ser alcanzadas simultáneamente”*.

Las áreas de trabajo, en esta teoría, principalmente son:

- Análisis del Conflicto
- Estático
- Dinámico
- Previsión o Anticipación del Conflicto
- Prevención del Conflicto
- Manejo del Conflicto
- Resolución del Conflicto
- Terminación del Conflicto²

El conflicto estático es aquel que no transcurre en el tiempo, aquel que se suscita por un tiempo determinado, no afectando más que a las partes involucradas. A diferencia del conflicto estático, el conflicto dinámico es aquel multifacético, interactuado, lleno de vida, que se transporta en el tiempo, donde

² Hizo esta clasificación ENTELMAN REMO F, durante su disertación en el Primer Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas, Buenos Aires, Noviembre, 1993.

no sólo las partes están involucradas, sino se afecta a terceros y es ciertamente, más complejo.

La anticipación del conflicto viene con la cultura, con el conocimiento y la experiencia. El poder adelantarnos a un hecho, a un conflicto, facilitaría nuestra existencia, pero la antelación y la prevención de los conflictos, es una cultura de paz, que nos indica el camino para la terminación del mismo. El manejo y la resolución del mismo, nos lleva a determinar el final del conflicto.

Si bien el conflicto puede ser visto como una enfermedad social, es también un elemento indispensable para el desarrollo y evolución de la humanidad. Existe una visión positiva del conflicto, ya que genera energía creativa positiva, capaz de crear un cambio, un motor de oportunidades para el crecimiento.

La noción de conflicto funciona como un "presupuesto" para muchas disciplinas, entre ellas la mediación. La palabra "conflicto" alude a tensión, lucha, pelea entre dos partes. Estas pueden ser parte de un todo, es decir, puede ser un conflicto entre los razonamientos de una misma persona, que corresponden al campo de la psicología. Pero éstas partes también pueden ser personas o grupos, que se refieren a conflictos inter-relacionales.

La mediación se da siempre en el campo de los conflictos inter-relacionales, ya que desde el momento que nacemos hasta el que morimos, las relaciones son

el centro de nuestra existencia. Nuestras relaciones con otros conforman el contexto para todos los aspectos de nuestras vidas.

2. Teoría de la comunicación

Se lo llama al siglo XX, el siglo de las comunicaciones, y esto ha hecho que en los últimos cincuenta años, se hayan producido importantísimos adelantos, en alguna medida apabullantes, en este campo.

La comunicación es un tema central en el proceso de la mediación. La disputa, considerada como una de las etapas del conflicto, es un proceso comunicacional. Se desarrolla en la comunicación, se conduce en la comunicación y, si se logra un acuerdo, éste también es un acto comunicacional.

La comunicación humana, es un proceso que se caracteriza por incluir a dos o más emisores y receptores, entre los que circulan mensajes, en una serie de idas y vueltas, ya sean éstos por diferentes canales al mismo tiempo o sucesivamente. Los mensajes pueden ser congruentes o no, pero siempre influyen mutuamente, además, el proceso de la comunicación humana, ocurre dentro de un contexto espacial, afectado por un contexto histórico y al final, tenemos una historia o narrativa.

Se podrá alegar que todos sabemos comunicarnos. Es cierto, pero si queremos ser más efectivos en nuestra vida, si queremos comprender mejor y más rápido a las personas que están con nosotros en el proceso de mediación, si queremos que nuestras preguntas sean bien entendidas, si queremos trabajar profesionalmente, no podemos obviar el reflexionar acerca del importantísimo instrumento que utilizamos en la tarea de la mediación: la comunicación.

3. INTELIGENCIA PARA EL MANEJO DEL CONFLICTO

El conflicto, como he señalado anteriormente, es un proceso interactivo que se da en un contexto determinado. Es una construcción social, una creación humana, diferenciada de la violencia, puede haber conflictos sin violencia, aunque no violencia sin conflicto.

El conflicto puede ser positivo o negativo según cómo se afronte y termine, con posibilidades de ser conducido, transformado y superado, ya que puede convertirse en paz. El conflicto puede ser llevado por las mismas partes, con o sin ayuda de terceros, que afecta a las actitudes y comportamientos de las partes. El conflicto es producto de un antagonismo o una incompatibilidad entre dos o más partes, y que expresa una insatisfacción sobre cosas diversas.

Morton Deutsch ofrece un concepto de la naturaleza del conflicto de especial interés para la mediación, ya que distingue entre conflicto manifiesto, que es abierto y explícito, y conflicto oculto, que es implícito u oculto. Por ejemplo un

conflicto manifiesto podría ser que una ama de casa compre una refrigeradora y no pueda pagar, el local donde compró el artefacto, tiene un conflicto con la señora por el pago, mismo que se trata de un conflicto manifiesto ya que es abierto puesto que lo conocen los dos y explícito, ya que se trata del pago de un valor. El conflicto oculto podría ser que la refrigeradora que compró la señora, tiene un motor usado y este artefacto fue vendido como nuevo.

Los mediadores deben definir cuáles son los problemas manifiestos y cuáles los ocultos a fin de desarrollar opciones y obtener resultados efectivos. Si no se sacan a la luz y se analizan los conflictos ocultos difícilmente se alcanzará entre las partes un convenio que sea duradero, pues en cualquier momento podrían surgir de nuevo las diferencias.

Como contraposición al conflicto, como conjunto de propósitos, métodos o conductas divergentes, menciona la convergencia, como una serie de objetivos, procesos y métodos que crean orden, estabilidad y uniformidad de propósitos.

Sentadas las anteriores premisas, podemos afirmar que mientras la resolución de conflictos crea una convergencia de propósitos o medios, destinada a conseguir que los participantes alcancen un compromiso, el manejo de conflictos se plantea como objetivo reconciliar a las partes, alinear y reducir sus divergencias, controlar los aspectos emocionales del conflicto y aminorar el daño que los participantes pueden seguirse mutuamente.

Frente al conflicto, sea cual sea su naturaleza, hay múltiples posibilidades de reacción, como lo señala la autora, Suarez Marines, tanto a nivel individual como colectivo, dándose las siguientes actitudes, según se acepte, evite o niegue el conflicto:

- Superación: se reconoce su existencia y hay voluntad de superarlo;
- Ventaja: se reconoce su existencia y se procura sacar provecho del mismo;
- Negación: se evita reconocer su existencia;
- Evasión: se reconoce su existencia, pero sin deseos de enfrentarse a él;
- Acomodación: se reconoce su existencia, pero se opta por no darle respuesta alguna;
- Arrogancia: se reconoce su existencia, pero sin darle una respuesta adecuada;
- Agresividad: se combate con una respuesta hostil, violenta y/o militar.

Para Folberg y Taylor, la mediación constituye precisamente uno de los procesos de búsqueda de equilibrio de poder en las formas no coercitivas, que conduce a ajustes y desemboca en el convenio.

El proceso de mediación puede utilizarse en dos momentos distintos del ciclo del conflicto: cuando un acontecimiento ha impulsado al conflicto hacia el terreno de la manifestación; o cuando los participantes son conscientes de la escalada del conflicto y desean eliminar la incertidumbre y la consiguiente

necesidad de adoptar una conducta de conflicto manifiesto, como amenazas, negación de derechos, etc.

4. ESTRATEGIAS PARA RESOLVER CONFLICTOS

La elección de una u otra modalidad al inicio del conflicto y los cambios de posición posterior, determinará el proceso del conflicto y sus posibilidades de gestión o transformación.

Al haber un reconocimiento del mismo por las partes implicadas, siempre será más fácil entrar en una vía negociadora, mientras que la actitud de eludir el conflicto conlleva a que se produzca un crecimiento de las tensiones latentes y, con ello, una escalada del conflicto.

El empeño de la trilogía que antes mencionaba, resolución, gestión y transformación, tiene que ver en buena medida en producir los cambios de actitudes necesarias en las partes implicadas para que el conflicto aflore, sea reconocido, no se pierda por un callejón sin salida y se sitúe en un camino donde existan posibilidades de cambio y, por tanto, de transformación.

Adicionalmente tiene que ver con la producción de actividades que influyan positivamente en el contexto del conflicto. El abordar un conflicto, por tanto, tiene que considerar una diversidad de factores que hay que analizar y ver

cómo cambiar: actitudes, contextos, poderes, formas de comunicación, modelos culturales, estructuras de dominio, etc.

El abordar el conflicto, aproximarnos a él para modificarlo, significa poder reconocerlo, no ocultarlo, aunque no necesariamente el aproximarnos al conflicto implique su reconocimiento. Muchos conflictos, armados o domésticos, no entran en vías de modificación o de solución porque alguna de las partes implicadas no quiere o no sabe reconocer su existencia y significado del mismo.

CAPITULO II

ASPECTOS GENERALES DE LA MEDIACIÓN

1. Introducción

“La mediación es un procedimiento no obligatorio, confidencial, donde un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a resolver sus diferencias a través del dialogo”.³

La mediación, como alternativa a los procesos judiciales, no es un concepto novedoso. La intervención de una tercera persona que ayuda a los contendientes a resolver sus conflictos y a adoptar sus propias decisiones se ha venido produciendo en diversas culturas desde tiempos lejanos.

La mediación implica en el mundo occidental una revolución entre los mecanismos sociales destinados a resolver conflictos.

Ha dicho uno de los más importantes mediadores estadounidense Eric Green, en el artículo “Mediación: Un enfoque sistemático cibernético” publicado en la página web de Inter.- mediación, dice que *“La utilización de la mediación y otros métodos alternativos es sólo el inicio para la humanidad. Primero fue la venganza, la violencia a mano armada y la ley del más fuerte. Luego llegó la civilización y la decisión a través de un juez mediante procesos rígidos y*

³ Lo resaltado es mío, concepto personal Ana Cristina Gutiérrez

estatales. Se asoma ahora una tercera etapa dónde serán las partes quienes mantendrán en su poder el control de la resolución de sus conflictos, asistidos por terceros idóneos y facilitadores preparados en diferentes técnicas, dejando a la Justicia una función más específica, a un imperium".

Por su parte, un estudioso y profesor de mediación en Argentina, Silvio Lerer ha dicho, citando a J. Bonafé Schmitt que *"la presión de los acontecimientos económicos, sociales y políticos determinó la evolución de los sistemas de regulación social, que se fueron modificando"*, y a esta altura nosotros mismos, en el Ecuador, estamos viviendo un período de profunda evolución de esos sistemas.

Nos encontramos en una etapa de cambio que no se limita a señalar la crisis de la función judicial, sino que abarca a las estructuras tradicionales de regulación de los conflictos.

Esta situación de crisis está dando lugar a la creación de nuevos espacios de regulación y nuevas instituciones intermedias entre el Estado y los ciudadanos y entre ciudadanos y ciudadanos.

La creación de centros dedicados específicamente a la resolución de conflictos en las diferentes cámaras por ejemplo o incluso instituciones públicas, brindan la oportunidad a los ciudadanos de conocer, involucrarse y participar en los procesos de mediación y así lograr una solución a sus conflictos.

Estas políticas comunitarias vienen a responder no solo a la dis-funcionalidad del sistema judicial, sino a proponer otro modelo de regulación de los conflictos, fundada en la descentralización, la desprofesionalización y la deslegalización.

La descentralización no es otra cosa que descongestionar el número de causas que entran a los juzgados, siendo los centros de mediación y los mediadores calificados, quienes conocen de los conflictos de las personas y esperan ayudarlos a resolver los mismos.

La desprofesionalización se relaciona al hecho de que en la mediación no es obligatorio y estrictamente necesario que sea un profesional en derecho quien conozca del proceso, como lo es en un juzgado donde los magistrados son doctores en derecho. Los mediadores son personas preparadas en técnicas de mediación pero pueden ser de distintas profesiones.

La deslegalización se refiere al proceso que no es estricto, la mediación es flexible y si bien lleva un método determinado por los centros, se acopla y se acomoda a los intereses de los involucrados, mientras que en los procesos judiciales la legalidad del mismo es pieza fundamental.

La mediación es una práctica que permite la resolución pacífica de conflictos de diversa índole, siempre que trate de materia transigible, mediante la utilización del diálogo entre las partes involucradas, con la colaboración de un mediador que interviene de modo neutral e imparcial.

Nuestros sistemas jurídicos se sustentan en el pasado, definiendo a la legislación como reflejo de "inputs" o esquemas sociales previos; o sea la jurisprudencia sustentada, sobre todo en el mundo anglosajón, (pero también en el de derecho continental), en el principio del "stare decisis et quia non movere," esto es, estar a lo decidido y no alterarlo.

Si las partes con intereses opuestos, tienen buena voluntad de sentarse juntos e investigar la posibilidad de resolver la disputa, esta situación puede ser mediada. La gran mayoría de los conflictos pueden resolverse satisfactoriamente con la mediación. La materia sobre la cual están negociando tiene que ser transigible y no debe afectar a terceros.

La mediación es practicada desde hace miles de años en China, convirtiéndose en una tradición milenaria que atiende más a los valores individuales de las partes en conflicto, proyectándose con soluciones dinámicas hacia el futuro. El modo tradicional de comportamiento era atender a la generalidad, ahora se busca su individualización con la mediación. Esto tiene mucha importancia ya que en un mundo constantemente variable, las sociedades son infinitamente complejas e interrelacionadas y es más difícil encontrar y aplicar a la fuerza valores compartidos por toda la comunidad.

Los métodos alternativos de resolución de conflictos son muy exitosos en todo el mundo, la inmensa mayoría de los países latinoamericanos, tienen leyes o reglamentaciones específicas que regulan esta materia. Aunque existen

también algunos países en donde los métodos alternos de solución de conflictos no tienen mayor éxito, por falta de difusión, credibilidad en el procedimiento, eficacia, entre otras razones. Ciertos países han tomado como modelo de regulación la Ley Modelo preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil (CNUDMI) o en inglés UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), como es el caso de Estados Unidos, Croacia y Hungría.

La Constitución Política del Ecuador, consagra el derecho de las personas de acudir a los métodos alternos de solución de conflictos para la solución de sus problemas, por medio de la mediación y del arbitraje.

El artículo 191, inciso 3, del actual texto de la carta política del Estado, consagra definitivamente como principio constitucional a los procedimientos alternativos para la resolución de conflictos: ***"Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley"***.

El presente artículo solo ratifica ya lo dispuesto en la Constitución de 1996 en su artículo 118, que manifiesta: " Se reconoce el sistema arbitral, la negociación, y otros procedimientos alternativos para la solución de controversias".

Con lo cual podemos ver que la incorporación de los métodos alternos de solución de conflictos a la legislación nacional, fue advertida ya hace muchos años, buscando el beneficio de los ciudadanos ecuatorianos y aportando al desarrollo social de la comunidad.

La mediación se utiliza para encontrar soluciones a las diferencias y malentendidos, satisfacer las aspiraciones personales mediante una decisión inteligente e informada respecto de lo que se quiere y establecer acuerdos que se pueden cumplir para emprender el diálogo entre las partes del conflicto. La mediación es una combinación de métodos y conceptos para la administración de conflictos que permite transformar los problemas sociales en una resolución concreta.

2. Clasificación de los Métodos Alternos de Solución de Controversias.

2.1 Negociación

La negociación implica que las partes asumen todo control de sus disputas sin la intervención de un tercero. *"La negociación es un medio básico para lograr lo que queremos de otro. Es una comunicación de doble vía para llegar a un acuerdo con otra persona cuando Ud. y otra persona comparten algún interés común, pero también comparten intereses opuestos"*⁴.

4 Fisher Roger, Ury W. Y. Patton Bruce: "Sí... ¡De acuerdo!". Grupo Editorial Norma, 5ta reimpresión. Colombia 1996. Pág. XVII

En general, diversos autores coinciden en ver a la negociación como un proceso de:⁵

1. Resolución de conflictos en el que no se acude a la fuerza;
2. Comunicación;
3. Mutua influencia;
4. En el que deben analizarse las relaciones de poder;
5. Que tiene como finalidad la obtención de un acuerdo.

En un proceso de negociación se siguen una serie de etapas en las que han de considerarse los siguientes elementos generales: la formación del conflicto, el nivel de compromiso, el análisis de las incompatibilidades, la conducta de los actores y las vías de salida⁶.

La negociación no ha de ser un instrumento para evitar la violencia, sino de evitar injusticias y buscar una reparación.

La negociación es una estrategia muy utilizada para alcanzar puntos de equilibrio entre intereses opuestos y tiene como características principales⁷:

- **El nivel de compromiso.** La negociación, además de ser un proceso voluntario, es un proceso de esperanza. Si las partes acuden a

5 Trachte-Huber E. Wendy Mediation and Negotiation: Reaching Agreement in Law and Business, 1998 , Chapter 4

6 Ibidem

7 Morton Deutsch, "Constructive Conflict Resolution: Principles, Training, and Research," in The Handbook of Interethnic Coexistence, ed. Eugene Weiner, New York, Continuum Publishing, 1998, pp. 199-216.

negociar es, en última instancia, porque saben que no hacerlo sería peor y no se permiten ya continuar como están.

□ **El análisis de las incompatibilidades.** Los actores de una negociación suelen tener intereses u objetivos diferentes, contrapuestos, incompatibles o excluyentes. La negociación no es un proceso que permita suprimir esas diferencias, sino en reducir las al máximo buscando también el máximo de compatibilidades, ya sea dando apertura a aspectos no considerados o cambiando posiciones y actitudes a lo largo del proceso que permitan terminar con las diferencias.

□ **La conducta de los actores.** La negociación es un proceso que avanza a medida que en el mismo se genera respeto y confianza, y se abren expectativas positivas entre las partes.

□ **La vía de salida.** El proceso de negociación es, por tanto, un espacio que busca facilitar la transformación voluntaria de los objetivos iniciales. Si el conflicto es un conjunto de propósitos, métodos o conductas contrapuestas, su resolución y gestión necesitará de procesos que permitan realinear dichos propósitos, métodos o conductas.

Negociar, por tanto, supone aplicar un conjunto de técnicas que parten del sentido común y del cultivo de habilidades, para acercar a las partes y reflejar sus necesidades y preocupaciones.

La negociación directa, y el acuerdo que se llegue podría ser encasillados jurídicamente en la transacción, una institución civil reconocida en nuestra

legislación y definida cómo un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o prevén un litigio eventual. Se encuentra en el Título XXXVIII del Libro Cuarto del Código Civil, "De la Transacción", cuyo artículo 2372, primer inciso reza: ***"Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual"***

2.2 Conciliación

El diccionario de uso común del idioma castellano nos dice que la conciliación consiste en "poner de acuerdo a quienes están en desacuerdo o en lucha". Este concepto proporcionado por el Diccionario Kapeluz en su edición de 1.980, nos acerca bastante a la idea de conciliación que la generalidad de las personas maneja habitualmente.

Seguendo a Carlo Carli podemos afirmar que *"la conciliación es el negocio jurídico procesal mediante el cual las partes, con la presencia del juez, ponen fin a un proceso, autocomponiendo el litigio y dando nuevos fundamentos a su respectiva situación jurídica"*⁸.

La conciliación no es otra cosa que el componer, ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí. Esta circunstancia puede ser intentada por espontánea voluntad de las partes o por la intervención de un tercero quien,

⁸ CARLI CARLO, La Demanda Civil, Ed. Aretua, Bs. As., 1.987, pag: 216/217

advertido de las diferencias, no hace otra cosa que ponerlos en presencia para que busquen la coincidencia.

Podría concluir definiendo a la conciliación como un acto único, subjetivo trilateral, integrado por la voluntad de las partes y la actividad de un Tribunal u órgano conciliador. Es el uso de una de las etapas procesales, que a través del juez, logra un acuerdo que satisface a las partes y pone fin a un proceso.

En nuestro procedimiento civil se pueden ubicar dos etapas conciliatorias en los procesos judiciales: la junta y la audiencia de conciliación. La audiencia de conciliación para los juicios verbales sumarios y la junta para todos los demás juicios.⁹

La conciliación está prevista en nuestro Código de Procedimiento Civil y se realiza ante el Juez. Existe otro concepto de esta palabra en el sentido de un procedimiento similar al de la mediación en el que el conciliador puede proponer fórmulas de arreglo conservando las partes el poder de aceptarlas o no¹⁰.

La conciliación es considerada por algunos tratadistas como intraprocesal, mientras que la mediación como ultraprocesal y extraprocesal. En el Ecuador no se lo considera así, ya que la conciliación es una instancia en donde el Juez

⁹ VADEMÉCUM PROCESAL, PROJUSTICIA, Ediciones Legales, Quito – Ecuador, 1997, pag: 47, 49,133

¹⁰ Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano

trata de que las partes lleguen a un avenimiento, de lo contrario continua con el proceso judicial.

Otra diferencia importante es la calidad del tercero ya que la intervención de un particular imparcial se debe a la mediación, mientras que la intervención de un funcionario público o semi público hace de este procedimiento una conciliación.

Otra diferencia más sutil es el hecho de la intervención. El tercero imparcial no puede proponer fórmulas de arreglo sin perder de vista su imparcialidad y moralidad. En Estados Unidos y Europa, la excesiva manipulación de terceros en las intervenciones, ha ocasionado juicios por daños y perjuicios contra los mediadores. Sólo queda por decir, que la capacitación y práctica podrán diferenciar mejor a éstos dos procesos.

2.3 Mediación

La mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto. El mediador promueve a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la parte contraria, a explorar fórmulas de arreglo. La mediación es confidencial.

La mediación, por tanto, es una extensión del proceso negociador que busca una cooperación entre las partes para obtener, en la medida de lo posible, un resultado donde todos ganan y nadie pierde, y lo hace mediante unas técnicas que permiten abrir el proceso a nuevos planteamientos, a nuevas formas de enfrentar los temas, con la activa participación de las partes.

La mediación interviene más sobre las conductas de los actores que sobre la estructura del conflicto, ya que los cambios en la estructura dependen más de actuaciones políticas, económicas y sociales que se escapan del proceso negociador.

El término, mediación, se utiliza para describir un procedimiento en el cual un tercero imparcial ayuda a las partes a comunicarse y a realizar elecciones voluntarias e informadas, en un esfuerzo por resolver su conflicto.

La función de la persona mediadora es la de reconciliar los intereses de las partes en litigio, buscar un equilibrio de poder que conduzca a ajustes, ayudar a las partes a examinar su futuro y sus intereses o necesidades, y a negociar el intercambio de promesas y relaciones que les serán mutuamente satisfactorias.

Para lograrlo, el mediador ha de reunir unas características determinadas y ha de tener ciertas habilidades para poder modificar las relaciones conflictivas de quienes se someten a la mediación, y a través de decisiones que tomarán ellos mismos.

Esta forma de resolución de disputas tiene como ventajas la rapidez, confidencialidad, económica, justa, exitosa, entre otras.

La práctica de la mediación, a cualquier nivel de las relaciones humanas, supone un aprendizaje y un adiestramiento en la resolución positiva de los conflictos. Tiene mucho que ver, por ello, con la educación para una cultura de paz, puesto que cuando solucionamos un conflicto adquirimos la capacidad de solucionar otros futuros conflictos, sea del mismo tema o de otro diferente.

2.4 Arbitraje

El arbitraje es un procedimiento en el cual las partes someten su controversia a un árbitro o un tribunal arbitral quien dicta una decisión de carácter obligatoria para ellas. Compete a las partes elegir si habrá un árbitro único o varios árbitros.

Es un procedimiento en el cual la decisión de la disputa se delega en un tercero (árbitro). Las partes plantean sus posiciones, se puede producir pruebas o no y se dicta un laudo. De alguna manera comparte similitudes con el juicio aunque tiene diferencias importantes y permite una resolución más rápida.

La diferencia primordial entre la mediación y el arbitraje es que en la mediación, las partes son los responsables y conservan el control con respecto del problema y no se transfiere la solución del mismo al arbitro o árbitros.

En mediación cualquier resultado lo determina las partes, mientras que en arbitraje el resultado se determina de conformidad con una norma objetiva, la ley aplicable. Al poder las partes determinar los resultados por ellas mismas, se pueden establecer una serie de normas propias e intereses, por lo que se dice que la mediación es un procedimiento basado en intereses, mientras que el arbitraje es un procedimiento basado en derechos.

La mediación por tanto, es un proceso mas informal que el arbitraje. En el arbitraje una de las partes debe convencer al arbitro o tribunal de lo justificado de su causa, mientras que en la mediación el resultado debe ser aceptado por las partes y una de las partes debe convencer a la otra de negociar con ella.

Básicamente la gran mayoría de conflictos se pueden resolver mediante arbitraje. Su aplicación es exitosa en varios ámbitos, estrictamente en asuntos comerciales o empresariales, institucionales o comunales, entre otras, al generar interacciones entre las partes que promueven la búsqueda de soluciones mutuamente aceptables.

El arbitraje es imparcial, con árbitros especialistas en materias, es eficaz y ágil. Por las características del arbitraje, parte de la doctrina lo llama *juicio privado*,

ya que posee semejanzas con el proceso judicial. Entre éstas podríamos mencionar la existencia de un procedimiento adversarial –determinado en la ley o escogido por los intervinientes- en el cual las partes procuran que los juzgadores (árbitros) les den la razón. En este sentido, son muchos los que afirman que el problema del proceso judicial es precisamente el procedimiento, sosteniendo que éste no se observa de manera estricta o que debería ser modificado, simplificado; sin embargo, tal problema no se presenta en el arbitraje por cuanto debe considerarse entre otras ventajas que: en primer lugar las etapas procesales se cumplen de manera estricta ya que existe un término legal de duración máxima del proceso (150 días); y, en segundo lugar, el arbitraje no adolece del inconveniente de la congestión de procesos y por lo tanto los árbitros tendrán más tiempo para atender las causas sometidas a su decisión.

Por tanto, el arbitraje se da cuando existe un CONVENIO ARBITRAL ENTRE LAS PARTES, es decir, el acuerdo previo de las partes para someterse a jueces o árbitros de su elección, que busca solucionar controversias de forma fácil y libre siguiendo un esquema en donde los árbitros solamente pueden pronunciarse por lo que las partes reclaman, proponen y en definitiva establecen que sea la materia.

3. Aspectos Socioculturales de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos - MASC

Los métodos alternos de solución de conflictos (MASC), son la consecuencia de una real y grave necesidad de encontrar otros métodos, que no sean adversariales, de solución de controversias con ventajas para evitar que los conflictos lleguen al sistema judicial, el cual esta sobrecargado de causas.

Nuestro sistema de resolución de conflictos ante la Justicia ordinaria resulta actualmente en muchos casos ineficaz, ya que entran a los juzgados más causas de las que salen; la duración de los procesos excede los tiempos razonables; y finalmente, el costo de litigar es alto tanto, económicamente, como en energía, espera, incertidumbre, etc.

Los objetivos en materia de justicia son básicamente la creación de nuevos tribunales o la mejora de su eficiencia, interpretando ésta última, en la diversificación de formas de resolución, alentando a los mecanismos alternativos, y a desjudicializar el sistema de administración de justicia en su conjunto.

Los métodos de resolución de conflictos alternos a la justicia ordinaria, no constituyen un modo de privatizar la justicia en contra de o por oposición al sistema judicial, sino un modo de fortalecimiento del mismo, permitiéndole dar

un servicio más completo y adecuado a las circunstancias que se viven hoy en día.

Los objetivos de los MASC son simplemente, el facilitar el acceso a la resolución pacífica de conflictos, incrementando la participación de la comunidad en los procesos de resolución de conflictos, reducir la congestión en los juzgados, como también el costo y la demora en la resolución y, suministrar a la sociedad de una forma más efectiva de resolución de disputas. En la medida que se vayan cumpliendo los objetivos, se pasa de un proceso ineficaz de resolución de conflictos a uno eficaz.

