



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIO HUMANÍSTICA

TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL
CIVIL

**El proceso de mediación en el Ecuador y su aplicación en los conflictos del
trabajo**

TRABAJO DE TITULACIÓN.

AUTOR: Rodas Molina, Jorge Hernán, Abg.

DIRECTOR: Ochoa Ochoa, Maritza Elizabeth, Dra.

CENTRO UNIVERSITARIO CUENCA

2016

APROBACIÓN DE LA DIRECTORA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Doctora.

MARITZA ELIZABETH OCHOA OCHOA

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo titulación, denominado: El proceso de mediación en el Ecuador y su aplicación en los conflictos del trabajo realizado por el Abg. Jorge Hernán Rodas Molina, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, _____

f) _____

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo Rodas Molina Jorge Hernán declaro ser autor del presente trabajo de titulación: El proceso de mediación en el Ecuador y su aplicación en los conflictos del trabajo, de la Titulación Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil, siendo la Dra. Maritza Elizabeth Ochoa Ochoa, 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. 88 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 o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

F: _____

Autor: Rodas Molina Jorge Hernán

Cédula: 0301242103

DEDICATORIA

Esta Tesis la dedico con todo el amor que engrandece mi alma a mi hija VALENTINA MIKAELA RODAS VAZQUEZ, mi Valukis, mi chica, hija preciosa ¡motor de mi alma!, estímulo tierno y determinante de todas mis convicciones; quien con su inocente amor bendecido por mi DIOS, me ha otorgado el privilegio irrenunciable de ser padre.

AGRADECIMIENTO

Le doy gracias a Dios por haberme concedido la oportunidad de brindarme la connotada luz de superación personal, reflejada en esta Tesis, fruto y cosecha profesional de mi esfuerzo.

A mi hija amada, adorada, “mi chica hermosa” mi Valukis, le doy gracias por su ternura total, que con su presencia enriquece mis días correctamente vividos.

Le doy gracias a mi padre JORGE HERNÁN RODAS OCHOA + que desde el infinito espacio divino me ha auspiciado con su amor y protección eterna; estoy seguro de su energía vivificante a favor de mi persona.

Le doy gracias a mi querido abuelo JOSÉ ALBERTO MOLINA MOLINA +, quien me enseñó a superar los obstáculos de la vida y a luchar cada día por el porvenir de mi familia.

Le doy gracias a mi madre por su apoyo e incentivo diario, mujer luchadora y persistente en beneficio de mi porvenir; quien supo salir adelante para entregarnos lo mejor a mi hermana y a mí.

Le doy gracias a mi querida esposa ¡Fernanda ¡ por todo su amor incondicional, quien con la apertura de su noble corazón me ha renovado como hombre de sentimientos puros y honestos en esta bella etapa de mi existencia.

Le doy gracias a mis abuelos Jorge Hernán Rodas Iglesias, Guillermina Ochoa Regalado y Regina Iglesias Amoroso, que con sus consejos me dieron fuerzas para culminar el desarrollo de esta tesis.

A todas aquellas personas; hermana, tíos, primos, familia política, amigos; que de una forma u otra supieron brindarme sus palabras de aliento, para culminar de la mejor manera el desarrollo de esta tesis y una cumplir una meta más en mi vida profesional.

A TODOS MUCHAS GRACIAS.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARATULA.....	I
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO 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 1: Marco Teórico.....	5
1.1. Origen e historia de la Mediación.....	6
1.2. Diferentes definiciones de la Mediación.....	9
1.3. Principios de la Mediación.....	12
1.4. Tipos de Mediación.....	14
Capítulo 2: Procedimiento de la Mediación.....	17
2.1. Aspectos generales.....	18
2.2. Solicitud.....	19
2.2. Confidencialidad de la Mediación.....	24
2.3. Centros de Mediación.....	27
Capítulo 3: La Mediación en el ámbito Laboral.....	30
3.1. Aspectos Generales.....	31
3.2. Irrenunciabilidad de derechos de los trabajadores.....	34
3.3. Conflictos colectivos del Trabajo.....	39
3.4. Mediación obligatoria en los conflictos colectivos del Trabajo.....	40
3.5. Aplicabilidad de la mediación en los conflictos individuales entre empleador y trabajador.	43

Capítulo 4: Metodología y Análisis de Resultados.....	47
4.1. Metodología y Técnicas utilizadas.....	48
4.2. Análisis e interpretación de resultados en base a las encuestas realizadas a los Inspectores del Trabajo - mediadores del Centro de Mediación del Ministerio de Relaciones Laborales – Centro Cuenca; algunos trabajadores y empleadores del parque Industrial de la ciudad de Cuenca.....	51
4.3. Caso práctico.....	65
4.4. Propuesta de Ley.....	68
CONCLUSIONES.....	75
RECOMENDACIONES.....	76
BIBLIOGRAFÍA.....	77
ANEXOS.....	80

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad realizar una propuesta de reforma al Código del Trabajo para conseguir la implementación de una fase de mediación en los conflictos individuales del trabajo, de igual manera que exista la posibilidad que el Inspector del Trabajo pueda exigir el cumplimiento de la mediación, por ejemplo por la vía coactiva que tienen las Instituciones Públicas.

Lo importante de esto es que el trabajador al momento de llegar a un acuerdo con el empleador no renuncie a sus derechos y que pueda recibir los beneficios legales correspondientes en el menor tiempo posible; evitando que a futuro no se declaren nulidades procesales que vulneren los derechos en las relaciones entre trabajadores y empleadores; esto de conformidad con los principios Constitucionales de celeridad, buena fe, lealtad procesal, de igual manera aplicando los principios del derecho laboral.

PALABRAS CLAVES: Mediación, trabajador, empleador, conflictos del trabajo, conflictos colectivos del trabajo, conflictos individuales del trabajo.

ABSTRACT

This paper aims to make a proposal to reform the Labour Code for the implementation of a phase of mediation in individual labor disputes, just as there is a possibility that the labor inspector can enforce mediation for example by coercive way with public institutions.

The important thing is that the worker at the time of reaching an agreement with the employer does not give up their rights and can receive the corresponding legal benefits in the shortest time possible; preventing future no procedural nullity infringing rights in relations between workers and employers are declared; this in accordance with the constitutional principles of speed, good faith, loyalty, just as applying the principles of labor law.

KEYWORDS: Mediation, worker, employer, labor disputes, labor disputes, individual labor disputes.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país la mediación ha tomado gran importancia en los últimos años, la gran mayoría de conflictos que en la justicia ordinaria duran varios años en resolverse, en la actualidad con la mediación y otros métodos alternativos de solución de conflictos son resueltos en poco tiempo.

Específicamente en el campo Laboral en los conflictos del trabajo; a diario tanto las Inspectorías del Trabajo del País, Jueces y otros centros autorizados para la solución de conflictos se encuentran con problemas entre los trabajadores y empleadores, mismos que en varios casos son resueltos por la vía de la mediación.

Sin embargo, existen casos particulares en los que al mediar se están renunciando a los derechos de los trabajadores; de igual manera los acuerdos no son cumplidos de las formas y tiempos determinados; es por eso que es importante que todos los funcionarios públicos que se encargan de sustanciar procesos laborales, Inspectores del Trabajo, Jueces, Mediadores, Abogados y por qué no los propios empleadores y trabajadores tengan presente las normas que se deben aplicar al momento de llevar a mediación un conflicto individual del trabajo, para a futuro evitar problemas como son las nulidades procesales; provocando que los conflictos individuales continúen y duren varios años.

En el Ministerio del Trabajo de la Ciudad de Cuenca, institución en la que laboré en calidad de Inspector del Trabajo por el periodo de 2 años; conozco que se han dado casos en los que los conflictos individuales del trabajo se resuelven con una mediación; sin embargo posterior a ello ya sea los trabajadores o el empleador deciden hacer valer sus derechos ante la justicia ordinaria (Juez del Trabajo o Civil).

Con la elaboración de este trabajo investigativo busco establecer aspectos legales que me ayudarán a determinar si la mediación es aplicable en los conflictos individuales del trabajo, de igual manera definir los mecanismos jurídicos para asegurar el cumplimiento de los acuerdos llegados en la mediación; es importante plantear lo siguiente: “Pertinencia de la mediación en los conflictos individuales del trabajo y mecanismos legales para exigir su cumplimiento”

Como objetivo general de esta investigación propongo: Realizar una investigación doctrinaria, jurídica, crítica sobre la aplicación de la mediación en los conflictos individuales del trabajo y la forma de exigir su cumplimiento.

Los objetivos específicos que he planteado son los siguientes:

- Realizar un análisis de la mediación como método alternativo de solución de conflictos, con el fin de responder a la interrogante de que si ¿es o no aplicable la mediación en los conflictos individuales del trabajo?;
- Aumentar el respeto y confianza entre las partes en conflicto;
- Establecer los tipos de conflictos de trabajo;
- Analizar el principio laboral que habla de la Irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores;
- Analizar y sugerir los mecanismos legales para exigir el cumplimiento de los acuerdos llegados en una mediación laboral en el Ministerio del Trabajo.

El desarrollo de esta tesis consta de 4 capítulos, mismos que comprenden el origen, definiciones, principios y tipos de mediación; procedimiento de la mediación; temas relacionados con la mediación en el ámbito laboral; y por ultimo las conclusiones y recomendaciones. Para la investigación utilizaré material bibliográfico relacionado con temas de la mediación y los conflictos del trabajo; material del Consejo de la Judicatura relacionados a los centros de mediación; material del Ministerio del Trabajo; Resoluciones; Acuerdos; Legislación vigente como es: Constitución de la República, Código del Trabajo, Ley de Justicia Laboral, Ley de Arbitraje y Mediación, Código Orgánico de la Función Judicial; se realizarán encuestas a los Inspectores del Trabajo del Azuay, empleadores y a trabajadores de la zona, esto permitirá cuantificar el nivel de confianza, satisfacción, aplicabilidad, conocimiento de la mediación en los conflictos individuales del trabajo, en el Ministerio del Trabajo del Cantón Cuenca, Provincia del Azuay; y de esta manera poder establecer reformas al Código del Trabajo o las leyes aplicables como la Ley de Arbitraje y Mediación entre otras, de ser el caso.

La aplicación de la normativa legal vigente y de los principios constitucionales y legales correspondientes, nos permitirá llegar a una mediación que observe todos aspectos correctos para evitar que a futuro cualquiera de las partes incumpla con los acuerdos llegados en la mediación, y de esta manera se pierda tiempo y dinero en la tramitación y cumplimiento de este tipo de procesos.

CAPÍTULO 1: MARCO TEÓRICO

1.1 Origen e Historia de la Mediación

Conocer el origen e historia de la Mediación tiene como propósito la comprensión de la misma como método alternativo de solución de conflictos, identificar definiciones, tipos, principios de la mediación que se han dado a lo largo del tiempo para aplicarlos en la práctica y precautelar derechos laborales.

La existencia de acuerdos de mediación que vulneren derechos de los trabajadores impiden que los mismos lleguen a concluir, perdiendo energías, tiempo y dinero en la tramitación de la misma.

Como antecedente, es necesario entender el término mediación. Zurita (2001) afirma:

Históricamente el principio de la mediación, podría ser el panel denominado “comisionados de conciliación”, que apareció con la creación del departamento del Trabajo de los Estados Unidos y que luego se organizó con el nombre de Servicio Federal de Mediación y Conciliación para atender diferencias obrero-patronales. Es así que nuestro Código del Trabajo, es el primer cuerpo legal que utiliza como concepto amplio, la palabra MEDIACION, donde incluso la conciliación responde a un sometimiento obligatorio en conflictos de Trabajo.

Es importante manifestar que nuestro Código del Trabajo reconoce la mediación pero únicamente en los conflictos colectivos del Trabajo, mas no en los conflictos individuales.

Si nos remontamos al origen histórico de la mediación, debemos ir al origen mismo del hombre, ya que es tan antiguo como lo es el conflicto. Este es connatural al ser humano y a los grupos que integra. Su génesis es la de la vida en comunidad. Existen fragmentos filosóficos presocrático, como los de Heráclito y Aristóteles donde podemos traducir que el “conflicto es el promotor del cambio y a su vez es consecuencia de este...” y simplemente se necesitan dos seres, ya que el conflicto se caracteriza por la dualidad adversario – adversario. La mediación, tal como ahora la conocemos, no es sino una adaptación actualizada de los que ya existía en otras culturas, en otras épocas.

Con relación a este tema el Manual de Formación Básica de Mediadores afirma:

En Estados Unidos, existen más de 500 Centros de Mediación que proveen mediadores a propietarios, inquilinos, vecinos enfrentados, proveedores y clientes. Miles de escuelas a lo largo y ancho del país, entrenan a los chicos como mediadores entre pares y media en los

salones de juego y en los corredores, las disputas de sus compañeros. Muchas organizaciones y empresas emplean la mediación en la resolución de demandas y quejas de los clientes, empleados, proveedores. En las disputas internacionales cada vez más se emplea la mediación para resolverlas. En la actualidad se han dado casos en donde el Estado Ecuatoriano se ha sometido a la mediación para solucionar conflictos internacionales; de igual manera hay que resaltar que la mediación para otros países es muy aceptada, tal es el caso de los EEUU quienes según este Manual de Formadores entrenan a los niños desde la escuela como mediadores.

A continuación me refiero a la historia de la Mediación en el Ecuador, de acuerdo a la Constitución de la República y demás leyes ecuatorianas.

La Carta Magna en su Art. 191, inciso tercero, decía: “[...] Se reconocerá el Arbitraje, la Mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley” (Constitución de la República del Ecuador, 1998).

El artículo 190 reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, mismos que se aplicarán en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

Al referirnos a materias que no se pueden transigir nos referimos por ejemplo a los casos de violencia intrafamiliar.

En el Código Orgánico de la Función Judicial encontramos que el arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades.

Al respecto el Programa de Mediación, Justicia y Cultura de Paz. Consejo de la Judicatura (2013) afirma:

La Constitución de la República del Ecuador reconoce en el art. 190, el arbitraje y la mediación como procedimientos alternativos para la solución de conflictos, de igual manera desde el año 1997 se regula la mediación en la Ley de Mediación y Arbitraje y por último el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 17 nos habla sobre la mediación. “[...] El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos

por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades [...]”.(p.1)

Por su parte el Instructivo de Registro de Centros de Mediación nos habla de la tramitación para el funcionamiento de los centros de Mediación, su objeto, ámbito, creación de oficinas de acuerdo a la demanda, entre otros aspectos.

En esta parte nos referimos a una breve reseña histórica de la mediación, se puede observar algunas Resoluciones, Instructivos, entre otras normativas, con los cuales cada vez se va legislando de mejor manera la tramitación de la mediación; observamos que desde nuestra carta magna ya se reconoce a la mediación como un método alternativo de solución de conflictos; sin embargo hace referencia a los casos en los que no se pueden transigir; en el desarrollo de esta tesis analizaremos si los conflictos individuales que existan entre trabajadores y empleadores pueden transigir.

1.1.1 Centro De Mediación Del Ministerio Del Trabajo

Mediante Acuerdo Ministerial MDT-2015-0077, se crea el centro de Mediación del Ministerio del Trabajo con sede en Quito, para resolver los conflictos generados por las relaciones entre los trabajadores y empleadores.

Dicho instructivo para la creación de los centros de Mediación del Ministerio del Trabajo considera. Acuerdo Ministerial MDT-2015-0077 (2015) considera:

[...] Las relaciones laborales entre empleador y trabajador se producen conflictos provenientes de incumplimientos contractuales que podrían vulnerar derechos establecidos en el Código del Trabajo, razón por la cual es preciso aplicar la mediación como método alternativo de solución de conflictos con el objeto de lograr una solución rápida y eficaz evitando la vía judicial que podría implicar mayor tiempo y recursos económicos [...].

Claramente con este Acuerdo Ministerial observamos la creación del centro de mediación del Ministerio del Trabajo, lo que me llama la atención es que según esta Resolución se podrá aplicar la mediación en los conflictos entre trabajadores y empleadores con el *“objeto de lograr una solución rápida y eficaz evitando la vía judicial que podría implicar mayor tiempo y recursos económicos”*; sin embargo considero que está mucho más en juego, si se llega a un acuerdo

mediante este método alternativo de solución de conflictos, no se deben renunciar derechos laborales y debemos garantizar el cumplimiento de lo acordado.

Es importante manifestar que para la creación de estos centros de Mediación, hay que tomar en cuenta los riesgos que podrían producirse al llegar a un acuerdo entre empleadores y trabajadores; dichos riesgos podrían ser la renuncia de derechos de los trabajadores, la falta de cumplimiento de los acuerdos, entre otros; mismos que podrían retardar la solución del conflicto y se gastaría más tiempo y dinero.

