

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

Escuela de Derecho

Trabajo de Titulación

Mediación pre procesal en el ámbito civil en el Ecuador

Andrés Espín Renjifo

Trabajo de titulación para la elaboración de la Tesis de grado
como requisito para la obtención de título de Abogado

Directora de Tesis: María Paz Jervis

Quito, febrero 2020

*A mi Olivia... Te amo
Eres mi vida,
Te llevo grabada en mi corazón*

RESUMEN

La mediación, según lo establece la Constitución de la República es un mecanismo de resolución de conflictos, con el que se cumple además con la tutela efectiva del derecho de todo ciudadano de acceso a la justicia. Es importante como sociedad cuestionar aquellas prácticas que se han incrustado en los procesos sociales y especialmente jurídicos el momento de resolver, o intentar resolver un conflicto.

Como parte determinante para el desarrollo de este trabajo de titulación debemos definir qué es la mediación, sus características y evaluar en un estudio comparativo el uso y resultado que ha tenido la misma como un procedimiento obligatorio en procesos civiles en determinados países.

Estableciendo en el proceso, no únicamente la agilidad y rapidez procesal y procedimental de la mediación en la solución de conflictos, sino también producir argumentos determinantes y suficientes para sustentar lo beneficioso que sería promover la mediación como parte obligatoria en procesos civiles como un requisito sine qua non para la admisión de los mismos en la justicia ordinaria.

En países como Colombia y Chile de la misma manera se maneja el concepto de medios alternativos para la solución de conflictos, siendo países en los que la pre judicialidad obligatoria de la mediación se ha implementado durante ya algunos años y en determinados temas demostrando la factibilidad de su implementación y un desarrollo propio de cada uno de estos países.

El objetivo principal de la mediación prejudicial obligatoria, es justamente romper con esos esquemas mentales, sobre la forma de resolver los conflictos de una forma *adversarial*, es decir en donde los ciudadanos no buscan soluciones pacíficas, ni tampoco soluciones prejudiciales, por el contrario, piensa que es mejor seguir con la controversia hasta, que exista un perdedor y un ganado

El marco metodológico en el desarrollo del presente trabajo de investigación será el método cualitativo - comparativo, se utilizará el análisis de normas nacionales e internacionales –derecho comparado-, datos estadísticos y doctrina. De tal manera que, como resultado del análisis de los mismos se llegue a la conclusión de que la mediación prejudicial obligatoria en el ámbito civil, podría implementarse en nuestra legislación con las reformas correspondientes al Código Orgánico General de Procesos y Ley de Arbitraje y Mediación.

Palabras clave: Mediación, pre procesal, pre judicial, soluciones pacíficas.

ABSTRACT

Mediation, as established by the Constitution of the Republic, is a conflict resolution mechanism, which also complies with the effective protection of the right of every citizen to access justice. It is important as a society to question those practices that have been embedded in social and especially legal processes when resolving, or trying to resolve a conflict.

As a determining part for the development of this degree work, we must define what is mediation, its characteristics and evaluate in a comparative study the use and result that it has had as a mandatory procedure in civil proceedings in certain countries.

Establishing in the process, not only the agility and procedural and procedural speed of mediation in the resolution of conflicts, but also to produce decisive and sufficient arguments to support how beneficial it would be to promote mediation as a mandatory part in civil proceedings as a sine qua non requirement for their admission to ordinary justice.

In countries like Colombia and Chile, the concept of alternative mechanisms for conflict resolution is handled in the same way, being countries in which the mandatory pre-judicial mediation has been implemented for some years now and on certain issues, demonstrating the feasibility of its implementation and its own development in each one of these countries.

The main objective of compulsory preliminary ruling mediation is precisely to break with these mental schemes, on how to resolve conflicts in an adversarial way, that is, where citizens do not seek peaceful solutions, nor do they refer for a preliminary ruling, on the contrary, they think that it is better to continue the controversy until, there is a loser and a victor

The methodological framework in the development of this research work will be the qualitative - comparative method, the analysis of national and international standards - comparative law -, statistical data and doctrine will be used. In such a way that, as a result of its analysis, we'll get to the conclusion that compulsory preliminary ruling mediation in civil sphere could be implemented in our legislation with the corresponding reforms to the General Organic Code of Processes and the Law of Arbitration and Mediation.

Key words: Mediation, preliminary ruling, peaceful solutions.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CAPÍTULO I	9
Marco Teórico.....	9
Los métodos alternativos a la solución de conflictos.....	9
La Mediación y su evolución histórica.	12
El Mediador.	15
Definiciones de Mediación.	16
El Acta de Mediación.....	19
Transigibilidad en el Ecuador.	20
Ventajas de la aplicación de la mediación según doctrina.....	24
La mediación obligatoria como ámbito pre procesal en los procedimientos civiles.	27
CAPÍTULO II.....	29
Mirada comparada en Suramérica	29
Análisis de legislación internacional que muestre los beneficios de dicha implementación....	29
Argentina.....	30
Chile.....	35
Colombia.....	41
CAPÍTULO III.....	56
La mediación en Ecuador.....	56
Recuento Histórico de la Mediación en Ecuador.....	56
Regulación legal y administrativa de la mediación en Ecuador actualmente.	58
Datos y estadísticas sobre Mediación recientes en Ecuador	66
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	72
BIBLIOGRAFÍA	78

Introducción.

Como práctica normal de los ciudadanos en el Ecuador, a lo largo de los años se han utilizado de manera inadecuada la administración de justicia para solucionar conflictos entre los particulares e incluso entre partes público - privadas. Tomando como vendetta o venganza el sistema nacional de administración de justicia y en consecuencia mal utilizando la función del mismo.

El principal objetivo de las personas al iniciar una controversia judicial con una determinada persona en la mayoría de casos en nuestra realidad social y política es, en palabras populares, “hacer pedazos” a su contraparte, convirtiendo, como establecimos antes, a la administración de justicia en su propia y personal herramienta para alcanzar este objetivo.

Entendiendo además que una sentencia dictada en derecho y fundamentada en verdaderos preceptos legales, jurisprudenciales y doctrinarios no siempre va a favorecer mi pretensión, pero si va a ser la que administre justicia que es el fin último de la función judicial como poder del estado.

Linda R. Singer en su obra, *Resolución de conflictos* de manera muy acertada menciona que: “En los últimos años, han ido apareciendo diversos e innovadores métodos no solo para resolver conflictos sin necesidad de recurrir a los juzgados, sino también para proporcionar los medios adecuados a través de los cuales empresas, comunidades e incluso escuelas puedan, en lo concerniente a este tema, olvidarse para siempre de pleitos, de litigios o de las siempre desagradables demostraciones de fuerza”. (Singer, 1996) Demostrando así que la sociedad está siempre en busca de una nueva forma de solucionar sus diferencias.

A pesar de las reformas que realicen, de los avances legales o jurisprudenciales que se logren a lo largo de los años, del mejoramiento de la calidad de los abogados y de los servidores estatales que trabajan en el sistema nacional de justicia; no se logrará nada si en cada persona no se cambia la manera de ver a la administración de justicia, como medio y como fin.

De allí cabe la mirada desde otra perspectiva; personas que realmente quieren solucionar su conflicto, personas que quieren solucionar sus diferencias con su contraparte, no importa cuales sean; pero verdadera y honestamente quieren alcanzar una solución a sus problemas que de alguna manera han escalado hasta potencialmente convertirse en procesos judiciales.

El problema para estas personas radica, ya no en sus intenciones sino, en la celeridad o violaciones al debido proceso; esto es, que se respeten los tiempos procesales pertinentes, que las pruebas sean correctamente actuadas, que se valoren correctamente las mismas, que la otra parte incluso colabore para que lo antes mencionado se cumpla y a cabalidad, y que además quien administre justicia esté capacitado verdaderamente para hacerlo.

De allí la mediación como una verdadera y práctica opción para la solución de conflictos. Sobre todo, sabiendo que en un proceso de mediación son las partes quienes llegan al acuerdo definitivo, con la asistencia de un mediador, no un juez que evalúe por sí mismo el caso y tome una decisión. Algo que realmente es muy importante tener en cuenta ya que esto significa que deben ser personas verdaderamente capacitadas e imparciales.

Para estas disyuntivas, teniendo en cuenta que involucra una gran campaña de conciencia social de parte de los ciudadanos, se desarrollará este trabajo de investigación y ofrecerá una solución alternativa y clara a estos problemas planteados que enfrenta día a día nuestra sociedad cuando activa el sistema nacional de justicia en cualquiera de sus niveles.

Es imperativo también para esto una correcta y pronta reconfiguración de la forma en la que se desarrolla nuestra sociedad e incluso se enseña a los estudiantes en las aulas al respecto. Indispensable para la correcta aplicación de esta técnica, su formación, estudio para el asesoramiento de su cliente. Como al igual lo menciona Bennett Picker “el asesor letrado debe jerarquizar y examinar los intereses y objetivos de su cliente. Luego evaluará el conflicto en función de las posibles alternativas de solución.” (Picker, p.59, 2002) Esto demuestra que la capacidad de resolver un conflicto empieza por su evaluación correcta.

Por ello las experiencias de países como Argentina, Chile y Colombia, serán importantes para determinar lo valioso de la mediación, la misma que ha sido dispuesta para su aplicación de manera pre procesal en determinados temas y en diversas circunstancias.

Estado de la Cuestión.

En el Ecuador el problema de la administración de justicia para satisfacer temas sociales, económicos y políticos ha ido modificándose; no podemos hablar de una reducción o de un incremento, simplemente de una modificación en razón de que, si antes el sistema nacional de administración de justicia era utilizado por ciertos grupos o personas, ese control se ha visto tomado por otras personas o grupos de interés que no han modificado las características de éstas prácticas.

Los mayores problemas que aquejan y agravan estas situaciones es la falta de transparencia en el desarrollo de los juicios sumado a la acumulación de causas en de las unidades judiciales, tribunales y cortes del país, convirtiendo en algo casi imposible para un juez el despachar las causas en los tiempos procesales determinados por la ley.

Ante este escenario, la investigación planteada muestra una solución para ambos paradigmas con una sola respuesta, la implementación de la mediación de manera, “pre procesal” en el sistema judicial del Ecuador en temas transigibles. Es además necesario tener en cuenta implicaciones mencionadas por la Linda R. Singer en su obra, *Resolución de conflictos*, respecto a la cantidad de causas ventiladas antes de incluso ser conocidas como tales increíblemente menciona. “Más del 90% de las causas civiles, incoadas en los juzgados, se han solucionado antes de que el juez haya dictado sentencia”. (Singer, p110, 1996)

Los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos están reconocidos por la Constitución de la República en el Artículo 190. De la misma manera su regulación y eficacia jurídica están previstas en la Codificación vigente de la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006. estos textos legales serán base también para apoyar la tesis y argumentar sus beneficios.

CAPÍTULO I

Marco Teórico

Los métodos alternativos a la solución de conflictos.

Para intentar resolver las controversias entre los seres humanos se han establecido a lo largo de la historia distintos sistemas de resolución de conflictos, siendo el sistema judicial el más aceptado en la actualidad por ser el más democrático. OTERO distingue tres grandes momentos en la evolución histórica de la resolución de los conflictos.

Un primer momento inicial en el que encontramos en las culturas la figura de un tercero con autoridad reconocida para resolver los conflictos entre particulares, un segundo momento en el que existieron diferentes foros a los que acudir pidiendo justicia, y un tercero en el que aparece el poder judicial institucionalizado. (Otero, p. 174, 2007)

Anteriormente a la existencia del poder judicial institucionalizado propio de la modernidad, existían distintos foros a los que se podía acudir buscando justicia. Esta pluralidad de foros determinaba jurisdicciones variadas que se regían por el principio de subsidiariedad, y que determinaban distintas soluciones según los casos, los lugares, los juzgadores, etc. Y con anterioridad a esta pluralidad de jurisdicciones se recurría en los grupos humanos a una figura de autoridad reconocida para solventar los conflictos entre particulares. Este tercero suplía a la figura del juez actual, tenía a su favor el reconocimiento de su autoridad por las personas que se sometían a su dictamen y sabía que las partes se comprometían desde el principio del proceso a respetar la solución dada.

En el Ecuador está garantizada y reconocida en la Constitución de la República, los medios alternativos de solución de conflictos y más concretamente están en el siguiente artículo 190.

Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje

en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

Los medios alternativos son mecanismos no formales que facilitan la búsqueda de soluciones que benefician por igual a las partes, pues son procedimientos que pueden realizarse de manera directa o con la intervención de agentes negociadores, como en el caso de la negociación; o mediante la intervención de un tercero imparcial, como en la mediación, la conciliación y el arbitraje. Están basados en principios de libertad e igualdad y tienen como características la flexibilidad, la comunicación horizontal, la economía procesal, rapidez y eficacia. Entre ellos tenemos a la mediación, negociación, conciliación y arbitraje que se explicarán a continuación.

Negociación. - Es un medio a través del cual las partes involucradas en el conflicto, sin la intervención de una tercera persona, llegan a un acuerdo amistoso y resolución pacífica, en un ambiente distendido de comunicación y respeto; pues se neutralizan intereses opuestos y concilian diferencias a través de pactos y acuerdos a los que se comprometen cumplir. Este medio lleva implícitos procesos de aprendizaje que fortalecen la cultura democrática y la participación libre de los actores en la solución de conflictos. (Paz, 2004)

Mediación. - Es un proceso en el que una persona imparcial, conocida como mediador, coopera con los interesados para encontrar una solución que convenga a las partes en conflicto, por lo que su rol es escuchar, brindar orientación cooperativa, generar un ambiente flexible de participación democrática y reducir la conflictividad, a fin de facilitar las condiciones que permitan encontrar soluciones equitativas. No propone fórmulas específicas de arreglo, excepto en cuestiones laborales, donde el acuerdo alcanzado se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio en caso de incumplimiento. Aquí puede haber o no acuerdo; no obstante, la mediación es posible en toda materia transigible. Cuando hay Acuerdo, por ejemplo, en casos de delitos penales, éste consistirá en el pago en dinero a la víctima, trabajo efectuado por el infractor a su favor, trabajo para una institución de caridad, inscripción del infractor en un programa de tratamiento, por lo que se tendrá en cuenta la situación de la víctima y las posibilidades reparatorias del victimario. (Márquez, 2012)

Conciliación. - Es un medio a través del cual las personas involucradas en un conflicto, buscan resolverlo mediante un acuerdo satisfactorio con la intervención de un tercero o conciliador que actúa con el consentimiento de las partes o por mandato de la ley para proponer soluciones, las mismas que tendrán efecto vinculante. Es un procedimiento breve en el que las partes arreglan sus diferencias mediante acuerdos recíprocos y satisfactorios, donde prevalece la voluntad de negociar y concertar acuerdos. El proceso se desarrolla a través de las siguientes fases: a) la inicial, donde se define el contexto de la conciliación; b) el intercambio de historias, son los puntos de vista de los actores; c) la situación del conflicto, aquí se concretan los puntos a tratar y se enfatiza en lo conciliable; d) las soluciones que se plantean; y e) los acuerdos que se especifican en un acta. (Fuquen, 2003)

Arbitraje. - Es un proceso mediante el cual un tercero decide sobre el caso y las partes acatan. La decisión del tribunal de arbitraje se asimila al de una sentencia judicial y es denominada laudo arbitral por tener el carácter de cosa juzgada. El árbitro actúa como auxiliar de la justicia, y para el efecto debe considerar los hechos y argumentos que presenten las partes y sus abogados. Lo más frecuente es que acudan al arbitraje voluntariamente, pues el árbitro tiene como función escuchar lo que deseen exponer para defender sus puntos de vista y, con base en ello, tomar una decisión vinculante. (Cornelio, 2014)

Habiendo conceptualizado estos cuatro medios alternativos de solución de conflictos, se puede observar una constante, la no intervención o participación de un juez público o miembro del sistema judicial ordinario, en ciertos casos lo hace, pero no con la facultad decisoria propia de su cargo, por ejemplo, en los casos de la conciliación y la mediación intraprocesal. Para los efectos de este ensayo jurídico se centrará en la mediación previa en los procesos judiciales pero sin dejar de lado la importancia que tiene el aparato administrativo necesario y suficiente para el servicio público, que es la actividad técnica prestada por el ente público, de manera constante, permanente, ininterrumpida para satisfacer las necesidades de la sociedad en lo que se refiere a estos temas. Por ello, se considera que la mediación como procedimiento no *adversarial*, en el cual un tercero imparcial, neutral, quien además no tiene poder o autoridad sobre ninguna de las partes, coadyuva para que las partes puedan alcanzar conseguir sus intereses o posibles fórmulas de arreglo. Con este fin el modo de proceder es flexible, no tienen normas fijas en el modo de proceder, respecto

a quienes colaboran y la forma en la que se realiza dicha colaboración, a fin de que la misma sea idónea y correcta, enmarcada en proteger la juridicidad de lo actuado, todo esto sin imponer un criterio o una posición, sino equilibrando el terreno de la mediación para ambas partes. Por ello es importante la capacitación del colaborador, del mediador, ya que es el reflejo de sus conocimientos y preparación lo que permite garantizar el desarrollo de este proceso, las Escuelas Judiciales se ocupan de la preparación a través de programas diseñados en este sentido a través de la cursos, talleres de formación y otros lo que asegura, como ya hemos manifestado, la idoneidad del mediador, para que obtenga resultados en la negociación, concertación, arreglos, en la búsqueda de puntos de contacto, etc.

