



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

AREA SOCIO - HUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE ABOGADO

Proceso de institucionalización de la mediación en Ecuador y España

TRABAJO DE FIN DE
TITULACIÓN

AUTOR: Maldonado Ruíz, Luis Mauricio

DIRECTORA: Moreira Aguirre, Diana Gabriela, PhD.

LOJA-ECUADOR

2014

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE TITULACIÓN

PhD.

Diana Gabriela Moreira Aguirre.

DIRECTORA DEL TRABAJO DE FIN DE TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de titulación: Proceso de institucionalización de la mediación en Ecuador y España realizado por Maldonado Ruíz, Luis Mauricio, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por se aprueba la presentación del mismo.

Loja, agosto de 2014

f).....

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo, Maldonado Ruíz, Luis Mauricio declaro ser autor del presente trabajo de fin de titulación: Proceso de institucionalización de la mediación en Ecuador y España, de la titulación de Abogacía, siendo Diana Gabriela, Moreira Aguirre directora del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f.....

Autor: Maldonado Ruíz, Luis Mauricio

Cédula: 110449577-3

DEDICATORIA

Todo mi esfuerzo y todo mi trabajo se lo dedico principalmente a Dios, mentor de mi destino; a mis padres quienes constituyen un pilar fundamental en mi vida, cuyo esfuerzo, amor y trabajo es digno merecedor de mi más sincero y perpetuo agradecimiento.

Luis Mauricio Maldonado Ruíz

Loja, agosto de 2014

AGRADECIMIENTO

A DIOS, que ha sabido darme la salud y la energía necesaria para culminar este trabajo.

A mis padres, por el apoyo incondicional e íntegro durante todos mis años de vida.

A la Dra. Gaby Moreira, directora de mi proyecto, por su enorme apoyo, gentileza y amabilidad que ha tenido conmigo en el desarrollo del presente trabajo.

Al Dr. Santiago Pérez, la persona más carismática que he conocido y cuyo apoyo fue indispensable para el desarrollo del presente proyecto.

A la Lic. Marina Otero, una persona ejemplar que ha sabido apoyarme y guiarme en cualquier duda y dificultad con sus sabios y sinceros consejos en mi estancia en España.

Al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (Andalucía-España), institución que me abrió las puertas para poder efectuar la investigación correspondiente del sistema de mediación en España.

A todos quienes forman parte de la Universidad Técnica Particular de Loja, quienes me supieron ayudar en todo momento, y donde descubrí una gran familia, un segundo hogar.

Luis Mauricio Maldonado Ruíz

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PORTADA	I
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE TITULACIÓN	II
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS	III
DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO	V
ÍNDICE DE CONTENIDOS	VI
RESUMEN	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I	5
Generalidades	6
1.1 Conflicto.	6
1.1.1 Concepto.	6
1.1.2 Dinámica del Conflicto.	7
1.1.3 Gestión del conflicto.	8
1.1.4 Conflictos Laborales.	9
1.1.5 Conflicto Individual.	9
1.1.6 Conflicto Colectivo.	9
1.1.6.1 Conflicto de derecho.	10
1.1.6.2 Conflicto de intereses.	10
1.2 Métodos Extrajudiciales para la Resolución de Conflictos.	10
1.3 La Mediación	12
1.3.1 Definición.	12
1.3.2 Características.	12
1.3.3 Tipos de Mediación.	13
1.3.3.1 Mediación Transformadora.	13
1.3.3.2 Mediación Facilitadora.	13
1.3.3.3 Mediación Directiva o Evaluativa.	14
1.3.4 Escuelas o Modelos de Mediación.	14
1.3.4.1 Modelo Tradicional – Lineal (Harvard).	14
1.3.4.2 Modelo Transformativo.	15
1.3.4.3 Modelo de Sara Cobb.	15
1.3.5 El Mediador.	16

1.3.5.1 Perfil del Mediador.	16
1.3.5.2 Características del Mediador.	16
1.3.5.3 Habilidades del Mediador.	18
1.3.5.4 Responsabilidad del Mediador.	18
1.3.5.5 Abogado Mediador.	19
CAPÍTULO II	20
La Mediación en el Sistema Normativo Ecuatoriano.	21
2.1 Constitución de la República del Ecuador.	21
2.2 Ley de Arbitraje y Mediación.	22
2.3 Código Civil	23
2.4 Código del Trabajo.	25
2.4.1 Requisitos para la Mediación Laboral.	27
2.4.2 Código Orgánico de la Función Judicial.	28
2.4.3 Código Orgánico Integral Penal.	28
2.4.4 Código de la Niñez y Adolescencia.	29
2.5.5 Instructivo para la Derivación de Causas Judiciales a Centros de Mediación.	29
CAPÍTULO III	30
La Mediación en el Sistema Normativo Español	31
3.1 Generalidades	31
3.2 Marco Normativo Europeo.	32
3.2.1 Recomendación N° R (98) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobada el 21 de enero de 1998.	32
3.2.2 Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflicto en el ámbito del derecho civil y mercantil [CON (2002) 196 final, de 19 de abril de 2012]	33
3.2.3 La Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 De Mayo De 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.	35
3.3 Ordenamiento Jurídico Español.	36
3.3.1 Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.	36
3.3.2 Ley 5/2012 de Mediación civil y mercantil	37
3.3.3 Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos de 1996 (Resolución de 29 de enero de 1996 de la Dirección General de Trabajo)	38
CAPÍTULO IV	40
Estudio Comparado del Proceso de Institucionalización de la Mediación Laboral en España y Ecuador	41

4.1 Precedentes históricos hacia el proceso general de institucionalización de la mediación en Ecuador.	41
4.2 Precedentes históricos hacia el proceso general de institucionalización de la mediación en España.	45
4.3 El proceso de institucionalización de la mediación en el Ecuador.	47
4.3.1 Agentes Involucrados.	47
4.3.2 Fases.	49
4.3.3 Dificultades Encontradas	52
4.4 Proceso de institucionalización de la Mediación en España.	54
4.4.1 Agentes Involucrados.	54
4.4.2 Fases.	56
4.4.3 Dificultades Encontradas.	59
4.5 Legitimación Social y Cultural en los respectivos países.	60
CAPÍTULO V	63
CONCLUSIONES	64
RECOMENDACIONES.	65
BIBLIOGRAFIA.	67
ANEXOS.	69

RESUMEN

La mediación hace un par de décadas ha surgido como un método alternativo a la vía jurisdiccional; sin embargo, más que un método alternativo, en muchas ocasiones es complementario a ella. La iniciativa de instaurar la mediación en los sistemas jurídicos parte, en la mayoría de veces, del sector justicia.

La mediación poco a poco ha ido avanzando en los últimos años hacia una institucionalización en las legislaciones de los países. Regular este proceso es fundamental, pues contribuye en el fomento de una cultura de paz y hace factible el acceso a personas naturales y físicas, otorgándoles seguridad jurídica; además, asienta las bases, principios, requisitos y condiciones que hacen viable este sistema.

No obstante en el proceso de institucionalización de la mediación, no es suficiente la creación de las normas respectivas, sino que debe ir encaminado conjuntamente con un cambio cultural en las sociedades catalogadas como litigiosas.

PALABRAS CLAVE:

Mediación, sistema jurídico, institucionalización, método alternativo, cultura de paz, normas, cambio cultural.

ABSTRACT

The mediation a couple of decades ago has emerged as an alternative method to the courts; however, more than an alternative method, in many cases it is complementary. The initiative to establish mediation in legal systems begins, in most cases, from the justice sector.

The mediation has slowly been moving in recent years towards institutionalization in the laws of the countries. Regulate this process is critical, as it helps in promoting a culture of peace and makes possible access to natural and individuals, giving them legal certainty; also lays the foundations, principles, requirements and conditions that make this system feasible.

However in the process of institutionalization of mediation is not sufficient to create the respective standards, but should be routed together with a cultural change in societies listed as disputed.

KEYWORDS:

Mediation, legal system, institutionalization, alternative method, peace culture, norms, cultural change.

INTRODUCCIÓN

El estudio comparado es considerado por algunos como un método de interpretación más que un método propiamente de investigación, esta aseveración se visualiza claramente en el campo del derecho donde mediante un estudio comparativo podemos apreciar las soluciones que cada ordenamiento jurídico ha planteado para los mismos casos que acontecen a las realidades comparadas.

El presente proyecto de fin de titulación presenta un estudio de los procesos que se han desarrollado para institucionalizar la mediación en Ecuador y España, analizando en primera instancia, las normas que rigen los ordenamientos jurídicos de estos estados, con el propósito de tener una visualización óptima de los aspectos diferenciadores que caracterizan cada uno de estos sistemas, además se determinará la confianza que otorgan las sociedades de estos países en sus respectivas jurisdicciones y el involucramiento del poder público en el desarrollo e impulso de este tipo de instituciones.

Ecuador comprende un estado unitario centralizado que no otorga autonomía a las regiones que lo componen, acoge por lo tanto un derecho simple que emana estrictamente de un poder estatal; vinculando este aspecto con la implementación de la mediación en este país, logramos divisar el nacimiento de esta figura a través de una ley de orden estatal.

Caso contrario sucede en España que incorpora un derecho más complejo, donde se engloban distintos ordenamientos jurídicos que coexisten a través de la organización territorial en Comunidades Autónomas, aspecto que influyó en el cauce del surgimiento de la mediación; ésta comenzó a implementarse a través de la promulgación de leyes en las respectivas comunidades autónomas, situación que produjo un esfuerzo adicional para armonizar los principios ya desarrollados en el tema, dentro de una ley que regiría a nivel estatal, estableciendo así un régimen jurídico general.

En este proceso ambos países han avanzado, desarrollando progresivamente aspectos que requieren incorporarse en las normas para que la mediación otorgue seguridad y accesibilidad, como vía complementaria a la jurisdiccional. Se ha evidenciado un compromiso del Estado a través de sus diferentes organismos e instituciones en el anhelo de que la mediación tenga el éxito deseado y sea el auxilio esperado para un sistema judicial colapsado y para una sociedad que se ha visto incapaz de resolver sus

propios conflictos, esperanzados en que un tercero les otorgue una solución a sus divergencias.

Institucionalizar la mediación no solo requiere de normas, sino además de la participación activa de la ciudadanía que permita dar un vuelco hacia un cambio cultural, por lo demás, los beneficios que produzca esta institución, y como lo menciona la corriente del neo institucionalismo, bastará para que se constriña su fomento como política pública. Todos estos procesos se destacarán en el decurso de la presente investigación.

CAPÍTULO I

Generalidades

1.1 Conflicto.

El conflicto está ligado a la naturaleza propia del ser humano, connatural a la vida misma, forma parte de las relaciones humanas y de los grupos, se ha encontrado eternamente presente en todas la épocas y en todas las naciones; no podríamos percibirnos como seres neutros, el hecho de involucrarnos en una sociedad con diferentes puntos de vista, opiniones y acciones compartidas, acarrea la posibilidad de que en algún momento nuestros intereses colisionen con los intereses de los demás y esto acabe generando conflictos.

Resulta trascendental en el aspecto del conflicto, que la sociedad desarrolle y aplique sistemas y métodos para abordar el conflicto de manera constructiva, que promulgue la convivencia y armonía colectiva. Los conflictos representan crecimiento y desarrollo si aprendemos a convivir positivamente con ellos, a gestionarlos y resolverlos, entendiendo que resolver conflictos, no se reduce únicamente a manejarlos o gestionarlos, sino que aquello nos conduce hasta sus causas más profundas.

El conflicto es generador de cambios, y en contraposición a la teoría tradicional que ve al conflicto como algo negativo y, por tanto, algo que hay que eludir, podemos percibir que todo depende de la forma en que reaccionemos ante él, pues si reaccionamos positivamente va a generar crecimiento y desarrollo, no obstante si existe una reacción negativa puede desencadenar interacciones inadecuadas y reprochables como es la violencia.

En el desenvolvimiento diario, las personas se ven inmersas en diferentes tipos de conflictos y el hecho de buscar una manera eficiente para resolverlos sería una solución idónea a sus incompatibilidades. En este aspecto, los métodos alternativos para la resolución de conflictos intervienen como una salida fiable a sus divergencias, como una manera de fomentar el diálogo y agilizar la resolución del conflicto, evitando que éste se expanda y contagie esferas contiguas al mismo.

1.1.1 Concepto.

Dada la complejidad del término conflicto, existen diferentes conceptos que dependen del enfoque que se le otorgue al mismo; se podría conceptualizar de manera general al conflicto, como una situación contrapuesta donde dos o más personas entran en desacuerdo

porque sus intereses, necesidades y/o valores son incompatibles. La base del conflicto es la diferencia entre aquello que deseamos y lo que después obtenemos sobre ello.

Para el alemán Ralf Dahrendorf, un conflicto es una situación universal que sólo puede solucionarse a partir de un cambio social¹, y efectivamente, la sociedad en el transcurrir del tiempo se ha visto involucrada en cambios constantes que generaron transformaciones muy significativas a nivel mundial a través del conflicto, y como ejemplo se tiene la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano que se alcanzó luego de la revolución francesa; o el establecimiento de las ocho horas de jornada laboral en Norteamérica producto de una ardua lucha de su clase obrera.

1.1.2 Dinámica del Conflicto.

El conflicto es un proceso complejo, interactivo y dinámico, sujeto a transformaciones desde su nacimiento, con una estructura que lo define, hasta su resolución. El proceso del conflicto tiene cinco etapas: oposición potencial o incompatibilidad, cognición y personalización, intenciones, comportamiento y resultados.²

La primera etapa del conflicto se genera a consecuencia de una incompatibilidad potencial, aquí se consideran las siguientes condiciones como causas o fuentes del conflicto mismo: la comunicación, estructura y variables personales.

- La comunicación como chispa que puede encender un conflicto provocando comportamientos o acciones destructivas o, en su lado positivo, como pieza clave en la resolución del conflicto a través del uso de habilidades efectivas de comunicación.
- Referente a la estructura del conflicto, constatamos que en la interacción de los actores del conflicto confluyen variables como la desigualdad, asimetría de poderes, falta de equidad, etc.
- En las variables personales surgen conflictos que tienen su epicentro en factores de personalidad del individuo que pueden causar molestia o incomodidad al ente con quien interactúa a su alrededor, resulta que ciertos tipos de personalidad conducen a un posible conflicto, personas agresivas o con diferentes tipos de valores que impregnan en el ser humano distintos prejuicios.

¹ Dahrendorf, Ralf (1988). *El Conflicto Social Moderno*. University of California Press: Berkeley y Los Ángeles, p. 34

² Robbins, Stephen (1999). *Comportamiento Organizacional*. México: Pearson Educación, p. 396.

La segunda etapa del conflicto es la cognición y personalización donde una o más partes tienen el conocimiento de la existencia de condiciones que crean oportunidades para que surja el conflicto, en la presente etapa las partes definen de que se trata el conflicto porque ya se han establecido los temas problemáticos.

En la tercera etapa las intenciones intervienen entre las percepciones y las emociones de la gente y en su comportamiento abierto, muchos de los conflictos surgen porque una parte atribuye intenciones equivocadas a la otra. La razón de colocar a las intenciones como una etapa del conflicto se debe al hecho de saber inferir las intenciones de los otros para saber cómo responder a su comportamiento.

La cuarta etapa del conflicto es el comportamiento, donde se derivan expresiones, acciones y reacciones ejecutadas por las partes, el conflicto se torna visible y escala en grado de intensidad.

En la quinta y última etapa observamos los resultados, que dependiendo del tipo de interacción entre las partes, son funcionales o disfuncionales, en primer término si del conflicto se derivan decisiones constructivas e innovación, estamos hablando de un resultado funcional; si por el contrario del conflicto surgen consecuencias destructivas, hablaremos entonces de un resultado disfuncional.³

1.1.3 Gestión del conflicto.

La gestión adecuada del conflicto es fundamental a la hora de prevenir una escalada de tensiones que empeore aún más la situación, para ello es importante que las partes sean conscientes de su responsabilidad como punto de partida, además como parte de un procedimiento apropiado para la gestión de conflictos, resulta acorde la realización de un diagnóstico preliminar de la situación para conocer el estado del conflicto y tener una visión más clara que ayude a resolverlo; el establecimiento de un plan de acción es clave para conducir a las partes en conflicto a la búsqueda de una solución, con el posterior compromiso de cumplir y respetar lo acordado, siendo susceptible de verificación a través del seguimiento respectivo.

³ Dahrendorf, Ralf (1988). *El Conflicto Social Moderno*. University of California Press: Berkeley y Los Ángeles, p. 35

1.1.4 Conflictos Laborales.

Los conflictos laborales tratan conflictos de distinta naturaleza que estarán relacionados con las condicionales laborales que los provocan. La presencia innegable del conflicto laboral sirve como elemento que dinamiza no sólo las relaciones de producción, sino, como consecuencia, las sociales en general.

Referente a la naturaleza del conflicto y teniendo en cuenta el interés afectado, el conflicto laboral se clasifica en conflictos individuales y conflictos colectivos; y por otro lado, en conflictos de derechos e intereses; los conflictos laborales son de naturaleza distinta en función de las condiciones laborales que se hayan deteriorado.

Frente a esta diversificación se han adoptado diferentes formas de solucionar los conflictos originados por la negociación colectiva; o bien por una continuación de la negociación entre las partes implicadas hasta la consecución de un acuerdo; o bien por una intervención de un tercero, que puede a su vez actuar en muy distintas formas. Según el tercero interviniente, la delimitación va a ser entre sistema judicial y extrajudicial, este último se centra en los métodos extrajudiciales para la resolución de conflictos como la negociación, mediación y arbitraje.

