

UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA - QUITO

MODALIDAD A DISTANCIA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

TESIS DOCTORAL:

**"EL ARBITRAJE Y LA CONCILIACION COMO ALTERNATIVAS
DE SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS EN LA LEGISLACIÓN
CIVIL ECUATORIANA"**

DIRECTORA:

DRA. MARÍA BEATRÍZ EGUIGUREN R.

ALUMNA:

ABG. YADIRA ALMEIDA VERA

2010

LOJA - ECUADOR

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Las ideas en el contenido del informe final de la presente investigación, son de exclusiva responsabilidad de la autora.

Abg. Yadira Monserrate Almeida Vera

CERTIFICACIÓN DE LA DIRECTORA

Dra. María Beatriz Eguiguren R.
DIRECTORA DE INVESTIGACIÓN

CERTIFICO:

Que el presente trabajo de investigación realizado por la Abogada Yadira Monserrate Almeida Vera, sobre el tema: “El Arbitraje y la Conciliación como alternativas de solución a los conflictos en la legislación civil Ecuatoriana”, ha sido cuidadosamente revisado por la suscrita, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y forma establecidos por la Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja, para esta clase de trabajos, por lo que autorizo su presentación.

Quito, Mayo de 2010

Dra. María Beatriz Eguiguren R.
DIRECTORA DE INVESTIGACIÓN

CESIÓN DE DERECHOS DE TESIS

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

Abg. Yadira Monserrate Almeida Vera

AGRADECIMIENTO

Consigno mi especial agradecimiento a la Universidad Técnica Particular de Loja, modalidad a distancia, sede Ecuador, a la Doctora María Beatriz Eguiguren R., Directora de Tesis Doctoral, a mis Maestros y compañeros que han contribuido en mi formación académica y profesional. En fin a todos quienes colaboraron desinteresadamente en la presente Tesis.

La Autora

DEDICATORIA

La presente Tesis Doctoral, la dedico con profundo cariño a mis padres Ramón Almeida y Mercedes Vera, a mi cónyuge Luis Alberto Fernández Piedra, y a mis tiernos hijos Luis Alberto y Ariel Andrés.

La Autora

ESQUEMA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

1.- EL ARBITRAJE - NOCIONES GENERALES

1.1.- Definiciones y conceptos de arbitraje

1.2.- Su Origen

1.3.- Clasificación de arbitraje

1.3.1.- Por su naturaleza

1.3.2.- Por su Origen

1.3.3.- Por la Materia

1.3.4.- Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad

1.3.5.- Arbitraje Ad-Hoc y Arbitraje Administrativo

1.3.6.- Arbitraje Público y Arbitraje Privado

CAPÍTULO II

2.- ELEMENTOS DEL ARBITRAJE

2.1.- Características del Arbitraje

2.2.- Requisitos del Arbitraje

2.3.- Cláusula compromisoria

2.4.- Partes del Arbitraje

2.4.1.- Personas jurídicas

2.4.2.- Materia del arbitraje

2.5.- Aspectos generales de los Árbitros

CAPÍTULO III

3.- LA CONCILIACIÓN – NOCIONES GENERALES

3.1.- Definiciones y conceptos de conciliación

3.2.- Su Origen

3.3.- Clasificación de conciliación

3.3.1.- Por el número de sus partes

3.3.2.- Por el resultado

- 3.3.3.- Por el momento de celebración
- 3.3.4.- Por iniciativa
- 3.3.5.- Por su naturaleza
- 3.3.6.- Por su aprobación
- 3.3.7.- Por su contenido jurídico
- 3.4.- Clases de Conciliadores
- 3.5.- Etapas del proceso conciliatorio

CAPÍTULO IV

- 4.- ASPECTOS PROCESALES DE LA CONCILIACION
- 4.1.- Características jurídicas de la conciliación
- 4.2.- La Conciliación y sus requisitos de existencia
- 4.3.- La Conciliación y sus requisitos de validez
- 4.4.- Trámite por incumplimiento de conciliación extrajudicial
- 4.5.- La conciliación antes del proceso judicial

CAPÍTULO V

- 5.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES
- 5.1.- Conclusiones
- 5.2.- Recomendaciones
- 5.3.- Anexos
- 5.3.1.- Caso Práctico
- 5.3.2.- Cuadros Indicativos de Centros de Mediación y Tarifas

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Con el devenir de los años, de manera especial, en las últimas dos décadas, ha existido en la sociedad una disconformidad con la administración de justicia. Circunstancia que sin duda alguna ha provocado un gran decrecimiento en la credibilidad y por lo tanto respetabilidad de la Función Judicial, a la cual se la acusado de lenta y burocrática, aunque las causas no estén en su mayor parte dentro de la función, sino a veces en causas externas, como lo son la falta de presupuesto, de capacitación y de una legislación que permita la agilidad de los procesos.

Hoy en día las relaciones sociales, entre los integrantes de una sociedad, se hacen más conflictivas, es por eso que éstas relaciones interpersonales, buscan ser solucionadas, a través de los medios que el estado a puesto a su disposición, en este caso el aparato jurisdiccional, por medio de los procedimientos ordinarios, verbal sumario y otros que la ley ha puesto a su disposición.

Pero las sociedades evolucionan, al igual que sus procedimientos, es entonces que el hombre busca nuevas alternativas a la solución de sus problemas, entre estas tenemos a la Conciliación y el Arbitraje, que hoy por hoy se han constituido en un medio que las personas utilizan para solucionar sus diferencias, siendo ellas las que en la mayoría de los casos dan la misma solución, ayudados por un tercero imparcial, llamado conciliador, esto en el caso de la conciliación, o por la petición realizada a los centros respectivos en el caso del arbitraje.

Nuestro aparato jurisdiccional ha llegado a un punto tal que las causas que ingresan a los juzgados de primera instancia, son más de las que despachan estas mismas judicaturas, esto se debe a que hay una falta de personal, o que se necesita de otros incentivos para el despacho pronto y encuadrado en derecho de los procesos.

Uno de los países que más ha avanzado en medios alternativos en solución de conflictos es Colombia, país que al igual que el nuestro llegó a un punto que su Órgano Jurisdiccional ya no se abastecía para despachar tantas causas. Es así que utilizando la conciliación como alternativa a la justicia ordinaria, en 1994 solucionó por esta vía, el 5% de los juicios civiles, el 17% en materia laboral, el 19% en asuntos de familia, el 7%

en jurisdicción contenciosa (contratos); con éstos datos podemos ver que en nuestro país se necesita una pronta aplicación de estos medios alternativos de solución de conflictos.

La Ley de Arbitraje y Mediación, constituye sin lugar a dudas, un valioso aporte para la justicia, sin embargo, requiere de una mayor difusión, ya que incluso la mayoría de abogados desconoce su proceso ágil y por tanto sus beneficios, es por esto que nuestra sociedad ha dejado que se introduzca dentro de ella programas nada recomendables respecto de mediación y arbitraje, sin que exista el menor control de parte del Legislativo, convirtiendo a esta institución en un verdadero show televisivo.

Sin embargo la Mediación y Arbitraje no tendrán el éxito deseado, sino se implementan procedimientos de efectividad; procedimientos que solamente serán viables cuando la Institución sea tratada con seriedad y obligatoriedad por las partes que se someten a ella para solventar sus problemas. Esto solo se conseguirá con leyes adecuadas aprobadas por la Asamblea Nacional, cuyos proyectos deben ser presentados por la Corte Nacional de Justicia o por el Consejo Nacional de la Judicatura, considerando la temática real en la que se desenvuelve la sociedad ecuatoriana, en orden a establecer en el futuro resoluciones reiteradas que constituyan jurisprudencia en asuntos de Conciliación y Arbitraje; pues hasta el momento ésta Institución no ha sido efectiva ni ha solucionado las controversias suscitadas entre los contendientes, peor aún respetado lo que ya esta establecido, como es el caso del Art. 46, literal c), de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Es por estas razones que el presente trabajo va encaminado a demostrar que tanto el arbitraje como la conciliación son verdaderas alternativas de solución de conflictos en relaciones interpersonales.

CAPÍTULO I

1.- EL ARBITRAJE – NOCIONES GENERALES

1.1.- Definiciones y Conceptos de Arbitraje.-

El arbitraje es un instituto creado para la resolución de las controversias de índole jurídica, mediante laudos que, en las condiciones determinadas por la Ley, producen el efecto de la cosa juzgada.

“La vida mercantil actual se caracteriza, como certeramente señala J. Garrigues, por la contratación en masa”.¹ En efecto, diariamente se celebran millares de contratos de compraventa de mercaderías, de agencias y representaciones, de suministros, de transferencia de tecnología, de transportes, de seguros, etc., que generan una infinita gama de relaciones jurídicas no sólo entre personas domiciliadas o residentes en mismo lugar o Estado, sino principalmente entre personas y empresas que pertenecen a diversas jurisdicciones territoriales, dando lugar a numerosos conflictos o diferencias, que pueden resultar de la diversa interpretación de cláusulas contractuales, de no haber establecido claramente en el contrato determinadas bases o aspectos, de no haber determinado la ley aplicable si se trata de una contratación internacional, etc., etc. Para la solución de estas controversias se acude generalmente a los órganos judiciales establecidos por el Estado pero también a terceros (árbitro), designados por las partes mismas o por instituciones administradoras de arbitraje como la Cámara de Comercio Internacional, La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, Los Tribunales de Arbitraje de las Cámaras de Comercio. Como sostiene el profesor Bernardo N. Cremades: “El eterno dilema del derecho regulador de los negocios, y muy especialmente el Derecho Mercantil, aflora una vez más. Con especial virulencia lo hace cuando se trata de solucionar conflictos derivados de la ejecución o interpretación de relaciones contractuales. La normativa jurídica al intentar captar con sus categorías reguladoras necesariamente estáticas algo tan dinámico como es el tráfico comercial, debe optar en favor de su seguridad o de su agilidad. Si se decide por la primera, las partes resuelven sus conflictos lentamente, pero garantizando sus derechos con

¹ GARRIGUES, Joaquín. “Tratado de Derecho Mercantil”. Pág.5

exigencias procedimentales y con eventuales posteriores revisiones de la decisión. Si se prefiere la agilidad, no se centrará tanto la atención en los resortes que aseguren el carácter equitativo de la solución como en la rapidez que ésta sea obtenida.”²

El arbitraje ha surgido de la práctica, del mismo mundo de los negocios, como respuesta a una exigencia del tráfico comercial. Junto a la posibilidad de acudir al procedimiento judicial, el empresario y especialmente el comerciante, han deseado hacer uso de procedimientos más ágiles.

Mongalvyz expresa: “El arbitraje es una jurisdicción que la voluntad de las partes o la ley da a simples particulares para pronunciarse sobre una o más controversias, siempre que no sean de aquellas que, por su propia naturaleza, no pueden someterse a compromiso”.³

Aylwin señala que el arbitraje presenta tres caracteres fundamentales: “1) ser un verdadero juicio con sus tres elementos constitutivos: controversia, partes entre las cuales existe litigio y tribunal facultado para resolverlo; 2) origen generalmente contractual; y, 3) investidura privada del tribunal Arbitral”.⁴

Ahora bien, la remisión al arbitraje puede darse una vez que se ha producido el conflicto, mediante el compromiso que en la mayor parte de las legislaciones es un contrato formal o en virtud de la cláusula arbitral que se incluye en los contratos o en un acuerdo por separado. En virtud de la cláusula arbitral, las partes de un contrato se obligan a acudir al arbitraje para la solución de cualquier litigio que surja entre ellos en la ejecución de un contrato.

Sin embargo, el derecho de acudir a los particulares para la decisión de controversias no es absoluta, sino que, por razones de orden superior, está limitado por la ley que establece los asuntos que puede someterse a juicio de árbitros, pudiendo afirmarse en términos generales que no pueden someterse a arbitraje las cuestiones que afecten al orden público o a derechos de terceros.

² CREMADES, Bernardo M. “España ante el Arbitraje Comercial Internacional. Estudios sobre Arbitraje Comercial”. Pág. 114

³ MONGALVYZ. Trate: “L`Arbitraje En Matiere Civile Et Comerciale.” Tomo I Pág.1

⁴ AYLWIN, Patricio. “Derecho Civil.” Pág.1

Las controversias de carácter jurídico, según han señalado los tratadistas, pueden situarse en tres áreas o compartimentos:

a.- Área o campo en que la voluntad de las persona tiene decisiva influencia en cuanto ellas pueden someter sus diferencias a la decisión de los Jueces o Tribunales constituidos por el Estado en ejercicio de su poder soberano o a través del proceso judicial formalmente invocado o a la resolución de Árbitros, caso este último en que se da el arbitraje voluntario.

b.- Área de las controversias para cuya resolución no puede acudirse a los jueces o tribunales designados por el Estado, sino que deben someterse imperativamente a la decisión de árbitros, supuesto este que nos conduce al arbitraje necesario o forzoso. Así, en la legislación Argentina, las diferencias que surjan entre socios de una compañía deben resolverse por arbitraje.

También puede considerarse como aplicación de la conciliación y el arbitraje necesarios, la disposición constitucional de la norma prevista en el numeral 12, del Art. 326, de la vigente Constitución del Ecuador, expedida por la Constituyente de la ciudad Alfaro, en Montecristi, en la provincia de Manabí, la misma que fue aprobada en el Referéndum llevado a efecto el 28 de Septiembre del 2008, y publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre del 2008, que dice: “Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje”.

c.- Área de los conflictos cuya resolución no puede ser sometida a árbitros sino que forzosamente deben ser conocidos y resueltos por los jueces designados por el Estado. La competencia de estos jueces, es, en estos casos, privativa.

1.2.- Su Origen.-

El caos ocasionado por la falta de un mecanismo que regule las reclamaciones individuales, hizo que los hombres pensarán en buscar la manera de salvar éste

obstáculo. La forma ideada para solucionar estos inconvenientes, fue plantear el problema a una persona extraña para que de su criterio con ecuanimidad. Esta forma de conciliar a las personas en litigio se llama mediación. La característica esencial de éste método radica que el tercero puede decidir con objetividad por no tener lazos afectivos que lo aten al problema; pero la decisión era un mero consejo que las partes podían o no acoger en la solución de su discrepancia.

Posteriormente, el Estado, a través de sus funcionarios, empujó a intervenir; sin embargo su actuación es mínima y limitada. Los órganos del Estado únicamente encausan la discrepancia hasta obtener una solución de índole privado, a fin de evitar excesos en el reclamo. En ese momento el tercero tiene el poder estatal de velar por el bien común. La decisión del juzgador ya no sólo tiene fuerza moral sino obligatoriedad real, por cuanto el Estado debe mantener el equilibrio en las relaciones jurídicas. En el Derecho Romano de las XII Tablas, hasta la “Lex Aebutia” (150 a.C.) el proceso privado comprendía las llamadas “Legis Actiones” que fue la manera más antigua de enjuiciamientos.

Las “Legis Actiones” nacen como la formalización de los mecanismos de enjuiciamiento civil. Este formalismo estuvo imbuido de un profundo misticismo religioso. El rito y la solemnidad eran el andamiaje que guiaba el procedimiento judicial primitivo. Desde un inicio se reglamentó el camino a seguir en cualquier resolución de conflictos. En primer lugar el proceso se dividía en dos fases marcadas:

La primera, se denomina fase “In Jure” en la cual, “las partes hacen su presentación al magistrado, exponiendo los puntos de la controversia, patentizándose la naturaleza del derecho alegado, cuya protección se invoca, y proveyéndose al nombramiento del *ludís*, sobre la base de un contrato arbitral que implica una aceptación del fallo o laudo que se emita”.⁵

En la segunda parte, luego de aceptar a trámite el pleito, por parte del magistrado, “se señala el cese de la actividad magistral con la intervención del juez. Arbitro particular

⁵ IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Pág.201

designado por los litigantes para dirimir la contienda”.⁶ Este período procesal fue conocido con el nombre de “Apud Iudicem”.

De lo expuesto vemos, como en los primeros tiempos la ventilación de problemas jurídicos se daba bajo un marco arbitral, cuyas discrepancias eran:

“a.- Entregados de común acuerdo por los interesados a un tercero;

b.- Esa entrega suponía el sometimiento a la voluntad de un tercero”.⁷

En el Ecuador, hasta el año de 1.963, la materia del arbitraje se encontraba regulada por la Sección 33A del Código de procedimiento Civil y en la Ley orgánica de la Función Judicial. Si bien las normas regulaban el arbitraje civil y comercial nacional, estas podían aplicarse también al arbitraje internacional.

Fue el 23 de Octubre de 1.963, que la Junta del Gobierno Militar, mediante Decreto 735, expidió la Ley de Arbitraje Comercial, en la cual se regula el arbitraje ante los tribunales de las Cámaras de Comercio de la República; creándose el arbitraje institucionalizado. Esta ley se refiere también al arbitraje internacional en sus Arts. 1 y 23, Este último artículo expresa “En las controversias que se sometan al arbitraje de las entidades o comisiones nacionales o internacionales existentes, especiales o que se creen en el futuro, el arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta ley y las partes se someterán a los requisitos de la misma”. La presente norma reconoce la jurisdicción de las entidades nacionales como internacionales, más dispone que las partes deben someterse a la mencionada ley.

Para 1997, el Congreso Nacional expide la Ley de Arbitraje y Mediación, que fue publicada el día 4 de Septiembre del mismo año en el Registro Oficial No. 145, en la que se detalla de mejor manera la institución del arbitraje, o lo que se considera como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, al que las partes de mutuo acuerdo pueden someter controversias susceptibles de transacción.

⁶ *Ibidem* Ob. Cit. Pág.202

⁷ DANTE BARRIOS, Angelis. El Juicio Arbitral. Págs. 28 y 29

En el Ecuador, el arbitraje, tanto en el orden interno como en el internacional, ha tenido escasa explicación. Ello obedece, quizá, a que no se ha realizado una efectiva labor de promoción que permita a los particulares conocer sus ventajas y las reglas a que el instituto se halla sometido, desvaneciendo las dudas sobre su eficacia y seriedad. Este fenómeno no es exclusivo del Ecuador sino común a todos los países de América Latina.

1.3.- Clasificación del Arbitraje

Según el criterio o punto de vista desde el que se considere, el arbitraje se clasifica en voluntario o convencional y necesario u obligatorio, de derecho y de equidad, ad hoc y administrado, nacional e internacional, público y privado.

1.3.1. POR SU NATURALEZA.- Según la naturaleza del conflicto, el arbitraje es nacional e internacional.

Philippe Fouchard, en su obra "L'Arbitrage Commerciale Internationale", efectúa un penetrante análisis sobre esta clasificación señalando la dificultad que existe de dar a los términos "Arbitraje Nacional" y "Arbitraje Internacional" una connotación precisa de general aceptación. "El arbitraje nacional será aquel que todos los elementos (fondo del litigio, nacionalidad de las partes y los árbitros, derecho aplicable, lugar del arbitraje), tiene una sola e idéntica relación con un Estado determinado".⁸ Si esto es así, la conclusión que se obtiene es la de que en el comercio internacional no podría darse jamás un arbitraje de ese tipo ya que algunos de sus elementos materiales o jurídicos de la relación estarían forzosamente vinculados con un Estado extranjero y por tanto en el comercio internacional sólo podría darse el arbitraje internacional.

"Fouchard, piensa que se podría dar al concepto un significado más restringido y estructurar un arbitraje comercial internacional, independiente de todos los marcos estatales, sujeto en todos los aspectos a normas y autoridades auténticamente

⁸ FOUCHARD, Philippe. L'Arbitrage Commerciale Internationale. Pág-16

internacionales, es decir, extranacionales o mejor acantonares”. Ion Néstor, de Rumania, ha refutado certeramente este punto de vista. En realidad, lo que en el comercio internacional es siempre internacional no es el arbitraje tomado en su conjunto (órgano más litigio), sino solamente el litigio que es objeto de arbitraje y que expresa las relaciones internacionales. Por otra parte, generalmente los órganos jurisdiccionales internos ordinarios pueden conocer también de los, litigios que tengan elementos extranjeros, es decir, tienen cierta competencia internacional. Pero el hecho de que un tribunal posea cierta competencia internacional, es decir, que proceda del comercio internacional, no basta para calificar de internacional al arbitraje en su conjunto.

“Para que exista (arbitraje internacional) es preciso que el litigio tenga carácter internacional y que la estructura y la composición del órgano arbitral sean también internacionales (por ejemplo, el Tribunal de Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional), lo que no significa que semejante arbitraje (internacional) esta desvinculado necesariamente de todo marco nacional”.⁹

1.3.2 POR SU ORIGEN.- ARBITRAJE VOLUNTARIO Y ARBITRAJE FORZOSO.- Según su origen, el arbitraje es voluntario o convencional y necesario, forzoso u obligatorio. El primero es aquel al que las partes acuden libremente como acontece con el arbitraje del derecho civil y mercantil. El segundo es el que viene impuesto por la ley como sucede con los conflictos colectivos de trabajo en nuestra Legislación, que tienen que someterse forzosamente a Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

1.3.3. POR LA MATERIA.- El arbitraje por la materia se divide en civil y mercantil, cabe destacar que el arbitraje está dirigido en forma común a la materia mercantil, ya que la mayoría de las transacciones comerciales en las que hay diferencias o conflictos, someten su resolución a ésta vía.

Así lo manifiesta también el Art. 1 y 5 en la anterior Ley de Arbitraje Comercial, y su respectivo reglamento en su Art. 1; esto sumado al alto nivel alcanzado en las relaciones

⁹ ION, Néstor. “Anuario de la Comisión de la ONU para el Derecho Mercantil Internacional” Vol.3. Págs. 264 y 265.

comerciales internacionales, han hecho que el arbitraje en materia mercantil desarrolle más que la rama civil. La actual Ley no hace diferenciación o aplicación expresa de la materia arbitral, ya que se basa en la transacción.

La razón que en materia civil no haya desarrollado el arbitraje, es que al poder someter al arbitraje los derechos de las personas que no sean susceptibles de renuncia o afecten a su titular son muy pocos, la ley al respecto es clara en sus Arts. 11, 2352 del Código Civil, 87 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, de ahí que los derechos que puedan caer en el campo pecuniario o transaccional, serían los únicos que como consecuencia nos llevarían a la materia mercantil.

1.3.4. ARBITRAJE DE DERECHO Y ARBITRAJE DE EQUIDAD.- Según el régimen al que el arbitraje se somete, éste puede ser de derecho y de equidad o amigable composición.