1.2 Diferentes Definiciones De La Mediación

Con el fin de analizar la mediación en los conflictos individuales del trabajo, es necesario entender el concepto de mediación, para ello hago referencia al concepto que le dan algunos autores y al que le da la Ley. Palacios Morilla afirma:

La mediación es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar, para llegar a un resultado mutuamente aceptable. El mediador no actúa como Juez, pues no impone decisiones sino que ayuda a las partes a identificar los puntos de controversia, a explorar las posibles bases de un pacto y las vías de solución, puntualizando las consecuencias de no arribar a un acuerdo. Por esos medios, facilita la discusión e insta a las partes a conciliar sus intereses, dando un resultado ido y económico.

Palacios, (como citó el Dr. Borja, 2002) se refiere al concepto político de la Mediación como: “Una de las formas de solución pacífica de las controversias internacionales. Está consagrada en la Carta de las Naciones Unidas”.

Para la aplicación de la mediación y en el caso particular de la misma en los conflictos individuales del trabajo, es muy importante rescatar el hecho de que el mediador no actúa como Juez, sino que únicamente ayuda a las partes a identificar las controversias.

Pues bien, una vez identificada la controversia me pregunto, ¿los derechos de los trabajadores se pueden negociar?; esta particularidad es algo que se tiene que analizar de una forma muy responsable y muy profunda, personalmente considero y siendo muy respetuoso de los principios y normativas constitucionales y legales, no es posible negociar un derecho; sin embargo se puede negociar la forma en el que se puede resarcir el derecho si ha sido transgredido.

Noboa, (como citó Cabanellas, 2005) se refiere a la Mediación como: “La participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados. Apaciguamiento, real o intentado, en una controversia, conflicto o lucha” (p. 11).

Revisemos lo que manifiesta sobre la Mediación la Ley que la regula artículo 43. Ley de Arbitraje y Mediación (2006) manifiesta: “[...] es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto” (p. 16).

A lo largo del desarrollo de esta tesis es importante definir que sería materia transigible, y determinar si los asuntos laborales, en lo que se refiere a los conflictos individuales del trabajo se enmarcan o no como materia transigible.

Nuevamente revisando el criterio de algunos autores nos referimos a QUIROGA, (como citó Pina Vara, 1994) quien define a la conciliación como: “Acuerdos celebrados entre quienes se encuentran ante un conflicto de intereses, con objeto de evitar un juicio o poner rápido fin a uno ya iniciado (sin correr todos los tramites que, en otro caso serían precisos para concluirlo). En nuestro proceso del trabajo la conciliación constituye un trámite previo al arbitraje” (p. 18).

La definición del autor Pina Vara, considero que se refiere a evitar gastos económicos innecesarios y perder tiempo con el proceso judicial; sin embargo es necesario determinar si la Mediación garantiza este particular, es decir si efectivamente al llegar a un acuerdo en mediación, esto me garantiza que por una parte el empleador cumpla con lo acordado sin necesidad de acudir a la vía judicial; y por otro lado me garantiza que el trabajador no reclame en lo posterior en la vía judicial.

El mismo QUIROGA, (como citó Couture) define a la Conciliación como un “acuerdo o advertencia de parte que, mediante renuncia allanamiento o transacción, hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual” (p.19).

Según Quiroga el Autor Couture considera a la Conciliación como una “Advertencia” en miras a evitar un juicio mediante la renuncia de aquel; considero como lo manifesté en el párrafo anterior que la conciliación o mediación no garantiza la renuncia del litigio.

Dentro de las definiciones que dan los diferentes autores sobre la mediación tenemos. Cabanellas (1945), afirma:

Al hablar respecto de la Conciliación, manifiesta que es un “acto, un procedimiento y un posible acuerdo. Como acto representa el cambio de puntos de vista, de pretensiones y propuestas de composición entre partes que discrepan. Como procedimiento, la conciliación se integra por los trámites y formalidades de carácter convencional o de imposición legal para posibilitar una coincidencia entre los que tienen planteado un problema jurídico o un conflicto económico social. Como acuerdo, la conciliación representa la fórmula de arreglo concretada por las partes”. (p. 411)

Tomando en cuenta estos 3 pasos a los que se refiere Cabanellas, es importante también mencionar y para mi punto de vista, que se debería incorporar un cuarto paso en el que se garantice el cumplimiento de lo acordado en mediación.

Es necesario determinar si los conceptos de la Mediación y Conciliación guardan relación, al punto de poder considerarles como sinónimos; para ello veamos lo que manifiesta la Ley de Arbitraje y mediación, misma que en su Art. 55 dispone: “La conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos”. (Lo subrayado me corresponde).

Frente a todas estas definiciones se puede concluir que la mediación tiene como objetivo principal que las partes solucionen sus conflictos, ya sea económicos, sociales, etc., de forma pacífica, sin tener que recurrir a la justicia ordinaria misma que podría llegar a durar años, y con gasto de recursos, tiempo, etc.

Es importante también, fomentar en la sociedad el dialogo y no el litigio; como profesionales del Derecho debemos garantizar a nuestros clientes un asesoramiento adecuado, no solamente “triunfando en los juzgados”, sino previniendo el litigio; ya que evitando el proceso litigioso, representa un ahorro de tiempo y dinero para nuestros clientes; siempre y cuando en el ámbito laboral no se renuncien derechos.

1.3 Principios De La Mediación

Los principios son reglas que se deben tomar en cuenta en todos los procesos en este caso en los de mediación, donde el mediador debe velar por el cumplimiento de todos estos principios, al respecto Noboa (2009) afirma:

Los Principios Básicos de la Mediación son: Principio de equidad: Se genera condiciones de igualdad; Principio de Confidencialidad: Las informaciones sugeridas en el proceso no deben ser reveladas a otras ajenas a la negociación. Así esta conceptuado este principio en el Art. 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación, pero puede romperse este mismo principio, cuando las partes de común acuerdo renuncian a la confidencialidad. Principio de Imparcialidad: No se discrimina, ni se realiza diferencia de las partes, equilibra la relación entre las partes, interviniendo un tercero imparcial que facilita el dialogo y busca ayudar a las partes a expresar el problema y a encontrar soluciones. Principio de Voluntariedad: Las partes deciden si se someten o no al procedimiento de mediación, no es un proceso impuesto. Principio de neutralidad: Abstenerse los casos en la cual participan personas vinculadas a él o su entorno familiar. Principio de Legalidad: Los acuerdos escritos en el acta se encuentran dentro de la Ley y Reglamento. Principio de Transigibilidad: Interviene en materias donde las partes pueden transigir, no en delitos de acción pública por ejemplo en asuntos de violación. Principio de Extrajudicialidad: Porque al acudir a la jurisdicción convencional, buscando medios alternativos más humanos, más democráticos y más justos para resolver las disputas, se evita en acudir a la justicia ordinaria cuyo enfrentamiento continuo entre las partes involucradas en un litigio, lo hace más largo, más lento y engorroso. (p.14 y 15)

Dichos principios básicos de la Mediación según el Autor se encuentran determinados en el Titulo II de la Mediación. Ley de Arbitraje y Mediación (2009) cuando dice: “Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que versa sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto” (p.16).

A continuación realizo un breve análisis de algunos de los principios de la mediación que menciona el autor y la Ley de Arbitraje y Mediación.

En referencia al principio de equidad considero que el mediador debe garantizar el cumplimiento del mismo, por cuanto en la mayoría de los casos el trabajador va a estar en desventaja frente al

empleador; por lo que podía darse varios casos que llegaren a influir en la decisión del trabajador de existir a un acuerdo, y por ende esté renunciando a sus derechos; como por ejemplo, el empleador en ciertos casos va a tener condiciones de negociar sin ninguna presión porque sabe que tiene el tiempo y los recursos suficientes para de no llegar a un acuerdo esperar la demanda ante la justicia ordinaria y apelar ante las autoridades superiores, situación que representa tiempo y dinero; por otro lado en algunos casos el trabajador no tiene esas condiciones.

En cuanto al principio de Voluntariedad, Noboa afirma que “las partes deciden si se someten o no al proceso de mediación”; en este contexto es importante mencionar lo que manifiesta el Art. 46 literal c de la Ley de la materia: “La mediación podrá proceder; c) Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten”.

Es muy importante señalar que aun cuando el juez de oficio derive el proceso a mediación, las partes deben aceptar el sometimiento a este método alternativo de solución de conflictos, ya que sin esta aceptación no podríamos hablar de la voluntariedad como principio de la mediación.

De igual manera veamos lo que manifiesta respecto de la mediación el art. 470. Código del Trabajo (2005) el mismo que afirma:

Mediación obligatoria.- Si no hubiere contestación o si ésta no fuere enteramente favorable a las peticiones de los trabajadores, el inspector del trabajo remitirá todo lo actuado a la Dirección o Subdirección de Mediación Laboral respectiva, para que a través de sus funcionarios convoque a las partes cuantas veces considere necesarias, con veinte y cuatro horas de anticipación por lo menos, a fin de que procuren superar las diferencias existentes, dentro del término de quince días contados desde la fecha de inicio de su intervención. Este término podrá ampliarse a petición conjunta de las partes. Si los empleadores no concurrieren en forma injustificada a dos reuniones consecutivas, terminará la etapa de mediación obligatoria y se remitirá lo actuado al inspector del trabajo, para que integre el Tribunal de Conciliación y Arbitraje. En caso de que sean los trabajadores quienes no asistan injustificadamente a dos reuniones consecutivas, forzosamente se cumplirá el término de quince días señalado en este artículo, transcurrido el cual igualmente se remitirá el expediente al inspector del trabajo [...]. (p. 124)

En la Mediación en materia laboral ya no podríamos hablar de voluntariedad, por cuanto es una etapa que deben pasar las partes de forma obligatoria en los conflictos colectivos del trabajo; sin

embargo vemos que si no concurren las partes únicamente pasa a la siguiente etapa en el trámite administrativo.

Por otro lado, el principio de Transigibilidad habla únicamente de delitos de acción pública, sin embargo considero que existen dos aspectos fundamentales que debemos tomar en cuenta, al momento de hablar de aplicar la “mediación en los conflictos del trabajo”, estos son: La Irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, será nula toda estipulación en contrario; y, el acuerdo de voluntades.

Tomando como base estos dos aspectos, se deberá determinar si es posible mediar en un Conflicto individual del Trabajo, por ejemplo si un trabajador ha laborado 10 años para una empresa y esta solo le afilio 5 años, como podríamos mediar los 5 años restantes, si decimos que los derechos son irrenunciables; sin embargo por otro lado está el Acuerdo de voluntades; ante esto más adelante hablaremos de que la Ley protege a los trabajadores no solo de actos de terceros, sino también de los suyos propios, en tal sentido debería existir una ponderación de derechos con miras a la satisfacción de las partes.

1.4. Tipos De Mediación

Es importante conocer los tipos de mediación existentes según algunos autores doctrinarios; ya que en algunos casos nos hablan de la mediación laboral. Vintimilla (2004) afirma:

Existen varios tipos de mediación: Desde el punto de vista del número de los actores inmersos o número de partes, puede ser: bilateral y plurilateral o multilateral, pues es posible atender casos en los cuales intervienen varias partes; Desde el punto de vista de ubicación de sus actores, puede ser: pública o privada. Esta división se basa en la calidad de los órganos que forman los centros de mediación o que brindan dicho servicio, así será pública la mediación de la Procuraduría General de la Nación o de cualquier municipio, en tanto que será privada la desarrollada por ONGs o Universidades. Desde la materia tratada o área abordada, la mediación puede ser patrimonial, familiar, laboral, penal, social, etc. Desde el campo de acción social y por la participación de los miembros de la propia comunidad, la mediación puede ser: institucional o simple mediación y comunitaria o ciudadana, ya que en la primera el tercero imparcial puede ser cualquier persona que cumpla los requisitos legales y reglamentarios, en tanto que en la segunda se requiere sea un miembro propio del lugar o comunidad donde funcionan los servicios. Si se considera un elemento extranjero puede ser: interna (local o nacional) e internacional. Por el número de

mediadores inmersos en la audiencia. Podemos encontrar: un procedimiento singular con la presencia y facilitación de un solo mediador y otro colectivo donde varios mediadores intervienen. Por ello también se la conoce como comediación. De acuerdo a la ubicación de los servicios en sede judicial, puede ser: judicial o adscrita a la función judicial y extrajudicial o fuera de su entorno. Algunos autores hablan de que la mediación judicial es eminentemente pública mientras que la extrajudicial es privada. (P.11)

Si bien este autor habla de la mediación Laboral, familiar, patrimonial, etc., desde el punto de vista de la materia, es importante tomar en cuenta las prohibiciones que existen en cada una de ellas; por ejemplo en el ámbito laboral es necesario aclarar que es posible la mediación siempre y cuando no se vulneren los derechos.

De igual manera se deberá determinar hasta qué punto se pueden mediar los derechos de los trabajadores, sin vulnerar los mismos; por otro lado se deberá considerar la incorporación de mecanismos de exigibilidad de los acuerdos por la vía administrativa (Inspector o Director del Trabajo), con el fin de evitar acudir a la justicia ordinaria.

Analicemos también otro tipo de mediación como es la comunitaria o ciudadana, en donde se requiere la existencia de una persona propia del lugar o comunidad donde funcionan los servicios.

Al respecto la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) manifiesta: “Art. 58.- Se reconoce la mediación comunitaria como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos” (p. 19).

De igual manera el art. 59 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) afirma:

Las comunidades indígenas y negras o afro ecuatorianas, las organizaciones barriales y en general las organizaciones comunitarias podrán establecer centros de mediación para sus miembros, aun con carácter gratuito, de conformidad con las normas de la presente Ley. Los acuerdos o soluciones que pongan fin a conflictos en virtud de un procedimiento de mediación comunitario tendrán el mismo valor y efecto que los alcanzados en el procedimiento de mediación establecido en esta Ley. Los centros de mediación, de acuerdo a las normas de esta Ley, podrán ofrecer servicios de capacitación apropiados para los mediadores comunitarios, considerando las peculiaridades socio-económicas, culturales y antropológicas de las comunidades atendidas. El Consejo de la Judicatura también podrá organizar centros de mediación comunitaria. (p. 19 y 20)

Dentro de este capítulo nos referimos y analizamos entre otras cosas el origen e historia de la mediación, considero que es un avance muy importante el implementar la mediación comunitaria en nuestra legislación.

Otro autor Noboa (2009) afirma:

Por el número de actores inmersos, la mediación se clasifica en Bilateral y multilateral. Por la ubicación de sus actores en Pública y Privada. Por la materia en Familiar, Laboral, Penal, Ambiental. Por el campo de acción social en Institucional y ciudadana o comunitaria. Por el elemento extranjero en Interna (local o nacional) e internacional, y; Por el elemento procesal en judicial y extrajudicial. (p. 16)

CAPÍTULO 2: PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACIÓN

2.1. Aspectos generales.

En la Legislación Ecuatoriana, Ley de Arbitraje y Mediación, en el Título II nos habla sobre el procedimiento de la mediación; a continuación hago referencia algunas consideraciones establecidas en la ley y otros documentos respecto al procedimiento de mediación, con el fin de conocer cuando se aplica, como se aplica, en qué casos es posible su aplicación, si pone fin a un conflicto, etc.; para poder establecer con mayor claridad la aplicabilidad de la mediación en los conflictos del trabajo y a su vez poder determinar algún método para exigir el cumplimiento de los acuerdos.

Es así que la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) afirma:

Art. 43: La Mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto. (p. 16)

Art. 55: La conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos. (p. 19)

Art. 56: Los jueces ordinarios no podrán ser acusados de prevaricato, recusados, ni sujetos a queja por haber propuesto fórmulas de arreglo entre las partes en las audiencias o juntas de conciliación. (p. 19)

Al hablar de la mediación en el ámbito laboral, en este capítulo nuevamente es importante recalcar que la mediación en primer lugar debe ser voluntaria, las partes por su cuenta deben proponer y aceptar derivar algún conflicto a este método alternativo de solución de conflictos; más no debe ser impuesta por la autoridad que tramita algún proceso, situación que sucede en algunos procedimientos ya sean administrativos o judiciales, como es el caso de conflictos colectivos del trabajo por ejemplo.

De igual manera es necesario determinar que conflictos se pueden considerar como materia transigible y si en realidad ponen fin al conflicto; frente a esto considero que los derechos de los trabajadores son irrenunciables y no pueden ser sujetos de negociación, mas sin embargo si se ha vulnerado el mismo, se puede negociar la forma de reparar ese derecho; por otro lado para

poder decir que la mediación pone fin al conflicto, es necesario que existan mecanismos de exigibilidad de los acuerdos, pero no en la vía judicial, sino más bien en el caso de un proceso en una determinada cartera de estado, debería exigirse por medio de la autoridad estatal que la tramite.