Las innovaciones de los MASC, no sólo incluyen nuevos métodos de llegar a acuerdos o soluciones fuera de los tribunales, sino también de reemplazar a los procesos llevados a cabo en las legislaturas para resolver conflictos, en las empresas para tratar sus problemas, en las escuelas para solucionar cuestiones entre alumnos o entre éstos y maestros, en las familias para tratar sus problemas, o por los diplomáticos para responder a las crisis globales. Los MASC poseen importantes ventajas para una política de justicia que desea ser más eficiente y socialmente adecuada.

Es necesario reconocer que existe la posibilidad que los métodos alternos para la solución de conflictos pueden ser aplicados a una gama muy amplia de controversias, ya que se trata precisamente de lograr que los conflictos no lleguen a la instancia procesal ante la justicia ordinaria.

En nuestra legislación, los MASC tienen un carácter más bien subsidiario. Y esto se traslada no solo en nuestra legislación, sino en la misma formación de los abogados por ejemplo, ya que hasta hace unos años, parecía que el proceso judicial era el único camino de salida. Esto responde a la idea que los MASC son medios alternativos idóneos para controversias de poca importancia o cuantía, lo cual no es acertado.

El futuro de los MASC, parece promisorio, pues evoluciona permanentemente y se prevén desarrollos cada vez mayores. Cabe aclarar que la resolución alternativa de conflictos no constituye una panacea válida para todos los casos, sino un complemento de la decisión judicial, que como servicio y como poder del Estado no puede desaparecer.

CAPITULO III

FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. NEGOCIACIÓN

1.1 Teoría de la Negociación

La resolución de conflictos esta estrechamente ligada a la negociación. El carácter complejo de una negociación es una consecuencia de los diversos elementos que componen su estructura. En un proceso de negociación tenemos a distintos actores o partes que buscan una solución que satisfaga sus intereses en juego.

Negociar es un acto integral de comportamiento y en él, el negociador debería saber cuales son sus habilidades, debilidades, fortalezas, con el propósito de contribuir a un equipo de trabajo.

Todos tenemos intereses, ya que éstos no son otra cosa que necesidades, deseos y temores que rigen nuestras negociaciones. En un proceso de negociación se siguen una serie de etapas en las que han de considerarse los siguientes elementos generales: la formación del conflicto, el nivel de compromiso, el análisis de las incompatibilidades, la conducta de los actores y las vías de salida.

Los modelos de negociación en colaboración aportan un marco para permitir que, más allá de las diferencias personales, se busquen soluciones integradoras.

Entre los principios básicos que los participantes en la negociación o mediación deben considerar para realizar una negociación eficaz y productiva se incluyen, entre otros conceptos:

- Preparación para negociar
- Estilos de negociación
- Ofertas iniciales
- Fases de la negociación
- Estrategias de la negociación

Cuando las partes han decidido acudir a la negociación o mediación, lo primero que deben tener en cuenta es su preparación para negociar. Los negociadores con experiencia, antes de comenzar las reuniones, se plantean generalmente preguntas tales como: ¿cuáles son las hipotéticas causas del conflicto?, o ¿qué tipo de intervenciones pueden ser útiles?, etc.

En la negociación o mediación, a las partes negociadoras les puede resultar útil disponer de una amplia y diversa información. Generalmente, el negociador que adopta un enfoque cooperador desea conocer las necesidades e intereses de la otra parte, los cuales no siempre son revelados por los temas planteados y las posiciones adoptadas. Preguntando de forma objetiva podrá obtener la

información necesaria para mover a la otra parte de su posición y considerar opciones creativas que satisfagan los intereses de ambas partes.

1.2 Negociación por principios. Escuela de Harvard

Cada negociación supone un intercambio de motivos para cooperar y competir. Se puede reclamar valor por medio de la denominada negociación distributiva, o crear valor a través de la negociación integradora.

La negociación integradora es aquella que pretende uno o varios arreglos para encontrar una solución para ganar-ganar. Esta negociación es preferible que la distributiva, porque produce negociaciones a largo plazo, integra a los negociadores y permite que ambos salgan del negocio sintiendo que han logrado algo. La negociación distributiva por su parte hace que una de las partes salga perdiendo. La negociación distributiva es aquella que pretende dividir una cantidad fija de recursos, una situación de ganador-perdedor. Su característica principal es la condición de suma a cero. Es decir todo lo que uno obtenga es a expensas del otro. El ejemplo mas conocido es la negociación de salario.

Algunas negociaciones pueden consumarse utilizando sólo estrategias distributivas y otras únicamente con estrategias cooperadoras, aunque la mayoría incluyen elementos de ambas estrategias.

La utilización conjunta de la estrategia de reclamación de valor con la de creación de valor constituye lo que se denomina el "Dilema del Negociador", concepto desarrollado por R. Axelrod en un ejercicio denominado "El Dilema del Prisionero", que sugiere la forma de usar al mismo tiempo la creación y la reclamación de valor, sin que la primera sea demasiado vulnerable a la segunda, y ésta última no impida la creación de valor.

El ejemplo clásico de conflicto entre los intereses individuales y los colectivos de quienes toman decisiones racionales es el llamado dilema del prisionero. Supóngase que hay dos sospechosos de haber cometido un crimen, quienes son interrogados en celdas separadas. Si ninguno confiesa, con las pruebas que acumuló la policía, ambos irán a la cárcel por un año. Si sólo uno confiesa, por haber colaborado con las autoridades saldrá libre, mientras que el otro, por no colaborar, recibirá una sentencia de diez años.

Aquí pueden suceder dos cosas, o mi compañero habla o no habla. Supongamos que confiesa, entonces yo pasaré 20 años en la cárcel, si no confieso yo también. Pero si lo hago sólo estaré 10 años. En este caso es mejor confesar. De otro lado, si él no confiesa y yo tampoco lo hago, entonces estaré 1 año. Pero si sólo yo confieso saldré libre. De todas maneras es mejor confesar.

Es de suponer que el Prisionero N° 2 está razonando de la misma manera, pero si es así, entonces los dos pasarán 10 años en la cárcel. Por lo tanto, si

ambos actúan **"irracionalmente"** y se mantienen callados cada uno pasará en prisión sólo 1 año.

El poder del "Dilema del Prisionero" reside en su capacidad para poder explicar que la "racionalidad" puede volverse en contra de los seres humanos y que es necesario buscar formulas alternativas para solucionar los dilemas.

Ya que las decisiones son independientes, y dado que el objetivo de cada uno es lograr el máximo beneficio personal, lo racional es defraudar. Pero si los dos se comportan racionalmente, ambos recibirán el castigo¹¹.

Los intereses o principios son diferentes que las posiciones. El interés es un fin, una posición es un medio.

Siguiendo el modelo propuesto por la Escuela de Harvard ¹² tendremos que realizar ciertos tipos de actividades para poder negociar exitosamente:

- **Separar las personas del problema**, resulta que un desacuerdo tiende a aumentar la hostilidad y la generación de actos negativos, es por ello que, una cuestión esencial resulta entender que el desacuerdo no implica ataque a la persona. En este punto resulta útil "ponerse en el zapato del otro", para entender qué piensa y cómo se siente.

¹¹ Poundstone, William, El dilema del prisionero, Alianza Editorial. 1992.

¹² ROGER Fisher, Ury W. Y. Patton Bruce: "Sí... ¡De acuerdo!". Grupo Editorial Norma, 5ta reimpresión. Colombia 1996.

Una causa frecuente de conflictos es el deducir las intenciones de la otra parte en base a los temores, pensemos qué ocurre cuando el director o el supervisor de una escuela, realiza una visita al curso, la primera reacción es pensar que "nos e stá persiguiendo", " quiere v er qué e stamos haciendo mal". Analizando este caso escolar, el director puede pensar que la actitud del profesor se debe a que "quiere causarle problemas" o el profesor puede pensar que existe alguna cuestión personal de parte del directivo. Por tanto estamos deduciendo cuales serían las intenciones de las otras partes y nos predisponemos a una reacción.

El problema no es la persona, por ello es importante separarlos. No podemos atacar a las personas por el cargo o la posición que tienen, porque esto manipula nuestras reacciones y nos predispone a una respuesta. Un conflicto no es ataque personal, sino una contraposición de intereses por lo que debemos abrirnos a las posibilidades y entender a la otra parte. En este caso del profesor, por ejemplo, entender que el rector es una persona más y que este puede tener los mismos problemas por los que nosotros estamos atravesando.

- **Concentrarse en los intereses, no en las posiciones**, de hecho, en el caso del director y el profesor, pueden existir intereses comunes, como serían el que se realice la comunicación de las notas, que no se interfiera el normal dictado de clases, cumplir con el reglamento, entre otros; y distintos el director: demostrar su autoridad y el profesor: no venir fuera de su horario, etc. El

trabajo en base a los intereses puede permitir soluciones que no tienen cabida desde las posiciones.

Se denomina **intereses** a aquellos sentimientos de las partes acerca de lo que es básicamente deseable. Se encuentran en el centro del pensamiento y la acción de los individuos formando el núcleo de muchas de sus actitudes, metas e intenciones.

Se trata de aquellas cosas que importan a las personas y que involucran no sólo aspectos cuantitativos, monetarios, materiales y prácticos, sino también cuestiones de imagen, prestigio, temores, expectativas y de relación. Se trata de los elementos de seguridad, pertenencia, bienestar y control que subyacen, generalmente, por debajo de las posturas de cada parte. En suma, se trata de verdaderas necesidades de los sujetos involucrados en una negociación, debiendo lograrse su exteriorización para lograr un acuerdo.

Posición es aquello que cada parte reclama en una situación de conflicto, en función de su visión particular o punto de vista que cada una de ellas tiene del problema que ocasionalmente las enfrenta. Como estilo de negociación conduce a que cada parte pretenda hacer prevalecer su punto de vista asumiendo una postura inflexible, aun en perjuicio de su verdadero interés.

Las técnicas asociadas con la negociación por posiciones implican con frecuencia la adopción de conductas adversariales en la cual se considera que

lo que gana una de las partes necesariamente lo debe perder la otra. De manera adicional, dentro de este esquema de establecer una posición, se amenaza con frecuencia a la contraparte de que la última propuesta hecha es la definitiva, es decir, a partir de ella ya no se harán más concesiones.

Todas estas situaciones, con frecuencia deterioran la confianza entre las partes y refuerza en ellas la sensación de que la negociación es ante todo un proceso en el cual el otro es un adversario. Así en vez de propiciar buenos resultados para las dos partes, y una mejora en las relaciones entre ellas, estos esquemas de negociación basados en posiciones y en una distribución de un monto fijo, conducen con frecuencia a resultados pobres y al deterioro de las relaciones entre las partes.

Tomemos como ejemplo de las dos hermanas ya casadas y con sus respectivas familias, que estaban encargadas de efectuar las labores de limpieza de un salón en el cual otras personas habían sostenido una reunión. Al entrar, la hermana menor, notó que ya no había nadie en el salón, y que sobre una de las mesas habían quedado 10 naranjas. Se alegró mucho de verlas, pues sabía que nadie las reclamaría. De manera que empezó a empacar las naranjas en una bolsa que tenía, mientras se imaginaba el delicioso jugo preparado con estas frutas que se tomaría esa noche en su casa. La hermana mayor, a su vez, reclamaba parte de las naranjas por ser injusto que su hermana se quedara con todas.

Esta discusión se prolongó por algunos minutos, y finalmente, después de algunos disgustos, la hermana mayor terminó recibiendo 4 de las 10 naranjas que había recogido su hermana menor. Esta última se llevó sus 6 naranjas a su casa. Con ellas se preparó un delicioso jugo de naranja, y mientras lo compartía con su esposo e hijos, pensó en lo afortunada que había sido al encontrar las 10 naranjas, y sobre todo, al poder quedarse con más de la mitad de ellas.

Esa misma noche, su hermana mayor también llevó sus 4 naranjas a su hogar. Cuidadosamente las peló con un cuchillo, y con las cáscaras de todas ellas preparó un delicioso dulce. Y mientras lo compartía con su esposo e hijos, pensó en lo afortunada que había sido al quedarse con 4 de las naranjas, después de no haber tenido ninguna en sus manos. Terminada la cena, arrojó las pulpas de las cuatro naranjas a la basura, pues ni a ella ni a su familia les gustaba el jugo de naranja. Entonces sirvió a todos un vaso de leche que disfrutaron con el dulce de naranja.

Resulta evidente en la historia que el resultado para las dos hermanas hubiera podido ser mucho mejor si la hermana menor se hubiese quedado con la pulpa de las diez naranjas y hubiera cedido a su hermana mayor las cáscaras de estas diez frutas. Pero esto no sucedió así. Sin embargo, resulta curioso observar que, las dos se sentían satisfechas con el resultado que obtuvieron. Aún más, es factible que ninguna de las dos imaginara lo lejos que estaban de haber llegado a un resultado óptimo.

La forma en que las hermanas sostuvieron la discusión ilustra el estilo de negociación denominado "negociación basada en posiciones". Bajo este esquema, el negociador asume una posición, por ejemplo "yo me quedo con las diez naranjas", y la defiende intentando no ceder frente a las demandas o argumentaciones del otro. Si el otro adopta la misma táctica, como en el caso de las dos hermanas, entonces cada negociador asume una posición inicial y efectúa concesiones a medida que transcurre la negociación, generalmente tratando que sus concesiones sean a cambio de concesiones de su contraparte. Esto hace que habitualmente el proceso lleve a un acuerdo que es una posición intermedia entre las posiciones iniciales de los dos negociadores.

- Una vez detectados los intereses, cabe la etapa de **generación de opciones**. En esta etapa resulta útil la técnica de la "lluvia de Ideas" (brainstorming), técnica muy conocida en todos los ámbitos para enseñarnos un espectro más amplio de ideas. Consiste básicamente en plasmar todo lo que se nos ocurra, toda idea que tengamos sobre determinado tema, desordenado, impulsivo, alocado, útil o no, únicamente nos interesa el recopilar ideas, pensamientos.

El objetivo de la lluvia o torbellino de ideas es desarrollar y ejercitar la imaginación creadora; dar lugar a la capacidad de establecer nuevas relaciones entre las opciones e integrarlas de una manera distinta.

En el caso que estamos desarrollando, pueden ser opciones: que el profesor entregue las notas en su turno, fuera del horario, en un recreo, que se haga un horario de una actividad especial, que otro profesor lo cubra mientras se realiza la reunión con los padres, que envíe las notas por correo, que no entregue notas, etc.

La lluvia de ideas es el generar opciones racionales o no, para posteriormente clasificarlas y priorizarlas, como el ejemplo de Fisher, de la biblioteca, en la cual se encuentran dos personas discutiendo y la bibliotecaria, se acerca para averiguar que sucede y se encuentra que las dos personas discutían sobre si abrir o dejar cerrada una ventana. La bibliotecaria pregunta porque la una persona quiere abrirla y la otra quiere mantenerla cerrada; la respuesta es que la primera tiene mucho calor, pero la segunda no quiere abrirla porque se volarían sus papeles. La bibliotecaria va a la sala continua y abre la ventana, después de un rato, la persona que tenía calor se siente refrescada y a la otra persona no se le volaron los papeles, aquí vemos como la bibliotecaria a inventado una opción, es decir satisface los deseos de las dos partes.

- Luego de la etapa de generación de opciones, cabe la **evaluación de las mismas buscando utilizar criterios que sean objetivos** para la selección de las mismas. En el caso del conflicto por la empresa con la que se realizará el viaje de fin de curso, también puede realizarse este análisis, detectando los intereses, que pueden ser personales, dudas respecto de la solvencia de tal o

cual empresa, cuestiones relativas a precios, financiación, servicios, pasajes "gratis" que otorgan, entre otros.

La evaluación objetiva de las opciones es un procedimiento simple de evaluación en el que se eliminan aquellas ideas alocadas o impulsivas, valorando más aquellas que son viables, eficaces y sean soluciones factibles al problema. En el caso del director con el profesor, podríamos analizar que el hecho de no entregar las notas no es una opción objetiva, pero si el hecho de que las entregue en recreo.

Los modelos de negociación en colaboración aportan un marco para permitir que, más allá de las diferencias personales se busquen soluciones integradoras.

1.3 Estrategias de la Negociación

Las estrategias que se adopten para resolver los conflictos están directamente relacionadas con la negociación. Cada negociación supone un intercambio de motivos para cooperar y competir.

Se puede reclamar valor por medio de la denominada negociación distributiva, o crear valor a través de la negociación integradora. Algunas negociaciones pueden consumarse utilizando sólo estrategias distributivas y otras únicamente

con estrategias cooperadoras, aunque la mayoría incluyen elementos de ambas estrategias.

La técnica fundamental para reclamar valor consiste fundamentalmente en modificar las percepciones de la otra parte o partes sobre sus propias alternativas. Existen varias tácticas para modificar las percepciones, creencias o suposiciones incorrectas que impiden a las partes avanzar. Suarez Marines y otros autores nos explican algunas tácticas que se pueden resumir en:

- Comprometerse en una zona de posible acuerdo
- Utilizar amenazas
- Tomar posiciones, haciendo la oferta inicial
- Descubrir valores sentimentales de la otra parte y utilizarlos a su favor
- Engañar

Por otra parte, la técnica de crear valor consiste en encontrar soluciones creativas y cooperadoras, comunicarse y compartir información, con el objetivo de alcanzar un acuerdo que conceda beneficios y/o ventajas a cada parte.

Las diferencias pueden aparecer en los intereses, pronósticos, actitudes para con el paso del tiempo, capacidades, acceso a la tecnología, y en otras áreas. Una buena estrategia de negociación es sacar partido de esas diferencias, lo que puede hacerse de diversas maneras, como nos explica Sara Cobb, en sus diversas disertaciones:

- Dividir e intercambiar intereses: cuando en una negociación están envueltos diferentes intereses, una estrategia inteligente puede ser dividirlos y buscar caminos creativos para intercambiarlos.
- Las diferencias de aversión al riesgo llevan a compartir riesgos: diferentes actitudes ante el riesgo pueden ser útiles para llegar a acuerdos negociados en variedad de asuntos.
- Las diferencias en preferencias de tiempo sugieren cambiar los modos de pago: las personas pueden valorar el mismo asunto de forma diferente, dependiendo de cuando ocurra, lo que puede llevar a compartir de forma óptima las consecuencias del tiempo.

1.4 El Negociador y el Mediador

Toda instancia de negociación es única. No hay una instancia que sea igual a otra. Sólo es necesario recordar una situación en la hayamos tenido que desempeñar el rol de negociadores para que podamos concluir que el proceso de negociación es complejo, siendo ésta su característica más importante.

El negociador debe buscar los intereses fundamentales, las zonas extremas e intransigentes de las partes. Debe hacerles comprender y entender a los actores, lo que es negociable de lo que no es.

La utilización de un mediador experimentado es muy importante para dirigir con eficacia la tensión de la negociación asistida, es decir, el dilema del negociador entre reclamar y crear valor. El mediador facilita el flujo de información, la comunicación y el aprendizaje necesario de las partes sobre los intereses reales de ambos, y puede explotar las diferencias para construir bases de acuerdo.

En la negociación, los actores o partes enfrentan divergencias que en vez de evadir el problema o llegar a una confrontación, buscan conjuntamente un acuerdo. El negociador debe estar presto a definir ese conflicto, a resaltar las pugnas de intereses, proponer ofertas y sobre todo a controlar la tensión entre las partes negociantes. El antagonismo entre negociadores es un antecedente conductual que separa a las partes participantes en una negociación.

1.5 Estilos y Modelos de Negociación

Una herramienta indispensable para el manejo de los conflictos es la negociación, que también es la base de la mediación. La negociación ha sido estudiada y clasificada en diferentes ámbitos, existiendo estilos de negociación. Encontramos entre ellos¹³:

13 FUNDACION LIBRA – Buenos Aires – Publicaciones de esa institución pionera de la mediación en la Argentina y Manual de mediación concebido por esa fundación.

- *Defensivo o esquivo*, cuya meta es evitar perder. El negociador esquivo persigue no sus propios intereses ni los de su adversario. Utiliza como estrategia: abandonar, retrasar o evitar la respuesta. Obtiene como beneficios: libertad para enredarse en cuestiones triviales y relaciones insignificantes; preservación del status quo; capacidad para influir a otros sin hacer nada. Tiene como costo: frustración de los demás que desean colaborar; dependencia excesiva de los otros; niega las ventajas de la confrontación.
- *Complaciente*, en el que un negociador sacrifica ciertos intereses para mantener una buena relación con la otra parte, aún a costa de sus propias necesidades. Como estrategias utiliza el consentir, reconocer el error, aceptar las exigencias del contrario. Consigue como beneficios lograr el acuerdo.

Los "modelos negociacionales" son aquellos tipos que constituyen estilos de negociación específicos. Podemos distinguir dos grandes grupos, los modelos competitivos y colaborativos, como lo explica el autor Schilling¹⁴ como las estrategias de negociación.

□ **MODELOS COMPETITIVOS**

En un establecimiento educativo se plantea un conflicto entre el Director y un profesor por el horario de entrega de las calificaciones; el director, haciendo uso de su autoridad ordena al profesor la entrega de las mismas en una hora fuera del horario, el profesor, se niega a asistir fuera del horario escolar. El

¹⁴SCHILLING, M.T. - Estrategias de negociación, y Teoría Sistémica de Negociación, publicado en Inter-mediación.

conflicto se transforma en una pugna de poder. Si el director "cede" aparecerá como débil y falta de autoridad; el profesor se presenta como una víctima del poder del superior. Generalmente la primera respuesta de ambas partes será "no cambio mi posición".

Entre los alumnos del penúltimo curso de una escuela secundaria se plantea un conflicto por la empresa con la que realizarán el viaje de fin de curso, ningún sector quiere "ceder", sostienen que el otro bando tiene intereses particulares o que se opone sólo para demostrar su poder.

Estas situaciones responden a un modelo competitivo de negociación descrito por Herb Cohen, que se caracteriza por:

- La negociación es entendida como un juego de suma cero (lo que gana uno pierde el otro).
- Se intenta conseguir objetivos a expensas del adversario.
- Posiciones iniciales extremas: se inician las negociaciones con pedidos irracionales e intransigentes, se realizan ofertas ridículas con lo que se afecta el nivel de expectativa del oponente.
- Autoridad limitada: los negociadores carecen de autoridad -o esta es muy limitada- para hacer concesiones.
- Tácticas emocionales: Ejemplos de ellas son las actitudes exasperadas, gritos, golpes en la mesa, actuación como "víctima" del poder o de la mala intención- no real de la contraparte.

- Consideración de las concesiones del oponente como debilidades: ante una concesión del oponente no se actúa en forma recíproca.
- Mezquindad en las propias concesiones: se demoran las concesiones y son mínimas.
- Ignorancia de fechas límites: actuación como si el tiempo no existiera, y, por lo tanto, o se agotara, sin que existan límites a este respecto.

Este modelo ha sido descrito por Herb Cohen, bajo la denominación de ganar a toda costa. Cohen a identificado el modelo, señalando que "el enfoque competitivo (ganar-perder) se da cuando un individuo o grupo intenta conseguir sus objetivos a esfuerzos brutales de intimidación a sutiles formas de manipulación."

□ **MODELOS COOPERATIVOS**

También denominados "ganar-ganar" o "para la satisfacción mutua" consisten básicamente en que los negociadores alcancen un acuerdo ventajoso para ambos y una victoria total o muy importante, de uno sobre el otro. Los dos deben sentir que han ganado algo y que el resultado de la negociación debe otorgar beneficios aceptables para ambas partes.

GANAR-GANAR negociando implica lograr que las partes de una negociación inviertan todas sus habilidades y medios para poder obtener en conjunto beneficios que no alcanzarían por sí solos.

Existen tres objetivos que deben tenerse en cuenta para lograr una negociación cooperativa:

- Lograr confianza mutua;
- Lograr el compromiso de la contraparte: hacerla sentir que están en el mismo barco y que es responsabilidad mutua llegar a buen puerto;
- Controlar al adversario: es importante tener bajo un adecuado control al oponente, para tomar rápido conocimiento cuando éste decide modificar su estrategia cooperativa por otra competitiva posterior.

2. MEDIACION

2.1 El mediador y la Mediación

2.2.1 La Persona del mediador

Un mediador es una persona especialmente motivada y entusiasta a la hora de realizar cualquier intervención, entendiendo, y haciendo entender que la persistencia es siempre básica para que se produzca cualquier cambio en las partes.

El mediador dinamiza y hace de puente, busca soluciones a problemas sociales, empresariales, laborales, escolares, comerciales, entre otros y

acompaña el proceso de las personas implicadas. Así, puede convertirse en una figura de referencia para una determinada parte de la población y actuar como promotor de una cultura de diálogo, de paz.

Los estudios indican que una de las tareas básicas de los mediadores es asistir a las partes para que negocien mejor y más eficazmente.

Se requiere para ello que los mediadores conozcan el arte y ciencia de la negociación, y que además transmitan su experiencia a las partes negociadoras en diferentes momentos: antes de la sesión de mediación, durante las sesiones conjuntas, o en las reuniones por separado con cada una de las partes.

Los mediadores pueden educar, aconsejar y entrenar a las partes en las buenas prácticas de la negociación, y asistirles.

Perry Itkin dice que la tarea del mediador es ser el guardián del proceso. Patrick Phear (Kolb y otros: "Cuando hablar da resultado") dice: *"tienen que percibir que yo controlo el proceso [...] En la mediación yo soy el director de orquesta, el orquestador del proceso. Las partes deciden el contenido; en cuanto al proceso en sí, pueden elegir el violín o el tambor, pero en cualquier caso, si quieren tocar en la orquesta tendrán que hacerlo cuando yo lo indico"*

Una de las instituciones académicas más prestigiosas de Estados Unidos en la enseñanza de los MASC, el "Institute for Dispute Resolution", Pepperdine University, en California, en su programa de capacitación en mediación establece como tareas básicas del mediador:

- Controlar el proceso, y emplear para ello tácticas adecuadas
- Registrar los antecedentes de las negociaciones de cada caso.
- Asegurarse de que las partes estén autorizadas para negociar y adoptar acuerdos.
- Verificar la realidad de los hechos alegados por las partes.
- Determinar un espacio o área en la que el acuerdo sería posible.
- Revisar las ventajas del acuerdo, en cuanto a su certeza, prontitud, economía, privacidad y control de su ejecución.

Asimismo, dicha institución establece una clara distinción entre lo que "debe" y lo que "no debe" hacer el mediador. Entre los "debe" del mediador destaca los siguientes:

- Debe desarrollar una exposición inicial.
- Debe tomar notas de las explicaciones y/o alegatos de las partes.
- Debe escuchar atentamente.
- Debe formular preguntas para identificar los temas, teniendo la precaución de no aparecer como parcial.

- Debe permitir que las partes presenten todos sus argumentos.
- Debe expresar empatía.
- Debe apuntar soluciones, alentar la creatividad y sugerir opciones que satisfagan los intereses de ambas partes.
- Debe ser paciente, pues en muchas ocasiones las partes están ofuscados en sus posiciones y necesitan tiempo para replantear su pensamiento.
- Debe observar los estilos de negociación, señalando a las partes como superar estilos agresivos.
- Debe mantener el impulso de la negociación.

Lo que "no debe" hacer un mediador y por ello fracasa en su misión es porque suelen cometer dos errores crasos:

- 1) No debería sugerir soluciones. (Estas deben proponerlas las partes),
- 2) No lograr que se busquen creativamente soluciones ganar/ganar

Creo que unas cualidades principales del moderador son: su experiencia humana, su capacidad de comunicación, sus capacidades técnicas, su modestia. El humor no esta demás tampoco, y sirve muchas veces para centrar una discusión o dar cohesión a un grupo.