La Mediación y su evolución histórica.

No es posible señalar de forma clara y general el inicio de la mediación como forma alternativa para la solución de conflictos de manera paralela a la actuación de las funciones judiciales. En el recorrido de la historia podemos ver cómo la conciliación, el arbitraje y la mediación, por causas como la pérdida de confianza de las personas en el sistema judicial, la sobresaturación del mismo, la búsqueda de decisiones acordes con las necesidades de los participantes, se han consolidado poco a poco como formas válidas y cada vez más recurridas por el usuario para la solución de un conflicto, incluso de aquellos que ya están dentro de un proceso judicial. De esta manera encontramos varios puntos determinantes en la historia, en distintos lugares y culturas, como ejemplos de varios países, culturas que tienen en la mediación, un método efectivo de resolución de controversias. En muchos de estos casos la razón primigenia de la existencia de la mediación es la solución de conflicto mediante la intervención de un tercero, que en muchos casos es una autoridad, un referente de la comunidad, una persona reconocida por las partes que intervienen en el proceso a fin de que la misma pueda ayudar a los interesados o afectados a solucionar el problema de una manera pacífica, entendible y sin necesidad de buscar instancias ajenas al grupo al que pertenecen.

Durante la Edad Moderna el concepto de mediación se usó de manera importante en el espacio del Derecho Internacional, esto debido a lo importante que significa el establecimiento de relaciones

entre partes respecto de las obligaciones contraídas en pactos dentro de este ámbito. Es importante destacar la relación y trabajo junto a las normas ya que esta relación es de complicado cumplimiento debido a la soberanía de los países, intereses de los mismos y otros factores que pueden afectar de manera directa o indirecta ciertas relaciones comerciales, económicas y sociales, siendo complicado establecer vínculos que obliguen a las partes pero que no estén basados en la fuerza de una de ellas sobre otra u otras o incluso en la convicción asumida por respeto a la autoridad reconocida.

En la Edad Moderna, sucede algo importante en el ámbito de la solución alternativa de conflictos ya que la justicia entre Estados sólo se podía acordar a través de los buenos oficios, el arbitraje y la mediación. Según la doctrina, es luego, más o menos a mediados del siglo XX el momento en el que la mediación empieza su aplicación como se la conoce el día de hoy, de manera más profesionalizada. Con todo lo revisado respecto de la Edad Media, el antecedente más destacado es la Convención de la Haya de 18 de octubre de 1907 sobre solución de controversias internacionales. Es a partir de este momento que se da el inicio del reconocimiento del arbitraje y de la mediación como una herramienta jurídica, como un medio no convencional ni jurisdiccional de solución de conflictos. Situación que se mantuvo hasta la creación del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya en 1921 realizado por la Sociedad de Naciones.

Geográficamente, la mediación entendida como medio de solución de conflictos es incorporada a la vez en distintos lugares del mundo, Europa, Latinoamérica y Estados Unidos de Norteamérica. El *Federal Mediation and Conciliation Service*, mismo que fue creado en 1947 en los Estados Unidos, es considerado como el pionero en el servicio de la mediación en todo el mundo. El objetivo del mismo en un principio fue la solución de problema en el ámbito laboral, la misma que se amplió 21 años después en 1978. Desde entonces su desarrollo e implementación en Estados Unidos y en el mundo ha sido continuo, creciendo de manera exponencial en todo el mundo.

Para explicar el origen de los métodos alternativos de resolución de conflictos, también llamados métodos de resolución alternativa de conflictos (RAC) y cuyas siglas en inglés son ADR, *Alternative Dispute Resolution*, González Cano nos brinda una perspectiva de los mismos, así menciona que “deben su origen a un movimiento anglosajón iniciado en la década de los treinta

del siglo XX llamado movimiento de libre acceso a la justicia, produciéndose la aparición de los RAC en la década de los setenta del siglo pasado. Esta corriente filosófico-jurídica que buscaba cauces alternativos al Poder Judicial se inicia básicamente en la Universidad de Harvard, es la denominada *Critical legal Studies*.” (González Cano, p. 131, 2013) Así tenemos que estos métodos de resolución de conflictos surgen como aquellos mecanismos válidos y útiles que intentan resolver disputas sin la intervención de los tribunales, o mediante medios no judiciales.

En los Estados Unidos las RAC han evolucionado hasta convertirse parte importante del sistema judicial, pasando de ser una mera opción en el ámbito privado a ser incorporadas por muchas de las instituciones públicas, generalmente en cuestiones previas al proceso *adversarial* clásico, y en muchos casos proponiendo el mismo juez que se suscite la mediación entre las partes. Las características de estas RAC son entre otras que reflejan verdaderamente un intento de encontrar los medios más coherentes para encontrar los puntos medios entre las partes, vías menos formales y rígidas que aquellas del proceso judicial y que incentivan la participación protagónica de las partes en este método de solución de conflictos, lo que significa además un mayor compromiso en los procesos de aceptación, cumplimiento y ejecución de la solución.

En Europa, el libro verde de la Comisión que trata respecto de las modalidades alternativas de solución de conflictos en los ámbitos mercantil y civil del año 2002, refleja a esta modalidad de solución de conflictos, como aquellos procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial. Este texto se refiere más específicamente a áreas de derecho civil y mercantil, y se incluye derecho laboral y derechos del consumidor, pero siempre tomando como protagonistas a las partes intervinientes, de allí que es importante mencionar.

La mediación, es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes, de tomar sus propias decisiones que influyan en sus vidas. Por lo tanto, constituye un proceso que confiere autoridad, sobre sí mismas a cada una de las partes. (Caram, 2014)

Dicha solución pacífica y alternativa comenta, Luis Solari Tudela las tratan tanto la Carta de las Naciones Unidas como la Carta de la OEA. En la Carta de Naciones Unidas el artículo 1º señala "lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional..." Aquellos medios pacíficos referidos en el primer artículo se plasman en el artículo 33 del mismo documento. (SOLARI TUDELA Luis, "Derecho Internacional Público", editorial Studium, Perú, 2011)

En este mismo sentido, la Carta de la OEA establece en su artículo 3, literal h que: "las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más Estados Americanos deben ser resueltas por medio de procedimientos pacíficos". Detallando los mismos en el artículo 24 así "...la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje..." (Carta OEA, 1948)

El Mediador.

La figura del mediador como hemos revisado se ve reflejada en antiguas civilizaciones con terceros imparciales o figuras similares no basadas en el poder político reconocido, sino en otros argumentos que permitían que el pueblo asumiera libremente a esas personas para dirimir sus conflictos. La figura en todos los casos persigue una doble función, sustituir al juez y evitar sanciones impuestas por un poder externo, el estado o gobierno.

Los pueblos nómadas y las tribus buscaban una autoridad escogiendo al más anciano de la comunidad con el fin de que solucione los conflictos que se suscitaban dentro, amparándose en su experiencia en su sabiduría y ciertos y determinados valores que cada sociedad ponderaba. Platón proponía que gobernasen la ciudad los más sabios, aquellos que habían demostrado, que él denominaba filósofos, porque debían tener más conocimientos sobre lo justo e injusto que el resto, y por lo tanto más experiencia para poder organizar la vida de los seres humanos en sociedad.

En África se continúa con la costumbre de reunir a una asamblea o junta de vecindario para resolver disputas en la cual se elige una autoridad o personalidad que destaque dentro de la comunidad con el fin de ayudar a las partes a resolver el conflicto de forma colaboradora. En las

sociedades rurales o de carácter minifundista y en las estructuras de organización social de marcado carácter centrífugo, en las que la familia son la referencia de pertenencia, los cabezas de familias, clanes o grupos étnicos realizan este papel de mediadores, y fueron o son de gran importancia para dirimir conflictos entre sus miembros.

En la antigua Roma, por ejemplo, el *pater familias*, el padrino de la camorra o el patriarca gitano son considerados como aquellas personas que tienen a cargo la sociedad en general, sus decisiones eran vinculantes a la hora del accionar de un grupo social o familiar y en muchos de los casos esas decisiones eran definitivas, similar al concepto de cosa juzgada.

En Latinoamérica, el cooperativismo siempre propendía a que sean los propios miembros de las comunidades los que resuelvan sus propios conflictos, desde una perspectiva colectiva del mismo, teniendo en cuenta los valores y principios del pueblo, es decir del mismo contexto de la comunidad.

En las culturas orientales, la japonesa o la china, la mediación existió desde el génesis de sus primeras civilizaciones. En China era el principal recurso para la solución de conflictos, esto debido al pensamiento de sus filósofos, como Confucio, quien afirmaba que la resolución de un conflicto se alcanza a través de la modificación de la conducta, no a través de la coacción, refiriéndose a que la modificación de la conducta debe ser de ambas partes. Los populares y numerosos Comités Populares de Conciliación demuestran la profunda asimilación cultural de la mediación como método de resolución alternativa de conflictos.

Definiciones de Mediación.

Una imagen clara, objetiva y descriptiva de lo que significa la mediación, se puede esbozar de esta manera.

La mediación es un procedimiento jurídico de resolución extrajudicial de conflictos entre las personas, caracterizado por la intervención de una tercera parte, neutral e imparcial

respecto de las partes en controversia, que aceptan que las auxilie en la búsqueda de una solución satisfactoria para ambas, dentro de los límites fijados por la ley. (Puy Muñoz, p. 21, 2007)

Según la Carta Europea de Mediación. “La mediación es ante todo voluntad de abrir caminos, de establecer lazos, de una forma creativa, allá donde no existen, un espacio de comunicación, en el que un tercero imparcial independiente y sin poder alguno, suscite constantemente en quienes encerrados cada uno en su monólogo se encuentran atrapados en el conflicto, el deseo de elaborar conjuntamente una salida, restableciendo un “yo” y un “tú” que permita un verdadero diálogo. Es una estrategia en la que dos antagonistas aceptan perder para llegar a ser, ambos, ganadores”.

Por nombrar ciertas acepciones de mediación en la doctrina tenemos que es un:

“Conjunto de prácticas destinadas a resolver un conflicto distinto a la vía judicial y también son los métodos que permiten la resolución del conflicto o controversia a través de una negociación. Por lo tanto; la mediación es la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptado” (Ruíz, p. 152, 2003)

Enrique Falcón, autor de la obra “Mediación Obligatoria en la Ley 24.573”, la describe de la siguiente manera: “Se define generalmente la mediación como un procedimiento no *adversarial* en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a que estas, en forma cooperativa, encuentren el punto de armonía en el conflicto. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trasciendan el nivel de disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas.” (Falcón, pp. 16-17, 1997)

Dentro de la dinámica procesal propia de la mediación, este mecanismo tiene como fin, como objetivo principal el maximizar la posibilidad o la oportunidad de dar por terminado un litigio de forma pacífica, amigable, con entendimiento entre las partes. En este contexto se puede indicar

que el proceso conciliatorio aplicado en la mediación constituye el basado en la experiencia, que ningún proceso judicial llega más rápido a la solución que una negociación asistida.

Básicamente cuando nos referimos a mediación la entendemos como aquel proceso mediante el cual las partes que mantiene una disputa, un impase o un conflicto, intentan llegar a un acuerdo para dar por terminado el mismo con la asistencia de un tercero imparcial, neutral que actúa bajo parámetros de confidencialidad y que además es un guardián de la legalidad y juricidad del acuerdo alcanzado.

La mediación prejudicial obligatoria, en definitiva se genera como la respuesta a una necesidad urgente de la sociedad, con el fin de aliviar y mejorar los problemas que surgieron en las dependencias judiciales de varios países de Latinoamérica, que consistían sustancialmente en la inmensa carga procesal, que tenía a su vez como efectos negativos, la falta de celeridad, ineficiencia en los procesos y se demoraban los juicios años, para que finalmente un juez de la justicia ordinaria pueda dictar una sentencia, misma que a su vez podía ser apelada y el camino se hacía más y más largo. En la cual el reflejo más claro de la intervención del aparato jurisdiccional del estado es la existencia de un ganador un perdedor y el daño irreparable a relaciones comerciales, civiles, mercantiles, laborales, etc. De allí que podemos desarrollar conceptos como el siguiente:

La solución extrajudicial, que tenga la posibilidad de dar a las partes un acuerdo también coactivamente, sin hacer necesariamente recurso al juez, puede contribuir al mantenimiento de las relaciones comerciales entre las partes y otorga, además en caso de éxito positivo del tentativo de conciliación, una gran estabilidad de las controversias, con evidentes beneficios incluso e orden económico. (Alpa, Córdoba, Kluger, & Laje, 2015)

Estos principios mencionados tanto del proceso de mediación, como las características del mediador y de la mediación en sí, se ven plasmadas en el Acta de Mediación, la cual revisaremos en adelante.

El Acta de Mediación.

La mediación finaliza de tres maneras, mediante imposibilidad de mediación, acta de acuerdo total y acta de acuerdo total, todo esto con la redacción del acuerdo plasmado en un acta, el Acta de Mediación. El artículo 363.3 y 363.5 del Código Orgánico General de Procesos, establece que son títulos de ejecución tanto el acta de mediación, como el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero que hayan sido debidamente homologados.

Revisemos algo referente a la naturaleza jurídica del acta de mediación en el Ecuador, la cual está, como ya se indicó, identificada y descrita en la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 47 donde se desarrolla el concepto en el que se desprende que el acta es considerada como equivalente a una sentencia ejecutoriada.

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. (Ley de Arbitraje y Mediación, 2007)

Así mismo, el artículo 101 del Código Orgánico General de Procesos mantiene una relación y concepto con la naturaleza jurídica del acta de mediación, es decir sus efectos legales en el ámbito del derecho, desarrollando de manera clara la concepción de sentencia ejecutoriada, como se describe a continuación:

La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho. Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutive, sino también la motivación de la misma. (COGEP, 2016)

De allí que, de lo revisado en el artículo 47 al final frente a la posibilidad de incumplimiento, se brinda una oportunidad clara y muy definida para quien ha sido afectado por el incumplimiento de que se reclame el mismo de manera ejecutiva, tal como lo manifiesta Ximena Bustamante “El acta de mediación tiene una validez particular que resguarda a las partes de un posible incumplimiento de lo pactado, ya que el mediador no tiene capacidad jurisdiccional de ejecutar lo juzgado.” (Bustamante, 2007) Lo que da un sentido de seguridad jurídica al contenido del Acta.

Transigibilidad en el Ecuador.

Para clasificar o establecer un concepto de Transigibilidad o no de determinados temas, tenemos la opción de hacerlo mediante exclusión, esto es indicar las materias sobre las cuales no se puede transigir, tal como sucede en las legislaciones de Colombia y Chile.

Mientras que, en otras legislaciones de la región, como es el caso de Argentina o en el Perú, se establece el tema de Transigibilidad procederá sobre derechos patrimoniales de manera general, por ejemplo, aquellos que son objeto de convenio.

Finalmente podemos clasificar la Transigibilidad de manera afirmativa, esto es, cuando de forma directa se pronuncian qué cosas o negocios pueden ser objeto de convenio o sobre los cuales puede ejercer convenio las partes, y de manera negativa, como ya se indicó, cuando existen exclusiones o prohibiciones expresas.

En el caso ecuatoriano las materias susceptibles de Transigibilidad en cuanto a temas de mediación se refiere, no se encuentran detalladas o enunciadas en una sola ley o código, sin embargo, la Ley de Arbitraje y Mediación ha permitido de manera muy clara que la mediación en la legislación ecuatoriana, sea entendida y aumente su campo de acción hacia muchos otros cuerpos jurídicos del sistema legal ecuatoriano, tal como se puede apreciar en este cuadro:

Constitución de la República del Ecuador (2008).	
Artículo 97	Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente. Con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir. (Constitución de la República, 2008)
Artículo 190	Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en la que por su naturaleza se pueden transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la Ley. (Constitución de la República, 2008)
Artículo 326	<p>Numeral 10.</p> <p>“Se adoptará el diálogo social para la solución de conflictos de trabajo y formulación de acuerdos”</p> <p>Numeral 11.</p> <p>Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente”</p>

	<p>Numeral 12.</p> <p>Los conflictos colectivos en todas sus instancias, serían sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje. (Constitución de la República, 2008)</p>
	Código Civil
Artículo 1453	<p>Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos. (Código Civil, 2005)</p>
Artículo 2348	<p>Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa. (Código Civil, 2005)</p>
Artículo 2362	<p>La transacción surte el efecto de cosa juzgada en última instancia, pero podrá pedirse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes. (Código Civil, 2005)</p>
	Ley de Arbitraje y Mediación (2006)
Artículo 43	<p>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 extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto. (LAM, 2006)</p>
Artículo 46	<p>La mediación podrá proceder:</p>

	<p>a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales;</p> <p>b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y,</p> <p>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. (LAM, 2006)</p>
--	--

Es valioso recalcar que el objetivo primordial de la mediación no es únicamente solucionar controversias, sino, además, que las partes consideren que un juicio no es la vía más conveniente para resolver conflictos, que la otra parte siente una necesidad respecto al conflicto que se está llevando a cabo muy distinta a la suya.