En el arbitraje de derecho los árbitros deben decidir conforme a las normas de la ley, tanto imperativas como dispositivas, tal como lo hacen los tribunales judiciales. En el Arbitraje de equidad, también llamado *ex aequo et bono*, los árbitros no están obligados a aplicar las normas legales ni en cuanto al fondo ni en cuanto a lo relativo al procedimiento, y resuelven los conflictos que han sido sometidos a su conocimiento y decisión, según su real saber y entender. Además, el laudo que pronuncian es generalmente definitivo. Ello no significa en modo alguno, que el árbitro de equidad disponga de absoluta libertad para el ejercicio de su cargo, ya que a de respetar las normas y principios del orden público y ciertas disposiciones imperativas. Hay que cuidarse de caer en el error de negar al arbitraje de equidad su carácter jurídico, pues, como lo hemos sostenido antes, la jurisdicción de los árbitros, aunque éstos sean nombrados por las partes, proviene de la ley y es ésta la que reconoce la eficacia del laudo que ellos pronuncian.

En las legislaciones comparadas podemos encontrar dos sistemas principales sobre el carácter del arbitraje. En el primero se reconoce expresamente la existencia de árbitros de derecho y amigables componedores o árbitros arbitradores. Un segundo grupo de

Estados reconoce un sólo tipo de arbitraje, aunque en algunos la regulación se aproxima más el arbitraje de derecho y en otros a la normativa del arbitraje de equidad.

En algunos países como la República Federal de Alemania, Dinamarca, Finlandia, Austria, los Estado Unidos de Norte América, Uruguay, sólo se reconoce un tipo de arbitraje. En el Japón los árbitros deben pronunciar el laudo de acuerdo con los usos comerciales, la buena fe y la equidad sin someterse a las normas procesales ni a las de derecho sustantivo, pero deben respetar las disposiciones de orden público. Los órganos judiciales no tienen facultad para examinar si los árbitros han aplicado correctamente la ley. En el Ecuador, cuando los árbitros no hubieran sido designados si son de derecho o de equidad, la ley determina que éstos serán de equidad. Además el Art. 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación, sostiene que en el caso de ser árbitros en derecho, éstos deberán ser abogados; en el de equidad los árbitros están exentos de este requisito.

1.3.5. ARBITRAJE AD HOC Y ARBITRAJE ADMINISTRADO.- Según el procedimiento arbitral se distinguen dos tipos de arbitraje: el ad hoc y el institucional o administrado. En el arbitraje ad hoc se hace una nueva subdivisión: a) el arbitraje ad hoc en el marco de las reglas establecidas, y, b) arbitraje ad hoc en sentido estricto.

En el arbitraje institucional o administrado las partes acuden a un centro de arbitraje para que se encargue de la organización del arbitraje en caso de que se produzca una controversia.

En el mundo entero se han establecido numeroso organismos de arbitraje, algunos de carácter general como la Cámara de Comercio Internacional, la CIAC, etc., a los que pueden acudir los comerciantes, cualquiera que sea la rama de comercio en que trafican, mientras que otros tienen carácter particular y se han creado para conocer exclusivamente conflictos que se presentan en determinado sector o rama.

En el arbitraje ad hoc en el marco de las reglas establecidas, las partes se remiten al reglamento de una institución o centro de arbitraje para que regule el desarrollo del arbitraje y se somete en el procedimiento a determinadas reglas como las de la Cámara de Comercio Internacional, las reglas UNCITRAL elaboradas por la Comisión de

Derecho Mercantil de las Naciones Unidas en 1.976, las Reglas de Arbitraje de la Comisión de la ONU para Europa.

En el arbitraje ad hoc en sentido estricto, las partes organizan directamente el arbitraje, fijan su sede, designan los árbitros, estatuyen las reglas de procedimiento, etc., lo que les permite mantener un mejor control de proceso arbitral. En el Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación ha considerado en su Art. 2 que el arbitraje será administrativo o independiente.

1.3.6. ARBITRAJE PÚBLICO Y ARBITRAJE PRIVADO.- Según las partes que interviene en el arbitraje, éste es público y privado. En el primero se resuelven controversias o conflictos entre dos o más Estado. En el arbitraje privado se dirimen divergencias entre personas o entes de derecho privado.

CAPÍTULO II

2.- ELEMENTOS DEL ARBITRAJE

2.1.- CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE.- El arbitraje como un medio de solución alternativa a los conflictos surgidos de las relaciones entre los particulares o entre éstos y el Estado, presenta algunas características que a continuación anotamos:

- **ES PRIVADO.-** El arbitraje tiene su base en la convención de las partes, quienes fijan en el compromiso la materia, el juicio arbitral y los árbitros. De ahí que el origen del arbitraje sea privado, la voluntad de las partes en sustraer la solución de un conflicto de la justicia ordinaria.

Aún que la ley sea la que permite que ciertos conflictos personales (civiles y mercantiles) sean sometidos al arbitraje, ésta no obsta para que sea la voluntad de las partes la que consientan en dicho procedimiento, de ahí que nace su carácter privado.

- **ES CONTRACTUAL.-** Los juristas establecen que el compromiso es un contrato, ya que la manifestación de la voluntad de las partes de someter a arbitraje la solución de un conflicto, ésta debe hacerse mediante un instrumento público o privado, en el cual se determinará la materia que se someterá al arbitraje, la designación de árbitros, sus atribuciones; y, la ejecutabilidad del laudo emitido por árbitros designados.

Todo esto está enunciado en la figura de un contrato, contrato que obliga a las partes a someterse a la decisión que los árbitros establezcan ya sea en base a la equidad o a lo establecido en la norma legal,

- **LICITUD.-** Si bien algunos tratadistas como el italiano Chiovenda manifiesta que: “el arbitraje no es proceso propiamente dicho, ya que no hay la presencia del órgano público y sus facultades se derivan de la voluntad de las partes”¹⁰; la ejecutividad del laudo al que han arribado los árbitros está dado por el Estado mediante el órgano jurisdiccional bajo el concepto de la jurisdicción convencional.

¹⁰ CHIOVENDA, J. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Pág.80

En otras palabras, cuando el Estado admite mediante normas de carácter permisivo que las controversias que surjan entre particulares puedan someterse al fallo de árbitros; acepta que tales particulares ejerzan funciones jurisdiccionales naturalmente dentro de los límites y condiciones que establece la ley. Así, la función jurisdiccional de los árbitros no deriva simplemente de la voluntad de los particulares, sino del reconocimiento que el Estado hace de las facultades jurisdiccionales de los árbitros.

2.2.- Requisitos del Arbitraje.-

- **REQUISITOS DE FORMA.-** El compromiso debe constar por escritura pública o documento judicial reconocido, o por medio de uno o más escritos presentados conjunta o separadamente, firmados y reconocidos ante el Juez o Ministro de Substanciación que interviniere en la causa, cuando el litigio ha estado en conocimiento de la jurisdicción legal y las partes acuerdan acudir al arbitraje. Estas solemnidades se exigen y sustancian.

La cláusula compromisoria, en cambio, puede extenderse en un escrito de carácter privado Art. 5 y 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

La exigencia de la forma escrita, tanto en el compromiso como en la cláusula arbitral, se justifica plenamente, pues, tratándose de un negocio jurídico como el que estamos analizando, que atribuye facultades jurisdiccionales a los particulares, sustrayéndolo al conocimiento y decisión de los órganos estatales ordinarios, no puede quedar librado al puro consentimiento de las partes. La declaración de voluntad de los compromitentes adquiere certeza y seguridad gracias a ese documento. De esta manera, sino existe el instrumento público en el compromiso o el documento privado al tratarse de la cláusula compromisoria, no puede tener lugar el arbitraje.

- **REQUISITOS DE FONDO DEL ARBITRAJE.-** El compromiso arbitral debe cumplir los requisitos de fondo esenciales de todo contrato a saber: capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita.

CAPACIDAD.- El vocablo castellano capacidad proviene de las voces latinas “caput-capitis” que significa “cabeza”. Para los romanos, ser capaz era tener cabeza; llevar bien la cabeza, ser responsable.

En el derecho Civil, la capacidad ha sido contemplada en ángulos diversos que nos llevan a la consideración de la existencia de una capacidad general y de varias capacidades especiales, una capacidad de obrar y una capacidad adquisitiva, etc.

Si la capacidad, de un modo general, es la aptitud jurídica para celebrar todo acto o contrato y para obligarse; así la capacidad para contratar, por ejemplo, es una capacidad especial, como otorgar poder, comparecer en juicio, celebrar contratos en materia mercantil.

En otras palabras, la capacidad de someter una contienda legal a la solución arbitral, sería una capacidad especial, conforme lo determina en sus Arts. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación y 44 numeral 2do del Código Procedimiento Civil. De esta forma es la ley la confiere esa capacidad especial, para que las partes por excepción puedan alejarse del órgano jurisdiccional del Estado, someter sus controversias a la decisión de jueces designados por ellos mismos.

EL CONSENTIMIENTO.- Como el compromiso es un contrato, se requiere el consentimiento libre de los compromitentes. En efecto, el Art. 1461 del Código Civil dispone que para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que consienta en dicho acto o declaración y que su consentimiento no adolezca de vicio, esto es, de error, fuerza o dolo.

Cuando se compromete en virtud de representación convencional, debe constar expresamente en el poder la facultad de comprometer, como así lo dispone el Art.44 del Código Procedimiento Civil que guarda conformidad con los Arts. 2036 inciso segundo y 2045 del Código Civil que dice: “La facultad de transigir no comprende la de comprometer, y viceversa. El mandatario no podrá deferir el juramento decisorio sino a falta de otra prueba”. Y es que el contrato de compromiso en cuanto significa el sometimiento a la jurisdicción convencional, renunciando a la legal, no puede reputarse un acto de simple administración.

Si una de las partes no ha consentido en el compromiso, o si su representante lo ha celebrado sin estar facultado expresamente para ello, el compromiso es ineficaz respecto de los terceros que no consintieron en él. Pero ese compromiso puede ser ratificado por la parte que no consintió inicialmente y desde ese momento surte todos sus efectos. Si no hay ratificación, la persona que no consintió en el compromiso, no puede ser compelido a comparecer ante el Tribunal Arbitral, ni tiene valor contra él la sentencia que dicho tribunal llegue a expedir.

EL OBJETO.- El compromiso debe tener un objeto lícito. El Código Civil en su Art. 1461 contiene las siguientes disposiciones sobre el objeto: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,”

Además, tenemos las siguientes normas del Código Civil: “Art. 1476. Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”. Art. 1477. “No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sin las que se espera que exista; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y estén determinadas, a lo menos en cuanto a su genero”; Art. 1478. “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano. Así, la promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas, es nula por vicio del objeto”.

Ahora bien, el objeto del compromiso está constituido por el sometimiento de una o más controversias determinadas al arbitraje y el deber de designar árbitros para la resolución de tales controversias. El compromiso puede referirse aún a controversias sobre las cuales se ha iniciado ya juicio ante la jurisdicción legal, como lo indica el inciso 4to del Art.5 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

En cuanto a la designación de árbitros, que es también parte del objeto y a los casos del compromiso, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el Art. 4 párrafo 5to y 6to. de la Ley de Arbitraje y Mediación.

CAUSA LÍCITA.- El Código Civil declara que todo acto de declaración de voluntad, debe tener una causa lícita. La causa lícita es “el fin que se persigue con el arbitraje” o en otras palabras, “crear la jurisdicción arbitral”.

Debe tenerse en cuenta lo que disponen los Arts. 1483 del Código Civil “No puede haber obligación sin causa real o lícita, pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente”. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato.

2.3. Cláusula Compromisoria

La doctrina y el derecho positivo universal distinguen claramente el compromiso de la cláusula compromisoria.

Ugo Rocco define el compromiso como “el acuerdo de dos o más sujetos de renunciar al derecho de acción ante los órganos jurisdiccionales del Estado y de encomendar a jueces que no forma parte de la jurisdicción normal (árbitros) la resolución de una controversia actual y la cláusula compromisoria como el contrato en el cual las partes se comprometen simplemente a deferir ante uno o más terceros la resolución de una controversia futura”¹¹

El compromiso es un contrato formal en virtud del cual las partes someten asuntos concretos, ya existentes, a la decisión de jueces árbitros. La sumisión, en este caso, se presenta una vez producido el conflicto. La cláusula arbitral, en cambio, es el convenio en virtud del cual las partes acuerdan que todas o algunas de las controversias que puedan surgir en la ejecución de un contrato o relación jurídica dada, sean resueltas por arbitraje. En otros términos, mientras en el compromiso el objeto de éste debe hallarse perfectamente determinado, en la cláusula compromisoria los conflictos pueden ser sólo determinables. Esto no significa, desde luego, que se contraría la regla del Art.1477 inciso 2do del Código Civil que exige que el objeto de una declaración de voluntad deba

¹¹ ROCCO, Hugo. Arbitraje Comercial. Pág.141-150.

ser determinado, pues, dicho artículo admite la posibilidad de que el objeto sea determinable.

El compromiso y también la cláusula compromisoria dan lugar a dos relaciones jurídicas distintas: una de derecho privado entre las partes que los convienen, en que éstas acuerden someter al arbitraje los conflictos presentes o futuros que se susciten entre ellas y otra de derecho público, en virtud de la cual el Estado atribuye a los árbitros facultades jurisdiccionales.

En el compromiso, las partes fijan la materia del juicio arbitral, designan los árbitros, señalan las normas procesales a que éstos deben ceñir sus actuaciones en el arbitraje de amigable composición, determinan si renuncian o no a los recursos que les concede la ley, etc.

Mediante la cláusula arbitral las partes adoptan el arbitraje como método de solución de controversias que pueden surgir en la ejecución de un contrato y al mismo tiempo renuncian implícitamente a someter los conflictos que pueden surgir en futuro, a la decisión de los jueces y tribunales pertenecientes a la jurisdicción legal. De este modo, si una de las partes demandara ante estos jueces a la otra, por cualquier diferencia que surgiera en la ejecución de un contrato, la otra podrá oponerse a que el asunto sea conocido por aquellos, invocando la cláusula arbitral. Como expresa Alywin, “la cláusula compromisoria provoca una incompetencia absoluta de todos los tribunales comunes para conocer de los asuntos a que se refiere y determina al respecto la jurisdicción privativa de los tribunales arbitrales que oportunamente se designara”¹²

Antes de que se derogue la sección XXX del Código de Procedimiento Civil sobre el juicio de arbitraje, reconoce la validez de la cláusula compromisoria pero le niega fuerza compulsiva por sí misma ya que la subordinaba a la condición de que se formalice en el compromiso, de acuerdo con lo que disponía el inciso 2do del Art. 958, que decía: “La simple enunciación de la fórmula de que serán sometidas a jueces árbitros todas las controversias que pudieran suscitarse con motivo de algún acto o contrato, no surtirá efecto alguno sino sólo desde cuando la controversia se halle en el caso de la primera

¹² AYLWIN, Patricio Derecho Civil. Pág.26

parte del inciso anterior”, o sea que se formalice el compromiso y que éste incluya el texto completo de la demanda, contestación, reconvención y réplicas en que consistan todas las reclamaciones que se sometan al juicio de árbitros.

En la Ley de Arbitraje y Mediación vigente, en su Art. 5, habla del convenio arbitral, pero en cierta forma no cambia el fondo de lo estipulado en la anterior norma derogada. Lo que el Legislador ha hecho es seguir desconociendo la fuerza que conlleva la inclusión de la cláusula compromisoria en todas las relaciones jurídico contractuales o no contractuales susceptible de transacción; mas al tratar sobre la intervención de las personas jurídicas de derecho público, manifiesta que un requisito a cumplir por las autoridades del sector público, es el de haber convenido el arbitraje con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de controversia, sí el convenio arbitral se lo hace una vez surgido la controversia, éste deberá ser consultado al Procurador General del Estado, cuyo dictamen será obligatorio.

Si bien el Legislador trata con esta disposición, el proteger la cosa pública, no es menos cierto que hay discriminación ante las personas naturales y jurídicas de derecho privado.

Al crear una norma jurídica, esta debe ser general en su aplicación a las partes intervinientes; al establecer que el convenio arbitral debe ser pactado con anterioridad al surgimiento del problema, esta disposición debería ser, tanto para las personas naturales como jurídicas de derecho privado y no solo para las entidades del sector público.

La cláusula compromisoria es un pacto no solemne que puede constar en el contrato o relación jurídica principal o acordarse por separado en un instrumento privado. Si bien la cláusula compromisoria puede estar contenida en un instrumento público o privado, lo cual para algunos tratadistas como el Dr. Andrés Aramburo, denotan la poca solemnidad del acto, cabe destacar que una de las solemnidades que exige la mayoría de contratos y así lo estipula nuestro Código Civil, deben celebrarse por escritura pública.

De esta manera, si la cláusula compromisoria está inserta en un contrato cuya elaboración debe ser por escritura pública como una solemnidad sustancial, entonces la cláusula compromisoria también estaría revestida de la solemnidad que el acto requiere para su validez jurídica.

La cláusula compromisoria mira al futuro, impone a las partes la obligación de someter a árbitros las eventuales controversias que surjan de un contrato o relación jurídica, de manera que la determinación de los reclamos se hará recién en la demanda arbitral. Hay superioridad de la cláusula arbitral sobre el compromiso, pues mediante ella las partes ponen de manifiesto su propósito de resolver los conflictos que surjan de la relación contractual establecida entre ellas, por la vía del arbitraje, ya que el compromiso espera a que se suscite la controversia, para recién ahí someterse al arbitraje.

Los efectos de la cláusula compromisoria, en cuanto ella contiene la decisión de someter al arbitraje todas las controversias que surjan de una relación jurídica, no se agotan en un sólo arbitraje, por lo que es posible que se pueda acudir a él tantas veces cuantas sean necesarias hasta que terminen todos los conflictos que puedan derivarse de la relación jurídica dada. O sea mientras en el compromiso se afirma, que estas controversias ya surgidas entre las partes se sometan a decisión de árbitros, en la cláusula compromisoria se dice que, todas las controversias que surjan de esta relación jurídica serán sometidas al arbitraje.

En la cláusula compromisoria no hay sumisión a los árbitros sino a la jurisdicción arbitral, ya que en ella no es necesario incluir los nombres de los árbitros puesto que esa designación se hará cuando surja el problema y se presente la demanda. Además cuando en los contratos se inserta la cláusula compromisoria o se la agrega en un instrumento separado, es frecuente acudir al arbitraje administrado, en el que si las partes no hacen la designación, la efectúa el órgano facultado para ello: Cámaras de Comercio, Cortes de Arbitraje, etc.

El compromiso constituye lo preliminar del juicio arbitral, mientras que la cláusula compromisoria impone el desarrollo posterior de los actos que hagan efectivo el arbitraje.

INDEPENDENCIA DE LA CLAÚSULA ARBITRAL.- En la doctrina y en la jurisprudencia extranjera se ha suscitado la cuestión relativa a los efectos que un contrato nulo puede tener sobre la validez de la cláusula compromisoria incorporada en él o concertada en un acuerdo por separado, dada la íntima vinculación que existe entre

ellos, pues, con frecuencia se ha alegado ante los tribunales, que si el contrato es nulo, lo es también la cláusula compromisoria, ya que ésta es un pacto accesorio y como tal, según el axioma jurídico conocido de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, es también nula. Contra tal punto de vista se ha sostenido que la cuestión relativa a la validez de una cláusula compromisoria es un asunto independiente de la validez del contrato principal, es decir, se reconoce la autonomía de la cláusula arbitral, de tal manera que ni la nulidad del contrato afecta a la validez de la cláusula compromisoria, ni la ineficacia de ésta determina la nulidad de aquél.

Hugo Rocco sostiene que el hecho de que la cláusula compromisoria esté “de ordinario insertada en otro contrato, no significa que, desde el punto de vista jurídico, no represente más que una pura accidentalidad, que en su naturaleza de tal no ejerza influencia alguna; y que, por consiguiente, no tenga ella una fisonomía suya propia, de modo que constituye una figura distinta del contrato.”¹³

En la jurisprudencia de los Estado Unidos de América se sostuvo igual criterio. “Habiéndose celebrado un contrato de compraventa de lana, en que se incluyó la cláusula compromisoria, en virtud de la cual toda controversia que no se refiera al estado o calidad de las mercaderías sería sometida a la AAA, el comprador se opuso al arbitraje, alegando que el contrato se había celebrado con fraude. El tribunal de primera instancia decidió que habiéndose concretado el contrato principal con fraude, la cláusula arbitral carecía de validez. El Tribunal Superior, al revocar el fallo de primera instancia, sostuvo que la cláusula de arbitraje es distinta de las demás disposiciones del contrato y que no se había alegado que la cláusula compromisoria fuera fraudulenta y que ésta estaba concebida en términos lo bastante amplios para abarcar incluso el caso de fraude”.¹⁴

La cláusula compromisoria no constituye un pacto accesorio del negocio jurídico sustancial al que se adjunta, sino una autónoma determinación de voluntad, bien distinta de la causa del contrato al que se une; de ello se sigue que los requisitos esenciales para la validez de la cláusula se confundan con los establecidos para la validez del negocio,

¹³ ROCCO, Hugo. Arbitraje Comercial Pág.145

¹⁴ Revista del Arbitraje No.4 1996. Pág.128-130

sino que deben ser determinados con completa independencia, en relación con la diversa función y al diverso régimen jurídico de ambos negocios.

CONTENIDO DEL ACUERDO ARBITRAL.- Sobre este punto, hay que distinguir entre compromiso y cláusula compromisoria, por una parte y entre arbitraje ad hoc y arbitraje institucional, por otra, Si las partes han celebrado el convenio arbitral, el Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala las estipulaciones concretas que debe contener, algunas de las cuales son esenciales y otras meramente facultativas. Si se trata de cláusula compromisoria, basta que las partes acuerden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que surjan de una determinada relación jurídica y sólo cuando se presente el conflicto, será necesario que en la demanda se exprese la naturaleza de la controversia y la cantidad o cosas que se reclamen, requisito que deberá cumplirse también si el asunto estuviere ya en conocimiento de la jurisdicción legal (Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación).

Si el arbitraje es ad hoc y de amigable composición, las partes deben incluir en el acuerdo estipulaciones sobre las normas que deben aplicar los árbitros, las reglas de procedimiento y otras cuestiones procesales. Si nada conviene sobre estos particulares, pueden tropezar en el desarrollo del arbitraje con serios obstáculos.

Si las partes someten sus diferencias al arbitraje de los tribunales de las Cámaras de Comercio (arbitraje institucional o administrado), el proceso arbitral se realiza de acuerdo con la Ley de Arbitraje y Mediación, instrumento que contempla las normas sobre la demanda, la elección de árbitros, el procedimiento a seguirse, la forma de expedir el laudo, etc.

El Art. 5 y 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que en las escrituras o documentos deben constar los nombres y apellidos de los compromitentes, el texto completo de la demanda, contestación, reconvencción y replicas, etc., los nombres y apellidos de los árbitros que se designen, las facultades que se les otorgue acerca del lugar o lugares en que han de sustanciar la causa, etc., pero las cláusulas que este artículo menciona no tienen todas la misma índole, algunas de ellas son de carácter esencial y necesario, de derecho coactivo, en cuanto no pueden faltar bajo sanción de nulidad del compromiso. Hay otras en cambio que son de carácter dispositivo o

facultativo y que, por lo mismo, pueden faltar, aplicándose en tal supuesto las disposiciones de la ley con carácter supletorio.