De igual forma el programa de Mediación, Justicia y Cultura de Paz al hablar sobre las estrategias para impulsar la mediación afirma:

Con el propósito de lograr los objetivos propuestos se determinaron tres tipos de estrategias a saber: 1. Estrategia de información: orientadas a difundir los mecanismos y los principios de la cultura de paz a través de todos los medios de comunicación. 2. Estrategias de posicionamiento: diseñadas para ofrecer a través de actividades prácticas los beneficios y alcances de la mediación en los conflictos cotidianos evitando así su judicialización. 3. Estrategias de impacto: su propósito es ofrecer actividades mensajes y propuestas que modifiquen los comportamientos de la ciudadanía en su forma de responder y resolver los conflictos propios de la convivencia [...]. (p. 5)

Observamos que este manual se refiere a estrategias para impulsar la mediación, sin embargo debemos considerar aspectos como los relacionados en el desarrollo de esta tesis, que merecen una investigación más profunda que solamente las estrategias para impulsar una mediación; tal es el caso de identificar los asuntos que pueden ser transigibles, si pone fin al conflicto, entre otros.

Como dato interesante el Instructivo de Registro para Centros de Mediación, manifiesta que los mismos deben renovar sus registros cada dos años, cumpliendo con los requisitos exigidos por el Consejo de la Judicatura, dentro de los cuales se establece el desarrollo de un plan anual que establezca el alcance de su gestión y la calidad de los servicios que crece.

2.2. Solicitud

A continuación me refiero al procedimiento establecido en la Ley de la materia; luego de la revisión del mismo se realizará un análisis y se determinará una recomendación con el fin de que exista una reforma a al Código del Trabajo y se incorporen aspectos relacionados con los conflictos individuales del trabajo y medios de exigibilidad de los acuerdos llegados en mediación, en tal sentido el Art. 44, 45, 46 y 47. Ley de Arbitraje y Mediación (2006) manifiesta:

La Mediación podrá solicitarse a los centros de mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados. Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir. El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder. (p. 16)

La solicitud de mediación se consignará por escrito y deberá contener la designación de las partes, su dirección domiciliaria, sus números telefónicos si fuera posible, y una breve determinación de la naturaleza del conflicto. (p. 16)

Si revisamos detenida las dos normas enunciadas en el párrafo anterior, se puede observar que para someterse a la mediación es necesario una "solicitud" en donde deberá contener la designación de las partes, en tal sentido se podría decir que este método alternativo de solución de conflictos requiere de la voluntad de las partes; sin embargo en algunas Instituciones Públicas el procedimiento para el sometimiento a mediación es diferente, como por ejemplo en el Ministerio del Trabajo cuando existe algún reclamo por incumplimiento de derechos laborales, el Inspector o la Autoridad competente revisa el caso y de ser necesario lo deriva a mediación, claramente se observa que existe una solicitud, pero para revisar un presunto incumplimiento de derechos laborales, más no para someterse a mediación.

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

de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten [...]. (p. 16 y17)

Podemos analizar las 3 formas para que la mediación proceda según la Ley de Arbitraje y Mediación; en el primer caso es muy importante tomar en cuenta el hecho de que los jueces ordinarios no podrían conocer demandas que versen sobre la materia del convenio, sin embargo me pregunto, que pasaría si una de las partes incumple con lo acordado en mediación, deberán acudir a los jueces ordinarios para hacer valer los derechos mediante la vía de apremio; por este motivo es importante que se fortalezcan los mecanismos de exigibilidad de cumplimiento de los acuerdos llegados en mediación, por lo menos en las Instituciones como el Ministerio del Trabajo, cuya misión entre otras cosas es velar por el cumplimiento de los derechos laborales y evitar la explotación laboral.

El segundo y tercer caso van de la mano ya que para que se dé la mediación debe existir solicitud de las partes, y en el caso de que un Juez lo disponga de oficio esta debe ser aceptada por las mismas.

El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo. En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador. Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas. El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación. Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo. En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario. En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue

mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos en estas materias. (p. 17)

La parte final del art. 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación habla sobre los acuerdos que se lleguen en mediación, respecto a los asuntos de menores y alimentos manifiesta que estos serán susceptibles de revisión; en tal sentido y tomando en cuenta el principio de que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, de igual manera el principio en el cual habla que el Estado debe garantizar el cumplimiento de los derechos laborales, considero necesario incorporar una reforma a este artículo y determinar que los acuerdos que se lleguen en mediación por conflictos individuales del trabajo también sean susceptibles de revisión, ya que puede darse el caso de renuncia de derechos de los trabajadores o de derechos en general, por tanto con el fin de precautelar el cumplimiento de estos derechos es necesario que los asuntos laborales que sean acordados en mediación, también sean susceptibles de revisión.

Por otro lado, al decir que el acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, soy crítico y sostengo que de la mediación no pone fin al conflicto; ya que para poder hablar de que un conflicto haya concluido se deben restituir los derechos laborales que han sido transgredidos (de tratarse de una mediación por conflictos del trabajo); y en el caso de que el empleador por ejemplo no cumpla con lo acordado en mediación, el trabajador debe acudir a la justicia ordinaria para por medio de la vía de apremio hacer cumplir sus derechos; perdiendo tiempo y dinero.

Por tanto es importante plantear una reforma al Código del Trabajo en la que se le otorgue al Director del Trabajo la potestad de exigir lo acordado en mediación, ya que esta es una autoridad administrativa quien debe garantizar el cumplimiento de los derechos laborales, es así que el Art. 542 del Código del Trabajo (2005) afirma: "Atribuciones de las Direcciones Regionales del trabajo.- Además de lo expresado en los artículos anteriores, a las Direcciones Regionales del Trabajo, les corresponde: 7. Imponer las sanciones que este Código autorice". (p. 136)

Para poder exigir el cumplimiento de lo acordado en mediación se plantea utilizar la jurisdicción coactiva; si bien esta se aplica para las deudas que se tengan con el Estado; la Constitución (2008) manifiesta: "El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia", por lo tanto debe garantizar entre otros el cumplimiento de los derechos laborales.

De igual manera el art. 2374 numeral 5 del Código Civil es claro al decir: “La primera clase de créditos comprende los que nacen de las causas que enseguida se enumeran: 5. Todo lo que deba por ley el empleador al trabajador por razón del trabajo, que constituye crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aún a los hipotecarios”.

En tal sentido encuentro viable la posibilidad de que el Ministerio del Trabajo exija el cumplimiento de lo acordado en mediación mediante la jurisdicción coactiva.

A continuación me refiero a algunas disposiciones Constitucionales que puedan servir como consideraciones para poder aplicar la jurisdicción coactiva en miras a restablecer los derechos de los trabajadores, estas son: Artículos 1, 3, 11, 33, 276, 326 y 327 mismos que transcribo en la propuesta de ley que incorporo en esta tesis.

Por otro lado, el Programa de Mediación, Justicia y Cultura de Paz afirma:

La Ley de Mediación, contempla diferentes opciones para acceder a la mediación: La primera de ellas ocurre cuando las partes firman un convenio que prevé la mediación en caso de conflicto, esto sucede usualmente en las cláusulas que se establecen en los conflictos civiles de cualquier orden. La segunda es la que llamamos solicitud directa y se presenta cuando una de las partes o en conjunto, resuelven acudir a la mediación a través de un centro debidamente registrado para tal fin. La tercera es cuando el juez ordinario dispone en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que esta se derive a un centro de mediación. Esta última es la que el Consejo de la Judicatura se propone promover en su centro de mediación judicial, para lo cual requiere fortalecer el sistema, verificar la calidad en la prestación del servicio y vigilar la seguridad jurídica que esta conlleva. (p. 4)

Esta situación concuerda con lo que manifiesta el art. 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Es importante manifestar que en la tercera opción para acceder a la mediación se debe incorporar la frase “siempre y cuando las partes lo acepten”, tal y como lo manifiesta la Ley de la materia, ya que si no hay tal aceptación de las partes podríamos decir que la mediación no sería voluntaria y por ende no procedería.

El Instructivo Para la Derivación de Causas a Centros de Mediación (2007) afirma:

Art. 1.- En el Término de tres días después de recibida la demanda de la Oficina de Sorteos o directamente en caso de incidentes, el Juez de la Niñez y Adolescencia y aquellos Jueces Civiles en los que se radicó la competencia, calificará la demanda y aceptada a trámite derivará la causa, de oficio, a un centro de Mediación autorizado del lugar donde se tramita la causa. También se realizará la derivación a Mediación a petición de parte y en cualquier estado de la Causa según lo establecido en el artículo 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación.
(p. 1)

Del mismo modo el art. 6 del mismo Instructivo Para la Derivación de Causas a Centros de Mediación (2007) afirma: "Para derivar a un determinado Centro, los Jueces tendrán en cuenta los siguientes criterios: a) Que la materia de la demanda sea transigible; y, b) Las Causas se derivarán a Centros de Mediación gratuitos, en aplicación del artículo 207 de la Constitución Política de la República. (p. 2)

Pese a que existe una Ley Orgánica en donde se determina el procedimiento para la aplicación de los conflictos a un método alternativo de solución de conflictos como es la mediación, se ha creado este instructivo para el caso.

Finalmente el tramite según el Reglamento Para El Funcionamiento Del Centro De Mediación Laboral Del Ministerio De Trabajo (2015) afirma: El centro atenderá los procesos de mediación provenientes de: a) Solicitud directa presentada por la o las partes. b) Por derivación de un servidor de la Dirección Regional de Trabajo y Servicio Público del MT. c) Por derivación de un Juzgado de Trabajo.

Considero que este Reglamento debería incorporar algunos aspectos que los hemos venido analizando en líneas anteriores, como la voluntariedad, aceptación, materia transigible, exigibilidad, etc.

De igual manera personalmente considero que un Juez de Trabajo podría aplicar la mediación dentro de la sustanciación de su propio procedimiento, sería un gasto innecesario de tiempo y dinero el pretenderlo trasladar al Ministerio del Trabajo, si ya está en su conocimiento.

2.3 Confidencialidad De La Mediación

Es importante mencionar a la confidencialidad de la mediación, por cuanto lo que ahí se ventile no puede utilizarse en procesos subsiguientes, tal como nos manifiesta la Ley de la materia; es

decir si no se llega a ningún acuerdo se debe empezar nuevamente en otra vía distinta a la mediación; es por ello, que en el caso de los conflictos individuales del trabajo es muy importante plantear una reforma al Código del Trabajo; para incorporar la figura de la mediación y a su vez tener mecanismos de exigibilidad de sus acuerdos. Veamos algunas disposiciones legales sobre la confidencialidad.

El Art. 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) afirma: La mediación tiene carácter confidencial. Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva. Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar. Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad. (p. 18)

En el caso de los conflictos del trabajo existe una particularidad, ya que los trabajadores al llegar a mediación llegan únicamente con presunciones más no con derechos preestablecidos y determinados legalmente por la autoridad competente, por tanto con los datos que se tengan en ese momento se puede negociar de cierta manera, distinto a los datos que se obtenga tiempo después, en donde luego de la determinación por las vías correctas de derechos laborales, se puede pretender algo distinto en mediación.

Esta situación para mi criterio es perjudicial para el trabajador, es por ello que la autoridad competente no solamente debe dirigir la audiencia de mediación y propender el acuerdo, sino también debe garantizar el cumplimiento de los derechos laborales.

Algo muy similar habla Noboa (2009) al manifestar que uno de los principios de la mediación es el "Principio de Confidencialidad: Las informaciones sugeridas en el proceso no deben ser reveladas a otras ajenas a la negociación. Así esta conceptuado este principio en el Art. 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación, pero puede romperse este mismo principio, cuando las partes de común acuerdo renuncian a la confidencialidad. (p.14)

De igual manera Wright (como citó de Almeida, 1996) manifiesta que la confidencialidad es uno de los pilares de la mediación, por lo que dice:

[...] En la mediación, el mediador cuenta con la confidencialidad como una herramienta esencial. En la introducción, el mediador asegura a los participantes la confidencialidad del proceso para crear una "zona de tranquilidad" y ayudar a la expresión franca de sentimientos e intereses. Si tiene éxito, con frecuencia los participantes "confía hechos y sentimientos íntimos que quizá nunca pensaron compartir, ni aun con los más

allegados...Mas tarde en el proceso, el mediador alienta a los participantes a generar ideas y opciones para la solución de conflicto. Si los participantes están seguros que las ideas expresadas no serán reveladas, es posible que sugieran opciones que no mencionaran ni dudaran de la confidencialidad. Del mismo modo, cuando el mediador sugiera que los participantes intercambien ofertas para la resolución de conflicto, la naturaleza confidencial de la mediación alienta ofertas creadoras y flexibles [...]. (p.14)

Estoy de acuerdo con lo manifestado por el autor antes mencionado, por cuanto el mediador debe tener destrezas para brindar confianza a los participantes, es por eso que la capacitación y acreditación para los mediadores debe entre otras cosas, asegurar estas destrezas a los aspirantes a mediadores.

Wright, habla que existen tres situaciones sobre la protección de la confidencialidad: Primero, durante el proceso de la mediación; segundo: durante el proceso del litigio; y finalmente, con respecto al público en general. La obligación de proteger la confidencialidad varía según el contexto. Durante el proceso de la mediación, la obligación se encuentra principalmente con el mediador. En el proceso de litigio, es una obligación compartida entre el mediador, los participantes y los tribunales. Con respecto al público en general, es una obligación compartida entre el mediador y los participantes.

A continuación veamos las disposiciones del Código de Ética del Centro de Mediación Laboral el cual afirma:

Art. 2.- La mediación tiene el carácter de confidencial a perpetuidad, por lo tanto toda la información que manejen o que llegaren a conocer los involucrados, en el proceso o con ocasión del mismo, no podrá ser utilizada fuera del mismo. Art. 3.- Las partes tienen derecho a ser informadas sobre asuntos de la controversia, sin por ello violar el principio de confidencialidad. Art.4.- Los mediadores no podrán participar o proporcionar información del conflicto objeto de la mediación ni de su documentación, en ningún procedimiento administrativo o judicial. El mediador por ninguna razón o circunstancia podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto. Art. 5.- Quienes comparezcan a un proceso de mediación deberán suscribir el acuerdo de confidencialidad que proporcionará el Centro de Mediación Laboral.

En el Ministerio del Trabajo, con el fin de precautelar el cumplimiento de confidencialidad de la mediación existe un Código de Ética, el cual de una forma detallada nos habla sobre lo que se

debe cumplir en este caso; sin embargo considero que debe establecerse las sanciones correspondientes a quienes incumplan con esta normativa, y de alguna forma violenten el principio de confidencialidad de la mediación.

2.4. Centro de Mediación

En el desarrollo de esta tesis se está planteando una reforma al Código del trabajo para incorporar la mediación en los conflictos individuales del trabajo y tener mecanismos legales para la exigibilidad del cumplimiento de los acuerdos; por ello es importante conocer si el Ministerio del Trabajo cuenta con un centro de mediación debidamente registrado ante la Autoridad Competente. A continuación veamos que dice al respecto la legislación aplicable.

De conformidad con el Art. 52 de la Ley de la materia, para que un centro de mediación pueda funcionar deberá registrarse en el Consejo Nacional de la Judicatura.

Las disposiciones transitorias de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) manifiesta que:

Las instituciones que cuenten con un centro de mediación previo a la vigencia de esta Ley, necesitarán registrar al centro, sin perjuicio de continuar con su normal funcionamiento. Hasta que el Consejo Nacional de la Judicatura esté integrado o tenga sus delegaciones o representaciones en las provincias, cumplirán las funciones que le asignen esta Ley, las cortes superiores. (p.20)

De la misma manera el Art. 52 Ibidem afirma:

Los gobiernos locales de naturaleza municipal o provincial, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro y, en general, las organizaciones comunitarias, podrán organizar centros de mediación, los cuales podrán funcionar previo registro en el Consejo Nacional de la Judicatura. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento, por parte de un centro de mediación dará lugar a la cancelación del registro y prohibición de su funcionamiento. El Consejo de la Judicatura podrá organizar centros de mediación pre procesal e intraprosal. (p.18)

Es importante tomar en consideración la permisibilidad de la Ley para la creación de centros de mediación en instituciones, cámaras, asociaciones, fundaciones, entre otras, ya que de esa forma se está fomentando el dialogo como método alternativo de solución de conflictos, estaríamos

hablando de que cada vez toma más fuerza la mediación y de esta manera las partes involucradas en un conflicto tienen una alternativa diferente al litigio.

Sin embargo, es importante tomar precaución sobre las posibilidades que se puedan presentar al momento de resolver un conflicto en mediación, tal es el caso de precautelar los derechos laborales, en el caso de un conflicto laboral por ejemplo.

Ley de Arbitraje y Mediación (2006) afirma:

Art. 53: Los centros de mediación que se establecieren deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo para las audiencias. Los centros que desarrollen actividades de capacitación para mediadores deberán contar con el aval académico de una institución universitaria. (p.19)

Es necesario que los centros que vayan a funcionar tengan la infraestructura necesaria para un pleno funcionamiento y cumplimiento de sus fines.