Ventajas de la aplicación de la mediación según doctrina.

Para que la mediación pueda tener la capacidad de insertarse en la sociedad de manera definitiva y fuerte hay que tomar en cuenta algunos aspectos, siendo uno muy importante que los profesionales encargados de las mismas, los mediadores, sean personas capaces de conducir a las partes, de guiar a las personas que han decidido acudir a la mediación, puesto que la decisión de alcanzar un acuerdo no va a depender únicamente de esta disposición y buena voluntad de las partes sino de aquello que el mediador puede aportar en la audiencia.

La mediación es una herramienta muy útil que, usada para la resolución de conflictos de manera correcta, brinda a las partes la posibilidad de resolver sus conflictos sin la necesidad de acudir a la justicia ordinaria, y es por esta razón, como se analizará que en muchos países de Latinoamérica se utiliza a la mediación como un procedimiento de carácter obligatorio previo a la activación de aparato jurisdiccional en temas civiles, laborales, mercantiles, familiares, entre otros.

Otra de las claras ventajas de la mediación es su bajo costo, esto comparado con un proceso jurisdiccional, ya que en la justicia ordinaria es imprescindible la asistencia de un abogado, trámites, entrega y retiro de documentos, diligencias, entre otros; Adicionalmente los gastos administrativos que ellos implica adicionalmente de valores inherentes a cada uno de los procesos que se tramita, cosa muy diferente con la Mediación, ya que el solo hecho de no existir la necesidad de comparecer con abogado a la misma es un ahorro considerable de recursos para los comparecientes.

Una de las características importantes de la mediación es una parte inherente de ella, y consiste en la capacidad de que sean las partes mismas quienes lleguen a un acuerdo, este acuerdo es discutido y construido por las partes a diferencia del proceso ordinario, ya que en este caso se pone en manos de un juez la decisión sobre el litigio en el que las partes poco o nada podrán influir sobre su decisión final, su sentencia.

Finalmente, y gracias a su característica de flexibilidad y confidencialidad de la misma puede realizarse en varios lugares sin necesidad que una sede sea fija o rígida para las reuniones de

mediación, y la confidencialidad de la misma es beneficioso ya que únicamente las partes conocerán el proceso, el resultado y el compromiso final al que ellas mismas han llegado, a diferencia del proceso civil que es público en cada una de sus partes.

Podemos enunciar algunas ideas y conceptos muy claros de las ventajas y desventajas que conlleva un proceso de mediación, así Martínez de Murguía, nos muestra algunas representativas de estas:

Ventajas:

1. Aplicada de manera general y sistemática puede reducir mucho la carga de asuntos que están a la espera de ser resueltos por los tribunales de justicia.
2. Implica también un importante ahorro de tiempo y de dinero con respecto a la alternativa judicial.
3. Al contrario de lo que ocurre generalmente con los tribunales de justicia, el proceso de mediación es privado, y la información que se utiliza, así como los arreglos a los que se llega, es materia confidencial, lo que puede resultar altamente atractivo para muchas personas.
4. La naturaleza de la técnica de mediación basada en el dialogo, la comunicación y la importancia de la relación que mantienen las partes, favorece que la resolución del conflicto no suponga la ruptura de la relación y alienta a los participantes a mantener relaciones satisfactorias en el futuro.
5. Otra importante ventaja de la mediación es la flexibilidad: las partes interesadas acuden voluntariamente a la mediación para establecer sus exigencias y condiciones, deciden que es aceptable para ellas y definen también por si mismas la solución, de manera que no existen soluciones previstas de antemano ni se aprueba nada que las partes no acuerden por consenso. En definitiva, el resultado no tiene ninguna de las rigideces de una sentencia judicial.

6. Las soluciones acordadas pretenden que la relación se mantenga y sea de largo alcance: que no solo resuelvan el conflicto en lo inmediato, sino que ofrezcan un esquema aceptable de relación a largo plazo. (Martínez de Murguía, P 65-66, 1999)

Como hemos manifestado las ventajas de la mediación se ven en su mayoría reflejadas en el ahorro de tiempo y dinero; lo que se ve incluso como beneficio para el Estado y la justicia misma, puesto que se optimizan los recursos que se invierten en la activación del aparato jurisdiccional.

Desventajas:

1. Algunos expertos señalan que el mayor inconveniente de esta técnica es que no tiene en cuenta la diferencia de poder que puede existir entre las partes, y que por tanto puede inducir a la firma de acuerdos injustos para las partes más débiles o desfavorecidas, algo que en principio no ocurriría en un tribunal de justicia.
2. Existe además un desacuerdo sobre la conveniencia de que se imponga de manera obligatoria el recurso a la mediación como paso previo al procedimiento judicial. Según muchos expertos, el carácter voluntario es decisivo para el buen éxito de la mediación; además su obligatoriedad como paso previo cerraría el acceso a la justicia a quienes no quieran pasar por la mediación.
3. Un problema que atañe en particular a los Estados Unidos es que debido a que no se dictan sentencias en los casos de mediación, no se sientan precedentes jurídicos y no se desarrolla jurisprudencia. El resultado es que ello impide que se legisle con la rapidez necesaria para lograr un ordenamiento jurídico flexible, es decir que el buen éxito de la mediación podría afectar al sistema de impartición de justicia, haciéndolo más obsoleto e inadecuado para las nuevas situaciones.
4. Los infractores de la ley que se someten a la mediación pueden quedar impunes. Este es un problema que tiene que ver con la mediación entre víctima y ofensor, aunque también puede suceder en la mediación familiar si uno de los cónyuges ha golpeado y maltratado al otro. El mediador sería, en este caso, responsable de evitar que se llegue a acuerdos sobre conflictos que no son mediables.

5. Actas de mediación que, por defectos de la misma, no pueden ser ejecutadas.
(Martínez de Murguía, P 65-66, 1999)

La desventaja de la mediación se puede ver reflejada sobre supuestos, los cuales, en teoría no se deben dar cuando un mediador ha cumplido con su deber, pero valen mencionar, tales como la posibilidad de que la parte más vulnerable acepte un acuerdo poco favorable que se medie sobre circunstancias a las que no se puede llegar a un acuerdo sin cruzar el límite de la impunidad, es importante recalcar que el modelo de mediación, que como todo es perfectible, ha tratado de que ninguna de estas posibilidades en la práctica se puedan dar.

La mediación obligatoria como ámbito pre procesal en los procedimientos civiles.

La mediación tiene como pieza fundamental de su naturaleza a la voluntariedad, entendida en dos aspectos la voluntariedad del acercarse a un proceso de mediación y la voluntariedad de llegar a un acuerdo construido por las partes en dicho proceso, lo que podría crear duda respecto a la obligatoriedad de la misma que se está planteando con el presente trabajo, sin embargo y a propósito de lo mismo es importante hacer las siguientes puntualizaciones.

La voluntariedad que conlleva un proceso de mediación implica que las partes de manera voluntaria han decidido llegar a un acuerdo, han decidido por sí mismas poner fin al conflicto, al problema que enfrentaban, sin presiones, sin la intervención de factores externos más que su criterio y deseo de terminar con aquel impase.

Si bien el termino obligatoriedad muestra una antinomia respecto al principio de voluntariedad, lo que se está tratando de hacer es que las partes accedan a la mediación, ya no solo como opción sino como el paso fundamental para la solución de sus problemas mediante el uso de la mediación previo al uso del aparato jurisdiccional.

Como se ha dicho, el propósito de hacer de la mediación una procedimiento previo al inicio de un proceso judicial no quiere decir que se imponga el llegar a un acuerdo, sino que las partes se sienten

a dialogar enmarcadas en el ordenamiento jurídico de un país, fomentando en la sociedad una cultura de paz en donde se deje de lado la vieja escuela de *victoria y derrota*, obteniendo acuerdos que sean beneficiosos para los involucrados y adicionalmente y como beneficiario directo del mismo el estado, al descongestionarse las unidades civiles en el trámite de causas.

Para entender mejor esta situación es importante entender que realmente se trataría de un incentivo para solucionar sus problemas a través de la herramienta de la mediación , pero al cual deben concurrir haciendo uso de su libertad personal; así lo explica Macarena Vargas:

Ninguna de ellas, tampoco el requirente, está obligado a participar en el proceso, ni siquiera en la sesión inicial... es importante desarrollar mediaciones con buenas prácticas en cuanto a información, agilidad en los trámites y profesionalismo del mediador. Algunos autores nominan la mediación previa, como mediación involuntaria u obligatoria. La definen como aquella en que las partes llegan a mediación por una cláusula contractual, por orden del tribunal o por sugerencia del juez. Esto para distinguirla de la mediación voluntaria, que es aquella en que las partes acuden a mediación por acuerdo de las partes, por solicitud de una de ellas o por consejo de una tercera persona. Macarena Vargas aplica esta nomenclatura a la legislación chilena y concluye que nuestra mediación previa sería siempre obligatoria. (Vargas, 2008)

Además, en apoyo a su tesis, cita a Moore (2006), quien describe diversos medios de ingreso a la mediación, pero sin asignarles la calificación de obligatorias a aquellas mediaciones inducidas por la autoridad.

Esta voluntariedad, aún en casos de mediación previa, como lo establece nuestra legislación, queda vigente. Luego, nominar mediación obligatoria una mediación por el solo hecho de ser provocada o promovida por una autoridad nos parece inapropiado. Es darle un contenido diverso al vocablo voluntariedad, dejándolo solo referido a un aspecto formal, a saber, qué es lo que motiva o induce a las partes a asistir a un proceso de mediación. (Tarud Aravena, pp. 128-129, 2013)

Es fundamental entender esto, que siendo una formalidad no afecta su naturaleza de voluntariedad, ya que esta mediación pre procesal no modificaría el sentido el principio la naturaleza voluntaria de la mediación, mismo que dota de legitimidad al proceso y lo convierte en personal, siendo una característica inherente del proceso de mediación.

Y finalmente vale recalcar lo que Moore nos dice respecto de la voluntariedad como lo hemos venido explicando “Sin embargo, el intento de mediación no significa que los participantes se vean obligados a concertar un arreglo.” (Moore, 2006, p. 52)

CAPÍTULO II

Mirada comparada en Suramérica

Análisis de legislación internacional que muestre los beneficios de dicha implementación.

En este capítulo se va a revisar mediante la comparación de tres distintas legislaciones el fundamento legal, la forma y las materias en las cuales se aplica la mediación prejudicial obligatoria como parte fundamental de la resolución de conflictos, los países que revisaremos son , Chile y Colombia, los cuales presentan un mayor avance en estos temas en la región.

El estudio comprende revisar la forma en que se ha ido desarrollando en los diferentes ordenamientos jurídicos dichas disposiciones y revisaremos la forma en que cada uno de ellos aplica a la mediación prejudicial obligatoria como un método en la resolución de conflictos, revisando las ventajas que ofrece dicho modelo para el descongestionamiento en el ingreso de causas al poder judicial convencional; adicionalmente revisaremos las materias sobre las cuales cada uno de estos países ha aplicado la mediación prejudicial obligatoria para la solución de conflictos.

Para establecer una comparación clara entre estas legislaciones y la ecuatoriana, adicionalmente de lo cual se revisarán documentos de cada una de estas legislaciones en las cuales se puede ver

como la implementación de la mediación pre judicial obligatoria en determinadas materias ha permitido que los ciudadanos conozcan y se apropien del concepto y beneficios de la mediación, como un verdadero método de resolución de sus conflictos.

Argentina.

La Argentina fue uno de los primeros países en adoptar este tipo de sistema judicial, puesto que sus inicios se remontan a los años noventa, con la publicación y ejecución de la Ley 24.573 en el año 1995, misma que instituía la mediación prejudicial obligatoria junto con la reforma del Código Procesal Civil de la nación promoviendo así el uso de métodos RAC –Resolución Alternativa de Conflictos- en el sistema de administración de justicia.

Así se observa la Ley 26.589, que específicamente dispone el objeto, los requisitos, y aquellas controversias que se registrarán por la misma, de la siguiente manera:

Artículo 1.- Objeto. Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se registrará por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

Artículo 2.- Requisito de admisión de la demanda. Al promoverse demanda judicial deberá acompañarse acta expedida y firmada por el mediador interviniente.

Artículo 4.- Controversias comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. Quedan comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria todo tipo de controversias, excepto las previstas en el artículo 5° de la presente ley.

Artículo 5.- Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos:

- a) Acciones penales;

- b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador;
- c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil;
- d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación;
- e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos;
- f) Medidas cautelares;
- g) Diligencias preliminares y prueba anticipada;
- h) Juicios sucesorios;
- i) Concursos preventivos y quiebras;
- j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512;
- k) Conflictos de competencia de la justicia del trabajo;
- l) Procesos voluntarios.

En una encuesta del año 2009 realizada por EICAME (un centro de mediación y gestión de conflictos argentino), preguntando “*Qué sistema de mediación considera más adecuado*” arroja los siguientes resultados:

Total, de votos: 5427

<i>Mediación prejudicial obligatoria</i>	4680	(86.2%)
<i>Mediación siempre voluntaria</i>	462	(8.5%)
<i>Mediación obligatoria en ciertos casos</i>	246	(4.5%)

<i>No tengo opinión formada</i>	39	(0.7
---------------------------------	----	------

Por lo tanto, siendo Argentina uno de los primeros países en adoptar este tipo de método para solucionar un conflicto, ya que su aplicación viene desde los años noventa, para posteriormente la sanción y promulgación de la Ley 24.573 que instruye la mediación prejudicial obligatoria junto con la reforma del Código Procesal Civil de Argentina se ha dado un notable impulso a la instauración de los métodos alternativos de solución de conflictos (RAC) en la República Argentina.

Revisando la experiencia argentina en estos últimos quince años de aplicabilidad de la mediación pre procesal, pueden destacarse algunos elementos relevantes, como podemos verificar en el siguiente cuadro de (Giannini, pp1-6, 2014):

Mediación de sorteo en el fuero civil de la Capital Federal (23/04/1996- 23/04/2013)

Año	Sorteos	Expedientes judiciales derivados de mediaciones de sorteo (del mismo año o de años anteriores)	% Derivados
1996	29.131	4.854	16,66
1997	43.045	14.302	33,23
1998	32.528	13.747	42,26
1999	23.120	9.602	41,53
2000	16.467	6.835	41,51
2001	11.548	4.695	
2002	9.787	3.756	38,38
2003	7.687	3.120	40,59
2004	6.194	2.161	34,89
2005	5.619	1.887	33,58

2006	5.323	1.650	31,00
2007	4.990	1.600	32,06
2008	4.508	1.442	31,99
2009	4.202	1.229	29,25
2010	3.787	1.209	31,93
2011	3.047	1.100	32,29
2012	2.972	1.007	33,88
2013	685	205	29,93
Total	215.000	74.401	34,61

(Elaborado por Giannini, 2014)

Así mismo podemos observar como se ha disminuido el inicio de causas en las judicaturas desde que se implementó la ley que ordena la mediación pre procesal obligatoria, mediante la instauración de la mediación con esta característica de obligatoriedad los índices se han reducido, evidenciando de manera clara la efectividad de la mediación como método para la solución de conflictos.

Objeto del juicio	Inicios 1995	Inicios 2013	% Disminución de inicios
Alimentos	1.695	1.231	27,37
Tenencia de hijos	431	339	21,35
Régimen de visitas	512	571	11,52
Daños y perjuicios	3.253	2.864	11,96
DyP mala praxis médica	213	307	44,13
DyP accidente sin lesiones	8.881	3.382	61,92
DyP accidente con lesiones	6.062	11.487	89,49
Cobro de sumas de dinero	1.994	858	56,97
Consignaciones	472	241	48,94
Desalojos	7.301	3.142	56,96
Ejecutivos	11.665	5.064	56,59

Total	42.479		30,59
--------------	---------------	--	--------------

(Elaborado por Giannini, 2014)

Según los datos y la información presentada se puede observar un decrecimiento sostenido en el uso del aparato jurisdiccional luego de que un a causa ha pasado por mediación, esto demuestra que la mediación efectivamente funciona como método alternativo, y más aún prueba que la mediación pre procesal mandatoria cumple su objetivo, solucionar conflictos y aliviar la carga procesal de los juzgados de la materia, además de cumplir con una función social que muchas veces puede pasar desapercibida y es el modificar la manera en que las personas solucionan sus conflictos.

Así mismo dentro de la legislación argentina se contemplan sanciones y multas pecuniarias y administrativas para quienes de manera injustificada no asistan a estos procesos de mediación obligatorios, sanciones pecuniarias que por ejemplo equivalen al cinco por ciento de un sueldo básico de un juez de primera instancia. Art. 28 de la Ley 26.589, 2010.

En la tramitación de la Ley argentina N° 26.589, uno de los temas en los que más se concentró el debate fue el del carácter obligatorio y condicional para una eventual apertura de un proceso en la vía judicial. A este respecto, se argumentó la necesidad de la obligatoriedad de la mediación para reforzar la eficacia del nuevo sistema de Justicia que se pretendía. En consecuencia, la creación de una nueva cultura de resolución de conflictos que reduzca la indeseada litigiosidad requiere una toma de conciencia tanto de los operadores jurídicos, como de la ciudadanía en general, lo que justificaría un mínimo grado de coerción al inicio del proceso de mediación para que, de este modo, se logre la eficacia del sistema.