Tienen carácter necesario o esencial las siguientes cláusulas:

- a.- El nombre y apellido de los comprometidos;
- b.- El texto completo de la demanda, contestación, reconvencción o replicas en que consistan todas las reclamaciones que se sometan al juicio de árbitros, en el caso que estuviese pendiente la controversia y de no estarlo, aquello en que consista la demanda, excepciones, reconvencción y mutuas replicas;
- c.- Los nombres y apellidos de las personas a quienes se designa para árbitros y de las que hubieren de remplazarlas;
- d.- La mutua promesa de someterse a la decisión arbitral,-
- e.- La fecha del compromiso.

Tienen carácter dispositivo las siguientes cláusulas:

- a.- La determinación de si los árbitros son de derecho o amigables componedores, ya que si las partes nada dicen sobre este punto, se entenderá que los árbitros nombrados procederán como amigables componedores;
- b.- El lugar o lugares en que han de sustanciar y resolver la causa, pues, en silencio de las partes, los árbitros juzgarán y sentenciarán en el lugar en que fue celebrado el compromiso. Cabe anotar que esto tiene gran importancia, pues, las audiencias y las pruebas deben celebrarse en ese lugar; igualmente es importante para la determinación de la competencia de los jueces ordinarios ante quienes se pedirá la ejecución del laudo arbitral y ante quienes se puede plantear los recursos;
- c.- El tiempo en que los árbitros deben proceder y sentenciar, ya que si no lo han fijado las partes, en arbitraje de amigable composición, deberán decidir la causa en el

plazo de ciento cincuenta días a partir de la audiencia de sustanciación y que podrá prorrogarse por un período igual a pedido expreso de las partes o de oficio;

d.- La facultad concedida a los árbitros, cuando fueren dos o más para que puedan proceder los presentes sin los ausentes, de lo contrario deberán concurrir todos para la decisión de la causa y sus incidentes, bajo pena de nulidad;

e.- Las reglas de procedimiento a que se han de someter las partes. Si el arbitraje es de derecho deben sujetarse tanto en el procedimiento como en la expedición del laudo a las disposiciones que establece la Ley de Arbitraje y Mediación. Para los juicios que se desarrollan ante la jurisdicción legal o común según la naturaleza de la acción deducida de conformidad a lo establecido en el Art. 38 de la misma Ley, Las partes deben también, en el arbitraje de amigable composición, sujetarse a las reglas de procedimiento establecidos en los Arts. 41 y 42 de la presente Ley de Arbitraje y Mediación;

f.- La pena en que ha de incurrir el que se resista a la sentencia, si se hubiera pactado alguna;

g.- La renuncia a los recursos legales; y,

h.- Demás cláusulas incorporadas por las partes en el compromiso, con tal de que sean lícitos.

En cuanto al convenio arbitral, en el sistema de la Ley de Arbitraje y Mediación, aquella puede ser general, o sea, comprender todas las controversias que surjan o en un contrato o relación jurídica mercantil o referirse algunas de esas diferencias. Sin embargo, es preferible que la cláusula compromisoria que refiera a todas las controversias que surjan de un contrato, pues esa generalidad es necesaria porque es más fácil adquirir el compromiso al celebrarse el contrato cuando las partes tienen las mejores esperanzas en el regular funcionamiento de la operación, y si hay una diferencia que las enfrente, cada una de las partes verá en ella una garantía de que el negocio se adelantará por caminos de corrección y legalidad.

La Ley de Arbitraje y Mediación no contempla ninguna exigencia con relación al contenido y la forma de la cláusula arbitral, pero si los requisitos que debe reunir la demanda o convenio arbitral y que son:

- a.- El nombre de las partes litigantes y su domicilio o residencia;
- b.- La determinación clara y precisa de la cosa o cosas que se reclaman,
- c.- La cuantía del valor en litigio;
- d.- La relación detallada de las circunstancias del caso y motivos de la reclamación;
- e.- La especificación exacta de las pruebas y comprobantes que presente u ofrece presentar y, en especial, el texto del contrato concertado entre las partes, bien sea en originales o en copias;
- f.- En caso de convenio, una declaración reconociendo la competencia del Tribunal de Arbitraje;
- g.- El mutuo compromiso de las partes de someterse al laudo arbitral; y,
- h.- La designación del domicilio en que el secretario del tribunal efectuará las notificaciones.

2.4. Partes del Arbitraje.-

Al tratar de los requisitos de fondo del convenio arbitral, nos referimos a la capacidad para concertarlos, por que ahora vamos a considerar algunos aspectos nuevos en relación principalmente con los extranjeros y las personas jurídicas.

Según lo prescrito en el Arts. 4 y 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, pueden intervenir en la celebración del compromiso:

a.- Los que puedan comparecer en juicio por sí mismos defendiendo su interés por derecho propio; y,

b.- Los mandatarios con poder especial y los representantes legales de personas naturales (padre, tutor, curador), y los representantes de personas jurídicas (gerentes, presidentes etc.). En estos casos los que actúan en el convenio arbitral comprometen por otro.

El Art. 33 del Código de Procedimiento Civil dispone que no pueden comparecer en juicio como actores ni como demandados, el menor de edad, ni cuantos se hallen bajo tutela o curaduría, a no ser que lo hagan por medio de su representante legal o para defender sus derechos provenientes de contratos que hayan celebrado válidamente sin intervención de representante legal; y las corporaciones y las personas jurídicas, a no ser por representación legal. El Art. 38 del Código de Procedimiento Civil prescribe que son procuradores judiciales los que tienen poder para comparecer en juicio por otro y dispone que sean hábiles para nombrar procuradores los que pueden comparecer a juicio por sí mismo. El Art. 34 y 41 señala quienes no pueden comparecer en juicio, así: los abogados que estén impedidos de ejercer su profesión; los menores y cuantos están o deben estar bajo curaduría; los que hubieren sido declarados tinterillos, según la ley; los secretarios, oficiales mayores y más empleados de los tribunales y juzgados.

El Art. 44 del Código de Procedimiento Civil señala que el procurador judicial debe atenerse a lo establecido y que necesita de cláusula especial para comprometer el pleito en árbitros. El Código de Procedimiento Civil dispone también que la facultad de transigir no comprende la de comprometer o viceversa.

En cuanto a las personas sometidas a tutela o curaduría, el Art. 425 del Código Civil prescribe: “Se necesita asimismo previa decisión judicial para proceder a transacciones o compromisos sobre derechos del pupilo que se evalúen en más de veinte mil sucres y sobre sus bienes raíces; y, en cada caso, la transacción o el fallo del compromisario se someterán a la aprobación judicial, so pena de nulidad.”

Respecto a al cuestión en estudio, el Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que sólo pueden acudir al arbitraje, las personas no pueden transigir judicialmente.

El Art. 2348 del Código Civil conceptúa la transacción como un contrato. En el Art. 2349 se dispone que “no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”. Según el Art. 1462 del mismo cuerpo de leyes, toda persona es legalmente capaz excepto los que la ley declara incapaces. Los incapaces son de dos clases: absolutos y relativos. Son incapaces absolutos los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Son incapaces relativos los menores adultos, los que se halles en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas.

Los extranjeros pueden ser parte del arbitraje ya que nuestro ordenamiento jurídico positivo, consagra la igualdad entre nacionales y extranjeros que se encuentren en territorio ecuatoriano, tendrán los mismos derechos y deberes que los ecuatorianos, de acuerdo con la Constitución, conforme consta en el Art. 9. .

Por lo demás, la Ley de Arbitraje no impide a los extranjeros someter sus controversias al arbitraje.

2.4.1.- Las Personas Jurídicas.-

Las personas jurídicas de derecho privado pueden someter sus controversias al arbitraje sí el contrato social o los estatutos no lo prohíben; si el contrato guarda silencio, se requerirá la autorización de la Junta general.

Es necesario observar que, en el mundo de hoy, los Estados y otras personas jurídicas de Derecho Público participan cada vez más activamente en la vida económica y en el comercio internacional, relacionándose con contratos privados. Esas relaciones jurídicas dan lugar frecuentemente a conflictos que pueden y deben ser resueltos por la vía arbitral ya, que las razones que justifican la aplicación del arbitraje a las relaciones puramente privadas, tienen pura valides doctrinaria y práctica en esa esfera.

Algunos países tales como Grecia, Bélgica, los países bajos, prohíben a las personas jurídicas de Derecho Público someterse al arbitraje privado, salvo casos excepcionales.

Es interesante señalar que aunque la Comisión Europea de Arbitraje de 1.961, en el Art. 11 consagra la norma de que las personas jurídicas de Derecho Público están facultadas para celebrar acuerdos de arbitraje, advierte que, sin embargo que cualquier Estado al firmar o ratificar la convención o adherirse a ella, esta facultado a declarar que limita las facultades antes mencionadas a las condiciones señaladas en su declaración.

Las personas jurídicas de derecho Público pueden someter sus controversias al arbitraje interno regulado por la Ley de Arbitraje y Mediación o por la Ley de Arbitraje Comercial o de las Comisiones Nacionales de la CIAC; pero el gobierno y las entidades públicas que, dentro del territorio nacional, celebren contratos con personas naturales o jurídicas extranjeras, no podrán convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, por así disponerlo el Art. 422 de la Constitución Política vigente que prescribe textualmente: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privas. Se exceptúan los tratados o instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado Ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”.

De la disposición constitucional transcrita se deduce que si el contrato es celebrado fuera del territorio nacional, el Estado y los entes públicos si pueden someterse al arbitraje de organismos extranjeros en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios.

2.4.2. Materia del Arbitraje.-

CONTROVERSIA SUCETIBLES DE ARBITRAJE.- La Ley, en homenaje a la autonomía de la voluntad, permite que las partes sometan sus controversias a la decisión de árbitros, pero esta facultad no es absoluta sino que se somete a determinadas condiciones que tienen que ver con la capacidad de las partes, los requisitos que deben reunir los árbitros, las cuestiones susceptibles del arbitraje, etc.

En términos generales, se reconoce la validez de los acuerdos de arbitraje en la medida en que las partes tengan derecho a adoptar decisiones en relación con una materia objeto del litigio. Esta designación tan amplia eleva al máximo las posibilidades de que los litigios derivados de contratos comerciales sean arbitrables.

“De estas consideraciones se desprende que sólo puede efectuarse un acuerdo de arbitraje válido en aquellas materias que son arbitrables según las leyes vigentes. Por otra parte la mayoría de las legislaciones disponen que el cumplimiento de un laudo extranjero será denegado por razones de orden público, si la materia objeto del litigio no es arbitrable en el País donde se exige la ejecución del laudo. Dado que no existe una lista de las materias que no son arbitrables en las legislaciones de los distintos países, es aconsejable consultar abogados especializados”.¹⁵

El Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, dispone aunque no de manera expresa que pueden decidirse por árbitros sólo las controversias sobre bienes o derecho que, siendo renunciables, puedan transmitirse por acto entre vivos. Esta disposición guarda concordancia con el Art. 11 del Código Civil, que prescribe: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante que no esté prohibida su renuncia”.

De acuerdo con las normas citadas no pueden someterse a arbitraje los asuntos sobre estado civil y capacidad de las personas y, en general, los relativos a derechos de familia, por que ellos están fuera del comercio de los hombres. Tampoco pueden ser sometidos a arbitraje los conflictos individuales de trabajo en razón de que los derechos que el Código Laboral concede a los trabajadores son irrenunciables, ni las cuestiones

¹⁵ Gaceta Judicial. Serie VIII. No.2 Pág.160

que interesen al orden público, a la moral y a las buenas costumbres. Las materias de orden penal no son arbitrales, pero si lo es la indemnización civil derivada del delito.

De lo expuesto se deduce que según el sistema de la Ley de Arbitraje y Mediación quedan fuera del arbitraje sólo las controversias que ocurren en asuntos sobre los cuales la ley civil no permite la transacción (Art. 2351 y siguientes del Código Civil).

En nuestro ordenamiento jurídico, los conflictos relativos a patentes y marcas quedan fuera del arbitraje porque la ley de la materia orgánica organiza una jurisdicción privativa y regula el procedimiento a seguirse.

En la legislación ecuatoriana no es posible someter a arbitraje lo relativo a la nulidad de una compañía o sociedad, por que el laudo arbitral que se dictara podría afectar a terceros, cuyos derechos e intereses se encuentran protegidos por la Ley de Compañías.

Fuera de los casos de excepción antes citados, a las “Transacciones Comerciales” debe dárseles una connotación, más amplia de la que se le da usualmente aplicándola únicamente a la compraventa, que tradicionalmente ha sido el contrato mercantil por excelencia. Hoy día se realizan numerosísimas transacciones internacionales en materia de construcciones, de transportes, de seguros, o por vía Internet, etc. por lo que la Ley de Arbitraje y Mediación, así como las Convenciones firmadas por nuestro País deben ser interpretadas en forma más flexible, a fin de facilitar el uso de ese importante medio de solución de las controversias.

2.5. Aspectos generales de los Árbitros.-

Los árbitros, como indicamos anteriormente, son jueces designados por las partes para la resolución de sus controversias, por la confianza que ellos les merecen. Sus facultades jurisdiccionales derivan de la voluntad de los compromitentes y el reconocimiento de la jurisdicción convencional hace el Art. 18 y 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Los árbitros, sin embargo, no tienen más potestad que la conferida por las partes en el compromiso. Las partes pueden señalar también en el arbitraje de amigable

composición, las normas de procedimiento. Sin embargo, es necesario señalar que en el arbitraje no se presenta la posibilidad de plantear la excepción de incompetencia en razón del territorio o de la cuantía, por que la función arbitral que tiene un carácter excepcionalmente convencional, se pone en marcha para conocer asuntos determinados.

Por otra parte, los árbitros tienen una existencia transitoria ya que al no formar parte de la función judicial, su actividad jurisdiccional termina con la expedición del laudo.

A diferencia de lo que acontece con los jueces de la jurisdicción legal que están dotados de imperium y pueden hacer ejecutar por si mismo sus decisiones, los árbitros carecen de esta potestad, por lo que no pueden ejecutar el laudo.

ÁRBITROS DE DERECHO Y ÁRBITROS ARBITRADORES.- En el sistema arbitral, los árbitros son de derecho o árbitros juris (arbiter en el derecho Romano) o amigables componedores o árbitros arbitradores (arbitrator en el derecho Romano). Los primeros, como apuntamos con antelación, se someten a la substanciación, sentencia y recursos a las normas que la Ley establece para los jueces de la función legal y por tanto deberá respetar las formalidades, términos, etc., que prescribe el inciso tercero del Art. 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación para los juicios que se ventilan ante los jueces de aquella jurisdicción y por ello estos árbitros deben ser necesariamente abogados. Los amigables componedores no se sujetan a normas legales y se guían en la investigación de la verdad y en la expedición de la sentencia únicamente por los dictados de su conciencia o como dicen algunas legislaciones por equidad o según su real saber y entender. La única limitación que tienen los arbitradores es la de sujetarse a las normas que las partes hubieren señalado en el compromiso. Sin embargo, deberán oír a éstas y recibir las pruebas que aporten para justificar sus derechos.

Aunque la expresión amigable componedor pudiera dar a entender que la función de los árbitros arbitradores es la actuar como conciliadores, buscar el avenimiento de las partes sobre las controversias que han surgido entre ellas, la verdad es que, si bien en un primer momento, tratarán de lograr la solución armónica de la controversia, en último término deberán juzgar y sentenciar. Desde luego, el árbitro arbitrador no se limita a reconocer o declarar los derechos que las partes tienen, sino que su sentencia puede

constituir o modificar relaciones jurídicas, pero en ningún caso podrá salirse de los límites trazados en el compromiso.

Según nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, si las partes no hubieran expresado qué especie de árbitros son los nombrados, procederán éstos como amigables componedores y su fallo será en equidad (Art. 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación).

Es evidente que si el objetivo de las partes es lograr una justicia eficaz y rápida, debe preferirse el arbitraje de amigable composición, pues, en el arbitraje de derecho, debiendo los árbitros someterse a las normas legales en cuanto al fondo y a la forma, muy poco se gana realmente acudiendo a este tipo de arbitraje, ya que muchas veces el árbitro se verá forzado a fallar contrariando sus convicciones.

Si bien los árbitros reciben de las partes, en el arbitraje voluntario la facultad de decidir una o más controversias existentes entre ellas, el poder jurisdiccional de que están investidos deriva en última instancia de la Ley. Los árbitros al aceptar el cargo y expedir el laudo no actúan a nombre de las partes sino que proceden como verdaderos jueces.

QUIENES PUEDEN SER ÁRBITROS.- La Ley de Arbitraje y Mediación, si bien en su Art. 3 establece las cualidades requeridas para desempeñar el cargo de árbitro, no es menos cierto que para ser árbitros de derecho deben ser ecuatorianos de nacimiento, poseer el título de Doctor en Jurisprudencia o Abogado en ejercicio de la profesión y hallarse en goce de los derechos de ciudadanía. Para ser árbitro arbitrador es necesario únicamente ser ecuatoriano en ejercicio de los derechos de ciudadanía, es decir que vasta en este caso ser ecuatoriano por naturalización.

Según el Art. 19 de la Ley de Arbitraje y Mediación, no pueden ser árbitros: Las personas que carezcan de capacidad para comparecer por sí mismos en juicio. Además el inciso segundo del artículo antes mencionado habla de las excusas previstas en el Código de Procedimiento Civil, mismas que según el Art. 856 son:

“1) Ser cónyuge o conviviente en unión de hecho o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes o de su representante legal o de su mandatario o de su abogado defensor;

2) Ser acreedor, deudor o garante de alguna de las partes, salvo que lo fuere de las entidades del sector público de las instituciones del sistema financiero, o cooperativas. Habrá lugar a la excusa o recusación establecida en este número solo cuando conste el crédito por documento público o por documento privado reconocido o inscrito con fecha anterior al juicio;

3) Tener él o su cónyuge, o sus parientes dentro de los grados expresados en el numeral primero, juicio con alguna de las partes o haberlo tenido dentro de los dos años precedentes, si el juicio hubiese sido civil, y de los cinco, si hubiese sido penal.

No será motivo de excusa ni recusación la demanda civil o la querrela que no sean anteriores al juicio.

4) Tener interés personal en la causa por tratarse de sus negocios o de su cónyuge, o de sus parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad;

5) Ser asignatario, donatario, empleador, o socio de alguna de las partes;

6) Haber fallado en otra instancia y en el mismo juicio la cuestión que se ventila u otra conexa con ella;

7) Haber intervenido en el juicio, como parte, representante legal, apoderado, defensor, agente del ministerio público, perito o testigo;

8) Haber sido penado, multado o condenado en costas en la causa que conocía, en caso de que la sanción le hubiese impuesto otro juez o tribunal;

9) Haber dado opinión o consejo sobre el juicio que conste por escrito; y,

10) No sustanciar el proceso en el triple del tiempo señalado por la Ley.”

Según el derecho positivo ecuatoriano, la regla general es que todas las personas son capaces para comparecer por sí mismas en juicio. Las excepciones están consagradas en los artículos 33 y 34 del Código de Procedimiento Civil.

El árbitro debe ser imparcial; gozará de absoluta independencia en el desempeño de sus funciones y no estará sometido a orden o disposición alguna que menoscabe su autoridad. Ejercerán el cargo con todo su saber o conciencia, estricta imparcialidad y absoluta discreción. No deberá representar los intereses de ninguna de las partes.

El mismo efecto de garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros, no puede ponerse en comunicación con ninguna de las partes en lo referente al asunto del litigio, en última instancia de la Ley. Los árbitros al aceptar el cargo y expedir el laudo no actúan a nombre de las partes sino que proceden como verdaderos jueces.

NÚMERO DE ARBITROS.- La Ley de Arbitraje y Mediación, en su Art. 16 no exige que se elija un determinado número de árbitros ni impone la obligación de que ese número sea impar, pero si prescribe que en el compromiso o convenio debe indicarse el nombre del árbitro ante quien se propone la demanda arbitral, Art. 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación en concordancia con el Art. 16 inciso séptimo de la misma norma legal, tratándose del arbitraje independiente. Prevé también la Ley que en el supuesto que las partes no hubieren designado el árbitro o árbitros, la designación se hará por sorteo, donde el Director del Centro de Arbitraje, notificará a las partes la fecha y la hora en que llevará a efecto el sorteo ante el Presidente del Centro de Arbitraje, de cuya diligencia se sentará acta, quedando integrado el tribunal.

En la Ley Arbitraje y Mediación, el número de árbitros es de tres, que las partes deben elegir de la lista de árbitros que los directorios de las Cámaras de Comercio de las Capitales de Provincias debidamente organizadas, que deberán durar no más de dos años. Esta disposición limita ciertamente las libertades de elección de las partes, pero esa limitación impuesta por la ley, no da a los tribunales de Arbitraje de las Cámaras de Comercio el carácter de órganos jurisdiccionales preestablecidos, ya que las partes dispones de todos modos de un cierto margen de libertad.

Casi todas las legislaciones consultadas dejan el número de árbitros a la decisión de las partes, pero algunas fijan un número determinado y otra señalan el número de árbitros que han de designar los jueces a los funcionarios de los organismos arbitrales, en el caso de que las partes no hayan convenido el número. Podemos afirmar que, en general, el ordenamiento jurídico de los Estados exige un número impar de árbitros para evitar los empates que pueden paralizar el arbitraje.

SISTEMA DE DESIGNACIÓN DE ARBITROS.- El sistema de designación de árbitros según la Ley de Arbitraje y Mediación es:

El Art. 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación, dispone que en la demanda arbitral deban constar los nombres del centro de Arbitraje o el árbitro designado.

Con la sola designación de árbitros no surge realmente el juicio arbitral, ya que ellos no intervienen ni en el compromiso, ni en la cláusula compromisoria. Por eso el Art. 17 de la Ley de Arbitraje y Mediación expresa que una vez notificados, dentro de tres días, deberán aceptar o no el cargo; el silencio se entenderá por negativa de aceptación.

Al prestar el juramento el árbitro designado no sólo que adquiere la obligación de arbitrar, sino que acepta también las demás circunstancias del compromiso: normas del procedimiento si se trata de un arbitraje de amigable composición, término dentro del cual expedirá el fallo, lugar en que se desarrollara el arbitraje.

El juramento prestado por el árbitro permite que se constituya el órgano arbitral y desde ese momento corre el término para dictar el laudo que fijaron las partes o en silencio de éstas, del señalado por la ley (150 días). Desde la aceptación, el árbitro queda investido de la función jurisdiccional y adquiere derechos y obligaciones, tanto respecto de las partes como del Estado.

Ninguna persona tiene la obligación de aceptar el cargo de árbitro, que puede rehusarse libremente, pero una vez que lo acepta, debe ejercer las atribuciones y cumplir los deberes que le corresponden.