1.1.5 Conflicto Individual.

El conflicto individual de trabajo surge de pugnas de carácter laboral donde se pretende la satisfacción del interés particular de un trabajador frente a su empleador, respecto a la aplicación, interpretación y/o alcance del contrato individual de trabajo y sus cláusulas.

1.1.6 Conflicto Colectivo.

Los conflictos colectivos de trabajo son aquellos que se producen en el enfrentamiento de intereses opuestos entre la parte empleadora y la parte trabajadora, propone una colectividad de trabajadores enfrentados a uno o varios empresarios. Ha de existir un interés colectivo, abstracto e indivisible en el grupo afectado.

Los conflictos colectivos presentan mayor trascendencia en el establecimiento de un sistema de relaciones laborales, afectan a un número elevado de trabajadores y sus consecuencias son económica y socialmente significativas. Representa todo un océano

de acontecimientos abierto a modalidades visibles e invisibles de manifestación, y sometido a reglas formales e informales de solución.

1.1.6.1 Conflicto de derecho.

El conflicto de derecho deriva de discrepancias relativas a la aplicación o interpretación de una norma u obligación jurídica plasmada en una ley, un convenio colectivo o un contrato individual de trabajo, no trata de crear normas jurídicas nuevas, por lo contrario, trata de interpretar las que ya existen.

1.1.6.2 Conflicto de intereses.

También denominados conflictos económicos, son aquellos que se suscitan por diferencias relativas a la determinación de derechos y obligaciones futuras, por lo general es el resultado del fracaso de la negociación colectiva. En este tipo de conflicto lo que se discute es la necesidad de regirse por una norma más favorable, no se discute la interpretación de la norma.⁴ Ejemplo de ello es la negociación de un acuerdo colectivo, en el que empresarios y trabajadores intentan establecer las condiciones en las que se llevará a cabo el trabajo.

1.2 Métodos Extrajudiciales para la Resolución de Conflictos.

Para entender el concepto de métodos extrajudiciales para la resolución de conflictos, los visualizaremos desde dos ópticas: en un sentido amplio, como aquellos sistemas complementarios a la Administración de Justicia, mediante los cuales se pretende llegar a soluciones legales por caminos externos a los Juzgados y Tribunales y; en un segundo punto, como aquellos mecanismos encaminados a solucionar las controversias entre las partes, ya sea de manera directa entre ellas, o bien, a través del nombramiento de mediadores, conciliadores o árbitros que coadyuven en la solución alterna a los conflictos.

Los Métodos Extrajudiciales para la Resolución de Conflictos surgen de la necesidad de los estados modernos de crear nuevos sistemas para solucionar los conflictos que surgen en el entorno de las sociedades y no depender demasiado del sistema tradicional de justicia que no otorga una solución eficiente ni íntegra para las partes.

⁴ Conflictos de Trabajo [en línea]. PDF. Recuperado de http://www.juntadeandalucia.es/averroes/~11004672/departamentos/administracion_empresas/cfgs/recursos_humanos/tema12.pdf [Consulta 04-04-2014]

Los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos, como nuevas fórmulas de justicia convivencial, permiten no sólo superar los límites del mero razonamiento jurídico, sino también dar un mayor protagonismo a las partes en la solución del conflicto, estos mecanismos no se basan en la imposición de soluciones, sino en el favorecimiento de las mismas sobre una base consensual o conciliadora: buscan conseguir un compromiso.

Como métodos extrajudiciales para la resolución de conflictos, se derivan los siguientes:

- **La Negociación:** El autor Roger Fisher, especialista en el tema, nos habla al respecto: “Es una comunicación mutua diseñada para llegar a un acuerdo, cuando usted y la otra persona tienen algunos intereses en común y otros que son opuestos”⁵. Este proceso se desarrolla a base de estrategias distributivas e integradoras, que constituyen dos formas opuestas de negociación, mientras la primera busca ganar a expensas de la otra parte, la segunda genera alternativas creativas que integra los intereses de las partes.

- **La Mediación:** En cuanto a la definición de mediación, Folberg y Taylor realizan el siguiente señalamiento: “Es posible definirla como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa, con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades”⁶. La ventaja de la mediación sobre los demás mecanismos, radica en su valor íntegro de precautelar las relaciones entre las partes y evitar el surgimiento de nuevos problemas en el futuro.

- **El Arbitraje:** Es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a la tutela de un tercero de su confianza llamado árbitro que dicta una decisión sobre la controversia llamado laudo, obligatorio para las partes. Se caracteriza principalmente por la flexibilidad procesal y la posibilidad de escoger a los árbitros.

Para la resolución de un conflicto, se puede optar por el método de resolución extrajudicial que mejor se adapte a cada situación, pues cada conflicto presenta sus propias particularidades; para el desarrollo de la presente investigación se tomará como punto de enfoque al proceso de mediación.

⁵ Fisher, Roger (2003). *Obtenga el Sí*. México: CECSA, p.15

⁶ Folberg, J. y Taylor, A. (1997). *Mediación: Resolución de conflictos sin litigio*. México: Limusa, p. 27

1.3 La Mediación

1.3.1 Definición.

La mediación es la intervención de una tercera parte, competente e imparcial, en una disputa, con el propósito de ayudar a las partes a resolver sus diferencias y a mejorar sus relaciones en el futuro, proveyéndolos de un ambiente seguro.

Existen dos aspectos importantes relevantes de las intervenciones de mediación, que ya se anuncian en la definición, los cuales se refieren a la competencia y la imparcialidad de las personas que asumen el rol de la mediación.

La mediación, como exponente de los métodos alternativos de resolución de conflictos, se consolida como una alternativa real, eficiente y moderna de los problemas actuales de la administración de justicia. Dispone de múltiples ventajas frente al proceso judicial tradicional: es más rápida, es más flexible y más económica; a continuación se detallan sus características esenciales.

1.3.2 Características.

- **Voluntariedad.**- Para que el proceso de mediación sea efectivo debe necesariamente ser voluntario, cada uno de los mediados tienen la libertad de apartarse o desistir en cualquier fase del procedimiento ya iniciado, sin alegar razón alguna ni que esto conlleve ningún tipo de consecuencia.

- **Confidencialidad y secreto profesional.**- La información generada durante el proceso y los materiales utilizados para la mediación no son susceptibles de ser utilizados en ningún procedimiento legal posterior, por ninguna de las partes en conflicto.

- **Imparcialidad.**- El mediador no podrá imponer soluciones ni tomar medidas concretas, no puede favorecer los intereses de uno frente a los del otro, ni puede favorecer un resultado específico de la mediación. El mediador les acompañará en el proceso desde un rol no impositivo en cuanto a la toma de decisiones.

- **Flexibilidad.**- El proceso de mediación se desarrolla sin sujetarse a un procedimiento reglado, este debe adaptarse a las características, necesidades y tipo de conflicto que tengan las partes. No existen dos mediaciones iguales.

- **Autodeterminación de las partes.**- Sobre la base de una participación activa, son los propios usuarios quienes generan alternativas y opciones de solución al conflicto que presentan, llegando a acuerdos creados por ellos mismos que satisfacen sus intereses particulares, presentándose aquí un mayor nivel de satisfacción y de compromiso para cumplir los acuerdos, en comparación con los resultados producidos en vía judicial.

1.3.3 Tipos de Mediación.

Según el objetivo que se persigue con la intervención de la mediación, y las técnicas que se utilicen para el logro de dichos objetivos, se distinguen tres grandes tipos de mediación: mediación transformadora, mediación facilitadora y mediación directiva o evaluadora.

1.3.3.1 Mediación Transformadora.

El objetivo de la mediación transformadora reside en mejorar la comunicación y las relaciones entre las partes, de modo que éstas sean capaces de gestionar sus propios conflictos en el futuro. Se trata, por tanto, de modelar las conductas de las partes, cambiando el modo de relacionarse entre sí, y apoyándoles mientras tratan de lograr un acuerdo o al menos mejorando el entendimiento entre sí.⁷

Las técnicas empleadas en este tipo de mediación se orientan a apoderar a las partes, de modo que éstas sean capaces de aprender a identificar sus propios intereses, a velar por ellos pudiendo así gestionar sus propios conflictos, y a reconocer y comprender los intereses de la otra parte.

1.3.3.2 Mediación Facilitadora.

El objetivo de la mediación facilitadora reside en apoyar a las partes en el proceso de lograr un acuerdo, facilitándoles un contexto que les permita dirimir sus controversias. El equipo mediador toma el control del proceso, si bien no realiza recomendaciones ni manifiesta sus opiniones sobre el desarrollo del proceso.

En este tipo de mediación se aplican técnicas orientadas a mejorar la comunicación y a suscitar la empatía entre las partes, para que estas puedan lograr el acuerdo.

⁷ Bush, R. A. B., & Folger, J. P. (1994). *The Promise of Mediation*. San Francisco: Jossey-Bass, p. 37

1.3.3.3 Mediación Directiva o Evaluativa.

El objetivo de la mediación directiva o evaluativa reside en lograr un acuerdo. En este tipo de mediación, es el equipo mediador quien llega a tener la información sobre los intereses de cada una de las partes, que es precisamente lo que permite al equipo mediador ir detectando las causas del conflicto, e ir reduciendo las distancias entre las propuestas hasta llegar a un acuerdo.⁸

En este tipo de mediación, las técnicas se centran básicamente en las sesiones privadas con las partes, hasta que el equipo mediador consigue la información suficiente que les permita evaluar la situación e ir realizando propuestas que vayan aproximando a las partes a un acuerdo.

1.3.4 Escuelas o Modelos de Mediación.

La mediación tal y como se ha expuesto, parte de elementos básicos comunes que configuran su proceso, pero existe alguna diferencia en lo referente a objetivos primarios y secundarios, cristalizándose en tres escuelas de mediación: modelo tradicional – lineal (Harvard), modelo transformativo y modelo de Sara Cobb.

1.3.4.1 Modelo Tradicional – Lineal (Harvard).

En líneas generales se define como una negociación por intereses asistida por un tercero, proponiendo que las partes traten de trabajar para resolver el conflicto de manera colaborativa. Básicamente consiste en que las partes tratan de obtener satisfacción por medio de la resolución de conflictos.

En este modelo se puede constatar el rol de la persona mediadora, que es un experto en la materia, quien controla la interacción y guía el proceso. La comunicación es bastante lineal, en consonancia con la génesis de este método que es la negociación bilateral.

Los objetivos de este modelo se traducen en lograr el acuerdo, disminuir la diferencia entre las partes, aumentar las semejanzas, los valores, los intereses, y de producirse aquello el conflicto desaparece.

⁸ Fisher, R; Ury W. (1981). *Obtenga el Sí: El arte de Negociar sin ceder*. Barcelona: Gestión 2000, p. 121

1.3.4.2 Modelo Transformativo.

A diferencia del modelo señalado anteriormente, este posee una orientación transformadora del conflicto. El conflicto es considerado no como un problema, sino como una oportunidad de crecimiento y de transformación moral.

El eje base del presente modelo se traduce en que el convenio sólo se logrará en la medida que los participantes encuentren una nueva mirada del otro y de sí mismos.

De esta manera, el modelo transformativo tiene como objetivos la mejora de las partes, potenciando su evolución y maduración, y; que entre los efectos más importantes que la mediación pueda producir, sea la revalorización y el reconocimiento.

1.3.4.3 Modelo de Sara Cobb.

En el modelo fundamentado de Sara Cobb, el conflicto se ve reflejado como una presencia interna y casi continua en cada persona, parte del supuesto de que el ser humano vive en una permanente pulsión entre el deseo y el saber. Se vislumbra entonces un factor diferencial entre conflicto y disputa, esta última trata del momento en que el conflicto generado se va de las manos, se hace público e inmanejable.

Este modelo nace del paradigma sistémico donde tiene gran importancia la comunicación, especialmente el elemento circular que existe en toda comunicación, está orientado al acuerdo como a la modificación de las relaciones.⁹

Se fundamenta en primer lugar en la psicología del yo, en donde el mediador se propone reforzar y facilitar el aprendizaje de las funciones del yo a través de liberar, estimular, orientar la motivación de la persona para cambiar; en segundo lugar, en la pragmática de la comunicación humana y; en tercer lugar, en la causalidad circularidad de las pautas de interacción familiar.

La comunicación circular, cuyos elementos es la comunicación digital (lo verbal) y la comunicación analógica (no verbal), se basa además en la causalidad circular que se refiere a que no existe una única –causa- que propicie un resultado (el conflicto).

⁹ Suares, Marinés (1996). *Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Ed. Paidós, p. 249-255

1.3.5 El Mediador.

El mediador, desde una concepción común, es aquella persona que interviene entre dos o más personas en disputa, procurando resolver sus desavenencias. En un segundo concepto, más técnico, se manifiesta que mediador es la persona que posee los conocimientos y habilidades necesarias para poder desempeñarse como tal dentro de un proceso de resolución de conflictos.

En el concepto que se menciona, se desarrollan dos aspectos esenciales del mediador, por un lado los conocimientos que posee, los mismos que se adquieren con la realización de la capacitación oficial que cada estado establece dentro de una carga formativa establecida; por otro lado, se hace alusión a las habilidades, entendidas como las cualidades necesarias para un buen desempeño dentro de la actividad, como una adecuada aptitud y actitud psicológica, experiencia de vida y una gran dosis de paciencia.

1.3.5.1 Perfil del Mediador.

El mediador debe desarrollar habilidades suficientes que le permita cumplir son eficiencia las tareas encomendadas, como a continuación se detalla:

- Flexible: Tener disposición al cambio para adaptarse a las necesidades de cada cliente.
- Tolerante ante la adversidad y propiciador de la armonía.
- Responsable y comprometido con su función.
- Perceptivo: Debe estar atento y saber identificar los intereses, posiciones y necesidades de las partes.
- Creativo: Con el objeto de poder ayudar a las partes cuando estas son poco cooperadoras en la generación de soluciones.
- Asertivo: Moderar la forma de expresarse entre las partes.
- Actitud colaborativa e investigadora dentro del proceso.

1.3.5.2 Características del Mediador.

La primera es la aceptación, se refiere a la disposición que muestran los litigantes al convenir que un tercero ajeno al conflicto, se incorpore a la disputa y les ayude a obtener una solución. Es importante destacar que la aceptabilidad no quiere decir que las partes acepten de buena manera al mediador y que van a estar de acuerdo o van a realizar todo lo

que éste les diga, sino que se refiere a que las partes aprueban su intervención en el conflicto y que están abiertas a escuchar todo en lo que les pueda ayudar en cuanto a la conducción y manejo del conflicto, ya que él es el experto en el tema.

La imparcialidad y la neutralidad son aspectos primordiales y necesarios con los que debe de contar forzosamente el mediador.

Cristopher Moore realiza una distinción entre la una y la otra, en lo que respecta a la imparcialidad, se refiere a la actitud del interventor o el tercero, es decir, falta de inclinación o preferencia alguna para con las partes involucradas. En cambio toma en cuenta a la neutralidad como el comportamiento o la relación entre los litigantes y el mediador.¹⁰

Como los mediadores no han tenido relación anterior con alguna de las partes, no existe amistad o compadrazgo (de lo contrario deberá excusarse para que otro mediador intervenga como lo marcan los diversos códigos de ética) con los litigantes, no se encuentran influenciados en el acuerdo que puedan tomar, o mejor dicho aún, no van a recibir ningún beneficio directo o retribución alguna.

Por las características del mediador mencionadas con anterioridad, no significa que este no pueda crear opiniones personales con respecto de las partes o en cuanto al acuerdo a que estas lleguen, lo importante aquí es que el mediador no las exteriorice y que deje a un lado sus opiniones y que únicamente se enfoque en encontrar maneras para ayudar a las partes y que estas formulen sus propias opiniones para que logren concretar en un acuerdo consentido.

Al mediador también se lo conoce como facilitador, ya que otra de las características de este es el ayudar a las partes a observar los resultados que acarrearían los acuerdos en todos los campos, como las personas que se pueden ver afectadas por su nivel de implicación, de la misma manera ayudan a desarrollar un proceso de educación mutua acerca de las cuestiones y los intereses en juego.

Por último, otra de las características del mediador es que él carece de poder de decisión a diferencia del juez o del árbitro, ya que como se ha venido comentando a lo largo de este apartado, las partes son las que tienen la decisión. Con esto, es posible que se llegue a cuestionar acerca de la autoridad del mediador, misma que reside en la capacidad que tiene

¹⁰ Moore, Christopher (1995). *El proceso de mediación*. Buenos Aires: Ed. Granica, p. 207.

éste en lo que respecta a las apelaciones que hace a los litigantes a fin de que concreten un acuerdo en base a los intereses planteados, esto se puede resumir en el derecho de influir sobre el resultado de la disputa que le otorgan las partes.

1.3.5.3 Habilidades del Mediador.

Las personas que pretenden dedicarse a la mediación, en cualquiera de sus ámbitos, deben contar con una serie de características y habilidades, no solo bastan las ganas o el interés que se le tenga, aunque cabe destacar que éstas también son de gran importancia y trascendencia en cualquier ámbito, sin importar la profesión, arte u oficio que se desarrolle.

El mediador requiere de una capacitación especial que le permita desarrollar habilidades para que este pueda ayudar de una buena manera a las partes en la conducción para la obtención de solución a los conflictos, por medio de esta capacitación el mediador adquiere técnicas y estrategias que puede utilizar, según el caso, en los diferentes procesos de mediación.