Si damos una breve mirada a otra región, por ejemplo, Italia, con un modelo basado en la mediación prejudicial obligatoria, cuenta con un número anual de mediaciones superior a las 200.000. Los siguientes tres países superan las 10.000 mediaciones anuales (Alemania, Holanda y Reino Unido), mientras que un número importante de Estados miembros ni siquiera han llegado a 500 mediaciones anuales. Fuente: Parlamento Europeo (2012).

De este modo, en lo que respecta a la eficacia de la mediación, se llega a la conclusión de que solo la implantación de un modelo similar al italiano de mediación obligatoria -con posibilidad de excepciones- ha producido resultados positivos en lo que respecta al número de mediaciones. Dichos resultados positivos respecto a la mediación obligatoria se extienden también a las mediaciones voluntarias, cuyo número incrementó en Italia desde una media de 2.000 mediaciones al año hasta 2011, a 45.000 mediaciones voluntarias anuales a partir de entonces.

Chile.

En Chile la mediación se desarrolla en el ámbito de la familia, con la Ley 19.968 que crea los tribunales de familia, en el de la salud, con la Ley 19966 por el que se establece un régimen general de garantías en la salud, desarrollado por el Reglamento 23/06/2005 DCTO 47 2005, o en el consumo a través de la Ley 19.496 de 7.2 1997 sobre los Derechos del Consumidor.

La implementación de la mediación en Chile fue paulatina pero firme, ya que comenzó a regir en forma progresiva, implementándose a partir del 15 de junio de 2009 en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Copiapó, de Coquimbo, del Libertador Bernardo O'Higgins, Araucanía, de los Ríos, de Aysén, de Magallanes y la Antártica Chilena. Desde de 15 de septiembre de 2009 en las regiones de Valparaíso, del Maule, del Bio Bio y de Los Lagos. Por último, en la Región Metropolitana esta reforma entro en vigencia el 15 de diciembre de 2009.

La Mediación obligatoria ha transformado el sistema de justicia de familia chileno de una manera importante ya que en este proceso intervienen varias instituciones las cuales aportan para su correcto funcionamiento. Por ejemplo, de acuerdo a estadísticas del Ministerio de Justicia de Chile, desde su implementación en el año 2009 hasta agosto de 2011, de 379.262 causas que han sido mediadas, un 39,52% fueron derivadas desde los tribunales de justicia, un 18,97% de la Corporación de Asistencia Judicial y un 40,37 % responde a ingreso espontáneo o directo a los centros de mediación licitados, algo que refleja de manera importante como la sociedad colabora con estos nuevos procesos de resolución de conflictos, específicamente respecto de la mediación

y que ésta sea más y mejor utilizada.

Así es como la Ley 19.968 es promulgada y en su Título quinto que trata de la mediación familiar, en el artículo 103 hace una definición de mediación como “sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos.” (Ley 19.968, Chile)

Como una respuesta clara y necesaria frente al alto nivel de congestión existente en las judicaturas de familia en Chile, con base en la Ley 19.968, que estableció un cambio en los procedimientos de familia, se dicta la Ley 20.286 de 15 de septiembre de 2008, que buscó resolver la gran carga de trabajo que como ya se mencionó aquejaba a los tribunales de justicia.

Finalmente se expide la Ley 20.286 misma que establece la mediación obligatoria previa a la interposición de la demanda en determinadas materias de familia, un gran avance para la solución de conflictos de esta índole.

La Ley 20.286 incorpora una serie de reformas orgánicas destinadas a resolver dicha situación, entre ellas, establece un sistema de mediación familiar, y adicionalmente, se incorpora la mediación obligatoria previa a la interposición de la demanda en determinadas materias de familia, entre las que se incluye el derecho de alimentos, el cuidado personal y la relación directa y regular como temas principales.

De esta manera, se ordena que todos los casos relativos a derecho de alimentos, cuidado de los hijos y relación directa y regular sean derivados a mediación, previa la interposición de una demanda.

La ley N° 19.968, en su artículo 103, define la mediación como

"aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos".

En el caso chileno hay un precedente muy importante para el análisis de la obligatoriedad de la mediación pre judicial ya que existe sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional con fecha 10 de julio de 2012, en la causa rol N° 2042-11-INA, referida a la constitucionalidad del procedimiento de mediación como trámite previo y obligatorio para poder acceder a los tribunales de justicia.

Dicha norma dispone:

“Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento.” (Ley 19.968, 2004)

Así, el razonamiento efectuado por el Tribunal Constitucional resulta pertinente a la hora de determinar si el proceso de mediación familiar se ajuste o no a los principios constitucionales respecto de las ventajas y desventajas de establecer un proceso previo y obligatorio de este tipo en la legislación de familia.

El fallo del Tribunal Constitucional en su mayoría considera que “al establecer sistemas o mecanismos alternativos pero obligatorios previos a acceder a un órgano jurisdiccional no perjudicaría ni violentarían el principio de debido proceso o igualdad ante la ley, sino que, manejados de manera correcta, sería un beneficio para que el ciudadano acceda a la justicia.” (Sentencia Corte Constitucional Chile, 2012)

Sostiene el tribunal que no puede entenderse que la exigencia de una mediación previa obstaculice el libre acceso a la justicia, puesto que el proceso no impide que luego se pueda recurrir efectivamente a los tribunales de justicia en el evento que la mediación fracase.

Señala la sentencia, que debe tenerse presente que el acuerdo de mediación ha sido elevado a la categoría de equivalente jurisdiccional, es decir, resuelve un conflicto de carácter jurídico con

efectos equivalentes a los que produce una sentencia y con efecto de cosa juzgada, lo que permitiría su cumplimiento forzado.

Así, el artículo 111 de la ley N° 19.968 dispone que el acta de mediación

...deberá ser remitida por el mediador al tribunal para su aprobación en todo aquello que no fuere contrario a derecho, pudiendo el juez en todo caso subsanar los defectos formales que tuviera, respetando en todo momento la voluntad de las partes expresada en dicha acta. Aprobada por el juez, tendrá valor de sentencia ejecutoriada. (Ley 19.968, 2004)

Agrega en los considerandos vigésimo quinto y vigésimo sexto que no se estima que exista razón para considerar que el procedimiento de mediación previa no es adecuado.

Además, considera el sentenciador que la diferencia que se efectúa en estos procedimientos es necesaria, puesto que el proceso de mediación resulta más accesible, simplificado y de más bajo costo que el procedimiento judicial; que se trataría, de un procedimiento idóneo puesto que propende a que las partes logren la solución extrajudicial de una controversia, pero con los efectos propios de una transacción.

Es decir, el acuerdo alcanzado en la mediación alcanza la categoría de equivalente jurisdiccional y, por lo tanto, produce los efectos propios de la cosa juzgada, lo que resulta determinante al momento de lograr el cumplimiento del acuerdo alcanzado. Se señala en la sentencia que la mediación no impide el acceso a la justicia, puesto que, de fracasar este proceso previo, siempre podrá recurrirse al órgano jurisdiccional para alcanzar la solución del conflicto mediante una sentencia judicial.

Destacan que lo que debe primar en la gestión de estos mecanismos es la voluntad de las partes, que debe estar presente en la libertad de iniciativa de someterse al proceso, y en la actividad orientada a solicitar la participación de un tercero ajeno al aparato de la justicia para que dirima determinada controversia.

Modificando la ley 19.968 y quedando la misma con el siguiente texto:

Artículo 106.- Mediación previa, voluntaria y prohibida. Las causas relativas al derecho alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento. Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará a los casos del artículo 54 de la ley N° 19.947. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este requisito, si acreditaren que antes del inicio de la causa, sometieron el mismo conflicto a mediación ante mediadores inscritos en el registro a que se refiere el artículo 112 o si hubieren alcanzado un acuerdo privado sobre estas materias. Las restantes materias de competencia de los juzgados de familia, exceptuadas las señaladas en el inciso siguiente, podrán ser sometidas a mediación si así lo acuerdan o lo aceptan las partes. **No se someterán a mediación los asuntos relativos al estado civil de las personas, salvo en los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil; la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes, y los procedimientos regulados en la ley N° 19.620, sobre adopción.** En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la ley N°20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, la mediación procederá en los términos y condiciones establecidos en los artículos 96 y 97 de esta ley. (Ley 19.968, 2004) (subrayado me pertenece)

Es claro que, con el fallo analizado la institucionalización de la mediación obligatoria obedece a la búsqueda de un objetivo claro: que las partes alcancen acuerdos de manera efectiva, con un alcance en su acción mucho más amplio, entendiendo la igualdad de condiciones en las que se negocia un acuerdo de mediación, pero con la facilidad de la informalidad y accesibilidad de un proceso de mediación, evitando la judicialización del mismo y no aportando a la congestión creada en los tribunales de justicia.

De ahí entonces que haya surgido la necesidad de plantearse el contar con procedimientos flexibles, que superen problemas inherentes a la jurisdicción ordinaria; de medios e instrumentos capaces de resolver las controversias en función de las características del objeto del proceso y de

las partes que intervienen, con mayor celeridad y a un costo menor, y que permitan llegar a soluciones funcionales y satisfactorias.

En el ámbito laboral también han existido varios cambios y avances en la legislación chilena respecto a la obligatoriedad de la mediación, por ejemplo, en el artículo 351 del Código de Trabajo tenemos a esta modalidad de mediación reemplazando a la gestión de “buenos oficios” que constaba en el artículo 374 del mismo cuerpo legal, en la cual se modifica el plazo para solicitarla respecto de la anterior normativa, estableciendo que se debe realizar antes de cualquier procedimiento jurisdiccional.

Respecto a la huelga y su procedimiento, al igual que en la mediación voluntaria, el legislador no definió lo que se entiende por mediación obligatoria, sólo indicó que la misma puede ser solicitada por cualquiera de las partes dentro de los cuatro días siguientes de aprobada la huelga, suspendiendo el ejercicio de la misma; el carácter obligatorio lo adquiere una vez que ha sido solicitada por una de las partes.

Un tema muy innovador en la legislación chilena se produce en el año 2012, cuando mediante una sentencia del Tribunal Constitucional chileno, resolviendo el requerimiento de inconstitucionalidad de los incisos 1° y 2° del artículo 43 de la Ley 19.966 sobre el Régimen de Garantías de Salud declaró la constitucionalidad del precepto que establece un trámite de mediación previa a la demanda en casos de daños en salud.

A la luz de estos datos que hemos revisado es innegable el efecto de descongestión judicial que produce la mediación obligatoria. Un importante volumen de potenciales causas no ingresa al sistema judicial ya que son resueltas a través de un acuerdo en mediación, lo que además es un incentivo para la difusión de la mediación como un mecanismo de resolución de conflictos en la cultura del país en general.

En el caso chileno, la evidencia empírica muestra un alto nivel de satisfacción con el proceso de mediación (93% entre aquellos que arribaron a acuerdos y un 65% entre los que no llegaron a acuerdo alguno), con niveles de acuerdo por sobre el 54%, pero con índices de cumplimiento por bajo del 50%. (Alliende, p 113)

Es importante señalar que en Chile existen ya varios proyectos para reformar y mejorar la aplicación de este modelo de mediación prejudicial obligatoria ya que no quieren que se transforme en un mero formalismo que afecte la verdadera naturaleza de la mediación y la descomponga a un mero trámite, lo que no resta la validez de lo que se ha alcanzado durante estos años ni la proyección que tiene de utilidad esta herramienta.

El caso chileno es importante ya que cuenta incluso con una sentencia de Corte Constitucional (Tribunal Constitucional) en la que manifiesta de manera argumentada y bien explicada que la mediación prejudicial obligatoria no atenta contra principios constitucionales, no afecta el acceso a la justicia, la igualdad, entre otros. Y estas manifestaciones constitucionales no solo se han detenido allí, sino que modulan leyes en este sentido, permitiendo reformas para ámbitos civiles, laborales e incluso en salud.

Colombia.

Es importante previo al estudio comparativo de la legislación colombiana respecto a la mediación establecer que el concepto de mediación en este ordenamiento jurídico se ve reflejado en el concepto de conciliación; así, lo que entendemos como mediación en nuestro medio jurídico y en el resto de países comparados en este trabajo lo que en Colombia se conoce como conciliación, comprendida la misma con las mismas características y efectos.

La conciliación es uno de los medios alternativos de solución de controversias más importantes y mejor desarrollados en Colombia. Ha evolucionado de manera que su aplicación se ha desarrollado a lo largo y ancho de varias de sus instituciones y procesos, así podemos mencionar a instituciones estatales, instituciones particulares, y lógicamente centros de conciliación y los conciliadores que juntos forman parte del Sistema Nacional de Conciliación.

En Colombia la aplicación de la conciliación se produce a diario, esto tomando en cuenta que en cada una de las instituciones y centros en los que mencionamos con anterioridad se produce la

aplicación de procedimientos conciliatorios de distintas formas, lógicamente tomando en cuenta y sujetándose a las normas legales comunes a todos que rigen la conciliación.

Como ya hemos revisado en otros casos, los procesos conciliatorios se refieren al camino que el conciliador sigue en dicho proceso, con asistencia de un centro de conciliación, para que se lleve a cabo la conciliación extrajudicial siempre enmarcada en derecho, el cual empieza con la realización de una solicitud de conciliación en derecho al operador que la persona implicada desee, y termina con el seguimiento que debe realizarse a los casos atendidos, llegando a su punto cumbre la realización de una audiencia de conciliación y la posterior acta como parte de este procedimiento.

La conciliación extrajudicial en derecho se encuentra instituida y reglamentada en varias normas del ordenamiento jurídico colombiano, como la Ley 640 de 2001, misma que es resultado de la evolución y el trabajo de leyes anteriores como la Ley 446 de 1998 y la Ley 23 de 1991, normas que se han desarrollado a lo largo de los años para el mejor entendimiento y aplicación de la conciliación en Colombia.

Así tenemos lo que indica el artículo 35 de la Ley 640 del 2001:

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 administrativo, laboral y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas.

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.

Este requisito de procedibilidad ayuda a la administración de justicia en dos sentidos, el control de la legalidad y la relevancia que se quiere dar a la conciliación extra judicial y evitar la presentación de una gran cantidad de procesos en el ámbito judicial. Esta disposición está regulada en la Ley 640 de 2001, en los artículos 35 al 42, como vimos, en la cual se mencionan las áreas del derecho que cobijan este requisito y de la misma manera establece las consecuencias que se desprenden de ella si no se acata lo dispuesto, por lo tanto, es importante resaltar que el artículo 35 hace mención a los tres campos del derecho que obligan a realizar conciliación extrajudicial antes de acudir al proceso ordinario. Así claramente se establece que previo a acudir a la jurisdicción civil, de familia y contenciosa administrativa se debe intentar previamente la conciliación extrajudicial.

Este requisito de procedibilidad se entiende agotado o fenecido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se haya alcanzado un acuerdo, o cuando no se hubiere celebrado en el término de tres meses después de presentada la solicitud la audiencia pertinente, en este caso se puede presentar la demanda con la sola solicitud de conciliación. Siempre tomando en cuenta que si se llega a presentar sin esta documentación previa la misma será rechazada de plano.

El artículo 38 de la Ley expedida en el año 2001 estableció que la conciliación extrajudicial en derecho como regla general debe darse antes de acudir a la jurisdicción civil, en “procesos declarativos que deban tramitarse a través del procedimiento ordinario o abreviado con excepción de los de expropiación y los divisorios” lo que afirma aquello que se ha indicado respecto a los tipos de trámites sujetos a conciliación extra judicial; por lo que el rechazo de plano de la demanda se produce cuando en los casos dispuestos por la Ley no se ha efectuado conciliación.

Al igual que en el caso chileno es importante indicar que la Corte Constitucional a través de Sentencia C-1195 de 2001 señaló que la conciliación como requisito de procedibilidad no puede considerarse como una afectación del derecho de acceso a la justicia, por el contrario, es más bien una forma de hacerlo ya que constituye una oportunidad para resolver de manera rápida un conflicto, incurriendo en menores costos que aquellos propios de la justicia formal.

Sin embargo, existen excepciones en lo referente a las materias que piden agotar el requisito de procedibilidad, como lo manifiesta Solorsa Martínez.

El legislador estableció excepciones a la exigencia de agotar la conciliación como requisito de procedibilidad en materia civil y administrativa. Una de ellas se encuentra en el artículo 590 del Código General del Proceso y consiste en que en las demandas que se presenten con solicitud de medidas cautelares, no es necesario agotar la conciliación como requisito de procedibilidad. La excepción en comento se inspira en la necesidad de asegurar el cumplimiento de la finalidad de las medidas cautelares, que, entre otros, se podría ver amenazado si la contraparte se entera que será demandada antes de serlo y, por ende, adopta medidas para evitar que sobre su patrimonio recaiga el efecto de una medida cautelar que podría decretar el juez que conocerá del respectivo proceso. (Solorsa Martínez, 2018).

En definitiva, aquellos procesos que contengan en su demanda la solicitud de medidas cautelares no deberán agotar la conciliación como requisito de procedibilidad, siendo un importante aspecto que garantiza el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Continuando con el análisis de la conciliación (mediación) en Colombia tenemos que en la página del Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia se detallan las utilidades más destacadas que, en su consideración, ha tenido la conciliación en este país, así como las materias susceptibles de conciliación y aquellas sobre las que no cabe conciliación:

Utilidades más destacadas de la conciliación (mediación).