Las cualidades de los mediadores deberán ser: la neutralidad e imparcialidad, la confidencialidad del proceso, el respeto que el mediador debe tener por las partes y el proceso en defensa del principio inalienable de la ética del mediador y de lo que para último, sin reflejar que sea menos importante sino todo lo contrario, el principio de autodeterminación de las partes, es decir son ellas las que deciden cual es la solución del conflicto que satisface sus intereses preservando el concepto de beneficio mutuo.

La historia personal del mediador, su pertenencia a un género, clase o raza, juegan un papel importante y no puede no jugarlo. Una forma de evitar hacer algo que no queremos, en el trabajo como mediadores, es tener en cuenta:

- Cuál es el grado de involucrarse en el proceso que deseamos tener como mediadores.
- Cuáles son sus presupuestos o ideales para nuestra forma de ser .
- Cuáles son nuestros principios inamovibles .

No significa que por ser mediadores tengan que abandonar sus ideas, valores y principios, sino saber cuáles son y aceptar que otras personas pueden tener otros igualmente válidos aunque diferentes a los de los mediadores.

Como hemos podido apreciar, el mediador juega muchos roles en el proceso de mediación: moderador, maestro de ceremonias, creador de acuerdos. Permite además que las partes examinen el conflicto desde diferentes puntos

de vista, ayuda a definir las cuestiones y los intereses básicos, y explora opciones que puedan ser mutuamente satisfactorias para las partes en conflicto.

2.2.2 El Proceso de Mediación

A nivel mundial, la mediación abarca desde negociaciones vecinales, familiares, escolares, hasta empresarias y entre países. También entran dentro de su órbita los conflictos comunitarios, laborales, y hasta en el plano de la psicología y los temas relacionados con la religión.

Evidentemente, existen casos en que no debe recurrirse a la mediación. Se trata de situaciones en que la jurisdicción de un tribunal es esencial y predominante, cuando una de las partes desea una decisión judicial para sentar un precedente, o cuando ninguna de las partes está dispuesta a considerar un arreglo o no está suficientemente motivada para ello.

El proceso de la mediación se lo puede desglosar en las siguientes etapas:

- El acuerdo para acudir a mediación: es un acuerdo en donde expresan su deseo de participar en el proceso
- Comienzo del procedimiento: La petición de mediación

De conformidad con nuestra legislación, en el artículo 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se establece que se podrá acceder a la mediación cuando exista convenio escrito entre las partes para someter su conflicto a mediación, a solicitud de una de ellas, y cuando el Juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o petición de parte, una audiencia de mediación, siempre que las partes lo acepten.

Cuando existe un conflicto, cualquier parte puede proponer la utilización de la mediación a la otra parte o partes. Si las partes han firmado un convenio de mediación o un acuerdo de mediación, o han suscrito cualquier otro compromiso de someterse a la resolución alternativa de conflictos, pueden invocar dicho compromiso. Algunas veces, una organización neutral puede persuadir a una de las partes a comprometerse con la mediación.

- **Nombramiento del mediador :** Las partes pueden seleccionar el mediador, y mostrar sus preferencias hacia el candidato, en lo referente a estilo de negociación, experiencia técnica o legal, conocimiento de determinados lenguajes, etc.

Normalmente, los centros de mediación, son los encargados de proporcionar a las partes una lista de mediadores. Antes de proponer un candidato, los centros de mediación solicitan al mediador que revele cualquier circunstancia no conocida que puede causar alguna duda sobre su imparcialidad. Si se descubre cualquier tipo de conflicto, el candidato es sustituido por otro. De igual

modo, cualquier parte puede rechazar al candidato propuesto, si conoce cualquier circunstancia que ofrezca alguna duda sobre su imparcialidad.

- Contactos iniciales entre el mediador y las partes
 - Organización de la primera reunión
 - Acuerdo sobre un primer intercambio de documentos
- Primera reunión y reuniones siguientes
 - establecimiento de las reglas básicas del procedimiento
 - compilación de información e identificación de las cuestiones litigiosas
 - examen de los intereses de las partes
 - búsqueda de soluciones posibles
 - evaluación de las soluciones posibles
- Conclusión o Acuerdo

Generalmente, la sesión de mediación comienza con la presentación de las partes y del mediador. Se inicia con el discurso de apertura o discurso inicial del mediador, y se establece la modalidad de trabajo.

En el discurso inicial se establecen las reglas de juego. Se explica a las partes brevemente, en que consiste la mediación, su procedimiento, el tipo de

sesiones conjuntas o separadas que pueden llevarse, y por ultimo el efecto del acta de mediación.

El ámbito de las sesiones son agradables y contenedoras en un inicio es recomendable no se trabaje ni con el expediente ni con las pruebas, porque lo que se intenta es generar en el debate reglas de juego colaborativas y no competitivas.

Se firma el convenio de confidencialidad, si las partes así lo deciden, después del cual comienza el proceso de negociación hasta su conclusión. No existe un límite de sesiones conjuntas o individuales, solo se está condicionado por el arribo o no a un acuerdo entre las partes.

En el proceso de mediación, es primordial e importante, destacar y explicar que el procedimiento es absolutamente confidencial, a menos que las partes renuncien a ella.

Si bien es cierto que en una mediación el optimismo y la paciencia son elementos característicos para llegar a un acuerdo, la actitud positiva y la confianza en la organización, como en el mediador es vital para el éxito de la mediación.

Por ejemplo, en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, se establece:

Art. 63.- *Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, el escrito de solicitud deberá contener:*

1. *El nombre, domicilio y dirección de las partes y de sus representantes o apoderados, si los hay; así como también los números telefónicos, de fax y el correo electrónico si es que lo tuvieren;*
2. *Un resumen de la naturaleza del conflicto o cuestiones materia de la mediación;*
3. *La estimación del valor de las diferencias o asuntos materia de la mediación o la indicación de carecer de un valor determinado, y,*
4. *Los documentos que se consideren pertinentes.*

A la petición deberá adjuntarse copia del recibo del pago del valor de los gastos administrativos iniciales de la mediación y la acreditación de la representación de las partes.

Adicionalmente, el Director del CAM en el plazo de tres (3) días procede a designar el mediador por sorteo rotativo, considerando la especialidad.

2.2.3 Mediación y cambio cultural

Tenemos una percepción generalizada acerca de la Justicia aludiendo que ésta está en crisis debido a diversos casos de corrupción y abuso de poder. Además de ello, los servicios lentos y no adecuados; el costo elevado; la insuficiente cobertura de la población; los procedimientos lentos y autoritarios; el desinterés popular por la justicia; la demora en la resolución de los casos; el personal

insuficiente y no preparado; los jueces sin actualización; en general una mentalidad litigiosa y adversarial, por citar algunos casos.

Sin embargo, es posible que la Reforma Judicial se incline a una percepción generalizada acerca de la justicia en servicios eficaces y accesibles; una rapidez de los procedimientos; transparencia y responsabilidad de los agentes de justicia; un sistema de justicia eficiente; una actitud de servicio al público; una permanente actualización.

Quienes practiquen la mediación deben estar conscientes de los permanentes dilemas éticos que pueden surgir y observar con extremo cuidado los valores que se proponen a lo largo del proceso.

La nueva cosmovisión, apunta sobre la necesaria lucha por erradicar la arraigada tradición legalista de la actual administración de justicia.

La introducción de los métodos de resolución alternativa de conflictos tienen la particularidad de ofrecer un marco filosófico distinto. La mediación debe ser asentada sobre varias premisas básicas que son los valores aceptados en una cultura. Alguno de esos valores deben ser¹⁵:

15LINK, Delfina – El valor de la mediación, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

- El principio de respeto a la auto-determinación de las personas
- El principio de la imparcialidad
- El principio de la confidencialidad
- El principio de la competencia

Estos valores tienen que estar incluidos dentro de la cultura, y ser afines con otros aspectos de ella, como por ejemplo la educación.

Es por este motivo, la interrelación de los valores de la mediación con los valores de la cultura que la propone, en general, que se habla de la introducción de la mediación como un profundo cambio cultural, como un cambio paradigmático.

El cambio radica en acentuar una cultura de diálogo, en impulsar a las partes a conversar, a ayudarse mutuamente, para regirnos por un sistema de paz, a través de un proceso flexible, abierto, lleno de posibilidades, obteniendo un beneficio mutuo y conservando lo más importante, que son las relaciones en un futuro.

3.1 Aspectos Conexos de la Mediación

3.3.1 Rol del Abogado en la Mediación

Los abogados en el Ecuador, hasta hace algunos años, han sido formados en la mayoría de los casos con una mentalidad litigiosa, pensando en la confrontación, antes que en llegar a acuerdos. El abogado debe ser un negociador, dominar las técnicas para mostrar a su cliente alternativas posibles y ayudarlos a evaluarlas.

Cuando se habla acerca de la participación del abogado en la mediación, no nos referimos a los argumentos para lograr un apoyo masivo a la figura, sino más bien, asentados en criterios objetivos sostenemos que la mediación es por lo general para los abogados y casi imposible sin ellos –lo cual es ratificado en países como Argentina y Colombia donde para el ejercicio de la conciliación extrajudicial se exige la calidad de abogado-.

Los abogados pueden jugar un papel muy importante en la mediación. Cuando los abogados aconsejan a sus respectivos clientes que utilicen la mediación como alternativa a otros procedimientos persiguen sin duda un objetivo común: que las partes alcancen un acuerdo. De este modo, los adversarios legales se convierten en cooperadores con el único propósito de investigar cómo resolver el conflicto.

Los intereses profesionales, comerciales y personales del cliente deberán ser considerados y valorados a la hora de fijar un "valor realista " al caso. Es esencial que los clientes conozcan que la mediación es una oportunidad para explicar sus reclamaciones con sus propias palabras. En consecuencia, durante el proceso de mediación, los abogados deben modificar sus técnicas litigiosas y ser conscientes de que la mediación es ante todo cooperación, por lo que la presentación del caso deberá necesariamente reflejar el propósito de la mediación: buscar la obtención de un resultado satisfactorio para su cliente, y por ende también para la otra parte.

La participación de los abogados en la mediación descansa sobre tres aspectos fundamentales: la asesoría, la procuración, y la mediación. Por tanto podríamos afirmar que el abogado asume distintos roles en la figura que podríamos resumirlos en el asesor o consejero, el representante o negociador, y el mediador o conciliador.

La prudencia debe primar dentro del rol inicial del abogado, de manera que no se transforme en un generador de conflictos y litigios, sino más bien en solucionador de problema. La consultoría, asesoramiento, o consejo, es el resultado del análisis profesional y responsable tantas veces referido, en el cual el abogado debería concluir la real situación –riesgos y circunstancias- del asunto confiado y la sugerencia de mejor alternativa para obtener la solución efectiva al mismo, sin exagerar en las posibilidades de éxito –obligación

prescrita en el Art. 20 del Código de Ética Profesional del Abogado "Avellan Ferres".

Indudablemente tal sugerencia no será de fácil conclusión, el abogado debe por tanto realizar un estudio de posibilidades, proyecciones, relación entre las partes, necesidad de solución inmediata, costo - beneficio, tiempo, intereses, etc., y recién luego de esto podrá aconsejar o sugerir a su cliente, con menor posibilidad de error.

Tal como quedó anotado en líneas anteriores, quién más vinculado a conflictos que el abogado? Difícil encontrarlo. Relacionado como se encuentra en gran medida el ejercicio profesional con los conflictos, mencionamos que es natural que los abogados hayan desarrollado habilidades especiales de negociación; sin embargo, a pesar de estas habilidades –por lo general buenas-, deben modificar su programación interna y considerar la necesidad de capacitación responsable a través de auto y heteroformación en métodos alternos de solución de conflictos.

Debe existir un cambio en la cultura legal, el abogado no debe ser un mero conocedor del litigio y tener un conocimiento únicamente descriptivo del litigio.

El rol del abogado las partes involucradas debe estar relacionado con el manejo de conflictos, con habilidades y técnicas de negociación, de conciliación. La negociación legal debe entrar en los programas académicos

de la Universidades, así como en las prácticas jurídicas. El tratamiento de los temas acerca de medios alternativos de solución de conflictos como el entrenamiento en sus diversos procesos, es parte esencial del abogado actual, del abogado conciliador.

Una encuesta entre los egresados de la Universidad Católica de Quito, reveló que, el 43% de los abogados graduados en los últimos 10 años, jamás a litigado y los que lo han hecho alcanzan un 10% como actividad habitual de su profesión¹⁶.

Las cifras, la sociedad y la creciente demanda por métodos eficaces para resolver conflictos, son parte de la formación y el rol del abogado que necesita prepararse y entrenarse para ser negociador.

3.3.2 Disposiciones legales sobre Mediación

En la legislación procesal ecuatoriana, se contempla como obligatoria una instancia de conciliación, en todos los juicios, pero desafortunadamente, el espíritu de formula de arreglo, de acercamiento a las partes que tiene esta instancia, no se logra con el éxito deseado. En la practica es casi nula porque nadie propone fórmulas conciliatorias, o elementos que actúen sobre el ánimo de las partes para remediar una controversia que recién empieza.

¹⁶ Universidad Católica de Quito, Facultad de Derecho, Encuesta, 2000, Quito.

Hasta el momento, en nuestra legislación ecuatoriana, no se ha expedido un Reglamento a la ley lo cual hace, que la norma jurídica vigente tenga falencias, pero los vacíos se cubren con el Código de Procedimiento Civil y con los Reglamentos Internos de Funcionamiento de todos los Centros de Mediación. Aún así, es importante destacar el hecho que el reglamento a la ley descrita es de vital importancia para la aplicación acertada de la Ley, mismo que debería ser dictado a la brevedad posible.

Así, encontramos que en citada ley, en su artículo 37, se expresa, “Art. 37.- En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho.”

Los Centros de Mediación, poseen sus propios Reglamentos Internos, que cumpliendo con lo señalado en la Ley de Arbitraje y Mediación en el Ecuador, ofrecen seguridad y confianza en el procedimiento, acatando los requisitos mínimos del artículo 54 de mencionada ley, donde se establece, “*Los reglamentos de los centros de mediación deberán establecer por lo menos:*

a) La manera de formular las listas de mediadores y los requisitos que deben reunir, las causas de exclusión de ellas, los trámites de inscripción y forma de hacer su designación para cada caso;

b) *Tarifas de honorarios del mediador, de gastos administrativos y la forma de pago de éstos, sin perjuicio de que pueda establecerse la gratuidad del servicio;*

c) *Forma de designar al director, sus funciones y facultades;*

d) *Descripción del manejo administrativo de la mediación; y,*

e) *Un código de ética de los mediadores”.*

Adicionalmente, en el artículo 53, de mencionada ley se estipula, *“Los centros de mediación que se establecieren deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo para las audiencias. Los centros que desarrollen actividades de capacitación para mediadores deberán contar con el aval académico de una institución universitaria.”*

En el caso de las Instituciones del Sector Público y su sometimiento a procesos alternativos de resolución de conflictos existe como base legal la Constitución Política de la República y la Ley de Arbitraje y Mediación, ya citadas; y ésta última tipifica en su Título II, "De la Mediación", artículo 44, inciso segundo que Estado o las Instituciones del Sector Publico lo harán a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva; y en el artículo

46 de mencionada ley, se encuentran los requisitos adicionales para que proceda la Mediación:

1. Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales;

2. A solicitud de las partes o de una de ellas; y,

3. 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.

4. Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de la notificación del Juez, no se presentare el acta que contenga el

acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al Juez su decisión de ampliar dicho término".

La posibilidad que las instituciones públicas puedan participar en el procedimiento de mediación, agiliza la resolución de conflictos siempre que sean los personeros facultados y que se cumplan con los requisitos que señala la ley, pero la ventana al acceso a un método alternativo de solución de conflicto esta abierta para la institución pública, inclusive desarrollando Centros de Mediación adscritos a la Función Judicial que funcionan ya en Quito, Guayaquil y Cuenca que se analizaran posteriormente.

El artículo 47 de la misma Ley establece: *"...El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo las vía del apremio..."*, garantizando de esta manera el cumplimiento de los acuerdos a los que se lleguen. La ley lo que busca, adicionalmente a su sentido justo y equitativo, es un espíritu de igualdad. Otorgando el efecto de sentencia ejecutoriada al acta de mediación, como el efecto que tiene una sentencia de ultima instancia, solo da proporción e instaura a la mediación como otra vía para la justicia.

CAPITULO IV

MEDIACIÓN EN EL ECUADOR

1. Mediación, Base Legal

La Constitución Política de la República del Ecuador en su Capítulo II DE LOS DERECHOS CIVILES, en su Artículo 23, numeral 17 dice: *"Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley."*¹⁷

Bajo este marco conceptual de lo que la administración de justicia debe ser y entendiendo que la jurisdicción, *"es la facultad de administrar justicia"*,¹⁸ pareciera que hay un contra sentido cuando en efecto, la potestad judicial, la celeridad y eficiencia exclamada en la Constitución, no se hace realidad cuando las partes van a un proceso.

También es un contra sentido lo de expedito e imparcial. Es común la mora judicial que se convierte en noticia de todos los días; lo imparcial del proceso

¹⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002. Quito, Ecuador, pag: 10

también deja mucho que pensar ya que hay situaciones que se inclinan más por una parte debido a un poder político, económico, o social. Además los procesos judiciales quedan también, interrumpidos para una nueva fecha que bien puede darse para una, dos o más semanas, meses e inclusive años, ya que la agenda del juez está comprometida con otros procesos.

El artículo 191, de la Carta Magna, dice, *“El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.”*

La forma en que actualmente está conformada nuestra administración de justicia, responde a un determinado contexto cultural. Es el fruto de una larga evolución, que finalmente ha cristalizado en la atribución del Estado de la pacificación de los conflictos y la restauración de la paz social. Esta función que cumple el Poder Judicial, aplicando una reglas preestablecidas, que son las normas jurídicas a los casos que ante los tribunales se plantean, buscan impartir justicia, todo ello en el marco de un Estado Social de Derecho.

¹⁸ CABANELAS, Diccionario Jurídico

Frente a un sistema de Justicia lento, burocrático, colapsado, agregando la inseguridad que todo esto produce, a quienes acuden a los Tribunales y Juzgados, con el objetivo que se le reconozcan sus derechos, surge la necesidad de incorporar, un sistema que constituya una solución integrada a través del diálogo y la cooperación.

Se busca impulsar mecanismos de justicia participativa, con una visión amplia, solidaria y comunicativa, para una nueva cultura de paz.

La Constitución de la República, acertadamente incluyó en el mencionado artículo, el texto donde se reconoce a la mediación como procedimiento alternativo para la resolución de conflictos.

La Ley de Arbitraje y Mediación, ley promulgada en el Registro Oficial número 145 de 4 de septiembre de 1997, recoge en su artículo 43, lo siguiente, “ *La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra – judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.*”

La definición de la mediación que establece la ley, nos remite a lo anteriormente expuesto, en donde se trata de un procedimiento extrajudicial para la solución de controversias entre dos partes que son asistidas por un

mediador para llegar a un acuerdo. Lo que la ley nos expresa claramente, es que verse sobre materia transigible¹⁹.

La mediación, definida anteriormente y bajo los preceptos de la actual Ley de Arbitraje y Mediación (LAYM)- adicionalmente la encontramos en el Título XXXVIII del Libro Cuarto del Código Civil(CC): "De la Transacción", cuyo artículo 2372, primer inciso expresa: "**Transacción** es un **contrato** en que las partes terminan **extrajudicialmente** un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual".

Es importante determinar las características del proceso de mediación, de su objetivo, ya que en nuestra legislación la Ley de Arbitraje y Mediación nos guía en el proceso, pero adicionalmente encontramos en el Código Civil pautas y características propias de un proceso de paz, de un proceso extrajudicial para resolver conflictos.

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

Respecto del contrato o acuerdo, los dos conceptos coinciden en las siguientes características:

¹⁹ Lo subrayado es mío.

a) **VOLUNTARIO:** El Código Civil señala que la Transacción es "**un contrato**" y el mismo Código define en el Art. 1480, al contrato o convenio como "**el concurso real de las voluntades de dos a más personas**". Así, la LAYM también habla de "**un acuerdo (convenio) voluntario**".

La voluntariedad es un requisito sin el qua non, la mediación no se podría llevar a cabo, ya que son las voluntades o potestades de las partes las principales actoras para buscar una solución a su conflicto.

b) **TRANSIGIBLE:** Este carácter se encierra en la etimología de la propia palabra "transacción" y concuerda, igualmente, con el concepto de la LAYM. La materia transigible, es aquella en la que se puede llegar a un acuerdo. Se entiende por transigible, aquello que es susceptible de renunciar voluntariamente o sobre lo que se puede convenir, para superar una controversia.

c) **EXTRAJUDICIAL:** Ambos conceptos se centran en la misma peculiaridad, que están fuera de la justicia ordinaria o de su proceso.

Otro artículo concordante es el 2386 del Código Civil: "La transacción surte el efecto de la cosa juzgada en última instancia... ". Lo cual, del mismo modo, coincide con el inciso cuarto del Art. 47 de la LAYM, respecto del Acta de

Mediación que *"...tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia..."*.

No obstante, según el Art. 411 del Código de Procedimiento Civil, para que la transacción, dentro de juicio, surta efecto, el acta de acuerdo debe ser aprobada por sentencia judicial. Así la Ley de Arbitraje y Mediación, estipula como la elaboración del Acta de Mediación, debe cumplir con los requisitos mencionados en la ley, para que esta, a su vez, tenga fuerza de cosa juzgada de última instancia.

La relación entre la mediación y la transacción es de gran importancia para quienes negocian directamente ya que como vemos, el contrato de transacción, al igual que el acta de mediación, tienen el carácter de cosa juzgada en última instancia. Cuando se trata de una transacción extrajudicial, no es necesaria la firma de un mediador calificado o autorizado en los términos de la LAYM, ya que como consecuencia de la transacción, el contrato transaccional tiene el mismo efecto jurídico que una sentencia ejecutoriada de última instancia. Cabe destacar que en la práctica no ocurre que el contrato transaccional tenga el efecto de sentencia ejecutoriada, por la congestión misma de la justicia ordinaria.

Por tanto, cualquier persona puede negociar o mediar y lograr en el acuerdo los mismos efectos jurídicos de un acta de mediación, conforme a la LAYM, recurriendo al título de la Transacción del Código Civil. Se debe perfeccionar o

al menos precisar conceptos para que éstos tengan concordancia con el Código Civil vigente.

El artículo 44 de la LAYM determina: *"Podrán someterse al procedimiento de mediación sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir"*.

El ámbito es totalmente amplio para la mediación, existiendo únicamente dos condiciones que se deben cumplir:

a) Ser legalmente capaces. La capacidad, se entiende en los términos de las reglas establecidas en el título II del Libro Cuarto del Código Civil (art. 1488, ult. inc., y art. 1489) *"...La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra"*.

b) Voluntad para convenir, como hemos dicho, en materia transigible.

Adicionalmente, se deben considerar las reglas que constan en el Título De La Transacción del Código Civil.

Resumiendo, puedo decir que la transacción es una negociación directa entre las partes, donde ellas intentan resolver las disputas a través de la discusión, persuasión y transacción, y que tiene lugar sin la ayuda imparcial de un tercero.

La legislación ecuatoriana ha preferido no mantener la diferencia conceptual entre la mediación y la conciliación, por ello, se explica que dichos conceptos son sinónimos, así en el artículo 55 de la Ley, establece dos aspectos:1) *“La conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. 2) Para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos”*.

En el Código del Trabajo se utiliza el término **mediación y conciliación**. En la legislación laboral actual, la mediación se diferencia de la **conciliación** ya que se trata de un procedimiento obligatorio, particularmente para los conflictos laborales y así consta en los artículos 465 y siguientes del Código del Trabajo. Mencionados artículos regulan la actuación de los funcionarios encargados de llevar a cabo la mediación del Ministerio del Trabajo (se establecen en los artículos innumerados de la reforma al Código de Trabajo), y de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

2. El Proceso de la Mediación

2.1 Formas de Acceder: Por derivación, Proceso Individual y como parte de un proceso arbitral

En la Ley de Arbitraje y Mediación, en su **Art. 46**, se establece que la mediación podrá proceder en los siguientes 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.

Las partes acuerdan un convenio por medio de un **convenio de mediación y arbitraje** por ejemplo, que puede decir: *"cualquier dificultad o controversia que se produzca entre los contratantes, respecto de la aplicación, interpretación, duración, validez o ejecución de este contrato o cualquier otro motivo, será sometido a Mediación conforme a la Ley de Arbitraje y Mediación. En caso de que la mediación no prospere, se resolverá mediante arbitraje con arreglo a la misma ley"*.

El convenio de mediación es el inicio del proceso de mediación. Los centros de mediación, previo a un proceso, verifican la existencia de la cláusula para llevar a cabo dicho proceso de mediación.

b) A solicitud de las partes o de una de ellas. A pesar de que en la ley se menciona la solicitud "de las partes o de una de ellas", no se establece un formato para la misma. Los centros de mediación pueden proveer a las partes un formato de la solicitud en la que se hará constar, especialmente lo siguiente:

- Una breve reseña del conflicto y su pretensión
- Pedido de que intervenga un mediador
- La estimación de la cuantía
- Los nombres completos, direcciones y teléfonos de las partes en donde deberán ser convocados y su vínculo con el caso.
- La prueba de representación del solicitante en caso de ser necesario, etc.

Una vez presentada la solicitud, se debe convocar a la otra parte a la mediación. Existe la posibilidad de convocar a las partes telefónica o personalmente, sin embargo los Reglamentos de los Centros establecen que se deberá convocar a las partes a través de una comunicación escrita, para que quede constancia de las invitaciones y su recepción (fe de presentación) en el proceso. Esto es necesario sobretodo para el caso en que la mediación concluya por un acta de imposibilidad de acuerdo por la no comparecencia de una de las partes. Las convocatorias en las mediaciones administradas por un Centro legalmente establecido no las realiza el mediador; se lo hace a través del Director del centro de mediación o persona asignada para tal efecto.

La convocatoria debe contener:

- a) la procedencia de la solicitud o derivación de la mediación,
- b) una breve síntesis explicativa del objeto de la mediación
- c) una corta referencia del conflicto, nombre de la otra parte, hora, día y lugar de la audiencia de mediación.

El contenido y forma de la comunicación debe transmitir las bondades del método y la disposición positiva y cordial del procedimiento. Se debe asegurar la recepción de la convocatoria para saber que llegó efectivamente a su destinatario, es una labor esencial de cada Centro de Mediación.

La LAYM, prevé la posibilidad de una segunda convocatoria, en su Art. 51 *“Si alguna de las partes no comparece a la audiencia de mediación a la que fuere convocada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si en la segunda oportunidad alguna de las partes no comparece, el mediador expedirá la constancia de imposibilidad de mediación”*.

En la nueva convocatoria se hará constar que se trata de un segundo llamado, y es recomendable el transcribir el artículo antes mencionado para que las partes estén conscientes de los efectos que tiene la no asistencia a la segunda convocatoria.

Esta situación se diferencia de la legislación Argentina, por ejemplo, ya que en la ley Argentina se determina que: *“...Si la mediación fracasare por la incomparecencia de cualquiera de las partes a la primera audiencia, cada uno de los comparecientes deberá abonar una multa cuyo monto será el equivalente a dos veces la retribución básica que le corresponde percibir al mediador.”*²⁰

²⁰ Ley 24.573, Ley de “Mediación y Conciliación” artículo 10

El carácter coercitivo de la mediación en la legislación argentina, que fracasa por no comparecer a la misma y obliga a la multa, parecería que va en contrasentido de la mediación, siendo esta de carácter voluntario, flexible y en busca de soluciones para las partes.