En La Ley de Arbitraje y Mediación, el sistema de designación de árbitros es el que sigue:

1. Designación Directa por la Partes. Las partes deben designar de común acuerdo, en el término de tres días y de la lista de árbitros que les envíe el presidente de la Cámara, los tres árbitros que deben integrar el Tribunal y el alterno. La Ley atiende, pues, para la designación de árbitros, en primer lugar, a la voluntad de las partes, si bien esa libertad no es plena puesto que tienen que elegirlos forzosamente de las listas elaboradas por las Cámaras de Comercio.

2. Nombramiento por Sorteo: Si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios de los miembros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para, lo cual el presidente de la Cámara notificara el día y hora señalado para el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando en esta forma legalmente constituido el Tribunal de Arbitraje (Art. 16, inc. 5to).

Al disponer la Ley que en caso de que las partes no efectúen la designación de uno o más árbitros de común acuerdo se proceda por sorteo, quiso garantizar el cumplimiento de la cláusula compromisoria o del convenio e impedir la tardanza o paralización del arbitraje debido a la renuncia de las partes a designar árbitros.

La Ley de Arbitraje Mediación fija en tres el número de árbitros para facilitar la decisión del Tribunal e impedir el empate que puede convertirse en un semillero de dificultades.

En el derecho comparado se dan disposiciones diversas respecto al papel del tercer árbitro, pues, mientras en algunas legislaciones tiene que adherirse o compartir una de las opiniones vertidas por los árbitros en desacuerdo, como sucede con la legislación Chilena; en otras, como la nuestra, el tercer árbitro se pronuncia como juez único cuando los dos árbitros designados por las partes están en desacuerdo sobre el fondo del litigio. Es lo que se podría llamar el súper árbitro.

En virtud de la aceptación, surge entre las partes y el árbitro una relación jurídica, por la cual el árbitro se obliga a ejercer el cargo y las partes a remunerarlo por sus servicios. A esta aceptación del cargo se llama contrato de compromisario.

La aceptación del cargo de árbitro debe ser expresa. En efecto, el Art. 17 de la Ley de Arbitraje y Mediación dice: “Una vez aceptada la designación, los árbitros serán convocados por el Director del Centro para tomar posesión de sus cargos ante el Presidente del Centro de Arbitraje y procederán a la designación del Presidente del Tribunal y del Secretario de lo cual se sentará la respectiva acta”. Si los árbitros, sean estos de derecho o amigables componedores, no han aceptado el cargo en la forma prescrita por la Ley, el laudo es nulo.

RECUSACIÓN DE LOS ÁRBITROS.- Según el Art. 21 de la Ley de Arbitraje y Mediación, son causas de recusación de los árbitros, las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces ordinarios en su Art. 856. Si actuare en el Tribunal quien estuviere impedido de hacerlo, podrá ser recusado por la parte interesada.

ÓRGANO COMPETENTE PARA CONOCER Y DECIDIR LA RECUSACIÓN.-
PROCEDIMIENTO.- La recusación el arbitraje regulado por Ley de Arbitraje y Mediación, se inicia ante el árbitro recusado solicitándole que se inhíba de conocer el asunto. Si el recusado se inhíbe, termina la jurisdicción del árbitro y caduca el compromiso, siendo el árbitro reemplazado (Art. 20 de la Ley de Arbitraje y Mediación). Si el árbitro no se inhíbe, la parte interesada deberá iniciar el juicio de recusación ante el Director del Centro de Arbitraje que deba dar posesión a los árbitros, en caso no haya sido resuelto por aquellos no comprendidos en la demanda de recusación (Art. 20 de la Ley de Arbitraje y Mediación. La recusación se sustancia en juicio sumarísimo, conforme al procedimiento. Desde que es entablada la recusación comienza a correr la suspensión del término para arbitrar.

El Art. 2, inciso 2do de la Ley de Arbitraje y Mediación expresa; si de hecho o por error actuare en el Tribunal quien estuviere impedido de hacerlo, podrá ser recusado por la parte interesada, debiendo aceptarse dicha recusación, en un término perentorio, por el presidente de la Cámara.

En el caso de que fuere un Tribunal unipersonal, la recusación deberá ser resuelta por el Director del Centro de Arbitraje; y, su reemplazo se dará en la forma prevista en el Art. 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Si no lo hicieren en término de tres días de notificada su designación, podrán ser recusados por una de las partes. Aceptada la excusa o declarada la recusación por el presidente, se procederá a reemplazarlo en la forma establecida en el inciso 2do. del Art. 20 de la Ley, que hace referencia al Art. 16 de la misma, esto es, directamente por las partes, o por sorteo, si éstas no se ponen de acuerdo.

MOMENTO EN QUE PUEDE HACERSE LA RECUSACIÓN.- En el sistema del Código de Procedimiento Civil, en su Art. 856, la recusación sólo procede por motivos que sobrevinieren o que se descubrieren después del compromiso. La Ley de Arbitraje y Mediación, faculta para que la recusación se efectúe en cualquier momento en que se descubra o se conozca la causa de inhabilidad. En el caso de que los árbitros fuesen nombrados por las partes, sólo podrán ser recusados por causas desconocidas al tiempo del nombramiento o sobrevinientes a la designación.

SUSTITUCIÓN DE ÁRBITROS.- Cuando uno o más de los árbitros faltaren por renuncia, recusación, fallecimiento u otra causa, debe procederse a su reemplazo siguiéndose el mismo procedimiento que el de la designación, esto es el comprendido en el Art. 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

FACULTADES DE LOS ÁRBITROS.- Los árbitros tienen el derecho de dirigir el juicio arbitral y de pronunciar el laudo, pero no pueden ejecutar éste, disponer medidas compulsivas. Sus atribuciones vienen determinadas en el compromiso o en la ley. De este modo, si el árbitro se extralimita en sus funciones, debe responder de los daños causados. Son las partes las que en el compromiso, como hemos indicado antes, señalan la controversia o controversias materia del juicio, el tiempo en que deberá expedirse el laudo, el procedimiento al que deben sujetar sus actuaciones los árbitros en el arbitraje de amigable composición, etc. La actividad jurisdiccional de los árbitros esta limitada en la forma que pasamos a exponer:

a) Límites en cuanto a las personas. La jurisdicción de los árbitros está limitada en razón de las personas (*ratione personae*). Esto significa que ella sólo es eficaz respecto de las personas que acordaron el arbitraje.

Es un principio general en materia de convenciones y contratos que éstos obligan únicamente a las partes que lo celebran. Por eso, el acuerdo de arbitraje y la designación de árbitros, sólo vincula a las partes que intervinieron en esos actos.

b) Límites en Cuanto a la Materia. Los árbitros sólo tienen potestad para conocer los asuntos determinados en el compromiso.

El segundo límite a las facultades jurisdiccionales de los árbitros viene dado, pues, por los asuntos o materia sometidos a su decisión. Si el árbitro se excede de las facultades o deberes conferidos por las partes, la sentencia es nula.

Ahora bien, las facultades jurisdiccionales de los árbitros presentan una notoria diferencia con la que poseen los jueces de la jurisdicción legal, pues, mientras éstos no sólo la potestad de juzgar sino también la hacer ejecutar lo juzgado, esto es, de emplear el poder coactivo del Estado para la actuación de la ley, los árbitros, como hemos apuntado antes, carecen de ese poder. Esta diferencia arranca el origen mismo de la jurisdicción, ya que mientras la legal nace directamente del Estado, que está dotado del imperium, la de los árbitros se origina en la voluntad de las partes, que carecen de esa facultad. Esta falta de imperio se manifiesta en varias disposiciones de la Ley Arbitraje y Mediación; así, los árbitros no pueden compeler a los testigos a que comparezcan a declarar ante ellos; si deben practicarse pruebas fuera de la República los exhorto deberán ser dirigidos por los jueces de la jurisdicción legal; la ejecución de las sentencias corresponde a los jueces ordinarios, además que estarán sujetos a las normas de procedimiento establecidas en los Centros de Arbitraje, que según el centro pueden variar, aunque se podrá hacer uso de normas supletorias que sean aplicables.

En otras legislaciones, las sentencias arbitrales sólo tienen fuerza ejecutiva, cuando han sido aprobadas por el Juez Ordinario: Esto es lo que se denomina homologación. El juez ordinario que representa el interés del Estado, concede al laudo valor ejecutivo que

permite exigir coactivamente su cumplimiento. Nuestra ley tiene, pues, la ventaja de dar al laudo arbitral valor ejecutivo, siempre que esté ejecutoriado.

En la Ley actual de Arbitraje, los árbitros pueden dictar medidas cautelares de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil, o las que considere necesarias en cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso. Para la ejecución de éstas medidas, las partes cuando lo estipularen en el convenio, los árbitros solicitaran el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales o administrativos, sin necesidad de recurrir al juez ordinario.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ÁRBITROS.- Código de Procedimiento Civil: Si bien en este cuerpo legal no existe norma expresa sobre la responsabilidad civil de los árbitros, como éstos son jueces, pueden aplicárseles las normas de la sección 31a de dicho cuerpo legal, que se refieren al juicio de daños y perjuicios contra los funcionarios o empleados de la función judicial, en concordancia a lo dispuesto en el Art. 18 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Por fin, el Art. 18 de la Ley dispone que: “Aceptado por los árbitros el cargo de tales, éstos tienen la obligación irrestricta de cumplir las funciones que presente ley les asigna, debiendo responder a las partes, en caso de incumplimiento, por daños y perjuicios que por su omisión les causaren, a menos que se trate de un impedimento justificado.

EXTINCIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LOS ÁRBITROS.- Los casos en que termina la jurisdicción de los árbitros:

- 1.) Por haber terminado el compromiso;
- 2.) Por muerte,
- 3.) Por haber sobrevenido respecto del árbitro o árbitros de cuya jurisdicción se trata la causa de incapacidad determinada en el número 1 del Art 856 de la Código de Procedimiento Civil en concordancia con el Art. 19 inciso 2do de la Ley de Arbitraje y Mediación; y,

- 4) Por recusación declarada o renuncia admitida.

Si bien la actual Ley de Arbitraje y Mediación, no contempla causales de renuncia de los árbitros a sus funciones, y habiendo sido derogada la Sección XV del Título I de la Ley Orgánica de la Función Judicial, se puede entender como causas justas de renuncia al cargo de árbitro, las siguientes:

- a) Por injuria verbal o de obra irrogada por alguna de las partes, después del nombramiento;
- b) Por enfermedad que le impida ejercer el cargo;
- c) Por tener necesidad de ausentarse por más de dos meses;
- d) Por aceptar un cargo incompatible o que no le deje tiempo para contraerse al asunto sometido al arbitraje; y.
- e) Por impedimento legal superveniente.

Por fin, las partes pueden remover a los árbitros, acudir as otros o decidir que la controversia se ventile ante el juez ordinario.

CAPÍTULO III

3.- LA CONCILIACIÓN – NOCIONES GENERALES

3.1.- Definiciones y conceptos de conciliación.-

Etimológicamente, la palabra “conciliatio”¹⁶ proviene del verbo “conciliare”, que significa “concretar”, poner de acuerdo, componer o conformar a dos partes que se debaten en una controversia. Pues visto su significado etimológico y ubicándonos en el ámbito del derecho, para Illeras y nosotros, podemos decir “que es el acto jurídico mediante el cual las partes que afrontan un conflicto de intereses pueden resolverlo por sí mismas mediante un acuerdo satisfactorio para ambas.”¹⁷

En efecto, la conciliación se presenta como una alternativa para la solución de conflictos, y tiene por finalidad la búsqueda de fórmulas de arreglo directo y amistoso, que permitan resolver las causas que sean susceptibles de transacción o consenso particular en forma oportuna, amigable, satisfactoria y definitiva.

De otro lado, cuando una persona desapercibida de todo conocimiento jurídico es indagada sobre el concepto de conciliación, vulgarmente puede opinar que es el acuerdo logrado entre las partes con la ayuda de alguna o algunas personas, que sirvieron de puente a la relación.

De esta última concepción, nos damos cuenta que la conciliación es una forma de arreglo innata en el común de los seres humanos, para la solución de sus desavenencias. Es así que la Ley de Arbitraje y Mediación, en su Título II de la Mediación, Art.43, dice. “La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidos por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.

¹⁶ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Pág.61

¹⁷ ILLERAS SANTOS, María. Aspectos Prácticos de la Conciliación. Pág.1

Con esto nos damos cuenta que el legislador ha querido dotarle al ciudadano común de una alternativa más en la solución de sus conflictos, y ayudar a la desconcentración de la administración de justicia.

3.2.- Su Origen.-

“En Roma, la ley de las XII Tablas daba en uno de sus textos la fuerza obligatoria a lo que convinieran las partes al ir a juicio.”¹⁸

Cicerón, al hablar de las ventajas de la transacción, recomienda la avenencia de los litigantes hasta sacrificar algo del propio derecho, lo cual considera liberal y a veces hasta provechoso.

Suetonio observa que el mejor monumento erigido por los romanos a la memoria de César fue una columna, al pie de la cual el pueblo acudió durante mucho tiempo con sacrificios y votos y a transigir sus controversias.

"En España tuvo su origen como medida general en la Constitución de 1.812, excepto en algunas leyes especiales, principalmente de orden mercantil, como las Ordenanzas de Bilbao, en las que se previene que no se tramite juicio alguno antes de que los cónsules llamen a los interesados y propongan una transacción entre los mismos y hagan lo posible para que esta transacción sea aceptada. Esta disposición fue reproducida en las matriculas de marina respecto de los matriculados o aforados, imponiendo también a las autoridades de marina la obligación de citar a los matriculados o aforados para avenirlos".¹⁹

“También en España, hubo una instrucción dirigida a los corregidores el 15 de Mayo de 1.788 donde se les había ordenado que evitarán, en cuanto de ellos dependiera y les fuera posible los pleitos, procurando la avenencia entre las partes a objeto de compusieran amistosa y voluntariamente, para lo cual deberían hacer uso aquellos

¹⁸ JUNCO VARGAS, José. La Conciliación. Pág.8

¹⁹ JUNCO VARGAS, José. La Conciliación. Pág.8 y 9

funcionarios de la persuasión y no dado por terminado su intento sino después de emplear todos los medios persuasivos cuando encontrasen completamente irreconciliables y muy enconados los ánimos de los litigantes, de suerte que fuese necesario llegar a la vía judicial para que el juez o tribunal resolviesen.”²⁰

Asimismo, la ley del 3 de junio de 1.821, de dicho País, prevenía a dichos alcaldes que debían presidir los juicios llamados de conciliación, trámite indispensable para poder iniciar un juicio, imponiéndose como obligatorio, con cuyo carácter paso a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.855, si bien en ésta dejó de ser juicio y correspondió a los jueces de paz.

En esta Ley de Enjuiciamiento fue regulada de modo que se la impone como obligatoria a las partes antes del conocimiento de un pleito, y el juez municipal y los hombres buenos que pueden intervenir en la conciliación tienen como poder aproximar a las partes con pendientes.

En estos casos, hay quienes opinan que el Estado debe favorecer la conciliación, pero mediante ciertas condiciones como éstas: 1) que sea voluntaria y no obligatoria; y, 2) que el juez conciliador sea distinto del que a de fallar el litigio en caso de promoverse.

En la iglesia: La iglesia siempre ha considerado los pleitos como fruto de las pasiones humanas, peligroso para las fortunas y las familias y contrario al espíritu de paz de caridad y de mansedumbre evangélicas.

Los anteriores puede decirse que son apenas unos precedentes de la institución, pues en su forma actual tuvo su origen en el siglo XVIII y se generalizó con la Revolución Francesa, que la prohió con entusiasmo. Se ha estimado que fueron poderosos en el ánimo revolucionario, para la adopción de la conciliación, los escritos de Voltaire. Por ejemplo, decía éste que en una carta escrita en 1.745: La mejor ley, el más excelente uso, el más útil que yo haya visto jamás, está en Holanda. “Cuando dos hombres quieren pleitear el uno contra el otro, son obligados ante el tribunal de los jueces conciliadores, llamados hacedores de paz. Si las partes llegan con un abogado y un

²⁰ Ibidem

procurador, se hace de pronto retirar a éstos últimos, como se aparta la leña de un fuego que se quiere extinguir. Los pacificadores dicen a las partes: Sois unos locos por querer gastar vuestro dinero en haceros mutuamente infelices; nosotros vamos a arreglaros sin que os cueste nada. Si el furor por pleitear es sobrado fuerte en esos litigantes, se aplaza para otro día, a fin de que el tiempo suavice los síntomas de la enfermedad; en seguida los jueces les envían a buscar una segunda, tercera vez; si su locura es incurable, se les permite litigar, como se abandonan a la amputación de los cirujanos los miembros gangrenado; entonces la justicia hace su obra.”²¹

“La revolución, en efecto, dispuso por medio de la Ley del 24 de Agosto de 1.790 que no se admitiría demanda alguna civil sin previo intento de la conciliación y que a éste no podrían concurrir curiales o apoderados. Posiblemente no fueron benéficos sus resultados, por que al tratar de publicarse en 1.806 el Código de Procedimiento Civil, que fue otro de los de Napoleón, la mayor parte de las Audiencias, el Tribunado y el Consejo de Estado aconsejaron que fuese suprimida, pero no obstante fue conservada la conciliación como obligatoria. Y por decreto de 30 de Octubre de 1.935 se ha tratado de darle mayor eficacia a esa etapa preliminar”.²²

La conciliación no es un instituto jurídico y social ajeno a los sentimientos humanos, sino que, por el contrario, es elemento primordial en el temperamento de las relaciones humanas.

Así, tenemos que el Derecho Canónico, tanto el anterior (Codex de 1.917) como el nuevo (Codex de 1.983), ha regulado el fenómeno de la conciliación, como el deber cristiano que tienen tanto las autoridades o jueces, como los particulares para evitar los litigios. El canon de 1.446, en sus numerales 2 y 3, recoge toda una filosofía antigua que venía practicándose, salida de pasajes bíblicos, como Mateo 18, versículos 15-16, donde ordenaban siempre la procuración de un arreglo amistoso tendiente a evitar la litis o si ya la había, darla por terminada.

Sin lugar a dudas, otra filosofía que hace interesante y al parecer necesaria la conciliación en el derecho y la administración de justicia, es la de vincular

²¹ JUNCO VARGAS, José. La Conciliación. Pág.11

²² *Ibidem* Ob. Cit. Pág.11 y 12

personalmente a las partes al proceso o la diligencia respectiva. En efecto, si se mira este aspecto podemos apreciar que el legislador, en especial en lo civil, con la celebración de la institución de la conciliación, por la obligatoriedad de la asistencia de las partes, ha querido que éstas se enteren de la situación fáctica y jurídica en que se encuentran y que en lo posible expongan su punto de vista personal y escuche a su contraparte, sin la ayuda o intermediación de su apoderado, quien muchas veces por conveniencia, tergiversa algunos aspectos fácticos para que se adecue el caso a un determinado fenómeno jurídico, contrariando la verdad, cosa que no existe en la conciencia del individuo de la parte respectiva. Con esto se da un realce a la misma profesión del derecho y a la administración de justicia, que por el conocimiento previo que la parte tiene de su situación jurídica, no da paso a comentarios cotidianos en los estrados judiciales por parte de abogados y particulares de que una providencia determinada obedece a decisiones judiciales.

Con base en estos escuetos comentarios previos, podemos atrevemos a proferir una definición que puede tenerse de conciliación, así: Es el acto extra-jurídico e instrumento por medio del cual las partes en conflicto, sean éstas naturales o jurídicas, antes de un proceso o en transcurso de éste, someten sus diferencias a un trámite conciliatorio para llegar a un convenio de todo aquello susceptible de transacción y que lo permita la ley, teniendo como intermediario, objetivo e imparcial, la autoridad del juez, otro funcionario o particular debidamente autorizado para ello, quien, previo conocimiento del caso, debe procurar por las fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que se llegue a un acuerdo, el que contiene derechos constituidos y reconocidos como carácter de cosa juzgada.

3.3.- Clasificación de conciliación

Luego de revisar algunos aspectos de la conciliación, veremos algunas clases de ésta técnica alternativa a la justicia ordinaria.

3.3.1.- Por el número de partes.- Será bilateral y plurilateral. Como la conciliación se trata de avenir un arreglo en un conflicto, no puede pensarse en la posibilidad de forma unilateral; es por mera sustracción de materia.

Entonces, en este aspecto serán bilaterales o plurilaterales, según que las partes en el conflicto sean dos o más. El primer evento es la modalidad más usual y corresponde a los conflictos que se puedan presentar con motivo de una relación jurídico-sustancial bilateral, con la aclaración que quedan incluidas tanto las partes unitarias como las que son plurales, como en los litis consorcios obligatorios y facultativos; lo que pasa es que en estos eventos una de las partes esta integrada por varias personas, pero los intereses de todos conforman una unidad. También será bilateral en los casos que haya intervinientes adhesivos o denunciados en el pleito, llamados en garantía o ex officio, caso en el cual se unirán a la parte que corresponda. La conciliación plurilateral es relativamente escasa y se presenta cuando hay más de dos partes en un conflicto, cada una de ellas con intereses propios y autónomos recíprocamente, como sucede en el proceso con la intervención ad excludendum en materia de concordatos, la situación del deudor con sus acreedores (Arts. 5 y 17 Código de Procedimiento Civil).

3.3.2.- Por el resultado.- La conciliación en este punto de vista puede ser total, parcial y fracasada. Si lo primero, es porque el trámite conciliatorio surtió todos sus efectos, dado que los puntos del litigio llegaron en concordancia y convergencia a las partes que motivó el acuerdo o arreglo en todos los temas del conflicto; con esta forma de conciliación se evita el proceso judicial, o si lo hay, pone fin al mismo, como forma “anormal y terminación”. Cuando el conflicto está compuesto por varios aspectos y el trámite conciliatorio no incluye en todos ellos, sino en algunos, y sobre éstos se llega a un acuerdo, se dice que la conciliación es parcial, por lo que se debe entender que entre las partes quedaron rezagos de conflicto, por lo que será objeto de litis, y si la hay continuará el proceso sólo respecto a lo no conciliado. Por último puede suceder muy a menudo, que el esfuerzo seguido por las partes y el conciliador resulte inferior a las circunstancias en controversia, de tal manera que las partes no tienen ningún ánimo de arreglo o porque las posiciones son tan adversas que sólo debe decidir la autoridad; es cuando nos encontramos con la conciliación fracasada, quedando las partes en situación de acudir a proceso o si lo hay, continuar con el trámite respectivo.