Ley de Arbitraje y Mediación (2006) afirma:

Art. 54: Los reglamentos de los centros de mediación deberán establecer por lo menos: a) La manera de formular las listas de mediadores y los requisitos que deben reunir, las causas e exclusión de ellas, los trámites de inscripción y forma de hacer su designación para cada caso; b) Tarifas de honorarios del mediador, de gastos administrativos y la forma de pago de estos, sin perjuicio de que pueda establecerse la gratuidad del servicio; c) Forma de designar al director, sus funciones y facultades; d) Descripción del manejo administrativo de la mediación; y, e) Un código de ética de los mediadores. (p. 19)

Art. 57: En caso de no realizarse el pago de los honorarios y gastos administrativos conforme a lo establecido en la ley y el reglamento del centro de mediación este quedará en libertad de no prestar sus servicios. (p. 19)

Guía Práctica para el Registro de Centros de Mediación en la Secretaría General del Consejo de la Judicatura.

A continuación me refiero de una forma simplificada a los pasos que se deben seguir para el Registro de Centros de mediación en el Consejo de la Judicatura:

Paso 1: Llenar solicitud de registro. Paso 2: Pago de 100,00. Paso 3: Verificación si el centro es nuevo o ya se encuentra inscrito. Paso 4: Anexar documentación. Paso 5: Presentar la solicitud por escrito. Paso 6: Análisis. Paso 7: Informe. Paso 8: Autorización o no de la inscripción. Paso 9: Inscripción en el Libro de Registro. Paso 10: Entrega de solicitud de habilitación. Paso 11: Ubicación en lugar visible. Paso 12: Capacitación.

Al hablar de los centros de mediación se vio la necesidad de mencionar los pasos que se deben seguir para el Registro de Centros de mediación en el Consejo de la Judicatura, como una forma ilustrativa en el desarrollo de esta tesis.

Instructivo Para la Derivación de Causas a Centros de Mediación (2007) afirma:

Art. 7.- Los centros de mediación para ser considerados en la derivación de causas, deberán solicitarlo a las Delegaciones Distritales del Consejo Nacional de la Judicatura para lo cual remitirán adjunto a su solicitud: el certificado de registro, cupo mensual de causas por juzgado que pueden atender. Las Delegaciones Distritales harán conocer a los Jueces de la Niñez y Adolescencia y a los Jueces Civiles que tienen dicha competencia, la lista de Centros Autorizados con sus respectivos cupos y más información que se requiera. (p.2)

De igual manera en capítulos anteriores veíamos que el Centro de Mediación del Ministerio del Trabajo se crea mediante Acuerdo Ministerio MDT-2015-0077, para resolver los conflictos generados por las relaciones entre los trabajadores y empleadores.

Por otro lado veíamos que existe el Reglamento Para El Funcionamiento Del Centro De Mediación Laboral Del Ministerio De Trabajo, donde nos habla del procedimiento de la mediación, Acuerdo MDT-2015-0078,2015.

Por último se cuenta con un Código de Ética del Centro de Mediación Laboral, en tal sentido se puede decir que la propuesta de reforma planteada a parte de contar con los argumentos legales para su aplicación, incluso cuenta con el centro aprobado y con los instrumentos necesarios para cumplir a cabalidad sus fines y funciones.

CAPÍTULO 3: LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

3.1. Aspectos Generales.

En este capítulo nos centraremos en la mediación en el ámbito laboral, revisaremos los que consideran algunos autores sobre este tema, de igual manera se analizará el principio sobre la Irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, entre otros; por tanto Ahumada Figueroa manifiesta:

Muchos de los modelos y procesos que caracterizan el conflicto en un área lo caracterizan también en las otras. Negociación y mediación tienen lugar lo mismo en las disputas laborales que en relaciones internacionales. Guerras muy costosas y peleas domesticas tienen en gran medida el mismo modelo que una carrera armamentística. La frustración genera agresión tanto a nivel individual como a nivel de estado. Los problemas jurisdiccionales de los sindicatos y las disputas territoriales de los Estados no son disimilares. Específicamente, en el ámbito laboral, Fernández Ríos (1983) apunta los siguientes elementos básicos a tomar en cuenta para que una situación sea calificable o no de conflicto: * Interacción de dos o más participantes; * Existencia de conductas internas y/o externas incompatibles subjetivamente; * Intencionalidad de perjudicar al otro o atribución de tal intencionalidad; * Utilización directa o indirecta del poder; * Ineficacia normativa [...].

Considero que los elementos a los que se refiere el autor sobre la mediación, más bien son en un ámbito muy general, ya que simplemente toma en cuenta aspectos como la existencia de dos o más personas, conductas incompatibles, entre otras; y no se refiere en el caso particular a elementos como, voluntariedad de las partes, aceptación de someterse a mediación, etc.; de todas formas es claro que para este autor las características para que exista un conflicto son similares en cualquier caso, laboral, internacional, etc.

Por lo tanto en el desarrollo de este capítulo, es importante determinar algunos aspectos que tienen que ver con el Derecho Laboral y los conflictos del trabajo, diferenciar los conflictos individuales y los conflictos colectivos, con el fin de llegar a determinar si al llegar a la solución de conflictos laborales mediante la mediación, no se vulnera el principio de que “los derechos de los trabajadores son irrenunciables” determinado en la Constitución y la Ley de la materia, Código del Trabajo. De igual manera identificar mecanismos legales para exigir el cumplimiento del cumplimiento de los acuerdos.

Veamos que dice sobre la mediación el párrafo 6to De la Dirección y Subdirecciones de mediación laboral Art. 555. Código del Trabajo (2005) afirma:

De sus funciones.- Corresponde a la Dirección y Subdirecciones de Mediación Laboral: a) Elaborar y ejecutar programas de contacto entre empleadores y trabajadores, a través de sus respectivos organismos, encaminados a lograr un mejor entendimiento entre ellos; b) Realizar la mediación obligatoria conforme a lo previsto en este Código; c) Realizar la mediación previa a cualquier conflicto colectivo de trabajo; d) Impulsar la negociación colectiva y convertirla en medio eficaz para el establecimiento de mejores condiciones de trabajo y empleo; e) Impulsar y propender al trato extrajudicial de los conflictos colectivos de trabajo, que tienda a aproximar las posiciones de las partes; y, f) Coordinar sus funciones y colaborar estrechamente con las Direcciones Regionales del Trabajo. (f. 138)

De la lectura del artículo mencionado en el párrafo anterior se puede observar que únicamente se habla de la mediación en los conflictos colectivos del trabajo o para prevenir aquellos; sin embargo, no se menciona de forma expresa la mediación en los conflictos individuales del trabajo, mismos que se puedan presentar entre un trabajador y el empleador.

Sin embargo, en la práctica en el Ministerio del Trabajo existen casos en los que los Inspectores derivan los conflictos individuales a mediación, es por ello que es necesario incorporar en la legislación el proceso de mediación en estos tipos de conflicto y determinar medios de exigibilidad de cumplimiento de los acuerdos llegados, con miras a evitar acudir a la justicia ordinaria y mediante la vía de apremio o la que corresponda hacer efectivo lo acordado en mediación.

En la página del Ministerio del Trabajo se encuentran los servicios que presta la Dirección de Mediación Laboral a la Ciudadanía, en la que manifiesta: “El Ministerio del Trabajo a través de su Dirección de Mediación Laboral, **gestiona procesos previo a un conflicto individual o colectivo**, como también los obligatorios de acuerdo al Código del Trabajo, para la solución de controversias emanadas de la relación laboral entre el trabajador y el empleador”. (Lo resaltado me corresponde).

En cuanto a los servicios que prestan nos habla de: * Audiencias, * Dialogo social, * Audiencia de Mediación Obligatoria; y, * Negociación de Contrato Colectivo.

De forma clara el Ministerio del Trabajo en su página web menciona a que en dicha institución se puede gestionar la mediación en conflictos individuales del trabajo, sin embargo es necesario apuntar que en el Código del Trabajo únicamente se menciona a la mediación en los conflictos colectivos del trabajo; pero esta situación para mi parecer no es contraria a la Ley ya que se sustenta en lo que manifiesta el numeral 10 del art. 326 de la Constitución de la República la que permite adoptar el dialogo social para la solución de conflictos del trabajo y formulación de acuerdos.

De igual manera la página web del Ministerio del Trabajo se refiere al procedimiento para acceder a un proceso en mediación de la siguiente manera: *“El peticionario ingresará al Ministerio del Trabajo la solicitud escrita, en la que constará la siguiente información: - Solicitud dirigida al Director (a) de Mediación del Ministerio del Trabajo; - Datos del solicitante o de los solicitantes; - Breve descripción del tema laboral a tratarse; - Datos de la parte solicitante y de la parte requerida para convocatorias: correos electrónicos, direcciones, teléfonos; - firma de quien solicita el trámite”*.

Por otro lado Pullupaxi (como citó Casanovas p. 235) manifiesta:

La mediación laboral es un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos laborales, que tiene como función económica – social la acción de mediar para conseguir una aproximación entre los intereses y posiciones de dos partes en conflicto. Al margen de la mediación tradicional a la que el trabajador o empleador puede recurrir paulatinamente se está estableciendo una tendencia a la mediación en el lugar de trabajo. Los conflictos que no han sido resueltos entre trabajadores y empleadores o sus representantes, tienen un aspecto negativo el cual se refleja en la pérdida de la productividad para la empresa y en la generación de tensiones de carácter personal para los trabajadores y demás personal, las personas que intervienen en conflictos laborales en su lugar de trabajo, tienen las siguientes opciones: - La primera es permanecer en su empleo e intentar aliviar la tensión fingiendo que el conflicto no existe. – La segunda manipular a otras personas para que coadyuven a reducirlo. – La tercera dejar su empleo, riesgo que poca gente está en condiciones de asumir. La solución para romper este ciclo negativo se encuentra en la necesidad de que los empleadores o sus representantes sean estos: gerentes, jefes, supervisores, se conviertan en mediadores efectivos para sus empleados, buscando las menores alternativas de las cuales todos resulten ganadores. De no encontrar una solución adecuada a un conflicto laboral, el empleado o trabajador como quiera llamárselo, se

convierte en un foco de continuas discusiones al tener una insatisfacción que le impide concentrarse en su trabajo, afectando a quienes se están a su alrededor. Cuando los empleados no desempeñan adecuadamente sus tareas, es necesario se le facilite los medios adecuados que permitan la solución de los conflictos, pudiendo ser el caso recurrir a sus jefes en busca de ayuda para modificar sus restricciones, a fin de que sea el personal de la empresa quien facilite la solución de los conflictos que se engendran de ella. (p. 235)

Es interesante el comentario que se describe en el párrafo anterior, se refiere a las consecuencias que podrían presentarse en caso de un conflicto del trabajo, sin embargo considero que está dirigido más a las consecuencias que podría tener la empresa en caso de que no se resuelvan los conflictos con los trabajadores, como son: repercusión en la productividad, discusiones continuas, entre otros; ahora bien, considerar a estas particularidades para la resolución de los conflictos, para mi parecer son muy pocos los empleadores o representantes que lo hacen, ya que la mayoría considera que el trabajador puede ser reemplazado.

Se habla también de la mediación en el lugar de trabajo en donde sean los representantes, gerentes, directivos los que traten de resolver estos conflictos, en este caso considero que se podría dar en problemas menores; de todas maneras siempre es importante la presencia de alguna autoridad, asesor legal u otros, en especial para defensa del trabajador.

3.2. Irrenunciabilidad de Derechos de los Trabajadores

El Art. 326 de la Constitución de la Republica (2008) manifiesta: El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario. 3. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente. (p. 103)

El Art. 4 del Código del Trabajo (2005) manifiesta: Los derechos de los trabajadores son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario. (p. 3)

Se podría llegar a considerar que este principio “derechos de los trabajadores son irrenunciables” limitarían la voluntad de las partes.

Sin embargo, considero que la ley protege a los ciudadanos no solamente de las acciones u omisiones de distintas personas, sino de sus propias acciones u omisiones.

Según este principio, el trabajador no puede renunciar a los derechos consagrados en la Constitución y en la ley laboral, aunque este al parecer le beneficie, ya que si lo hace dicha renuncia será nula.

Por ejemplo un trabajador no puede renunciar a su salario o aceptar uno inferior al básico unificado; la pregunta es: ¿podrá aceptar una liquidación menor a la que por ley le corresponde?, sabiendo que para llegar a determinar esta situación tiene que acudir a la justicia ordinaria (juicio), que representa más tiempo y dinero.

En el Ensayo sobre la transacción Laboral, inicia preguntándose qué es la transacción laboral dentro del derecho civil: la transacción es un contrato accesorio, resolutorio, consensual y bilateral, mediante el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, dan por terminado un litigio pendiente o acuerdan prevenir un conflicto eventual [...].

El mismo ensayo al hablar del Derecho del Trabajo dice:

[...] En el Derecho del Trabajo es, también, un contrato. Un acto bilateral mediante el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, dan por terminado un litigio pendiente o acuerdan prevenir un conflicto eventual. El derecho laboral posee características especiales que la distinguen de las otras ramas del derecho. Una de aquellas características es la de nutrirse, a más de las fuentes de origen estatal o heterónomas, de aquellas de origen no estatal como son: los contratos individuales y colectivos de trabajo, los reglamentos internos de trabajo –en cuanto potestad del empleador-, los usos y costumbres; los cuales crean un régimen específico que regula las relaciones laborales en un determinado sector, consagrando derechos y beneficios no previstos en las normas generales, rebasando el mínimo legal, pero no transgrediéndolo. Esta particularidad puede generalmente crear conflictos en cuanto a la jerarquía en la aplicación de las normas, pues al Derecho del trabajo, por ser eminentemente tutelar no le es aplicable la jerarquía de las fuentes del Derecho en general. Sino que prevalecen aquellas normas que más favorecen al trabajador. Otras de las peculiaridades de derecho del Trabajo es que las partes de una relación laboral no actúan en igualdad de condiciones, esto constituye una excepción al principio de igualdad ante la Ley; pues la ley protege a los trabajadores por considerarse que, individualmente considerados y dada su menor capacidad económica, tienen poca o quizá ninguna posibilidad de negociar las condiciones del trabajo con su empleador, razón por la cual la legislación laboral está orientada hacia la protección del trabajador y en la misma se

han ido desarrollando ciertos principios tales como; de la protección o tutela, de Irrenunciabilidad e intangibilidad de derechos, que informan sobre la adecuada aplicación de sus normas y alteran la jerarquía de sus fuentes. Desde luego y partiendo de elementales normas se fue estructurando el Derecho laboral o Derecho del Trabajo, cada día se ha ido evolucionando, generando nuevas respuestas a los cambiantes procesos sociales, alcanzando su cúspide mediante la incorporación de sus axiomas fundamentales o principios en las constituciones de los estados, dentro del periodo denominado constitucionalismo social. Dotándole de mayor firmeza y proyectándole más jerarquía jurídica. Una de las principales o la principal fuente del Derecho del trabajo de origen estatal es la Constitución Política del estado, misma que contiene un conjunto de principios de derechos y garantías relativos al trabajo que deben ser desarrollados tanto por las otras fuentes de origen estatal como no estatal, sin contravenirlos en forma alguna, so pena de ser declarados inconstitucionales y perder toda su eficacia jurídica. La característica fundamental de las normas constitucionales del derecho del Trabajo y por consiguiente de toda legislación que de aquellas nace, es la tutelar a los trabajadores y lo hace estableciendo un marco mínimo de derechos y garantías, dentro de los cuales deberán desarrollarse las relaciones laborales. Esta intervención del estado en las relaciones entre particulares se fundamenta en la necesidad de equilibrar la desigualdad existente entre empleadores y empleados, que debe ser moderada para evitar abusos y que constituya una fuente de conflicto social [...].

Según este ensayo, la mediación en el ámbito civil y laboral son contratos bilaterales y consensuales por los cuales dan por terminado un conflicto o evitan uno de ellos; sin embargo en el derecho laboral existen características que las distinguen de las demás ramas del derecho, uno de ellos tenemos el hecho de que en caso de duda se aplicará lo más favorable al trabajador. ¿Me pregunto, en la práctica sucederá esta situación?; al hablar de que “dan por terminado un conflicto o evitan uno de ellos”, no se está tomando en consideración el hecho de que se puede incumplir el acuerdo, en cuyo caso debería acudir a la justicia ordinaria o la vía que corresponda, por ende no podríamos hablar de que se pone fin a un conflicto o se evita uno de ellos, si no se garantiza el cumplimiento de los acuerdos llegados en mediación, como método alternativo de solución de conflictos.