La obligatoriedad de la mediación en Argentina, nos provoca una reflexión, ya que el principio de la mediación es la voluntad de las partes para llegar a un acuerdo a través del dialogo. Al volver obligatoria a la mediación, se atenta contra este sentido, pero pienso que la intención de la ley fue el buscar forzar a todos a que conozcan del proceso de mediación, aunque se estuviere atentando contra su voluntad.

c) Cuando el Juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.

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

La mediación como parte de un arbitraje, se la entiende al proceso que se lleva a cabo en conformidad con el Artículo 15 de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, donde se establece: “ *Una vez contestada o no la demanda o la*

reconvención, el director del centro de arbitraje o el árbitro o árbitros independientes notificarán a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación a fin de procurar un avenimiento de las partes..... Si concurriere una sola de las partes será escuchada y se anotará la ausencia de la otra, a la que se declarará en rebeldía, lo que será tomado en cuenta para la condena en costas.”

En el Art. 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación se establece, como “*el procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.*

En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador.

Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas.

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

Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo. En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario.

En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de Menores y otras leyes relativas a los fallos en estas materias²¹.”

Adicionalmente, existen actas de imposibilidad de acuerdo por no presentación, cuando una de las partes no ha acudido a la mediación y el acta de imposibilidad por no alcanzar un acuerdo, en donde las partes a pesar de haberse reunido no se han entendido en ningún punto y no han podido alcanzar ningún tipo de acuerdo.

CAPITULO V

LEGISLACIÓN DE LA MEDIACIÓN LATINOAMERICANA COMPARADA CON LA LEGISLACIÓN DE LA MEDIACIÓN ECUATORIANA

LEY ARGENTINA

1. Mediación en Argentina, Base Legal

El 27 de octubre de 1995, se publicó en el Boletín Oficial la ley 24.573, bajo la denominación de Ley de "Mediación y Conciliación". A través de ella, se instituye en Argentina, el carácter **obligatorio** de la mediación en la legislación, como lo analizare mas adelante. Aún así, las reformas incluyeron modificaciones a otros cuerpos legales, como el Código Procesal que han sido sustituidos y modificados para guarden concordancia con la ley promulgada.

²¹ Art. 47, Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador

Desde la implementación de la ley en 1995, se resolvieron más de 61.000 casos en Argentina. La mediación comunitaria extrajudicial tiene un nivel de acuerdo del 80% y en la mediación escolar es cercana al 80%²².

Actualmente, la ley argentina es discutida, ya que contempla que sólo los abogados pueden ejercer la tarea de mediadores en el ámbito público; en tanto que en el ámbito privado se abre el abanico a todas las profesiones y especialidades, como ocurre en el resto del mundo, donde la tasa de resolución de conflictos por esta vía llega al 85% de los casos.

Existe un particular en la promulgación de la ley Argentina, que establece en su artículo 30, se fija un plazo de cinco años para la duración de esta nueva etapa de mediación. Lo que nos lleva a suponer que la ley esta en prueba, como lo esta el proceso. Tampoco, se prevé si a su vencimiento queda sin efecto y tampoco se aclara la situación de los mediadores.

En el artículo 15 de la ley, establece la creación de un Registro de Mediadores, en donde se dispone que sea el Ministerio de Justicia de la Nación quien lo constituya, organice y administre. Se establece que los mediadores posean necesariamente el título de abogados, tener la capacitación adecuada, como el cumplimiento de las demás exigencias contempladas en su reglamento.

²²FUNDACION LIBRA – Buenos Aires – Publicaciones de esa institución pionera de la mediación en la Argentina y Manual de

Dentro de la naturaleza de la ley de Mediación y Conciliación Argentina, encontramos que dado su carácter obligatorio, aparece incorporada como prerrequisito necesario para el acceso a la instancia judicial y está vinculada con el juicio al ser sorteado el mediador juntamente con el juez, en la mesa general de entradas de expedientes judiciales.

En este sentido la mediación tiene naturaleza administrativa, ya que la realidad argentina es diferente a la realidad ecuatoriana, en donde la aglomeración de causas en los juzgados y la ineficacia de la justicia y su procedimiento, han dado espacio a los métodos alternos de solución de conflictos para que tomen más fuerza.

ARTICULO 1º: *Institúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.*

Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia.

Su relación en el proceso judicial reside en que es un prerequisite obligatorio para la iniciación de un proceso, es un requisito externo de admisibilidad de la demanda, situación que en el Ecuador no está contemplada en ese sentido. El carácter voluntario de la mediación, se contradice con esta situación obligatoria en la legislación Argentina. Sin embargo, la mediación se celebra en forma particular, en los estudios de los abogados y el acuerdo o acta transaccional a la que lleguen no tiene prevista una homologación judicial.

Leyes como la Argentina, previo a la presentación de la demanda en una judicatura, obligan a pasar por mediación y solo si no hay acuerdo, con la certificación del mediador sobre la imposibilidad de mediación, se podrá presentar la demanda ante la justicia ordinaria.

La ley argentina tiene un sentido sancionador y coactivo, contrario al espíritu de la mediación, lo cual contrasta con la Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana, por el hecho de su obligatoriedad y las multas establecidas por la falta de comparecencia a la primera reunión. El hecho de la obligatoriedad de la mediación conspira contra la constitución y su validez, para criterio de algunos juristas argentinos, como es el caso de Falcón.

Pienso que el carácter obligatorio de la mediación en la legislación argentina, si atenta contra el principio de voluntariedad del procedimiento de mediación. La mediación debe ser vista como un método para que todas las personas puedan acceder a la justicia de una manera más satisfactoria y a bajo costo, mismo

que esta siendo quebrantado por la legislación argentina, obligando a llevar a cabo el procedimiento de mediación y estableciendo multas por inasistencia o no cumplimiento. Así también, se impide el acceso a la justicia, ya que por ser una etapa obligatoria en el proceso judicial, si esta no se lleva a cabo, el proceso en sí judicial no podría efectuarse.

La constitución siendo la ley suprema, protege el derecho a la defensa, así como a la libertad, si la ley es sancionadora y coercitiva, como la ley argentina por la falta de comparecencia a la mediación, atenta a su vez con la Constitución, ya que se contrapone el sentido de la libertad.

La ley argentina de 1996 dispone que todo el que quiere iniciar un juicio tiene que ir a mediación previamente. Esta mediación pre-judicial debe ser hecha por un mediador certificado y registrado.

Las condiciones para ser mediador en estas mediaciones pre-judiciales están prescritas por ley y ellas son: ser abogado con tres años de experiencia en la práctica de su profesión, y además aprobar tres cursos. Esos cursos comprenden materias tales como métodos ADR (Alternative Dispute Resolution), mediación, comunicación, negociación, ética, técnicas especiales de resolución colaborativa de conflictos, con ejercicios de role play y entrenamiento general. Además tienen que observar mediaciones en vivo

hechas por mediadores expertos y comentarlas y hacer un análisis crítico en talleres especiales.

La Ley de Mediación y Conciliación, se aplica en Buenos Aires y en todo el fuero Federal, y el Ministerio de Justicia que es parte del Poder Ejecutivo, está a cargo del control de la preparación de los mediadores y de la lista que se compone hoy en día de 4000 mediadores. Para asegurar la neutralidad uno de ellos es sorteado de esta lista cuando alguien quiere iniciar un juicio.

La ley Argentina de conciliación y mediación, en su artículo 2, excepciona el procedimiento de mediación obligatoria en los siguientes supuestos:

“1. Causas calificadas como penales.

2. Acciones de separación, divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, excepto las cuestiones de carácter patrimonial derivados de éstas.

3. Procesos de declaración de incapacidad y rehabilitación.

4. Causas en que el Estado nacional o sus entidades descentralizadas sean partes.

5. Amparo, hábeas corpus e interdictos.

6. Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas.

7. Diligencias preliminares y prueba anticipada.

8. Juicios sucesorios y voluntarios.

9. Concursos preventivos y quiebras.

10. Causas que se tramiten ante la justicia nacional del trabajo”.

Ahora se está elaborando un proyecto piloto para casos penales y algunas otras propuestas se están discutiendo en el Congreso argentino.

La mencionada ley fue muy criticada porque la mediación se impuso obligatoriamente, pero el aspecto obligatorio de la ley, ayudó a conocer la mediación a todos los habitantes argentinos. Se desarrolló dentro del país una cultura de la mediación con técnicas avanzadas, con mediadores capacitados, con un esquema formal y hasta cierto punto rígido.

Esta introducción relativamente rápida e impositiva de la mediación en Argentina, y principalmente en Buenos Aires, también ayudó a demostrar la utilidad y las ventajas de los sistemas alternos de solución de conflictos en general.

Por otro lado, en las provincias se está organizando la mediación de una forma distinta, conexas al Juzgado o anexa al Juzgado (basada en modelos de otros países) y algunas otras combinaciones muy particulares.

Algunas provincias en Argentina ya tienen ley de mediación, pero otras sólo la practican en el campo privado. Además la mediación comunitaria se está llevando a cabo en los centros comunitarios y en estos centros se puede llevar a cabo por personas que no son abogados.

La diferencia del proceso de mediación en las provincias que en Buenos Aires, es una cuestión de cultura, de centralismo, y de número de causas. Situación que también ocurre en el Ecuador ya que en las ciudades principales, el método, la ley, la costumbre, conllevan a proceder más rigurosamente con el proceso de mediación que en las ciudades más pequeñas.

La mediación en Argentina nació de la ley y no de un movimiento de conjunto. En el Ecuador se conocía de la Mediación, y ha sido practicada en forma privada por muchos años, y la ley se dicta por la necesidad de regular la costumbre de la mediación en el país.

Todos en un comienzo al iniciar un juicio debían ir a mediación en el sistema argentino de justicia y así es como se quiere que los usuarios reconozcan a la mediación como importante en sí misma. No es solamente lo que se debe hacer para poder comenzar un juicio, sino valorar a la mediación como método para la solución pacífica de los conflictos.

2. El Proceso de la Mediación

ARTICULO 4º: *El reclamante formalizará su pretensión ante la mesa general de recepción de expedientes que corresponda, detallando la misma en un formulario cuyos requisitos se establecerán por vía de la reglamentación. Cumplida la presentación se procederá al sorteo del mediador y a la asignación del juzgado que eventualmente entenderá en la litis.*

El proceso de mediación se inicia con un formulario de iniciación preestablecido, patrocinado siempre por un abogado. Situación que es importante realzar, ya que si el abogado no actúa como apoderado carece de legitimidad (ius postulandi) y necesita la firma del cliente para petitionar validamente. Existe un problema aquí, ya que en caso de no asistir a la primera audiencia, quien cubriría la multa impuesta, el abogado o el peticionante?

Diferencia clara que existe con el proceso de mediación en el Ecuador, que no necesita del patrocinio de un abogado, ya que las partes en conflicto pueden acudir por sí mismas a un Centro de Mediación e iniciar un proceso.

La misma persona que presenta el formulario lo remite al mediador designado y éste dentro del plazo de 10 días de haber tomado conocimiento de su designación, fija la fecha de la audiencia, que deberá notificar a las partes por cédula o boleta, a través de la Oficina de Notificaciones. En la ley se prescribe el hecho de que las partes pueden tomar contacto antes de la fecha de la audiencia, con el mediador, con el objeto de hacerle conocer sus pretensiones.

ARTICULO 6º: *El mediador, dentro del plazo de diez (10) días de haber tomado conocimiento de su designación, fijará la fecha de la audiencia a la que deberán comparecer las partes.*

Dentro de la ley, se advierte el hecho de incorporar a un tercero por solicitud de las partes o del mediador, a fin de que intervenga como un perito para la aclaración de cualquier incidente dentro del conflicto que se ventila, con el carácter de técnico o especialista.

ARTICULO 9°: *El plazo para la mediación será de hasta sesenta (60) días corridos a partir de la última notificación al requerido y/o al tercero en su caso. En el caso previsto en el artículo 3, el plazo será de treinta (30) días corridos. En ambos supuestos se podrá prorrogar por acuerdos de las partes.*

El precitado artículo es muy claro en cuanto al plazo para la mediación. Situación que en el proceso de mediación ecuatoriano se diferencia, ya que la ley no menciona un plazo para la mediación, a excepción del término de quince días que establece el artículo 46, literal c, párrafo segundo, en donde el Juez ordinario dispone que dentro de cualquier estado de la causa, ya sea de oficio o a petición de parte, se realice una audiencia de mediación, siempre que las partes lo acepten, así estableciéndose lo siguiente: *“Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de la notificación del Juez, no se presentare el acta que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al Juez su decisión de ampliar dicho término.”*

Adicionalmente, que si se incumple con lo establecido en el artículo mencionado de la ley argentina, su consecuencia es sancionada con una multa

Dentro de la ley, se advierte el hecho de incorporar a un tercero por solicitud de las partes o del mediador, a fin de que intervenga como un perito para la aclaración de cualquier incidente dentro del conflicto que se ventila, con el carácter de técnico o especialista.

ARTICULO 9º: *El plazo para la mediación será de hasta sesenta (60) días corridos a partir de la última notificación al requerido y/o al tercero en su caso. En el caso previsto en el artículo 3, el plazo será de treinta (30) días corridos. En ambos supuestos se podrá prorrogar por acuerdos de las partes.*

El precitado artículo es muy claro en cuanto al plazo para la mediación. Situación que en el proceso de mediación ecuatoriano se diferencia, ya que la ley no menciona un plazo para la mediación, a excepción del término de quince días que establece el artículo 46, literal c, párrafo segundo, en donde el Juez ordinario dispone que dentro de cualquier estado de la causa, ya sea de oficio o a petición de parte, se realice una audiencia de mediación, siempre que las partes lo acepten, así estableciéndose lo siguiente: *“Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de la notificación del Juez, no se presentare el acta que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al Juez su decisión de ampliar dicho término.”*

Adicionalmente, que si se incumple con lo establecido en el artículo mencionado de la ley argentina, su consecuencia es sancionada con una multa

equivalente a dos veces la retribución básica del mediador, como lo señala el artículo 10 de la ley.

La prosecución del trámite es voluntario: la labor del Mediador será exitosa si en las partes aparece el “animus” de continuar en el procedimiento.

LEY COLOMBIANA

1. Mediación en Colombia, Base Legal

Al igual que Argentina, Colombia ha sido pionero en Latinoamérica en la instauración de la solución judicial o extrajudicial de conflictos, incluso su ley es anterior que la argentina. Durante ya varios años los legisladores colombianos han promulgado leyes sobre la materia, actualizando las normas, hasta llegar a la última modificación que resultó en la LEY 640 DE 2001 SOBRE CONCILIACIÓN. Dicha ley fue promulgada en Enero 2001 y mediante la ley se hizo obligatoria la conciliación antes de acudir a otras instancias judiciales ordinarias.

Con esta nueva ley se espera no solo descongestionar los despachos judiciales del país, sino se busca que mediante conciliación se puedan arreglar asuntos de custodia, cuidado personal, visitas y protección de menores, fijación de

cuotas alimentarias, declaración de la unión matrimonial de hecho y las disputas patrimoniales relativas a la celebración, ejecución y terminación de contratos civiles y comerciales, tales como compraventa, arrendamiento y prestamos entre otros.

Esta medida ha estado sujeta a diversos estudios por parte de la Corte Constitucional de Colombia y como resultado de estos ha encontrado dos limitaciones concretas. La primera consistió en que se prohibió su aplicación para asuntos laborales, la segunda en que se imposibilitó su aplicación en materias contencioso administrativas²³. Sin embargo, la medida fue aprobada para los demás casos y, en la resolución 0198 del 27 de febrero de 2002 emitida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, tras estudiar el reporte del Consejo Superior de la Judicatura relativo al número de procesos ingresados a cada distrito judicial y compararlo con el número de conciliadores habilitados en cada área, se dispuso que la norma entraría en vigencia desde el 31 de marzo de 2002 para las jurisdicciones civil y de familia en 28 distritos judiciales del país.

Con la aplicación de la ley 640 ya mencionada, se espera además solucionar, antes de pasar a los estrados judiciales, cerca del 65% de los 600 mil casos que anualmente entran a la justicia ordinaria en Colombia, lo que implica una descongestión de por lo menos 390 mil casos al año.

²³ DE VIVERO, Felipe; *Régimen Jurídico de la conciliación en materia contencioso administrativa*, documento inédito.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, la conciliación adquirió fundamento constitucional gracias a la disposición del Art. 116 cuyo cuarto inciso se transcribe: *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad en los términos que determine la ley”*. En desarrollo de este artículo, y con fundamento en el Art. 5 transitorio de la Carta, se expidió el decreto 2651 ampliando el campo de acción de la conciliación y reforzando su regulación. Mas adelante, se expide la ley 446 de 1998 que impone como legislación permanente las normas sobre conciliación iniciadas por el decreto en mención. Finalmente, se expide en 2001 la ley 640 que regula mas profundamente lo relativo a la conciliación y establece la obligatoriedad de acudir a ella como requisito de procedibilidad.

La conciliación extrajudicial a nivel civil es un “mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o mas personas gestionan por sí mismas la solución de diferencias transigibles de naturaleza civil o comercial, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador, ya sea ante un centro de conciliación, ante autoridad administrativa en ejercicio de su función conciliatoria o ante un conciliador en equidad, con anterioridad a la iniciación de un proceso jurisdiccional de naturaleza declarativa, ejecutiva, concursal o arbitral, o durante el trámite de éste”²⁴.

²⁴ VARÓN PALOMINO, Juan Carlos. *Avances de la conciliación extrajudicial civil y comercial*. En: Justicia y Desarrollo, Revista No. 6, Noviembre de 1998

La conciliación civil prejudicial, como su nombre lo indica, es anterior al proceso; se puede adelantar “ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del ministerio público en materia civil y ante notarios.”²⁵, será obligatoria para “los procesos declarativos que deban tramitarse a través del procedimiento ordinario o abreviado, con excepción de los de expropiación y los divisorios”²⁶ dando lugar al rechazo de plano de las demandas en las que ésta no haya sido previamente intentada.

El acuerdo conciliatorio tiene los mismos efectos de una sentencia; hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo (Art. 66, ley 446/98). Adicionalmente, la ley 640 establece que la inasistencia injustificada a una audiencia de conciliación puede tenerse como un indicio grave en contra de las pretensiones del inasistente en un eventual litigio que verse sobre los mismos hechos, en el que, además, el juez podrá imponer una multa de hasta dos salarios mínimos legales mensuales a la parte que inasistió.

Finalmente, y como último punto que quiero destacar de la ley 640, el Art. 21 establece que con la presentación de una solicitud de conciliación extrajudicial en derecho se suspende la caducidad o la prescripción por un plazo de hasta tres meses. La interrupción del plazo de prescripción, ciertamente es algo

²⁵ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 640 DE 2001 “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones” Art. 27.

²⁶ IBIDEM, Art. 38

rescatable dentro de la legislación colombiana, ya que a mi parecer es acertado pensar que se interrumpe el plazo por existir una reactivación del caso que puede llevar a una posible solución al conflicto.

La norma 640 ha tenido que soportar fuertes críticas y se ha visto sometida a reiteradas demandas por inconstitucionalidad, llevadas a la Corte Constitucional. Además el Art. 68 de la ley 446/98, que establece: *“La conciliación es requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción en asuntos laborales, de acuerdo con lo establecido en la presente ley.”*

La Corte explica que la norma ayuda a dejar el estímulo por la cultura del litigio y a promover la solución negociada de los conflictos, adicionalmente, aduce que la medida no es proporcional, ni razonable en la medida en que no cumple con unos requisitos necesarios para su aplicación²⁷.

La conciliación como requisito de procedimiento es una medida bastante polémica. Por un lado, pone en entredicho el derecho al libre acceso a la justicia y hace que la conciliación, una institución que se caracteriza por la voluntariedad de quienes acuden a ella, se desnaturalice y se vuelva obligatoria. Por otra parte, permite reducir los costos de la justicia, facilita la descongestión judicial y conlleva a acuerdos conjuntos que son mucho más beneficiosos para las partes y para la sociedad en su conjunto que una

²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-160 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbone

sentencia judicial en donde suele resultar una de las partes victoriosa y la otra derrotada.

2. Proceso de Conciliación Colombiano

Para solicitar una conciliación, se debe presentar una solicitud escrita por cualquiera de las partes o por ambas, la cual debe contener, una relación de los hechos que están originando las controversias, el nombre, dirección y teléfono de cada una de las partes y lo que se pretenda por parte del solicitante con una estimación económica o con la manifestación de que su pretensión carece de valor. El procedimiento es similar al llevado a cabo en Ecuador, sólo se diferencian los términos que se utiliza.

Una vez recibida la solicitud de conciliación, se radica en el sistema y se le asigna a un conciliador, se le señala fecha y hora para la audiencia y se envían las invitaciones a las partes con el fin de que las mismas asistan voluntariamente a la citada Audiencia.

Cuando se logra un acuerdo conciliatorio, los efectos que produce el acta de conciliación, son los mismos de una sentencia, es decir, presta mérito ejecutivo, lo cual significa que si una de las partes incumple alguna de las obligaciones establecidas en el Acta de Conciliación, lo que en el Ecuador se llama Acta de Mediación, la otra puede iniciar un proceso ejecutivo, a fin de que el juez de dicho proceso ordene el cumplimiento del acuerdo conciliatorio; y

hace tránsito a cosa juzgada, que significa que si las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio, no pueden acudir a ninguna otra instancia judicial, por cuanto la controversia quedó resuelta con el citado acuerdo.

En Colombia, encontramos dos clases de conciliación:

A. JUDICIAL: En el curso de un proceso

B. PREJUDICIAL

- **ADMINISTRATIVA:** Se realiza ante Entidades públicas (Procuraduría, Comisarias, ICBF).
- **INSTITUCIONAL:** Se lleva a cabo en Centros de Conciliación autorizados como los de las Cámaras de Comercio.
- **EQUIDAD:** Por Jueces en equidad.

Por último, los conciliadores deben cumplir con ciertos requisitos establecidos por los centros de conciliación, así por ejemplo en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo con la Ley 640 del 5 de enero de 2001, y la Resolución No 477 del 21 de junio de 2001 del Ministerio de Justicia y del Derecho, establece para quien pretenda incluir su nombre en la lista de conciliadores de la institución, tomar y aprobar un programa de capacitación para conciliadores en una entidad debidamente avalada para ello, no obstante lo anterior en este Centro también se exige el cumplimiento de unos requisitos objetivos adicionales, de conformidad con lo

establecido en el Libro Blanco de la Transparencia, publicación que forma parte los estatutos del centro.

De acuerdo con lo anterior es necesario:

1. la realización del curso de capacitación impartido por una entidad avalada por el Ministerio de Justicia y el Derecho.
2. la obtención del puntaje mínimo de (80/100), promediando la prueba escrita (60% de la nota final) y la prueba práctica (40% de la nota final). y,
3. la Aprobación del ingreso por parte de la Corte de Arbitraje y de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá.

En Ecuador, los Centros de Mediación no se crean por medio de una Ley o Resolución. Así como lo establece el artículo 52 de la Ley de Arbitraje y Mediación: *“ Los gobiernos locales de naturaleza municipal o provincial, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones, e instituciones sin fines de lucro y, en general, las organizaciones comunitarias, podrán organizar centros de mediación, los cuales podrán funcionar previo registro en el Consejo Nacional de la Judicatura. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento, por parte de un centro de mediación dará lugar a la cancelación del registro y su prohibición de funcionamiento.”*

Los Centros de Mediación en el Ecuador deben cumplir con ciertos requisitos legales, establecidos en el artículo 54 de la Ley de Arbitraje y Mediación, para

su funcionamiento, además están obligados a poseer un Reglamento Interno, estableciendo las directrices de marcha del mismo.

Así mismo, cada Centro cuenta con una lista de mediadores cumpliendo requisitos establecidos por los mismos centros, como es el caso del Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y para citar ejemplos en el Ecuador, la Cámara de Comercio de Quito, la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, en sus reglamentos internos de funcionamiento, establecen requisitos para formar su lista de mediadores.

Así por ejemplo, la Centro de Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, establece como requisitos los siguientes para ser mediador de la misma:

SECCION IX

DE LOS MEDIADORES

Art. 33.- Para ser autorizado como mediador del CAM se requiere:

- 1) *Tener al menos 25 años de edad;*
- 2) *Acreditar capacitación teórico-práctica de sesenta (60) horas en Mediación;*
- 3) *Acreditar suficientes certificados de idoneidad profesional y Ética, y,*

4) *De preferencia dominar el idioma inglés.*²⁸

Los requisitos mencionados, pienso no son lo suficientemente exigentes para tener una lista de mediadores excelentes. La acreditación práctica y teórica de la Mediación como se la califica? Quien lo realiza? La misma Cámara es la encargada de calificar los certificados de idoneidad profesional y ética, así como su capacitación, tornándose, a mi criterio, imparcial. Deberíamos rescatar lo establecido en la legislación argentina, sobre el Registro Único de Mediadores, donde sea una institución quien califique a los mediadores de manera imparcial.

²⁸ Art. 33 , Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana

CAPITULO VI

TIPOS DE MEDIACION

Antes de analizar las conclusiones y recomendaciones a este trabajo, es importante, destacar y explicar que la división de la mediación por áreas, resulta de especial interés para comprender los efectos de este método alternativo de solución de conflictos y el de ubicarnos en las experiencias que se tienen en los diferentes campos de aplicación.

Por su parte, en nuestra legislación, la Ley presenta y a una división de tres capítulos ordenados: Arbitraje, Mediación y Mediación Comunitaria. La división es acertada, ya que de acuerdo con la realidad del Ecuador, encontramos diversas condiciones socio-económicas, culturales, y antropológicas de las comunidades, siendo un país de indígenas, negros, organizaciones barriales, entre otras. La ley precave el hecho de la diversidad, reconoce sus características especiales y permite su aplicación bajo el principio de gratuidad.

1. Mediación Familiar

La mediación familiar se inició, en la segunda mitad de los años 70, en Estados Unidos y con el tiempo ha ido extendiéndose a otros países y a nuestro entorno.

Surgió para intentar dar una salida extrajudicial al gran número de problemas que se acarrearán especialmente por las separaciones y divorcios, que colapsan el sistema judicial.

La mediación familiar parte de un presupuesto inicial: Las familias tienen sus propios recursos para tomar sus propias decisiones (Bolaños, 1996).

Es difícil encontrar una definición que pueda englobar todo lo que implica el proceso de mediación familiar, por lo que se la podría definir como un procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos en su seno, en el cual uno o más profesionales cualificados, imparciales, y sin capacidad para tomar decisiones por las partes asiste a los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo.

Muchas veces, se olvida cuál es la esencia de la familia, la esencia de la pareja, que son ellos y no nosotros los que tienen en sus manos el poder de hallar una solución a sus problemas. Entonces se debe tener cuidado de no confundir las profesiones, el trabajo como profesional ya sea en derecho, como en psicología, con el trabajo de mediador. Lo que no podremos evitar es enriquecer nuestra profesión con el conocimiento sobre mediación y así mismo, utilizar nuestras habilidades de comunicación para facilitar la difícil tarea de ser mediador. El mediador deberá ser una persona con formación especializada en mediación, y si es del caso, especializado a su vez, en mediación familiar

Las negociaciones pueden tener lugar cuando las partes en una disputa han reconocido la existencia de un conflicto, acuerdan la necesidad de resolverlo, y se comprometen activamente en un proceso diseñado para solucionar la misma (Haynes, 1993). Las parejas y las familias que acuden voluntariamente al servicio de mediación deben hacer un gran esfuerzo para entender las reglas de la mediación.