- Evita el escalamiento del conflicto;
- Posibilita la efectividad de la justicia;
- Resuelve pacíficamente los conflictos;
- Acerca la justicia al ciudadano;
- Restablece el tejido social;
- Descongestiona los despachos judiciales;
- Ahorra tiempos y costos;
- Fortalece la autonomía y la solidaridad.

Así mismo se realiza una lista de las materias susceptibles de mediación, de conciliación en Colombia las que se detallan a continuación, en la que podemos ver que las materias civiles y de familia son predominantes:

Materias susceptibles de mediación en Colombia:
• Fijación cuota alimenticia;
• Conflictos de convivencia;
• Responsabilidad extra-contractual en accidentes de tránsito sin lesiones personales;
• Custodia de hijos y regulación de visitas;
• Préstamos o deudas no canceladas por concepto de ventas y pago de facturas;
• Asuntos laborales;

• Obligaciones en General;
• Lesiones personales culposas;
• Propiedad horizontal particularmente cuota de administración Restitución de inmueble arrendado;
• Accidentes de tránsito sin lesiones personales;
• Liquidación de la sociedad conyugal;
• Daño en bien ajeno;
• Disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de hecho;
• Injuria y calumnia cuando no trascienda;
• Abuso de confianza;
• Injuria y calumnia indirecta.

De la misma manera, podemos ver como se establece claramente las materias y los temas que no son susceptibles de conciliación.

Materias que no se pueden someter a conciliación:
• De familia: Patria potestad, adopción, divorcio, cesación de efectos civiles y nulidad del matrimonio;
• De arrendamiento: Arrendamiento de bienes públicos;
• Penales: Delitos no querellables y con pena privativa de la libertad, violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria;
• Agrarios: Unidad agrícola familiar y uso del suelo;

<ul style="list-style-type: none"> • De tránsito: Personas con lesiones cuya incapacidad sea superior a 60 días y muerte en accidente de tránsito;
<ul style="list-style-type: none"> • Ambientales: Contaminación, talas y quemas en bosques, delitos ambientales;
<ul style="list-style-type: none"> • Civiles: Cambios del estado civil de una persona;
<ul style="list-style-type: none"> • Policivos: Multas y sanciones;
<ul style="list-style-type: none"> • Comercio: Insolvencia económica de persona natural no comerciante, insolvencia empresarial, cobros coactivos y de tipo sancionatorio contra comerciantes o empresas;
<ul style="list-style-type: none"> • Administrativos: Conflictos entre particulares y entidades públicas

El procedimiento en Colombia está muy bien organizado de tal manera que las jurisdicciones que en la Ley 640 se impone como requisito para acudir a la jurisdicción ordinaria, tenemos como procesos en los cuales se tiene la conciliación prejudicial obligatoria:

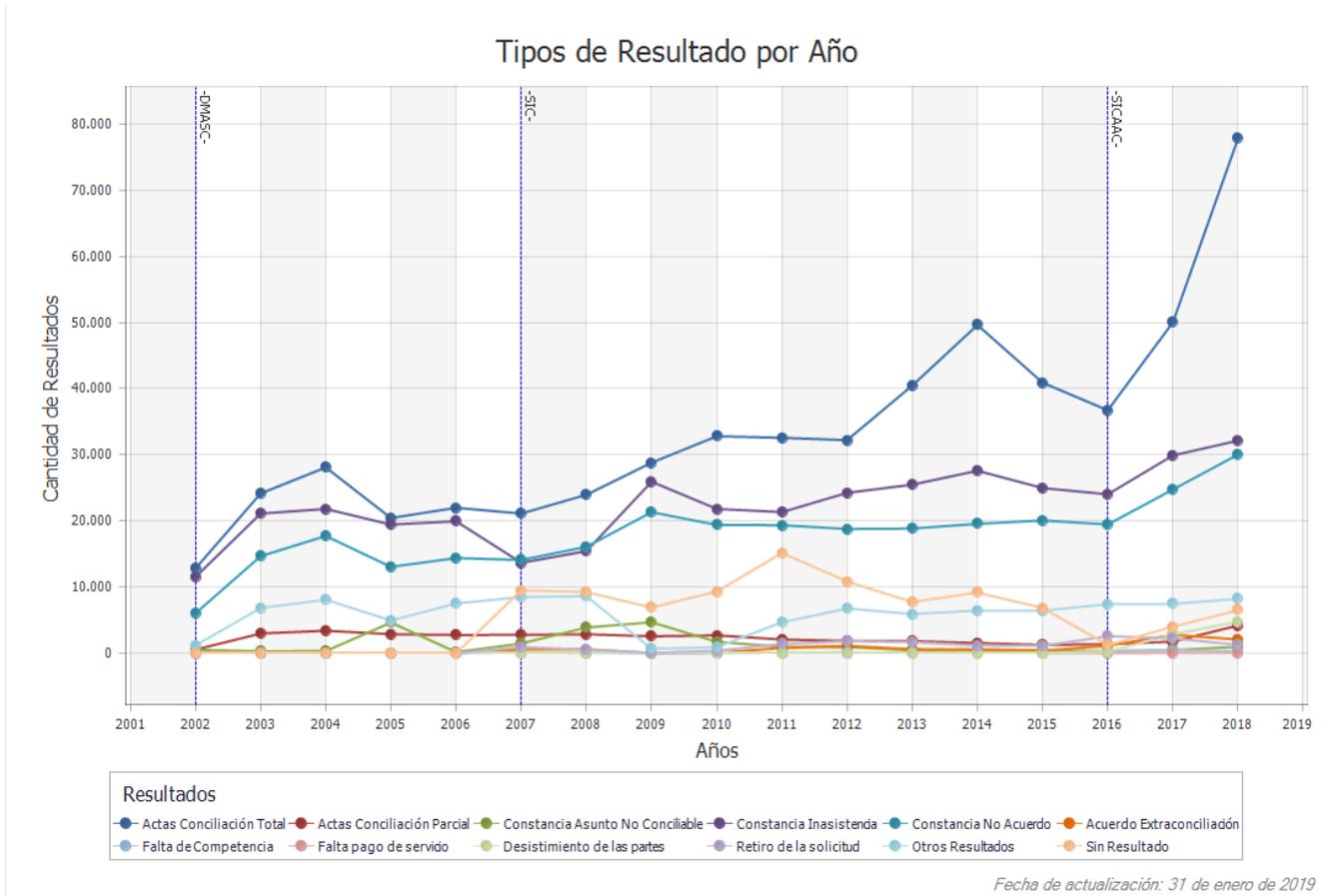
- En materia civil:
 - Procesos ordinarios específicos, tales como, la responsabilidad civil extracontractual, el proceso de pertenencia y la resolución de compraventa.
 - Procesos abreviados, esto es la restitución de tenencia, los interdictos para conservar o recuperar la posesión e indemnizaciones y aquellos relacionados con servidumbres.
 - No se contemplan los procesos verbales, verbales sumarios, divisorios y de expropiación. (Ley 640, 2001)
- En temas de familia:
 - Controversias sobre la custodia y régimen de visitas sobre menores e incapaces
 - Obligaciones alimentarias (petición, regulaciones, disminuciones y exoneración)
 - Rescisión de la partición en las sucesiones y liquidaciones, en relación con la sociedad conyugal, la sociedad patrimonial, los conflictos sobre el tema de

capitulaciones matrimoniales, ejercicio de la patria potestad y la separación de cuerpos y bienes (Ley 640, 2001)

- En asuntos contencioso administrativos:
 - En los casos en que no procede la vía administrativa o la misma ha sido agotada, tendrá lugar la conciliación prejudicial. en caso de no lograrse acuerdo en la misma, el agente del Ministerio Público será quien deba firmar el acta donde conste dicha circunstancia, con lo cual se dará por terminada esta etapa prejudicial, si una acción ha caducado no procederá la conciliación (Ley 446, 1998)
 - La ley 640 del 2001 estableció que la conciliación era requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, la aplicación del artículo 37 es de plena vigencia, avalado por dictamen de la Corte Constitucional. (Ley 640, 2001)

Con la finalidad de verificar el beneficio de la conciliación ya en la práctica es importante revisar estadísticas del uso de la conciliación prejudicial en Colombia, estos cuadros y estadísticas obtenidos del Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición de Colombia (<https://www.sicaac.gov.co/Informacion/Estadistica>) nos muestran la importancia que tiene la conciliación en el sistema de administración de justicia de Colombia:

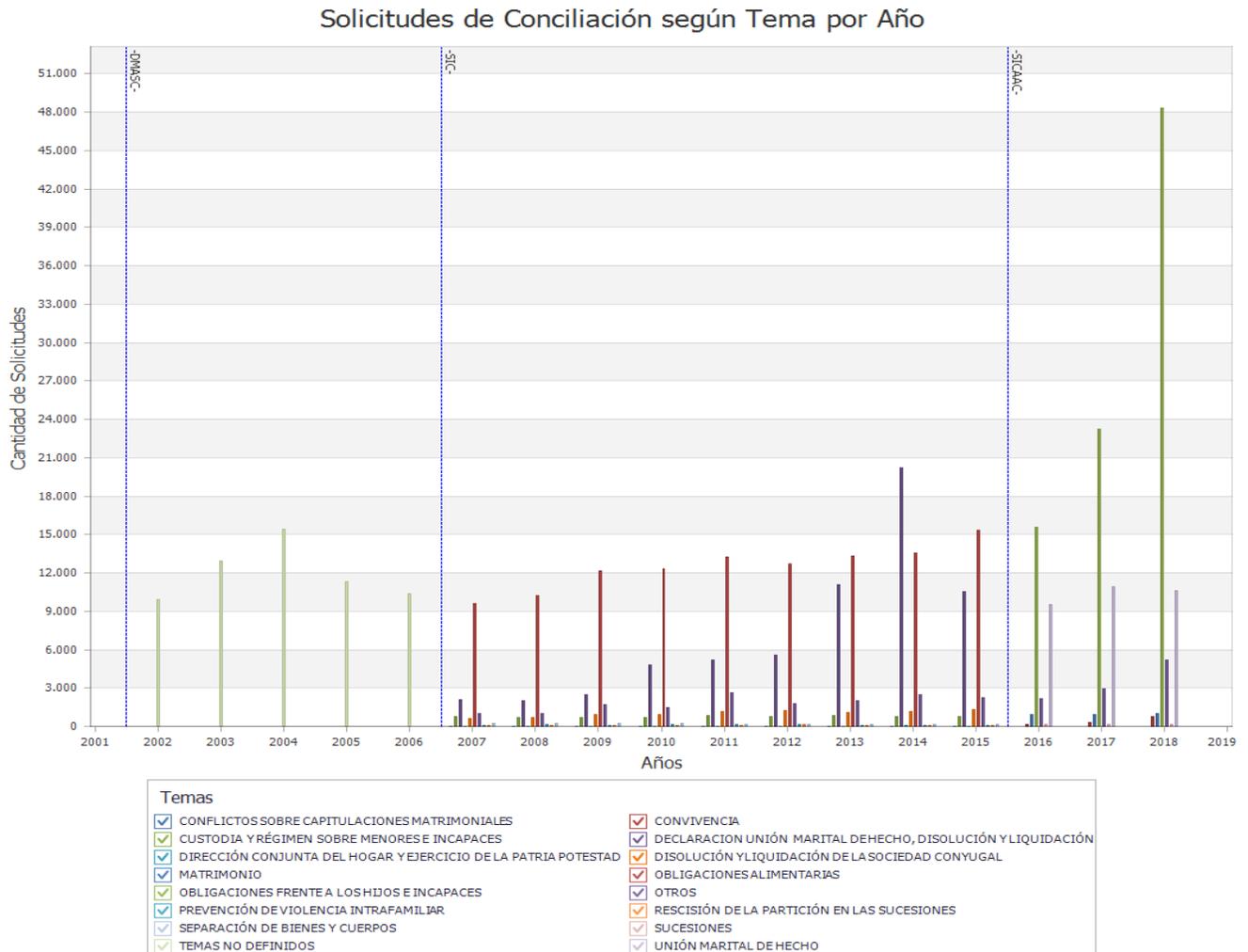
El Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición de Colombia nos presenta los siguientes datos en su página web respecto a los tipos de resultados de las conciliaciones:



Elaborado por: Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición de Colombia

En este cuadro podemos observar como se ha establecido la mediación a lo largo de los años y su uso se ha incrementado, desde su aplicación en el año 2002 con 12.000 actas de conciliación total finalizando el año 2018 con casi 80.000 actas de conciliación total, demostrando que, en contraste con las 30.000 actas de no acuerdo, la mentalidad de la gente ha dado un giro positivo en cuanto a la resolución de sus conflictos.

En el ámbito de temas de familia tenemos el siguiente cuadro que nos muestra las solicitudes de conciliación realizadas:



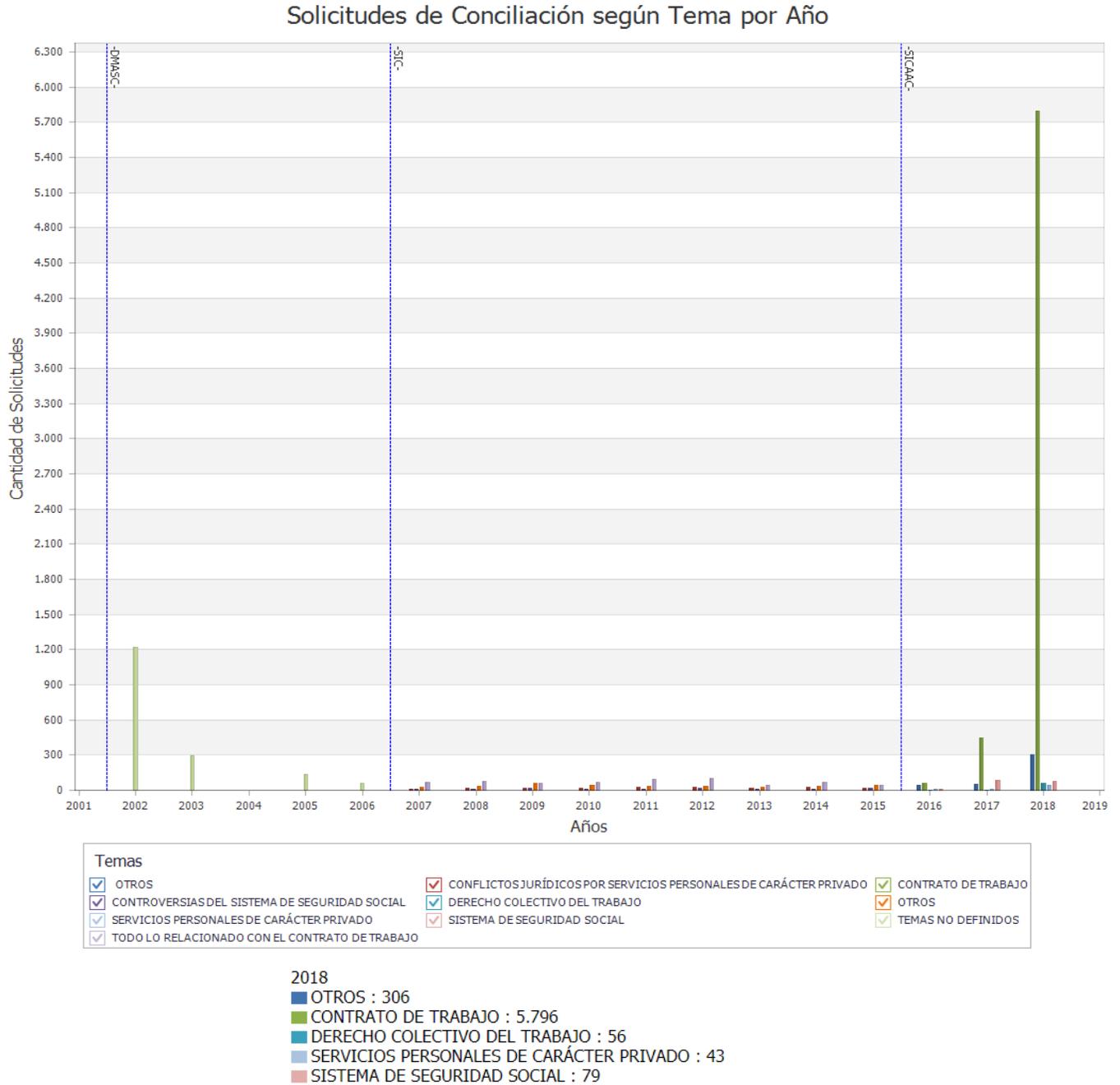
2018

- CONVIVENCIA : 760
- MATRIMONIO : 1.021
- OBLIGACIONES FRENTE A LOS HIJOS E INCAPACES : 48.296
- OTROS : 5.155
- SUCESIONES : 168
- UNIÓN MARITAL DE HECHO : 10.626

Elaborado por: Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición de Colombia

En este cuadro podemos ver como se han dado más de 48.000 soluciones en el año 2018 en temas de obligaciones frente a los hijos en temas de mediación en Colombia siendo una suma record, pasando de un solo tema (obligaciones frente a los hijos e incapaces – alimentos) en el año 2002, hasta una variedad de usos de la conciliación en materia de familia.