De igual manera, se habla que una peculiaridad de la ley laboral es que las partes no actúan en igualdad de condiciones, pues es obvio que los empleadores están con mayores posibilidades de negociar frente al trabajador por tener mayor capacidad económica y otros aspectos a considerar;

esta situación es relativa, ya que se podrían presentar casos en los que los trabajadores si cuenten con los medios y recursos adecuados para asumir cualquier procedimiento, sin embargo son mínimos.

Tampoco hay que descuidar el principio de Irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores; y el hecho de que la ley protege a las personas no solo de actos de terceros sino también de los suyos propios.

Se debe destacar también el hecho de que el principio consagrado en el Código del Trabajo “En caso de duda se aplicará lo más favorable al trabajador”, se aplica incluso contra ley superior; es decir, como dice el Ensayo sobre transacción laboral: “el Derecho del trabajo, por ser eminentemente tutelar no le es aplicable la jerarquía de las fuentes del Derecho en general. Sino que prevalecen aquellas normas que más favorecen al trabajador”.

En los últimos tiempos se habló de la mensualización de los décimos, con la vigencia de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar (2015), se manifiesta sobre el décimo tercer y cuarto sueldo lo siguiente:

Art. 111.- Derecho a la décima tercera remuneración o bono navideño.- Los trabajadores tienen derecho a que sus empleadores les paguen mensualmente, la parte proporcional a la doceava parte de las remuneraciones que perciban durante el año calendario. A pedido escrito de la trabajadora o el trabajador, este valor podrá recibirse de forma acumulada, hasta el veinte y cuatro de diciembre de cada año...” "Art. 113.- Derecho a la decimocuarta remuneración.- Los trabajadores percibirán, además, sin perjuicio de todas las remuneraciones a las que actualmente tienen derecho, una bonificación mensual equivalente a la doceava parte de la remuneración básica mínima unificada para los trabajadores en general. A pedido escrito de la trabajadora o el trabajador, este valor podrá recibirse de forma acumulada, hasta el 15 de marzo en las regiones de la Costa e Insular, y hasta el 15 de agosto en las regiones de la Sierra y Amazónica [...]. (p. 8)

Me refiero a estas disposiciones legales, por cuanto si bien la disposición es clara y la mensualización de los décimos es voluntaria, es importante analizar lo siguiente: En el caso de que un trabajador decida mensualizar los décimos, se estaría violentando el principio de la Irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores? por cuanto y como lo mencionamos en líneas anteriores, la ley protege a los trabajadores no solamente de acciones u omisiones ajenas

sino de las suyas propias, y en caso de que un trabajador renuncie a un derecho esta renuncia será nula.

Considero que en este caso, no se renuncia a los derechos establecidos en la ley (décimo tercero y cuarto sueldo), por cuanto de una forma u otra el trabajador está beneficiándose del mismo, ya sea mensualmente de forma prorrateada o anualmente de forma acumulada.

Sin embargo, es importante mencionar que en caso de que el trabajador por concepto de liquidación le corresponda un valor determinado por el rubro del 13 sueldo por ejemplo, y en mediación se acuerde un valor inferior al que por ley y realizado el cálculo correspondiente le corresponda, en este caso si se estaría vulnerando los derechos del trabajador, pese a que voluntariamente se determine por parte del trabajador esta situación.

El Dr. Julio Cesar Trujillo Vásquez, anota:

Se ha discutido la validez de la transacción en materia laboral, por que como en ella no interviene el juez y además los derechos de los trabajadores son irrenunciables. La Jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia creo que es acertada cuando dice que procede la transacción. ¿Por qué procede la transacción? Primero porque no hay estrictamente renunciaciones de derechos de parte del trabajador, toda vez que cuando el reclama algo y el empleador lo niega, NO HAY DERECHO CIERTO sino tan solo una PRETENCIÓN PROCESAL o sea que un derecho que el trabajador se auto-otorga, y lo que la ley prohíbe es la renuncia de derechos y no pretensiones. Si las partes se ponen de acuerdo es POR QUE EL EMPLEADOR LE RECONOCE AL TRABAJADOR UN DERECHO QUE ANTES NO LO RECONOCÍA ¿A cambio de qué? De que el trabajador modere sus exigencias, pero esta moderación de las exigencias del trabajador no es gratuita, sino a cambio de que el empleador por su parte, reconozca el derecho que antes le negaba.

Personalmente discrepo con el autor primeramente cuando manifiesta que: “NO HAY DERECHO CIERTO sino tan solo una PRETENCIÓN PROCESAL **o sea que un derecho que el trabajador se auto-otorga**, y lo que la ley prohíbe es la renuncia de derechos y no pretensiones...”; lo resaltado me corresponde, en este caso considero que el autor desde un principio está otorgándole la ventaja a empleador de que niegue pura y simplemente las pretensiones del trabajador y en este caso este último justifique la relación laboral, es decir primero justifica la

relación laboral, invirtiendo tiempo, dinero, etc., y luego el empleador puede optar por una transacción.

En segundo lugar manifiesta: "...Si las partes se ponen de acuerdo es POR QUE EL EMPLEADOR LE RECONOCE AL TRABAJADOR UN DERECHO QUE ANTES NO LO RECONOCÍA ¿A cambio de qué? De que el trabajador modere sus exigencias, pero esta moderación de las exigencias del trabajador no es gratuita, sino a cambio de que el empleador por su parte, reconozca el derecho que antes le negaba"; no estoy de acuerdo que el trabajador deba renunciar a sus derechos o como lo llama el autor "modere sus exigencias", para que el empleador llegue a una transacción.

En estos dos casos considero que se está dando mayor ventaja a los empleadores, de las que ya por su condición económica la tienen.

En todo caso, en el desarrollo de este punto se observan diversidad de criterios; por un lado que el trabajador está en desigualdad de condiciones frente al empleador, ya sea por su condición económica, social, etc.; por otro que la transacción no es válida por cuanto no interviene un Juez; y, por último por cuanto el momento de transar el trabajador tiene únicamente pretensiones y no derechos preestablecidos.

3.3. Conflictos Colectivos del Trabajo

Hago referencia a este tema únicamente para tener claro cuáles son los conflictos colectivos del trabajo; y evitar confusiones sobre los conflictos individuales del trabajo.

Nuestra Constitución (2008) habla de los conflictos colectivos del trabajo en el inciso 12 del art. 326: "El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje". (p. 103)

De igual manera el Código de Trabajo (2005) manifiesta que los conflictos colectivos del trabajo son: La huelga y el paro.

"Art. 467 del Código del Trabajo: Derecho de huelga.- La ley reconoce a los trabajadores el derecho de huelga, con sujeción a las prescripciones de este párrafo. Huelga es la suspensión colectiva del trabajo por los trabajadores coligados". (p. 124)

“Art. 525.- Concepto de paro.- Paro es la suspensión del trabajo acordada por un empleador o empleadores coligados”. (p. 133)

En el mismo tema Quiroga (2002) afirma:

Los conflictos colectivos de naturaleza jurídica pueden ser entre empleadores y trabajadores como motivo de la violación, inobservancia o interpretación de las estipulaciones de un contrato colectivo del trabajo, o de un reglamento interior de trabajo. Los conflictos colectivos de naturaleza económica son para lograr la modificación o la creación de nuevas condiciones de trabajo en la empresa. (p. 42)

Según la publicación sobre Los Conflictos Colectivos en el Ecuador una Visión Sindical afirma:

[...] los conflictos colectivos se expresan las necesidades de los trabajadores y sus familias que buscan que su trabajo se dignifique, que su esfuerzo se concrete en la posibilidad de una vida acorde a las exigencias de todo ser humano, se expresa, además, el anhelo de una sociedad más justa y democrática, tratando de alcanzar la justicia social no sólo en las relaciones obrero-patronales, sino también en la sociedad general. El conflicto colectivo es un medio no un fin para alcanzar varios objetivos, ese su significado y limitación. La significación del Conflicto Colectivo en el plano jurídico, está dada por el reconocimiento legal del mismo y, por ende, de la existencia de sistemas o procedimientos propios para su solución.

Como se manifestó en líneas anteriores me refiero a los conflictos colectivos únicamente para poder diferenciarlos de los individuales, está claro que este tipo de conflictos según el Código del Trabajo tienen que someterse a la mediación obligatoria; a diferencia de los conflictos individuales que si bien no está legislada su aplicación a la mediación en el Código del Trabajo, la carta magna permite la negociación en estos casos.

3.4. Mediación Obligatoria en los Conflictos del Trabajo

Como se ha venido manifestando a lo largo del desarrollo de esta tesis, el nuestro Código del Trabajo únicamente existe la figura de la mediación obligatoria en los conflictos colectivos del trabajo, más no en los individuales; es por ello que se ha visto la necesidad de tratar este tema para una mayor claridad y distinción entre los unos y los otros.

A continuación describo y analizo las disposiciones legales, constantes en el Código del Trabajo (2005), mismas que se refieren a la Mediación en los Conflictos del Trabajo, es así que el Art. 468 afirma: “[...] 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”. (p. 124)

Esta disposición me parece acertada, ya que fomenta el dialogo entre las partes, con la diferencia de que en este caso estamos hablando de conflictos entre varios trabajadores organizados con el empleador y en presencia de una Autoridad; a diferencia de los conflictos individuales, es por ello que se ha planteado que se incorpore la mediación en estos últimos, de igual manera existan medios de exigibilidad de cumplimiento de los acuerdos.

De igual forma los arts. 470, 472 y 477. Código del Trabajo (2005) afirman:

Mediación obligatoria.- [...] 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. [...] Si se logra un acuerdo entre las partes, éstas suscribirán un acta y terminará el conflicto [...]. (p. 124)

Sometimiento del conflicto al Tribunal de Conciliación y Arbitraje.- Recibido el expediente por el inspector del trabajo, éste ordenará que las partes nombren dentro de cuarenta y ocho horas, a los vocales principales y suplentes, quienes se posesionarán ante tal funcionario, dentro de las veinte y cuatro horas de haber conocido su designación. (p. 125)

Conciliación.- Durante la audiencia el tribunal oír a las partes y propondrá las bases de la conciliación. De llegarse a un acuerdo se levantará un acta en la que conste lo convenido, debiendo suscribirla los concurrentes. El acuerdo tendrá fuerza ejecutoria. (p. 125)

Dentro del proceso de mediación en los conflictos colectivos del trabajo, podemos destacar el hecho de que el Inspector del Trabajo convoca a las partes cuantas veces sean necesarias a los centros de Mediación Laboral; por lo que considero que no podemos hablar del principio de voluntariedad en el que *“Las partes deciden si se someten o no al procedimiento de mediación”*; más sin embargo vemos que si no comparecen continúa el proceso.

Por otro lado el Código del Trabajo al hablar de los Conflictos Colectivos se refiere a la Mediación, Conciliación y Arbitraje; en el caso de la mediación se utiliza según esta ley para que las partes *“procuren superar las diferencias existentes”*; y La conciliación se refiere a que se *“propondrá las bases de la conciliación. De llegarse a un acuerdo se levantará un acta en la que conste lo convenido”*.

Recordemos que para la aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos.

Pullapaxi (como citó Manual Auto Formativo – Justicia Laboral y derechos humanos en Guatemala, Programa para el Acceso Ciudadano a la Justicia Laboral para CAFTA-DR (PACT), Pág.98l) dice: “Los Conflictos colectivos son los que enfrentan a uno o varios empresarios con un conjunto de trabajadores, de ambos sexos, cuando la disconformidad afecta los intereses generales del grupo”. (p. 41)

Según Pullapaxi (2014) afirma:

El conflicto colectivo constituye la confrontación que se produce entre los trabajadores organizados de cualquier empresa y un empleador o empleadores, quienes a su vez pueden ser personas naturales o jurídicas; en otros términos, se entiende por conflicto colectivo de trabajo toda divergencia fundamentada en el trabajo o relacionada a los intereses que en él se producen, y que es exteriorizada por sujetos colectivos (trabajadores organizados). (p. 41)

El mismo autor, (citando al Manual de Resolución de Conflictos y Toma de Decisiones 2008, pag.20): manifiesta que “En el ámbito laboral se presentan varios tipos de conflictos, de entre los cuales se señalan los siguientes”:

En esta parte únicamente nos referimos a uno de ellos: “Conflictos con la organización en general: El conflicto surge en una organización cuando ocurre alguna de las siguientes circunstancias:

- Se presenta falta de recursos laborales y escasos de medios.
- Se dan despersonalización, alineación y abuso.
- Se exige horas extras y no se remuneran correctamente.
- No se tiene en cuenta al empleado, sus intereses, motivaciones o sugerencias. (p. 42)

Las circunstancias manifestadas en el párrafo anterior son también causas que se pueden presentar en los conflictos individuales del trabajo, con la diferencia de que en estos últimos la resolución de los mismos es diferente y más complicada para el trabajador, ya que al estar organizados los trabajadores tienen mayor capacidad para exigir ser escuchados y exigir el cumplimiento de los derechos laborales que presuntamente se han vulnerado.

Por otro lado si están organizados como hemos visto el trámite de mediación es obligatorio, diferente de los conflictos individuales del trabajo que no existe en el Código del trabajo la figura de la mediación, pero se puede fomentar el dialogo por las disposiciones contenidas en la Constitución de la República del Ecuador, tomando en consideración el principio de la Irrenunciabilidad de derechos de los trabajadores.

3.5. Aplicabilidad de la Mediación en los Conflictos Individuales entre Empleador y Trabajador

Pullapaxi (2014) realiza un análisis crítico sobre este tema, mismo que se refiere de la siguiente manera:

La falta de previsión del legislador para elaborar normas que regulen la convivencia pacífica de la sociedad de presente y a futuro se constituye una causa para que en materia laboral se produzcan violaciones de los derechos generalmente de la parte más débil de la relación, pues, no se establece en la norma del trabajo disposición alguna que obligue a las partes a someterse a un procedimiento de mediación en cuanto tiene que ver a los conflictos individuales de trabajo. La libertad de elección garantiza en el texto constitucional también contribuye a que la mediación en los conflictos individuales de trabajo no sea vinculante, quizás por obedecer en este punto a intereses particulares que de ser el caso pudieran resultar más beneficiosos para las partes en conflicto, sin dejar de lado claro está las consecuencias correlativas generalmente resultantes. La búsqueda de otras formas de solución pudiese ser también otra causal por la cual no se ha previsto el establecer la obligatoriedad de la mediación laboral en forma individual, alternativas que generalmente

terminan con la interposición de una demanda e inicio del correspondiente proceso judicial, lo cual significa elevados costos en cuanto a los recursos empleados. (p. 8)

Según la autora en el análisis mencionado en el párrafo anterior la falta de normativa en cuanto a la obligatoriedad de la mediación en los conflictos individuales del trabajo, se pueden constituir en “*violaciones de derechos generalmente de la parte más débil de la relación*”, sin embargo es importante hacer un análisis de los pro y contra que se pueden presentar.

Por una parte es importante que los conflictos individuales del trabajo también se puedan resolver sus controversias por la mediación (acuerdo entre las partes); pero también hay que considerar que en este caso se está expuesto a renuncia de derechos, y como lo hemos venido manifestando a lo largo del desarrollo de esta tesis, las acciones que constituyan renuncia de los derechos de los trabajadores son nulas.

En todo caso y luego de haber revisado el proceso de mediación según la Ley de Arbitraje y Mediación estoy seguro que es de suma importancia plantear una reforma al Código del Trabajo e incorporar la mediación en los conflictos individuales del trabajo, misma que debe ser vinculante, de igual manera como bien lo dice la ley de la materia los acuerdos tendrán el efecto de cosa juzgada.

Será esto suficiente para considerar la culminación del “conflicto”?; personalmente considero que no; por ello se plantea también que en la reforma se establezcan medios de exigibilidad de los acuerdos; mismos que deben estar en el propio Ministerio del Trabajo y no pretender que se ejecute el acuerdo en vía judicial, pues a mi parecer igualmente se gastaría tiempo y dinero.

La misma autora Pullapaxi (2014) respecto a la resolución de conflictos laborales, citando al Manual Auto formativo II, Justicia Laboral y derechos humanos en Guatemala. Programa para el Acceso Ciudadano a la Justicia Laboral para CAFTA-DR (PACT), Pág. 08, dice:

[...] Un conflicto laboral puede ser resuelto mediante la negociación entre las partes, esto es, el trabajador y empleador, de no lograrse acuerdo alguno, podrá recurrirse a la justicia ordinaria, es decir, a los juzgados y tribunales para solventarlos, además que se pueden emplear otros medios para ejercer presión y solucionar los mismos como la huelga. En materia laboral, está admitido el uso de instrumentos extrajudiciales como los llamados medios de solución pacífica de conflictos (la mediación, el arbitraje y la conciliación), menos formales que los métodos jurisdiccionales. Es necesario aclarar que cuando el conflicto

afecta a más de una persona o cuando sus consecuencias repercuten en muchos individuos, el conflicto individual se denomina pluriindividual. (p. 41)

Personalmente incorporaría a este análisis lo siguiente: “siempre que no implique renuncia de los derechos de los trabajadores”, “en materia laboral, está admitida el uso de instrumentos extrajudiciales *como los llamados medios de solución pacífica de conflictos (la mediación, el arbitraje y la conciliación), menos formales que los métodos jurisdiccionales*”.