Hoy en día, podemos darnos cuenta del gran número de problemas que tienen que afrontar las familias: desempleo, separaciones, problemas de comunicación con los hijos, problemas de comunicación con la pareja, violencia doméstica. Y todo ello, va paralelo a los cambios que se producen en nuestra sociedad y en la estructura familiar, dejando paso la familia extensa, a la familia nuclear.

La mediación como proceso que facilita la comunicación entre personas que están en conflicto intenta mostrar un camino hacia la solución de los problemas familiares. A la hora de iniciar el proceso de mediación tendremos muy en cuenta a las partes que se encuentran en conflicto, pero en los casos de mediación en separaciones y divorcios, el interés del menor será el criterio prevalente en la mediación familiar.

En demasiadas ocasiones, vemos a las partes más preocupadas en negociar en términos ganar o perder, que se olvidan de las personas que sufren las consecuencias de esta negociación.

En esta línea el principio se debería manifestar en la Ley, otorgando así una protección jurídica del menor, exponiendo lo siguiente, por ejemplo: una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad para modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

En nuestra legislación, en el Código de la Niñez y la Adolescencia, se dispone, dentro del Título VIII, Del Procedimiento Administrativo de Protección de Derechos, en su artículo 238, que versa sobre la Audiencia, estipula su posible remisión del caso a un Centro de Mediación.

Así también, mencionada ley, en su Título XI, La Mediación, refiere este procedimiento como método para resolver conflictos familiares, siempre que se trate de materia transigible y no vulnere los derechos irrenunciables de la niñez y adolescencia²⁹.

Dominará entonces en la mediación familiar el interés del menor para el mediador, desde su inicio hasta su terminación, se consigan o no acuerdos durante la mediación.

²⁹ Art. 294 Código de la Niñez y Adolescencia, Ecuador

La mediación puede mediar problemas familiares relacionados con la cantidad de la pensión alimenticia, las visitas de los padres, etc. Pero definitivamente no puede mediar un asunto intrínseco de seguridad del menor, ya que no es materia transigible.

Podemos ser buenos mediadores, utilizar correctamente las herramientas del mediador y aplicar una a una las fases de la mediación, pero a pesar de lo anterior en muchas ocasiones van a seguir existiendo conflictos familiares con difícil solución.

Entre los asuntos familiares que pueden resolverse mediante la mediación encontramos todos aquellos que versen sobre materia transigible ejemplificando, los siguientes:

- Consecuencias del Divorcio
- Ruptura de la convivencia de las parejas de hecho.
- Acuerdos prematrimoniales.
- División de bienes.
- Asuntos derivados de los negocios familiares.
- Problemas derivados del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia y visita de los menores.
- Incumplimientos de los términos acordados en convenios reguladores aprobados por resolución judicial.

- Asuntos hereditarios.
- Relaciones familiares.

En el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en su último párrafo se establece: *“En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de Menores y otras leyes relativas a los fallos en estas materias.”*

Así mismo, el Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 294 manifiesta: *“Casos en que procede.- La mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia.”*

2. Mediación Comercial Empresarial

A partir de los años setenta, las empresas americanas comenzaron a utilizar técnicas para resolver sus problemas comerciales extrajudicialmente.

La "Alternative Dispute Resolution", o ADR se convierte en el término utilizado por los directores de empresa y sus consejeros para describir cualquier tipo de solución extrajudicial a diferencia de los litigios comerciales, consecuencia de reclamaciones de diversa índole, sean éstos daños causados por los productos

fabricados o vendidos por una empresa, defectos de construcción, daños medioambientales, etc.

Muchas compañías norteamericanas que figuran en el Fortune 500, en el afán de controlar el espectacular aumento de sus gastos legales, deciden crear el Programa Legal para Reducir los Gastos de los Conflictos Empresariales.

Algunas fuentes de los conflictos organizacionales son el buscar mayor cantidad de cambios en un menor tiempo; el plantear objetivos confusos, y encontrarse con recursos limitados que conllevan a una mayor competencia por obtenerlos. Es importante destacar que las diferencias personales entre empleados, inciden en la productividad de la empresa.

Una guía para directivos de empresa, "The Manager's Guide to Resolving Legal Disputes" (1985), de los autores James F. Henry y Jethro K. Lieberman, denominó a la mediación el "gigante dormido".

Desde entonces, la utilización de la mediación en la resolución de litigios se ha incrementado substancialmente. Entre las características de la mediación comercial, manifestadas por los citados autores, se destaca su flexibilidad, el adaptarse a todo tipo de divergencias empresariales, sea cual sea su complejidad; y menciona también otras características como las siguientes, entre otras:

- La mediación posibilita que los directores de empresa controlen la resolución de los problemas.
- El proceso persigue la resolución del conflicto, dejando de lado las cuestiones personales que enfrentaron a las partes en el pasado.
- Con la ayuda de un mediador hábil, las empresas pueden centrarse en sus relaciones futuras; ello puede resultar trascendental, por ejemplo, cuando una de las partes en conflicto es suministrador de materiales esenciales para la fabricación del producto.
- Los mediadores pueden ayudar a las partes a determinar por adelantado cómo resolverán sus conflictos futuros, a fin de evitar que se llegue a un punto muerto en las relaciones.

La mediación en el ámbito empresarial puede involucrar sólo a los directores de empresa, que se reúnen conjuntamente y por separado con el mediador; sólo a sus abogados; o bien a ambos. La figura del gerente mediador es cada día mas usada, en donde los gerentes utilizan técnicas y herramientas de los mediadores privados para reunirse con sus empleados y encontrar una solución a su problema de trabajo.

La presencia de los representantes de las empresas en la mediación es muy importante, no sólo porque las partes pueden idear soluciones creativas no siempre previstas por los abogados, sino también porque pueden expresar cuáles son sus prioridades comerciales.

Los mediadores de conflictos empresariales actúan de diversas formas: algunos prefieren centrarse en la resolución de los problemas comerciales y destacar el papel de las partes en la solución del conflicto, sin presionarlas a alcanzar un acuerdo pronosticando lo que un juez sentenciaría; otros mediadores, por el contrario, más familiarizados con la esencia del conflicto que con las técnicas de mediación, se preocupan más por lograr un acuerdo rápido que por favorecer las relaciones de las partes de cara al futuro.

Generalmente, un conflicto empresarial resulta apropiado para la mediación cuando las partes mismas desean un resultado o compromiso negociado.

Existen varias circunstancias que favorecen la mediación: (1) la voluntad de las partes de continuar su relación (por ejemplo, entre los socios de una empresa familiar); (2) las dos partes quieren conservar el control sobre el resultado; (3) las dos partes tienen buenos argumentos; (4) no existe una gran disparidad de poder; (5) se debaten cuestiones técnicas muy complejas; (6) es importante mantener la confidencialidad; (7) la causa del conflicto es una mala comunicación; (8) las partes prefieren una solución rápida y ahorrar gastos; (9) ninguna de las partes desea entablar un juicio.

Para saber en qué casos tiene sentido acudir a la resolución extrajudicial de conflictos empresariales, se puede considerar las siguientes razones:

- ¿Cuál es la relación de las empresas en conflicto o de sus directivos? Cuando mayor sea el potencial de continuidad de las relaciones comerciales, más importante será encontrar una opción de acuerdo que las preserve. La mediación en este caso es muy aconsejable.
- ¿Qué tipo de resultados se desea? Si lo que las partes necesitan es sentar precedentes para casos futuros, o emplear tácticas amenazantes para controlar al adversario, la posibilidad de un acuerdo es difícil; por el contrario, en la mediación no se sientan precedentes.
- ¿Hasta qué punto se han alterado los ánimos?. La mediación, al ofrecer a las partes la oportunidad de desahogarse, permite que se centren en los resultados futuro.
- ¿Qué tipo de información necesitan las partes antes de centrarse en la búsqueda del acuerdo?. Si las partes están ya involucradas en el proceso de mediación, pueden acordar qué información es la que necesitan y cómo localizarla. Si la información es de carácter técnico se puede recurrir al dictamen de uno o más expertos. Por último, si se involucra directamente a los litigantes en la negociación se tendrá una información más completa de sus intereses y prioridades.
- ¿Es importante mantener la confidencialidad de ciertos detalles del conflicto, como por ejemplo secretos comerciales?. La máxima privacidad la ofrece sin duda la mediación, que permite discusiones confidenciales entre las partes y el mediador.

Evidentemente, existen casos en que no debe recurrirse a la mediación. Se trata de situaciones en que la jurisdicción de un tribunal es esencial y predominante, cuando una de las partes desea una decisión judicial para sentar un precedente, o cuando ninguna de las partes está dispuesta a considerar un arreglo o no está suficientemente motivada para ello.

Conforme más experiencia van adquiriendo las empresas en la resolución alternativa de conflictos, más planifican sus litigios empresariales, introduciendo cláusulas en sus contratos comerciales que prevean recurrir a la negociación, luego a la mediación y más tarde a un arbitraje o a un peritaje, en caso de que surgiese cualquier desavenencia o desacuerdo. Aquí encontramos la importancia de recoger en los contratos tales métodos de negociación y mediación, además de las tradicionales cláusulas del arbitraje.

Los directivos de empresa y los abogados deberían tener en consideración y preocuparse de la inclusión en los contratos - tipo, de términos o cláusulas que prevean la utilización de los referidos procedimientos extrajudiciales.

La clave de una estrategia integral de resolución de conflictos en una empresa es generar opciones o soluciones que tengan en cuenta la identidad de la compañía, sus valores sociales, económicos, y a su vez interactúen con el mundo globalizado.

La mediación empresarial tiene como ventaja la reducción de rotación de empleados, controla riesgos en problemas laborales colectivos, mejora relaciones con socios, proveedores, clientes, se fomenta la buena fe, el respeto y confianza dentro de la organización; y lo más importante se mejora la comunicación que fomenta la cooperación.

La mediación organizacional, tiene mucho éxito ya que se basa en el hecho de una interdependencia entre las partes en conflicto, las partes están interesadas en avanzar dentro de la organización, no es conveniente que los problemas personales bajen la productividad de la empresa, por lo que la mediación brinda la oportunidad de escuchar a los empleados hablar frente a frente, y así encontrar soluciones propias, sin afectar la productividad de la empresa.

3. Negociación y Mediación Laboral

Hoy día muchas organizaciones están recurriendo a los métodos alternos para resolver las disputas entre sus empleados. Un empleado contento, según las estadísticas es un empleado productivo.

En la legislación laboral actual, la mediación se diferencia de la **conciliación** ya que es un procedimiento obligatorio, particularmente para los conflictos laborales y así consta en los artículos 465 y siguientes del Código del Trabajo, que regulan la actuación de los funcionarios de mediación del Ministerio del

Trabajo (artículos innumerados de la reforma), y de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

Se hace constar a la mediación como una primerísima vía para superar las diferencia existentes entre empleadores y trabajadores y si no hubiere acuerdo, el expediente se remite al Inspector del Trabajo para que este lo someta a conocimiento del Tribunal de Conciliación y Arbitraje, cuya composición no puede estar integrada por quienes hayan intervenido como representantes de las partes en el proceso de mediación.

La conciliación laboral se convierte en un nuevo recurso y le faculta al tribunal proponer las bases de conciliación, se diferencia de la mediación en la cual las propuestas de resolución competen exclusivamente a las partes. La mediación no atenta contra los derechos irrenunciables de los trabajadores, ya que en ella se busca una solución propuesta por las mismas partes asistidos por un mediador capacitado en la materia laboral que no va a permitir que se atente contra los derechos de los trabajadores.

Encontramos criterios diversos sobre el hecho de la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores. En la practica se han dado casos de mediaciones laborales, pero siempre existe la posibilidad que un Juez revise las actas de mediación, y a pretexto de la irrenunciabilidad de los derechos,

acepte una demanda laboral. Las opiniones son diversas y pienso que con la practica se podrá aclarar mejor esta situación.

La mediación como vía para solucionar conflictos laborales es importantísima, ya que logrando una mediación exitosa, las relaciones humanas entre las partes se mantendrían y el desarrollo de una cultura de paz se podría promover en el país. Pienso que podríamos apostar para capacitar a los Inspectores del Trabajo y todo funcionario que esta involucrado en este proceso, para obtener resultados positivos para la comunidad.

4. Mediación Ambiental

La mediación ambiental es una técnica a través de la cual un tercero imparcial facilita procesos de partes contrapuestas, jugando un papel activo y conductor en el proceso de negociación. Hasta ahora, la puesta en marcha de instrumentos de gestión ambiental y la consecuente promoción de la participación ciudadana en su desarrollo, ha traído consigo la manifestación de conflictos ambientales, que el país no está preparado para abordar y resolver.

Los conflictos ambientales surgen como contraposición entre quienes contaminan el ambiente y quienes sufren sus efectos o perciben los riesgos que ello significa en su calidad de vida.

El afrontar los procesos determinantes que conciernen al ambiente, tratando de superarlos teniendo en cuenta un objetivo de orden superior, o sea la salvaguardia y valoración del ambiente con todos sus componentes, es una situación impostergable.

La mediación ambiental, es una técnica decisiva que se está experimentando desde la mitad de los años setenta, que intenta salvaguardar los intereses de las distintas partes en conflicto.

"La situación actual en materia de participación ciudadana demuestra una clara ausencia de aprendizajes sociales en materia de resolución colaborativa de conflictos ambientales, donde aparece con énfasis la incapacidad del aparato estatal para abordar el tema, la falta de capacidades de negociación, mediación, liderazgo, comunicación y organización, por parte de las comunidades para sumarse efectivamente a estos procesos, y la reticencia de algunos empresarios para asumir su rol social y la toma de conciencia sobre la relevancia de la participación ciudadana en el diseño, construcción e implementación de proyectos", afirma la presidenta de Casa de la Paz de Chile, Ximena Abogabir.

Mientras más se intenta cuidar el entorno e incorporar las variables medioambientales, más problemas surgen, por ello la Mediación Ambiental nos lleva a facilitar la resolución alternativa de conflictos y controversias ambientales por los medios legales aplicables, en los que estén involucrados

individuos, comunidades, instituciones públicas y privadas nacionales que convergen en los temas aplicables a la protección y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, la biodiversidad, la vida silvestre, la protección de los sistemas ambientales y la gestión ambiental.

El área medioambiental se ha tornado en una de las más susceptibles. Eso porque la legislación ambiental es uno de los pocos cuerpos legales que contempla espacios para la participación ciudadana, lo que en relación con otros marcos legales, pone un sello distintivo a la gestión ambiental, y a que acoge la manifestación de conflictos latentes de toda índole, no necesariamente relacionados con la temática ambiental.

Lo cierto es que se evidencia que, en la medida que se profundiza en los procesos participativos, conflictos que estaban latentes se manifiestan, otros nuevos se generan y los involucrados se quedan sin conducta.

El proceso de desarrollo en Vietnam aumenta también los conflictos ambientales, por ejemplo entre inversionistas nacionales o extranjeros y la población o entre inversionistas de diferentes ramas económicas como la minería, turismo, entre otras. Para preparar a la administración ambiental vietnamita para mediar en esos conflictos, la ZÖV, Zentralstelle für öffentliche Verwaltung (ZÖV), el Centro para Promoción de la Administración Pública Alemana, ha ampliado sus cursos para el personal de la administración ambiental provincial con el módulo: Gestión de conflictos y mediación. El

modulo se lo lleva en forma de juego de roles. Actualmente existe un conflicto en la provincia de Quang Ninh entre los defensores de un desarrollo del turismo y los interesados en una mayor explotación de carbón y la ampliación del puerto. Las soluciones a las que se aspira se basan en una amplia participación, basada más en la práctica que en fallos judiciales y son un desafío para la administración ambiental vietnamita, que por lo general resuelve conflictos ecológicos en forma de órdenes jerárquicas. La mediación ambiental, toma fuerza y se ve respaldada adicionalmente del gobierno, misma que impulsa la solución de diferencias a través del dialogo³⁰.

En Argentina, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable impulsa las fiscalías ambientales y la mediación ambiental. El coordinador general de Recursos Naturales, Biodiversidad y Relaciones Institucionales de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, Dr. Homero Bibiloni, afirmó que "desde el punto de vista de la justicia, la temática ambiental rompió algunos paradigmas clásicos de funcionamiento, creando un verdadero impacto; por eso, junto al Ministerio de Justicia estamos trabajando para consolidar la idea de las fiscalías ambientales desde la práctica de las problemáticas penales y, desde lo civil, promover la práctica de la mediación ambiental"³¹.

³⁰ Deutsche Stiftung für internationale Entwicklung (DSE) D-60268 Frankfurt, Alemania

³¹ Gacetilla 70/03 23-9-2003

6. Mediación Escolar

“La prevención de la violencia y la resolución de conflictos están interrelacionadas. El entrenamiento de los estudiantes en la resolución de conflictos no sólo ayuda a la escuela a convertirse en un lugar ordenado y pacífico con educación de alta calidad , sino también mejora la enseñanza”³² .

La mediación escolar es una herramienta para mejorar las relaciones interpersonales dentro del ámbito escolar. En el ámbito escolar la mediación, no solo podrá ser entendida como un modo de resolución de conflictos, sino como una metodología de enseñanza, en la que se privilegiará la comunicación interpersonal, en todos sus niveles, posibilitando la reflexión y el pensamiento complejo.

Hablar de mediación en la escuela, en los comienzos del siglo XXI ,es a mi entender hablar de :una nueva función de la escuela, en un contexto social cambiante la capacitación social de los alumnos y su familia, una educación en los valores.

La mediación en la escuela, desde esta óptica, implica además una comunicación más simétrica, donde las partes compartan en forma más equitativa la distribución del poder.

³² Johnson y Johnson, ob. Citada pág. 18

La mediación y/o el proceso comunicativo como método de enseñanza implica, la formación para la vida en democracia. El desarrollo de aptitudes para vivir y construir la democracia.

La mediación entendida como proceso comunicativo, en torno a valores, trasciende los límites de la escuela para instalarse en la familia y viceversa. Entender la mediación en la escuela desde esta posición, es permitirse autocuestionarse, ya que todos estamos involucrados, todos somos responsables de los hechos que acontecen, sea por acción u omisión. Cuando algo acontece en una institución todos somos corresponsables.

La escuela tiene hoy un gran desafío: formar jóvenes idóneos en el manejo de los deberes y derechos, como ser humano y como miembro de una sociedad. La escuela debe formar ciudadanos, que hagan posible el mantenimiento y el desarrollo de la democracia y la paz. La mediación en la escuela puede ser un buen método.

Se debe comenzar con un trabajo planificado y sistemático para concienciar a la comunidad escolar en su conjunto (directivos, padres, alumnos, etc.) de la necesidad de utilizar los conflictos con fines constructivos de modo tal que la violencia sea reemplazada progresivamente por la paz pues los episodios de violencia influyen negativamente no sólo en la convivencia escolar sino también y fundamentalmente en el proceso de aprendizaje.

7. Mediación en Sector Público

La Ley de Arbitraje y Mediación permite a las entidades del sector público acceder a estos mecanismos establecidos en la Constitución, por lo que se creó el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado con el objetivo de colaborar con la solución de controversias que puedan generarse entre las entidades del sector público y entre éstas y sus contratistas.

A través de una solicitud de Mediación, autorizada por el personero facultado para contratar, el Estado y las entidades del Sector Público pueden recurrir a la Mediación en el Ecuador. Para ello se debe firmar un convenio de mediación entre las partes, que puede ser contractual o una vez surgida la controversia.

Las instituciones del Sector Público se someten a un proceso de mediación o de arbitraje de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, en sus artículos 4 y 46" ; es decir, siempre y cuando cumplan con los requisitos adicionales señalados.

Específicamente en el caso de las Instituciones del Sector Público y su sometimiento a procesos alternativos de resolución de conflictos existe como base legal la Constitución Política de la República y la Ley de Arbitraje y Mediación, ya citadas; y ésta última tipifica en su Título II, "De la Mediación", artículo 44, inciso segundo que Estado o las Instituciones del Sector Público lo harán a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución

respectiva; y en el artículo 46, se encuentran los requisitos adicionales para que proceda la Mediación.

Existen pronunciamientos institucionales análogos que confirman esta tesis, y que toman como referencia la disposición del Código Civil, artículo 1588 atinente a que todo contrato es una ley, con fuerza obligatoria para las partes contratantes.

Una de las experiencias de la mediación en el sector público, talvez es la presencia de los Centros de Mediación adscritos a la Función Judicial en el país. Esta iniciativa la realizó Projusticia desde el año 2001.

Projusticia es una organización creada por el gobierno ecuatoriano para promover el diálogo y coordinar el trabajo del ejecutivo, el Congreso, la sociedad civil y el sector justicia. Aunque tiene representación legal propia, Projusticia fue creada como una organización adscrita a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, pero en la actualidad forma parte de la Función Judicial. PROJUSTICIA, es la unidad de coordinación creada mediante decreto ejecutivo y publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 772, el 1ro. de Septiembre de 1995.

Esta entidad, coordina todo el proceso de modernización del sector justicia, es la encargada de la ejecución de todos los proyectos con asistencia externa. El apoyo desde el punto de vista financiero proviene básicamente del Banco

Mundial y está por consolidarse el del Banco Interamericano de Desarrollo. Projusticia tiene también convenios con Unicef para la legislación de menores.

El Programa de Reforma Judicial que ejecuta Projusticia tiene como principal objetivo incrementar la eficiencia, efectividad y transparencia del proceso judicial. Con este propósito, dentro de las actividades desarrolladas, se ejecutó un proyecto relativo a los mecanismos alternativos para la resolución de disputas dentro del sistema judicial, para lo cual se constituyeron tres Centros de Mediación en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca y, es también un sistema de descongestión que le permite al Juez estimular a las partes a que vayan al Centro de Mediación y no continúen con el proceso y por lo tanto puedan resolverlo aún más rápido.

La Función Judicial es consciente de la importancia que significa la apertura de este servicio hacia la ciudadanía y de la ventaja que representa para los jueces el poder derivar ciertas causas para ser despachadas por los Centros, debido a lo cual, ha colaborado con el desarrollo de los mismos proporcionándoles el espacio físico necesario para su funcionamiento e impulsando la utilización de la mediación a través de la derivación procesal.

Se han financiado alrededor de treinta proyectos de beneficio para sectores vulnerables de la sociedad, que implican la difusión y capacitación de derechos ciudadanos, establecer programas de lucha contra la violencia intrafamiliar, financiar la creación de Centros de Mediación Comunitaria en lugares donde no

hay acceso fácil a los juzgados, permitiendo de esta manera el acceso a la justicia de los ciudadanos. Este proyecto a sido muy exitoso, que incluso ha merecido el reconocimiento internacional y ha sido replicado en otros países.

Además, en el caso del Centro de Mediación de la ciudad de Cuenca, la Función Judicial cuenta con un mediador calificado que forma parte de los funcionarios judiciales, esperando proceder de igual manera con el resto de personal de los demás Centros.

Hasta junio del 2.002 la financiación de los Centros de Mediación estuvo a cargo de Projusticia, luego de esta fecha pasaron a formar parte de la Función Judicial, institución que actualmente financia dichos Centros. Projusticia, continuará con su apoyo técnico por un período adicional de 6 meses con el propósito de guiar está transición.

En los próximos meses se espera consolidar el modelo de mediación judicial desarrollado de manera que pueda ser replicado a otros distritos, fomentando la descongestión judicial y proporcionando a los usuarios un espacio idóneo para la solución directa de sus controversias.

Las actividades propuestas en este proyecto, encaminadas a la institucionalización de los Centros, han permitido a la Función Judicial realizar las acciones necesarias para incluirlos en su presupuesto y difundir el modelo a otros distritos.

Entre las actividades planificadas en el proyecto se encuentra el continuar con la estrategia de institucionalización de los Centros de Mediación, en la cual participaran Projusticia, Cides, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de la Judicatura, continuar con la prestación del servicio de mediación a la ciudadanía y realizar actividades de difusión y capacitación, en el tema de mediación, dirigidas al sector judicial específicamente.

8. Mediación Comunitaria

La mediación comunitaria, según como lo concibe el profesor y catedrático de la Universidad de la Américas y Pontificia Universidad Católica de Quito, Director Ejecutivo del Centro sobre Derecho y Sociedad (CIDES) y experto en el tema de Mediación Comunitaria en el Ecuador, Doctor Jaime Vintimilla, constituye “el alma” de la solución alternativa de disputas en el sentido que se preocupa por la comunidad y su organización y por el modo como las personas comunes y corrientes se relacionan con el sistema jurídico.

Las comunidades indígenas, los sectores urbano-marginales, poseen una dificultad en el acceso al sistema legal y administración de justicia por diversas razones sean estas de carácter formales y por sus antecedentes coloniales, sociales, republicanos. Los jueces y en general el sistema judicial ecuatoriano por costos, ubicación, entendimiento de los magistrados sobre la realidad nacional, entre otros, no brindan a mencionados grupos las condiciones de

generalidad e igualdad para la resolución de sus conflictos. Por ello grupos como los indígenas, campesinos y personas de escasos recursos mantienen un creciente sentimiento de desconfianza con la justicia nacional, sintiéndose de antemano en desventaja. y la otra relacionada con el reconocimiento de los derechos colectivos y la consecuente posibilidad de la existencia de un pluralismo jurídico.

La constitución reformada en su artículo 191, inciso cuarto explica que las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de **conflictos internos** de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes.

En la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, en su capítulo III, artículo 58 se reconoce a la mediación comunitaria como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, y en su artículo 59 se dispone la gratuidad en el proceso de mediación y se toman en cuenta las condiciones socio-económicas, culturales y antropológicas de las comunidades (indígenas, negras, organizaciones barriales y en general las comunitarias) a quienes les permite establecer centros de mediación para sus miembros.

Ciertamente que la mediación comunitaria busca ofrecer a la población india ciertos métodos de solución de conflictos que sean compatibles, respetuosos y relacionados tanto con su propia cultura como con las normas legales del

Estado. Es importante y preciso un proceso de capacitación a los mediadores comunitarios para que se eviten excesos en la aplicación de sus reglas frente a la normativa legal vigente.

Los conflictos que se tratan en la mediación comunitaria son entre otros: propiedad de tierras y bienes, robo de gente externa a la comunidad, vecinales, como la hechicería, el alcoholismo, drogadicción, falta de respeto a las normas comunitarias, familiares, injurias, calumnias. Los problemas familiares, generalmente matrimoniales, existen casos de violencia doméstica, reconocimiento de hijos, abandono, separación y divorcio. Los que emigran hacia la ciudad adoptan nuevas costumbres causando conflicto a la comunidad, además que comienzan a despreciar su cultura. Los problemas de tierra son en cuanto a linderos, partición de tierras, servidumbres, derechos de uso, cacería, entre otros.

Existen problemas que, en estricto sentido, "no se pueden mediar" como la violación o el homicidio involuntario, como lo destaca el profesor Vintimilla.

La mediación comunitaria ha servido para organizar a la comunidad, ayudando a los grupos como negros, indios a identificar y restaurar los valores de respeto y dignidad. La mediación fortalece y desarrolla un dialogo y colaboración intercultural y multiétnica en beneficio de la estabilidad social y la paz.

Así como lo anota el profesor Vintimilla, "ha sido beneficiosa para apoyar el redescubrimiento de las raíces ancestrales y encontrar la identidad de los miembros de las diversas comunidades gracias al respeto que se tiene para todo individuo, la valoración de las diversidades y la búsqueda de un trabajo cooperativo." La mediación es un método de integración interna de grupos culturales, de comunidades diversas que teniendo diferencias buscan agruparse y apoyarse para subsistir. La herramienta fundamental es el dialogo y la dirección de un mediador respetado y entendido.