3.3.3.- Por el momento de celebración.- Puede ser extra procesal, preprocesal y procesal. En el primer caso, la conciliación se celebra con el único fin de no recurrir a un litigio o juicio, por lo que las partes recurren a una autoridad o conciliador privado, autorizados para ello a fin de someter a arreglo privado, sin que la ley lo exija, sino por directa voluntad de los antagonistas; si llegarán a un acuerdo, éste tendría el mismo valor que una decisión de un juez, vale decir de, una providencia judicial, y que podrían en consecuencia, hacerla cumplir coactivamente ante una autoridad judicial en el evento de que una parte incumpliera lo acordado. En el segundo aspecto, se recurre al trámite conciliatorio sin que exista proceso todavía, para cumplir con un requisito o presupuesto que la ley exige antes del proceso para luego sí instaurar la demanda respectiva. En el caso de los conflictos ordinarios en laboral. La tercera clase, que es la conciliación procesal, se presenta dentro del trámite del litigio, por disposición legal, para todos los procesos, excepto los que taxativamente se prohíban como trámite obligatorio o facultativo del mismo juez o solicitud de las partes.

3.3.4.- Por iniciativa.- Desde este punto de vista la conciliación puede ser obligatoria y facultativa. Es obligatoria cuando la ley expresamente consagra que el trámite conciliatorio debe darse, bien sea antes del proceso como en materia laboral; o en cualquier etapa del proceso, antes de dictarse sentencia de primera instancia y no se haya intentado extrajudicialmente antes del proceso. Es facultativa la conciliación cuando proviene a solicitud de una o ambas partes, aunque ya se haya tramitado conciliación antes del proceso, o cuando se hace antes del proceso, pero sin que la ley así lo exija, si no que sale de pura iniciativa de una de las partes, de las partes o por disposición del juez.

3.3.5.- Por su naturaleza.- La conciliación es judicial o para fines judiciales y privada. En cuanto a lo primero, se presenta cuando la ley exige el trámite de la conciliación en los procesos previamente establecidos o como requisito previo, y será privada cuando las partes en controversia, de acuerdo con la naturaleza del conflicto resuelven recurrir a la conciliación ante instituciones expertas en la materia. Es el caso de los comerciantes,

quienes en sus controversias deciden concurrir a la cámara de comercio o asociaciones expertas en la materia o cuando particulares recurren a los centros de conciliadores, a los conciliadores en equidad que se constituyen, a fin de que ante éstos diriman sus diferencias.

3.3.6.- Por su aprobación.- Así, la conciliación puede ser válida e inválida. Por lo primero, hay que decidir que en casi todas las ramas del derecho las normas que regulan la materia han establecido la exigibilidad de que, la autoridad que conozca del caso, bien sea que la conciliación se celebre ante el mismo juez o funcionario o ante un conciliador privado, el acuerdo a que lleguen las partes, éste expuesto a una convalidación, homologación o aprobación del juez competente, quien por providencia respectiva declarará que el acuerdo está ajustado a derecho y con él no salen lesionados algunas de las partes, terceros o ésta no contiene colusión o fraude. Si el acuerdo se ajusta a toda licitud se dice que la conciliación es válida y así se declarará. Por el contrario, sino se ajusta a principios de licitud, esto es contrario a la ley y las buenas costumbres, la conciliación debe declararse inválida por el juez o funcionario competente.

3.3.7.- Por su contenido jurídico.- Así, el instituto en comento sería en derecho y en equidad. Esta clasificación no es muy clara y técnica, pero podemos decir que cuando la ley regula las características de quienes participan como conciliadores, ha exigido determinadas cualidades y calidades a los conciliadores, pues de ellas depende la decisión o acuerdo que se tome o a que se llegue. Entonces, cuando es el juez o una entidad legal o funcionario, lo mismo que en los centros de conciliación que se formen, los conciliadores serán abogados titulados o de reconocida honorabilidad, calidad o imparcialidad que procure que el acuerdo al que se ha llegado contenga los elementos técnicos y jurídicos precisos para que produzca los efectos deseados. Por el contrario, cuando el conciliador sea de los llamados de equidad, dada la personalidad de éste, no se hace tan exigible la técnica y contenido preciso de los términos del acuerdo llegado, basta que tenga una estipulación de un derecho o situación jurídica que decidan las partes y la forma de su cumplimiento. De otro lado, esta clasificación puede entenderse cuando el caso se resolvió con la adecuación previa en una norma o normas legales

establecidas, caso en el cual será en derecho, pero si no hay norma aplicable al caso o el caso sólo se soluciona con reglas de la experiencia, sin la exigibilidad en especial, que a su vez será en “conciencia”, entonces se dice que la conciliación es en equidad. Creemos que ninguna otra aceptación se puede desprender de la expresión legal de “equidad”.

DOCTRINARIA.- Doctrinariamente se ha dicho que hay conciliación “Epistolar e inmediata”. En cuanto a la primera se da más a nivel internacional y consiste en que una de las partes procede a enviar a los centros de arbitraje o conciliación internacional y/o de comercio, un libelo demandatorio o una mera petición, que contiene la invitación o llamamiento a arreglo bajo ciertas condiciones y con respecto a una o varias personas. El conciliador comunica a la parte requerida y en circunstancias muy especiales convocara a una reunión, de lo contrario el trámite siempre será mediante comunicación escrita entre el conciliador y las partes.

La segunda parte, esto es la inmediata, la suelen llamar también activa o directa, es la más usual y que se practica legalmente, es ágil en su práctica, pues las partes se enfrentan ante el tercero o conciliador, hacen las ofertas y contra ofertas en forma directa inmediata, de donde se desprende rápidamente la existencia de ánimo o desánimo conciliatorio, para así propender al arreglo pretendido o de lo contrario recurrir a la litis. Esta forma es más práctica por la ausencia de dilación, aprovecha todas las ventajas y calidades del conciliador.

3.4.- Clases de conciliadores.-

Como se trata de un estudio sobre la conciliación, para ello debemos conceptuar en primer lugar al sujeto de conciliación, que guía y orienta el proceso como elemento íntimamente relacionado con la institución, sus distintas concepciones, su clasificación, su trámite y demás aspectos.

Para poder analizar a la persona del conciliador necesariamente debemos utilizar algunos conceptos, dado que la conciliación es un fenómeno que contiene muchos aspectos distintos a los jurídicos y que por eso se ha catalogado como una institución

compleja, y como tal, quien la preside debe tener unas cualidades especiales que inspire confianza y contenga un perfil propio, que logre acercar a las partes en conflicto.

Básicamente conciliador es un tercero distinto a las partes en litigio o en conflicto, conocedor amplio de la situación controvertida, que está dotado de calidades, para proponer fórmulas de acuerdos, que es el fin primordial de sus funciones.

Para que se pueda alcanzar el perfil perfecto de conciliador que nos interesa, es menester anunciar las características que éste debe tener para el éxito de su función y del proceso de la conciliación. Para Junco Vargas, el conciliador debería tener las siguientes características:

“a. **DEBE SER IMPARCIAL.**- Con esto se entiende que en todas las etapas de la conciliación debe desplegar un comportamiento de comunicación igual con cada una de las partes en litigio; debe entonces guardar la neutralidad requerida para que infunda la confianza en las partes y morigere las posiciones, neutralidad que deben sentir los litigantes.

b. **ES UN TERCERO.**- Por lo que el conciliador es totalmente ajeno a los intereses de cada una de las partes en pleito, no guarda ninguna relación, siquiera remota, con las partes, no sólo en el aspecto jurídico (relación sustancial), sino en el sentimental.

c. **DEBE CONOCER EL CONFLICTO.**- El conciliador debe enterarse, antes del encuentro con los litigantes, de la situación de controversia, identificar el centro del conflicto, el querer de cada parte y las posiciones asumidas; si ya nos encontramos en un pleito, conocer los fundamentos de hecho de las pretensiones y la contestación de la demanda y los elementos probatorios presentados, para que, con todo ello, pueda proponer fórmulas de arreglo.

d. **DEBE SER ORIENTADOR Y DIRIGENTE.**- El conciliador, a más de ser el sujeto que preside la audiencia, debe indicar los distintos caminos o vías que pueden utilizar los litigantes para poder llegar al punto de convergencia que se pretende. Muchas veces el conciliador debe educar, enseñar e informar a los contendientes de su

ubicación jurídica o su posición personal en el conflicto, orientar las decisiones, sin que caigan en situaciones de influencia o dominación.

e. **DEBE SER ATENTO.**- De tal manera que implica manejar la relación empezando con el buen manejo de la “comunicación” que exista en la reunión, tanto la verbal como la no verbal. Para ello debe saber escuchar, saber recibir los distintos tipos de comunicación y comprender las razones dadas.

f. **DEBE SER EXPERTO.**- Esta característica comprende dos aspectos:

Primero, debe tener la suficiente experiencia en el manejo de las relaciones interpersonales, la cual se adquiere no sólo con los estudios que realice al respecto, sino con las vivencias o conocimiento de ellas, en los distintos ámbitos de la actividad humana; en otras palabras, constituye la persuasión racional. En segundo lugar, el conciliador debe tener unos conocimientos previos de la técnica de manejo de un determinado tipo de conflicto, para que no llegue a la audiencia a aprender del conflicto, sino que les aporte a las partes sus conocimientos, tanto del caso mismo como de situaciones semejantes, debe ser capaz de conocer la materia, los negocios y las relaciones similares a los que son objeto del conflicto que media.

g. **DEBE CONOCER A LAS PARTES.**- Conocimiento no sólo de su personalidad, sino de su entorno, tanto social como de actividades económicas, de tal manera que en el transcurso del proceso conciliatorio lo oriente y además proponga las fórmulas que más se acerquen al querer y a la personalidad respectiva. Desde luego que no se requiere un estudio profundo de la situación de cada litigante, sino que debe tener capacidad de captación, en el transcurso de la audiencia, de las personas que esta tratando.

h. **RESPETABLE.**- En la medida en que el conciliador despierte en las partes capacidad y honorabilidad, en esa misma medida éstas atenderán sus insinuaciones o sugerencias. Despertará confianza en las partes, por la misma personalidad del conciliador, el respeto que éste tenga de los litigantes y la comprensión que les difiera.”²³

²³ JUNCO VARGAS, José. La Conciliación.

Una vez revisadas las cualidades que debe tener un conciliador, podremos ahora dar una acertada clasificación de los conciliadores.

POR LA NATURALEZA.- De acuerdo con la naturaleza de la controversia, genéricamente se pueden agrupar en dos, como son:

Los conciliadores oficiales y los conciliadores privados; unos y otros están regulados por la Ley y tienen visos y calidades incluso de administradores de justicia. Consideramos que los dos grupos deben reunir las características y las cualidades que anotamos anteriormente, más los otros requisitos que la clase de área del derecho exija para tal función, o que la disciplina respectiva requiera. Debemos agregar que cualquiera sea la clase de conciliador que intervenga en el acto conciliatorio, debe estar legalmente constituido para que de esta manera la figura contenga todos los visos de eficacia entre las partes que intervienen.

CONCILIADORES OFICIALES.- Entiéndase por éstos, los que actúan en el proceso de conciliación en ejercicio de sus funciones, dado el organismo oficial a que pertenecen y sin que sean parte en el conflicto. Estos conciliadores están constituidos por la misma naturaleza de la función o por que la ley o los estatutos les atribuyen funciones conciliadoras. Estos conciliadores, que los hemos denominado oficiales, son:

EL DEFENSOR DE FAMILIA.- Los defensores de familia, son conciliadores, para que ante ellos se celebre audiencia de conciliación antes de iniciarse el proceso o durante el transcurso de éste, en aquellos procesos que taxativamente se encuentren autorizados por la ley.

EL FISCAL.- Como Agente del Ministerio Público ante las entidades o entes territoriales y organismos descentralizados del Estado, y de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso, será el competente para conocer del trámite conciliatorio, bien sea antes de la vía gubernativa, durante ésta, antes de la vía jurisdiccional o durante ésta, a petición de parte o de la autoridad respectiva.

No obstante, la ley, en forma especial, puede crear entidades oficiales que participen en el proceso conciliatorio, distintas a las ya mencionadas, que es lo ideal y que se dediquen a esta función, como idea para desjudicializar la soluciones de los conflictos.

EL JUEZ.- Dentro de los procesos establecidos por las leyes pertinentes.

CONCILIADORES PRIVADOS.- Dejar en manos de personas privadas la función de conciliador, tal vez por circunstancias lógicas, ya que las calidades personales, que sobre ellos se extiende y se publicitar la Ley de la materia, existente, a fin de que se dé paso a este tipo de conciliadores, en pro de la solución de conflictos. Para tal permiso o autorización, se requerirá de un control por parte del Estado, que vele por la institución y figura del conciliador.

Hay que tener mucho cuidado, que la conciliación caiga en el arbitrio de personas cualesquiera; se requerirá que estas posean cualidades de reconocida honorabilidad, sapiencia e imparcialidad y un alto sentido de justicia, de tal manera que con ello su labor conciliadora tenga la eficacia que se pretende en la solución de conflictos y se le dé realce a la figura de la conciliación.

CONCILIADORES DE EQUIDAD.- Como se considera que en algunos lugares no es posible la existencia de centros de conciliación de categoría, la ley debería prever, que se nombrase conciliadores de equidad. Estos conciliadores podrían ser nombrados por las Cortes Distritales, provenientes de listas de los respectivos municipios, o grupos cívicos del lugar. (Art. 52, 59 y 64 de la Ley de Arbitraje y Mediación)

Dichos conciliadores ejercerán sus funciones teniendo en cuenta su responsabilidad, eficacia, conocimientos, honestidad y dotes de equidad, y en atención a ese reconocimiento, serán nombrados como tales, sin percibir remuneración alguna.

CONCILIADORES UNITARIOS.- Bien sea que en el acto conciliatorio intervenga un conciliador oficial o privado, que ya hemos visto, siempre debe entenderse que es unitario. En efecto, bien sea el juez, los demás organismos oficiales o los centros de conciliación, el conciliador será una persona natural, única que dirija la audiencia. Si se tratará de un conciliador privado, como el centro de conciliación, éste actúa como ente u

organismo, por intermedio de uno de sus miembros adscritos, la responsabilidad del conciliábulo corre a cargo del centro y éste avalará o sancionará la labor de su miembro.

CONCILIADOR JUEZ.- Analizando las clases de conciliadores que enunciamos anteriormente, nos damos cuenta que el legislador desde un principio le ha encomendado al juez la misión de conciliador, como una de las formas de solución de los conflictos, en forma “anormal”.

Para algunos, se trata de imponerle una tarea más a la labor de judicatura, como si no tuviera bastante con los millares de procesos que tienen que atender los juzgados civiles.

El juez, debe reunir todos los requisitos del conciliador que ya vimos y que la doctrina lo asigna; a más de conciliador, el juez es el representante del Estado en su función jurisdiccional, de tal manera que en el acto conciliatorio está en juego la credibilidad que la sociedad le tenga al administrador de justicia. Fuera de esto, la ley le ha impuesto la obligación de proponer una fórmula de arreglo, como sí en los conflictos sometidos a litigio existiera siempre esa fórmula de arreglo.

Darle al juez la labor de conciliador al mismo tiempo es propio de un legislador falto de conocimiento jurídico, que lo hace a espaldas de la situación de la rama jurisdiccional, donde no existe la capacidad requerida para esa función, las instalaciones apropiadas y necesarias, ni los mecanismos o instrumentos propios para la conciliación.

En esencia, no es que sea para la administración de justicia una carga pesada el trámite conciliatorio, es que no se cuenta con los medios adecuados para que el juez ejerza la labor de conciliador. Tampoco se cuenta con los medios de capacitación de nuestros jueces para que estos sean el ejemplo de los verdaderos conciliadores y sirvan de base para las demás clases de conciliadores.

3.5.- Etapas del proceso conciliatorio.-

Una vez vistas las condiciones del conciliador, se debe tener en cuenta en que consiste la situación del conflicto, en otras palabras, conocer a fondo la causa del rompimiento

de la relación de equilibrio entre las partes o lo que es lo mismo, el contenido u objeto de conciliación. Es que pese al profesionalismo, experiencia o habilidades que tenga el conciliador, no podrá hacer una buena labor sino conoce el tema de conciliación y eso se da atendiendo a la comunicación verbal que hasta el momento del proceso ya tiene. El conciliador debe enterarse de las posiciones de las partes, los intereses que las animan, en todos los campos (económicos, sentimentales, etc.), la personalidad y demás circunstancias que identifiquen a cada uno de los conflictuantes. Esto se logra definiendo el contexto y la relación, para así llegar a lo que se ha denominado en este punto como el contenido o definición del conflicto. Entonces, si el conciliador se encuentra en esta circunstancia, fácilmente puede desarrollar todas sus habilidades características y, por ende, cumplir con los deberes y sugerencias dadas anteriormente.

Para ello debemos advertir que el manejo de la situación en la práctica contiene una serie de pasos que cumplir, los que deben estar dirigidos por el conciliador de turno y que en la medida del éxito, agilidad en su práctica y evacuación, poniendo el conciliador los elementos antes vistos, se llegará al acuerdo deseado. Estos pasos para Junco Vargas son:

“CONTACTO.- Es la introducción del proceso conciliatorio, que comprende el encuentro de las partes y la atención que el conciliador les debe profesar, dando desarrollo a la “empatía”, que consiste en la habilidad que debe tener el conciliador para despertar en las partes la sensación de apertura que se tiene para entender la situación de conflicto que presenta cada parte; en otros términos, es desplegar una actitud ante las partes, de cordialidad, seguridad y neutralidad que inspire la confianza en las partes, a fin de emprender el proceso, manejando y utilizando las circunstancias de la comunicación verbal y no verbal.”²⁴

DEFINICIÓN DE CONTEXTO.- Se ha entendido como contexto aquellas circunstancias que rodean la situación en la que nos encontramos. Definir el contexto es hallar y definir características, tiempo, lugar, móviles del encuentro (motivo de las partes), ventajas de una posible conciliación y, sobre todo, los efectos que puedan producirse.

²⁴ *Ibíd*em

DEFINICIÓN DEL PROBLEMA O CONFLICTO.- Esta etapa o momento consideramos álgida en el proceso pues de su buen entendimiento y manejo podrán lograrse los propósitos de la conciliación. Lo importante en esta etapa es la identificación plena del conflicto, identificación que está no solo en la persona del conciliador (quien más la debe identificar), sino en la persona de las partes. Aquí, cada parte tiene la oportunidad de expresar, su posición, dar su punto de vista; el conciliador, e incluso las mismas partes, deberán indagar, preguntar, aclarar, observar, entender, explicar circunstancias y comunicaciones, para de esta manera precisar posiciones de las partes, con el propósito de identificar puntos de conflicto especiales que unidos den un entendimiento del problema en general.

Si se tiene lo anterior, ya hemos logrado determinar los elementos precisos que nos lleven a un posible acuerdo, identificando los puntos posibles de ser conciliables y no conciliables. El conciliador en esta etapa debe tener ya las herramientas precisas para una etapa posterior de negociación, por lo que ya debe tener presente: las partes y su personalidad; las posiciones y posturas; los puntos básicos que originaron el conflicto y los que pueden ser susceptibles de acuerdo a los que lo separan; los intereses; con el último aspecto y es que en el final de esta etapa se debe intentar a romper los puntos de disentimiento entre las partes.

INTERACCIÓN.- Como en el proceso conciliatorio existe todo un sistema sincronizado, ya en esta etapa debe entenderse que existen distintas interrelaciones. En esta materia, “relación” es el sujeto al cual nos dirigimos; ya en la conciliación debe suponerse que hay contacto directo entre todos los sujetos, dadas las anteriores etapas. La comunicación que cada parte expresa (verbal o no verbal) respecto a la otra, crea una interrelación entre las partes y entre éstas y el conciliador, que unida a ciertas conductas de los sujetos del proceso conciliatorio nos da lo que se ha denominado “interacción”. En esta etapa comienza la negociación la que por técnica y conveniencia de comenzar entre las partes, deberán expresar y sugerir propuestas de solución. El conciliador ordenará, explicará, comprenderá, orientará, valorará o interpretará las posturas y las fórmulas propuestas e inducirá a la comunicación hacia una convergencia, si por el contrario las partes hacen propuestas “duras”, debe tratar de introducirle los ingredientes de “ablandamiento”, que las partes comprendan los elementos que ya tienen y sus

posibilidades; si por el contexto o las relaciones no se pusiere ninguna formula, es deber del conciliador proceder a hacerlo, jugando papel primordial sus habilidades anotadas anteriormente y las características generales y particulares del tercero, imparcial y objetivo, en el proceso. En este momento el conciliador tomará una porción de interés de cada una de las partes y las fundirá en una unidad, sacando las propuestas de sondeo o las definitivas, según la definición del conflicto que se tenga.

PROPUESTA DE SOLUCIÓN.- Sopesando la situación en que se encuentra la etapa interactiva, bien sea por la iniciativa de las partes o por el conciliador puede tomarse las posiciones e intereses de las partes y lanzar una formula de solución o arreglo. Aquí el conciliador puede, según el estado de las partes, empezar a explicar y convencer sobre las consecuencias y alcances de la conciliación o no conciliación. Desde luego que aquí juega mucho la experiencia del tercero para explicar la situación en que se encuentran las ventajas de terminar o continuar en la controversia, los remedios que tienen al alcance y para los conflictos a que pueden someterse.

CIERRE.- Dadas las etapas anteriores, ya nos encontrarnos en situaciones claras entre las partes, de si la interrelación produjo efectos positivos y de los argumentos precisos de acuerdo. Ya deben estar claros los alcances, los términos, las contraprestaciones, los compromisos adquiridos. Ahora estos pueden ser tales que den al traste con el conflicto, que deparen las soluciones y acuerdos perseguidos, caso en el cual se dirá que ha habido solución o acuerdo. Pero es posible que haya habido en la interacción acuerdo sobre algunos puntos, quedando otros en el estado de “duros”, caso en el cual se dirá que la conciliación es parcial, pues el acuerdo sólo versa o recae sobre algunos puntos de la situación de conflicto. Por el contrario se puede pensar que el conciliador se presento con posiciones y relaciones duras que no permitieron la solución esperada o el punto de convergencia o acuerdo perseguido, caso en el cual se cerrará la sesión.

Desde el punto de vista técnico, cuando se llegue a conciliar, bien sea en forma total o parcial, en esta última etapa lo importante son los resultados, la forma de expresión de éstos, el detalle de los puntos de acuerdo o de desacuerdo. Nosotros agregaríamos que en esta última etapa es importante establecer claramente los resultados obtenidos y determinar con claridad todas las circunstancias que rodearon el proceso, haya o no haya conciliación, total o parcial, toda vez, aun cuando no haya acuerdo alguno, las

estipulaciones y expresiones pueden servir de antecedentes, e incluso de medios idóneos para un juicio.

Por otra parte, la conciliación señalada, tiene unas características particulares que además de lo anterior exige un tratamiento especial en cuanto al buen manejo y aplicación que se haga de las técnicas propias del trámite conciliatorio. En este sentido, vemos que hay que tener en cuenta que la conciliación tiene un propósito claro y preciso. Las partes ayudadas por una tercera persona, llamada conciliador; cumpliendo con todos los requisitos de fondo y de forma, llegan a un acuerdo amistoso y benéfico para ambas partes, que evita que éstas acudan a la justicia ordinaria.