El mismo autor, citando al Manual de Resolución de Conflictos y Toma de Decisiones 2008, pag.20: manifiesta que:

En el ámbito laboral se presentan varios tipos de conflictos, de entre los cuales se señalan los siguientes”, en esta parte nos referimos a dos de ellos: “b. Conflicto de un sujeto con su superior inmediato. El conflicto surge entre un sujeto y su superior inmediato cuando ocurre alguna de las siguientes circunstancias: * Hay abuso de poder; * Se aplica excesivo control y supervisión; * Existe una imposición excesiva de tareas y objetivos. c. Conflictos del superior con los subordinados. El conflicto surge entre un sujeto y sus subordinados cuando ocurre alguna de las siguientes circunstancias: * No se cumplen responsabilidades; * Existe falta de respeto; * No se cumplen las órdenes impuestas; * Existe falta de comunicación y malentendidos. (p. 42)

A mi parecer en el análisis del párrafo anterior claramente se puede determinar que el trabajador va a estar en desigualdad de condiciones frente a los empleadores, por tal motivo si se incorpora la mediación en los conflictos individuales es muy importante que se garantice el cumplimiento de todos los derechos.

A continuación para conocimiento general hago referencia al desahucio y al despido intempestivo, de conformidad con lo que dispone la nueva Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en Hogar (2015), y; Código del Trabajo (2005).

Desahucio

Art. 30.- Refórmese el artículo 184 de la siguiente forma: 1. Sustitúyase el primer inciso del artículo 184 por el siguiente: "Art. 184.- Desahucio.- Es el aviso por escrito con el que una persona trabajadora le hace saber a la parte empleadora que su voluntad es la de dar por terminado el contrato de trabajo, incluso por medios electrónicos. Dicha notificación

se realizará con al menos quince días del cese definitivo de las labores, dicho plazo puede reducirse por la aceptación expresa del empleador al momento del aviso.". 2. Sustitúyase el segundo inciso por el siguiente: "También se pagará la bonificación de desahucio en todos los casos en los cuales las relaciones laborales terminen de conformidad al numeral 2 del artículo 169 de éste Código. (p. 9 y 10)

Con las reformas al Código del Trabajo se implementaron mecanismos mucho más factibles para la presentación del desahucio como forma de terminación de la relación laboral.

Despido Intempestivo

Código del Trabajo:

Art. 188.- Indemnización por despido intempestivo.- El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala: Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración; y, De más de tres años, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso ese valor exceda de veinte y cinco meses de remuneración. La fracción de un año se considerará como año completo. El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base de la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185 de este Código. (p. 59)

El despido intempestivo se caracteriza porque atenta contra la estabilidad laboral del trabajador, es un mecanismo que tiene el empleador para prescindir los servicios de una persona, claro está asumiendo los costos por esta decisión.

Es por ello que si bien no se puede obligar a ningún empleador a mantener a un trabajador en su empresa, si se puede garantizar que los derechos no sean vulnerados y que se cumpla con el pago de todas las indemnizaciones que le corresponden por el despido intempestivo.

Una de esas formas puede ser la mediación, sin embargo como se ha dicho es necesario garantizar que no se renuncien derechos de los trabajadores y garantizar su cumplimiento.

CAPÍTULO 4: METODOLOGÍA Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1. Metodología y técnicas utilizadas.

Para realizar las encuestas a los Inspectores del Trabajo, Mediador del Centro de Mediación del MT - Cuenca, se visitó las oficinas de dichos funcionarios; de igual manera se visitó algunas empresas y se preguntó en algunos casos a los empleadores directamente y en otros a los delegados de los mismo; por último se preguntó directamente a varios trabajadores; situación que permitió tener una visión imparcial de los hechos.

Tomando el universo de la investigación y considerando la gran magnitud de este universo se aplicará técnicas proporcionales, es decir contaremos con encuestas al 80% de inspectores en la ciudad de Cuenca, 100% del centro de mediación (tomando en consideración que únicamente es un funcionario) y con un número moderado de empleadores y trabajadores que laboran en el sector del Parque Industrial de la Ciudad de Cuenca. (8 empleadores y 30 trabajadores).

Aplicación de la muestra a: Inspectores del Trabajo y Mediador – Centro de Mediación Cuenca, empleadores y trabajadores.

Tabla de encuestas.

ENCUESTADOS	NÚMERO
Inspectores del Trabajo y Mediador – Centro de Mediación Cuenca	9
Empleadores	8
Trabajadores	30
TOTAL DE LA MUESTRA	47

Fuente: Encuestas realizadas a Inspectores del Trabajo y Mediador – Centro de Mediación Cuenca, empleadores y trabajadores.

Elaborado por: Rodas Molina, Jorge Hernán

Metodología utilizada:

Método inductivo: Es aquel que obtiene conclusiones generales a partir de premisas particulares; estos nos permitirá verificar la información de los involucrados de una forma directa y detallada.

Método deductivo: Es aquel que considera que las conclusiones son una consecuencia necesaria de las premisas; cuando las premisas resultan verdaderas y el razonamiento deductivo tiene validez, no hay forma de que la conclusión no sea verdadera; esto nos permitirá obtener la mayor cantidad de información.

Método analítico: Según este método los datos empíricos son sacados de las pruebas acertadas y los errores, es decir, de experiencia.

Técnicas utilizadas:

Documental: La información constante en la investigación tendrá su fundamento en la Constitución de la República, Leyes Orgánicas, Leyes Ordinarias, Acuerdos, Reglamentos, Decretos; Códigos, material bibliográfico, información de la web, ya que es necesario tener diversos criterios sobre el tema; esta información servirá para sustentar la investigación.

Encuestas: Se utilizará para recopilar a información de los actores de la mediación en el ámbito laboral, tales son: Inspectores del Trabajo, funcionario del centro de mediación del Ministerio del ramo, empleadores y trabajadores, todos del Cantón Cuenca, Provincia del Azuay; esto nos servirá para conocer los criterios de los involucrados y su nivel de aceptación.

De campo: Esto nos servirá para de una forma directa con los actores involucrados buscar sus testimonios en territorio (mediante encuestas), de esa manera analizar sus respuestas, comentarios y sugerencias y realizar un aporte jurídico sobre la presente investigación.

Instrumentos:

- Material bibliográfico: Constitución de la República, Leyes Orgánicas, Leyes Ordinarias, Acuerdos, Reglamentos, Decretos; Códigos, material bibliográfico, información de la web.
- Encuestas: Realizadas a los actores involucrados, para lo cual se desarrolló los cuestionarios correspondientes.

- Conocimientos adquiridos en el estudio universitario y de post grado; ejercicio profesional, diversas actividades diarias y la interrelación con los actores involucrados en la presente investigación.

4.2. Análisis e interpretación de resultados en base a las encuestas realizadas a los Inspectores del Trabajo - mediadores del Centro de Mediación del Ministerio de Relaciones Laborales – Centro Cuenca; algunos trabajadores y empleadores del parque industrial de la Ciudad de Cuenca.

Como manifesté en líneas anteriores, para realizar las encuestas a los Inspectores del Trabajo, Mediador del Centro de Mediación del MT - Cuenca, se visitó las oficinas de dichos funcionarios; de igual manera se visitó algunas empresas que se encuentran situadas en el Parque Industrial de Cuenca y se preguntó en algunos casos a los empleadores directamente y en otros a los delegados de los mismo; por último se preguntó directamente a varios trabajadores situados en el Parque Industrial de Cuenca; situación que permitió tener una visión imparcial de los hechos.

A continuación presento los resultados obtenidos de las encuestas realizadas a los Inspectores del Trabajo - mediadores del Centro de Mediación del Ministerio de Relaciones Laborales – Centro Cuenca; algunos trabajadores y empleadores del parque industrial de la Ciudad de Cuenca; en donde pregunta por pregunta se va plasmando los porcentajes obtenidos en cada una de ellas.

Posteriormente realizaré un análisis de cada una de las respuestas obtenidas de los diferentes actores (Inspectores – Mediador, trabajadores y empleadores) a las preguntas realizadas en las encuestas que se aplicaron en los diferentes lugares de trabajo de cada uno de ellos.

Inspectores del Trabajo - mediadores del Centro de Mediación del Ministerio de Relaciones Laborales – centro Cuenca

<u>INTERROGANTES PLANTEADAS</u>	ALTERNATIVA					
	SI	NO	TOTAL	%SI	%NO	T%
¿Usted Considera a la Mediación Como Método Alternativo de Solución de Conflictos, conveniente tanto para trabajadores como empleadores?	8	1	9	89%	11%	100%
¿Usted considera que se puede aplicar la Mediación Como Método Alternativo de Solución de Conflictos en cualquier controversia derivada de las relaciones entre trabajadores y empleadores?	7	2	9	78%	22%	100%
¿Usted considera que el trabajador está en igualdad de condiciones frente al empleador en la Mediación?	8	1	9	89%	11%	100%
¿Usted considera que los conflictos individuales del trabajo son susceptibles de mediación?	7	2	9	78%	22%	100%
¿Según su criterio, para usted es conveniente que exista la obligatoriedad de mediación en los conflictos individuales del trabajo?	7	2	9	78%	22%	100%

Fuente: Encuestas realizadas a Inspectores del Trabajo y Mediador – Centro de Mediación Cuenca.

Elaborado por: Rodas Molina, Jorge Hernán

Trabajadores situados en el Parque Industrial de la ciudad de Cuenca, Provincia del Azuay.

<u>INTERROGANTES PLANTEADAS</u>	ALTERNATIVA					
	SI	NO	TOTAL	%SI	%NO	T%
¿Usted Considera a la Mediación Como Método Alternativo de Solución de Conflictos, conveniente tanto para trabajadores como empleadores?	8	22	30	27%	73%	100%
¿Usted considera que se puede aplicar la Mediación Como Método Alternativo de Solución de Conflictos en cualquier controversia derivada de las relaciones entre trabajadores y empleadores?	30	0	30	100%	0%	100%
¿Usted considera que el trabajador está en igualdad de condiciones frente al empleador en la Mediación?	10	20	30	33%	67%	100%
¿Usted considera que los conflictos individuales del trabajo son susceptibles de mediación?	14	16	30	47%	53%	100%

Fuente: Encuestas realizadas a trabajadores situados en el Parque Industrial de la ciudad de Cuenca, Provincia del Azuay.

Elaborado por: Rodas Molina, Jorge Hernán

Empleadores situados en el Parque Industrial de la ciudad de Cuenca, Provincia del Azuay.

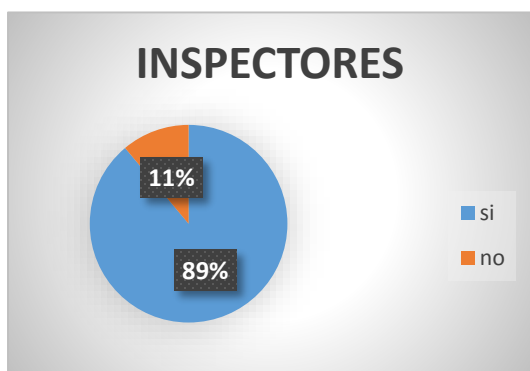
<u>INTERROGANTES PLANTEADAS</u>	ALTERNATIVA					
	SI	NO	TOTAL	%SI	%NO	T%
¿Usted Considera a la Mediación Como Método Alternativo de Solución de Conflictos, conveniente tanto para trabajadores como empleadores?	8	0	8	100%	0%	100%
¿Usted considera que se puede aplicar la Mediación Como Método Alternativo de Solución de Conflictos en cualquier controversia derivada de las relaciones entre trabajadores y empleadores?	5	3	8	63%	37%	100%
¿Usted considera que el trabajador está en igualdad de condiciones frente al empleador en la Mediación?	8	0	8	100%	0%	100%
¿Usted considera que los conflictos individuales del trabajo son susceptibles de mediación?	5	3	8	63%	37%	100%
¿Según su criterio, para usted es conveniente que exista la obligatoriedad de mediación en los conflictos individuales del trabajo?	6	2	8	25%	75%	100%

Fuente: Encuestas realizadas a empleadores situados en el Parque Industrial de la ciudad de Cuenca, Provincia del Azuay.

Elaborado por: Rodas Molina, Jorge Hernán

4.2.1 Análisis a cada una de las respuestas obtenidas de los diferentes actores.

1.- ¿Usted Considera a la Mediación Como Método Alternativo de Solución de Conflictos, conveniente tanto para trabajadores como empleadores?



Inspectores – Mediación MT

El 89% de los Inspectores del Trabajo y funcionaria del Centro de Mediación del Ministerio del Trabajo de Cuenca, consideran que la mediación como método alternativo de solución de conflictos es conveniente tanto para empleador como los trabajadores. Únicamente el 11% considera que no lo es.

Considero que este alto porcentaje se debe a que los métodos alternativos de Solución de conflictos (mediación en este caso), son una forma de solución rápida de los problemas entre las partes y ha ganado mayor fuerza en los últimos tiempos; de cierta forma consideran que ha tomado fuerza ya que para ellos como servidores públicos deben garantizar el cumplimiento de

obligaciones laborales. De igual manera ellos como servidores del Ministerio del Trabajo se encuentran en el día a día coadyuvando a que se resuelvan los conflictos entre empleadores y trabajadores, por ende han visto en la mediación una forma rápida de resolver los problemas.

En cuanto al porcentaje que no lo considera así, podría decirse que este criterio tiene su fundamento en la protección de los derechos de los trabajadores, ya que en ciertos casos, si no se toman las debidas garantías podría ocurrir esta renuncia de derechos; algunos servidores del Ministerio del Trabajo consideran que la mediación no es suficiente para garantizar un derecho, mucho menos cuando se trata de la parte débil de la relación laboral, la cual es el trabajador.

Trabajadores

El 36% de los trabajadores considera que la mediación como método alternativo de solución de conflictos es conveniente tanto para empleador como los trabajadores. Por su parte para el 64% consideran que no lo es.

Considero que los trabajadores que opinan que la mediación no es conveniente para ellos, tienen su fundamento en el hecho de que la condición de trabajador frente al empleador en una confrontación o mediación se da en desventaja por su posición como trabajador, de igual manera no se tiene un sistema para asegurar el cumplimiento de los acuerdos en el Ministerio del Trabajo; en la práctica considero que el empleador tiene los medios para una adecuada defensa, frente al trabajador que personalmente y por mi experiencia creo que prefieren lo que les ofrecen como liquidación en mediación por ejemplo, a lo que en realidad le corresponde, ya que para llegar a eso en muchos casos se debe acudir a la vía judicial.

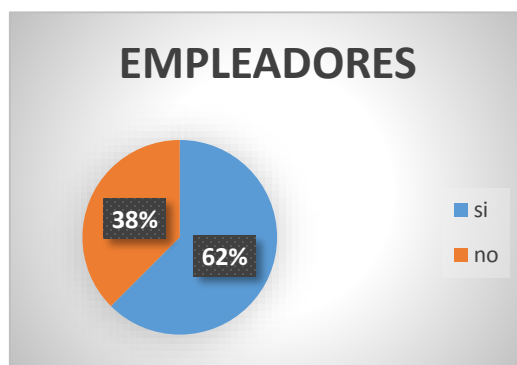
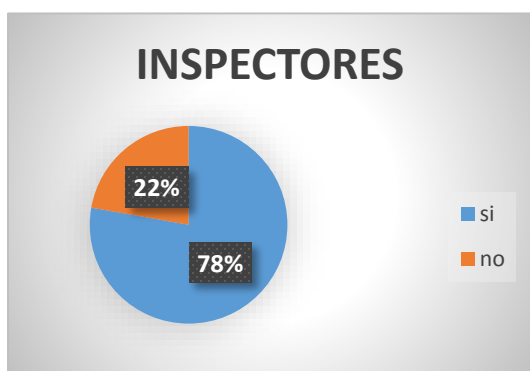
En el caso de los trabajadores que consideran que la mediación como Método Alternativo de Solución de Conflictos es conveniente para ambas partes, considero que este criterio tiene su fundamento en el tipo de relación y trato que han tenido con sus empleadores y el nivel de cumplimiento de obligaciones laborales, o a su vez en cumplimiento de los acuerdos llegados. En estos casos la intervención del Estado tiene un papel muy importante para asegurar el cumplimiento de obligaciones laborales.

Empleadores

El 100% de los empleadores consideran que la mediación como método alternativo de solución de conflictos es conveniente tanto para empleador como los trabajadores.