Algunas de las habilidades con las que deben de contar los mediadores se detallan a continuación:

✓ Facilidad de comunicación.	✓ Equilibrar poder.
✓ Facilidad de comprensión.	✓ Dirigir el proceso.
✓ Facilidad de expresión.	✓ Reconducir desviaciones.
✓ Sensibilidad.	✓ Saber aplicar las etapas del proceso.
✓ Humanidad.	✓ Saber remitir a otros servicios.
✓ Sin perjuicios.	✓ Distinguir los acuerdos perjudiciales.
✓ Transmitir credibilidad.	✓ Crear armonía.
✓ Saber escuchar.	
✓ Saber parafrasear.	
✓ Romper estancamiento.	

1.3.5.4 Responsabilidad del Mediador.

Como afirma J. Enrique Urquidi, el mediador posee a su haber responsabilidades esenciales para que la mediación tenga éxito y alcance el fin deseado. Son responsabilidades del mediador:

- La obligación de mantenerse imparcial y de servir por igual, sin favoritismo hacia alguno de los participantes.
- Asegurarse que los participantes entienden de manera clara y sin duda alguna la naturaleza de la mediación, su procedimiento y la función del mediador.
- Auxiliar a las partes en la búsqueda de soluciones por medio de las tácticas ya mencionadas, a fin de que estos generen opciones y den solución a su conflicto.
- Llevar a cabo los arreglos necesarios para la implementación del encuentro de mediación sin contratiempos.
- Mantener en confidencia el expediente del conflicto y todo tipo de información revelada durante el proceso y reuniones con las partes, ya sean conjuntas o privadas.
- Excusarse de intervenir como mediador en la controversia si se presume algún conflicto de intereses.¹¹

1.3.5.5 Abogado Mediador.

Los abogados son conocedores frecuentes de diferentes tipos de conflictos que se generan en el devenir diario de las personas. Sin embargo, son muy pocos los abogados que conocen las artes, técnicas, estrategias, etc., de un proceso de mediación.

En una mediación, el abogado puede asumir una doble función: la de asesor jurídico, estableciendo cuáles son los derechos de su cliente y los de la contraparte, cómo serán las posibilidades de cada uno en caso de juicio, etc., y la de asesor estratégico, asesorando a su cliente acerca de la forma en que debe conducirse la mediación, sobre todo si el abogado tiene conocimientos de negociación, comunicación, estrategia, regateo, etc.

Los abogados pueden sentir que su rol es competir para sacar la tajada más grande. Ven a la mediación como un proceso competitivo y no como un proceso integrativo de creación de valor. Por lo tanto, pueden llegar a tener una actitud muy competitiva y agresiva, en la convicción de que ese es el rol que más ayudará a sus clientes. Esa actitud, obviamente, es perjudicial para el desarrollo de la mediación.

¹¹ Urquidi, Enrique (1999). *Mediación: Solución a conflictos sin litigio*. México: Ed. Centro de Resolución de Conflictos, p. 51

CAPÍTULO II

La Mediación en el Sistema Normativo Ecuatoriano.

2.1 Constitución de la República del Ecuador.

La Carta Magna ecuatoriana parte enfatizando, dentro de sus principios fundamentales, el derecho de sus habitantes a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción; al hablar de cultura paz nos referimos obviamente a la mediación, como un importantísimo elemento que la constituye.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 190, reconoce a la mediación como un método alternativo para la solución de conflictos.¹² Este tipo de procedimientos se aplican con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

Además, en la carta magna se contempla la transacción y la conciliación en materia laboral, así pues el artículo 326, numerales 11 y 12 señalan:

11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.

12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.¹³

En cuanto a la transacción el Diccionario Elemental Jurídico señala: “Concesión que se hace al adversario, a fin de concluir una disputa, causa o conflicto, aun estando cierto de la razón o justicia propia. Adopción de un término medio en una negociación; ya sea en el precio o en alguna otra circunstancia. Ajuste, convenio, negocio, operación mercantil”.¹⁴

Con respecto al concepto de conciliación, el mismo Diccionario Elemental Jurídico señala: “Avenencia de las partes en un acto judicial previo a la iniciación de un pleito”.¹⁵ El acto de conciliación, que también se denomina juicio de conciliación, procura la transigencia de las partes, con el objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar.

Como hecho relevante, a partir de la vigencia de mencionados preceptos constitucionales, la Procuraduría General del Estado fomenta la inclusión de una cláusula contractual de solución de divergencias o controversias que se deriven entre las partes a través de los mecanismos alternativos como arbitraje y mediación, fomentando a que las

¹² Véase Art. 190 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

¹³ Constitución de la República del Ecuador. Publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008, Decreto legislativo No. 0, 2008.

¹⁴ Véase Diccionario Jurídico. G. Cabanellas de las Cuevas.

¹⁵ Ibid.

entidades del sector público opten primeramente por vías no judiciales, de esta manera se sitúa a la realidad el objetivo mismo de estos mecanismos, el impulsar una cultura del diálogo y complementar el sistema judicial.

La mediación es participativa, por lo tanto fortalece un sistema democrático y por otro lado mejora las condiciones de igualdad en el acceso al sistema de justicia. La Constitución de Montecristi ha entendido ese precepto otorgando a las organizaciones, la facultad de desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que la ley lo permita.¹⁶

2.2 Ley de Arbitraje y Mediación.

La Ley de Arbitraje y Mediación se dicta en virtud del precepto constitucional y es ley de la República del Ecuador desde el 04 de septiembre de 1997 (R.O. No.145, 4.9.97), esta norma jurídica derogó disposiciones de Arbitraje que se encontraban contenidas en el Código Procesal Civil y la Ley de Arbitraje Comercial, dictada mediante Decreto Supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963 y publicada en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de 1963.

La denominada Ley de Mediación y Arbitraje contiene la regulación de lo analizado en textos anteriores y definido como mediación, en los títulos I y II se reseña la mediación como una institución moderna para solucionar conflictos dentro del actual ordenamiento jurídico ecuatoriano. Cabe recalcar que la presente ley viabilizó la Mediación en el Ecuador, tanto en lo que respecta a Mediación Institucional como a Mediación Comunitaria, esto es un aspecto innovador, pues ha permitido reconocer la existencia de la Mediación Comunitaria, lo cual viabiliza que las diferentes comunidades y los sectores urbanos marginales puedan resolver sus diferencias o problemas internos por medio del diálogo y la Mediación, antes que acudan a la Justicia Ordinaria, con el agregado de hallarnos inmersos en un estado plurinacional e intercultural.

Adentrándonos al contenido que nos presenta la ley en mención, constatamos que el Título II De La Mediación, contiene lo que se define como mediación, de esta manera se señala: “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

¹⁶ Véase Art. 97 de la Constitución de la República del Ecuador. 2008.

verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.¹⁷

Con respecto a quien puede solicitarla, se encuentran disposiciones en los artículos 43, 44 y 48; en cuanto a las características de la solicitud de mediación, lo indica el artículo 45; en relación a cuando procede, en su artículo 46; como concluye y la relación de lo acontecido en la misma en el artículo 47; quien puede actuar en calidad de mediador en el artículo 49; la confidencialidad de la misma y la forma de renunciarla si es querer de las partes, en el artículo 50; de la comparecencia y lo que debe constar en el acta si esta no se da en la segunda llamada, en el artículo 52; quienes pueden organizar centros de mediación, en el artículo 52; de los centros de mediación y sus reglamentos en los artículos 53 y 54; se habla de la conciliación extrajudicial como mecanismo alternativo para la solución de conflictos en el artículo 55, de la prohibición de acusar de prevaricato a los jueces ordinarios por haber propuesto fórmulas de arreglo para las partes en sentencias o juntas de conciliación en el artículo 56; sobre la posibilidad que tienen el centro de mediación o mediador de dejar de prestar sus servicios en caso de no pago de los honorarios, en el artículo 57; el reconocimiento de la mediación comunitaria y su procedimiento, en los artículos 58 y 59; constan también disposiciones generales en los artículos 60 y 61, y; disposiciones transitorias en los artículos 62, 63 y 64.

En la actualidad, es de conocimiento general que existe un proyecto de Reglamento General de Aplicación a la Ley de Arbitraje y Mediación, cuya necesidad es latente, a pesar que la misma norma determina un plazo de 90 días para la promulgación por parte del ejecutivo, pero lamentablemente esto no se ha cumplido. La importancia que sugiere la existencia de un reglamento, se basa en lo referente a lo que son procesos, formas y maneras de desarrollo de una mediación. Es más, podría servir como referencia a la aplicabilidad y proceso de la ejecución de actas en caso de no cumplimiento, su nulidad y sucesos dentro de la vía de ejecución como recursos, nulidades procesales y otros.

2.3 Código Civil

La institución jurídica más próxima a la figura de la mediación -bajo los preceptos de la actual Ley de Arbitraje y Mediación (LAYM)- se encuentra en el Título XXXVIII del Libro Cuarto del Código Civil (CC): “De la Transacción”, que se manifiesta en el

¹⁷ Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. 1997

articulado 2372: “Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”.¹⁸

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

- 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.
- 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.
- Extrajudicial, tanto el Código Civil como la Ley de Arbitraje y Mediación concuerdan que este proceso es llevado fuera de los tribunales de justicia.

Tanto el artículo 2357 del Código Civil como el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, señalan que el acta de mediación tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada en última instancia. No obstante, según mandato del artículo 402 del Código de Procedimiento Civil, para que la transacción, dentro de juicio, surta efecto, el acta de acuerdo debe ser aprobada por sentencia judicial, esta disposición parecería superada por la Ley de Arbitraje y Mediación.

La relación entre la mediación y la transacción exhibe gran importancia para quienes negocian directamente o median los términos de un acuerdo, pues, como vemos, el contrato de transacción, al igual que el acta de mediación, tienen mérito de cosa juzgada en última instancia, de modo que, cuando se trata de una transacción extrajudicial, se puede prescindir de la firma de un mediador certificado o autorizado en los términos de la Ley de Arbitraje y Mediación, pues como secuela de la transacción, el contrato transaccional tiene el mismo efecto jurídico que una sentencia ejecutoriada de última instancia.

De modo tal que a través de un mediador independiente o de un centro se puede negociar o mediar y lograr un acuerdo a través de una acta de mediación, conforme a la Ley de Arbitraje y Mediación, título de la Transacción del Código Civil.

¹⁸ Código Civil del Ecuador.

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

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

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

De la información desarrollada se puede decir que la Ley de Arbitraje y Mediación debe tener concordancia con el Código Civil, pudiendo este Título "De la Transacción" ser norma supletoria de la Ley de Arbitraje y Mediación.

2.4 Código del Trabajo.

Dentro de lo dispuesto por el Código del Trabajo, ya constaba una figura de solución alternativa de conflictos, siendo el primer cuerpo legal que utilizó la expresión mediación.

Se conocen como "comisionados de conciliación" elemento que surgió con la instauración del Departamento del Trabajo de los Estados Unidos y el luego organizado Servicio Federal de Mediación y Conciliación para atender las diferencias obrero-patronales.¹⁹

Actualmente en la legislación laboral ecuatoriana, el proceso de mediación se diferencia de la conciliación y es un procedimiento obligatorio, particularmente para los conflictos laborales. Así pues tenemos la siguiente disposición contenida en el artículo 468 del Código de Trabajo: "Todo incidente que se suscitare en el conflicto, sea de la naturaleza que fuere, deberá ser resuelto por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje al tiempo de dictar el fallo."; con respecto a la a la obligatoriedad del trámite, el artículo 470 señala: "Mediación obligatoria.- Si no hubiere contestación o si ésta no fuere enteramente

¹⁹ Christopher W. Moore (1986). *El proceso de mediación*. Barcelona: Granica, p.72

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 señalado en el artículo 476 del mencionado cuerpo legal, además en relación a quienes pueden actuar también se especifica en el artículo 470, que no podrán ser elegidos como vocales ante el Tribunal de Conciliación y Arbitraje quienes hubieren intervenido como representantes de las partes. Además en el texto del artículo mencionado, se dice que se deberá suscribir una acta del acuerdo que de por terminado el conflicto.

En cambio en el artículo 471 consta la prohibición de declaratoria de huelga, donde los trabajadores reclamantes no podrán declararse en huelga, mientras duren las negociaciones, salvo por las causales previstas en los numerales 1, 2 y 7 del artículo 497 del Código en mención.

En el caso de que la fase de la mediación no se pudiera concretar se recurrirá a lo dispuesto en el Art. 472 del Código del Trabajo, que habla del sometimiento del Conflicto al Tribunal de Conciliación y Arbitraje; en el artículo 476, se tratan las normas para concurrencia a la Junta de Conciliación; posteriormente el Art. 477 habla de la conciliación misma y de la trascendencia que tiene esta.

Adentrándonos en el artículo 486, este se refiere a los Tribunales Superiores de Conciliación y Arbitraje como los órganos encargados del conocimiento de los conflictos colectivos de trabajo en segunda instancia. En el Art. 489 se contemplan los efectos de los fallos ejecutoriados. En el Art. 491, constan las Atribuciones del Ministerio de Trabajo y

Recursos Humanos (actual Ministerio de Relaciones Laborales), donde se menciona que corresponde al Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos y quienes presidan los Tribunales, hacer cumplir los fallos o actas con los cuales se da término a los conflictos colectivos.

El tema de la huelga se ve analizada desde perspectivas tales como el derecho que tienen los trabajadores de percibir su remuneración, salvo los casos presentados en el artículo 504 del cuerpo legal referido. Huelga solidaria y huelga ilícita, también se contempla en el referido código.

Ante lo mencionado, se destaca que la legislación laboral ecuatoriana fomenta la mediación como el primer camino para superar las diferencias laborales existentes entre empleadores y trabajadores.

El factor diferencial que posee el recurso de conciliación laboral, contemplado en el Código de Trabajo, respecto al proceso de mediación, radica en que esta última, las proposiciones de resolución corresponden exclusivamente a las partes.

2.4.1 Requisitos para la Mediación Laboral.

El Ministerio de Relaciones Laborales a través de su dirección y unidades de mediación laboral, realiza los procesos de mediación, en conflictos laborales colectivos, tanto los procesos obligatorios como los señalados en el Art. 555 del Código de Trabajo.

A través de este mecanismo se podrá solicitar al Ministerio de Relaciones Laborales su participación a través del diálogo social tripartito tanto con el empleador y trabajadores, en la solución de conflictos o conocimiento de denuncias sobre situaciones de incumplimientos de carácter laboral.

Se requiere:

- ✓ Especificar los nombres y domicilios de las partes.
- ✓ Especificar las causas del pedido de los trabajadores o empleadores.

El procedimiento se configura básicamente de la siguiente forma:

- ✓ Petición Dirigida a la Directora explicando que tipo de conflicto se ha suscitado
- ✓ Realizar la mediación previa a cualquier conflicto colectivo de trabajo;

- ✓ Realizar la mediación obligatoria conforme a lo previsto en el Código de Trabajo
- ✓ Impulsar la negociación colectiva y convertirla en medio eficaz para el establecimiento de mejores condiciones de trabajo y empleo;
- ✓ Impulsar y propender al trato extrajudicial de los conflictos colectivos de trabajo, que tienda a aproximar las posiciones de las partes; Crear el expediente; y
- ✓ Firmar un Acta de Acuerdo o Acta Transaccional con los acuerdos logrados, la misma que puede ser con acuerdos totales, parciales, o imposibilidad.

2.4.2 Código Orgánico de la Función Judicial.

El Código Orgánico de la Función Judicial cataloga a la mediación como un servicio público concerniente a la administración de justicia por parte del Estado.

Dentro de las facultades jurisdiccionales de juezas y jueces se menciona el hecho de procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto, pueden de oficio convocarlas a audiencia, a las que deberán concurrir las partes personalmente o por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir.

De considerarlo conveniente los tribunales o juezas y jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal con la misma finalidad. Se exceptúan los casos en que se halla prohibida la transacción, y si ésta requiere de requisitos especiales previos necesariamente se los cumplirán, antes de que el tribunal, jueza o juez de la causa homologue el acuerdo transaccional.

2.4.3 Código Orgánico Integral Penal.

El nuevo Código Integral Penal ecuatoriano menciona ciertas reglas por las cuales deberá regirse el mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, esto es el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del procesado, la participación del procesado no se podrá utilizar como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores, el incumplimiento de un acuerdo no podrá ser utilizado como fundamento para una condena o para la agravación de la pena, entre otros.

Según el Código Orgánico Integral Penal, la conciliación penal tiene como una de sus reglas la existencia de un facilitador o conciliador que es la persona que inducirá los acuerdos voluntarios de los titulares del conflicto penal. La estructura de este mecanismo

es, en consecuencia, similar a la de la mediación: construido sobre la base de los principios de voluntariedad, confidencialidad, transparencia, imparcialidad, gratuidad, flexibilidad, informalidad, debate contradictorio, buena fe, colaboración y respeto entre los participantes.

2.4.4 Código de la Niñez y Adolescencia.

El título XI del Código de la Niñez y Adolescencia nos establece el tema de mediación, el cual procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia.

El proceso de mediación se deberá realizar en los centros autorizados para el efecto, donde se deberá tomar en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente que esté en condiciones de expresarse.

Los legisladores ecuatorianos han dado un tratamiento especial con respecto a los niños y adolescentes ya que están considerados como un grupo vulnerable dentro de la sociedad, es por ello que sus controversias o en las que se vean inmersos requieren ser realizadas conforme a los principios de equidad, igualdad y una protección integral.