En el ámbito laboral tenemos los siguientes datos:

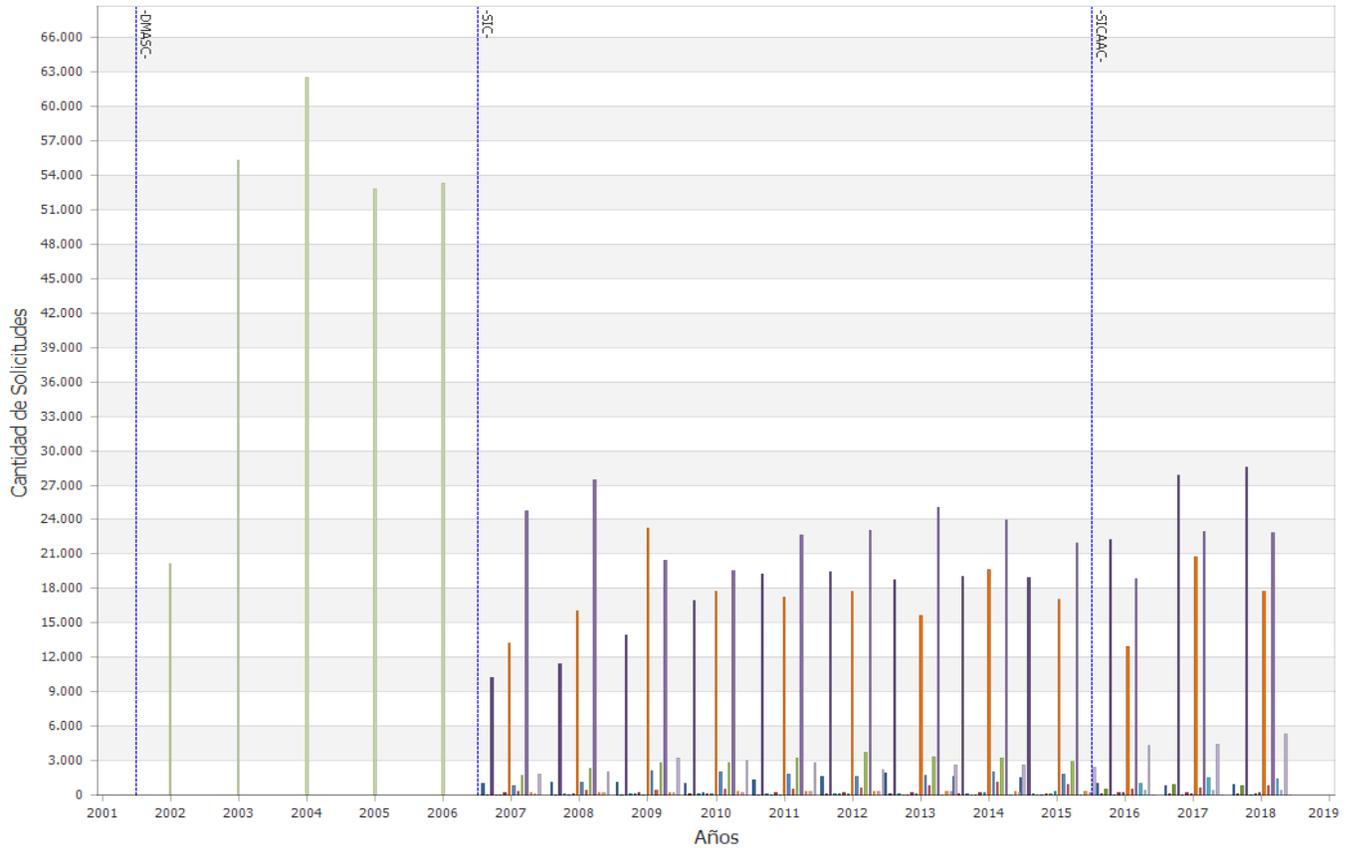


Elaborado por: Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición de Colombia

En el ámbito laboral en el año 2018 se resolvieron casi 6.000 controversias derivadas de contratos de trabajo, estableciendo un record para la justicia colombiana y demostrando igualmente un crecimiento sostenido de la aplicación de la conciliación desde el año 2002.

En temas civiles y mercantiles tenemos más de 75.000 controversias resueltas:

Solicitudes de Conciliación según Tema por Año



Temas		
<input checked="" type="checkbox"/> BIENES	<input checked="" type="checkbox"/> COMPETENCIA DESLEAL	<input checked="" type="checkbox"/> CONSUMO
<input checked="" type="checkbox"/> CONTRATOS	<input checked="" type="checkbox"/> CUENTAS EN PARTICIPACIÓN	<input checked="" type="checkbox"/> DERECHOS DE AUTOR
<input checked="" type="checkbox"/> ECONOMÍA SOLIDARIA	<input checked="" type="checkbox"/> ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO	<input checked="" type="checkbox"/> FINANCIERO
<input checked="" type="checkbox"/> GARANTÍAS	<input checked="" type="checkbox"/> INSOLVENCIA ECONÓMICA PERSONA NATURAL	<input checked="" type="checkbox"/> OTROS
<input checked="" type="checkbox"/> PERSONAS	<input checked="" type="checkbox"/> PROPIEDAD HORIZONTAL	<input checked="" type="checkbox"/> RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
<input checked="" type="checkbox"/> RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL	<input checked="" type="checkbox"/> SEGUROS	<input checked="" type="checkbox"/> SOCIEDADES
<input checked="" type="checkbox"/> SOCIEDADES, PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO Y OTRAS FORMAS ASOCIATIVAS	<input checked="" type="checkbox"/> SUCESIONES Y DONACIONES	<input checked="" type="checkbox"/> TEMAS NO DEFINIDOS
<input checked="" type="checkbox"/> TÍTULOS VALORES	<input checked="" type="checkbox"/> TURISMO	

2018

- BIENES : 906
- COMPETENCIA DESLEAL : 63
- CONSUMO : 801
- CONTRATOS : 28.582
- ECONOMÍA SOLIDARIA : 36
- ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO : 146
- GARANTÍAS : 200
- OTROS : 17.772
- PROPIEDAD HORIZONTAL : 764
- RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL : 22.884
- SEGUROS : 1.361
- SOCIEDADES, PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO Y OTRAS FORMAS ASOCIATIVAS : 408
- TÍTULOS VALORES : 5.309
- TURISMO : 29

Elaborado por: Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición de Colombia

De la información presentada en los gráficos tenemos que se ha establecido la mediación a lo largo de los años y su uso se ha incrementado, tendiendo para el año 2018 casi 80.000 actas de conciliación total, demostrando que, en contraste con las 30.000 actas de no acuerdo, y un desistimiento de las partes casi nulo, lo que refleja que la mentalidad de la gente ha dado un giro positivo en cuanto a la resolución de sus conflictos.

Se han dado más de 48.000 soluciones en el año 2018 en temas de obligaciones frente a los hijos en temas de mediación en Colombia siendo una suma record, en el ámbito de familia; y en el mismo año se resolvieron casi 6.000 controversias derivadas de contratos de trabajo, estableciendo un record para la justicia colombiana, esto en el ámbito civil

Cabe resaltar que la conciliación en sí no sería lo útil o no representaría el verdadero beneficio sino el llegar a un acuerdo y es por eso que en primer gráfico que se presentó en esta sección es muy importante ver como las actas de conciliación total han incrementado desde la implementación de la conciliación obligatoria en 2001 con un promedio de 12.000 hasta el año 2018 con casi 80.000.

Como un tema adicional pero que vale la pena resaltar es el hecho de que en Colombia los delitos considerados querellables, son susceptibles de conciliación previo al inicio formal de un proceso penal en el ámbito judicial, mecanismo que es ampliamente utilizado, ya que igualmente es un requisito de procedibilidad en el ámbito penal respecto de este tipo de delitos. Siendo de esta forma el único país de América del Sur que dispone esta herramienta en su marco legal penal. Este procedimiento se lo puede seguir a través de fiscalía, centro de conciliación privados o públicos servidores públicos autorizados para el efecto y aquellos conciliadores considerados en equidad; en materia penal esta es una forma de garantizar el acceso efectivo a la justicia.

Así, tal como se ha revisado, la mediación prejudicial obligatoria es un procedimiento estructurado, que se inicia antes de un juicio y que requiere la asistencia obligatoria, de las partes que se encuentran en un litigio quienes son asistidas por un tercero neutral llamado conciliador o mediador, en nuestro caso, el cual dirigirá el proceso de mediación de forma imparcial, fomentando

el dialogo y buscando las posibles soluciones con la intervención de las partes, las mismas que gozan de total autonomía para solucionar el conflicto.

En cuanto a la voluntad en la mediación, esta no se verá afectada ya que lo que se busca con la incorporación de la mediación prejudicial obligatoria, en un ordenamiento jurídico de un país, es fomentar el dialogo dejando de lado las maneras y procedimientos en que se solía resolver un conflicto las mismas que además requieren de varios años; por eso lo que busca la mediación, la conciliación es descongestionar las dependencias judiciales, creando, a su vez, una cultura de paz en la sociedad.

A modo de preámbulo de lo que revisaremos en el próximo capítulo de este trabajo de titulación Jorge Morocho Moncayo, explica los beneficios de la Mediación Prejudicial Obligatoria en caso de aplicarse en el Ecuador.

El procedimiento de la mediación debe ser obligatorio, antes del juicio y con más razón dentro del mismo. Solo así, se divulgaría y llegaría al conocimiento de la mayoría de la población, sino seguirá siendo una buena alternativa, pero conocida a medias y acatada sin ninguna obligatoriedad. Porque si esta alternativa se quiere utilizar dentro del proceso legal, dentro de la causa que ha conocido el juez, es porque una de las partes ha incumplido una obligación o ha quebrantado un derecho y en consecuencia ha incumplido con la ley. Por estas razones, la otra parte ha tenido que recurrir al órgano de justicia para que se haga efectivo su pedido legal. Dentro del proceso ordinario ya no existe la voluntad mutua de las partes para poner fin a las controversias como posiblemente pueda existir en la mediación extra procesal. (Morocho Moncayo, 2004)

Haciendo un análisis más detallado respecto de la obligatoriedad y voluntad en la mediación, debemos señalar que la mediación prejudicial obligatoria, ha logrado descongestionar varias dependencias judiciales en los países de América latina sobre los cuales se realiza esta investigación, tal como lo hemos revisado en materia civil, mercantil y familiar en lo principal.

En cuanto a la voluntad, sabemos que este mecanismo prejudicial obligatorio no afecta, a las partes ni a su legítima autonomía que tienen las partes inversas, en el litigio porque su voluntad siempre prevalecerá, y será uno de los pilares fundamentales para resolver el conflicto.

Es decir, que todas las decisiones que se tomen para acabar con el conflicto serán, de absoluta voluntad de las partes ya que la intervención del tercero neutral o mediador, será sola para facilitar el diálogo, en conclusión, el conflicto se resuelve o termina porque las partes han propuesto los caminos, para solucionar el conflicto y no se disminuye ni su voluntad ni tampoco su autonomía entendiendo además que, de no alcanzar un acuerdo entre las partes, están a las puertas de un proceso judicial, en el cual resolverán su controversia de no hacerlo en mediación, por lo que, ni el acceso a la justicia, ni la voluntariedad se vería afectados.

En las legislaciones que hemos podido revisar en este capítulo hemos revisado como sus legislaciones han creado el marco legal adecuado para que el ejercicio de la mediación prejudicial obligatoria funcione de manera correcta, perfectible sí, pero creando el ambiente adecuado para esas mejoras, adicionalmente se ha podido ver con estadísticas que realmente es un sistema efectivo en el incremento sustancial de la sociedad en su uso, la reducción del uso del aparato jurisdiccional y en el alcance de soluciones eficaces a los conflictos de las materias delimitadas a su aplicación.

CAPÍTULO III

La mediación en Ecuador.

Recuento Histórico de la Mediación en Ecuador.

En el Ecuador la mediación, conforme lo dispone la Constitución y la Ley de Arbitraje y Mediación, se aplica en aquellos casos sobre los cuales se puede llegar un acuerdo entre las partes, exceptuando aquellos que la ley prohíbe y son clasificados como no transigibles, es decir aquellos, por ejemplo, en lo que exista violencia, y aquellos referidos a identidad o al estado civil de las personas.

Las soluciones alternativas de conflictos, entendidas en nuestro país como herramientas de apoyo para la administración de justicia convencional, se han venido evolucionando desde hace algunos años atrás, abriéndose espacios en la legislación procesal civil y en otros cuerpos legales a partir de la Ley de Arbitraje y Mediación y la Constitución en donde se plasman de manera clara y desde la entrada en de la conciliación dentro de los diferentes procesos de conocimiento.

Es importante señalar como antecedente legislativo, que en el año de 1963 se dicta la primera ley especial sobre esta materia, la misma que tomaría el nombre de Ley de Arbitraje Comercial, la cual instalaba el sistema arbitral como medio idóneo para la solución de conflictos entre comerciantes. Otorgando a las Cámaras de Comercio la capacidad de brindar este determinado servicio de forma privativa. A pesar de ser una Ley bien concebida, no fue mayor el uso y aplicación de esa normativa por desconocimiento, falta de promoción, entre otras razones. (Galindo, 2016, p. 123)

Como Norma Legal sustantiva la Mediación en Ecuador recién comienza a funcionar a raíz de la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) la misma que fue Promulgada en R. O. Nro.145, 4 de septiembre de 1997, codificada y publicada en el R.O. Nro. 417 del 14 de diciembre del 2006, la misma que cada día va abriéndose más espacios en la legislación y la cultura social lo que se refleja en la apertura de más Centros de Mediación a nivel nacional.

Esta transformación de la legislación ecuatoriana se produce ante la carencia de un sistema de administración de justicia eficiente; que brinde más garantías y respeto de procesos y

procedimientos a los usuarios, convirtiéndose éstas debilidades de la Función Judicial en el principal aliado para que los MASC (Métodos alternativos de solución de conflictos) ingresen sin mayor resistencia. Además, las tendencias globalizadoras y la necesidad de que los conflictos puedan resolverse de una manera ágil y segura, también aportan a esta transformación.

Se establece en la LAM la posibilidad de llevar a cabo la mediación, ante mediadores independientes o mediadores que formen parte de un Centro legalmente registrado ante el Consejo Nacional de la Judicatura. Es importante tener en cuenta que los mediadores que formen parte de listas de Centros de Mediación, pueden prestar su servicio también de forma independiente. Ésta última opción es la menos utilizada, dándose a la fecha algunos casos aislados, cuando el mediador es una persona de prestigio y de confianza para las partes y éstas prefieren llevar adelante la mediación sin la intervención de un Centro.

Esta figura para la solución de conflictos puede ser utilizada por las Instituciones del sector público o por el sector privado, siempre y cuando las controversias traten sobre derechos disponibles, es decir, sean susceptibles de transacción. Se establecen tres vías para acudir a la mediación. a) por solicitud de una de las partes; b) por convenio de mediación escrito, en el cual las partes contratantes hayan fijado la mediación como el medio para la solución de controversias; y, c) cuando un juez ordinario, en el conocimiento de la causa lo disponga, conocida como mediación judicial.

El proceso de mediación puede darse por concluido con la firma de un acuerdo total, parcial, o con la firma del acta de imposibilidad de mediación.

De acuerdo a la Resolución 208-2013 del Consejo de la Judicatura los Centros, con el fin de otorgar la autorización para actuar como mediador, deberán hacerlo fundamentados en los cursos académicos de formación y pasantías en los lugares establecidos por la Ley que haya recibido el aspirante. Respecto a las características técnicas y jurídicas para brindar este tipo de capacitaciones las mismas constan igualmente en varias resoluciones del Consejo. Aquellos Centros que deseen prestar servicios de capacitación para mediadores deberán contar con el aval académico de una institución universitaria.

Regulación legal y administrativa de la mediación en Ecuador actualmente.

La Constitución del año 2008, brinda una fundamental importancia a la mediación y el arbitraje, misma que se garantiza en el artículo 190 y 189, que permiten que estén plenamente garantizados para la sociedad ecuatoriana.

Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley. (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA, 2008)

Art. 189.- Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. En ningún caso podrá disponer la privación de la libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena. Las juezas y jueces de paz utilizarán mecanismos de conciliación, dialogo, acuerdo amistoso y otros practicados por la comunidad para adoptar sus resoluciones, que garantizarán y respetarán los derechos reconocidos por la Constitución. No será necesario el patrocinio de abogada o abogado. Las juezas y jueces de paz deberán tener su domicilio permanente en el lugar donde ejerzan su competencia y contar con el respeto, consideración y apoyo de la comunidad. Serán elegidos por su comunidad, mediante un proceso cuya responsabilidad corresponde al Consejo de la Judicatura y permanecerán en funciones hasta que la propia comunidad decida su remoción, de acuerdo con la ley. Para ser jueza o juez de paz no se requerirá ser profesional en Derecho. (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA, 2008)

El artículo 43 de la LAM establece que:

"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."