En este caso considero que los empleadores por su condición frente a los trabajadores tienen la posibilidad de agotar esta vía, sea cual fuera los resultados de la mediación, ya que al no existir medios de exigibilidad del cumplimiento (en el Ministerio del Trabajo), pueden agotar esta vía; es por ello que se plantea que esta institución debe tener las atribuciones para asegurar su cumplimiento, de esta manera creo que los empleadores le darían mayor importancia a los acuerdos que pretendan llegar en mediación.

2.- ¿Usted considera que se puede aplicar la Mediación Como Método Alternativo de Solución de Conflictos en cualquier controversia derivada de las relaciones entre trabajadores y empleadores?



Inspectores – Mediación MT

El 78% de los Inspectores del Trabajo y funcionaria del Centro de Mediación del Ministerio del Trabajo de Cuenca, considera que se puede aplicar la mediación como método alternativo de solución de conflictos en cualquier controversia derivada de las relaciones entre trabajadores y empleadores. El 22% considera que no.

En este caso los funcionarios que respondieron de forma negativa considero que lo hacen tomando en cuenta el hecho de que en el Código del Trabajo únicamente se habla de la mediación en los conflictos colectivos del trabajo, mas no en los individuales por lo tanto tomando en consideración el principio constitucional de que los servidores públicos realizarán únicamente lo que la constitución y la ley les faculte, no están de acuerdo en aplicar la mediación en los conflictos individuales del trabajo; de igual manera son muy rígidos al considerar que se debe

garantizar los derechos de los trabajadores, en cuyo caso mientras no se tenga un sistema más efectivo para aplicar la mediación y garantizar su cumplimiento no se puede confiar el derecho de los trabajadores a una negociación; los que contestaron afirmativamente puede ser por cuanto consideran a la mediación un método ágil y eficaz para resolver los conflictos del trabajo, claro está siempre que se respeten los derechos laborales.

Trabajadores

El 100% de los trabajadores considera que se puede aplicar la mediación como método alternativo de solución de conflictos en cualquier controversia derivada de las relaciones entre trabajadores y empleadores.

Esto se debe a que para ellos siempre va a ser más conveniente resolver el conflicto en el menor tiempo posible, sin que repercute el mayor de tiempo y dinero; sin embargo va a existir la incertidumbre del cumplimiento, etc., de igual manera en algunos casos existe el desconocimiento de los derechos establecidos en la Ley.

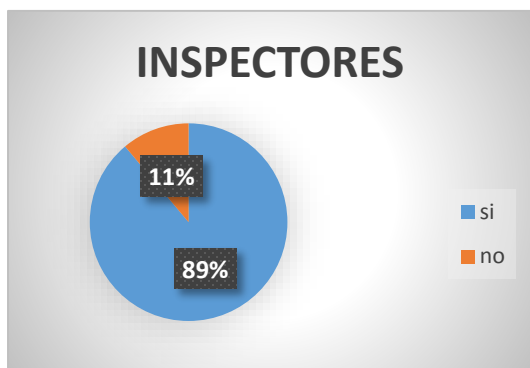
Empleadores

El 63% de los empleadores considera que se puede aplicar la mediación como método alternativo de solución de conflictos en cualquier controversia derivada de las relaciones entre trabajadores y empleadores. El 37% considera que no.

Por una parte algunos empleadores consideran la mediación aplicable en todas sus controversias, ya que en muchos casos tienen la política de agotar todas las vías posibles sea cual fuera el conflicto, y por el hecho de que tienen un representante legal que les asesora sobre la falta de legislación para exigir su cumplimiento en el Ministerio del Trabajo.

Sin embargo otros consideran que las faltas de los trabajadores deben ser sancionadas y sentar un precedente sobre el caso, por lo que prefieren directamente tramitar la desvinculación del trabajador de la empresa mediante el visto bueno contemplado en el Código del Trabajo, mismo que de ser aceptado no es conveniente para el historial laboral de ningún trabajador.

3.- ¿Usted considera que el trabajador está en igualdad de condiciones frente al empleador en la Mediación?



Inspectores – Mediación MT

El 89% de los Inspectores del Trabajo y funcionaria del Centro de Mediación del Ministerio del Trabajo de Cuenca, considera que un trabajador está en igualdad de condiciones frente a un empleador en la mediación. El 11% considera que no.

Pienso que este alto porcentaje de servidores que consideran que ambas partes se encuentran en igualdad de condiciones en una mediación, se debe a que depende de ellos el garantizar el cumplimiento de obligaciones patronales, tomando en cuenta principios como el de imparcialidad, buena fe, etc.

El porcentaje que considera que no lo están, creo que se sustentan en el hecho que en la relación laboral históricamente el empleador tiene mayor condición de afrontar un conflicto que el trabajador, por lo tanto es importante el papel del Estado en garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales.

Trabajadores

El 33% de los trabajadores se considera que un trabajador está en igualdad de condiciones frente a un empleador en la mediación. El 67% considera que no.

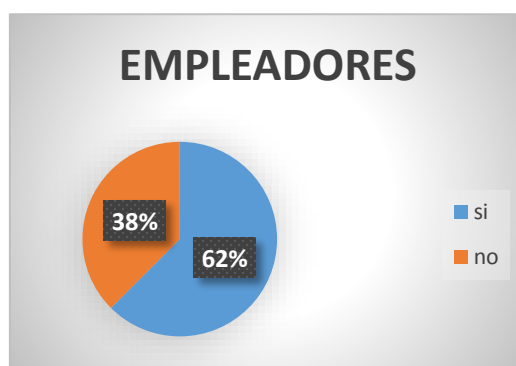
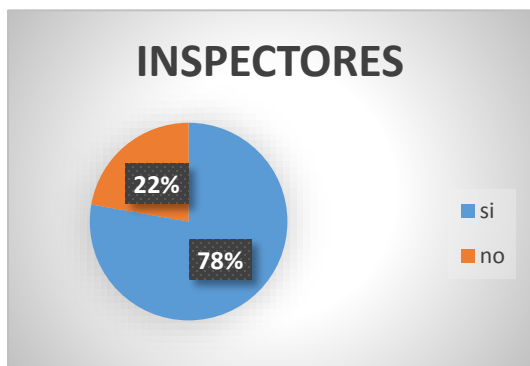
Los trabajadores que consideran que no lo están refieren mucho la capacidad económica de empleadores y trabajadores, el hecho de que los primeros tienen la posibilidad de agotar todas las vías hasta concluir un conflicto, y los últimos no están en condiciones de hacerlo; en la práctica y por mi experiencia personal en la Inspectoría del Trabajo puedo decir que en muchos casos los trabajadores prefieren aceptar las pretensiones del empleador que les son impuestas en esos momentos, que agotar las vías judiciales.

Los que consideran que si, refieren que la protección de los derechos de los trabajadores deben ser garantizados por los funcionarios responsables, y tienen claro el principio de Irrenunciabilidad de derechos; en muchos de estos casos consideran que legalmente deberían estar en igualdad de condiciones, pero en la práctica no se da.

Empleadores

El 100% de los empleadores considera que un trabajador está en igualdad de condiciones frente a un empleador en la Mediación; fueron diferentes los fundamentos por los cuales los empleadores decidieron manifestar esta situación, en unos casos considero que fue por cuanto la Ley es clara y no hace distinciones; en otros por cuanto creo que no iban a manifestar algo contrario a la Ley, etc.

4.- ¿Usted considera que los conflictos individuales del trabajo son susceptibles de mediación?



Inspectores – Mediación MT

El 78% de los Inspectores del Trabajo y funcionaria del Centro de Mediación del Ministerio del Trabajo de Cuenca, considera que los conflictos individuales del trabajo son susceptibles de mediación. El 22% considera que no.

Para los servidores que consideran que la mediación si se puede aplicar en los conflictos individuales del trabajo, es necesario que esté garantizando el respeto de los derechos de los trabajadores, aplicar la mediación sin que se renuncie a derechos laborales, ya que es claro que pueden existir nulidades que puedan presentarse por esta renuncia de derechos.

Para los servidores que consideran que la mediación no se puede aplicar en los conflictos individuales del trabajo, considero que se basan en el hecho de que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, estos no pueden ser sujetos de transacción.

Trabajadores

El 47% de los trabajadores considera que los conflictos individuales del trabajo son susceptibles de mediación. El 53% considera que no.

Desde su punto de vista y por la lucha constante que ha existido por respetar los derechos de los trabajadores se podría considerar que la mediación para los trabajadores no les garantiza que se haga cumplir con todos sus beneficios sociales; peor aún al no existir en la legislación vigente mecanismos para garantizar su cumplimiento, claro esto en el Ministerio del Trabajo; tomando en cuenta que deberían acudir a la justicia ordinaria para hacer cumplir un acuerdo.

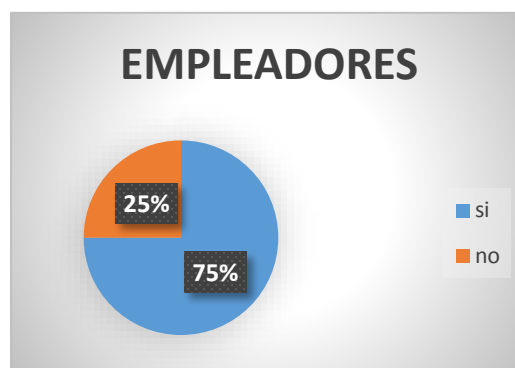
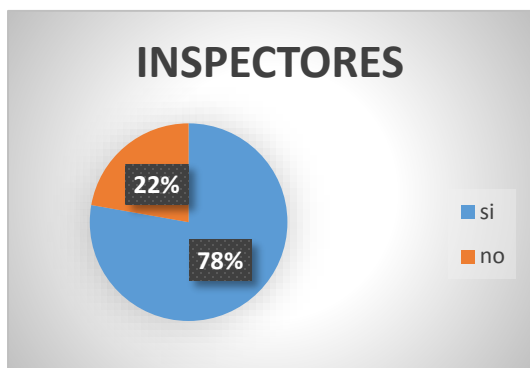
Sin embargo, casi la mitad de los trabajadores encuestados consideran que la mediación es mejor que acudir a la justicia ordinaria, que representa tiempo y dinero; esto debido a la posición económica, poderío económico, etc., mismos que lo hemos analizado en líneas anteriores.

Empleadores

El 63% de los empleadores considera que los conflictos individuales del trabajo son susceptibles de mediación; igualmente algunos empleadores lo utilizan como medida para cansar al trabajador y pretender que acepten cualquier pretensión, considerando que si no lo hacen deben esperar al pronunciamiento de un Juez y luego de un proceso legal largo y tedioso; claro este criterio no es absoluto, existen excepciones, es decir empleadores que utilizan la mediación como medida más idónea para cumplir con una obligación en una relación laboral.

El 37% considera que los conflictos individuales del trabajo no son susceptibles de mediación, por cuanto se podría renunciar derechos de trabajadores; existen casos que los trabajadores conocen que los acuerdos llegados en mediación podrían no estar acorde a la realidad; y los mismos se produjeron por la necesidad, por evitar procesos largos y por tanto aceptan cualquier pretensión a sabiendas de que las mismas no se apegan a la realidad.

5.- ¿Según su criterio, para usted es conveniente que exista la obligatoriedad de mediación en los conflictos individuales del trabajo?



Inspectores – Mediación MT

El 78% de los Inspectores del Trabajo y funcionaria del Centro de Mediación del Ministerio del Trabajo de Cuenca, considera que es conveniente que exista obligatoriedad de mediación en los conflictos individuales del trabajo. El 22% considera que no.

Para los servidores que consideran que la mediación debe ser obligatoria en los conflictos individuales del trabajo, es importante que esta figura esté legislada en nuestro ordenamiento jurídico, de esta forma se podrán evitar juicios por nulidades y podría garantizarse de mejor manera el cumplimiento de los derechos laborales.

Los servidores que consideran que la mediación no debe ser obligatoria en los conflictos individuales del trabajo, fundamentan su posición en el hecho de que siempre y cuando no se vulneren o renuncien derechos, es posible el dialogo evitando de esta manera los procesos administrativos y/o judiciales que pueden durar varios años.

Empleadores

Para el 20% de los empleadores es conveniente que exista obligatoriedad de mediación en los conflictos individuales del trabajo. El 80% considera que no.

Pese a que existe el principio del derecho laboral “en caso de duda lo más favorable al trabajador”, siempre es importante que exista una norma que mande, prohíba o permita ciertas acciones y con mayor razón cuando está de por medio derechos de los trabajadores.

4.3. Caso Práctico

Antecedentes

El Ministerio del Trabajo cumpliendo con las Inspecciones en campo, visita un taller mecánico de propiedad del Ing. Pérez.

En el proceso de inspección el Inspector del Trabajo observa a 10 personas que se encuentran realizando diferentes actividades dentro del taller.

Luego de solicitar la nómina de los trabajadores al propietario del taller, observa que únicamente se encuentran 9 de las 10 personas en nómina.

Inmediatamente pregunta al empleador sobre esa decima persona (José Alberto) y el Ing. Pérez le contesta que esa persona no es trabajador por cuanto hace sus trabajos de latonería y cobra 200 dólares por carro. (Es decir según el empleador no existe relación laboral).

Inmediatamente se procede a dialogar con José Alberto de forma reservada, quien informa al Inspector del Trabajo que se encuentra laborando unos 20 años en el taller, algún tiempo como trabajador y otro como socio del mismo. (Latonería en los vehículos que reparaba mecánicamente el propietario del taller).

Proceso Administrativo

El Inspector del trabajo levanta un proceso administrativo y solicita toda la documentación que justifique el cumplimiento de las obligaciones por parte del Ing. Pérez respecto a sus trabajadores.

Días después José Alberto acude a la inspectoría del trabajo y solicita al funcionario que realizó la inspección se realicen las investigaciones correspondientes respecto a su situación laboral.

En virtud de las averiguaciones (testimonios de otros trabajadores, fotografías, etc.) se obtienen ciertos indicios que podrían llegar a determinarse que el señor José Alberto si mantuvo una

relación laboral con el Ing. Pérez. (Sin embargo recordemos que únicamente los Jueces competentes pueden llegar a determinar una relación laboral).

El Inspector fundamentándose en principios Constitucionales y Legales, sobre los derechos de los trabajadores, métodos alternativos de solución de conflictos, etc.; decide enviar el caso al centro de mediación del Ministerio del Trabajo.

Comparecen tanto el Ing. Pérez como el Sr. José Alberto, y cada uno es escuchado por el Mediador de dicha Institución; a continuación los alegatos de cada uno de ellos:

Empleador

- El señor José Alberto, no es trabajador de la latonería.
- Únicamente laboró unos 5 años bajo mi dependencia – por ello se le afilio al seguro por los 5 años.
- Se le pagó todos los beneficios de ley por los 5 años.
- El resto de tiempo (aproximadamente 10 a 12 años más) el señor José Alberto fue socio de mi taller, se encargaba de la latonería de los vehículos.
- Durante los 5 años que laboró bajo mi dependencia se le canceló el sueldo básico determinado cada época; sin embargo algunos meses no se le cancelo las horas extras, por lo que estoy dispuesto a cancelar las mismas.

Presunto Trabajador

- Laboré para el taller del Ing. Pérez no únicamente 5 años, sino de los 20 años manifestados, aproximadamente unos 15 bajo dependencia.
- No se me afilió al iess todo el tiempo laborado.
- No se me canceló todos los beneficios de ley, es más nunca recibí los décimos ni las utilidades.
- Únicamente unos 5 años fui socio del Ing., propietario del taller; sin embargo únicamente percibía los honorarios por cada vehículo.
- Nunca se me canceló el sueldo completo.

Consideraciones

Luego de escuchar a las dos partes, se considera lo siguiente:

- En virtud de que no está definida el tiempo de servicios del señor José Alberto, el empleador propone reconocerle 10 años en total, es decir pagar como retroactivo de 5 años todos los beneficios de ley.
- Afiliar al trabajador 5 años más.
- Pagar de los 10 años reconocidos únicamente 5 años para el beneficio de los décimos.
- Pagar las utilidades de los años que generó las mismas.
- Pagarle de acuerdo al sueldo básico de los últimos 5 años.

Conclusiones – Posibilidades

- 1) En virtud de que el trabajador no tiene un derecho definido, ya que para poder reclamar todos los beneficios manifestados tiene que acudir a la justicia ordinaria. (Jueces Laborales); decide aceptar la propuesta del empleador.
- 2) Acudir a la justicia ordinaria y demandar al empleador. (tiempo, dinero, etc.)