2.5.5 Instructivo para la Derivación de Causas Judiciales a Centros de Mediación.

El presente instructivo que se ha redactado va acorde al ordenamiento jurídico interno pues, la carta magna del estado autoriza la implementación de métodos alternativos para la solución de conflictos, así mismo el Código de la Niñez y Adolescencia y la ley madre de la materia (LAM) dan el aval para efectuar procesos de mediación en todas las materias transigibles y además es potestad del juez ordinario disponer en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de medición ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.

Claro está que el objeto del mencionado instructivo prevé el descongestionamiento del excesivo número de juicios que se tramitan en los juzgados.

CAPÍTULO III

La Mediación en el Sistema Normativo Español

3.1 Generalidades

La mediación constituye una materia emergente, actual y de honda trascendencia tanto social como jurídica, su desarrollo, al igual que el resto de los métodos alternativos para la resolución de conflictos o litigios, responde a la necesidad de mejorar el acceso a la justicia como una apuesta política de la Comunidad Europea. Al mismo tiempo la mediación se perfila como un mecanismo de paz social que conlleva una mayor participación cívica, respondiendo así a un concepto amplio de hacer justicia autocompositiva, donde el protagonismo es de las partes.

La instauración de la mediación en España se ejecuta partiendo de lo que al respecto se promueve desde la Unión Europea. Al efecto se han promulgado diferentes tipos de actos legislativos concernientes a promover los métodos alternativos para la resolución de conflictos, contemplando de manera especial la mediación, para ello el 21 de enero de 1998, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó la Recomendación N° R (98)1, sobre Mediación Familiar, documento fundamental para la implementación de la mediación en España; así mismo el 21 de mayo de 2008, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adopta la Directiva 2008/52/CE ²⁰, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Tanto la Recomendación dictada en el seno de la Unión Europea, como la adopción de la Directiva 2008/52/CE, son tomadas en cuenta a nivel de la normativa estatal como en la estrictamente autonómica, ámbito en el que existe un mayor grado de desarrollo, aun cuando ello acontece, hasta la fecha, en once de las diecisiete Comunidades Autónomas que son parte del territorio español.

Así pues normalizar y regularizar la práctica de la mediación en España evidencia un proceso de institucionalización de la misma, que como ya se ha enunciado previamente, esta tiene su origen oficial en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo, directriz que establece las bases para garantizar un marco jurídico predecible y cuyo objetivo es crear en todos los estados miembros un sistema eficaz que permita a la ciudadanía acceder

²⁰ La Directiva es un acto legislativo en el cual se establece un objetivo que todos los países de la UE deben cumplir, garantizando así la vigencia de unos principios comunes que permita reconocer la efectividad de los acuerdos, sin ulteriores dificultades, en cualquier estado miembro.

a los servicios de mediación, asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial.

Consecuentemente, se aprueba en España la Ley 5/2012 de Mediación civil y mercantil, norma que nace en cumplimiento a la disposición de la Directiva Europea 2008/52/CE. Hasta la entrada en vigor de esta ley, no existía un concepto legal de mediación a nivel estatal, en esta ley se emite el concepto de mediación en su artículo 1 definiéndolo de la siguiente forma: “Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes, intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.²¹ La referida ley establece un precepto oportuno, donde siempre que el ciudadano acuda a un juzgado por un asunto litigioso, ha de ser informado por el juez de que existe la mediación como vía alternativa para resolver el conflicto.

En torno a la mediación laboral, ésta no fue contemplada en el curso de transposición de la Directiva Europea 2008/52/CE al ordenamiento jurídico español, situación que se evidencia en el articulado segundo de la Ley 5/2012 donde se excluye del ámbito de aplicación a la mediación laboral.

No obstante y en contraste con el párrafo anterior, el 25 de enero de 1996, los agentes empresariales y sindicales suscriben el primer Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos de 1996, afán cristalizado en el anhelo de autocomponer las desavenencias entre trabajadores y empresarios. Es aquí donde la mediación laboral concibe sus bases y de este acuerdo nace el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA)²², organismo encargado de atender conflictos laborales de ámbito estatal.

3.2 Marco Normativo Europeo.

3.2.1 Recomendación N° R (98) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobada el 21 de enero de 1998.

Es el primer texto legislativo sobre mediación familiar en Europa, a través del cual, el Consejo de Europa recomienda a los Estados miembros del organismo establecer un marco de actuaciones para resolver las situaciones de conflictos generadas en el seno familiar;

²¹ Boletín Oficial del Estado (España). Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

²² Fundación SIMA. *Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje* [en línea]. Recuperado de <http://fsima.es/fundacion-sima/quienes-somos/> [Consulta 03-06-2014].

resulta la primera vez que la mediación recibió legitimación en Europa a nivel institucional. Esta recomendación se configura como una transposición de la especial complejidad de estas situaciones a la realidad normativa europea.

Esta Recomendación manifiesta características que envuelven el entorno de los conflictos familiares, tales como el hecho de que implican a personas que tienen relaciones interdependientes que continuarán en el tiempo.

A través de la mediación familiar se pretende mejorar la comunicación entre los miembros de la familia, reducir los conflictos entre las partes en litigio, dar lugar a acuerdos amistosos y reducir los costes económicos y temporales, que acarrea la separación o divorcio.

Es importante destacar que aunque la Recomendación N° R (98)1 versa su atención en fomentar la resolución amistosa de los conflictos familiares, lo que realmente persigue esta recomendación es la defensa del interés de los menores que puedan verse afectados por controversias familiares.²³

La Recomendación N° R (98)1 ha marcado un punto de inflexión en toda Europa, se la considera un “documento fundacional”, pues es partir de la presente, cuando los poderes públicos comienzan a dar un impulso importante en aras de institucionalizar la mediación en el estado español.

3.2.2 Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflicto en el ámbito del derecho civil y mercantil [CON (2002) 196 final, de 19 de abril de 2012]

Inicialmente podemos establecer que los libros verdes son comunicaciones publicadas por la Comisión Europea en relación con una política concreta. Suele tratarse de documentos que se dirigen a las partes, organizaciones y particulares interesados para invitarlos a participar en un proceso de consulta y debate.

La Unión Europea toma verdadera conciencia acerca del valor real que permiten y ofrecen las modalidades alternativas de resolución de conflictos en general y de manera particular la mediación, consecuencia de este nuevo enfoque, en el Programa de la Haya adoptado en Consejo Europeo de Bruselas de noviembre de 2004, se dio a relucir la

²³ La mediación familiar tiene como objetivo primordial hacer prevalecer el interés superior del niño contemplado en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño.

necesidad de formalizar durante el año 2006 un instrumento comunitario, en concreto una Directiva, sobre aspectos de la mediación relacionados en asuntos civiles y mercantiles. Con esta finalidad la Comisión presentó el Libro Verde acerca de las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil.

El Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflicto en el ámbito del derecho civil y mercantil, constituye la oportunidad de dar a conocer las ADR (“Alternative Dispute Resolution”)²⁴ a un gran número de personas y permite también hacer más inteligibles las realizaciones e iniciativas adoptadas en este ámbito por los Estados miembros a escala comunitaria.

El Libro Verde plantea 21 preguntas que refieren a elementos configurativos de las distintas modalidades alternativas de solución de conflictos, como la cuestión de los acuerdos para hacer uso de estos procesos, el problema de los plazos de prescripción y caducidad, la exigencia de confidencialidad como condición sine qua non para el eficaz funcionamiento del proceso, la validez del consentimiento, la eficacia de los acuerdos resultantes de estos procesos, la formación de los terceros que intervienen en el proceso, su acreditación y su régimen de responsabilidad.²⁵

La Comisión Europea contribuyó con una importante acotación en la expedición del Libro Verde, recordando que el desarrollo de estas formas de solución de conflictos, en especial la mediación, no debe considerarse como un remedio a las dificultades de funcionamiento de los tribunales de justicia, sino como una forma más consensual de pacificación social y solución de conflictos, que en muchos casos, resulta más conveniente que el hecho de recurrir a un tercero, como es el caso del juez o del árbitro.

²⁴ “Alternative Dispute Resolution” es el estándar internacional con el que se designa a los métodos extrajudiciales en su generalidad y que tienen su origen en Estados Unidos.

²⁵ Las 21 preguntas en mención son el resultado de diferentes debates sobre la mejor manera de garantizar que las modalidades alternativas de solución de conflictos se desarrollen en un entorno óptimo, las respuestas que se emiten a las preguntas planteadas tienen por objeto determinar el interés que supone establecer normas sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos a escala comunitaria (Comunidad Europea).

3.2.3 La Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 De Mayo De 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

El 21 de mayo de 2008, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Esta Directiva responde al interés demostrado en instaurar procedimientos alternativos de carácter extrajudicial, con el fin de contribuir al mantenimiento y desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia donde quede garantizada la libre circulación de particulares y empresas.

Isabel González Cano, catedrática de la Universidad de Sevilla, manifiesta que a través de la presente Directiva se da así plasmación normativa a las Conclusiones emanadas del Consejo Europeo celebrado en Tampere en 1999, en las que los procedimientos alternativos de carácter extrajudicial se concebían como medio para facilitar y mejorar el acceso a la justicia, en cuanto facilita la resolución autocompositiva de controversias y permite una optimización de los recursos de la propia Administración de Justicia.²⁶

Integrada por 14 artículos, precedidos de 15 considerandos, la Directiva 2008/52/CE tiene a su haber un contenido normativo que está sujeto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, es decir, completa lo que han de ser o son las legislaciones estatales; así pues su eje de actuación se limita básicamente a la necesidad de distinguir el procedimiento de mediación de la intervención de los Tribunales, señalar el ámbito de aplicación y respetar unas normas mínimas.

Es importante resaltar de la presente Directiva, la real trascendencia y el impacto que ha producido en el proceso de institucionalización de la mediación y en la aceptación de ésta por parte de los Tribunales de los Estados miembros. Como prueba de aquello, es el Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos acerca de la aplicación de la referida Directiva, en los Estados de la Unión, que concluye con una Propuesta de Resolución por

²⁶ González Cano, M^a Isabel y Romero Pradas, M^a Isabel. *Perspectivas actuales de la mediación civil y laboral*. Crónica Jurídica Hispalense N^o 10/2012, p. 405-453

el Parlamento Europeo en la que se apuesta decididamente por incluir la mediación como uno de los accesos a la Administración de Justicia.²⁷

3.3 Ordenamiento Jurídico Español.

3.3.1 Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (en adelante Ley 15/2005), tiene un valor capital, a nivel estatal, en lo relativo a la contemplación de la mediación familiar.²⁸

La Ley 15/2005 es una de las que mayor trascendencia ha tenido en los últimos tiempos, y parte de la protección del interés del menor y de la importancia de mantener la comunicación y el diálogo en el sistema familiar, incidiendo en el carácter alternativo de la mediación y en los principios que son su eje y su esencia, en la línea planteada por la Recomendación N° R (98)1.

La presente ley presenta novedades importantes que consiste en la eliminación de la causalidad en los procesos de separación o divorcio y la introducción de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, previéndose la futura creación de una ley de mediación, según lo señalado en la disposición final tercera.

Así se dispone la obligatoriedad, que ha de asumir el gobierno español, de remitir a las Cortes un Proyecto de ley sobre mediación que ha de basarse, precisamente, en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, haciendo alusión a la voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad. El proyecto de ley ha de reconocer el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.

Habían concurrido variadas situaciones animadas por la necesidad de transponer la Directiva 2008/52/CE, hecho que requería la elaboración de un Proyecto de Ley Estatal de Mediación. La tramitación del proyecto fue impedida al disolverse las Cortes y anticiparse

²⁷ Véase-Documento de sesión del Parlamento Europeo 2009 - 2014, A7-0275/2011, 15.7.2011. Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales (2011/2026(INI)) y Propuesta de Resolución adoptado por unanimidad.

²⁸ BOE, núm. 163, 9 de Julio de 2005, pp. 24458 y ss.; Véase GARCÍA PRESAS, I.: *La mediación familiar Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*. Editorial La Ley. Las Rozas (Madrid), 2009.

las elecciones generales, ulteriormente se aprueba el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 marzo, y, después, la Ley 5/2012, de 6 de julio.

3.3.2 Ley 5/2012 de Mediación civil y mercantil

El propósito de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles es doble: proporcionar a la mediación un régimen general en toda España y asegurar su engarce en las normas procesales, ambos objetivos están estrechamente interrelacionados.

La Ley 5/2012, ha puesto fin a un largo proceso de elaboración del régimen general de esta institución, adyacente al retraso en la incorporación de las normas de una Directiva comunitaria, la Directiva 52/2008/CE. Consecuentemente con la demora en aprobar una normativa general de la mediación, esta normativa debía tener en cuenta las distintas leyes que se habían aprobado desde las comunidades autónomas. En efecto, la Ley 5/2012, trae su causa y se sirve de la experiencia de las leyes autonómicas, de la jurisprudencia y de una larga tramitación parlamentaria española.

La referida ley regula la mediación en torno a tres ejes esenciales, primeramente, la desjudicialización de los asuntos que caen bajo su ámbito de aplicación, con ello se busca favorecer la salida de los tribunales de determinados asuntos que podrían tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto, al tiempo que asegura su conexión con la jurisdicción ordinaria; en segundo lugar, la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en favor de un principio dispositivo que rige en las relaciones que son objeto del conflicto (advértase que según el barómetro del CIS, seis de cada diez españoles prefieren resolver sus conflictos por medio de un acuerdo, aunque suponga alguna pérdida para ellos)²⁹, y; por último, pero no menos importante, se encuentra la desjuridificación, como la traducción de la no determinación de una forma necesaria del contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio.

Concretamente el desarrollo de esta norma configura un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, como instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible y circunscrito al ámbito civil y mercantil. Este asunto es interesante a efectos

²⁹ Véase barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) de 6 de febrero de 2011. Pregunta 11, Disponible en http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2860_2879/2861/Es2861.pdf

jurídicos, en cuanto, salvaguarda y garantiza derechos subjetivos regulados por los textos legales como imperativos, es decir aquellos que el legislador ha querido que fueran irrenunciables e intransferibles por cualquiera de las partes al ser derechos de aplicable imperativo legal, tales como el derecho de recibir alimentos.³⁰

3.3.3 Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos de 1996 (Resolución de 29 de enero de 1996 de la Dirección General de Trabajo)

El Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales tiene por objeto la creación y desarrollo de un sistema de solución de los conflictos colectivos laborales surgidos entre empresarios y trabajadores o sus respectivas organizaciones representativas.³¹

En el citado acuerdo quedan representadas la Unión General de Trabajadores (UGT), Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO.), Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), donde se manifiesta la representatividad exigida en el Título III del texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, a efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la citada norma legal. Del primer acuerdo nace el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA).

El presente acuerdo entró en vigor el día de su firma y finalizaría el día 31 de diciembre del año 2000, si a partir de esa fecha no mediaba denuncia expresa de algunas de las partes con una antelación mínima de seis meses a la terminación de cada periodo³². En la actualidad se mantiene vigente.

En las comunidades autónomas de España rige un acuerdo específico sobre solución autónoma de conflictos, contando cada una con su propio organismo gestor independiente de la Fundación SIMA y con una regulación propia de los procedimientos que se gestionan. Tal es el ejemplo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en Andalucía, en torno al cual se organiza el sistema de solución de conflictos extrajudiciales, y el instrumento a través del cual se estructura la mediación laboral en todo el territorio andaluz se denomina S.E.R.C.L.A.

³⁰ Véase Preámbulo, Parte II, de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

³¹ Véase Art. 1 del Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos de 1996, publicado en BOE núm. 34 de 08 de Febrero de 1996.

³² Véase Art. 2, Núm. 2 del Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos de 1996, publicado en BOE núm. 34 de 08 de Febrero de 1996.

Se han realizado cinco renovaciones sucesivas al presente Acuerdo, destacándose en el V Acuerdo, la modificación adjetiva del título, sustituyéndose la palabra “extrajudicial” por “autónoma”, con el afán de enfatizar no tanto en que la solución al conflicto pueda emerger al margen de los tribunales, sino al hecho de que se alcanzaría con el protagonismo absoluto de las partes.

CAPÍTULO IV

Estudio Comparado del Proceso de Institucionalización de la Mediación Laboral en España y Ecuador

4.1 Precedentes históricos hacia el proceso general de institucionalización de la mediación en Ecuador.

La manifestación de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en el Ecuador, y en específico, la mediación, se ve reflejada a través de la historia donde se constata que los pueblos y comunidades aborígenes ecuatorianas contaban con mecanismos de solución de controversias, que les permitía llegar a acuerdos satisfactorios necesarios para mantener la vida en comunidad. En la etapa prehispánica, los conflictos que se generaban en los pueblos autóctonos se solucionaban gracias a la intervención de curacas o caciques³³, quienes cumplían una especie de función mediadora entre las partes, y; en cuanto a conflictos familiares, las personas consideradas sabias como los ancianos ostentaban un papel trascendental para intervenir en la solución de aquellos.

El Ecuador posee precedentes legislativos que datan del año 1963, donde se dicta una ley especial que hacía referencia a un procedimiento alternativo para la solución de conflictos (a pesar de no ser la mediación), denominada Ley de Arbitraje Comercial, que regulaba el sistema arbitral como medio idóneo para la solución de conflictos entre comerciantes.