9. Mediación En Materia De Propiedad Intelectual

Considerables controversias relativas a derechos de propiedad intelectual de las empresas recurren cada vez con mayor frecuencia al arbitraje y la mediación. Esas controversias en materia de propiedad intelectual tienen particularidades que les son propias y los tribunales nacionales no siempre son el ámbito adecuado para ventilarlas, pero sí pueden resolverse mediante el arbitraje y la mediación.

Cuando las controversias se producen en el marco de una relación comercial ya existente, como una licencia, una franquicia, un contrato de distribución o de investigación y desarrollo, un acuerdo de producción o un contrato de publicación, grabación de sonido o producción cinematográfica, la mediación ofrece un procedimiento no contencioso de solución de controversias que puede propiciar el mantenimiento e incluso la mejora de la relación comercial.

Se creó en 1994 un Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, con sede en Ginebra, Suiza, para ofrecer servicios de arbitraje y mediación en relación con controversias internacionales comerciales entre partes privadas. El Centro ofrece procedimientos desarrollados por expertos de renombre en la solución de controversias internacionales y se consideran especialmente adecuados para controversias en el campo de la propiedad intelectual en áreas de tecnología, espectáculo y otras.

Mencionado Centro tiene su capacidad principal el proveer soluciones alternativas de controversias en materia de nombres de dominio, el Centro ha adquirido una experiencia sin precedentes en la creación y gestión de procedimientos en línea. El Centro también utiliza habitualmente métodos en línea para aumentar la eficacia y reducir el costo de otros procedimientos de solución alternativa de controversias que administra. Por ejemplo, las partes que someten un caso ante la OMPI pueden presentar sus escritos y otras comunicaciones por medio de un mecanismo en línea. Esto ha tenido gran éxito y seguridad en los usuarios.

En la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, en su Art. 374, dispone, “Toda controversia en materia de propiedad intelectual, podrá someterse a arbitraje o mediación, de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación.” Así, la Ley otorga la facultad de acceder a la mediación como alternativa para solucionar

conflictos específicos de la materia de marcas, derechos de autor, patentes de invención, variedades vegetales, entre otras.

Con la especialización de centros de mediación, como el de la OMPI, se crea un entorno seguro y estable para buscar soluciones a las controversias existentes y otorgándole un carácter internacional, aumenta la confianza en el método de la mediación.

La Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, firmo un Convenio de Cooperación con el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, el 12 de noviembre del 2003, mismo que tiene por objeto el fomentar la mediación y arbitraje en controversias de propiedad intelectual, principalmente a los procedimientos como las oposiciones de marcas, tutelas administrativas, y cualquier tramite administrativo. Este es un gran ejemplo al impulso de los métodos alternos de solución de conflictos para solucionar controversias entre instituciones publicas y privadas en materia de propiedad intelectual.

El Centro de Mediación de la Cámara, básicamente ofrece sus servicios y apoyo técnico, todo en cuanto a organización se refiere para dirimir los conflictos que se susciten en el Instituto. Hasta el momento no se ha tenido resultados, pero con la difusión y conocimiento de los usuarios del IEPI, se podrá contar con un servicio eficiente y seguro de mediación.

CAPITULO VII

CONCLUSIONES

Los problemas crónicos en los sistemas de justicia latinoamericanos, conjuntamente con regímenes políticos autoritarios y democracias débiles, han causado un perjudicial impacto psicopolíticos en la gran mayoría de la población, manifestado como la inutilidad o inaccesibilidad de la justicia.

La percepción generalizada es que la justicia es demasiado lenta, corrupta, costosa o simplemente ineficiente para resolver problemas de la vida cotidiana de la población.

El cubrir una serie de funciones y responsabilidades sociales, caracterizadas principalmente con las necesidades y aspiraciones del orden social y jurídico, es la función primordial del Estado, tomando como fin de ello al servicio. Ese principal servicio, constituye la famosa y aclamada Justicia, misma que, tradicional y exclusivamente ha sido potestad del Estado a través de la Función Judicial.

El Estado debe jugar un rol preponderante en la difusión de la mediación y otros métodos de prevención y resolución de conflictos, a fin de transformar la demanda potencial en real, con la participación de los mediadores y sus instituciones, y el apoyo de otras instituciones y empresas.

Con relación a la práctica de la mediación, la política del Estado no debe estar basada en el trabajo voluntario (no remunerado) de los mediadores, pues ello va en desmedro de la calidad de la prestación, desvalorizando al mediador y a la institución de la mediación e impidiendo la formación permanente y adecuada dedicación del mediador; es así como debería pasar de política de estado a ser una realidad jurídica y social.

La mediación es una **aproximación interactiva al conflicto**, de principio a fin, puesto que en la fase de pre-negociación tiene que ayudar a crear una atmósfera psicológica y/o política conducente a que sean posibles ciertos movimientos; en la fase de negociación activa debe ayudar a vencer obstáculos para una negociación productiva y a sacar nuevos planteamientos; en la fase de post-negociación, finalmente, debe contribuir a implementar acuerdos negociados y a la construcción de una paz duradera.

La práctica de la mediación, a cualquier nivel de las relaciones humanas, supone un aprendizaje y un adiestramiento en la resolución positiva de los conflictos.

Tiene mucho que ver, por ello, con la educación para una cultura de paz, puesto que **cuando solucionamos un conflicto adquirimos la capacidad de solucionar otros futuros conflictos**, sea de la misma temática o de otra diferente (transferencia de aprendizaje).

La mediación es además un proceso que **activa la participación** de las personas para solucionar sus propios conflictos; nos interpela y nos invita a buscar soluciones.

Aunque sea una técnica, es también una forma de ampliar el sistema de relaciones sociales, una **cultura del compromiso y del diálogo**, una **conducta ética**, en la medida que es un ejercicio de respeto, de empatía, de confianza, y hasta de solidaridad.

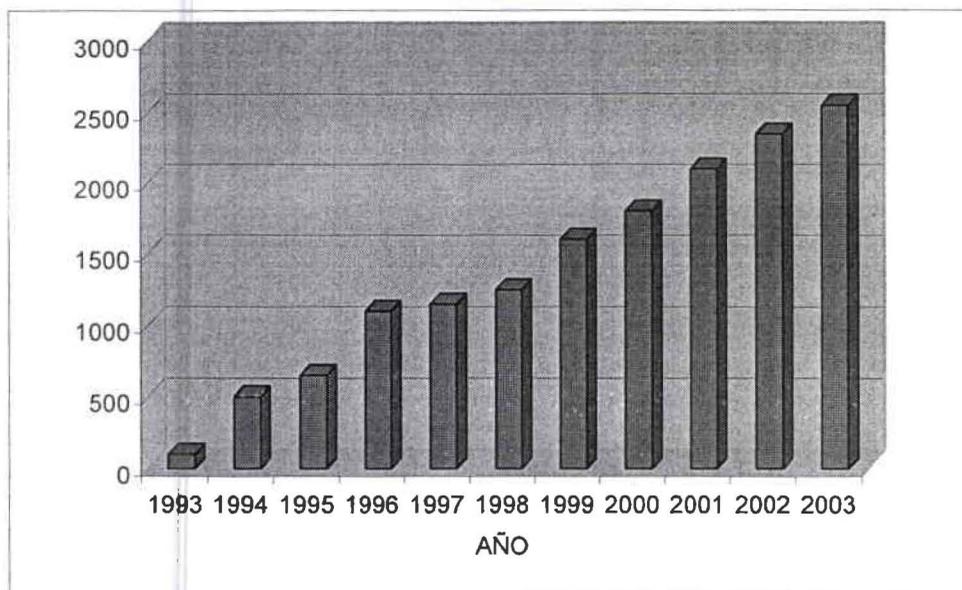
La mediación, por tanto, tiene un alto potencial educativo, puesto que tiende a favorecer conductas autónomas, a actuar según reglas que consensuamos y construimos, a hacernos responsables de nuestras propias disputas, tanto en lo que las motivó como en la manera de resolverlas.

ESTADÍSTICAS

Las estadísticas en cuanto al uso de la mediación a nivel mundial reflejan el alto crecimiento que tiene el método y la gran aceptación de la mediación como medio de solución de conflictos.

Las cifras nos muestran no solo el incremento de los casos para ser mediados, sino el porcentaje de satisfacción de las partes en conflicto. Esto prueba que el método y el proceso de mediación funciona y su aceptación en la comunidad es alta.

El siguiente es un cuadro que nos refleja a la conciliación en Colombia, mismo que se explica por sí mismo:



Estas cifras revelan el propenso crecimiento de la conciliación, únicamente en la Cámara de Comercio de Bogotá, que en tan solo 8 años de funcionamiento ha pasado de 110 audiencias en 1993, para un promedio mensual de 9.16, a un total de 2100, que arrojan un promedio mensual de 175 audiencias celebradas.³³

Las audiencias de conciliación en Colombia han evolucionado en la presente forma, mostrándonos el nivel de aceptación de la misma por parte de la ciudadanía³⁴:

³³ Estadísticas extraídas de: *Balance de Gestión y resultados 2000-2002*, En: Revista "De Acuerdo - Edición especial" No. 6, Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá.

³⁴ IBIDEM

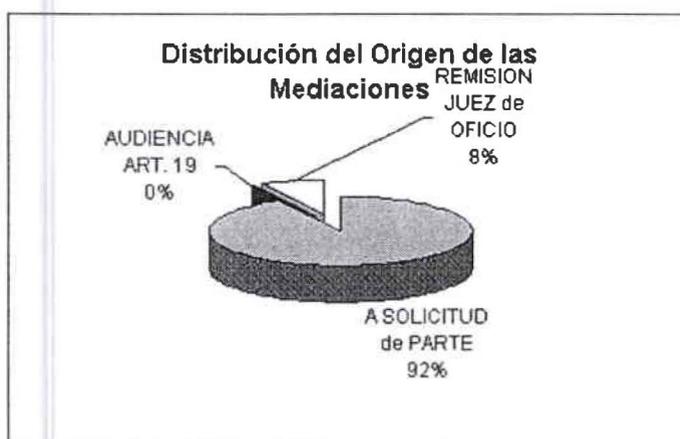
Año	Audiencias de Conciliación
2000	514
2001	675
2002	1080

Lo mismo encontramos en Argentina en donde en los Centros de Mediación Comunitaria Centros de Gestión y Participación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, se practica la mediación voluntaria, teniendo un promedio de 80% de acuerdos. En el año 1999 se obtuvo un 21% de acuerdos; mientras que en el año 2000 se obtuvo un 28% de acuerdos. Aún así, cabe señalarse que la tasa de resolución de conflictos mediante la mediación es del 30 por ciento de los casos; esto se debe a que aun no se ha desarrollado todo el potencial de esta práctica, y destacando a la mediación como obligatoria.

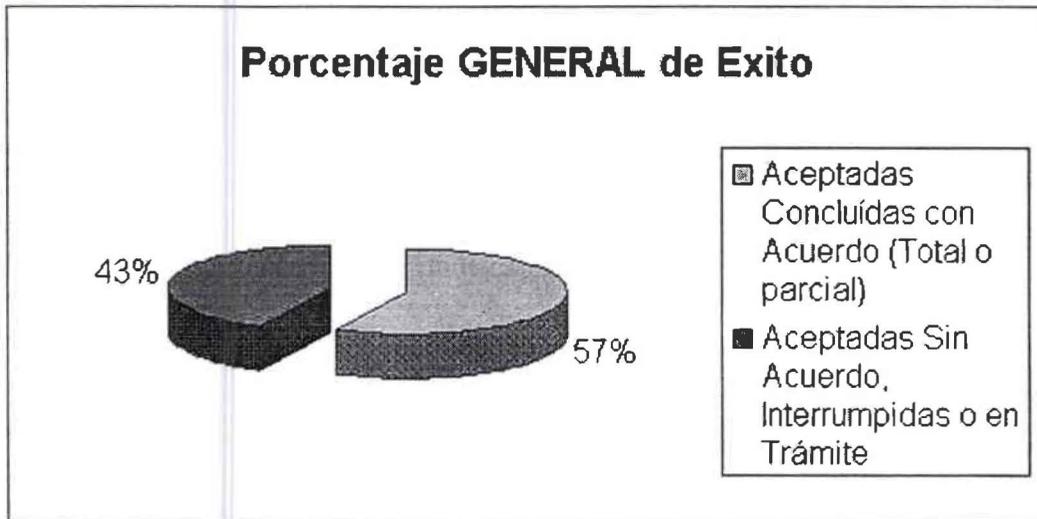
Por ejemplo, el siguiente cuadro nos muestra la situación de la mediación en argentina, el origen de las causas de mediación del Centros de Mediación Comunitaria Centros de Gestión y Participación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en el año 2002:

Origen	Aceptada	Rechazada
A SOLICITUD de PARTE	3049	86
AUDIENCIA ART. 19	3	14
REMISION JUEZ de OFICIO	251	11
Total general	3303	111

Mismos resultados que podemos ver en este grafico representado en porcentajes:



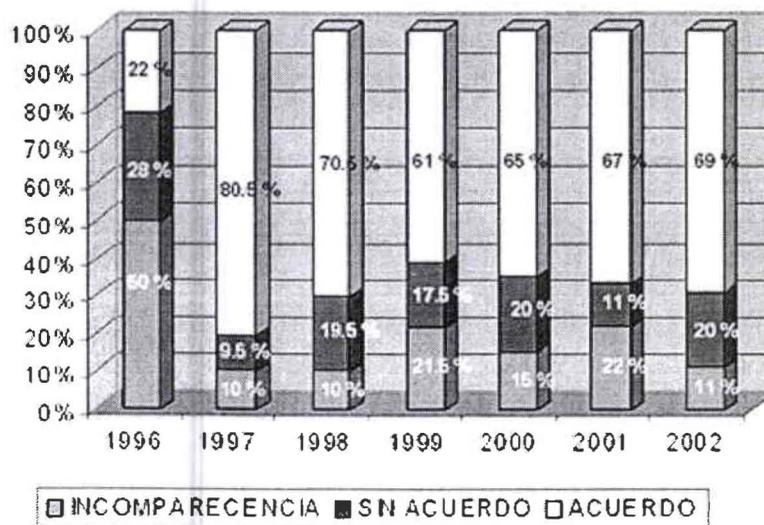
En general, la mediación en Argentina tiene un éxito moderado ya que de un total de 3303 causas en el año 2002, el 57% por ciento de ellas, es decir 1890 terminaron con un acuerdo total o parcial y un 42 % concluyeron sin acuerdo, están interrumpidas o en tramite.



En los siguientes cuadros, elaborados por el MEDyAR, Centro de Mediación en Argentina,³⁵ podemos diferenciar que los niveles de acuerdo de la mediación en Argentina, tanto en el sector publico como en el privado, son superiores en el sector privado teniendo un 65% de las causas un acuerdo parcial o total, mientras que en el sector publico el nivel de acuerdos es de un 37%:



Mediaciones Privadas 1996-2002





Mediaciones Públicas 1996-2002

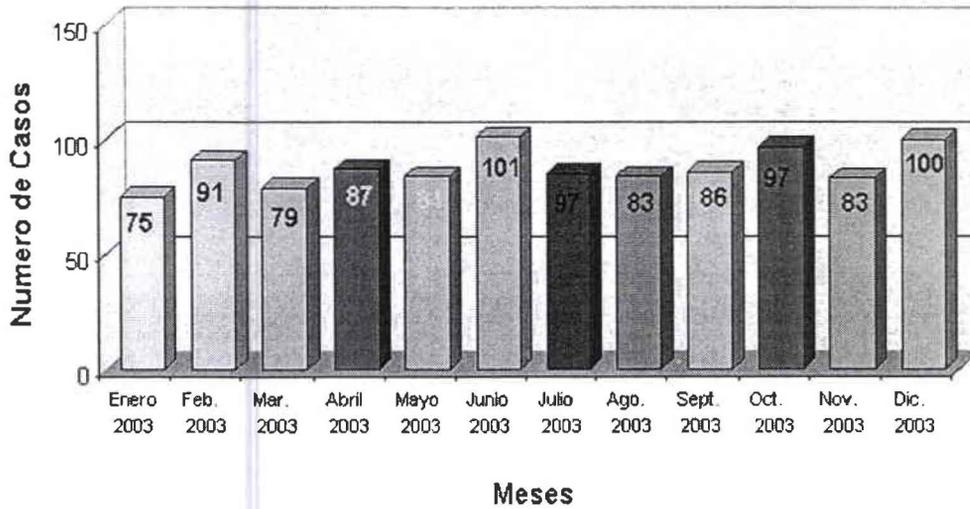


Un caso particular, destacable es el hecho de la mediación en las Escuelas Municipales, dentro del Programa de Mediación Comunitaria, implementado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en donde existió un promedio de 90% de acuerdos en escuela primaria y secundaria con mediadores estudiantes.

Por ejemplo, en el caso particular de mediación en propiedad intelectual, la OMPI nos presenta el siguiente cuadro de estadística:

Casos presentados* : gTLD Octubre 2002 a Octubre 2003

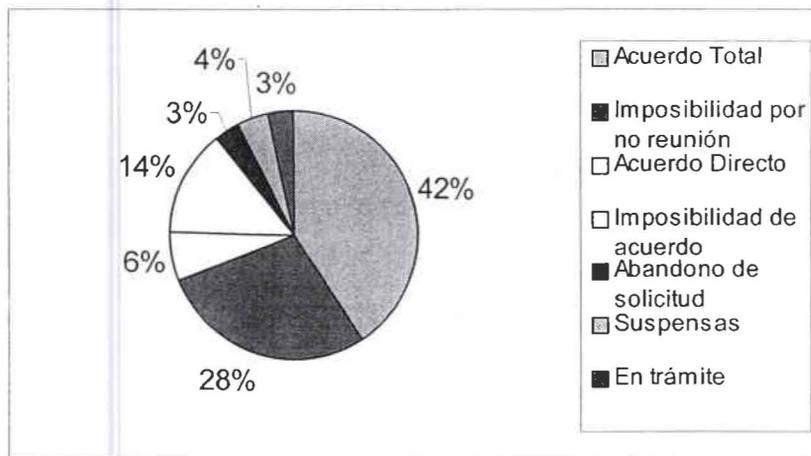
³⁵ MEDyAR Centro de Mediación y Arbitraje



*Esta cifra indica el total acumulado de casos para los 12 últimos meses

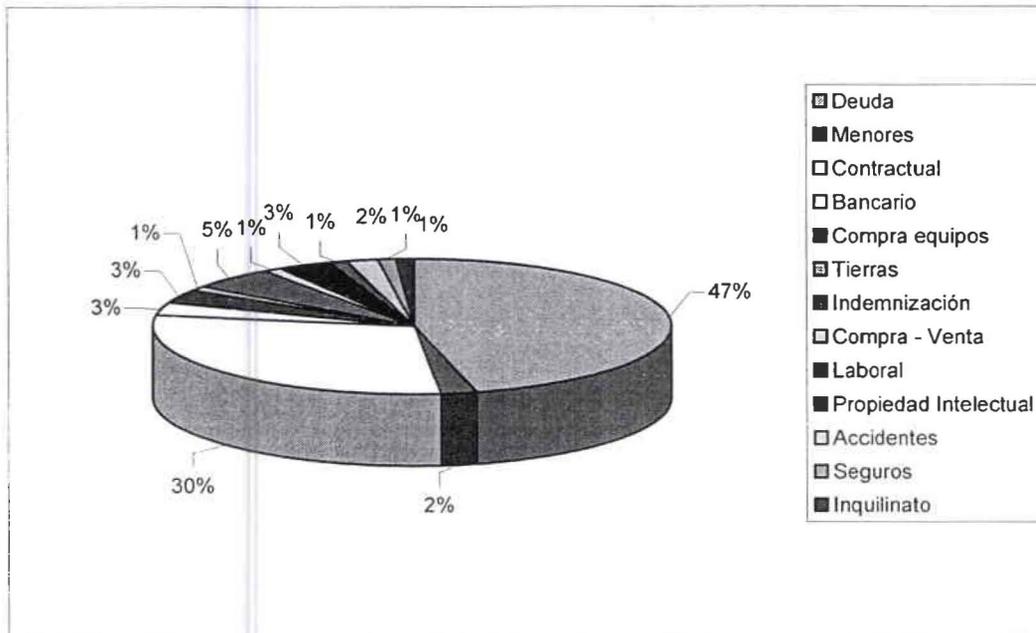
La Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana de Quito, ofrece los servicios de Mediación y Arbitraje desde el año 2000, tramitando un significativo numero de mediaciones y arbitrajes en diversas áreas.

El siguiente es un cuadro explicativo de las mediaciones realizadas con sus resultados³⁶:



³⁶ CUADRO ESTADÍSTICO, ECAMCHAM, Quito, 12 de marzo de 2004

Adicionalmente, el siguiente es un cuadro ilustrativo en el cual diferenciamos los diferentes tipos de mediación³⁷:



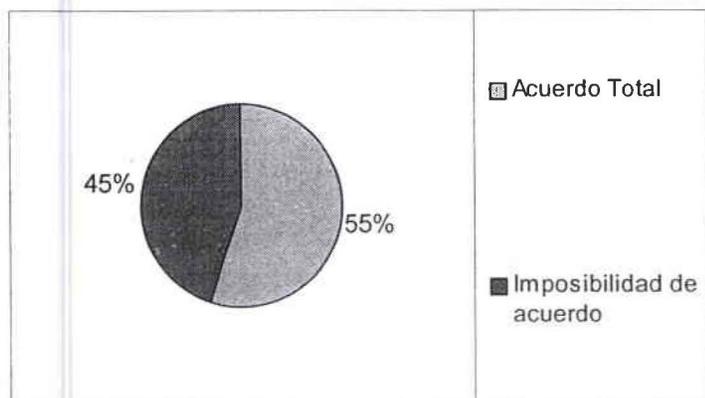
Vemos que la mayoría de las mediaciones son por temas relacionados con las deudas, y por incumplimiento de contratos. La celeridad y confianza de los usuarios, así como el servicio bilingüe de este Centro de Mediación y Arbitraje ha impulsado el uso de la mediación como herramienta para la resolución de conflictos.

Adicionalmente, la Cámara de Comercio de Quito, en su informe anual del año 2004³⁸, participo a los socios de la misma sobre los resultados de la mediación.

³⁷ IDEM

³⁸ INFORME ANUAL DE ACTIVIDADES DEL CENTRO DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE, 18-02-04

El porcentaje de Actas de Mediación que han llegado a acuerdos en el año 2003, es de un 34.88% del total de casos tramitados que fueron 129. En el año 2002, existió únicamente un 26.52% de acuerdos en mediación, teniendo como consecuencia un incremento del 8.36% con relación al año anterior.



En el Ecuador, el uso de la mediación para resolución de conflictos ha aumentado, según las estadísticas presentadas, esto debido al mayor conocimiento del sistema, las ventajas del proceso sobre la justicia ordinaria, y la confianza en el sistema.

RECOMENDACIONES

En el mundo globalizado se persigue un cambio en la forma de administrar justicia. El cambio que se debe dar es el cambio de paradigma, que poco a poco hará que la mediación cobre mayor importancia entre las formas en que la sociedad resuelve sus conflictos. Esto ayudará también a generar un cambio

en la formas de concebir la Justicia y su Administración. La aplicación de técnicas de mediación dentro de los propios tribunales supone una forma de acercamiento de la Justicia a la sociedad, otorgándole mayor eficacia a la solución de conflictos con la experiencia de los Centros de Mediación adscritos a la Función Judicial.

Existen algunas recomendaciones, que me permito exponer sintéticamente para consagrar a la mediación como un método de resolución de conflictos eficaz y eficiente:

- La naturaleza del compromiso. Hay que meterse de lleno en el conflicto. No vale adoptar un niño durante un fin de semana. Para ser creíble, el compromiso ha de ser a largo plazo. Hay que saber penetrar en otros mundos, para entender el comportamiento del conflicto y para conocer mejor los límites de una aproximación jurídica moralizante.
- La perspectiva en el tiempo. Es necesario desarrollar una nueva cultura de conflicto. Una verdadera reconciliación exige que las partes encuentren no sólo una solución al conflicto, sino que se reconcilien sobre el pasado y sobre el presente.
- El interés por las raíces del conflicto, tanto psicológicas, como emocionales y espirituales. Esto exige cambiar su representación del mundo, así como su comportamiento en relación a sí mismo y a los otros. La paz

también exige una reconciliación a nivel emocional. Se trata de transformar la desesperación en esperanza, el odio en amor, la incomprensión en comprensión, el deseo de venganza en perdón, la ausencia de sentido en sentido de la vida.

- El reconocimiento de la interacción compleja entre los conflictos, reconocer la corresponsabilidad compartida en el mundo. Muchos de nuestros problemas son debidos en parte al comportamiento del Norte y Sur, ayer y hoy. La mayor parte de los conflictos en el Ecuador no pueden ser reducidos a conflictos internos, pues generalmente están influenciados por conflictos regionales o mundiales.
- La preferencia por un comportamiento de diálogo. Los comportamientos actuales están debilitados por una deficiente colaboración entre los diferentes niveles, entre los esfuerzos gubernamentales y no gubernamentales, y entre medidas de naturaleza política, militar, económica, informativa y educativa.

Es indispensable entender que el éxito de la mediación recae sobre la legitimidad que logre alcanzar, y que dicha legitimidad exige efectividad. Por lo tanto recae sobre los mediadores una enorme responsabilidad, en la aplicación del proceso que, para muchos, se está dando a conocer por primera vez y que se llevarán de ella una imagen favorable o desfavorable según el éxito que esta logre en sus inicios.

Se requiere enfatizar en la enseñanza de este mecanismo. Primero en los abogados, que deben aprender que este es un escenario que reporta mejores beneficios para todos y habilitarse para maximizar la productividad de la mediación, luego en los mediadores y conciliadores, pues estos son los llamados a liderar el proceso de implementación y sobre ellos recae la obligación de incentivar acuerdos de mediación o conciliatorios justos y realizables, y finalmente en la sociedad en general, que debe conocer la existencia de la conciliación y la mediación y comprender las ventajas que reporta.

Por esto se debe ampliar y profundizar la enseñanza de la mediación dentro de las facultades de derecho, recalcando la función social que recae sobre los abogados dentro de las dinámicas sociales y frente a los conflictos entre particulares, y replanteando el enfoque de litigio que se viene enseñando en las Universidades. Y en cuanto a los mediadores, surge la necesidad de promover la excelencia en su capacitación, fomentando en ellos la conciencia sobre la importancia social que reviste su labor y sobre el alcance de sus posibilidades. Un buen mediador puede incitar a las partes a alcanzar un acuerdo benéfico para ellas, si logra romper las barreras que separan a los sujetos enfrentados y establecer entre estos un canal de comunicación.

Lo que se busca, en síntesis, es generar un cambio en la concepción cultural que se tiene de la justicia, dejando de lado el enfoque bipolar y dando cabida a un espacio dialéctico del cual pueden surgir soluciones mucho más óptimas.³⁹

Hoy la Mediación se ha instalado entre nosotros, como una realidad a la que debemos apoyar y fortalecer, a fin que permita a la sociedad encontrar diferentes caminos hacia el mejoramiento individual y social.

Una recomendación que podríamos adoptar de la legislación Argentina es el Registro Único de Mediadores. El establecer el Registro de Mediadores, llevará a la mediación a tener más confianza, mayor credibilidad y confianza. El Consejo de la Judicatura inscribe los Centros de Mediación y lleva un registro de los mismos. Este registro permite que las personas, que accedan a la mediación puedan estar respaldadas y sentirse seguras de que se encuentran en manos de profesionales que velarán por un proceso recto, seguro, confiable y exitoso. Establecer requisitos altos, exigentes para obtener mediadores calificados, preparados y realizar evaluaciones continuas para mantener la calidad de los mismos, es algo que se debe tomar cuidado, ya que el procedimiento de mediación esta en sus manos.