Considero que si el trabajador decide aceptar la propuesta del empleador se dan dos situaciones:

- 1) Por un lado, si se llegare a probar la obligación del empleador de pagar todos los beneficios que reclama el trabajador; en el caso de que se acepte la propuesta del trabajador se estarían RENUNCIANDO a los derechos de los trabajadores. Sin embargo hay que recordar que antes de probarse esta situación el trabajador no tiene un derecho preestablecido, es por ello que mientras no se renuncien a los derechos, es posible la mediación.
- 2) Por otro lado está el acuerdo de voluntades, siempre y cuando no existan vicios del consentimiento, error, fuerza y dolo. Recordemos que la ley protege a las personas no solamente de acciones de otras personas, sino también de sus propias acciones. Es por ello que todo acuerdo que repercute en renuncia de los derechos de los trabajadores será nulo.

De la revisión del ejemplo se puede definir que es urgente la incorporación de la figura de la mediación para conflictos individuales del trabajo, tomando en consideración todo lo que se ha analizado en el desarrollo de esta tesis; de igual manera de no cumplirse con los acuerdos es importante existan los medios legales de exigibilidad, mismos que considero deben ser función del propio Ministerio del Trabajo.

Veamos en el siguiente capítulo que opinan sobre la mediación en el ámbito laboral funcionarios del Ministerio del Trabajo, empleadores y trabajadores.

4.4. PROPUESTA DE LEY

Título: La Mediación en los conflictos individuales del trabajo y mecanismos legales para exigir su cumplimiento.

Justificación: En nuestro país la mediación ha tomado gran importancia en los últimos años, la gran mayoría de conflictos que en la justicia ordinaria duran varios años en resolverse, en la actualidad con la mediación y otros métodos alternativos de solución de conflictos son resueltos en poco tiempo.

Específicamente en el campo Laboral en los conflictos del trabajo; a diario tanto las Inspectorías del Trabajo del País, Jueces y otros centros autorizados para la solución de conflictos se encuentran con problemas entre los trabajadores y empleadores, mismos que en varios casos son resueltos por la vía de la mediación.

Sin embargo, existen casos particulares en los que al mediar se están renunciando a los derechos de los trabajadores; de igual manera los acuerdos no son cumplidos de las formas y tiempos determinados; es por eso que es importante que todos los funcionarios públicos que se encargan de sustanciar procesos laborales, Inspectores del Trabajo, Jueces, Mediadores, Abogados y por qué no los propios empleadores y trabajadores tengan presente las normas que se deben aplicar al momento de llevar a mediación un conflicto individual del trabajo, para a futuro evitar problemas como son las nulidades procesales; provocando que los conflictos individuales continúen y duren varios años.

En el Ministerio del Trabajo de la Ciudad de Cuenca, institución en la que laboré en calidad de Inspector del Trabajo por el periodo de 2 años; conozco que se han dado casos en los que los conflictos individuales del trabajo se resuelven con una mediación; sin embargo posterior a ello ya sea los trabajadores o el empleador deciden hacer valer sus derechos ante la justicia ordinaria (Juez del Trabajo o Civil).

Con la elaboración de este trabajo investigativo busco establecer aspectos legales que me ayudarán a determinar si la mediación es aplicable en los conflictos individuales del trabajo, de

igual manera definir los mecanismos jurídicos para asegurar el cumplimiento de los acuerdos llegados en la mediación.

Fundamentación: La mediación en los conflictos individuales del trabajo es un medio al que recurren en muchos casos las partes involucradas y la autoridad competente, por lo que en casi todos los procesos laborales podemos observar la presencia de la mediación; en la práctica se puede utilizar de manera inadecuada o de mala fe, complicando de esta manera al trámite.

Objetivos:

Objetivo general: Proponer una reforma al Código del Trabajo en la que se implemente la mediación en los conflictos individuales del trabajo y mecanismos legales para exigir su cumplimiento.

Objetivo específico:

- Incorporar la fundamentación jurídica para sustentar la reforma planteada.
- Elaborar la reforma.

Importancia: Es de suma importancia garantizar el cumplimiento de los derechos laborales, para ello se debería legislar asegurando la progresividad de los derechos; dotando a la sociedad de mecanismos legales para cumplir y hacer cumplir los acuerdos.

PROPUESTA DE LEY

Consideraciones:

Constitución de la República:

QUE el Art. 1 manifiesta.- *“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...”*. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

QUE el Art. 3 manifiesta.- *“Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”*. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

QUE el Art. 11 manifiesta.- *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento. 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el*

desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos". (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

QUE el Art. 33 manifiesta.- "El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado". (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

QUE el Art. 276 manifiesta.- "El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos: 2. Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable". (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

QUE el Art. 326 manifiesta.- "El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario. 3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras. 4. A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración. 10. Se adoptará el diálogo social para la solución de conflictos de trabajo y formulación de acuerdos. 11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente". (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

QUE el Art. 327 manifiesta.- "La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas

trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley". (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Código del Trabajo:

QUE el Art. 4 manifiesta.- "Irrenunciabilidad de derechos.- Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario". (Código del Trabajo, 2014).

QUE el Art. 5 manifiesta.- "Protección judicial y administrativa.- Los funcionarios judiciales y administrativos están obligados a prestar a los trabajadores oportunos y debidos protección para la garantía y eficacia de sus derechos". (Código del Trabajo, 2014).

QUE el Art. 6 manifiesta.- Leyes supletorias.- "En todo lo que no estuviere expresamente prescrito en este Código, se aplicará las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil". (Código del Trabajo, 2014).

QUE el Art. 7 manifiesta.- Aplicación favorable al trabajador.- "En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores". (Código del Trabajo, 2014).

QUE el Art. 542 manifiesta.- "Atribuciones de las Direcciones Regionales del trabajo.- Además de lo expresado en los artículos anteriores, a las Direcciones Regionales del Trabajo, les corresponde: 7. Imponer las sanciones que este Código autorice". (Código del Trabajo, 2014).

Código Civil:

QUE el art. 2374 numeral 5 manifiesta: "La primera clase de créditos comprende los que nacen de las causas que enseguida se enumeran: 5. Todo lo que deba por ley el empleador al trabajador por razón del trabajo, que constituye crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aún a los hipotecarios". (Código Civil, 2012).

Ley de Arbitraje y Mediación:

QUE el Art. 43 manifiesta.- "La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario,

que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”. (Ley de Arbitraje y Mediación, 2009).

QUE el Art. 47 manifiesta.- “El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo. En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador. Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas. El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación. Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo. En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario. En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos en estas materias. (Ley de Arbitraje y Mediación, 2009).

En ejercicio de las atribuciones establecidas en la Ley:

RESUELVE:

Art. 1: A continuación del Art. 219 del Código del Trabajo, agréguese lo siguiente:

“Para la resolución de los conflictos individuales del trabajo se podrá aplicar la mediación como método alternativo de solución de conflictos; siempre y cuando no se produzca renuncia de los derechos de los trabajadores, vulneración de derechos e incumplimiento de norma. Tómesese en cuenta el principio de celeridad, economía procesal y otros principios constitucionales y legales aplicables”;

“En caso de incumplimiento del acuerdo establecido en mediación por parte del empleador, se podrá recurrir a la jurisdicción coactiva del Ministerio de Relaciones Laborales para garantizar su cumplimiento; sin perjuicio de acudir a la justicia ordinaria para por medio de la vía de apremio hacer valer los derechos”.

“Para efectos del procedimiento, efectos de la mediación y lo no previsto en el Código del Trabajo se tomará en cuenta las disposiciones de los Acuerdos y Resoluciones del Ministerio del Trabajo, leyes supletorias como la Ley de Arbitraje y Mediación”.

Dado en Quito, Distrito Metropolitano a los veinte y tres días del mes de febrero del 2015.

CONCLUSIONES

- En el Código del Trabajo se habla de la mediación obligatoria únicamente en los conflictos colectivos.
- El Ministerio del Trabajo existe la Dirección de mediación Laboral, misma que según la página web de dicha institución gestionará: *“procesos previo a un conflicto individual o colectivo”*.
- Constitucionalmente es válida la transacción laboral, siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.
- La ley protege a los ciudadanos no solamente de acciones u omisiones de terceros, sino de los suyos propios; en este sentido si un trabajador al llegar a un acuerdo con el empleador mediante la mediación, renuncia a sus derechos, la misma será nula.
- El Derecho del Trabajo, al ser tutelar no le es aplicable la jerarquía de las fuentes del Derecho en general, prevalecen normas que más favorecen al trabajador.
- La mediación en materia laboral como en otras se admite su aplicación, ya que favorece a las partes por la solución pacífica de conflictos; siempre que no implique renuncia de derechos de los trabajadores y se observen principios como el de celeridad y economía procesal, evitando desgaste de recursos humanos, materiales, económicos, etc.
- Según la Ley de Arbitraje y Mediación se menciona que los acuerdos que se lleguen por este método alternativo de solución de conflictos tienen el efecto de cosa juzgada, para exigir su cumplimiento deben acudir a la justicia ordinaria para por la vía de apremio hacer valer los derechos; en tal sentido genera gasto de tiempo y dinero.
- Los acuerdos que se lleguen en mediación no son susceptibles de revisión salvo los casos de menores y alimentos.

RECOMENDACIONES

- Es necesario proponer una reforma al Código del Trabajo, con el objeto de que se incorpore la mediación en los conflictos individuales del trabajo; siempre y cuando no se dé la renuncia de los derechos de los trabajadores; de igual manera incorporar mecanismos legales para exigir el cumplimiento de los acuerdos llegados en mediación y evitar desgaste de recursos humanos y económicos.
- Socializar con las universidades para que refuercen materias relacionadas con los métodos alternativos de solución de conflictos.
- Identificar posibles conflictos laborales que no podrían ser materia de negociación.
- Fomentar la cultura del dialogo entre empleadores y trabajadores mediante la capacitación e implementación de políticas públicas y privadas.
- Profundizar estudios relacionados con la mediación en los conflictos del trabajo.
- Proponer una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación e incorporar que los acuerdos llegados en la mediación respecto de los conflictos individuales del trabajo sean susceptibles de revisión.

Bibliografía

(s.f.).

BORJA, R. D. (2002). Enciclopedia Política - (Fondo de Cultura Económica). En R. D. BORJA, *Enciclopedia Política - (Fondo de Cultura Económica)*. Mexico.

CABANELLAS, D. L. (1945). *Compendio de Derecho Laboral*. Buenos Aires: II Editoeial Biográfica Omeba.

CABANELLAS, D. L. (2005). *DICCIONARIO JURIDICO ELEMNETAL, ACTUALIZADO, CORREGUIDO Y AUMENTADO POR GUUILLERMO CABANELLAS DE LAS CUEVAS*. BUENOS AIRES: HELIASTA, DECIMO SEXTA EDICIÓN .

CODIFICACIÓN, C. D. (16 de Diciembre de 2005). Código del Trabajo. *Codificación del Código del Trabajo*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 167 - 16 de Diciembre del 2015.

CODIFICACIÓN, C. D. (14 de Diciembre de 2006). Ley de Arbitraje y Mediación. *Ley de Arbitraje y Mediación*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial 417 del 14 de diciembre del 2006.

CONSTITUYENTE, A. (09 de marzo de 2009). Código Organico de la Función Judicial. *Código Organico de la Función Judicial*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemneto 544, 09 de marzo del 2009.

DE ALMEIDA, M. (1996). "*Reflexiones sobre la confidencialidad*" I *EL ACUERDO*, pag. 14. Buenos Aires.

DERECHO, M. (s.f.). *Myderecho.com*. Obtenido de https://www.google.com.ec/?gfe_rd=cr&ei=OkXbVZXHFJCw8weDqL2YBA#q=www.myderecho.com-Ensayo+sobre+la+transaccion+laboral+

FIGUEROA, L. A. (s.f.). *Conflicto, Negociación, Mediación y Arbitraje: Un acercamiento desde el ambito laboral*. Valparaiso.

INSTITUTO NACIONAL DE EDUCACIÓN LABORAL, I. @. (01 de 1987). Los Conflictos colectivos en el Ecuador una visión sindical. *Los Conflictos colectivos en el Ecuador una visión sindical*.

JUDICATURA, C. D. (2013). *Programa de Mediación, Justicia y Cultura de Paz*. Quito: CONSEJO DE LA JUDICATURA.

JUDICATURA, C. D. (2015). *Guia Práctica Para el Registro de Centros de Mediación en la Secretaría General del Consejo de la Judicatura*. Obtenido de <http://www.funcionjudicial-azuay.gob.ec/index.php/es/componet/content/article/63-mediacion-y-cultura-de-paz/362-guia-de-registro.html>.

JUDUCATURA, C. D. (10 de Julio de 2007). Instructivo para la Derivación de Causas a Centrod de Mediación. *Instructivo para la Derivación de Causas a Centrod de Mediación*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial 139 del 01 de agosto del 2007.

- JUDUCATURA, C. N. (29 de Junio de 1999). Instructivo Para el Registro de Centros de Mediación. *Instructivo Para el Registro de Centros de Mediación*. Quito, Pichincha, Ecuador: Consejo de la Juductaura.
- NACIONAL, A. (20 de Octubre de 2008). Constitución Política de la República del Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.
- NACIONAL, A. (20 de Abril de 2015). Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. *Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 483 del 20 de abril del 2015.
- NOBOA, A. (2009). La Mediación y el Arbitraje como mecanismos alternativos de solución de conflictos en el Ecuador en el sector de las telecomunicaciones. *La Mediación y el Arbitraje como mecanismos alternativos de solución de conflictos en el Ecuador en el sector de las telecomunicaciones*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- PINA VARA, R. (1994). *Diccionario de Derecho*. Mexico D.F.: Porrúa. Mexico D.F. 1994.
- PULLAPAXI CASTRO, F. (2014). La Mediación y los Conflictos Individuales de Trabajo en la Legislación Ecuatoriana. *La Mediación y los Conflictos Individuales de Trabajo en la Legislación Ecuatoriana*. Ambato, Tungurahua, Ecuador.
- QUIROGA TAMEZ, M. (Agosto de 2002). TESIS: LA CONCILIACIÓN EN EL DERECHO LABORAL. *TESIS: LA CONCILIACIÓN EN EL DERECHO LABORAL*. Nuevo León, Mexico .
- TRABAJO, M. D. (08 de Mayo de 2015). Acuerdo MDT-2015-0078. *Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Mediación Laboral del Ministerio de Trabajo* . Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial 496 Segundo Suplemento del 08 de mayo del 2015.
- TRABAJO, M. D. (2015). *DIRECCION DE MEDIACION LABORAL*. Obtenido de <http://www.trabajo.gob.ec/direccion-de-mediacion-laboral-fomentando-una-cultura-de-paz/>
- TRABAJO, M. D. (15 de ABRIL de 2015). MDT-2015-0077 ACUERDO MINISTERIAL. *Creación del Centro de Mediación Laboral*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial 496 segundo suplemento - 8 de mayyo del 2015.
- TRABAJO, M. D. (08 de mayo de 2015). MDT-2015-0080, ACUERDO MINISTERIAL. *Código de Ética del Centro de Mediación Laboral*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial 496 Segundo Suplemento - 08 de mayo del 2015.
- TRUJILLO VASQUEZ, J. C. (s.f.). *Medios Alternativos de Solución de Conflictos Legales*.
- VINTIMILLA SALDAÑA, J. (2004). *Algunos Apuntes Preliminares y Doctrinarios sobre la Mediación*. Quito: CIDES NED, 2004, 1 ed. p. 11.

WRIGHT, W. A. (s.f.). *Mediate .com*. Obtenido de Mediators y Everything Mediaton:

http://www.mediate.com//articles/la_proteccion_de_la_confidencialidad.cfm

ZURITA, E. (2001). *Manual de Mediación y Derechos Humanos*. Quito: Defensoría del Pueblo, 2001, edi. 2.

ANEXOS

“El Proceso de Mediación en el Ecuador y su Aplicación en los Conflictos del Trabajo”

OBJETIVO: La presente tiene por objeto recoger información clara y veraz sobre los procesos de Mediación en el Ecuador y su aplicación en los conflictos del trabajo.

INSTRUCCIONES: Marque la alternativa que considere.

DATOS INFORMATIVOS:

FECHA:

LUGAR:

GENERO:

INSPECTOR.....

TRABAJADOR.....

EMPLEADOR.....

CUESTIONARIO:

1.- *¿Usted Considera a la Mediación Como Método Alternativo de Solución de Conflictos, conveniente tanto para trabajadores como empleadores?*

SI.....

NO.....

2.- *¿Usted considera que se puede aplicar la Mediación Como Método Alternativo de Solución de Conflictos en cualquier controversia derivada de las relaciones entre trabajadores y empleadores?*

SI.....

NO.....

3.- *¿Usted considera que el trabajador esta en igualdad de condiciones frente al empleador en la Mediación?*

SI.....

NO.....

4.- *¿Usted considera que los conflictos individuales del trabajo son susceptibles de mediación?*

SI.....

NO.....

5.- *¿Según su criterio, para usted es conveniente que exista la obligatoriedad de mediación en los conflictos individuales del trabajo?*

SI.....

NO.....

AGRADECEMOS SU COLABORACIÓN.