La mediación, como institución, fue impulsada en América Latina desde la década de los años 90 del siglo pasado, por diversos actores de los distintos países y organismos internacionales, debido a que el acceso a la justicia denotaba situaciones como el número insuficiente de judicaturas, las dificultades de acceso geográfico de la población a la administración de justicia formal y desconfianza en las instituciones del Estado.

En el año de 1995, se implementa en Ecuador un Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia, conocido como Projusticia, con la finalidad de canalizar y administrar recursos internacionales para la reforma del sector justicia que ya venía en decadencia. Projusticia promovió proyectos como la creación de los centros de mediación en las Cortes Superiores de Justicia, de la Procuraduría General del Estado, de las municipalidades y comunidades. En ese año, auspicia la creación de cinco centros en

³³ A los reyezuelos locales o jefes de comunidades, se les ha llamado indistintamente caciques o curacas.

convenio con el Centro para la Investigación y el Desarrollo de los Movimientos Sociales (CEDIME).³⁴

En 1997 se aprueba la Ley de Arbitraje y Mediación – en adelante LAM – norma que viabiliza la Mediación en el Ecuador, tanto en lo que respecta a Mediación Institucional como a Mediación Comunitaria, estableciendo determinados requisitos y formalidades que deben cumplir tanto mediadores como Centros de Mediación, para que cumplan con su finalidad en forma completa.

La LAM tuvo una formación relativamente larga, tiempo durante el cual se dio la oportunidad de discutir su contenido en distintos foros, por lo que podemos decir que es una verdadera ley de consenso entre los diferentes sectores involucrados con la temática de solución alternativa de conflictos.

En 1996, la Cámara de Comercio de Quito, a través de su Centro de Arbitraje y Mediación, presenta un documento que contenía un proyecto de reforma a la Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo No. 735 ,de 23 de octubre de 1963 y publicada en el Registro oficial No. 90, de 28 de octubre de 1963.

Esta iniciativa fue presentada a la Corporación Latinoamericana de Desarrollo (CLD), institución que venía trabajando en el tema de solución alternativa de conflictos, y que tenía experiencias en la redacción de propuestas de reforma legal. CLD conforma en Guayaquil, en agosto de 1996, un grupo de trabajo encargado de estudiar la propuesta de la Cámara de Comercio de Quito.

Este grupo de trabajo fue integrado por Jorge Egas Peña, Juan Falconí Puig, Ramón Jiménez Carbo, Eduardo Carmigniani Valencia, y tuvo la presencia de Ramiro Salazar y Alexandra Villacís como delegados de las Cámaras de Comercio de Quito y Guayaquil, respectivamente. El trabajo fue realizado por todos los miembros del grupo ad honorem.

Luego de varias reuniones del grupo, se tomó la decisión, en base al documento presentado por la CCQ, realizar una propuesta global, es decir presentar un proyecto de Ley, no una reforma a la legislación vigente.

³⁴ Proyecto: Centros de Mediación de la Función Judicial. Projusticia-Ecuador. Recuperado de: <http://www.cejamericas.org>

Luego de meses de trabajo, un anteproyecto fue presentado a instituciones involucradas en el tema, abogados, árbitros y expertos, recibiendo sugerencias, muchas de ellas recogidas antes de su presentación al Honorable Congreso Nacional.

El Congreso conoce el proyecto, en primer debate, el 8 de mayo de 1997 y es aprobado en segundo debate, el 8 de julio de 1997. La ley fue publicada en el Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997.

Es importante destacar la activa participación de la Comisión de lo Civil y lo Penal del H. Congreso Nacional y muy en particular, de quien entonces la presidía, el Dr. José Cordero. Sus sugerencias para el perfeccionamiento del proyecto y su decidido apoyo para su aprobación, fueron determinantes para la existencia de tan importante marco legal. De igual manera, en lo referente a la mediación comunitaria, que originalmente no estaba prevista en el proyecto, tuvo la activa participación del CIDES (organización no gubernamental), con el respaldo del Diputado Carlos Vallejo.³⁵

La vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación en el Ecuador dio origen a los MASC, favoreciendo su mayor uso y así también la inclusión de regulaciones que han abierto las puertas a que en diversas leyes especiales contengan normas que posibiliten el uso, especialmente del arbitraje y de la mediación como formas válidas de solución de conflictos, por ejemplo la Ley de propiedad Intelectual que en su art. 374 señala: “Toda controversia en materia de propiedad intelectual, podrá someterse a arbitraje o mediación conforme con la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997”³⁶.

En la actualidad, las instituciones públicas y privadas ecuatorianas usan la mediación para resolver conflictos, se toma como referencia la publicación del diario Los Andes de 23 de septiembre de 2014, que en su parte pertinente se transcribe:

La ‘cultura de paz’, a través de estas oficinas, tiene cada vez mayor aceptación en la ciudadanía.

Desde el mes de octubre del año anterior empezó a funcionar el Centro de Mediación en Cotopaxi y, como lo explica el coordinador Zonal 3, David Báez, una evaluación efectuada por las autoridades pertinentes llevó a que la Zonal, que comprende las provincias de Pastaza, Chimborazo, Tungurahua y Cotopaxi, esté asentada en esta ciudad.

³⁵ Centro Sobre Derecho y Sociedad. Recuperado de <http://www.cides.org.ec>

³⁶ Ley de Propiedad Intelectual (versión PDF). Recuperado de: <http://www.cetid.abogados.ec/archivos/80.pdf>

En estos momentos, los procesos administrativos se han consolidado, de manera que existe un Centro Nacional de Mediación con sede en Quito y las coordinaciones zonales, con sus respectivas oficinas en cada una de las provincias.

La ciudadanía entienda en papel que cumple esta instancia en la resolución de una serie de conflictos, muchos de los cuales, antes de la existencia de esta oficina, tenían como único camino la judicialización. La Mediación “nos convoca a que, como mediadores, busquemos que prevalezca la instancia del diálogo, la instancia de la cultura de paz, que es un programa ambicioso, cuyos resultados nos dejan como enseñanza que, la ciudadanía está presta a colaborar”.

Lo importante -dijo- es que la gente esté predispuesta a esta cultura del diálogo, con la que todo se torna más rápido y eficiente, con una afectación mínima en cuanto a tiempo, dinero, amistad, porque además la mediación se rige por el principio de la “voluntariedad”. Sin embargo, enfatizó en que una vez que se llega a un acuerdo, éste adquiere un carácter de legalidad equivalente a una sentencia ejecutoriada, con efectos de cosa juzgada, aunque el acuerdo lo construyen las partes.

En el caso de incumplimiento en cambio, por la vía de apremio, un juez está en la potestad de exigir su cumplimiento.

Explicó que en la actualidad, ante la demanda de los usuarios, se han habilitado oficinas en diferentes sitios, citando entre ellos por ejemplo en Latacunga, en Chimborazo están en Riobamba, Colta, Guamote, Pallatanga, en Tungurahua, está por abrirse la de Ambato y está funcionando una en Pelileo y en Pastaza, una que funciona en El Puyo.³⁷

En 1998 se configura de manera definitiva el reconocimiento de la mediación, arbitraje y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, mediante su incorporación constitucional en la Carta Magna que se promulgaba en dicho año. El inciso tercero del Art. 191 de la Constitución Política del Estado de 1998, señala: “Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos con sujeción a la ley”. Aquí nace la mediación en el Ecuador como precepto constitucional.

En el mes de julio del 2013 el Consejo de la Judicatura desarrolla el Programa Nacional de Mediación, Justicia y Cultura de Paz. Con el propósito de fijar las metas para el período comprendido entre el 2013 al 2019, se realiza un encuentro nacional con los operadores del sistema de mediación para identificar los alcances y limitaciones de la figura, desde la expedición de la ley de mediación y arbitraje en 1997.

Se realizan tres foros en Quito, Guayaquil y Cuenca con la participación de jueces, abogados, mediadores y directores de centros de mediación, a través de metodologías participativas que permiten concluir la necesidad de emprender tres acciones inmediatas:

³⁷ Diario Los Andes, 23 de septiembre de 2014.

1. Liderar, organizar y apoyar el desarrollo la mediación en el país.
2. Cualificar la prestación del servicio y la formación de mediadores.
3. Empezar una campaña de difusión y promoción que involucre tanto a los ciudadanos, como a los abogados y jueces.

Se presentan las conclusiones en la Mesa de Justicia y se realiza con ellos un acuerdo interinstitucional de cooperación, al que se suman el Ministerio de Educación y la Secretaría del Buen Vivir.

4.2 Precedentes históricos hacia el proceso general de institucionalización de la mediación en España.

Partiendo del contexto histórico del país ibérico, se logra evidenciar la presencia de la mediación, aplicada como una actividad autocompositiva en la gestión de conflictos, desde la Hispania visigoda.³⁸ Como lo indica el autor español Gerardo Carballo Martínez: “Se estableció para los visigodos un juez inferior godo, “llamado –thiufadu-, con jurisdicción sobre su grupo o –Thiufa- para cada grupo de mil, de cien hombres e incluso para los grupos de familias; y los grandes propietarios territoriales ejercieron también una práctica mediadora, componedora o juzgadora, en determinadas causas, sobre los habitantes de sus dominios”³⁹.

Posteriormente se destaca la figura del “Defensor Civitatis” que en el siglo IV actuaba como defensor y mediador entre los plebeyos y los curiales. Por otro lado, algunos autores sostienen que el “Sahib al-Mazalim” podría ser considerado el Ombudsman en la España Musulmana de los siglos VIII a XII⁴⁰. En el transcurso de la Edad Media los “boni homines” cumplían una función semejante a los mediadores, tal y como los concebimos en la actualidad, pues buscaban a través de la mediación una fórmula decisiva de concordia y de pacificación mucho mayor que el recurso a la violencia o las sentencias de los tribunales externos.

³⁸ La Hispania visigoda es la denominación del período histórico que abarca el asentamiento del pueblo visigodo en la Península Ibérica, entre mediados del siglo V y comienzos del siglo VIII.

³⁹ Carballo Martínez, Gerardo (2008). *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1º Edición, p. 32-33

⁴⁰ *Ibid.*, p. 40

Gerardo Carballo Martínez señala: “Puede hablarse de la mediación ejercida en los Tribunales de Aragón, durante el siglo XV, cuando los representantes de las ciudades y de las villas, llamados síndicos, fungían de mediadores ante el Rey con la misión de presentar una base de acuerdo y de propuesta ante su majestad”⁴¹.

Concerniente al período constitucional y concretamente a la Constitución liberal española de 1812, que tuvo fuerte inspiración de la Revolución Francesa, esta recoge la mediación expresando que el Alcalde, con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirían al demandante y el demandado para conocer las razones en que respectivamente apoyen su intención, dictando después una providencia de avenencia que las partes estaban en la facultad de aceptar voluntariamente para terminar el conflicto. En esta época se afirma la figura del juez de paz o juez de proximidad que, entre otras funciones, era también un juez avenidor o mediador.

Adentrándonos a precedentes legislativos, el Código de Comercio español de 1829 consagra la figura de los corredores (persona que se dedica a actuar como intermediario), quienes portaban el cargo de intervenir legítimamente en los acuerdos y negociaciones, avenir a las partes y concertarlas, esta figura ingresa en el Código de Comercio de 1885.

Con respecto a la legislación civil, la práctica de modelos autocompositivos en la gestión de conflictos se hace evidente. En efecto, el Código Civil de 1889, aún vigente, regula la transacción y también hace referencia a los amigables componedores (similar a los árbitros). En verdad, España tiene un modelo milenario de justicia componedora que es el Tribunal de las Aguas de Valencia, “una de las formas más sólidas y antiguas instituciones populares para regular conflictos”.⁴²

Sin embargo, la mediación como la entendemos en la actualidad floreció solamente a finales del siglo XX. Los autores Diego Vallejo Y Guillén Gestoso refieren que en España los primeros servicios de la mediación familiar datan de 1990 en Madrid, Barcelona y en la Comunidad Autónoma Vasca. Ya en materia laboral, la legislación sobre mediación se plasmó en Cataluña por el Acuerdo Interprofesional de 7 de noviembre de 1990.

⁴¹ Ibid., p. 45

⁴² Vallejo, Raúl de Diego y Guillen, Carlos (2010). *Mediación, Proceso, Tácticas y Técnicas*. Madrid: Editorial Pirámide, p. 31

La implementación de la mediación en el estado español se afianza con la transposición de la Directiva 2008/52/CE a través de la Ley 5/2012, con la cual se proporciona a toda España un régimen general de mediación.

La convincente afirmación del proceso de mediación como un modelo autocompositivo de resolución de conflictos fortalece la importancia de su estudio y el análisis de los avances que se vienen contrastando, para poder contribuir a una implementación más sólida de este método dentro del respetivo ordenamiento jurídico.

4.3 El proceso de institucionalización de la mediación en el Ecuador.

4.3.1 Agentes Involucrados.

Son agentes involucrados en consolidar la institucionalización de la mediación en el Ecuador, los organismos del sector público y del sector privado, mediante la implementación de medidas y políticas orientadas a dinamizar este proceso.

Desde la incorporación de la mediación en el año 1997 por medio de la Ley de Arbitraje y Mediación, el Estado ecuatoriano se ha mostrado muy preocupado en pretender llevar a altas esferas, lo que hasta el momento ha sido tratado como un sistema alternativo de solución de conflictos judiciales. Con este propósito se implementa un Programa de Mediación y Cultura de Paz como una propuesta emblemática que en el marco constitucional, reconoce la importancia de promover una justicia de paz y que ve a la mediación como uno de los procedimientos alternativos eficaces para la solución de conflictos a través de la conciliación, el diálogo y el logro de acuerdos amistosos.

Entre los objetivos básicos del programa se destaca el registro y control de los mediadores y centros de mediación a nivel nacional y el incremento de 12 a 55 centros de mediación en todo el país.⁴³

Así mismo avizoramos que el Consejo de la Judicatura, como órgano de gobierno y administración de la Función Judicial en el Ecuador, impulsa la construcción del diálogo y cultura de paz mediante métodos legales y alternativos orientados a la solución de conflictos, resumidos en la creación y fortalecimiento de centros de mediación. La actividad que desarrolla este órgano permite que profesionales se involucren como mediadores con la formación y capacitación suficiente que les autoriza ejercer este

⁴³ Según estadísticas oficiales del Consejo de la Judicatura, publicadas el lunes, 23 de junio de 2014.

mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos en centros de mediación, tanto públicos como privados, debidamente regulados por la ley.

La Defensoría Pública del Ecuador también ha querido ser partícipe de este proceso, es así que las autoridades de dicho organismo han propuesto acordar que previamente a la realización de audiencias en los casos de delitos flagrantes, abogados y fiscales efectúen una reunión previa conjuntamente con las partes para dar a conocer si el caso a tratarse, se puede o no resolver en espacios dirigidos en el ámbito de la mediación.

Otra órgano participativo es la Defensoría del Pueblo que concibe su actividad en defender y mediar, cumple el papel de defensor cuando protege los derechos del más débil frente al agresor, y es mediador cuando, como tercero imparcial, ayuda a las partes a que arriben a la solución de un conflicto. La ley enviste de facultad mediadora el defensor del pueblo, habilitándolo para intervenir como mediador en conflictos sometidos a su consideración por personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública, siempre y cuando lo considere procedente y necesario.⁴⁴

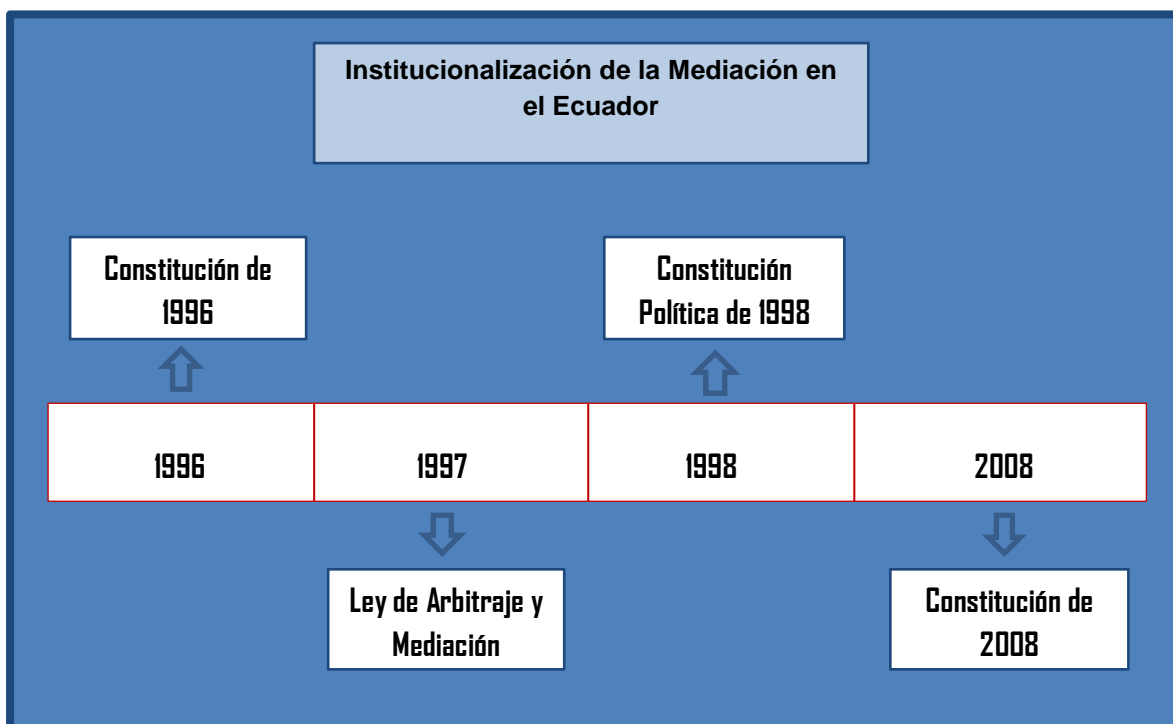
La Procuraduría General del Estado, como un organismo técnico jurídico defensor del patrimonio y de los intereses del Estado, ha querido ser participe en el fomento de la mediación a través de la inclusión, en materia de contratación pública, de una cláusula contractual de solución de divergencias o controversias con el objeto de que las entidades del sector público, de manera previa a concurrir a los juzgados y tribunales de justicia, concurren a hacer valer sus derechos a los centros de mediación y arbitraje para precautelar los intereses del Estado.