Esto significa que la conciliación extrajudicial debe tener un carácter constitucional, es decir, que debería estar regulada por leyes que la revistan de eficacia jurídica. En segundo lugar, que la conciliación es un medio al cual todas las personas que tengan la voluntad y el ánimo de conciliar sus diferencias pueden acudir libremente. En tercer lugar, que la conciliación es eficiente, por cuanto las personas envueltas en un conflicto tienen facilidad de acceso al trámite conciliatorio; éste es ágil y barato.

Más aún permite a las partes que sean ellas mismas los artífices del acuerdo, por cuanto son ellas mismas quienes escogen las fórmulas o los mecanismos adecuados en procura de solucionar su conflicto.

CAPÍTULO IV

4.- ASPECTOS PROCESALES DE LA CONCILIACIÓN

4.1.- Características jurídicas de la conciliación.-

En comentarios anteriores hemos venido dando algunos pasos en la estructuración de la conciliación y habiéndose analizado, se dirá que la conciliación es un acto jurídico de naturaleza compleja, por cuanto para su convocatoria y la celebración misma participan sujetos, tanto los contendientes o litigantes como terceros y éstos últimos, dada la autoridad o funciones, actúan en calidad de mediadores o conciliadores. La conciliación es un acto emanado de la naturaleza de las contravenciones, al participar varios sujetos, sin que se encuadre dentro de la categoría misma del contrato; infiérase por eso que con este acto se pueden extinguir obligaciones, modificarlas o crearlas, ya que el acuerdo a que se llegue tiende precisamente a esa finalidad. Entonces sin descuidar el concepto y la comprensión de que la conciliación está llena de partes o elementos procesales, también encontramos que hay muchos elementos substanciales, como los que se hallan en un acto jurídico donde hay relaciones jurídicas y coyunturales, que por regla general extinguen obligaciones, pero que también las pueden crear, modificar o novar; así tenemos que la conciliación es:

ES SOLEMNE.- Para que la conciliación nazca a la vida jurídica se requiere cumplir un trámite que se ha denominado conciliatorio, que una vez agotado éste, encontramos cumplidas las exigencias que establece la ley para que surta todos los efectos.

La conciliación surte efectos jurídicos siempre y cuando conste en un documento especial y sea convalidado expresamente. Por eso se dice que la mera voluntad de las partes no es factor suficiente para que se pueda hablar de conciliación. Se requiere que

haya actuado un tercero como mediador, llamado conciliador, y que todo lo que se diga o haga se celebre en una audiencia, la misma que será recogida en un documento llamado acta, la que deberán firmar o rubricar las partes que en ella hayan intervenido como así lo manifiesta el Art. 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación; cuando se celebre dentro de un proceso, que con posterioridad a la declaratoria del acuerdo por las partes, aparezca un auto que apruebe el mismo. Entonces, ese documento en el que se contienen los términos del acuerdo, junto con los demás actos, en conjunto, constituyen requisitos legales imprescindibles, so pena de ineficacia procesal de lo actuado. Además, para que ello se llegue, se requiere que previamente existan otros actos que conforman el trámite conciliatorio, razón más para que se concluya que la conciliación es un acto jurídico eminentemente solemne.

Esta solemnidad debe darse así lo dispone la Ley de Arbitraje y Mediación en sus Arts. 45, 46, 47 y 48, aunque la conciliación se lleve a cabo ante un conciliador privado y antes del proceso, casos en los cuales, de todas maneras, tendrán que haber un trámite conciliatorio, un acta, una manifestación expresa de las partes y una aquiescencia por parte del conciliador de que se trate. La ausencia de tales formalidades hará inexistente el acto o cuando menos ineficaz.

ES BILATERAL.- Como en la conciliación existe un previo debate entre las mismas partes y el conciliador (interacción), en ese transcurso de comunicaciones, las partes tienen la oportunidad de establecer sus posiciones que le interesan a cada una de ellas. De tal manera que la regla general es que la conciliación es generadora de obligaciones recíprocas para cada una de las partes en conflicto, ya que precisamente la imposición de contraprestaciones constituye el motivo ontológico del acuerdo o arreglo. Pero esto no quiere decir que en la conciliación siempre tiene que haber equilibrio de contraprestaciones.

Se dan casos en que una de las partes cede mayor terreno de intereses que la otra por razones de distinta índole. Pero en la conciliación existe una excepción a esta característica de la bilateralidad y es que puede presentarse el evento en que sólo una de las partes cede todas sus pretensiones en el conflicto o litigio, presentándose el fenómeno del reconocimiento integral y que en procesal podría identificarse con el

allanamiento o con el desistimiento, pero sin confundirse con ellos; en este caso se dice que la conciliación es unilateral.

ES ONEROSA.- Se dice que en la conciliación ambas partes pretenden una obtención de resultados a sus intereses y para su patrimonio una utilidad, donde en la mayoría de los casos las dos partes o las partes se gravan recíprocamente. La excepción esta está en el caso de la conciliación unilateral en la cual existe una gratuidad para aquella parte que no adquiere compromisos patrimoniales.

ES CONMUTATIVA.- Desde todos los puntos de vista que se la mire, la conciliación se encuentra dentro del marco en que las partes conocen plenamente los alcances del acuerdo, toda vez que éste debe ser preciso y expreso para que ellas, conozcan plenamente sus compromisos que adquieran, de tal manera que no es posible que en ella haya elementos aleatorios.

ES DE LIBRE DISCUSIÓN.- Cuando veíamos las etapas de la conciliación, encontrábamos algunas como la de interacción y la de propuestas, en las que existía absoluta libertad en las partes para que expongan su punto de vista o posición, la conozca la otra parte y acceda a las pretensiones perseguidas. En uno de los actos convencionales donde más discusión existe y donde más, juega la autonomía de la voluntad de las partes es en la conciliación, en la cual, se discute, se delibera, se contradice, se propone o se niega una determinada versión, hecho o propuesta. Aquí una de las partes propone los hechos sobre los cuales basa su inconformidad en el litigio y a su vez la otra parte expone una contrapropuesta, basada también en argumentos que guardan relación íntima con su propuesta rendida.

Al acuerdo se llega previa deliberación entre las partes, sin ninguna clase de presiones o querellas, circunstancia propia de la libre discusión como principio que orienta a esta figura; claro está que con la mediación justa de que se trate, efectuada por el conciliador.

ES ACTO NOMINADO.- Ya en nuestra legislación existen, tanto en el ámbito sustantivo (transacción), como positivo del Derecho, normas que regulan la institución de la conciliación (Ley de Arbitraje y Mediación); tanto que en el Derecho Procesal es

una obligación en los juicios civiles, con lo que se trata en lo posible, de regular los pasos precisos para su elaboración. Más en la actualidad, y dentro del proceso, no cumple con la finalidad de llegar a avenir a las partes en conflicto, convirtiéndose en una etapa más dentro del proceso.

4.2.- La Conciliación y sus requisitos de existencia.-

“Según reglas generales que orientan el derecho Civil, hay algunos actos que por su naturaleza misma requieren de ciertos requisitos para que tengan influencia en el Derecho, o mejor, para que se adecuen algunas normas expresas y de esta manera produzcan los efectos jurídicos”.²⁵ Por eso, al tenor de lo enunciado en los Arts. 1459 y 1460 del Código Civil, los requisitos para la existencia de un acto jurídico coinciden con los requisitos, de la esencia misma de éste, por lo que la ausencia de un presupuesto esencial, de algún requisito o condición de esta característica, impide el nacimiento a la vida jurídica del acto de que se trate.

Los requisitos de existencia los exige la ley para que el acto tenga respaldo en las normas pertinentes y produzca los efectos y a su vez tenga la eficacia indispensable para regular una determinada situación; por lo que, si no se llenan a cabalidad, el acto deseado no nace al Derecho o si lo hace, será dentro de otra figura jurídica, esto es, que el acto degenera en otro diferente.

En relación con los planteamientos dados por la doctrina y la jurisprudencia, se ha establecido una serie de condiciones o requisitos para que un acto nazca a la vida jurídica, como son: 1.) Que haya voluntad; 2.) Que haya un consentimiento; 3.) Un objeto; 4.) Una forma solemne. Respecto a estos requisitos genéricos para la existencia de los actos jurídicos, esbozamos brevemente en qué consisten.

La voluntad debe estar presente en todo acto, más aún si se trata de actos con efectos jurídicos; la voluntad se presenta en el individuo con su conducta dirigida inequívocamente a la producción de un determinado resultado, dando una manifestación, cualquiera que ella sea, y sin tener en cuenta la presencia o no de alteraciones o ilicitudes ya que esto es problema de validez, basta con que se vea en el

²⁵ JUNCO VARGAS, José. La Conciliación. Pág.86

acto la presencia de una voluntad manifestada, lo que en otras palabras quiere decir que en el agente o los agentes debe haber el querer autónomo de celebrar el acto respectivo. El consentimiento como elemento de existencia de un acto jurídico es propio de los actos complejos, bien sea los unilaterales, pluripersonales (los emitidos en actos de un cuerpo colegiado como asamblea de sociedades, etc.), como los datos en convenciones; para que se diga que hay consentimiento no basta que haya manifestación de voluntad por parte de quienes intervienen en la convención o acto complejo, se requiere que el concurso de esas voluntades sea concordante y convergente, esto es, que tenga que ver con el objeto de la convención y que todas las voluntades apunten hacia un mismo tema o punto de acuerdo.

El consentimiento se ha entendido, desde el punto de vista jurídico, como el acuerdo de varias voluntades respecto de un mismo objeto, que marchan hacia un mismo deseo o querer; pero conforme el Art. 1455 del Código Civil Ecuatoriano el consentimiento también es la adhesión de una determinada voluntad hacia algo que conviene con sus intereses y deseos.

Para que un acto jurídico viva en el derecho o produzca la eficacia deseada se requiere que recaiga en un objeto sobre el cual descansa la voluntad y el consentimiento expresados por los agentes de que se trate; el objeto, entonces, consiste en las prestaciones que tiene que dar o recibir cada una de los participantes en el acto, para que de esta manera tenga una solidez de voluntad emitida y apunte efectivamente al consentimiento a que han llegado los agentes; el objeto si no es determinado debe ser determinable, que de una u otra manera exista y por ende existirá el acto jurídico.

Por último, tenemos como requisito de existencia la formalidad solemne que la ley ha establecido para que un acto nazca a la vida jurídica; es la ley la que en determinados casos exige que la voluntad dada por los sujetos y el consentimiento que se ha tenido en relación con el objeto precitado, se manifieste llenando unas formalidades, que hace que se cumpla con circunstancias que a más de ser de la sustancia del acto, sirvan como el elemento de prueba de la existencia del mismo, sin permitir que los requisitos que ella misma establece sean suplidos por otros. Esos requisitos y formalidades, la ley los ha establecido para el perfeccionamiento del acto, conllevando la circunstancia, también necesaria, de que esos requisitos y formalismos se exigen para la existencia del acto.

Tratados, aunque escuetamente, los requisitos de existencia de los actos jurídicos que genéricamente se han establecido, podemos hacer referencia a la conciliación, para advertir que respecto a la existencia de esta institución, se deben reunir algunas condiciones o requisitos que los podemos clasificar en genérico y específicos. Los primeros, ya enunciados, que son propios para toda clase de actos jurídicos, en resumidas cuentas son: 1.) Una voluntad, 2.) Un consentimiento, 3.) Un objeto y 4.) Un formalismo expreso contenido en la ley. En cuanto a los requisitos de existencia especiales en la conciliación tenemos: 1.) La presencia de las partes en conflicto y 2.) Intervención de un tercero llamado conciliador.

LA VOLUNTAD.- Como se verá en el aspecto procesal de la conciliación, las partes que ya se encuentran en disputa de unos determinados intereses, por distintos medios expresan su voluntad de someterse al proceso conciliatorio, en algunas ocasiones esa voluntad es espontánea, pues proviene directamente de las partes o de una de ellas y otras veces es provocada, ante la convocatoria que la ley hace por intermedio de una autoridad competente (órgano administrativo o juez). De todas maneras, en el acto conciliatorio debe existir una manifestación de voluntad por cuenta de las partes, dirigida expresamente al centro de sus desavenencias que entre ellas existen y la producción de un determinado resultado con efectos jurídicos.

Aquí, como en cualquier acto jurídico, se deben presentar los dos elementos que la conforman, a saber: La intención o deseo intrínseco de los partes (conciliantes) y la manifestación de este deseo que se expresa con la conducta o actitud que despliegan en el acto. Unidos esos dos elementos, con prevaencia, a nuestro entender, de este último, se conforma el elemento de voluntad para la existencia del acto conciliatorio, el que debe aparecer de cualquier forma o medio, de tal manera que inequívocamente logremos inferir que los agentes estuvieron en el acto y que esa presencia tuvo como resultado una aquiescencia objetiva de estar dispuesta a participar en la convención y de expresar sus deseos y sentimientos en relación con el conflicto. Aquí la conducta de los o sujetos en la conciliación debe ser inequívoca de ser parte del conflicto y para el conflicto.

Para que la voluntad sea elemento de existencia del acto, se requiere sólo que esté presente en el individuo con la característica anotada y que guarde relación de causalidad con su manifestación, pues esta institución no es de la esencia de la existencia de la voluntad, sino de su validez. En la conciliación, el deseo que cada una de las partes tiene respecto del acuerdo a que se ha de llegar, debe guardar estrecha relación de causalidad con lo que manifieste, pero que de todas maneras, uno u otro elemento exista en el proceso. Pero a más de existir expresamente un deseo y una manifestación, debe ser proveniente de cada uno de los conciliantes.

EL CONSENTIMIENTO.- Como veíamos anteriormente, la conciliación es un acto plurilateral y complejo, nacida de una convención especial, de tal manera que en ella exista el concurso de varias voluntades que están a su vez en cabeza de cada sujeto que conforma el conflicto. Con mayor razón será complejo el acto, si cada parte está integrada por varias personas, caso en el cual el consentimiento se debe presentar en forma especial y general.

Anotábamos antes que en un acto plurilateral o bilateral existe concurso de voluntades, todas ellas con elementos propios y especiales, que tienen que conjugarse para conformar el llamado acuerdo. Tratándose de conciliación, vemos que hay por lo menos dos voluntades, las que intervienen en forma paralela y concordante, dado que pertenecen a un mismo conflicto; esas voluntades están orientadas desde y hacia un mismo caso, de donde emanan intereses que en la mayoría de las ocasiones son ambivalentes en relación de una parte con la otra. En el proceso de conciliación, esa divergencia que se presenta, expresada en cada una de las voluntades, debe dirigirse hacia un mismo punto de encuentro o de convergencia, por lo que las partes ya están conscientes en aceptar recíprocamente el querer o deseo de su contraparte y también con el convencimiento de que ha habido comprensión y acatamiento de sus intenciones y pretensiones. Entonces, cuando esas voluntades, que en el transcurso del proceso conciliatorio han marchado paralelas, pero concordante, llegan a un punto en común, cuando se ha unido y conjugado, se dice que hay acuerdo y por ende consentimiento. “El consentimiento en la conciliación se presenta cuando las voluntades que en el

proceso se han presentado, se unen en un mismo querer. Concretamente es lo que la doctrina ha denominado con la expresión consentimiento”.²⁶

Ahora, puede presentarse el evento de que el acto conciliatorio no siempre es bilateral, ya que, como vimos en las características, hay casos en que la formación del consentimiento simplemente se manifiesta con la adherencia que una de las partes hace en relación con la posición de la otra, conducta que se da ante la evidencia de las pretensiones de la contraria, o el querer evitarse angustias ante el sometimiento a un litigio o a la continuación del mismo.

En este caso, de todas maneras hay consentimiento, pues pese a que sólo una de las partes cede y acepta la posición de la otra, el deseo y manifestación se presentan en ella, convergiendo en el deseo y manifestación de la otra. Legalmente se consagra esta manifestación de voluntad adhesiva como forma del consentimiento en el Art. 1455 del Código Civil.

Por otro lado, como cuando dos o más partes se encuentran en conflicto, la posición de una u otra parte está integrada por una serie de intereses, que a su vez generan las pretensiones que las mueven a la disputa; cuando la voluntad de cada una de ellas llega a un punto de unión o convergencia, que da al traste con toda la controversia o conflicto, se dice que el consentimiento es total conllevando a su vez la llamada “conciliación total”; pero hay casos en que los puntos de convergencia sólo toca con unos aspectos específicos del conflicto con algunas pretensiones de las partes, esto es, parcialmente, es decir, que el consentimiento es parcial y, por ende, la conciliación también lo es (Art. 47, inciso 2do y 3ro del Título II de la Ley de Arbitraje y Mediación).

El consentimiento en materia de la conciliación, dada la característica solemne que la cobija, no puede ser tácito; tal vez uno de los actos donde más exige la precisión y formalidad en la declaración de voluntad y puntos de acuerdos es en el conciliatorio, precisamente por que de él depende la terminación del proceso judicial o, cuando menos, la terminación de un conflicto con carácter de cosa juzgada. Aquí la

²⁶ POLO SANMIGUEL, Víctor. La Conciliación un Mecanismo de Solución de Conflictos. Pág.2

manifestación de voluntad de cada uno de los conciliantes debe ser, precisión clara y expresa, no cabe las inferencias ni las deducciones.

“La interpretación del acto conciliatorio debe ser estrictamente literal, por lo que no cavén las tacitudes.”²⁷

EL OBJETO.- Este requisito para que influya en el nacimiento o existencia de un determinado acto jurídico tiene que ser físicamente posible de existencia, esto es, que sea palpable por las partes o, en su defecto, que se infiera que en el futuro pueda existir. Al tenor de lo establecido en el Art. 1476 y 1477 del Código Civil, el objeto es el ser jurídico sobre el cual va orientada la manifestación de voluntad y el consentimiento, vale decir, que el objeto jurídico es la cosa, materia o base de la estructura de las obligaciones o prestaciones recíprocas de las partes.

Dados los anteriores postulados y adecuándolos a la conciliación, se dice que para ésta exista debe haber un objeto, que está conformado por el conjunto de obligaciones o prestaciones a que se someten las partes y que a su vez recae en el acuerdo mismo. Como el acto conciliatorio tiene su esencia en el acuerdo alcanzado por litigantes o controvertientes, ese acuerdo debe estar basado en una cosa, que ante el Derecho sea física y naturalmente posible, tanto en el momento, como presumirse hacia el futuro. Si no existe, tampoco puede haber acto de conciliación.

FORMALIDAD SOLEMNE DEL ACTO.- Hay actos específicos que por su naturaleza o por su contenido, la ley exija ciertas solemnidades sin las cuales el acto no nace a la vida jurídica o al menos no produce ningún efecto frente al Derecho. Entonces la ausencia de estos presupuestos o formalismos da para concluir que no ha nacido el acto, toda vez que se trata de elementos que son insubsanables y que su ausencia crea la inexistencia o el acto degenera en otro diferente. Esas condiciones legales o requisitos se denominan “ad sustatiam actus” y tiene su principal ejemplo en el caso de la compraventa de los bienes inmuebles, donde se perfecciona el acto convencional o contrato con la llamada “escritura pública” o instrumento público. El Art. 16, 1716 y

²⁷ JUNCO VARGAS, José. La Conciliación. Pág.91

1459 del Código Civil establece que el acto es solemne cuando la ley exige la observancia de ciertas formalidades, de manera que sin ellas no produce efecto civil.

En materia de conciliación, no basta con que haya una manifestación de voluntad por las partes, que está voluntad esté en pleno consentimiento y que recaiga sobre una cosa precisa y determinada, con la relación de prestaciones, cargas u obligaciones determinadas o determinables; se exige además el lleno de algunos requisitos para la conformación del acto conciliatorio, como es la convocatoria, de oficio o a solicitud de parte, a los litigantes, a fin de que asistan a una audiencia, que esa audiencia se efectúe y que todo lo que se diga quede consignado en un documento que se denomina acta. Es una formalidad que al no existir impide que el acto produzca los efectos deseados tanto por las partes como por el mismo legislador.

El acto o documento sobre la cual se formaliza el proceso conciliatorio es de suma importancia; hasta el punto de que la ley no ha previsto la circunstancia en que se trata de un y requisito que pueda ser suplido por otro medio. La legislación procesal, en todas sus ramas, hace referencia a un acta que deberán firmar los sujetos que en la audiencia intervengan.

Como se ve, en la conciliación se debe cumplir con una serie de formalidades establecidas en los Asts. 45, 46, 47 y 48 de la Ley de Arbitraje y Mediación, tanto de convocatoria, de instalación como de celebración y de formalización, que constituyen el agotamiento de todo un trámite o proceso, el que no es posible de suplir por otros medios legales distintos a un acta, que a más de ser elemento de perfeccionamiento del acto, esto es, “ad sustantiam actus”, es “ad probationem”, pues sólo de su contenido se desprenden las obligaciones que se contraen.

REQUISITO ESPECIAL DE EXISTENCIA DE LA CONCILIACIÓN.- Los requisitos analizados antes son los que se dan para todo tipo de acto jurídico sin distinción especial, dados que son propios de la esencia de los actos. Pero hay fenómenos especiales, como la conciliación, que se distinguen de los demás por lo que tienen además otros elementos o condiciones necesarias para su existencia. Así, tenemos que otro requisito que se exige para que haya conciliación, so pena de que el acto degenera en uno distinto, es la presencia de un sujeto especial llamado mediador o conciliador.

En efecto, cuando dos personas que conforman un conflicto surgido de una relación jurídico sustancial se unen o encuentran con el fin de dar terminación a su controversia, esa unión, cualquiera que sea el resultado, no es otra cosa que una convención o contrato simple que se celebra, que si llega al punto de consentimiento o acuerdo se llamará transacción total o parcial, pero si cada una de las partes evita el correspondiente encuentro personal con su contraparte, proceden a nombrar una especie de representante en el caso, con facultades para decidir algún punto del litigio el que se denomina amigable componedor. Si la situación la quieren someter de mutuo acuerdo a un sistema más formal, con mayores alcances jurídicos, evitándose una decisión judicial que de pronto las aflija aún más en su situación de conflicto, las partes, nombran a personas especiales dándoles funciones de administrar justicia pro-tém-pore, en este caso nos encontramos con el fenómeno del arbitraje y con el procedimiento del arbitramento. Por el contrario, si la ley o la voluntad de las partes exigen que se someta una determinada controversia a un proceso especial, donde interviene un tercero distinto a las partes mismas en la situación de conflicto, sin ninguna facultad de decisión, pero con necesaria presencia en calidad de mediador e interviniente para morigerar la correspondiente situación de conflicto, nos encontramos frente al fenómeno de la conciliación. “En estas condiciones, si entre las partes no interviene ese tercero imparcial y con las condiciones y calidades ya vistas en comentarios anteriores, el acto nacerá a la vida jurídica y tendrá alcances, pero no se llamará conciliación, el acto degenerará en uno distinto, llamase transacción, composición, contrato, convención de novación o confusión, etc., pero no conciliación”²⁸

Consideremos como requisito especial de existencia de la conciliación la presencia de ese conciliador, como así lo establece la Ley de Arbitraje y Mediación en su Art. 48, sujeto que distingue la figura y que le da su personalidad jurídica en el mundo del Derecho; sujeto que para su presencia requiere del lleno de ciertos requisitos y autorizaciones, pero que así no las tenga, el acto nacerá a la vida jurídica, aunque con algunas deficiencias, cosa que no compete a problemas de existencia, sino de un posible invalidez.