³⁹ JUNCO VARGAS, José Roberto, *La conciliación*, Jurídica radar, Bogotá, 2000.

PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Las pocas reformas que este proyecto introduce a la Ley de Arbitraje y Mediación, tienen como antecedente la necesidad de superar algunos problemas que se han suscitado durante los éstos siete años de aplicación de la ley, y tiene como propósito, reforzar la vigencia de un método que goza cada vez de mayor aceptación nacional y fortalece la justicia social.

Por lo expuesto, me permito presentar una propuesta de Reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación:

Así, el Artículo 45 de este proyecto introduce una reforma de suma importancia. La Ley de Arbitraje y Mediación en la actualidad no establece la creación y funcionamiento del Registro Único de Mediadores.

Los destinatarios directos de esta norma, son los usuarios, las partes involucradas en el procedimiento de mediación, a ellas se “ofrecerán” y podrán tener a su elección, mediadores certificados por un órgano regulador.

Así también, veo la necesidad de introducir un concepto, que apunta en el sentido de que se respete la capacidad, habilidad, control y selección de los mediadores, creando una comisión para ello. La conformación de la comisión,

responde a una equidad de poderes del Estado, así como la participación ciudadana, por lo menos en una parte representada, por medio de las Cámaras de la Producción, ya que en la actualidad la mayoría de estos Centros de Producción tienen un Centro de Mediación.

CONSIDERANDO

Que la mediación ha sido incorporada por la Constitución Política como un procedimiento alternativo para la resolución de conflictos;

Que antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política, el Ilustre Congreso Nacional aprobó la Ley de Arbitraje y Mediación, la que encuentra promulgada en el Registro Oficial No. 145 del 1 de septiembre de 1997;

Que en los últimos años, la mediación ha tenido una importante aplicación en el ámbito nacional;

Que durante los años de aplicación de la Ley, ha surgido la necesidad de introducirle ciertas reformas con el propósito de garantizar a la mediación un procedimiento más eficiente y confiable;

En ejercicio de los derechos constitucionales expide lo siguiente:

Ley Reformativa de la Ley de Arbitraje y Mediación

Agréguese a continuación del Art. 44 de la Ley de Arbitraje y Mediación, los siguientes artículos:

REGISTRO UNICO DE MEDIADORES

Art. 45 *“Créase el Registro Único de Mediadores cuya constitución, organización, actualización y administración será responsabilidad del Consejo Nacional de la Judicatura.*

Art. 46.- *Para ser mediador será necesario poseer título universitario, y adquirir la capacitación requerida establecida en el Reglamento.*

Art. 47.- *En el Reglamento a la que se alude en el artículo anterior, se estipularán las causales de suspensión y separación del registro y el procedimiento para aplicar tales sanciones. También se determinarán los requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para formar parte del mismo.*

DE LA COMISIÓN DE CONTROL Y SELECCIÓN DE MEDIADORES

Art. 49.- *Créase una Comisión de Control y Selección de Mediadores que tendrá la responsabilidad de emitir la aprobación sobre la idoneidad y demás requisitos que se exijan para la inscripción como aspirantes a mediadores en el Registro establecido por el Art.45 de la presente ley.*

Asimismo la Comisión tendrá a su cargo el control sobre el funcionamiento de todos los procesos de Mediación.

Art. 50.- *La Comisión de Control y Selección de Mediadores estará constituida por dos representantes del Poder Legislativo, dos del Poder Judicial, dos del Poder Ejecutivo, y dos por la Asociación de Cámaras de la Producción.”*

Agréguese después del primer párrafo del Art. 47 lo siguiente:

“El mediador independiente o el Centro de Mediación deberá comunicar el resultado de la mediación, con fines estadísticos, al Consejo Nacional de la Judicatura.”

Agréguese como primer párrafo lo siguiente al Art. 49:

“Es deber del mediador velar por que no se afecten los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.”

Agréguese a continuación de Art. 50 , el siguiente artículo:

“Art. 51 *El mediador tendrá completa libertad para sesionar con las partes, realizándolo en forma conjunta o por separado, velando el no favorecer, con su conducta, a una de ellas y de no violar el convenio de confidencialidad.*

A las mencionadas sesiones deberán concurrir las partes personalmente, y no podrán hacerlo por apoderado o representante, exceptuándose a las personas jurídicas y a los domiciliados en el extranjero de acuerdo a lo que se establezca en el Reglamento.”

CAPITULO VII

BIBLIOGRAFÍA

NORMATIVIDAD

- Constitución Política del Ecuador
- Código Civil Ecuatoriano
- Código de Procedimiento Civil
- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador
- Ley Ley 640 de 2001 - Conciliación de Colombia
- Ley 24573 Mediación Y Conciliación, Boletín Oficial, 27 de Octubre de 1995.

DOCTRINA

- **ACLAND, ANDREW FLOYER** - Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones, Barcelona, 1990.
- **ALDAO ZAPIOLA, Carlos M.** – La Negociación, Buenos Aires, 1992.
- **ALVAREZ, Gladys Stella** - La mediación, una forma de nivelar el poder de las partes.
- **ARyME (Arbitraje y Mediación)**: Centro de arbitraje, mediación y otros métodos alternativos de resolución de disputas con sede en Madrid, España.
- **CASTILLEJO DE ARIAS, O.** - Ser un buen negociador requiere algo más que leer sobre mediación, publicado en Cides.
- **COLEMAN, Susan** - Habilidades de la mediación para los negocios, Nueva York, 1992.

- **DE BONO, Edward-** Yo tengo razón, tú estás equivocado, Ediciones B., 1992.
- **De Bono Edward**, El Pensamiento Práctico, El Pensamiento Creativo, El Pensamiento Lateral, Ediciones Paidós. España, 1986
- **Edward De Bono**, Seis Pares De Zapatos Para La Acción , Ediciones Paidós. España, 1986
- **FISHER, R.-URY, W.** - Obtenga el sí o el arte de negociar sin ceder, México, CECSA, 1992.
- **FISHER, Roger-URY, William** - Sí...¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder, Colombia, 1985.
- **FLOYER ACLAND, Andrew** – Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos, Ed. Paidós, 1993.
- **FUNDACION LIBRA** – Buenos Aires – Publicaciones de esa institución pionera de la mediación en la Argentina y Manual de mediación concebido por esa fundación.
- **GIFFORD, DONALD, G.** - Legal negotiation. Theory and applications, 1989.
- **GOTTHEIL, Julio-SCHIFFRIN, Adriana** - Mediación: una transformación en la cultura – Julio Gottheil: La mediación y la salud del tejido social; Adrina Schiffrin: La mediación, aspectos generales
- **HIGHTON, Elena I.-ALVAREZ, Gladys S.** - Mediación para resolver conflictos, Ed. Ad Hoc SRL, Buenos Aires, 1998.

- **KAGEL Y KELLYK** – Anatomía de la mediación, Washinton BNA Books, 1989, XVI.
- **LASCALA, Jorge Hugo** – Aspectos prácticos de la mediación, Ed. Argentina, 1999.
- **LERER, Silvio** - La justicia, la mediación y el futuro de los abogados, Buenos Aires, Revista Jurídica La Ley, 1994-E-885.
- **LINK, Delfina** – El valor de la mediación, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- **MALIANDI, Ricardo** - Cultura y conflicto, Buenos Aires, Ed. Biblios, 1984.
- **MEDyAR (Mediación y arbitraje)** – Centro de mediación y arbitraje, Buenos Aires, Argentina.
- **MILLA, Fernando** – Conflicto extrajudicial: Mediación, arbitraje y negociación, Ed. Argentina, 1997.
- **MOORE, Cristopher** – El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos, Buenos Aires, Granica, 1995, pp.32.-
- **GOBBI, Marcelo y Caivano, Roque**, "Mediación obligatoria: los honorarios del mediador", La Ley, Suplemento de Resolución de Conflictos, Buenos Aires, 7/8/96.-
- **PALACIOS, Nicolás** - Temas de Negociación, Reproducido para efectos exclusivamente académicos de la fuente: Proyecto

- **REAL ACADEMINA ESPAÑOLA** - Diccionario de la Lengua Española, 21ª edición, Madrid, 1992.
- **REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO N° 5, “Consumidores”** - La resolución alternativa de disputas (RAD) y el consumidor. El consumidor ante el conflicto, ¿qué modos tiene de resolverlo?, Santa Fe, 1994.
- **SANDER, Frank E. A.** - Mediation for the professional. Training Manual, Harvard Law School.
- **SCHILLING, M.T.** - Estrategias de negociación, publicado en Intermediación.
- **SCHILLING, M.T.** - Teoría Sistémica de Negociación – Schilling, publicado en Inter-mediación.
- **SUAREZ, Marínés** – Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas, Ediciones Paidós, Buenos Aires, 1996.
- **URY, William** – Cómo resolver las disputas: Diseño de sistema para reducir los costos del conflicto, Ed. Argentina, 1995.
- **WAGMAISTER, Adriana M.** - Mediación familiar, Enciclopedia de Derecho de Familia, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1994.

ANEXOS

ANEXO 1

LEY 24753 MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN DE ARGENTINA

ANEXO 2

LEY 640 DE 2001 CONCILIACION COLOMBIA

ANEXO 3

CONVENIO DE COOPERACIÓN IEPI – CAM

ANEXO 1

LEY 24753 MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN DE ARGENTINA

Ley 24573 - MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN

DISPOSICIONES GENERALES

Art.1.- Instituyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente Ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.-

Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditan que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia.

Art.2.- El procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos:

1. Causas penales.-
2. Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador.-
3. Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación.-
4. Causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte.-
5. Amparo, hábeas corpus e interdictos.-
6. Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación.
7. Diligencias preliminares y prueba anticipada.-
8. Juicios sucesorios y voluntarios.-
9. Concursos preventivos y quiebras.-
10. Causas que tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo.-

Art.3.- En el caso de los juicios de desalojo, el presente régimen de mediación será optativo para el reclamante, debiendo en dicho supuesto el requerido ocurrir a tal instancia.-

DEL PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACIÓN

Art.4.- El reclamante formalizará su pretensión ante la mesa general de recepción de expedientes que corresponda, detallando la misma en un formulario cuyos requisitos se establecerán por vía de la reglamentación, cumplida la presentación se procederá al sorteo del mediador y a la asignación del juzgado que eventualmente entenderá en la litis.-

Art.5.- La mesa general de entradas entregará el formulario debidamente intervenido al presentante quien deberá remitirlo al mediador designado dentro del plazo de tres días.-

Art.6.- El mediador, dentro del plazo de diez (10) días de haber tomado conocimiento de su designación, fijará la fecha de la audiencia a la que deberán comparecer las partes.-

El mediador deberá notificar la fecha de la audiencia a las partes mediante cédula, adjuntando copia del formulario previsto en el Art.4. Dicha cédula será librada por el mediador, debiendo la misma ser diligenciada ante la Oficina de Notificaciones del Poder Judicial de la Nación; salvo que el requerido se domicilie en extraña jurisdicción, en cuyo caso deberá ser diligenciada por el requirente.-

A tales fines se habilitarán los formularios de cédula de notificación cuyos requisitos se establecerán reglamentariamente.-

Art.7.- Las partes podrán tomar contacto con el mediador designado antes de la fecha de la audiencia, con el objeto de hacer conocer el alcance de sus pretensiones.

Art.8.- Cuando el mediador advirtiere que es necesaria la intervención de un tercero, solicitado por las partes o de oficio, podrá citarlo a fin de que comparezca a la instancia mediadora.-

Si el tercero incurriese en incomparecencia o incumplimiento del acuerdo transaccional que lo involucre, le alcanzarán las sanciones previstas en los Arts. 10 y 12 de la presente ley.

Art.9.- El plazo para la mediación será de hasta sesenta (60) días corridos a partir de la última notificación al requerido y/o al tercero en su caso. En el caso previsto en el Art. 3, el plazo será de treinta (30) días corridos. En ambos supuestos se podrá prorrogar por acuerdos de las partes.

Art.10.- Dentro del plazo previsto para la mediación el mediador podrá convocar a las partes a todas las audiencias necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley.-

Si la mediación fracasare por la incomparecencia de cualquiera de las partes a la primera audiencia, cada uno de los incomparecientes deberá abonar una multa cuyo monto será el equivalente a dos (2) veces la retribución básica que le corresponda percibir al mediador por su gestión.-

Habiendo comparecido personalmente y previa intervención del mediador, las partes podrán dar por terminado el procedimiento de mediación.-

Art. 11. - Las actuaciones serán confidenciales. El mediador tendrá amplia libertad para sesionar con las partes, pudiéndolo efectuar en forma conjunta o por separado, cuidando de no favorecer, con su conducta, a una de ellas y de no violar el deber de confidencialidad.-

A las mencionadas sesiones deberán concurrir las partes personalmente, y no podrán hacerlo por apoderado, exceptuándose a las personas jurídicas y a los domiciliados en extraña jurisdicción de acuerdo a lo que se establezca en la reglamentación.-

La asistencia letrada será obligatoria.

Art. 12. - Si se produjese el acuerdo, se labrará acta en el que deberá constar los términos del mismo, firmado por el mediador, las partes y los letrados intervinientes.-

El mediador deberá comunicar el resultado de la mediación, con fines estadísticos, al Ministerio de Justicia.-

En caso de incumplimiento, lo acordado podrá ejecutarse ante el juez designado, mediante el procedimiento de ejecución de sentencia regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.-

En el supuesto de llegar a la instancia de ejecución, el juez deberá aplicar la multa establecida en el Art. 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Art. 13.- El Ministerio de Justicia de la Nación percibirá con destino al Fondo de Financiamiento creado por esta ley, las sumas resultantes de las multas establecidas en los Arts. 10 y 12. En el supuesto que no se abonen las multas establecidas, se perseguirá el cobro impulsando por vía incidental, las acciones judiciales necesarias observando el procedimiento de ejecución de sentencia.-

A tal fin el Ministerio de Justicia certificará la deuda existente y librará el certificado respectivo que tendrá carácter de título ejecutivo.-

En el caso de no haberse promovido acción posterior a la gestión mediadora el cobro de la multa establecida en el Art. 10 se efectuará mediante el procedimiento de juicio ejecutivo.

Art. 14.- Si no se arribase a un acuerdo en la mediación, igualmente se labrará acta, cuya copia deberá entregarse a las partes, en la que se dejará constancia de tal resultado.-

En este caso el reclamante quedará habilitado para iniciar la vía judicial correspondiente, acompañando las constancias de la mediación.

DEL REGISTRO DE MEDIADORES

Art. 15.- Créase el Registro de Mediadores cuya constitución, organización, actualización y administración será responsabilidad del Ministerio de Justicia de la Nación.

Art. 16.- Para ser mediador será necesario poseer título de abogado y adquirir la capacitación requerida y restantes exigencias que se establezcan reglamentariamente.

Art. 17.- En la reglamentación a la que se alude en el artículo anterior, se estipularán las causales de suspensión y separación del registro y el procedimiento para aplicar tales sanciones. También se determinarán los requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para formar parte del mismo.

DE LAS CAUSALES DE EXCUSACIÓN Y REACUSACIÓN

Art. 18.- El mediador deberá excusarse bajo pena de inhabilitación como tal, en todos los casos previstos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para excusación de los jueces, pudiendo ser recusado con expresión de causa por las partes conforme lo determina ese Código. De no aceptar el mediador la recusación, ésta será decidida por el Juez designado conforme lo establecido en el Art.4, por resolución que será inapelable.

En los supuestos de excusación y recusación se practicará inmediatamente un nuevo sorteo.-

El mediador no podrá asesorar ni patrocinar a cualquiera de las partes intervinientes en la mediación durante el lapso de un (1) año desde que cesó su inscripción en el registro establecido por el Art.15. La prohibición será absoluta en la causa en que haya intervenido como mediador.-

DE LA COMISIÓN DE SELECCIÓN Y CONTRALOR

Art. 19.- Créase una Comisión de Selección y Contralor que tendrá la responsabilidad de emitir la aprobación de última instancia sobre la idoneidad y demás requisitos que se exijan para habilitar la inscripción como aspirantes a mediadores en el Registro establecido por el Art.15 de la presente ley.-

Asimismo la Comisión tendrá a su cargo el contralor sobre el funcionamiento de todo el Sistema de Mediación.

Art. 20.- La Comisión de Selección y Contralor del régimen de mediación estará constituida por dos representantes del Poder Legislativo, dos del Poder Judicial y dos del Poder Ejecutivo Nacional.

DE LA RETRIBUCIÓN DEL MEDIADOR

Art. 21.- El mediador percibirá por su tarea desempeñada en la mediación una suma fija, cuyo monto, condiciones y circunstancias se establecerán reglamentariamente. Dicha suma será abonada por la o las partes conforme el acuerdo transaccional arribado.-

En el supuesto que fracasare la mediación, los honorarios del mediador serán abonados por el Fondo de Financiamiento de acuerdo a las condiciones que reglamentariamente se establezcan.-

Las sumas abonadas por este concepto, integrarán las costas de la litis que con posterioridad entablen las partes, las que se reintegrarán al Fondo de Financiamiento aludido.-

A tal fin, y vencido el plazo para su depósito judicial, el Ministerio de Justicia promoverá el cobro por vía incidental mediante el procedimiento de ejecución de sentencia.

Art. 22.- El Ministerio de Justicia de la Nación podrá establecer un régimen de gratificaciones para los mediadores que se hayan destacado por su dedicación y eficiencia en el desempeño de su labor.-

DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO

Art. 23.- Créase un Fondo de Financiamiento a los fines de solventar:

a) El pago de los honorarios básicos que se le abone a los mediadores de acuerdo a lo establecido por el Art.21, segundo párrafo de la presente ley.-

b) Las erogaciones que implique el funcionamiento del Registro de Mediadores.-

c) Cualquier otra erogación relacionada con el funcionamiento del sistema de mediación.

Art. 24.- El presente Fondo de Financiamiento se integrará con los siguientes recursos:

1) Las sumas asignadas en las partidas del Presupuesto Nacional.-

2) El reintegro de los honorarios básicos abonados conforme lo establecido por el Art.21 segundo párrafo de la presente ley.-

3) Las multas a que hace referencia el Art.10, segundo párrafo de la presente.-

4) La multa establecida por el Art. 12, último párrafo.-

5) Las donaciones, legados y toda otra disposición a título gratuito que se haga en beneficio del servicio implementado por esta ley.-

6) Toda otra suma que en el futuro se destine al presente fondo.

Art.25.- La administración del Fondo de Financiamiento estará a cargo del Ministerio de Justicia de la Nación, instrumentándose la misma por vía de la reglamentación pertinente.

Art. 26.- Iniciada la demanda o la ejecución del acuerdo transaccional el juez notificará de ello al Ministerio de Justicia de la Nación, a fin de que promueva la percepción de las multas, según el procedimiento de ejecución de sentencia.-

De la misma forma se procederá con relación al recupero del honorario básico del mediador, una vez que se haya decidido la imposición de costas del proceso.-

HONORARIOS DE LOS LETRADOS DE LAS PARTES

Art.27.- A falta de convenio, si el o los letrados intervinientes solicitaren regulación de los honorarios que deberán abonar sus patrocinados por la tarea en la gestión mediadora se aplicarán las disposiciones pertinentes la Ley 24.432, ley cuya vigencia se mantiene en todo su articulado.

CLÁUSULAS TRANSITORIAS

Art.28.- El sistema de mediación obligatoria comenzará a funcionar dentro de los ciento ochenta (180) días, a partir de la promulgación de la presente ley, siendo obligatorio el régimen para las demandas que se inician con posterioridad a esa fecha.

Art.29.- La mediación suspende el plazo de la prescripción desde que se formalice la presentación a que se refiere el Art.4º.

Art.30.- Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional, por el término de cinco (5) años, a establecer por vía de la reglamentación los aranceles y honorarios previstos en la presente ley.-

La obligatoriedad de la etapa de la mediación establecida en el Art.1º, primer párrafo de la presente ley, regirá por un plazo de cinco (5) años, contados a partir de la puesta en funcionamiento del régimen de mediación de conformidad con lo establecido en el Art. 28.

Art.31.- Quedarán en suspenso la aplicación del presente régimen a los Juzgados Federales en todo el ámbito del territorio nacional, hasta tanto se implemente el sistema en cada uno de ellos, de las Secciones Judiciales en donde ejerzan su competencia.-

ANEXO 2

LEY 640 DE 2001 CONCILIACION COLOMBIA

LEY 640 DE 2001

(enero 5)

Diario Oficial No 44.282, del 5 de enero de 2001
EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA
Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación
y se dictan otras disposiciones.

DECRETA:

CAPITULO I.

NORMAS GENERALES APLICABLES A LA CONCILIACION

ARTICULO 1o. ACTA DE CONCILIACION. El acta del acuerdo conciliatorio deberá contener lo siguiente:

1. Lugar, fecha y hora de audiencia de conciliación.
2. Identificación del Conciliador.
3. Identificación de las personas citadas con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia.
4. Relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación.
5. El acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.

PARAGRAFO 1o. A las partes de la conciliación se les entregará copia auténtica del acta de conciliación con constancia de que se trata de primera copia que presta mérito ejecutivo.

PARAGRAFO 2o. Las partes deberán asistir a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado. Con todo, en aquellos eventos en los que el domicilio de alguna de las partes no esté en el Circuito Judicial del lugar donde se vaya a celebrar la audiencia o alguna de ellas se encuentre fuera del territorio nacional, la audiencia de conciliación podrá celebrarse por intermedio de apoderado debidamente facultado para conciliar, aún sin la asistencia de su representado.

PARAGRAFO 3o. En materia de lo contencioso administrativo el trámite conciliatorio, desde la misma presentación de la solicitud deberá hacerse por medio de abogado titulado quien deberá concurrir, en todo caso, a las audiencias en que se lleve a cabo la conciliación.

ARTICULO 2o. CONSTANCIAS. El conciliador expedirá constancia al interesado en la que se indicará la fecha de presentación de la solicitud y la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, y se expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación, en cualquiera de los siguientes eventos:

1. Cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo.
2. Cuando las partes o una de ellas no comparezca a la audiencia. En este evento deberán indicarse expresamente las excusas presentadas por la inasistencia si las hubiere.
3. Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación, y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley. En este evento la constancia deberá expedirse dentro de los 10 días calendario siguientes a la presentación de la solicitud.

En todo caso, junto con la constancia se devolverán los documentos aportados por los interesados. Los funcionarios públicos facultados para conciliar conservarán las copias de las constancias que expidan y los conciliadores de los centros de conciliación deberán remitirlas al centro de conciliación para su archivo.

ARTICULO 3o. CLASES. La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial.

La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad.

PARAGRAFO. Las remisiones legales a la conciliación prejudicial o administrativa en materia de familia se entenderán hechas a la conciliación extrajudicial; y el vocablo genérico de "conciliador" remplazará las expresiones de "funcionario" o "inspector de Trabajo" contenidas en normas relativas a la conciliación en asuntos laborales.

ARTICULO 4o. GRATUIDAD. Los trámites de conciliación que se celebren ante funcionarios públicos facultados para conciliar, ante centros de conciliación de consultorios jurídicos de facultades de derecho y de las entidades públicas serán gratuitos. Los notarios podrán cobrar por sus servicios de conformidad con el marco tarifario que establezca el Gobierno Nacional.

CAPITULO II.

DE LOS CONCILIADORES

ARTICULO 5o. CALIDADES DEL CONCILIADOR. El conciliador que actúe en derecho deberá ser abogado titulado, salvo cuando se trate de conciliadores de centros de conciliación de consultorios jurídicos de las facultades de derecho y de los personeros municipales y de los notarios que no sean abogados titulados.

Los estudiantes de último año de Psicología, Trabajo Social, Psicopedagogía y Comunicación Social, podrán hacer sus prácticas en los centros de conciliación y en las oficinas de las autoridades facultadas para conciliar, apoyando la labor del conciliador y el desarrollo de las audiencias. Para el efecto celebrarán convenios con las respectivas facultades y con las autoridades correspondientes.

ARTICULO 6o. CAPACITACION A FUNCIONARIOS PUBLICOS FACULTADOS PARA CONCILIAR. El Ministerio de Justicia y del Derecho deberá velar por que los funcionarios públicos facultados para conciliar reciban capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos.

ARTICULO 7o. CONCILIADORES DE CENTROS DE CONCILIACION. Todos los abogados en ejercicio que acrediten la capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos avalada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, que aprueben la evaluación administrada por el mismo Ministerio y que se inscriban ante un centro de conciliación, podrán actuar como conciliadores. Sin embargo, el Gobierno Nacional expedirá el Reglamento en el que se exijan requisitos que permitan acreditar idoneidad y experiencia de los conciliadores en el área en que vayan a actuar.

Los abogados en ejercicio que se inscriban ante los centros de conciliación estarán sujetos a su control y vigilancia y a las obligaciones que el reglamento del centro les establezca.

PARAGRAFO. La inscripción ante los centros de conciliación se renovará cada dos años.

ARTICULO 8o. OBLIGACIONES DEL CONCILIADOR. El conciliador tendrá las siguientes obligaciones:

1. Citar a las partes de conformidad con lo dispuesto en esta ley.
2. Hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia.
3. Ilustrar a los comparecientes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación.
4. Motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia.
5. Formular propuestas de arreglo.
6. Levantar el acta de la audiencia de conciliación.
7. Registrar el acta de la audiencia de conciliación de conformidad con lo previsto en esta ley.

PARAGRAFO. Es deber del conciliador velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles."

ARTICULO 9o. TARIFAS PARA CONCILIADORES. El Gobierno Nacional establecerá el marco dentro del cual los centros de conciliación remunerados, los abogados inscritos en estos y los notarios, fijarán las tarifas para la prestación del servicio de conciliación. En todo caso, se podrán establecer límites máximos a las tarifas si se considera conveniente.

CAPITULO III.

DE LOS CENTROS DE CONCILIACION

ARTICULO 10. CREACION DE CENTROS DE CONCILIACION. El primer inciso del artículo 66 de la Ley 23 de 1991 quedará así:

"Artículo 66. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro y las entidades públicas podrán crear centros de conciliación, previa autorización del Ministerio de Justicia y del Derecho. Los centros de conciliación creados por entidades públicas no podrán conocer de asuntos de lo contencioso administrativo y sus servicios serán gratuitos".

ARTICULO 11. CENTROS DE CONCILIACION EN CONSULTORIOS JURIDICOS DE FACULTADES DE DERECHO. Los consultorios jurídicos de las facultades de derecho organizarán su propio centro de conciliación. Dichos centros de conciliación conocerán de todas aquellas materias a que se refiere el artículo 52 de la Ley 446 de 1998, de acuerdo a las siguientes reglas:

1. Los estudiantes podrán actuar como conciliadores solo en los asuntos que por cuantía sean competencia de los consultorios jurídicos.
2. En los asuntos que superen la cuantía de competencia de los consultorios jurídicos, los estudiantes serán auxiliares de los abogados que actúen como conciliadores.
3. Las conciliaciones realizadas en estos centros de conciliación deberán llevar la firma del director del mismo o del asesor del área sobre la cual se trate el tema a conciliar.

4. Cuando la conciliación se realice directamente el Director o el asesor del área correspondiente no operará la limitante por cuantía de que trate el numeral 1 de este artículo.

Con todo, estos centros no podrán conocer de asuntos contencioso administrativos.