De acuerdo al Consejo de la Judicatura en el Ecuador desde el año 2014, se han implementado varias medidas para conseguir que los medios alternativos de solución de conflictos sean más conocidos y utilizados por la sociedad en general.

Actualmente el Código Orgánico de la Función Judicial establece en el artículo 130 numeral 11, que de ser necesario un proceso en la vía jurisdiccional sea derivado a un Centro de Mediación con el fin de que el litigio que se está tratando entre en un proceso de conciliación. Sin embargo, algo que sucede con mucha frecuencia es confundir en nuestro país los términos de conciliación y mediación, ya que por una parte en la conciliación se da una participación directa del juez a través de su potestad enmarcada en la ley y la constitución, mientras que la mediación consiste en la participación de un tercero neutral que no plantea soluciones, sino que facilita un ambiente propio para que las partes encuentren la suya propia.

En materia laboral tenemos la mediación se encuentra muy delineada, al respecto el artículo 470 del Código de Trabajo respecto del proceso de mediación obligatoria en éste ámbito manifiesta:

Art. 470.- Mediación obligatoria.- Si no hubiere contestación o si ésta no fuere enteramente favorable a las peticiones de los trabajadores, el inspector del trabajo remitirá todo lo actuado a la Dirección o Subdirección de Mediación Laboral respectiva, para que a través de sus funcionarios convoque a las partes cuantas veces considere necesarias, con veinte y cuatro horas de anticipación por lo menos, a fin de que procuren superar las diferencias existentes, dentro del término de quince días contados desde la fecha de inicio de su intervención. Este término podrá ampliarse a petición conjunta de las partes.

Si los empleadores no concurrieren en forma injustificada a dos reuniones consecutivas, terminará la etapa de mediación obligatoria y se remitirá lo actuado al inspector del trabajo, para que integre el Tribunal de Conciliación y Arbitraje. En caso de que sean los trabajadores quienes no asistan injustificadamente a dos reuniones consecutivas,

forzosamente se cumplirá el término de quince días señalado en este artículo, transcurrido el cual igualmente se remitirá el expediente al inspector del trabajo.

Las partes deberán concurrir a estas reuniones conforme a lo dispuesto en el artículo 476 de este Código. Quienes hubieren intervenido como representantes de las partes no podrán posteriormente ser elegidos como vocales ante el Tribunal de Conciliación y Arbitraje respectivo.

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

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

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

Art. 555.- De sus funciones.- Corresponde a la Dirección y Subdirecciones de Mediación Laboral:

- a) Elaborar y ejecutar programas de contacto entre empleadores y trabajadores, a través de sus respectivos organismos, encaminados a lograr un mejor entendimiento entre ellos;
- b) Realizar la mediación obligatoria conforme a lo previsto en este Código;
- c) Realizar la mediación previa a cualquier conflicto colectivo de trabajo. (Código de Trabajo, 2005)

Esto refleja que la mediación obligatoria pre procesal no es un concepto nuevo en el Ecuador, ya que en materia laboral se la está implementando en varios de los conflictos que se suscitan dentro de esta área del derecho en temas colectivos del trabajo, existiendo un organismo dentro del organigrama del Ministerio del Trabajo encargado de asuntos de mediación.

En temas civiles la institución jurídica más próxima a la figura de la mediación, bajo los preceptos de la actual Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), se encuentra en el Título XXXVIII del Libro Cuarto del Código Civil: "De la Transacción", cuyo artículo 2348, primer inciso: "Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual". (Código Civil, 2005)

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

- a. Voluntario, el Código Civil señala que la transacción es un contrato y en el artículo 1454 se define al contrato o convenio como el concurso real de las voluntades de dos o más personas, por su parte, la Ley de Arbitraje y Mediación al tratar el convenio lo define como un acuerdo voluntario.
- b. Transigible, esta característica se encierra en el significado etimológico de la propia palabra transacción y concuerda con el concepto de la Ley de Arbitraje y Mediación.
- c. Extrajudicial, tanto el Código Civil como la Ley de Arbitraje y Mediación concuerdan que este proceso es llevado fuera de los tribunales de justicia. (Código Civil, 2005)

En relación al efecto jurídico que tiene el acta de mediación, de calidad de sentencia ejecutoriada, el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, señala que el acta de mediación tiene efecto mencionado y el de cosa juzgada en última instancia.

Art. 47.- El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.

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

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

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación. (LAM, 2006)

En virtud del precepto constitucional se dicta la nueva Ley de Arbitraje y Mediación cuyos títulos II y III hablan de la mediación como una institución moderna para solucionar conflictos dentro del actual ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La Ley de Mediación y Arbitraje contiene la regulación de lo que hemos analizado anteriormente y definido como mediación; así, el Título II De La Mediación, contiene lo que se define como mediación, a quién se la solicita en sus artículos 43, 44, 48; los componentes de la solicitud de mediación, en artículo 45; cuando procede la misma en el artículo 46; la forma en cómo concluye la mediación y el efecto de lo que ha sucedido en la misma artículo 47; quienes pueden ejercer las funciones de mediador explicadas en el artículo 49; la característica de confidencialidad de la mediación y la forma de renunciar la misma si las partes lo acuerdan así en el artículo 50.

Revisemos más ampliamente algunos artículos de los ya descritos respecto del procedimiento que consta en la Ley de Arbitraje y Mediación para la realización de una mediación en el Ecuador: (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)

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

Art. 44.- La mediación podrá solicitarse a los Centros de Mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados. Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir. El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para

contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder.

Art. 45.- La **solicitud de mediación** se consignará por escrito y deberá contener la designación de las partes, su dirección domiciliaria, sus números telefónicos si fuera posible, y una breve determinación de la naturaleza del conflicto.

Art. 46.- La mediación podrá **proceder**: a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación.

El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales...

Art. 47.- El procedimiento de mediación **concluye** con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo. En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador. Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticos.

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

parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo. En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario. En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de Menores y otras leyes relativas a los fallos en estas materias.

Art. 48.- La mediación prevista en esta ley podrá llevarse a cabo válidamente ante un **mediador** de un centro o un mediador independiente debidamente autorizado. Para estar habilitado para actuar como mediador independiente o de un centro, en los casos previstos en esta ley, deberá contarse con la autorización escrita de un centro de mediación. Esta autorización se fundamentará en los cursos académicos o pasantías que haya recibido el aspirante a mediador. El centro de mediación o el mediador independiente tendrá la facultad para expedir copias auténticas del acta de mediación.

Art. 49.- Quien actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes. Además, por ningún motivo podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación.

Art. 50.- La mediación tiene carácter **confidencial**. Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva. Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar. Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad.

Art. 51.- Si alguna de las partes no comparece a la audiencia de mediación a la que fuere convocada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si en la segunda oportunidad alguna de las partes no comparece, el mediador expedirá la constancia de imposibilidad de mediación.

Como una parte fundamental del proceso de mediación ya en el ámbito estructural también se menciona quienes pueden establecer centros de mediación en la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 52, así como sus normativas y funcionamiento

Art. 52.- Los gobiernos locales de naturaleza municipal o provincial, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro y, en general, las organizaciones comunitarias, podrán organizar centros de mediación, los cuales podrán funcionar previo registro en el Consejo Nacional de la Judicatura. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento, por parte de un centro de mediación dará lugar a la cancelación del registro y prohibición de su funcionamiento. El Consejo de la Judicatura podrá organizar centros de mediación pre procesal e intraprosal.

Así como los mínimos para su funcionamiento, así como requisitos generales para el efecto que se encuentran en los artículos 53 y 54 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Art. 53.- Los centros de mediación que se establecieron deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo para las audiencias. Los centros que desarrollen actividades de capacitación para mediadores deberán contar con el aval académico de una institución universitaria.

Art. 54.- Los **reglamentos** de los centros de mediación deberán establecer por lo menos:

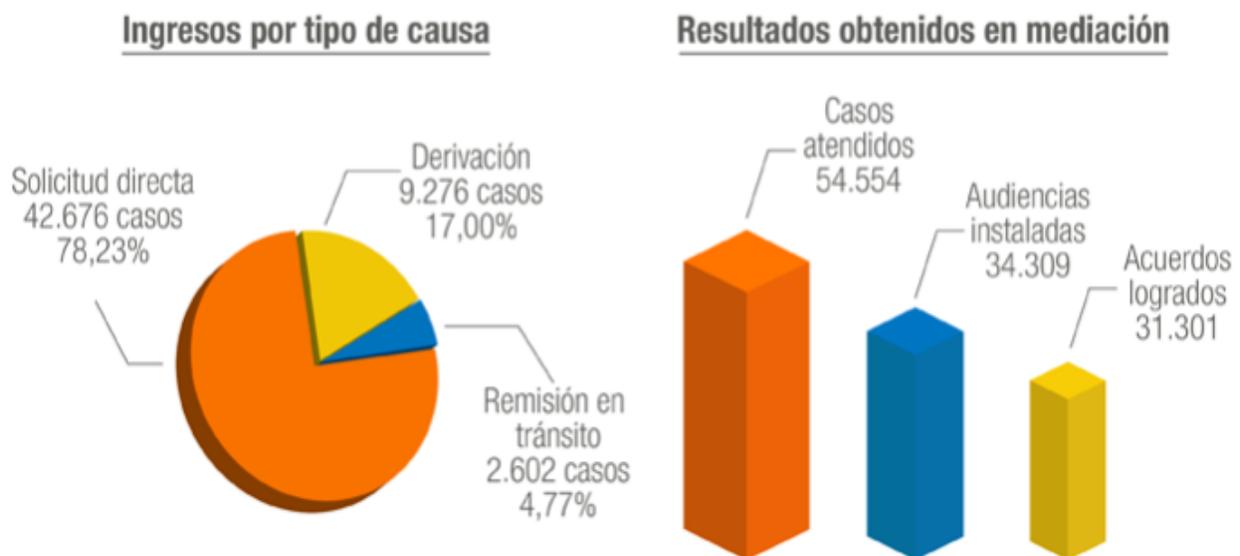
- a) La manera de formular las listas de mediadores y los requisitos que deben reunir, las causas de exclusión de ellas, los trámites de inscripción y forma de hacer su designación para cada caso;
- b) Tarifas de honorarios del mediador, de gastos administrativos y la forma de pago de éstos, sin perjuicio de que pueda establecerse la gratuidad del servicio;
- c) Forma de designar al director, sus funciones y facultades;
- d) Descripción del manejo administrativo de la mediación; y,
- e) Un código de ética de los mediadores.

Es importante destacar que a raíz de la publicación de la Ley de Arbitraje y Mediación, se crearon varias leyes que se remiten al procedimiento de mediación para la solución de controversias, entre otras se puede mencionar la Ley para la promoción de la inversión y participación ciudadana, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Ley de Mercado de Valores, Ley de Propiedad Intelectual, Ley de Hidrocarburos, la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, y los reglamentos y resoluciones afines dictadas por el Defensor del Pueblo, La Cámara de Comercio de Quito y el Consejo de la Judicatura.

Datos y estadísticas sobre Mediación recientes en Ecuador

Ingreso de procesos para Mediación en el año 2019

Desde enero a diciembre de 2019, el Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial recibió 54.554 casos entre solicitudes directas, derivaciones y remisiones en tránsito, obteniendo los siguientes resultados:



Elaborado por: Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial – Consejo de la Judicatura, 2019

En este cuadro podemos observar como se han ingresado un total de 54.554 casos a las oficinas del Centro Nacional de Mediación de la función judicial, tendiendo un éxito en acuerdos logrados de 31.301, esto es el 57.9% de las causas ingresadas.

Es importante destacar que el ingreso de causas para mediación por solicitud directa es el 78.23% del total de causas admitidas a trámite, lo que indica que en estos últimos años la sociedad en general ha cambiado la forma de ver a la mediación, como un método de solución de conflictos efectivo.

Ingresos de causas por tipo en el año 2019:



Elaborado por: Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial – Consejo de la Judicatura, 2019

En este cuadro podemos observar como los casos de familia ocupan el primer lugar en el tipo de materias requeridas en los Centros de Mediación de la Función Judicial a nivel nacional, seguidos de temas civiles, inquilinato y laboral, representando estos más del 85% de los casos tratados en mediación.

Al ser la materia de familia uno de los más requeridos por la sociedad a la justicia es importante destacar que dentro de esta materia se deciden temas como tenencia, alimentos, visitas, incluso temas de repartición de bienes, entre otros. Materias y temas que ocupan una gran cantidad de tiempo y recursos al Sistema de Administración de Justicia, y perfectamente solucionables a través la aplicación de mediación, más aún de forma pre judicial.

Acuerdos logrados a nivel nacional en los Centros de Mediación del Consejo de la Judicatura desde el año 2014 hasta el año 2019



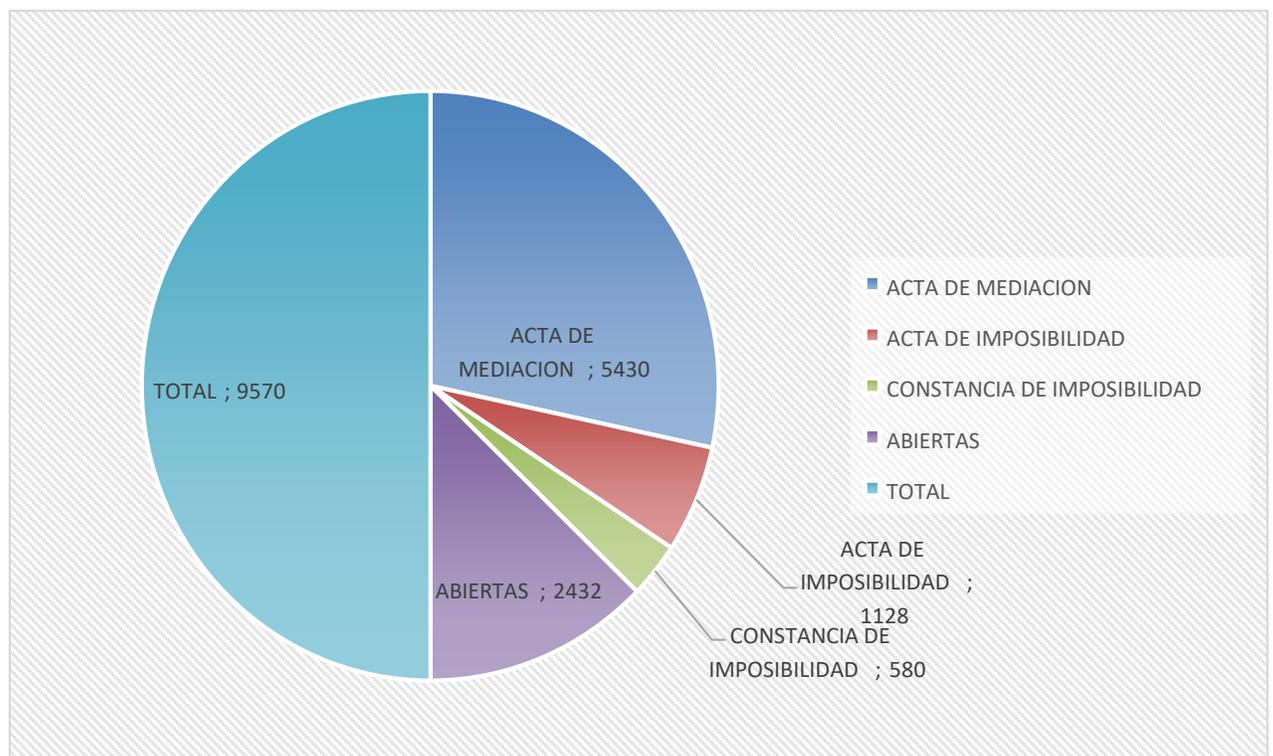
Elaborado por: Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial – Consejo de la Judicatura, 2019

Respecto a los acuerdos logrados de manera total, es decir que llegaron a un acuerdo tenemos que es el 91.82% de los casos en el año 2019, el más alto porcentaje en el histórico comparativo de los casos resueltos a nivel nacional en los Centros de Mediación del Consejo de la Judicatura desde el

año 2014 hasta el año 2019. Demostrando que la mediación es definitivamente una de las alternativas más utilizadas por los usuarios para la solución de conflictos.

El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, a partir del año 1997 a febrero de 2019, ha receptado 9570 casos, de los cuales 5430 han concluido con firma de Acta de Mediación, 1128 Actas de Imposibilidad de Acuerdo, 580 Constancias de imposibilidad. Como lo vemos en el siguiente cuadro estadístico:

Resultados obtenidos en mediación



Fuente: Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito

Elaboración: Cámara de Comercio de Quito

Este cuadro de la Cámara de Comercio de Quito nos muestra que las Actas de mediación, aquellas que dan por terminado al proceso de mediación mediante un acuerdo total o parcial constituyen

casi el 80% de los procesos que dicha institución ha manejado desde su formación, teniendo únicamente el 15% de las mismas finalizadas con un acta de imposibilidad de mediación, siendo un excelente indicador de la manera en que la mediación resuelve los conflictos de manera práctica.