²⁸ POLO SANMIGUEL, Víctor. La Conciliación un Mecanismo de Solución de Conflictos. Pág.3

4.3.- La Conciliación y sus requisitos de validez.-

Vistos los presupuestos anteriores, que tocan directamente con la existencia del acto en el mundo jurídico, entremos a ver cómo el acto conciliatorio nace a la vida jurídica, nace puro, en toda su dimensión, produciendo los efectos que la figura conlleva, conforme con el querer y la naturaleza.

En términos generales, se entiende que todos los actos jurídicos que cumplen con los presupuestos de existencia, ya vistos, nacen a la vida jurídica y se presumen que son puros, produciendo todos los efectos que ellos conllevan. Pero puede suceder que, existiendo el acto, jurídicamente adolezca de vicios que afecten su efectividad y su vida larga en ese mundo del Derecho, caso en el cual el acto es denominado inválido. Sin embargo, en estas circunstancias, el acto será viable en el mundo jurídico y producirá los efectos, mientras tanto no se declare inválido o nulo por una determinada decisión judicial, bien sea por la vía procesal de la nulidad dentro de un proceso o bien por la vía de proceso independiente declarativo.

Cuando un acto ha nacido a la vida jurídica, esto es existe, para que los efectos que él produce tengan el respaldo jurídico y no sea efímero, requiérase que contenga unos requisitos determinados o unos presupuestos como son: la capacidad de los sujetos, voluntad y consentimiento libre de vicios, objeto lícito, causa lícita y la plenitud de las formalidades establecidas en la ley. Siguiendo la regla general del Derecho, de que no puede existir nulidad de un acto jurídico sin ley que determine la causal, y siguiendo la regla, también general que todo acto es válido mientras no haya sido declarada la invalidez por decisión respectiva, tenemos que toda convención o acto, a si sea que provenga de la autonomía de la voluntad de las partes o por ministerio de la ley, requiere su estricto cumplimiento. Pero al tenor del Código Civil en su Art. 1461 se establecen los presupuestos que deben contener todo acto para que una persona se obligue a él y de estricto cumplimiento; para que el acto tenga el piso jurídico suficiente sobre el que nazca la coercitividad y eficacia moral y jurídica de sus efectos.

Si los presupuestos señalados antes, que constituyen los requisitos de validez del acto, no se encuentran reunidos a cabalidad en cualquier acto, acarrea una sanción expresa,

establecida en el Art. 1697 del Código Civil, como es la nulidad. Y las causales de nulidad que se han establecido legalmente se encuentran en el texto del Art. 1698 del Código Civil que retoma los efectos de las normas ya dadas en el Art. 1461 del cuerpo de leyes antes mencionado.

Esos requisitos de validez debemos analizarlos individualmente, para que, luego de ello, podemos adecuarlos a la institución de la conciliación sirviendo de fundamento para después analizar los posibles remedios aplicables contra vicios que se presenten en el trámite conciliatorio, especialmente en su celebración.

REQUISITO DE CAPACIDAD.- En materia de capacidad, en primer lugar encontramos que el término se refiere y está íntimamente relacionado con una persona en el más elemental sentido de la palabra, llámese persona natural o persona jurídica. La capacidad, en primer lugar, se refiere al poder o aptitud que un sujeto de derecho (persona) tiene de goce, esto es, de ser sujeto de derecho y de contraer obligaciones. Por otro lado, existe la característica de la capacidad, de ser un requisito para la validez del acto jurídico de que se trate de un elemento establecido en la ley para ciertos actos que por su naturaleza requieren la reunión de ciertos atributos existentes o presentes en la persona, para que el acto nazca a la vida jurídica puro, sin vicio o defecto.

El Art. 1462 del Código Civil establece una presunción general consistente en considerar, como principio, que toda persona es capaz, bien sea en el aspecto de goce o de ejercicio, excepción hecha de aquellas personas que la misma ley declara incapaces. Por su parte el Art. 1461 da el preámbulo para encuadrar lo que es la capacidad legal, al decir que es la facultad o poder que tiene el sujeto para obligarse por sí mismo y sin que previamente exista la autorización o procuración de otra.

A su vez, como es lógico es la misma ley la que determina las circunstancias especiales por las cuales se considera a una persona como incapaz para la celebración de acto jurídico, teniendo en cuenta aspectos como la edad, el estado mental y físico del sujeto o la situación jurídica en que se encuentra. Es así como la ley, en su inciso 1ro. del Art.1463 del Código Civil reglamenta tales situaciones de incapacidad, que son generales y apropiados para todo tipo de acto jurídico que tenga que ver con el Derecho y con situaciones interpersonales.

Pero según sea el grado de incapacidad, producirá incapacidad llamada absoluta e incapacidad relativa, respectivamente, aspectos de suma trascendencia jurídica por los efectos que produce.

La primera forma de incapacidad que se establece, es la regulada en la norma anteriormente enunciada, pero, además, el inciso final de esa norma establece la posibilidad para que la misma ley, en situaciones especiales y particulares prohíba la celebración de cierto acto jurídico a una persona, pese a que en términos generales tenga la aptitud suficiente para ser titular de un derecho y capaz de contraer obligaciones. Es entonces la naturaleza de la situación, del acto o del negocio, la que determina unas condiciones especiales en el sujeto, para que pueda realizar el acto válidamente. Como ejemplo de lo antes dicho tenemos la compraventa de bienes raíces entre cónyuges entre padres e hijos, en la conciliación, etc., en donde nos encontramos en la situación de que el acto tiene que celebrarse con todos los elementos de licitud en su objeto y causa; pero en relación con la persona, que en términos generales es legalmente capaz en todos sus aspectos, la ley la declara excepcionalmente incapaz para la celebración de ese acto, pese a que esencialmente en otras circunstancias y ante otras personas, si gozaría de la facultad ilimitada para conciliar.

Se trata entonces de una incapacidad particular que la misma ley establece en forma expresa o en forma tácita, que inhabilita a una persona para celebrar un acto jurídico completo y que su contravención acarrea los efectos que la misma ley establece. Así, el Art. 1697 del Código Civil establece que cuando falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor de algunos actos, según su naturaleza, esencia, calidad o situación, acarreará la consecuencia de la nulidad, nulidad que puede ser absoluta o relativa, según sea el caso; pero que tratándose de incapacidad particular, esto es, que se celebre el acto por una persona que estando con sus atributos generales para la celebración de un acto, esté inhabilitada legalmente para hacerlo en un caso especial, la consecuencia será la nulidad relativa, todo en consideración como lo regulado en el Art. 1698 del C. Civil, en su inciso final que estipula que toda contravención en la celebración del acto, distinta a objeto y causa ilícitos, incapacidad absoluta o la omisión de requisitos o formalidades que la ley prescribe para el valor de ciertos actos, acarrea la nulidad relativa.

LA CONDICIÓN DE LA CAPACIDAD EN LA CONCILIACIÓN.- Decíamos que cuando una persona se encuentra dentro de determinadas condiciones, que la ley previamente ha establecido, que la imposibilita para la celebración válida de un determinado acto, entonces hay incapacidad legal, que a su vez genera nulidad absoluta o relativa, ante el evento de que se llegue a celebrar el acto de que se trate. Dentro de todo ese tipo de inhabilidades y prohibiciones que la ley regula para que una persona no pueda celebrar válidamente un acto, encontramos unos casos graves como la edad por ser impúber, la demencia, la sordomudez, cuando no puedan darse a entender por escrito y ningún otro medio; en estos casos el acto celebrado produce nulidad absoluta, la que no es posible subsanar por ningún medio. El caso de la persona que solamente sea menor de edad, declarados judicialmente interdictos por disipación u otros motivos y las persona jurídicas, que sus actos se celebren en tales condiciones, sin el lleno de los requisitos de representación, carecen de validez y genera la nulidad relativa del acto o contrato.

Con este preámbulo podemos decir que en materia de la celebración del acto conciliatorio, la Ley de Arbitraje y Mediación en su Art. 44 inciso 2do, si bien es cierto que ha regulado concretamente quién puede ser sujeto en la celebración del acto conciliatorio. Se trata de una exigencia muy particular, dada exclusivamente por la ley, al menos en materia civil, en la cual sólo unas personas en forma directa pueden ser partícipes en la conciliación, hará que de esa manera el acto produzca los efectos válidos.

Tal vez uno de los actos que, a nuestro entender, la ley le ha dado mayor restricción al sujeto, es en el conciliatorio. En efecto, esa restricción se da, no sólo en cuanto a las partes como tales, sino en la persona del conciliador.

Teniendo en cuenta que la incapacidad tiene que ver directamente con la condición que pueda tener el sujeto en la diligencia, nos referiremos en el acto conciliatorio en primer lugar a las partes y luego a los representantes legales o judiciales y finalmente a la condición de conciliador.

a.) Entonces respecto a las partes, se infiere que éstas deben estar directamente presentes en el acto, esto es, que desde ningún punto de vista puede conferir autorización especial para que otra persona, por más cualidades y grados que tenga pueda representarla en el acto.

El Código de Procedimiento Civil, tanto en los Juicios Ordinario como Verbal Sumario, estableció esa exigencia, que tiene que ver directamente con la capacidad sustancial (procesal) en la celebración del acto: En primer lugar, la exigencia de que es directamente la parte (demandante y demandado) quien debe concurrir al acto, se infiere la presencia personal y directa de las partes a la audiencia de conciliación. Así las cosas, en materia civil, nació expresamente la figura, regulando unas capacidades especiales en las personas partícipes en el acto conciliatorio, consistente en que no puede haber delegación o representación en ninguna de las partes, que el hacerlo, afectaría el elemento de la capacidad y por ende la posible validez del acto.

b.) En cuanto a los representantes legales y estatutarios, para el acto conciliatorio se establecen que tienen la capacidad para celebrarlo, siguiendo los mismos parámetros de la celebración de la transacción: En primer lugar en relación con los representantes legales de las personas incapaces, el acto lo celebrara quien la ley y los estatutos lo autoricen; así, tratándose de menores de edad, lo serán sus padres o en su defecto quien figure como tutor o curador; las personas jurídicas, su representante que los estatutos o la ley determine; los interdictos, su respectivo curador. Por otro lado, el contrario de la rigidez en la situación, en materia administrativa, consagró la posibilidad para que las entidades puedan constituir apoderados especiales para que representen a entidad en la conciliación prejudicial o judicial.

c.) La capacidad y la condición del conciliador la tenemos en tercer lugar, ante lo cual podemos decir que a diferencia de los mediadores en las negociaciones comerciales o a diferencia de los amigables componedores, el conciliador, para que pueda actuar como tal, requiere de la reunión de una serie de condiciones y cualidades que la ley le ha querido imprimir, para darle seriedad al acto y a la figura. Así tenemos que no cualquiera persona tiene capacidad legal para actuar como conciliador, sino que debe tener la competencia, la constitución y la autorización respectiva de la autoridad competente (Art. 48 de la Ley de Arbitraje y Mediación). Pienso que, ante el caso de

que un tercero particular, sin la debida capacidad para actuar como conciliador, el acto tiene los visos de invalidez, que acarrea la nulidad relativa que hemos venido comentando. Por ejemplo, será inválida la conciliación que se efectúe en derecho de familia, cuando el conciliador no sea el defensor de menores, el juez o miembro de un centro de conciliación.

LA VOLUNTAD.- DEFINICIÓN.- En el mundo del derecho se dice que acto es toda manifestación de voluntad en un sujeto determinado encaminado a la producción de unos efectos jurídicos. Entonces, el elemento indispensable en la ocurrencia de un acto es la voluntad proveniente del individuo titular. “Por otra parte, si analizamos desde el punto de vista filosófico tenemos que la voluntad es el elemento primordial del acto humano, que se diferencia del acto animal, que ya este último tiene mucha identidad con el de animal.”²⁹ Los actos tienen unas etapas en su formación, que constituyen los pasos o caminos para su formación. Así, tenemos: La “advertencia” o sea, la ideación del propósito en un determinado comportamiento que se conjuga con la conciencia que se tiene de la bondad de lo que se propone, y proveniente de los dos sujetos; la “ínter determinación”, o sea, la conjugación de conciencias entre los sujetos para llegar al acuerdo deseado; y la “libertad” esto es, que ese comportamiento perseguido por los sujetos en sus personas, no ha sido forzado ni interior ni exteriormente, para la ejecución de la acción de que se trate, que tratándose de dos o más sujetos, todos han actuado libres de todo apremio o presión.

Con esos aspectos filosóficos nos acogemos a la siguiente definición. “La voluntad en el Derecho, se define en forma general, como la ínter determinación de los sujetos o la autodeterminación de un sujeto, tendiente a la celebración de un acto que produce efectos jurídicos”³⁰

Vistos someramente los pasos para la formación de la voluntad y por ende del acto jurídico, el derecho toma cada uno de esos pasos y elementos que conforman la constitución de la voluntad, los valora y estudia, para inferir si el ente nació, y si nació puro, o por el contrario, tiene algunos defectos que puedan alterar su eficacia y validez. Así se examina, si el acto ha nacido o no y si ha nacido éste contiene todos los pasos o

²⁹ JUNCO VARGAS, José. La Conciliación. Pág.103

³⁰ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Pág.335

elementos ordenados en forma consecuente, para de esta manera determinar si en su desarrollo y consecuencia ha habido una alteración o defecto que produzca consecuencias jurídicas. Con este examen, se logra determinar si el acto proviene de un conocimiento real y serio o es de la mera ignorancia; si el acto es producto de un elemento libre de la conciencia en el individuo y de la voluntariedad para hacerlo, o si, por el contrario, es salido de una opresión o coerción que recayó en el individuo; si es motivado por unos móviles sanos y legales o si mueven a la gente intenciones útiles.

Bajo esos parámetros, en las relaciones interpersonales se pueden presentar numerosos problemas en la creación de los actos jurídicos, pues la voluntad, como expresión del querer del individuo, está expuesta a una serie de fenómenos que apuntan directamente con la ética, con la rectitud de los actos humanos guiados por la razón. En estas condiciones, la voluntad puede verse menoscabada porque el individuo no conserva íntima concordancia entre lo que quiere y lo que manifiesta.

Dados los anteriores planteamientos de lo que es la voluntad en los actos humanos en general, comprendemos que este elemento de la validez está expuesto a una serie de vicisitudes en el tráfico del comportamiento humano y, por ende, la voluntad puede estar alterada o viciada. Cuando esto sucede, de todas maneras el acto nace a la vida y según sea el caso, nace a la vida jurídica, pero expuesto a las consecuencias consistentes en que puede perder su valor intrínseco que tiene y ordenarse que todo vuelva al estado normal de cosas.

Entonces, cuando el acto jurídico nace a la vida o mundo del Derecho, con una irregularidad en la voluntad, bien porque ésta no tiene relación estrecha entre lo querido por el sujeto y lo declarado, o bien por que como lleva una voluntad real perniciosa, ante estos eventos, la ley ha establecido mecanismos que están dirigidos directamente a corregir la situación, toda vez que el vicio que se presente en la voluntad, tanto por la intención emanada del mismo individuo, como por el elemento externo, atenta contra la ética en el comportamiento, y dado el grado, atenta contra principios elementales del Derecho. Cuando esto sucede, que el acto adolece en su conformación de ciertos vicios emanados de la voluntad o voluntades, el acto es inválido y así debe declararse por el juez, para restablecer la moralidad, y por qué no, la justicia.

LA VOLUNTAD EN LA CONCILIACIÓN.- Con los anteriores planteamientos, comprendemos que es posible que en las diferentes relaciones interpersonales que tienen que ver con el Derecho, los actos pueden aparecer viciados o no, en la medida en que la voluntad esté expuesta al manejo libertino de sus agentes que lo celebren, caso en el cual los individuos pueden jugar con reglas del principio de la autonomía de la voluntad y aprovechar para ensañarse contra la moralidad: Eso sucede en campos donde no existe control en la celebración de los actos, donde el individuo juega con las posibilidades y con la situación del otro, con la ignorancia o con la debilidad de su contratante o convencionista.

Consideramos que uno de los actos donde menos puede haber atisbo de vicio en la voluntad es en el acto conciliatorio. La razón es apenas elemental, ya que existe un rígido control de su celebración, control emanado no sólo de las partes en forma recíproca, sino por parte del conciliador. Además se trata de un acto complejo que goza de una serie de etapas o pasos muy concretos que juegan con condiciones psicológicas y jurídicas, donde los sujetos claramente pueden ver, deducir y analizar el querer de ellos entre sí, la intención que llevan y propósito que persiguen. Constituye además un elemento de garantía, el hecho de que en la formación del acto conciliatorio se hace siguiendo un rígido formalismo, toda vez que el acto se celebra en una audiencia y por ende debe levantarse un acta, en la que queda consignado todo lo que las partes manifiestan en las distintas etapas, como las vistas en el aspecto de negocio y psicológico.

En el acto conciliatorio existe el máximo de relación entre la voluntad real o intención querida del sujeto con su manifestación o declaración, pues tanto la contraparte como el conciliador han explorado previamente la situación y posición de la parte y con una leve injerencia lleva a la conclusión de la concordancia que debe haber entre esos dos elementos de la voluntad.

Sin embargo, no se descarta la posibilidad de que en la conciliación del acto conciliatorio se aparte la voluntad real de su declaración, en una forma tal que afecte contra principios de ética y jurisdicción y contra la igualdad y buena fe, caso en el cual el acto, como cualquier otro, debe tener un saneamiento, declarándose judicialmente el valor que contenga y si no lo tiene, se declararlo sin validez.

EL CONSENTIMIENTO COMO REQUISITO DE VALIDÉZ.- CONCEPTO.- Cuando anotábamos los requisitos de existencia de los actos jurídicos en general, ya se advertía que existe una gran diferencia, al menos filosóficamente, entre la voluntad y el consentimiento. La primera se trata de una expresión o manifestación de su querer o de su conciencia por parte de un individuo tendiente a hacer alguna cosa; ya el consentimiento compete a actos generalmente convencionales y pluripersonales, bien sea tratándose de actos complejos de entes jurídicos que están conformados por varias personas que forman una unidad (asambleas o juntas), o cuando se trata de distintas personas con intereses distintos o propios, que confluyen hacia una misma razón o decisión. Entonces la esencia de esa diferenciación está en que en el consentimiento hay concurso de varias voluntades que se conjugan en un mismo acuerdo; hay pluralidad de manifestaciones individuales de la voluntad y además que todas convergen en mismo querer, deseo o solución.

Al analizar el Art. 1465 del Código Civil, se podría decir que por consentimiento también se entiende unirse a una declaración, manifestación o acto que ya está en la vida y que el sujeto lo conoce y en tales condiciones se adhiere a él, formando una unidad, entre el acto que ya existe o manifestación de voluntad ya dada y la que por último expresa el agente.

Ahora, la formación de los actos del consentimiento depende de que nos encontremos dentro de un acto consensual o uno solemne. Pero sea en una u otra clase, el proceso de formación del consentimiento juega con el fenómeno de la propuesta y de la aceptación, toda vez que se trata de dos o más voluntades que se interaccionan en proceso propio, para irse conjugando y converger hacia un mismo punto o hacia un mismo querer.

En este proceso siempre existirá una primera voluntad que se manifiesta expresando un querer, tendiente a la consecución u obtención de un interés determinado, pero al mismo tiempo dirigida hacia otro sujeto quien participa como destinatario; al llegar a éste, sufre una recepción racional con su querer, surgiendo una contrapropuesta que se encamina a contraponerse a la ya recibida. Entonces puede haber en el proceso, lo que se dice en materia de negociación, la propuesta, la que recibida de buena manera puede llegar a unirse a la posición que ya tenía el destinatario, cuando aquí nos encontramos, se dice

que hay aceptación por parte del destinatario de la propuesta o del destinatario de la contrapropuesta, según sea el caso.

En este aspecto hay tantas propuestas como personas intervienen en el acto, lo mismo que tantas contrapropuestas posibles como sujetos destinatarios, de tal manera que cuando cada una de las voluntades intervinientes, que desde un principio han marchado en forma concordante, al pertenecer a un mismo conflicto o a un mismo interés o deseo, encuentran un punto de unión o aceptación, nos encontramos en la situación de haberse formado el consentimiento.

Podemos concluir que la formación del consentimiento se presenta cuando hay recíprocas manifestaciones de voluntad entre los sujetos que conforman el acto; deben existir hechos inequívocos entre los sujetos, tendientes a la constitución del acto en una misma voluntad general. Eso sucede tratándose de actos tanto consensuales como en los solemnes. En estos últimos, como es de saberse, a más de la manifestación expresada la voluntad de todos y cada uno de los sujetos que intervienen, la ley exige la observancia de ciertas formalidades que a su vez constituyen requisitos “ad substantiam actus”, tales como una escritura, una audiencia y levantamiento de un acta, la entrega real de la cosa, etc.

EL CONSENTIMIENTO EN LA CONCILIACIÓN.- Visto el consentimiento, comprendemos que en el acto conciliatorio partimos de situaciones contradictorias entre las partes, ya que el interés que mueve a las partes no es el de celebrar un negocio jurídico de creación de una situación jurídica determinada, sino el de tratar de extinguir o modificar la ya existente y que es motivo de conflicto o litigio.

Así las cosas, debemos comprender que en el proceso conciliatorio siempre existe el concurso de dos o más voluntades, cada una de ellas encabeza de los que conforman los extremos del conflicto. De tal manera que, como corolario necesario, nos encontramos en primer lugar ante la situación de disentimiento entre los sujetos. La mira es tratar, en lo posible, de extinguir ese estado de disentimiento en que se encuentran las partes, objetivo al que deben colaborar con gran armonía tanto las partes mismas, como ese tercero interviniente, como es el conciliador.

Es que antes de llegarse a la conciliación, las voluntades de las partes marcharan dispersas, disonantes, opuestas, cada una buscando unos intereses encontrados, por lo que le corresponde, especialmente al conciliador, encontrar los caminos para que éstas voluntades encuentren senderos concordantes, en lo posible, la labor en la etapa de la interacción en el proceso conciliatorio, constituye el eje primordial para encontrar principios de acuerdo entre los intereses de las partes y mecanismo necesario para que cada sujeto conciliatorio encuentre el punto álgido en el que pueda conformarse con la aceptación en la solución del conflicto. Las propuestas recíprocas que se presentan son orientadas por el conciliador, interpretadas por todos, modificadas o adicionadas por las partes, con la ayuda de ese mediador.