Ahora, en qué medida el ciudadano participa en la práctica de la mediación en el país, pues ningún mecanismo o método se podría implementar sin la aceptación y apoyo de los ciudadanos. Cada vez son más las personas que acuden a la mediación como una viable salida a sus conflictos y pese a no haber información real en cuanto a estadística y una base de datos oficial de los ingresos referidos a mediación, es notoria la demanda de personas que acuden a centros de mediación en búsqueda de una solución rápida y económica a los problemas que les atañen.

⁴⁴ Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (versión PDF). Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/spanish/per_res8.pdf

Además es muy importante que los abogados se involucren plenamente en este proceso, lo cual resultaría muy ventajoso tomando en cuenta el eje de actividades por el cual desarrolla su trabajo, tanto como asesor, procurador o representante.

4.3.2 Fases.



Fuente: Procuraduría General del Estado en su publicación titulada *Mediación en el Sector Público*.
Elaborado: Maldonado, L. (2014)

➤ **Reconocimiento Constitucional de los MARC en la Constitución ecuatoriana de 1996.**

La Institución de la Mediación en el Ecuador tiene su génesis a partir del reconocimiento expreso de su figurativo general de métodos extrajudiciales de resolución de conflictos en la codificación de la Constitución ecuatoriana del 18 de junio de 1996, de esta manera se eleva a rango constitucional los denominados MARC, constituyendo esto un punto de partida y fundamento para su arraigo e implementación efectiva en el país.

La codificación de la Constitución del Ecuador sancionada el 18 de junio de 1996, promueve los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los siguientes

términos: “Se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias”⁴⁵.

Esta norma toma la generalidad de la doctrina en derecho comparado relativa a los medios alternativos extrajudiciales para la solución de conflictos, la cual señala entre los principales medios de esta naturaleza a la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Se produjeron situaciones que llegaron a colocar en tela de duda la validez constitucional de los MARC en el Ecuador, para ello nos remitimos a la consulta popular del 26 de noviembre de 1995, convocada por el Presidente de la República de aquel entonces Arq. Sixto Durán Ballén. En ésta consulta, sin ningún justificativo aparente, se incluye en una pregunta que hacía referencia a la Función Judicial, el tema de Medios Alternativos.

El texto de la Consulta Popular y la pregunta referente a la Función Judicial, introduce un inciso, redactado de la siguiente manera: "Se reconoce el sistema arbitral y otros medios alternativos para la solución de controversias"⁴⁶.

El resultado de la Consulta Popular del 26 de noviembre de 1995 fue negativo, en la totalidad de sus preguntas. A pesar de esto, el 16 de enero de 1996, se publica en el Registro Oficial el llamado segundo bloque de reformas, en el cual se incluía el tema de los MARC. Si nos remitimos al texto constitucional, que regía entonces, se puede concluir que la publicación del tema de los MARC en la Constitución Política, carecería de validez, era inconstitucional; porque el resultado de la Consulta Popular, dos meses antes fue negativo respecto a toda la consulta, incluyendo medios alternativos⁴⁷.

➤ **Desarrollo Legislativo: Ley de Arbitraje y Mediación.**

Se puede considerar como segunda fase en el proceso de institucionalizar la mediación, la creación de la Ley de Arbitraje y Mediación en el año 1997 como resultado de la gran adhesión de importantes sectores sociales a través de acciones como la participación en la discusión del proyecto de Ley de Arbitraje y Mediación y su exigencia ante el Congreso

⁴⁵ Constitución de la República del Ecuador. Codificación 1996. Ley No. 000 RO / 969 de 18 de Junio de 1996. Art. 118.

⁴⁶ LEIVA GALLEGOS, Pedro. *Curso formación de Mediadores* (C.C.I.). U. Católica - sede Ibarra. 2005, Pág. 1.

⁴⁷ Palacios Morillo, Vinicio. *La Mediación*. Recuperado de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientocivil/2012/02/28/la-mediacion>

Nacional a favor de su creación. La acogida de los MARC y especialmente la Mediación en estos espacios generó las condiciones para construir un cuerpo legal en la que se reconocen los efectos jurídicos de los métodos alternativos para la resolución de conflictos.

La figura de la mediación tiende a una formalización e introducción sistemática en la legislación ecuatoriana, la creación de la Ley de Arbitraje y Mediación, a partir del 03 de septiembre de 1997, es el final de un proceso de difusión y trabajos en espacios donde el acceso a la justicia resultaba limitado.

En esta segunda fase cuando ya contábamos con una Ley de Arbitraje y Mediación, hablar del tema mediación generaba mayor confianza, puesto que se disponía de un marco jurídico fuerte con respaldo constitucional en lo referente al reconocimiento de los MARC en la norma suprema del estado.

A partir de esta ley de 1997 surgieron un número importante de centros de mediación a nivel de todo el país; la institución pionera e independiente en el Ecuador es el centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, y posteriormente el Estado en el año 2009 crea el Centro de Mediación y Arbitraje de la Función Judicial para poder brindar este servicio gratuito a la sociedad.

Al momento se conoce que existe un proyecto de Reglamento General de Aplicación a la Ley de Arbitraje y Mediación, que realmente es muy necesaria que exista, pese a que según la ley, da plazo de 90 días para su promulgación por parte del ejecutivo, pero lamentablemente no se ha dado.

➤ **Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 (Reconoce la Mediación).**

La Constitución Política de la República del Ecuador reconoce a la mediación como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, reiterando el rango constitucional que se le ha otorgado a la misma en la Constitución de 1996.

El aspecto sustancial que presenta la Constitución de 1998, en cuanto a la mediación, tiene que ver con la ubicación de esta última dentro de la sección referente a la Función Judicial, colocándola al mismo nivel que la justicia ordinaria, un progreso por más significativo en la valorización que el constituye le otorga a este método extrajudicial de resolución de conflictos.

El artículo 191 de la Constitución de 1998 señala: “Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”⁴⁸.

Cuando el artículo precedente hace mención al término – sujeción a la ley – determina la necesidad de investir a las normas encargadas de regular estos procesos alternativos a la solución de conflictos, del carácter de ley.

➤ **Constitución de la República del Ecuador de 2008 (Mantiene vigente la Mediación)**

El Art. 190 de la Constitución vigente menciona: “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”⁴⁹.

Si bien se constata la vigencia de un reconocimiento expreso a nivel constitucional de la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, pudiéndose afirmar que el articulado transcrito en el párrafo precedente es una disposición completamente idéntica a la contenida en la anterior constitución, pues no dice nada más, ni necesitaba hacerlo, dejando todo lo demás para la ley ordinaria (entendidas por tales, a las normas de menor jerarquía que la Constitución), como en efecto corresponde en técnica jurídica constitucional, para evitar rebajar la constitución al carácter de ley ordinaria.

4.3.3 Dificultades Encontradas

A lo largo de los años se han evidenciado diferentes dificultades en el proceso de promover la mediación dentro del ordenamiento jurídico y social del Ecuador. Uno de ellos alude al hecho negligente de no dictar el reglamento correspondiente a la Ley de Arbitraje y Mediación, pese a que esta misma norma lo ordena y determina un plazo para tal efecto. Se puede evidenciar un estancamiento entre el lapso desde que se promulgó la LAM hasta

⁴⁸ Constitución Política de la República del Ecuador de 1998. Art. 191.

⁴⁹ Constitución de la República del Ecuador de 2008. Art. 190.

el año 2013, ya que como se ha manifestado, ni siquiera el legislador ha redactado el reglamento que la ley prevé realizarse en un tiempo determinado.

Es importante recalcar que ante la regularización de la mediación, se debe resguardar la suficiente amplitud para que el mediador efectúe sus buenas prácticas acorde a la metodología apropiada a cada caso, sin un campo de acción considerable, la norma simplemente automatizaría el proceso, siendo aquello contraproducente para un desarrollo efectivo del mismo.

Han pasado diecisiete años desde la promulgación de la LAM y sin un reglamento que regule aspectos esenciales como son los procesos, formas y maneras de desarrollo de una mediación. Con la posibilidad de un reglamento se superaría situaciones ambiguas y de confusión, aunque en algunos casos han sido superadas por los reglamentos de los centros de mediación, no obstante sin una norma que aplique la ley no es posible consolidar un proceso de institucionalización efectivo de la mediación.

Por otra parte, sin hacer de menos el esfuerzo que en la actualidad el Estado ecuatoriano está realizando en pro de favorecer el conocimiento, promoción y difusión de la mediación y otras alternativas para la solución de conflictos, como por ejemplo la creación de centros de mediación en cada una de las provincias del Ecuador y otros proyectos dirigidos a sectores comunitarios, tácitamente se delegó en un alto porcentaje la aplicación de la mediación en manos de sectores privados como fundaciones, universidades y organizaciones, quienes han funcionado con sus reglamentos, sus recursos y sus iniciativas, pero sin una guía técnica y administrativa para un eficiente desenvolvimiento.

En otro contexto, el órgano principal de la función judicial en el Ecuador, el Consejo de la Judicatura, está muy concentrado en el registro y autorización de los centros de mediación, y analizando esta situación, se percibe que el registro está judicializando la visión de la mediación, ocasionando un efecto contrario a lo esperado.

El control que se supone este organismo debe desarrollar en los centros de mediación, se ha reducido a una aprobación mecánica de los mismos que impide una formación rigurosa de quienes se forman como mediadores, su formación técnica, de quienes especialmente requieren formación de mediadores especializados (como mediadores familiares).

La formalización de la mediación ha avanzado, es innegable, sin embargo para que esto se consolide se requiere elaborar una propuesta oficial para la formación básica de los mediadores, que se encuentre asentada en el reglamento para el efecto, esto contribuiría a fortalecer el ejercicio y la aplicación de la mediación, por cuanto la formación de mediadores, es la base para la aplicación coherente de este método en los centros de mediación, lo que implica desarrollar enfoques interdisciplinarios con el objetivo de brindar un servicio integral.

A pesar de las dificultades encontradas, se evidencia un avance significativo en el anhelo de construir una cultura de paz y de diálogo.

4.4 Proceso de institucionalización de la Mediación en España.

De la misma forma en que se han producido diferentes actos normativos en el proceso de instaurar la mediación en Ecuador, también se evidencia un proceso similar en España, aunque en Ecuador, la mediación se ha implementado desde una fecha más temprana.

A continuación constataremos los entes involucrados en el proceso de institucionalización de la mediación en España, el grado de participación que han tenido y el fomento que se ha efectuado desde diversas instancias.

4.4.1 Agentes Involucrados.

La Unión Europea es una firme promotora de la utilización de métodos alternativos de solución de conflictos, entre los cuales se incluye lógicamente a la mediación, así pues desde esta entidad comunitaria se promulga los servicios de mediación con el objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de las políticas que mantiene en vigor este organismo comunitario.

El Estado español adoptó lo emanado desde instancias comunitarias y además ha tenido diferentes iniciativas en el ámbito de la mediación a través de sus diferentes órganos, y como partida tenemos el Consejo General del Poder Judicial en España, que tiene muy en claro la idea de mediación como una fórmula válida y aceptada en el Estado de Derecho, la cual se ajusta a una nueva concepción de la Justicia, al tiempo que constituye una pieza relevante de la modernización de la Administración de Justicia.

Desde esta reflexión el Consejo General del Poder Judicial apostó desde 2005 por apoyar y auspiciar varias líneas de trabajo, de apoyo activo a la mediación en diferentes

ámbitos a través de proyectos piloto. La línea de trabajo se ha consolidado en el ámbito familiar, intrajudicial y en el orden penal, proyectos a los que se han sumado la mediación civil y en el orden social.

Los compromisos asumidos por el Consejo se sintetiza básicamente en estimular el impulso de la mediación, contribuyendo a crear una “cultura de la mediación” que proporcione a profesionales y jueces herramientas para la resolución de conflictos en el ejercicio de la labor jurisdiccional en un mundo cada vez más complejo y que se manejen y desenvuelvan en situaciones más amplias que la estricta aplicación de la ley.

Las Comunidades Autónomas en España no esperaron a que se apruebe la norma reguladora de la mediación a nivel estatal, ya que la mayoría de las comunidades autónomas habían expedido normas sobre mediación, dentro del ámbito de sus competencias, recogiendo principios generales y reglamentando cuestiones relativas a la formación y a la calidad de la mediación. Su participación en el proceso de institucionalización de la mediación resultó tan importante que al momento de redactarse la ley estatal, analizada previamente en esta investigación, se precautelo el respeto a las exigencias de las leyes desarrolladas por las comunidades autónomas.

Por otra parte, se ha demostrado que los operadores de justicia se encuentran involucrados activamente en la solución de conflictos a través de la mediación. Poco a poco el juez está pasando de ser algo más que un mero “sentenciador”, a convertirse en un administrador de procesos de resolución de disputas o, dicho de otro modo, en un “gestor de conflictos”, analizando en qué conflictos, ante qué circunstancias y frente a qué hechos concretos debe ofrecerse la posibilidad de derivación hacia un proceso autocompositivo como es la mediación, y cuáles merecen ser solventados por un proceso heterocompositivo clásico.

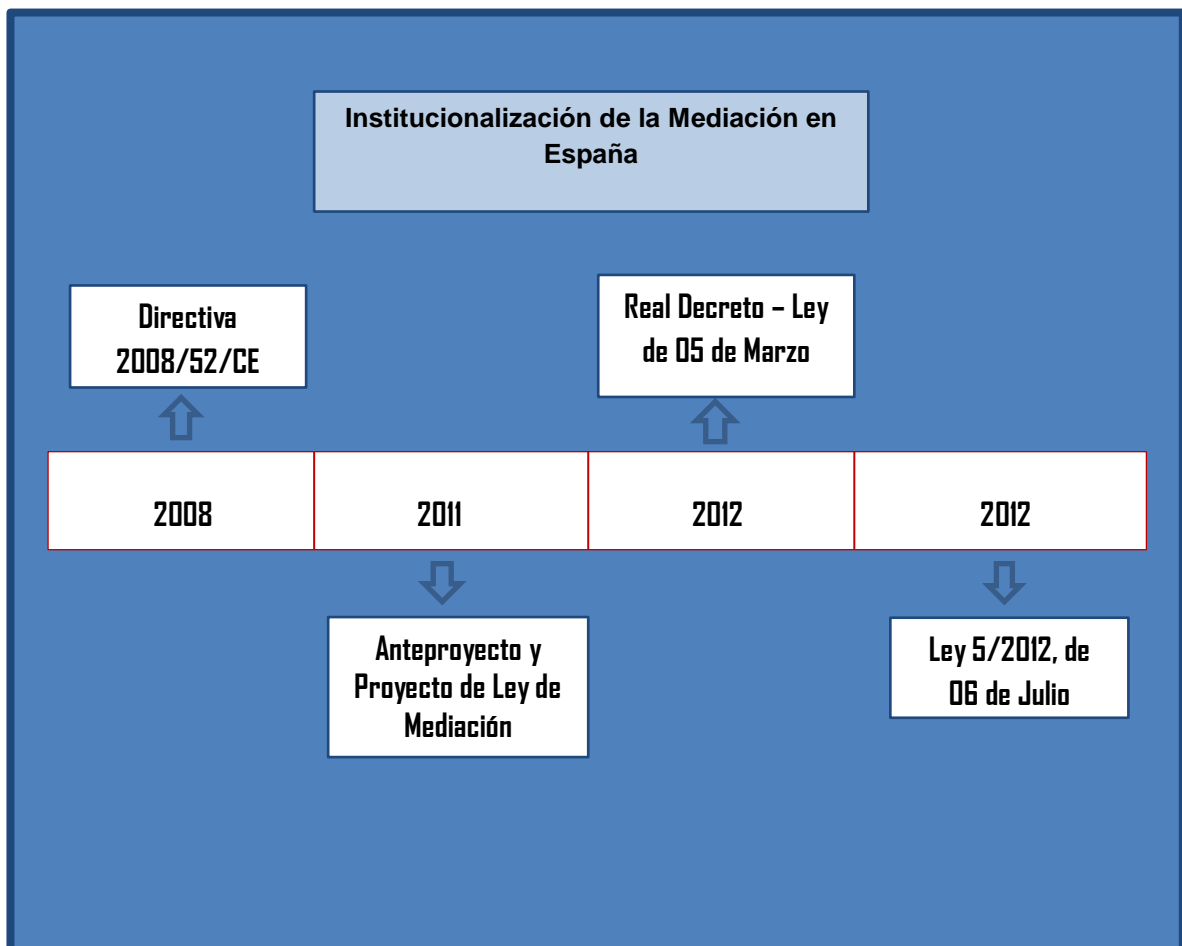
En el desarrollo de la normativa referente a la mediación en España, la figura del mediador se iba configurando como la clave de la norma, por lo cual su labor, sea de manera independiente o a través de centros o instituciones de mediación, resulta decisiva a la hora de dotar a esta forma de resolución de conflictos de relevancia o visibilidad pública y eficacia.