Tabla No. 3
Mediaciones ingresadas por año

Año	N° casos
2002	180
2003	129
2004	191
2005	235
2006	224
2007	257
2008	284
2009	283
2010	304
2011	325
2012	392
2013	334
2014	620
2015	736
2016	534
2017	1252
2018	2564
2019	166
TOTAL:	9570

Fuente: Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito

Elaboración: Cámara de Comercio de Quito

Como podemos observar en esta tabla los dos últimos años incrementaron los casos de mediación en una cifra importante duplicándose para el 2017 y para el 2018 volviéndose a duplicar frente al resultado del año anterior. Lo que nos hace entender que la mediación está teniendo una aceptación favorable en la ciudadanía.

Es importante indicar, finalmente que el Ecuador es un país que ha desarrollado de manera muy importante el concepto y funcionamiento de la mediación en estos últimos años, estableciendo el Consejo de la Judicatura, a través de su Dirección Nacional de Mediación, distintas oficinas en todo el país, realizando capacitaciones, seminarios y otras actividades con el fin de promocionar la mediación, dando una muestra de la importancia que el Consejo de la Judicatura otorga a este método alternativo pero eficiente de solución de conflictos.

De esta manera podemos concluir que la mediación en últimos años ha venido experimentando varios cambios en cuanto a su difusión y aplicación en la sociedad ecuatoriana, sin embargo, todavía no se ha logrado crear una verdadera cultura de paz en el Ecuador, debido a que los ciudadanos creen que es mejor resolver los conflictos en la justicia ordinaria.

A partir de la creación de la constitución del 2008, se prepondera a la mediación y el arbitraje, las mismas que se ven plasmadas en el artículo 190 y 189, que permiten que estén plenamente garantizados para la sociedad ecuatoriana.

Asimismo, es necesario señalar, que aun cuando se ha querido de alguna manera armonizar el procedimiento judicial con los métodos alternativos de solución de conflictos, ambos son procedimientos diferentes, incluso antagónicos.

Con respecto a la mediación en la solución de conflictos cuenta con principios que son básicos para ella, tales como: voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, buena fe, flexibilidad, profesionalidad, economía y celeridad procesal.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Una vez concluido el proceso de revisión y análisis propuesto dentro de este ensayo académico hay consenso en la literatura especializada de que la participación libre y voluntaria de las personas es uno de los principios rectores del proceso de mediación. nadie puede ser compelido a participar en una mediación, ni menos a llegar a acuerdos.

Respecto a la voluntariedad, ésta no solo se agota en la decisión de acceder al proceso, sino que exige asumir un rol protagónico en su desarrollo. impone a las partes disponer de un ánimo colaborativo, adoptar una actitud activa en la búsqueda de alternativas de solución y tener apertura y flexibilidad para escuchar y valorar las alternativas propuestas por el otro. incluso hay quienes sostienen que estas exigencias pueden ser consideradas como verdaderos deberes éticos de las partes dentro de un proceso de mediación.

Además, tiene dos dimensiones. la primera comprende la etapa inicial del proceso –cuando la persona toma la decisión de acogerse a el– y la segunda comprende la facultad de retirarse de éste en cualquier momento sin necesidad de justificar los motivos. basta la expresión de la voluntad de una de las partes en orden a no continuar para que el mediador deba poner término al proceso. siguiendo esta línea, se ha sostenido que en la medida que las personas participan directamente en la construcción de las soluciones hay un mayor nivel de acuerdos, de satisfacción y de cumplimiento.

Una investigación acerca de los programas anexos a tribunales en los estados de Washington, Nueva Jersey y Massachusetts arrojó interesantes conclusiones sobre su aplicación de éstos y resultados. el 90% de los usuarios dijo haber quedado completa o parcialmente satisfecho con el programa, mientras que un 92% señaló que volvería usarlo de nuevo en caso de requerirlo. en cuanto al nivel de acuerdo alcanzado, en el caso del programa de Washington D.C., del total de casos mediados un 87% terminó con un acuerdo; en el programa de nueva Jersey un 55% de los casos y en Massachusetts, un 63% concluyó de esta forma. este estudio no contiene datos sobre niveles de cumplimiento. (Vargas, p.191, 2008)

La mediación obligatoria o involuntaria presenta ventajas y desventajas. Por una parte y desde el punto de vista de las ventajas, se sostiene que a través de la mediación obligatoria accede un volumen mayor de casos que por la vía de la voluntaria, lo que permitiría una reducción de costos de los programas y servicios de mediación (economías de escala) y una mejor asignación de los recursos del sistema de administración de justicia tornándolo más eficiente su gestión. Por otra parte, la mediación obligatoria podría significar a largo plazo un aumento de la utilización voluntaria de este mecanismo, dado que las partes podrán conocer y vivenciar un proceso de resolución de conflictos que, probablemente, de otro modo no hubieran intentado. (Vargas, p.194, 2008)

En función de este análisis, el comité de Políticas Públicas de la *Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR)* de EE.UU. considera que la participación obligatoria en programas de mediación *puede* resultar apropiada, “pero sólo cuando el mandato tenga mayores probabilidades de servir a los intereses de las partes, del sistema judicial y del público, que la comparecencia voluntaria” (Nolan-Halley, J. 1991, pp 223)

Aun cuando la introducción de la mediación obligatoria (o previa) se base exclusivamente en consideraciones de eficiencia y gestión de los recursos considero que ese enfoque no afecta los objetivos sustantivos del establecimiento de la mediación en el contexto familiar ni los principios que la sustentan. Por lo que estimo que, en el escenario actual ecuatoriano, resulta adecuado propiciar la mediación anexa a los tribunales, tanto la obligatoria como la voluntaria, ya que puede - servir mejor a los intereses de las partes, del sistema y al público en general. -, (Vargas, p.197, 2008) y, de paso, contribuir a su legitimación social y cultural.

El establecimiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el sistema de justicia civil responde a un triple objetivo de política pública. Por una parte, buscan mejorar el acceso al sistema judicial, ofrecer respuestas más adecuadas de acuerdo a la especial naturaleza de cierto tipo de conflictos y, por otra, persiguen mejorar la gestión de los tribunales contribuyendo a su descarga.

A manera de conclusión en este trabajo sobre la mediación prejudicial obligatoria en el ámbito civil, puedo emitir el siguiente criterio: Los métodos alternativos de solución de conflictos surgen bajo la tutela de la cultura de paz. Su principal objetivo ha sido fomentar el diálogo y la

participación social, ya que el acceso a la justicia, en la mayoría de países, sobre todo en América Latina, ha sido una de las áreas más problemáticas

Sabemos que los medios alternativos de resolución de conflictos, hoy en día constituyen un elemento práctico al momento de dirigir los litigios que se presentan en las personas de determinada sociedad, además su implementación ha demostrado que se trata de una herramienta valiosa y exitosa en cuanto a la solución de controversias que se presentan en las diferentes áreas del quehacer humano.

La aplicación de la Mediación en general en América Latina contribuye los procesos judiciales sean resueltos en un tiempo favorable. Es por eso que un sistema judicial civil, debe adoptar la figura de la mediación ya que seguir en un proceso ordinario civil, disminuye la probabilidad de que las partes lleguen a obtener justicia, entendida la misma como la resolución de las controversias, en el caso particular, como actores de sus propios procesos de solución.

Por consiguiente, gracias a la implementación de los métodos alternativos de resolución de conflictos se han llegado a acuerdos favorables con un número importante que ha incrementado en los últimos años, tal como se lo demuestra en las estadísticas presentadas a lo largo de este trabajo de investigación.

A pesar de que en los últimos años, a través de diversos métodos y medios la mediación está siendo promovida con mayor énfasis, considero necesario que la educación, promoción y capacitación debe hacerse desde el primer nivel que es la ciudadanía, a fin de que conozcan el procedimiento y el propósito de este mecanismo de resolución de conflictos, posteriormente los profesionales en derecho para que tengan una verdadera opción para ofertar a sus clientes a la mediación logrando un objetivo común que es la satisfacción del cliente al tener un acuerdo que se ajuste a sus expectativas y el abogado cumplir su deber.

Por esta razón y en base a la experiencia de los países estudiados y comparados en este trabajo, estoy convencido que, de lograrse una reforma a la Ley de Mediación y Arbitraje como al Código Orgánico General de Procesos en la cual se establezca a la mediación prejudicial obligatoria como

un requisito de procedibilidad en temas civiles transigibles, se estaría garantizando al usuario el acceso a esa mediación justa y necesaria que le ahorraría recursos al no litigar pero si buscar una solución a sus controversias.

La mediación prejudicial obligatoria en temas transigibles del ámbito civil, es una verdadera manera eficaz y rápida de solucionar un conflicto, la misma que con seguridad en el futuro muy cercano a su implementación ampliará su acción a otras materias como familia, e incluso temas administrativos y tributarios.

En Ecuador los jueces, por mandato de la ley y por lo que significa la evaluación de un proceso tardan cierto tiempo en emitir una decisión mediante auto definitivo o sentencia determinando quién gana o quién pierde,, por tal razón se espera que en nuestro país se preste más atención a este sistema, puesto que, si hablamos de mediación, no se trata solamente de llegar a acuerdos, sino más bien establecer vías de solución de los conflictos entre los ciudadanos, obteniendo consensos justos y beneficiosos para las partes en disputa.

Es importante dar a conocer que, en países como Argentina, Chile, Colombia, entre otros, la mediación prejudicial obligatoria se desarrolla en varios ámbitos, claro está que cada nación ha tenido su historia y ha ido evolucionando al pasar del tiempo como hemos podido analizar.

Se convierte en algo necesario dar un cambio sociocultural que abra caminos fructíferos para la justicia ecuatoriana, donde los tribunales se encuentran colapsados con causas que congestionan los juzgados, por lo que se necesitan herramientas necesarias para dar por terminado este problema habitual.

Hecho el cual ha sido confirmado por la acogida que ha tenido la mediación en nuestro país desde el año 1997, como hemos visto en los cuadros y estadísticas que revisamos, pero especialmente en lo realizado en los últimos años por el Consejo de la Judicatura y centros de mediación particulares respecto de la aplicación de la mediación en la solución de conflictos; lo que lleva a concluir con la presente investigación que al implementarse la mediación prejudicial obligatoria aumentarían los casos de acuerdo total o parcial, ahorrándole recursos al Estado y por supuesto al ciudadano.

Incluso el ahorro económico que significaría establecer la mediación prejudicial obligatoria en términos de la no activación del aparato jurisdiccional, de administración de justicia, ayudando a un descongestionamiento de las unidades civiles a nivel nacional, permitiendo que las causas que llegan a las judicaturas sean atendidas de manera correcta, incluso con la certeza de que las partes han intentado de solucionar el problema de una manera amistosa y beneficiosa para ambas, a través del uso de la mediación.

El tema económico ha sido dentro de los últimos temas que he querido analizar, ya que, si bien es muy importante, y determinante, no es el más influyente para una decisión así, de implementar la obligatoriedad de la mediación, ya que sus beneficios son infinitamente superiores a los económicos, como sociedad estaríamos cambiando nuestra manera de pensar, nuestra manera de solucionar conflictos, nuestra manera de reaccionar ante los problemas en nuestras casas, nuestros negocios, nuestro trabajo, en nuestro diario vivir.

La mediación prejudicial obligatoria es algo que eventualmente va a suceder en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, solo dependerá del reflejo que como sociedad mostremos en nuestras leyes, demostrando de una vez por todas la voluntad de solucionar nuestros conflictos por nosotros mismos, buscando nuestro beneficio sin perjudicar al otro.

Es necesario que como sociedad crezcamos, desarrollemos la capacidad de buscar un objetivo sin anular las pretensiones del otro, validas o no, eso es construir un país, una sociedad justa, que tenga bien delineados sus principios básicos y que tengan esta relación directa con la manera en que se solucionan disputas.

Allí es donde la mediación juega un papel importante, ya que en una sociedad que busca la paz, la convivencia en respeto a ideas, pensamientos y necesidades distintas, es la herramienta perfecta para solucionar cualquier problema que se pueda dar; ya que los ciudadanos buscarían la solución del impase mas no la “destrucción” de su oponente o sus pretensiones.

Hasta tanto la mediación prejudicial obligatoria es una forma de conducir a la sociedad hacia ese ideal de manejo y solución de conflictos, que, aplicada de manera correcta permitirá que la sociedad crezca y desarrolle una manera efectiva y real de solucionar problemas legales, sociales, políticos entre otros optimizando los recursos del estado en el destino que se dé a los recursos que no se ahorren en la no activación del aparato jurisdiccional por la solución de conflictos previa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLIENDE, I. y otros, *El proceso de mediación*, editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- ALPA, G., Córdoba, M., Kluger, V., & Laje, A. *La mediación, nuevas investigaciones y aportes desde el Derecho Comparado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2015.
- ARAVENA, Claudia Tarud, *El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar*, en Chile, Medellín, Colombia, 2013.
- BENNETT Picker, *Guía práctica para la mediación*. Paidós, 2002.
- BUSTAMANTE, Ximena. *La naturaleza jurídica del acta de mediación*. <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/318/1/84592.pdf>. 2007.
- CARAM, M. E., Eilbaum, D. T., & Risolia, M. *Mediación Diseño de una Práctica*. Buenos Aires: ASTREA. 2014.
- CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, Ecuador, 2016.
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ecuador, 2008.
- CORNELIO LANDERO, Eglá, *Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano*, en Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, número 17, España, 2014.
- CORTI ALEXIS, LAMM CHRISTIAN, *Ley Argentina de Mediación Prejudicial: Enseñanzas Después de 16 años de funcionamiento*, DiarioJuridico.com, Argentina, 2012.
- FALCON, Enrique. *Mediación Obligatoria en la Ley 24-573-1997*. (Argentina: Buenos Aires, República de Argentina, 1997).
- FISAS, Vicen, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Editorial UNESCO, Barcelona, 2006.
- FUENTES YÁNEZ, EDISON, *OBLIGATORIEDAD DE LA MEDIACIÓN PREVIA EN LOS PROCESOS JUDICIALES*. 2017.
- FUQUEN ALVARADO, María Elina, *Los conflictos y las formas alternativas de resolución*, en Revista Tabula Rasa, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá, 2003.
- GALINDO Cardona Alvaro, *Origen y Desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador*, Iuris Dictio, Quito, 2016.
- GIANNINI, Leandro J. *Experiencia argentina en la mediación obligatoria*. BUENOS AIRES, Argentina, 2014.

- GONZÁLEZ CANO, Ma. Isabel, capítulo 8: los métodos alternativos de resolución de conflictos, *Mediación y solución de conflictos*, ed. Tecnos, 2013.
- <https://www.minjusticia.gov.co> – Datos estadísticos de conciliación, Colombia, 2020.
- <https://www.sicaac.gov.co/Informacion/Estadistica>, - Colombia, 2020.
- La experiencia de la mediación familiar en Chile. Elementos para una política pública futura, Paula Correa Camus, *REVISTA CHILENA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA*, Chile, 2014.
- LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Ecuador, 2007.
- LEY 20286, República de Chile, 2008.
- LINCK, Delfina, *El Valor de la mediación*, Adhoc, Buenos Aires, 1997.
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro, La mediación como mecanismo de justicia restaurativa, en *Revista Prolegómenos*, Universidad Militar Nueva Granada, número 29, Colombia, 2012.
- MARTÍNEZ, M. Ventajas y desventajas de la Mediación, Editorial Miles, 1999.
- MOORE, C. El proceso de mediación. (A. Leal Trad.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Granica, 2006.
- MOROCHO Moncayo, J. *La Mediación y la Conciliación en la Legislación Civil Ecuatoriana*. Riobamba: Edipcentro, 2004.
- NOLAN-HALLEY, J., *Alternative Dispute Resolution*, West Publishing company, Minnesota, 1991.
- OTERO Parga, Milagros, capítulo 11: las raíces históricas y culturales de la mediación, *Mediación y solución de conflictos*, ed. Tecnos, 2007.
- PAZ, Jorge Ignacio, Negociación: Competencia Gerencial por antonomasia, en *Revista EIA*, número 1, Escuela de Ingeniería de Antioquía, Colombia, 2004.
- PUY Muñoz, F., obra colectiva *Mediación y solución de conflictos*, introducción, la expresión «mediación jurídica»: un análisis tópic, 2007.
- República de Argentina, Congreso de la Nación, Ley n° 26.589, de 03-05-2010, Argentina, 2010.
- RIVERA Rincón Hernán David, *Importancia de la Conciliación judicial y extrajudicial en Colombia*, Universidad Santo Tomás Facultad de Derecho, Villavicencio, 2019.

- RUIZ Lorena, La mediación, Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Número XI, 2003.
- SINGER ,Linda R. *Resolución de conflictos*, Paidós, 1996.
- SOLARI TUDELA Luis, “Derecho Internacional Público”, editorial Studium, Perú, 2011.
- SOLORSA Martínez , J. Herida al requisito de procedibilidad. En: Asuntos Legales. Obtenido de <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/julian-solorza-martinez-523246/heridaal-requisito-de-procedibilidad-2605026>. 2008.
- Tribunal Constitucional, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, 10 de julio de 2012, sentencia Rol 2042-11-INA. Colombia, 2012.
- VARGAS PAVEZ, *Macarena* Mediación obligatoria. algunas razones Para Justificar su incorporación , Revista de Derecho, Chile, 2008.
- VARGAS, M. Mediación obligatoria y algunas razones para justificar su incorporación. Revista de Derecho, (Valdivia), Vol XXI, (N.º 2). Chile, 2008.