PARAGRAFO 1o. Los egresados de las facultades de derecho que obtengan licencia provisional para el ejercicio de la profesión, podrán realizar su judicatura como abogados conciliadores en los centros de conciliación de los consultorios jurídicos y no se tendrán en cuenta para la determinación del índice de que trate el artículo 42 de la presente ley.

PARAGRAFO 2o. A efecto de realizar su práctica en los consultorios jurídicos, los estudiantes de Derecho deberán cumplir con una carga mínima en mecanismos alternativos de solución de conflictos. Con anterioridad a la misma deberán haber cursado y aprobado la capacitación respectiva, de conformidad con los parámetros de capacitación avalados por el Ministerio de Justicia y del Derecho a que se refiere el artículo 10 de la Ley 446 de 1998.

ARTICULO 12. CENTROS DE CONCILIACION AUTORIZADOS PARA CONCILIAR EN MATERIA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. El Gobierno Nacional expedirá el reglamento mediante el cual se determinen los requisitos que deberán cumplir los centros para que puedan conciliar en materia de lo contencioso administrativo.

ARTICULO 13. OBLIGACIONES DE LOS CENTROS DE CONCILIACION. Los centros de conciliación deberán cumplir las siguientes obligaciones:

1. Establecer un reglamento que contenga:
 - a) Los requisitos exigidos por el Gobierno Nacional;
 - b) Las políticas y parámetros del centro que garanticen la calidad de la prestación del servicio y la idoneidad de sus conciliadores;
 - c) Un código interno de ética al que deberán someterse todos los conciliadores inscritos en la lista oficial de los centros que garantice la transparencia e imparcialidad del servicio.
2. Organizar un archivo de actas y de constancias con el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Gobierno Nacional.
3. Contar con una sede dotada de los elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo al trámite conciliatorio.
4. Organizar su propio programa de educación continuada en materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos.
5. Remitir al Ministerio de Justicia y del Derecho, en los meses de enero y julio, una relación del número de solicitudes radicadas, de las materias objeto de las controversias, del número de acuerdos conciliatorios y del número de audiencias realizadas en cada periodo. Igualmente, será obligación de los centros proporcionar toda la información adicional que el Ministerio de Justicia y del Derecho le solicite en cualquier momento.
6. Registrar las actas que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 1o. de esta ley y entregar a las partes las copias.

ARTICULO 14. REGISTRO DE ACTAS DE CONCILIACION. Logrado el acuerdo conciliatorio, total o parcial, los conciliadores de los centros de conciliación, dentro de los dos (2) días siguientes al de la audiencia, deberán registrar el acta ante el centro en el cual se encuentren inscritos. Para efectos de este registro, el conciliador entregará los antecedentes del trámite conciliatorio, un original del acta para que repose en el centro y cuantas copias como partes haya.

Dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del acta y sus antecedentes, el centro certificará en cada una de las actas la condición de conciliador inscrito, hará constar si se trata de las primeras copias que prestan mérito ejecutivo y las entregará a las partes. El centro sólo registrará las actas que cumplan con los requisitos formales establecidos en el artículo 1o. de esta ley.

Cuando se trate de conciliaciones en materia de lo contencioso administrativo el Centro, una vez haya registrado el acta, remitirá el expediente a la jurisdicción competente para que se surta el trámite de aprobación judicial.

Los efectos del acuerdo conciliatorio y del acta de conciliación previstos en el artículo 1o. de la Ley 446 de 1998, sólo se surtirán a partir del registro del acta en el Centro de Conciliación.

El registro al que se refiere este artículo no será público. El Gobierno Nacional expedirá el reglamento que determine la forma como funcionará el registro y cómo se verifique lo dispuesto en este artículo.

ARTICULO 15. CONCILIACION ANTE SERVIDORES PUBLICOS. Los servidores públicos facultados para conciliar deberán archivar las constancias y las actas y antecedentes de las audiencias de conciliación que celebren, de conformidad con el reglamento que el Gobierno Nacional expida para el efecto.

Igualmente, deberán remitir al Ministerio de Justicia y del Derecho, en los meses de enero y julio, una relación del número de solicitudes radicadas, de las materias objeto de las controversias, del número de acuerdos conciliatorios y del número de audiencias realizadas en cada período. Los servidores públicos facultados para conciliar proporcionarán toda la información adicional que el Ministerio de Justicia y del Derecho les solicite en cualquier momento.

ARTICULO 16. SELECCION DEL CONCILIADOR. La selección de la persona que actuará como conciliador se podrá realizar:

- a) Por mutuo acuerdo entre las partes;
- b) A prevención, cuando se acuda directamente a un abogado conciliador inscrito ante los centros de conciliación;
- c) Por designación que haga el centro de conciliación, o
- d) Por solicitud que haga el requirente ante los servidores públicos facultados para conciliar.

ARTICULO 17. INHABILIDAD ESPECIAL. El conciliador no podrá actuar como árbitro, asesor o apoderado de una de las partes intervinientes en la conciliación en cualquier proceso judicial o arbitral durante un (1) año a partir de la expiración del término previsto para la misma. Esta prohibición será permanente en la causa en que haya intervenido como conciliador.

Los centros de conciliación no podrán intervenir en casos en los cuales se encuentren directamente interesados los centros o sus funcionarios.

ARTICULO 18. CONTROL, INSPECCION Y VIGILANCIA. El Ministerio de Justicia y del Derecho tendrá funciones de control, inspección y vigilancia sobre los conciliadores, con excepción de los jueces, y sobre los centros de conciliación y/o arbitraje. Para ello podrá instruir sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulen su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación. Adicionalmente, el Ministerio de Justicia y del Derecho podrá imponer las sanciones a que se refiere el artículo 24 de la Ley 446 de 1998.

CAPITULO IV.

DE LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN DERECHO

ARTICULO 19. CONCILIACION. Se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios.

ARTICULO 20. AUDIENCIA DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN DERECHO. Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible, y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término.

La citación a la audiencia deberá comunicarse a las partes por el medio que el conciliador considere más expedito y eficaz, indicando sucintamente el objeto de la conciliación e incluyendo la mención a las consecuencias jurídicas de la no comparecencia.

PARAGRAFO. Las autoridades de policía prestarán toda su colaboración para hacer efectiva la comunicación de la citación a la audiencia de conciliación.

ARTICULO 21. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 20. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.

ARTICULO 22. INASISTENCIA A LA AUDIENCIA DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN DERECHO. Salvo en materias laboral, policiva y de familia, si las partes o alguna de ellas no comparece a la audiencia de conciliación a la que fue citada y no justifica su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes, su conducta podrá ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos.

CAPITULO V.

DE LA CONCILIACION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

ARTICULO 23. CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN MATERIA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo sólo podrán ser adelantadas ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción y ante los conciliadores de los centros de conciliación autorizados para conciliar en esta materia.

ARTICULO 24. APROBACION JUDICIAL DE CONCILIACIONES EXTRAJUDICIALES EN MATERIA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Las actas que contengan conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo se remitirán a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes al de su celebración, al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación. El auto aprobatorio no será consultable.

ARTICULO 25. PRUEBAS EN LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL. Durante la celebración de la audiencia de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo los interesados podrán aportar las pruebas que estimen pertinentes. Con todo, el conciliador podrá solicitar que se alleguen nuevas pruebas o se complementen las presentadas por las partes con el fin de establecer los presupuestos de hecho y de derecho para la conformación del acuerdo conciliatorio.

Las pruebas tendrán que aportarse dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a su solicitud. Este trámite no dará lugar a la ampliación del término de suspensión de la caducidad de la acción previsto en la ley.

Si agotada la oportunidad para aportar las pruebas según lo previsto en el inciso anterior, la parte requerida no ha aportado las solicitadas, se entenderá que no se logró el acuerdo.

ARTICULO 26. PRUEBAS EN LA CONCILIACION JUDICIAL. En desarrollo de la audiencia de conciliación judicial en asuntos de lo contencioso administrativo, el Juez o Magistrado, de oficio, o a petición del Ministerio Público, podrá decretar las pruebas necesarias para establecer los presupuestos de hecho y de derecho del acuerdo conciliatorio. Las pruebas se practicarán dentro de los treinta (30) días siguientes a la audiencia de conciliación.

CAPITULO VI.

DE LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CIVIL

ARTICULO 27. CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CIVIL. La conciliación extrajudicial en derecho en materias que sean de competencia de los jueces civiles podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del ministerio público en materia civil y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales.

CAPITULO VII.

DE LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN MATERIA LABORAL

ARTICULO 28. CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN MATERIA LABORAL. La conciliación extrajudicial en derecho en materia laboral podrá ser adelantada ante conciliadores de los centros de conciliación, ante los inspectores de trabajo, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del

Ministerio Público en materia laboral y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales.

ARTICULO 29. EFECTOS DE LA INASISTENCIA A LA AUDIENCIA DE CONCILIACION EN ASUNTOS LABORALES. Se presumirá que son ciertos los hechos susceptibles de confesión en los cuales el actor basa sus pretensiones cuando el demandado ante la jurisdicción laboral haya sido citado a audiencia de conciliación con arreglo a lo dispuesto en la ley y no comparezca.

La presunción no operará cuando la parte justifique su inasistencia ante el conciliador dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de la audiencia, caso en el cual esta señalará fecha para nueva audiencia dentro de un término máximo de veinte (20) días.

ARTICULO 30. DEL MECANISMO CONCILIATORIO ESPECIAL PARA RESOLVER CONTROVERSIAS LABORALES. Cuando una convención colectiva de trabajo o un laudo arbitral beneficie a más de trescientos (300) trabajadores, deberá incorporarse en ellos un mecanismo para escoger uno o varios conciliadores a los cuales se podrá acudir para resolver los conflictos de los trabajadores beneficiarios, de acuerdo con las normas legales que rigen la conciliación. Los costos del servicio serán compartidos entre la empresa, el sindicato y el trabajador. A cada uno de estos dos últimos no se les podrá asignar en caso alguno porcentaje superior al diez por ciento (10%) de ese valor.

De no insertarse este mecanismo, se entiende incorporado en ellos el modelo oficial que expida el Gobierno Nacional, siguiendo los mismos criterios.

CAPITULO VIII.

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN MATERIA DE FAMILIA

ARTICULO 31. CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN MATERIA DE FAMILIA. La conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales.

Estos podrán conciliar en los asuntos a que se refieren el numeral 4 del artículo 277 del Código del Menor y el artículo 47 de la Ley 23 de 1991.

ARTICULO 32. MEDIDAS PROVISIONALES EN LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN DERECHO EN ASUNTOS DE FAMILIA. Si fuere urgente los defensores y los comisarios de familia, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y los jueces civiles o promiscuos municipales podrán adoptar hasta por treinta (30) días, en caso de riesgo o violencia familiar, o de amenaza o violación de los derechos fundamentales constitucionales de la familia o de sus integrantes, las medidas provisionales previstas en la ley y que consideren necesarias, las cuales para su mantenimiento deberán ser refrendadas por el juez de familia.

Los conciliadores de centros de conciliación, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los personeros municipales y los notarios podrán solicitar al juez competente la toma de las medidas señaladas en el presente artículo.

El incumplimiento de estas medidas acarreará multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo del sujeto pasivo de la medida a favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

CAPITULO IX.

DE LA CONCILIACION EN MATERIAS DE COMPETENCIA Y DE CONSUMO

ARTICULO 33. CONCILIACION EN PROCESOS DE COMPETENCIA. En los casos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas iniciadas a petición de parte que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio existirá audiencia de conciliación de los intereses particulares que puedan verse afectados.

La fecha de la audiencia deberá señalarse una vez vencido el término concedido por la Superintendencia al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

Sin que se altere la naturaleza del procedimiento, en la audiencia de conciliación, el Superintendente podrá imponer las sanciones que por inasistencia se prevén en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil.

ARTICULO 34. CONCILIACION EN MATERIA DE CONSUMO. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá citar, de oficio o a petición de parte, a una audiencia de conciliación dentro del proceso que se adelante por presentación de una petición, queja o reclamo en materia de protección al consumidor. Los acuerdos conciliatorios tendrán efecto de cosa juzgada y prestarán mérito ejecutivo.

CAPITULO X.

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

ARTICULO 35. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa, laboral y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas.

Realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplen como obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración.

El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1o. del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.

Con todo, podrá acudirse directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero.

Cuando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción. De lo contrario, tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley.

PARAGRAFO. Cuando la conciliación extrajudicial en derecho sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 29 de esta ley el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Esta multa se impondrá hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

ARTICULO 36. RECHAZO DE LA DEMANDA. La ausencia del requisito de procedibilidad de que trata esta ley, dará lugar al rechazo de plano de la demanda.

ARTICULO 37. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN ASUNTOS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones.

PARAGRAFO 1o. Este requisito no se exigirá para el ejercicio de la acción de repetición.

PARAGRAFO 2o. Cuando se exija cumplir el requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo, si el acuerdo conciliatorio es improbadado por el Juez o Magistrado, el término de caducidad suspendido por la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día siguiente hábil al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.

ARTICULO 38. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN ASUNTOS CIVILES. Si la materia de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse antes de acudir a la jurisdicción civil en los procesos declarativos que deban tramitarse a través del procedimiento ordinario o abreviado, con excepción de los de expropiación y los divisorios.

ARTICULO 39. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN ASUNTOS LABORALES. Si la materia de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse antes de acudir a la jurisdicción laboral en los asuntos que se tramiten por el procedimiento ordinario.

La conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad suplirá la vía gubernativa cuando la ley la exija.

ARTICULO 40. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN ASUNTOS DE FAMILIA. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 35 de esta ley, la conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial en los siguientes asuntos:

1. Controversias sobre la custodia y el régimen de visitas sobre menores e incapaces.
2. Asuntos relacionados con las obligaciones alimentarias

3. Declaración de la unión marital de hecho, su disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial.
4. Rescisión de la partición en las sucesiones y en las liquidaciones de sociedad conyugal o de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.
5. Conflictos sobre capitulaciones matrimoniales.
6. Controversias entre cónyuges sobre la dirección conjunta del hogar y entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paterna o la patria potestad.
7. Separación de bienes y de cuerpos.

ARTICULO 41. SERVICIO SOCIAL DE CENTROS DE CONCILIACION. El Gobierno Nacional expedirá el reglamento en que establezca un porcentaje de conciliaciones que los centros de conciliación y los notarios deberán atender gratuitamente cuando se trate de audiencias sobre asuntos respecto de los cuales esta ley exija el cumplimiento del requisito de procedibilidad y fijará las condiciones que los solicitantes de la conciliación deberán acreditar para que se les conceda este beneficio. Atender estas audiencias de conciliación será de forzosa aceptación para los conciliadores.

ARTICULO 42. ARTICULO TRANSITORIO. Las normas previstas en el presente capítulo entrarán en vigencia gradualmente, atendiendo al número de conciliadores existentes en cada distrito judicial para cada área de jurisdicción.

En consecuencia, con base en el último reporte anualizado disponible expedido por el Consejo Superior de la Judicatura sobre número de procesos ingresados a las jurisdicciones civil, laboral, de familia y contencioso administrativa, independientemente, el Ministerio de Justicia y del Derecho determinará la entrada en vigencia del requisito de procedibilidad para cada Distrito Judicial y para cada área de la jurisdicción una vez aquel cuente con un número de conciliadores equivalente a por lo menos el dos por ciento (2%) del número total de procesos anuales que por área entren a cada Distrito.

PARAGRAFO. Para la determinación del índice de que trata este artículo, no se tendrá en cuenta el número de estudiantes que actúen como conciliadores en los centros de conciliación de los consultorios jurídicos de facultades de derecho.

CAPITULO XI.

DE LA CONCILIACION JUDICIAL

ARTICULO 43. OPORTUNIDAD PARA LA AUDIENCIA DE CONCILIACION JUDICIAL. Las partes, de común acuerdo, podrán solicitar que se realice audiencia de conciliación en cualquier etapa de los procesos. Con todo, el juez, de oficio, podrá citar a audiencia.

En la audiencia el juez instará a las partes para que concilien sus diferencias; si no lo hicieren, deberá proponer la fórmula que estime justa sin que ello signifique prejuizgamiento. El incumplimiento de este deber constituirá falta sancionable de conformidad con el régimen disciplinario. Si las partes llegan a un acuerdo el juez lo aprobará, si lo encuentra conforme a la ley, mediante su suscripción en el acta de conciliación.

Si la conciliación recae sobre la totalidad del litigio, el juez dictará un auto declarando terminado el proceso, en caso contrario, el proceso continuará respecto de lo no conciliado.

ARTICULO 44. SUSPENSION DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACION JUDICIAL. La audiencia de conciliación judicial sólo podrá suspenderse cuando las partes por mutuo acuerdo la soliciten y siempre que a juicio del juez haya ánimo conciliatorio.

PARAGRAFO 1o. En estos casos el juez no podrá suspender de plano la audiencia sin que se haya realizado discusión sobre el conflicto con el fin de determinar el ánimo conciliatorio.

PARAGRAFO 2o. En la misma audiencia se fijará una nueva fecha y hora para su continuación, dentro de un plazo que no podrá exceder de cinco (5) días.

ARTICULO 45. FIJACION DE UNA NUEVA FECHA PARA LA CELEBRACION DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACION JUDICIAL. Si la audiencia, solicitada de común acuerdo, no se celebrare por alguna de las causales previstas en el párrafo del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, el Juez fijará una nueva fecha para la celebración de la audiencia de conciliación. La nueva fecha deberá fijarse dentro de un plazo que no exceda de diez (10) días hábiles.

Si la audiencia no se celebrare por la inasistencia injustificada de alguna de las partes, no se podrá fijar nueva fecha para su realización, salvo que las partes nuevamente lo soliciten de común acuerdo.

CAPITULO XII.

CONSEJO NACIONAL DE CONCILIACION Y ACCESO A LA JUSTICIA

ARTICULO 46. CONSEJO NACIONAL DE CONCILIACION Y ACCESO A LA JUSTICIA. Créase el Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia como un organismo asesor del Gobierno Nacional en materias de acceso a la justicia y fortalecimiento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, el cual estará adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho.

El Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia comenzará a operar dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de esta ley, en los términos que señale el reglamento expedido por el Gobierno Nacional, y estará integrado por:

1. El Ministro de Justicia y del Derecho o el Viceministro, quien lo presidirá.
2. El Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado.
3. El Ministro de Educación o su delegado.
4. El Procurador General de la Nación o su delegado.
5. El Fiscal General de la Nación o su delegado.
6. El Defensor del Pueblo o su delegado.
7. El Presidente del Consejo Superior de la Judicatura o su delegado.
8. El Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o su delegado.
9. Dos (2) representantes de los centros de conciliación y/o arbitraje.

10. Un (1) representante de los consultorios jurídicos de las universidades.

11. Un (1) representante de las casas de justicia.

12. Un (1) representante de los notarios.

Los representantes indicados en los numerales 9, 10, 11 y 12 serán escogidos por el Presidente de la República de quienes postulen los grupos interesados para períodos de dos (2) años.

PARAGRAFO. Este Consejo contará con una Secretaría Técnica a cargo de la Dirección de Acceso y Fortalecimiento a los Medios Alternativos de Solución de Conflictos del Ministerio de Justicia y del Derecho.

CAPITULO XIII.

CONCILIACION ANTE EL DEFENSOR DEL CLIENTE

ARTICULO 47. Los párrafos 1o. y 3o. del artículo [REDACTED] de la Ley 446 de 1998, quedarán así:

PARAGRAFO 1o. Los defensores del cliente de las instituciones financieras, continuarán prestando sus servicios para la solución de los conflictos que se generen en las relaciones bancarias y financieras de los clientes o usuarios y las entidades del sector financiero.

PARAGRAFO 3o. Los defensores del cliente de las instituciones financieras también podrán actuar como conciliadores en los términos y bajo las condiciones de la presente ley.

CAPITULO XIV.

COMPILACION, VIGENCIA Y DEROGATORIAS

ARTICULO 48. COMPILACION. Se faculta al Gobierno Nacional para que, dentro de los (3) meses siguientes a la expedición de esta ley, compile las normas aplicables a la conciliación, que se encuentren vigentes, en esta ley, en la Ley 446 de 1998, en la Ley 23 de 1991 y en las demás disposiciones vigentes, sin cambiar su redacción ni su contenido.

ARTICULO 49. DEROGATORIAS. Deróganse los artículos [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] y [REDACTED] de la Ley 446 de 1998 y los artículos 28, 29, 34, 42, 60, 65, 65A párrafo, 72, 73, 75 y 80 de la Ley 23 de 1991.

ARTICULO 50. VIGENCIA. Salvo el artículo 47, que regirá inmediatamente, esta ley empezará a regir un (1) año después de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

ANEXO 3

CONVENIO DE COOPERACIÓN

INSTITUTO ECUATORIANO DE PROPIEDAD INTELECTUAL IEPI

**CENTRO E MEDIACIÓN DE LA
CAMARA DE COMERCIO ECUATORIANO AMERICANA**



Av. 6 de Diciembre y La Niña,
Ed. Multicentro, Piso 4
Telf: (593 2) 507-450
Fax (593 2) 504-571
E-mail: ccea@ecamcham.com
Quito • Ecuador



Centro de Arbitraje y Mediación

Convenio de Cooperación

Entre: el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual -IEPI- y el Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana -CCEA-

Primera.- Antecedentes:

Se debe sustituir la cultura del litigio y la confrontación por la del diálogo y la concertación.

La Constitución Política del Estado reconoce como válidos y útiles a los procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, entre ellos el Arbitraje y la Mediación.

La Ley de Arbitraje y Mediación faculta a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, utilizar los procedimientos de Arbitraje y Mediación.

El artículo 374 de la Ley de Propiedad Intelectual determina que toda controversia en materia de propiedad intelectual podrá someterse a Arbitraje o Mediación, de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación.

El IEPI considera importante y oportuno establecer contactos y convenios con organizaciones de prestigio para desarrollar un marco operativo y jurídico para la administración de controversias relacionadas con temas de propiedad intelectual.

Recientemente, se ha observado un marcado incremento en el número de arbitrajes y mediaciones relacionados con materias de propiedad intelectual. Las controversias incluyen tanto materia contractual, como son licencias de patentes y de software, acuerdos de coexistencia en materia de marcas, de distribución para productos farmacéuticos y de investigación y desarrollo; así como no contractual, tutelas administrativas, por ejemplo.

La Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana cuenta con el Centro de Arbitraje y Mediación -CAM-, institución con personería jurídica, ofreciendo así un nuevo servicio a todos sus socios y a la comunidad en general para resolver sus posibles conflictos de una manera más rápida y efectiva. El Centro de Arbitraje y Mediación tiene por objeto contribuir a la solución de conflictos mediante la utilización de diversos métodos alternativos, especialmente vía mediación y arbitraje. 0.



Av. 6 de Diciembre y La Niña,
Ed. Multicentro, Piso 4
Telf: (593 2) 507-450
Fax (593 2) 504-571
E-mail: ccea@ecamcham.com
Quito • Ecuador



Centro de Arbitraje y Mediación

La Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana quiere prestar todo su apoyo para que instituciones que no brindan el servicio de Arbitraje y Mediación puedan acceder y ofrecer a sus usuarios o clientes el mencionado servicio a través de su Centro de Arbitraje y Mediación.

El CAM cuenta con mediadores y árbitros especialistas en materias de propiedad intelectual a nivel nacional e internacional.

Segunda.- Comparecientes:

Comparecen, por una parte, el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual -IEPI-, representado legalmente por el Abogado Nelson Velasco Izquierdo, en su calidad de Presidente; y, por otra parte, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, representado por el Dr. Diego Romero Ponce, en su calidad de Presidente del Directorio del CAM, los mismos que convienen en suscribir el presente convenio, con sujeción a las siguientes cláusulas:

Tercera.- Objeto:

Fomentar los distintos métodos de solución de controversias en materia de propiedad intelectual, en especial los que se refieren a procedimientos tales como oposiciones de marcas, tutelas administrativas y, en general, cualquier otro trámite administrativo, generando caminos accesibles y reales de trabajo, para lo cual las partes acuerdan colaborar en los siguientes lineamientos:

ASISTENCIA EN PROCEDIMIENTOS

En los casos en que los usuarios del IEPI mantengan controversias, éste fomentará la utilización de los servicios de Mediación y Arbitraje en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, el cual, de ser el caso, prestará sus servicios de acuerdo a la Ley de Arbitraje y Mediación y a su Reglamento.

Para esto el CAM prestará sus servicios y apoyo técnico como salas para celebrar audiencias, servicios administrativos y otros dispositivos en materia de organización.

MEDIACION

El artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que la mediación es un procedimiento de solución de conflictos mediante el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra - judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto. 



Av. 6 de Diciembre y La Niña,
Ed. Multicentro, Piso 4
Telf: (593 2) 507-450
Fax (593 2) 504-571
E-mail: ccea@ecamcham.com
Quito • Ecuador



Centro de Arbitraje y Mediación

El artículo 45 de la mencionada Ley determina que la solicitud de mediación la presentarán las partes en conflicto o una de ellas, por escrito, dirigida al Director del Centro de Arbitraje y Mediación, y deberá contener la designación de las partes, su dirección domiciliaria, sus números telefónicos, si fuera posible, y una breve determinación de la naturaleza del conflicto.

El Director del Centro de Arbitraje y Mediación aceptará a trámite el caso, siempre y cuando se hayan cumplido con todos los requisitos que exige la Ley de Arbitraje y Mediación y el Reglamento del CAM.

En los casos de mediación en que las partes lleguen a un acuerdo total o parcial, y sea necesario el conocimiento y/o pronunciamiento del Acuerdo por parte del IEPI, por haber la posibilidad de que pueda afectar derechos de terceros o que contraría alguna norma legal, éstas firmarán un Acta de Acuerdo preliminar. El Acta será enviada a la autoridad competente del IEPI que tramita el asunto sometido a mediación, para su conocimiento y pronunciamiento.

Por su parte, la autoridad competente del IEPI notificará su pronunciamiento al Director del Centro de Arbitraje y Mediación, quien notificará a las partes para la firma del Acta de Acuerdo Total, en el caso de pronunciamiento favorable del IEPI. De ser negativo el pronunciamiento, se procederá al archivo del proceso.

ARBITRAJE

Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras, para que sean resueltas por un tribunal arbitral.

Para poder someterse a Arbitraje las partes deben suscribir un Convenio Arbitral, esto es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Cuarta.- Duración y Reforma:

El Presente Acuerdo se ha concertado para un plazo indefinido; sin embargo, puede concluirse unilateralmente previa notificación escrita, de treinta días; o reformarse, previo acuerdo de las partes. Los procesos pendientes seguirán hasta su terminación. (1)



Av. 6 de Diciembre y La Niña,
Ed. Multicentro, Piso 4
Telf: (593 2) 507-450
Fax (593 2) 504-571
E-mail: ccea@ecamcham.com
Quito • Ecuador



Centro de Arbitraje y Mediación

Quinta.- Ejecución:

La ejecución del presente convenio esta a cargo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana.

Sexta.- Firma:

Para constancia y vigencia de lo expuesto en este convenio las partes firman en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los doce días del mes de noviembre de 2003.

Ab. Nelson Velasco Izquierdo
Presidente Instituto Ecuatoriano de la
Propiedad Intelectual IEPI

Dr. Diego Romero Ponce
Centro de Arbitraje y Mediación
Cámara de Comercio Ecuatoriano
Americana

TESTIGO DE HONOR

Dr. Paúl Corral Ponce
Centro de Arbitraje y Mediación
Cámara de Comercio Ecuatoriano
Americana

TESTIGO DE HONOR

Dr. Gustavo Romero Ponce
Presidente Asociación Ecuatoriana
de Propiedad Intelectual AEPI