Los centros e instituciones de mediación representan un papel protagónico y de cauce para facilitar el acceso a la mediación, participando activamente en la resolución de

conflictos a través del uso de estos mecanismos. Su trabajo ha sido el de promover la inclusión de cláusulas de mediación en los contratos que se celebraren, así como la organización de la mediación, la proposición de mediadores a las partes y filtrar aquellos asuntos para los que la mediación no sea una solución idónea.

Ahora podemos deslindar que partiendo desde la Unión Europea y el estado español, a través de sus diferentes entes como el Consejo General del Poder Judicial, comunidades autónomas, jueces, centros de mediación y mediadores, su participación e involucramiento son esenciales y necesarios para que el proceso de mediación se perfeccione, no solo con buenas normas, sino también con el cambio de paradigma en la sociedad hacia el diálogo y el consenso.

4.4.2 Fases.



Fuente: Consejo General del Poder Judicial - España
Elaborado: Maldonado, L. (2014)

➤ **Disposición comunitaria emanada desde la Directiva 2008/52/CE.**

El primer paso que se dio para la incorporación de la mediación en este país ibérico, data de una disposición emanada desde el Consejo y Parlamento Europeo, donde se manifiesta la necesidad de formalizar un instrumento, sobre ciertos aspectos de la mediación.

Anterior a ello, las comunidades autónomas ya habían promulgado diferentes leyes concernientes a la mediación, pero a nivel estatal no existía aún una norma que regule y dicte las directrices necesarias para la armonización de este proceso, siendo la Directiva 2008/52/CE, el antecedente inmediato para la institucionalización de la mediación en el ordenamiento jurídico español.

Con un marco jurídico plenamente establecido se marcó el camino para el siguiente paso, competencia del legislador español, el de promulgar la primera ley de mediación a nivel estatal; evidenciándose posteriormente un retraso en la actividad legislativa encargada de propiciar aquello.

➤ **Presentación del Anteproyecto y Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos civiles y mercantiles de 2011.**

Siguiendo el formalismo tradicional que atañe el campo procesal en el ámbito del derecho, la siguiente fase nos lleva a la presentación de un anteproyecto y proyecto de ley de mediación, concretamente basado en asuntos civiles y mercantiles. Un proyecto de ley se define, en términos generales, como una propuesta de ley que aún no ha obtenido el visto bueno del órgano legislativo encargado de su aprobación.

En este punto se hablaba de establecer una norma que garantice el encaje de esta nueva práctica con los procedimientos judiciales que hasta el momento constituían una tónica permanente en las divergencias que se suscitaban en la cotidianidad española.

Posteriormente se constata, que el presente anteproyecto no difiere considerablemente con la norma que se aprobaría a continuación, en ambas se deslinda el tema de la mediación como una fórmula extraprocesal que se proyecta en conflictos de diversa índole que no condiciona ni impide la existencia de otros tipos de mediaciones, que podían seguir realizándose como se venía haciendo hasta antes de la presentación de esta normativa ante el Congreso español.

➤ **Primer Régimen General Aplicable: Real Decreto – Ley de 05 de Marzo de 2012.**

A continuación nos enmarcamos en el siguiente paso: la promulgación del Real Decreto – Ley de 05 de marzo de 2012, esta norma resulta, a priori, una salida apresurada en el afán de evitar sanciones desde instancias comunitarias debido a un retraso en el desarrollo de la actividad legislativa en el que se encontraba inmerso dicho país ibérico.

No obstante, esta norma constituye el primer régimen general de la mediación en España, un progreso más que otorga grandes avances para la institucionalización de la mediación en el régimen español.

El Real Decreto Ley podría llegar a ser ventajosa en estados con monarquía parlamentaria, porque siempre queda esta salida en caso de extraordinaria y urgente necesidad, pero requiere de posterior convalidación o ratificación de parte del poder legislativo en un plazo breve, aspecto que se vio reflejado con la promulgación de la Ley 5/2012 tres meses después y que a continuación se señala.

➤ **Consolidación Legislativa: Ley 5/2012, de 06 de julio.**

Finalmente se llega a la promulgación de la Ley 5/2012, de 06 de julio, una norma donde el legislador ha puesto los cimientos necesarios para favorecer el desarrollo de la mediación como instrumento complementario de la Administración de Justicia.

Dentro de los beneficios que conlleva la aprobación de la presente ley, se encuentra la seguridad jurídica en cuanto a poder optar por la mediación, pues con una ley existente, la confianza en los ciudadanos se incrementa, eliminando la incertidumbre que generaba el hecho de no disponer de una ley estatal reguladora de la mediación.

El esfuerzo institucional de la mediación que supuso la ley 5/2012 tiene un reconocido efecto sobre la legislación procesal en vigor, ya que de esta manera queda institucionalizada esta figura con la intención que se convierta en una práctica habitual de la ciudadanía para confrontar sus conflictos y problemas que surjan en el contexto de sus relaciones.

4.4.3 Dificultades Encontradas.

En el proceso de regular la mediación, varios han sido los críticos que han manifestado su disconformidad en cuanto a la manera en que se ha definido el tema de mediación. Algunos mencionan que a través de leyes se intenta regular una metodología de trabajo, como si trataran de decirle a un médico, a través de una ley, como debería intervenir quirúrgicamente. Ante esto se menciona que en la ley española se debe regular solamente la capacidad para mediar y el escenario, más no la metodología propiamente dicha.

Por otra parte, hay quienes cuestionan un manejo político de la mediación, que, bajo el paraguas de sistemas alternativos para la resolución de disputas, alegan haber creado servicios públicos y sociales clientelistas en algunas comunidades autónomas de España, al servicio de la clase política pero no de los ciudadanos.

Así también se advierte un error legal, en cuanto que las leyes sobre mediación en España, entregan a entidades anacrónicas e inflexibles, y no tan democráticas, como son los colegios profesionales, mucha de la gestión de la mediación en España. Se ha avizorado que el interés por la mediación de algunos colegios profesionales en España, solo se debe a circunstancias de desempleo que se encuentran sufriendo sus colegiados, y el ofrecer este servicio les garantiza percibir ciertos ingresos para sus réditos personales.⁵⁰

En palabras de David Cevallos Peña, coordinador de mediación del ayuntamiento de Camargo: “Es cuanto menos una práctica dañina para la institución el hecho de convertir a la mediación en una mera cuestión económica, no sólo para las entidades que se suman a realizar cursos de formación en mediación, sino también para los propios proyectos de mediadores resultantes de aquellos periplos formativos”.⁵¹

Otro dificultad que encontramos en la ley española hace referencia a la limitación del tiempo en los procesos de mediación, pues este simple hecho forzaría llegar a acuerdos que a la larga acarrearía en un nuevo conflicto, si bien esto se establece con el ánimo de acortar tiempos de solución en relación al promedio que detenta la justicia ordinaria, también podría traer efectos no deseados.

⁵⁰ José Luis Sariego en su artículo emitido a Diario El País: *Una visión crítica frente al imaginario judicial, político y social sobre la mediación.*

⁵¹ Cevallos Peña, David. *La Insoportable Levedad de la Mediación.* Artículo Publicado en “Diario Jurídico.com”. Recuperado de: <http://www.diariojuridico.com/la-insoportable-levedad-de-la-mediacion/>

En otro punto, es necesario sacar a colación el tema de la uniformidad de normas, que en un estado autonómico como el español, es menester que exista armonía entre lo dictado a nivel estatal y lo emanado desde las comunidades autónomas y varios críticos al respecto han señalado que la principal ley de mediación en España ha pasado a ser una mera declaración de intenciones que no garantiza un proceso efectivo en todas las comunidades por igual.

4.5 Legitimación Social y Cultural en los respectivos países.

Sin duda, la mediación va unida al proceso de cambio que la sociedad genera través de la práctica del consenso y de la capacidad de solucionar sus divergencias por sí mismos, pero cada Estado tiene el deber de armar las estrategias necesarias que permitan a sus ciudadanos pasar de la cultura de la confrontación, que prima actualmente, a una cultura basada en el diálogo y la mediación. La idea no es que no exista el conflicto sino que los ciudadanos seamos capaces de enfrentarlo de una manera inteligente, racional y productiva.

Cabe recalcar acerca del tema adversarial del párrafo anterior, que no se trata de estigmatizar la confrontación ni el sistema adversarial, sino que necesariamente los países en general deben superar la cultura litigiosa, esa visión errada de que un problema es un juicio perfecto.

Contrastando la legitimación social y cultural con el proceso de instaurar la mediación, esta no fuese posible si no existiesen los esfuerzos por definir e implementar políticas y programas nacionales de promoción e inversión, la consideración de estos mecanismos en los planes escolares, educacionales o universitarios y el involucramiento de sectores estatales, profesionales y de apoyo internacional.

Al efecto, Ecuador ha sabido reconocer el íntegro valor que ofrece la mediación, que no se limita solamente a buscar una solución a un problema o conflicto, sino que además es capaz de restaurar las relaciones que se han visto deterioradas por la confrontación, y con este afán el país andino se ha propuesto promulgar un programa de impulso de una cultura de paz en el país, creando redes y medios de promoción a nivel social y educativo, proponiendo a la mediación como una política pública que permita hacer realidad el mandato constitucional de hacer del Ecuador un territorio de paz.

El país andino basa sus estrategias de legitimación social y cultural de la mediación en tres ejes primordiales: una estrategia de información destinada a difundir la mediación y demás métodos alternativos de solución de conflictos a través de medios de comunicación; una estrategia de posicionamiento, con el objetivo de brindar, a través de actividades prácticas, los beneficios y alcances de la mediación, y; estrategias de impacto, con el propósito de ofrecer actividades y propuestas que modifiquen los comportamientos de la ciudadanía en su forma de responder y resolver los conflictos propios de la convivencia.

Como vemos, el Ecuador se encuentra implementando un programa ambicioso y alentador de mediación, justicia y cultura de paz, con objetivos planteados desde el año 2013 y que se extiende hasta el 2019, con políticas bien marcadas para fortalecer el sistema de mediación a nivel nacional, promover la derivación judicial, así como el desarrollo de programas orientados a la solución pacífica de los conflictos, que redunde en la formación de semilleros de convivencia en las instituciones educativas, y por otro lado, territorios de paz en las comunidades indígenas.

Para promover la legitimación cultural, con el enfoque de cambiar el comportamiento de confrontación de la sociedad ecuatoriana, el Ecuador ha empezado a trabajar desde las comunidades más conflictivas, para a partir de allí, aplicar metodologías de convivencia y lograr convertirlos en territorios de paz, lo que ayuda en buena manera a desarrollar competencias en las personas para la solución pacífica de los conflictos, evitando la judicialización de las problemáticas cotidianas.

Por su parte en España, desde instancias comunitarias se ha tratado de potenciar la legitimación social y cultural, es por ello que en la disposición adicional segunda de la Directiva 2008/52/CE, se acuerda: “Las Administraciones públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia proveerán la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial”⁵². Se trata, con acierto, de difundir una nueva cultura y que las autoridades públicas inviertan en mediación para que no todo dependa del voluntarismo.

De esta manera en febrero de 2013, se ha suscrito un convenio, con el objeto de canalizar la cultura de mediación, entre el Consejo General del Poder Judicial de España y

⁵² Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Disposición adicional segunda.

el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación en España (GEMME), con esto se pretende trabajar en el desarrollo de una cultura de la mediación entre los jueces españoles, durante sus etapas de formación inicial y continua, que les pueda proporcionar procedimientos, conocimientos y herramientas complementarias para la resolución de los conflictos.

Así mismo se constata que las universidades españolas se encuentran invadidas, en buena hora, de cursos educacionales acerca de la mediación, lo cual evidentemente es positivo, porque refleja el interés del sistema universitario en formar ciudadanos aptos para desarrollar métodos alternativos en la solución de conflictos en la sociedad y así contribuir en la implementación de esta nueva cultura de paz; pero no todo queda allí, pues con el propósito de garantizar que la enseñanza de la mediación sea de calidad, se ha establecido una red universitaria para el estudio de la mediación y los conflictos, compuesta por la mayoría de los responsables de los posgrados de esta área de las universidades españolas, afianzándose como un referente nacional e internacional en la formación en mediación.

Para finalizar con el presente tema, cabe hacer recalcar que todo proceso que se instaure en una sociedad jamás podría hacerse efectivo sin la aceptación y participación plena de quienes la componen, sería ilógico imponer procesos en base a la fuerza o la tiranía, porque lo único que se conseguiría es que todo se venga abajo, pues sin tener las bases necesarias para construir un nuevo proyecto, no se puede avanzar, y esas bases las determina la sociedad en su estructura, quien las acoge y las hace suyas si logra avizorar beneficios que contribuyan a su desarrollo y trascendencia hacia una sociedad más justa y solidaria.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

PRIMERA: El colapso del sistema de justicia ordinaria, caracterizada por su lentitud y limitada eficiencia y agravada por los problemas que acarrear los altos índices de litigiosidad en sociedades confrontativas como en Ecuador y España, ha ocasionado que estos países incorporen dentro de su ordenamiento la figura de la mediación como una nueva forma de afrontar los conflictos que otorgue una solución más rápida y exitosa, con un beneficio íntegro para las partes y que a su vez resguarde el acceso a una tutela judicial efectiva.

SEGUNDA: Se ha evidenciado la necesidad de reglamentar la mediación para promover la transparencia, certeza y seguridad jurídica, evitando así confusiones terminológicas y conceptuales, otorgando confianza para las partes y los profesionales inmersos en la aplicación de este método, con ello se protege a los ciudadanos y al público en general.

TERCERA: La promulgación de leyes respectivas que establecen un régimen de mediación significa un avance en aras de consolidar la institucionalización de la mediación, mas no significa que el proceso haya acabado allí, es necesario que se complete la regulación con las normas que indiquen la forma de aplicar dichos procesos, esto es posible con el dictamen de los reglamentos respectivos, situación que hasta el momento no ha florecido en ambos países.

CUARTA: Ante la tarea de implantar la práctica de la mediación como instrumento de realización eficaz de la justicia, es necesario que desde todos los ámbitos profesionales implicados, la justicia, la abogacía, el colectivo de mediadores y las entidades públicas que legal y reglamentariamente tienen encomendada esta función, se realice un esfuerzo de comprensión de la metodología de trabajo y del papel que cada uno de estos profesionales han de desempeñar.

QUINTA: Haber institucionalizado la mediación en Ecuador y España desde la concepción de ser una alternativa complementaria a la vía judicial y no paralela a ella, obtiene su justificación en que la mediación no excluye ni imposibilita el ejercicio de acciones ante los órganos jurisdiccionales, en el caso de no haberse alcanzado un acuerdo mediante este método alternativo para la resolución de conflictos; así pues, se demuestra que ambas maneras de administrar justicia se fortalecen mutuamente.

SEXTA: Tanto la ley ecuatoriana como la norma española encargadas de fijar la mediación a nivel estatal en sus respectivos ordenamientos, dejan fuera de la aplicación de procesos de mediación a las relaciones jurídicas que afectan derechos no disponibles y donde no es posible la transacción.

SÉPTIMA: Ha de tenerse en cuenta que el desarrollo de la mediación, así como depende de la promulgación de normas y del fomento de la cultura mediadora, también necesita de una labor comprometida tanto de las instituciones públicas como de las privadas, cuyo participación, en buena hora, va en aumento.

OCTAVA: A pesar de leyes, reglamentos, directivas o reales decretos, a la mediación le queda mucho camino por recorrer, el desafío más importante de la mediación, no solo en Ecuador y España, sino también en el resto de los países, será la aceptación de este sistema alternativo de resolución de conflictos por la ciudadanía.

NOVENA: Lo que hasta ahora hemos entendido por justicia debe reformularse y entenderse para comprender los nuevos sistemas autocompositivos de resolución de conflictos como la mediación, constituyendo un pilar básico de las sociedades en general, en la que su importancia no es sólo jurídica, sino también económica, social y cultural.

DÉCIMA: Finalmente cabe hacer mención que únicamente con el trabajo de todos en conjunto, se podrá sacar adelante esta ingente tarea: que la sociedad entienda que hay otra forma de resolver sus conflictos de una manera más pacífica, fiable, perdurable y con menor coste emocional. Con el involucramiento de todos se debe implementar la idea de que mediar, es en muchos casos, la mejor alternativa a un juicio.

RECOMENDACIONES.

PRIMERA: Es recomendable el modelo de mediación que decante hacia un sistema público, institucionalizado e integrado en las propias sedes judiciales, ofreciendo con ello una estructura completa de la Administración de la Justicia, que albergue junto a juzgados y tribunales, las demás formas extrajudiciales y complementarias que la legislación habilite para la resolución de conflictos, sobre el apoyo de unidades administrativas como pudieran ser los centros de mediación judiciales que sirvan de soporte para la asistencia de los ciudadanos que busquen optar por este proceso.

SEGUNDA: Tratar con precaución la regulación de la mediación y su institucionalización, para que la voluntariedad, flexibilidad y creatividad, el informalismo y la confidencialidad, características propias de la mediación, no salgan perjudicadas.

TERCERA: Resulta necesario la incorporación de mecanismos e instancias de resolución de conflictos en todos los ámbitos institucionales y del sector privado.

CUARTA: En la incorporación de la mediación al sistema de justicia formal, es indispensable otorgar una visión nueva a la organización judicial y tribunales de justicia, para que no se dediquen solo a hablar de derecho, sino a convertirse en verdaderos gestores y solucionadores de los conflictos que se les planteen.

QUINTA: Se comprueba la importancia de la concienciación de las empresas y el papel activo que tienen a la hora de poner en el lugar que corresponde a esta fórmula de resolución de conflictos. La inclusión de cláusulas de sometimiento a la mediación en sus propios contratos, incluso la indicación específica de entidades mediadoras que puedan gestionar el conflicto desde el momento en que el mismo les sea planteado, es el primer paso para conseguir que se acuda a este recurso de forma natural y normalizada.

SEXTA: Las instituciones de mediación desempeñan un papel fundamental al tener en sus manos la configuración de un sistema transparente y fiable, por lo que llevar un registro adecuado garantizaría la credibilidad en la alternativa y la profesionalidad y especialización de los mediadores, tal y como la Ley exige.

SÉPTIMA: Es muy importante implementar la mediación educativa en el Ecuador, aspecto que España ya se encuentra ejecutando, y que trae múltiples beneficios en cuanto forma personas desde temprana edad a resolver conflictos sobre la base del acuerdo o del consenso, lo que permite desarrollar un proceso integrador y de valores en el estudiantado, evitando y solucionando problemas sociales que se originan en los centros educativos.

OCTAVA: Todos los centros de mediación deben tener reglamentos de amplia difusión entre la ciudadanía, esto permitirá que los procesos de mediación sean de antemano claramente entendido por las partes y garantizará su seguridad, cumplimiento y acomodo al caso en particular. De igual manera los aranceles establecidos por el centro y el mediador deben ser ampliamente publicitados.

NOVENA: El Consejo Nacional de la Judicatura en el Ecuador y el Consejo General del Poder Judicial en España, deben realizar un seguimiento y evaluación del éxito o no que ha tenido la mediación en los distintos centros creados, el levantamiento estadístico de la información permitirá además realizar un análisis técnico del proceso y proponer soluciones que mejoren su efectividad en la resolución de conflictos; aspecto que no se ha venido efectuando.

DÉCIMA: Es muy necesario el desarrollo de los reglamentos respectivos en ambos países, como ya se ha venido mencionado, en aras a incrementar la seguridad jurídica y la confianza de los ciudadanos. Este hecho no se ha cumplido pese a que la Ley de Arbitraje y Mediación en Ecuador y la Ley 5/2012 en España, así lo determinan.

BIBLIOGRAFIA.

Textos:

- ❖ BUSH, R. A. B., & FOLGER, J. P (1994). *The Promise of Mediation*. San Francisco: Jossey-Bass.

- ❖ CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo (2008). *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1º Edición.
- ❖ DAHRENDOR, Ralf (1998). *El Conflicto Social Moderno*. University of California Press: Berkeley y Los Ángeles.
- ❖ FISHER, Roger (1992). *Obtenga el Sí: El arte de Negociar sin ceder*. Barcelona: Gestión 2000.
- ❖ FOLBERJ, J. y TAYLOR, A (2007). *Mediación: Resolución de conflictos sin litigio*. México: Limusa.
- ❖ GONZÁLEZ CANO, M^a Isabel y ROMERO PRADAS, M^a Isabel (2012). *Perspectivas actuales de la mediación civil y laboral*. Crónica Jurídica Hispalense.
- ❖ LEIVA GALLEGOS, Pedro (2005). *Curso formación de Mediadores (C.C.I.)*. U. Católica - sede Ibarra.
- ❖ MOORE, Christopher (1986). *El proceso de mediación*. Barcelona: Granica.
- ❖ MUNDUATE, Lourdes, BUTTS, Thelma, MEDINA, Francisco y MARTÍNEZ, Roberto (2008). *Manual para la Mediación Laboral*. Sevilla: CARL.
- ❖ ROBBINS, Stephen (2004). *Comportamiento Organizacional*. México: Pearson Educación.
- ❖ SUARES, Marinés (1996). *Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Ed. Paidós.
- ❖ URQUIDI, Enrique (1999). *Mediación: Solución a conflictos sin litigio*. México: Ed. Centro de Resolución de Conflictos.
- ❖ VALLEJO, Raúl de Diego y GUILLEN, Carlos (2010). *Mediación, Proceso, Tácticas y Técnicas*. Madrid: Editorial Pirámide.

Recursos de Internet:

- ❖ Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) de 6 de febrero de 2011 [en línea]. PDF. Recuperado de http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2860_2879/2861/Es2861.pdf. [Consulta 12-04-2014]

- ❖ CEVALLOS PEÑA, David. *La Insoportable Levedad de la Mediación* [en línea]. Artículo Publicado en “Diario Jurídico.com”. Recuperado de: <http://www.diariojuridico.com/la-insoportable-levedad-de-la-mediacion/> [Consulta 12-04-2014].
- ❖ Centro Sobre Derecho y Sociedad [en línea]. Recuperado de <http://www.cides.org.ec>
- ❖ Fundación SIMA. *Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje* [en línea]. Recuperado de <http://fsima.es/fundacion-sima/quienes-somos/> [Consulta 03-06-2014].
- ❖ PALACIOS MORILLO, Vinicio. *La Mediación* [en línea]. Recuperado de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientocivil/2012/02/28/la-mediacion> [Consulta 20-04-2014]
- ❖ Proyecto: *Centros de Mediación de la Función Judicial* [en línea]. Projusticia-Ecuador. Recuperado de: <http://www.cejamericas.org>

Textos Oficiales:

- ❖ CODIFICACIÓN A LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Publicada en el Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.
- ❖ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008, Decreto legislativo No. 0, 2008.
- ❖ Código Civil del Ecuador.
- ❖ Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador.
- ❖ Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo del Ecuador.
- ❖ Proyecto de Ley 121/000122, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicado en el BOCG de 29 de abril de 2011.

ANEXOS.

Anexo I: Artículo publicado en “Social Science Research Network (SSRN)”.

What Happens When the Mediation is Institutionalized?

Resumen:

Este artículo es la sinopsis de la mesa redonda celebrada en la Sección de Resolución Alternativa de Disputas de la Asociación Escuela Americana de Derecho de 1994, sobre el tema "¿Qué sucede cuando la Mediación está institucionalizada?". Los miembros del panel son James Alfini, John Barkai, Robert Baruch Bush, Michele Hermann, Jonathan Hyman, Kimberlee Kovach, Carol Liebman, Sharon Press y Leonard Riskin; todos ellos catedráticos de diferentes facultades de derecho de los Estados Unidos. En este debate se llegaron a las siguientes puntualizaciones:

- La peor forma de institucionalizar la mediación se da cuando el tribunal llega a un estado de crisis, y dice: "Tenemos demasiados casos y no podemos seguir el ritmo, estamos rezagados varios años y, por lo tanto, vamos a implementar la mediación como una solución rápida. Eso significa que el tribunal está buscando sólo una parte de la mediación, y probablemente obtengan su solución rápida, pero se deja de lado la riqueza y la variedad de elementos beneficiosos que podrían haber estado presente en la mediación. Así que lo primera que se recomienda es que cambien de concepción y el tribunal diga: "Mira todo lo que la mediación puede hacer por ti."
- En la florida se ha establecido un sistema de quejas, donde se puede denunciar a los mediadores que violen las normas de procedimiento. Aquella disposición fue instituida en mayo de 1992 y hasta la fecha sólo se ha recibido 7 quejas, esto nos emite un panorama de que el sistema institucionalizado de la mediación está funcionando y las personas se encuentran satisfechas.
- Impacto en los tribunales: Muchas de nuestras legislaturas piensan que esto significa que no vamos a necesitar mayor cantidad de jueces. ¿Vamos a necesitar más recursos? ¿Menos recursos? ¿Se va a hacer para un sistema judicial más eficiente? ¿Menos eficiente? Pero, ¿será más justo? ¿O menos equitativo? El miedo surge cuando los tribunales empiezan a perder de vista sus objetivos primordiales.
- Los jueces están interesados principalmente en la eliminación de casos de sus expedientes. Aunque los ADR (Alternative Dispute Resolution) puede significar reducción de costos para los clientes, también significa reducción de ingresos para los abogados. Hay un evidente conflicto de intereses allí.
- La mediación está siendo sembrada en las escuelas primarias y secundarias de este país. Los estudiantes de todos los niveles educativos están tomando clases de

mediación y siendo entrenados para ser mediadores; con esto se refleja un crecimiento en las personas, un cambio positivo en ellas, toman decisiones por sí mismos y se fortalecen en el proceso, este tipo de crecimiento es “transformador”.

- Hagan lo que hagan ahora, en cinco años a partir de ahora, las cosas pueden parecer muy diferentes (se debe esperar), y se debe trabajar en tratar de mantener los valores de acceso abierto, la regularidad del procedimiento, y la toma de decisiones justas, en el contexto de una gran cantidad de cambios pasando en la parte administrativa y burocrática de su funcionamiento.
- Sobre el problema general de la institucionalización, lo que quería decir es que tenemos que ser muy cuidadoso acerca de la terminología que utilizamos. Baruch estaba poniendo la solución de problemas de mediación y la mediación de confrontación en un clúster, lo cual puede causar confusión. Me gusta distinguir entre la mediación que facilite una negociación acusatoria y mediación que permite la resolución de problemas (o basado en los intereses) de negociación, que podría incluir oportunidades para la transformación.
- La función propia de los tribunales parece estar más en hacer ese tipo de cambios posibles, la comprensión de ellos, dándoles la bienvenida, proporcionando espacio para ellos, animándolos. Ahora bien, si los tribunales van demasiado rápido en el intento de institucionalizar estos programas, entonces las leyes de hierro de la burocracia empezarán a asumir el control.
- Los ADR (Alternative Dispute Resolution) están cada vez más omnipresente en nuestra cultura, y los abogados y los clientes se están preparando para un mayor uso de la mediación. Hoy en día la mayoría de las escuelas de derecho ofrecen al menos una clase de ADR. En unos pocos años, casi todos los abogados habrá tenido algún tipo de formación en ADR y los clientes también se vuelven más conocedores de estos métodos.

Anexo II: Preguntas Frecuentes.

1. ¿Es obligatorio acudir a mediación?

La mediación es un proceso voluntario en el cual las partes en conflicto deciden acudir a un tercero imparcial para que les ayude a llegar a un punto de consenso; se deja en claro el concepto de voluntariedad.

2. ¿Qué ocurre con todo lo que se diga o se presente en un proceso de mediación?

Es absolutamente confidencial. Uno de los principios básicos de la mediación es la confidencialidad del proceso. Al acudir a mediación, tanto el mediador como las partes aceptan guardar secreto de toda la información que en la mediación se muestre, comente o utilice.

3. ¿Pudo abandonar el proceso en cualquier momento?

Si, las partes pueden decidir abandonar el proceso en cualquier momento. Igualmente, el mediador puede decidir no continuar con la mediación si determina que el conflicto no es susceptible de mediación o no puede continuar.

4. Cómo abogado, ¿Cuándo debo recomendar a mi cliente ir a mediación?

- Cuando el conflicto no tiene un amparo legal.
- Cuando el marco legal aplicable al conflicto resulta poco fiable o inadecuado.
- Cuando se necesite un acuerdo estable y que no dañe la relación entre las partes.
- Cuando intervengan intereses emocionales en el conflicto.

5 ¿Qué ventajas presenta la mediación para un abogado?

- La mediación evita el riesgo judicial y procesal, beneficiando al cliente y al propio abogado.
- La mediación es la alternativa perfecta que el abogado puede aplicar en aquellos conflictos que no le interese llevar hasta los Tribunales, ya sea por la escasa cuantía económica o por la posición incierta de su cliente.
- La mediación permite que el abogado intervenga y asesore en conflictos que tradicionalmente están fuera de los Tribunales.

- La mediación permite resolver conflictos de forma más rápida y, lo que es más importante, permite cobrar los honorarios mucho antes que un proceso judicial.

6. ¿Cómo se puede analizar el conflicto con un usuario, antes de recomendarle acudir a mediación?

Se deben tener en cuenta los siguientes puntos:

- Intereses de las partes.
- Alternativas de cada una de las partes en caso de que decidan abandonar la mediación.
- Identificar las opciones de que dispone cada parte.
- Analizar los criterios objetivos del conflicto.
- Buscar un compromiso posible. Esto se relaciona directamente con el futuro posible acuerdo y tiene por objetivo buscar el contenido mínimo posible que debería tener ese acuerdo para que sea aceptado por cada parte.
- Analizar el nivel de conocimiento.
- Analizar la forma y el reparto de poder en la relación entre las partes.

5. ¿En qué medida se involucra activamente la Administración de Justicia en la solución de los conflictos a través de la mediación?

Los ordenamientos jurídicos – procesales modernos están sufriendo sensibles alteraciones, convirtiéndose paulatinamente en sistemas multiproceso, que ha pasado de ofrecer el proceso clásico como única vía de solución del conflicto a incorporar un espectro de variados mecanismos de encauzamiento y resolución de los litigios.

Disposiciones generales

Artículo 1. Concepto.

Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley:

- a) La mediación penal.
- b) La mediación con las Administraciones públicas.
- c) La mediación laboral.
- d) La mediación en materia de consumo.

Artículo 3. Mediación en conflictos transfronterizos.

1. Un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto.

2. En los litigios transfronterizos entre partes que residan en distintos Estados miembros de la Unión Europea, el domicilio se determinará de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Artículo 4. Efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad.

La solicitud de inicio de la mediación conforme al artículo 16 suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso.

Si en el plazo de quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación no se firmara el acta de la sesión constitutiva prevista en el artículo 19, se reanudará el cómputo de los plazos.

La suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta Ley.

Artículo 5. Las instituciones de mediación.

1. Tienen la consideración de instituciones de mediación las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación. Si entre sus fines figurase también el arbitraje, adoptarán las medidas para asegurar la separación entre ambas actividades.

La institución de mediación no podrá prestar directamente el servicio de mediación, ni tendrá más intervención en la misma que la que prevé esta Ley.

Las instituciones de mediación darán a conocer la identidad de los mediadores que actúen dentro de su ámbito, informando, al menos, de su formación, especialidad y experiencia en el ámbito de la mediación a la que se dediquen.

2. Estas instituciones podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias.

3. El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes velarán por que las instituciones de mediación respeten, en el desarrollo de sus actividades, los principios de la mediación establecidos en esta Ley, así como por la buena actuación de los mediadores, en la forma que establezcan sus normas reguladoras.

TÍTULO II

Principios informadores de la mediación

Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición.

1. La mediación es voluntaria.
2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.
3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.

Artículo 7. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores.

En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

Artículo 8. Neutralidad.

Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.

Artículo 9. Confidencialidad.

1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.
2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:
 - a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.

b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

Artículo 10. Las partes en la mediación.

1. Sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente.

2. Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.

Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.

El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

3. Las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.

TÍTULO III

Estatuto del mediador

Artículo 11. Condiciones para ejercer de mediador.

1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

2. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

3. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

Artículo 12. Calidad y autorregulación de la mediación.

El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán y requerirán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos.

Artículo 13. Actuación del mediador.

1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes.

2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley.

3. El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste su renuncia.

4. El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad.

5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:

a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.

b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.

c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

Artículo 14. Responsabilidad de los mediadores.

La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben.

Artículo 15. Coste de la mediación.

1. El coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario.

2. Tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación.

Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución, podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución, antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado.

TÍTULO IV

Procedimiento de mediación

Artículo 16. Solicitud de inicio.

1. El procedimiento de mediación podrá iniciarse:

a) De común acuerdo entre las partes. En este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones.

b) Por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas.

2. La solicitud se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas.

3. Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal.

Artículo 17. Información y sesiones informativas

1. Recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa. En caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá que desisten de la mediación solicitada. La información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial.

En esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.

2. Las instituciones de mediación podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, que en ningún caso sustituirán a la información prevista en el apartado 1.

Artículo 18. Pluralidad de mediadores.

1. La mediación será llevada a cabo por uno o varios mediadores.

2. Si por la complejidad de la materia o por la conveniencia de las partes se produjera la actuación de varios mediadores en un mismo procedimiento, éstos actuarán de forma coordinada.

Artículo 19. Sesión constitutiva.

1. El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos:

a) La identificación de las partes.

b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes.

c) El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación.

d) El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación.

e) La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos.

f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas.

g) El lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

2. De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten estos aspectos, que será firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.

Artículo 20. Duración del procedimiento.

La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones.

Artículo 21. Desarrollo de las actuaciones de mediación.

1. El mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado.

2. Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas.

3. El mediador comunicará a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado. El mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta.

Artículo 22. Terminación del procedimiento.

1. El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.

Con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses.

2. La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador.

3. El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa.

El acta deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firmar el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen.

Artículo 23. El acuerdo de mediación.

1. El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación.

En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

2. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes.

3. Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación.

El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo.

4. Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

Artículo 24. Actuaciones desarrolladas por medios electrónicos.

1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley.

2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes.

TÍTULO V

Ejecución de los acuerdos

Artículo 25. Formalización del título ejecutivo.

1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación.

El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.

2. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho.

3. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.

4. Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 26. Tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación.

La ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo.

Si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 27. Ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos.

1. Sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, un acuerdo de mediación que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado sólo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas.

2. Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás.

3. El documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte manifiestamente contrario al orden público español.

Madrid, 6 de julio de 2012.