Pero en conciliación, el consentimiento no sólo se manifiesta en el juego de la oferta y la aceptación o entre la interacción de ofertas y de aceptaciones; en ella se presenta, en muchas ocasiones, la expresión de la voluntad adhesiva, esto es, que uno de los sujetos en el conflicto se limita a unirse a la propuesta de su contraparte sin proponer nada a cambio. Puede presentarse en este evento la renuncia de los intereses o de los derechos que perseguían en un principio, para terminar reconociendo unilateralmente la posición de su contendor.

De otra parte, cuando nos encontramos en un choque jurídico, éste está conformado por una serie de aspectos o puntos de controversia, que en su conjunto constituyen el llamado conflicto o litigio, dirigiéndose el proceso conciliatorio a buscar un grado de convergencia en relación a todos esos aspectos o puntos de conflicto. Lo ideal es que se consiga acuerdo o consentimiento respecto a todos, pero puede presentarse el caso que sólo se llegue a un acuerdo en cuanto a uno o algunos de los intereses en disputa, caso en el cual se dirá que el consentimiento es fraccionado y se relaciona sólo parcialmente al conflicto.

Este suceso frente a la conciliación es valedero, ya que la misma Ley de Arbitraje y Mediación, en su Art. 47 inciso 5to, ha establecido la posibilidad de la conciliación parcial; así se entiende que se han eliminado algunos puntos, del conflicto, que para el proceso conciliatorio constituye parte de la ganancia que se persigue. No se puede pensar que siempre el consentimiento tiene que presentarse en toda la extensión del conflicto, el acuerdo se puede presentar en algunos puntos álgidos y poder continuar con

respecto a otros. Sin embargo, debe aclararse que hay algunos casos en los cuales el arreglo no puede fraccionarse, dada la naturaleza del asunto que se trate, pero cuando el caso lo permita, no debe desaprovecharse ningún acuerdo parcial a que se llegue.

LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.- Visto lo que es el aspecto filosófico-jurídico del consentimiento, como el concurso de voluntades que se unen en un mismo propósito para la celebración de un acto, resultaría impropio se dijera que ese consentimiento adoleciera de vicios, ya que lo que puede adolecer de vicios es cada una de las voluntades que en él intervienen.

Sin embargo el Código Civil en su artículo 1467 establece o se expresa que “los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son: error, fuerza y dolo”, todo ello en desarrollo de lo establecido en el artículo 1461, que establece los requisitos que debe contener el acto jurídico dentro de los cuales está el que nos ocupa, esto es, el consentimiento que no adolezca de vicios.

En la medida en que hemos venido hablando del consentimiento y de la voluntad, concluimos que cuando no existe el fenómeno del consentimiento, tratándose de actos convencionales, o no existe la voluntad, el acto tampoco existe y tiene como consecuencia lógica que el acto de que se trate cae dentro de los efectos de inexistencia, consecuencia apenas natural de ausencia de estos presupuestos tan importantes. Pero puede suceder que la voluntad o el consentimiento, según el caso, existan y por ende el acto también nazca a la vida jurídica, caso en el cual el ideal es que ese acto nazca sano, puro y en lo posible, alejado de vicios o irregularidades en la formación de los requisitos que la ley en su Art. 1461 del Código Civil establece. Tratándose de este requisito del consentimiento, las voluntades, por provenir de las conciencias y de la libertad de los individuos, puede adolecer de algunos vicios, alteraciones o irregularidades en su formación particular, que hace perder piso jurídico a la ejecutividad y obligatoriedad, hasta el punto de que sea necesaria la intervención de la autoridad respectiva para rescindir el acto creado, por el flagelo de una voluntad viciosa.

Cuando en el acto se presenta cualesquiera de esos eventos que limitan la voluntad de las partes en la convención y que conforman el consentimiento, existe el remedio jurídico como es evitar que el acto siga produciendo sus efectos, mediante una

declaratoria judicial al respecto, como es la rescisión por nulidad, que constituye, filosóficamente hablando una sanción-remedio a las irregularidades de los actos que atentan contra la seriedad y sanidad que debe existir en toda clase de actos.

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONCILIACIÓN.- Tal vez donde menos se puede presentar vicios en la formación del consentimiento es en la conciliación. Es que la ley debe ser muy cautelosa en regular las formalidades con que se celebra el acto conciliatorio, de tal manera que no es posible siquiera pensar que en la conciliación se presentan los eventos que se establece en el Art. 1467 del Código Civil. Por ello se ha dicho que en materia conciliatoria existe una capacidad especial en los sujetos que elimina cualquier posibilidad de la presencia de error, la fuerza o el dolo. El conciliador, en especial cuando es el juez, trata de estudiar y conocer el caso para de esta manera orientar la reunión, proscribiendo cualquier vicio que se pueda presentar en la voluntad de los agentes.

Mas, sin embargo, habrá situaciones en que la malicia y la perspicacia del conciliador con el juego de las manifestaciones recíprocas de voluntad, no alcanzan a descubrir la intención o comprensión que los sujetos tienen, de tal manera que pueden presentarse casos remotos en que, pese a la intervención de un tercero imparcial, atento e idóneo, una de las partes o las partes de consuno, tienden a la celebración de un acto, que a la postre resulta vicioso, bien sea por error, por fuerza o por dolo.

Si es el mismo sujeto en la relación, que se sienta lesionado en el acto, deberá indicar el vicio de que puede estar adoleciendo, en la misma audiencia, para que dentro de esta el conciliador provea lo necesario a fin de su solución. Si es el mismo conciliador quien descubre algún vicio de los que ya hemos venido tratando, procederá de inmediato a su solución.

Pero lo más grave de todo es que puede presentarse la circunstancia de que en todo el transcurso del proceso, tanto el conciliatorio como el judicial, no se logre descubrir el dolo, la fuerza o el error de que fue víctima una de las partes y por lo cual se llevo al acuerdo. En este caso, como la ley lo que ha querido es la protección de la buena fe o de las buenas costumbres, no puede pensarse que el acto ya pasa a producir sus efectos a plenitud, sino que las partes pueden solicitar su rescisión, tal como si se tratara de un

acto común y corriente, y si ya nos encontramos en un momento inoportuno para alegar la nulidad procesal, será en el mecanismo del proceso ordinario respectivo.

Concluimos que el acto conciliatorio, aunque muy remotamente, puede contener algún vicio en el consentimiento al igual que cualquiera otro, vicio que se puede solucionar por los mecanismos procesales que se celebra dentro del juicio, si no, entonces se hará por el proceso ordinario tal como si se tratara de cualquier otro acto convencional o contractual, ya que cabrían las mismas acciones que proceden contra el acto de transacción, que es el entendido de la mayoría.

EL OBJETO.- CONCEPTO GENÉRICO DE LOS ACTOS.- En el acto jurídico existen manifestaciones de voluntad provenientes de las partes, las que en estado de concordancia y convergencia genera el consentimiento. Es te es el acuerdo de voluntades para hacer o no hacer alguna cosa; pero este acuerdo es el centro o punto de convergencia de esas voluntades el que tiene un contenido especial sobre el cual recae el consentimiento. El objeto es lo que persiguen las partes en la celebración del acto, es el contenido mismo de las prestaciones a que se obliga las partes en el acto.

Por otra parte se encuentra la aceptación específica del objeto, que es sinónimo de cosa material o jurídica, por lo que se dirige el sentimiento del sujeto, es contenido específico de cada acto, es el ser material sobre el que recae la acción- no es la intención que impulsa al sujeto sino la cosa misma. Es la “relación jurídica patrimonial” que conforma el acto, la cosa sobre lo que recae la manifestación de la voluntad autónoma de las partes.

EL OBJETO EN NUESTRA LEGISLACIÓN.- Muchas son las normas jurídicas que hacen referencia al objeto en el acto jurídico, pero para efecto de estos comentarios, sólo vamos hacer referencia a algunas que nos interesan como preámbulo a lo que es la conciliación, que es el centro de este escrito. Partimos del Art. 1461 numeral 3ro del Código Civil que establece que uno de los requisitos para que un acto obligue al sujeto, tiene que recaer sobre un objeto lícito y ese objeto al que se refiere esta norma no es otro al que se relaciona en el Art. 1460 ibídem, que hace consistir en los elementos esenciales de la naturaleza y accidentales para que el acto nazca con plena exigibilidad,

siendo nada menos que el objeto, legislación actualizada de nuestro Código Civil vigente de 24 de junio del 2005. (R.O.-Suplemento- No. 46: 24-junio-2005).

Así mismo el Art. 1477 del Código Civil hace relación a que objeto es una cosa sobre la cual se recae la voluntad o consentimiento de dar hacer o no hacer alguna cosa, caso en el cual, objeto se identifica con el contenido de las contraprestaciones o de las obligaciones; le da un contenido más material y físico al objeto, esto es, lo confunde concretamente con la cosa misma, el Art. 1698 del mismo cuerpo legal que establece la consecuencia jurídica que puede generarse ante la ausencia de un objeto que no reúne las características ni los postulados de la licitud, dando como sanción la nulidad absoluta del acto.

PRESUPUESTOS PARA EL OBJETO EN LA LEY.- También brevemente expondremos los requisitos que debe tener el objeto para que produzca válidamente todos los efectos de fuerza y eficacia, cualquiera sea su acepción legal que se le dé. Estos presupuestos son: que sea posible, que sea determinado y que sea lícito.

a.) En cuanto al primero, el objeto requiere que sea posible conforme al mandato establecido en el Art. 1477 inciso 3ro del Código Civil, de donde se desprende que la posibilidad del objeto comprende lo físico, lo moral y lo jurídico: lo primero, es posible en la medida que no afecte leyes de la naturaleza, que las contravenga absolutamente. La posibilidad física comprende el referirse a un ser que, conforme con la razón que emana de las leyes de la naturaleza, exista o que se espera que exista hacia un futuro, pues se trata de un razonamiento natural, de donde se infiere que el ser es o puede existir. Lo segundo hace referencia a que el objeto sea moralmente posible, esto es, que no atenté contra leyes establecidas de la ética y el valor moral que el acto debe tener, aspectos que a más de referirse a la posibilidad del objeto, se refieran también a su licitud. Se dice también que el objeto debe ser jurídicamente posible, pues debe estar de acuerdo con normas de la razón y de la justicia, que no atenté contra principios filosóficos preestablecidos, ni contra principios básicos de la hermenéutica, como cuando se atenta contra el principio de no contradicción o contra principios fundamentales de la lógica.

b.) El segundo requisito hace referencia a la determinación del objeto, que consiste en que, como la aceptación general del objeto en el acto jurídico es la cosa misma o la prestación comprometida o el contenido mismo de la obligación, debe ser lo suficientemente clara y precisa, de tal manera que fácilmente se logra identificar sobre qué recae el acto o negocio, cuál cosa u obligación tiene que pagar un sujeto y qué es lo que tiene que exigir el otro. Ahora, la determinación como requisito del objeto tiene su gradación, que va desde su identificación plena en cuanto a sus características o número, hasta su determinación genérica, por medio de datos, de tal manera que sólo baste una mera injerencia para que se determine la cosa o prestación. Entonces, encontramos las prestaciones de cuerpo cierto y las de género y entre aquellas y éstas, las determinadas o determinables en su calidad y cantidad.

c.- Por último encontramos como requisito del objeto, que sea lícito. Por licitud se entiende el acto que está conforme con principios establecidos en la ley y en la ética, esto es, que el acto se refiere o encuadra dentro de parámetros establecidos en la ley y en normas de valor y de buenas costumbres; lo contrario será ilícito porque atenta contra principios legales, morales y de las buenas costumbres.

Cuando se habla de la licitud en el objeto, el fenómeno no recae esencialmente en la cosa misma considerada, la licitud recae sobre el acto que las partes celebran con respecto a la cosa; el ser independientemente escapa de los rigores de la moral o de la ley, es la prestación que pactan los sujetos lo que puede ser sometido al análisis de la licitud o ilicitud. Cuando se habla de la licitud o ilicitud, encontramos un vivo ejemplo de aplicación de la teoría de la relatividad en el Derecho, constituyendo una traba al principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Puede ser que el objeto en sí sea físicamente posible, pero por razones de orden pública, por razones éticas de valor o de costumbres, el objeto cae en la proscripción como fusión del acto o declaración de voluntad.

Para concluir este aspecto, podemos decir que tratándose del objeto en el acto jurídico, el Art. 1480 del Código Civil establece los parámetros, marcos o moldes dentro de los cuales el acto, por su objeto, cae adecuado en la ley y produce la eficacia y la validez frente a las partes y terceros. Por el contrario, el Art. 1482 de la misma normativa, establece los casos en que el acto contiene objeto ilícito, normas éstas, que si bien no

regulan todos los casos específicos de ilicitud, pueden servir de bases interpretativas o pueden ser objeto de interpretación extensiva y sistemática. Con ellos y ellas podemos encuadrar todos los casos en que el consenso o la voluntad atente contra la misma ley, la moral y las buenas costumbres.

EL OBJETO DE LA CONCILIACIÓN EN LA MEDIACIÓN.

a.) En este primer aspecto, **objeto de la conciliación**, podemos decir que se confunde con lo que en un principio vimos como finalidad de la conciliación aunque no sea lo mismo. Así, podemos decir que este objeto es la intención o dirección que toma la voluntad de cada uno de los litigantes para precaver daños mayores dando por terminado el litigio, o el propósito que tienen las partes en conflicto para precaver un litigio, para los cual se orientan al tratar de modificar, extinguir o crear situaciones jurídicas, sometiendo su situación a la intervención de un tercero, idóneo e imparcial, que sirva de mediador en cada uno de los intereses. El objeto de la conciliación, “filial” de la expresión finalidad, es la base de donde se dirige la acción de los sujetos, es al sentimiento que tienen las partes respecto a su conflicto o controversia; así, se dice que el objeto que dichos sujetos tienen en el futura reunión es dar por terminada esa controversia que los aflige.

b.) El **objeto de conciliación** por el contrario, es el centro del acuerdo, es la prestación misma que guarde íntima relación con aspectos patrimoniales o con la relación jurídica patrimonial con lo que se puede negociar o arreglar, sin que caiga dentro del aspecto ilícito, porque va contra la ley, la moral o buenas costumbres. En otras palabras el objeto de conciliación es el conflicto y la situación jurídica que de ellos se deriva y sobre él se centra la estructura y el desarrollo de las voluntades que conforman el proceso conciliatorio. Con esta norma se estructura el objeto de ella, al establecer que es todo lo que sea susceptible de transacción.

Por los anteriores lineamientos legales expuestos, el análisis del objeto de la conciliación queda limitado al objeto de transacción, que no es otro que el regulado por el Código Civil.

Entonces el objeto de transacción en materia civil comprende todos los aspectos y relaciones patrimoniales. Este enunciado no está expreso en el Código Civil, sino que se deduce de las prohibiciones que ésta legislación da en el Art. 2348 y siguientes, actualizado a 24 de junio del 2005, al establecer que son susceptibles de transacción todas las cosas que pueden ser negociadas por su naturaleza o contenido, ya que ni de su texto ni de su acuerdo a que lleguen las partes atentan contra la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. El código no fija este criterio sino que en desarrollo de toda la jurisprudencia y doctrina reinan al respecto, se han sacado tales deducciones. Es que el Código Civil al limitar la transacción está dando las pautas sobre que puede ser objeto de convenio.

En esas mismas condiciones tratándose de conciliación, porque las partes han hecho expresa referencia a que es objeto de conciliación lo que es objeto de transacción, las prohibiciones anteriores, reguladas en los artículos antes mencionados, son aplicables a la conciliación, y si se llegase a presentar algún caso al respecto, fácilmente podríamos decir que la conciliación sería rescindible por objeto ilícito.

Sin embargo, hay unas circunstancias substanciales y lógicas que nos dan para hacer algunas interpretaciones extensivas a cada una de las normas antes enunciadas, que constituyen prohibiciones para el objeto de transacción y por ende del objeto de conciliación, a saber:

a.) Cuando se dice que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, tampoco puede hacerse en conciliación, pero eso no quiere decir que no se pueda hacer sobre los efectos patrimoniales o económicos que del estado civil se produzcan. Hay abundante jurisprudencia que sostiene esta tesis, en que el estado civil de cónyuges, genera situaciones jurídicas patrimoniales sí se puede transigir: Como forma de vida de cada uno de los cónyuges, sostenimiento, aportes a la sociedad conyugal, su liquidación, administración de bienes sociales o de menores, la surgidas por la venta de un bien del menor, etc.

b.) La conciliación sobre alimentos futuros es perfectamente aplicable siempre que el juez la autorice y sin que viole derechos irrenunciables; en la conciliación puede haber concesiones recíprocas como también cesiones que no atenten contra derechos

absolutamente irrenunciables; puede ser objeto de conciliación los alimentos congruos en cuanto a su forma de pago y su monto. Sobre alimentos causados, atrasados y no pagados cabe también la conciliación, pues se trata de situaciones pasadas que van íntimamente relacionadas con la vida, y si esta perduró, esos alimentos pasan hacer del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes; su pago, forma de pago y tiempo de pago, pueden ser objeto de convenios especiales.

c.) La conciliación de derechos ajeno o que no existen no valen, según la expresión del Código Civil en su Art.2354. Al parecer, y por lógica, esto debería ser circunstancia o presupuesto de inexistencia, más la misma ley la ha regulado como requisito de ilegalidad a lo que debemos atenernos. Más para que esto tenga asidero, es preciso aclarar que nadie está autorizado para conciliar siquiera en representación, con mayores veras para hacerlo sin representación; si recae sobre objeto ajeno o inexistente, la conciliación sería motivo de declaratoria de rescisión. Ahora, qué decir del objeto que no existe pero que se espera que exista dada su naturaleza; consideramos que en este caso no es aplicable el artículo antes citado, pues puede surtir los efectos conciliatorios.

d.) Cuando hay un título o documento falsificado o nulo, en salvaguarda del principio de la buena fe, y el documento haya sido la base para la conciliación, si con posterioridad se descubre el vicio, ésta puede ser rescindida en todas sus partes en aplicación de los mismos lineamientos que se tiene para la transacción. Claro está que con la salvedad de que las partes hayan hecho referencia expresa a esa falsificación o nulidad, caso este en el cual no prosperaría la nulidad del objeto.

e.) También hay que anotar que pese a que un caso determinado puede ser susceptible de transacción, el objeto no lo es de conciliación, así consideramos acertado que no proceda la conciliación en proceso de expropiación; en proceso de pertenencia, en el de pago por consignación sin oposición, etc., casos en que por su naturaleza le han quitado validez a la conciliación. Al contrario hay casos que el objeto de conciliación es más extenso que el de transacción, como en el derecho de familia, en procesos de divorcio, separación, etc., donde pueden presentarse a conciliación cuestiones distintas de índole patrimonial, tales como situaciones íntimas y personales de las partes, cónyuges que si bien en derecho canónico, en alguna doctrina y en eventos especiales se denomina conciliación, no deja de ser una especie de conciliación.

LA CAUSA.- Hay distintas normas en el Código Civil que directa o indirectamente la tratan y que aquí nos referimos someramente a ellas, con la mera ilusión de dar algunos parámetros de lo que constituye la causa en la conciliación.

El Art.1483 del Código Civil, actualizado al 24 de junio del 2005, da una definición tentativa de lo que es el fenómeno, al establecer, que “se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato”. Con esta expresión, el Código Civil establece el desarrollo de la teoría de la causa impulsiva y determinante de los actos jurídicos, coincidiendo con la teoría mayoritaria que imperaba en la época de su regulación.

Entonces, legalmente tenemos que la causa jurídica en los actos es el móvil o los motivos eficientes que impulsan las voluntades de los sujetos para dar, hacer o no hacer, pero no es algo que se encuentra en la mera mente del actuante, sino que está implícito en el contrato o convención que se celebre.

Consideramos que al revisar el contexto de los Arts. 1461, 1483, 1697 y 1698 del Código Civil se podrían pensar que de esas normas se desprende el enunciado consistente en que para el código sustantivo es indiferente la ausencia de causa o la falsa causa en un contrato o acto jurídico y que lo único que le interesa es la licitud en la misma. Y si eso es cierto, sólo lo que adolezca de causa ilícita sería objeto de declaratoria judicial que no podría ser otra que la nulidad.

Sin embargo se ha preguntado en qué situación jurídica nos encontramos cuando en un acto no existe causa o la causa es falsa y errónea.

Cuando lo primero sucede, esto es, cuando no hay causa o falta la causa, el acto sí nace a la vida jurídica pero adolece de nulidad, nulidad que se asemeja a la nulidad absoluta que genera la ilicitud; esto es en interpretación extensiva de la norma del Art. 1483 del Código Civil, que establece que nadie puede obligarse sin una causa real, entendiéndose por real lo sinónimo a existente, luego los efectos lógicos son que el acto es nulo. Hay otros que opinan, que “cuando no hay causa, el acto es inexistente, al igual de como

sucede con la ausencia de voluntad, consentimiento o de objeto”,³¹ esta última posición la consideramos jurídicamente aceptable, pero desde el punto de vista práctico no es de mucha acogida, ya que la causa es un elemento esencialmente subjetivo, difícil de probar y se dijera que la ausencia de causa acarrea la inexistencia, no necesitaría ninguna declaratoria por parte del juez.

Cuando la causa es falsa o es errónea, porque el motivo que induce a las partes a la celebración no está de acuerdo con la verdad o la certeza del individuo, los efectos generales es la nulidad. Es que una cosa es no haber causa y otra que la haya, pero que adolezca de irregularidades, entre ellas la falsedad o el error.

LA CAUSA EN LA CONCILIACIÓN.- Para la celebración del acto conciliatorio siempre existirá una causa o un motivo que induce o mueva a las partes a ello, no sólo a quienes son parte en el conflicto, sino al conciliador. De lo que sí estamos seguros es que en materia de conciliación no se puede argüir que pueda presentarse el caso de falta de causa en su celebración; desde que las partes están en controversia y se sometan al proceso conciliatorio o al proceso judicial, siempre habrá un interés en solucionar el problema de la mejor manera para sus intereses, los moverá o motivará el ansia de terminar con una situación de conflicto o de litigio, según el caso. Es que si no existiera causa, le correspondería al conciliador velar por suplir tal irregularidad en el acto, tanto por economía procesal como por la seguridad e idoneidad en el acto.

Lo que sí es factible es que el acto conciliatorio, por la voluntad desplegada por las partes y la intención o motivo que éstas tengan en el mismo, pueda caer en el campo de la ilicitud, esto es, que el motivo que induce a las partes a conciliar atente contra la ley, la moral, el orden público o las buenas costumbres. Esa ilicitud puede presentarse por la intención que las partes de consuno tengan en conciliar, con el fin de defraudar a un tercero, con motivos propios que no aparecen dentro de los medios de convicción que el conciliador tenga a la mano, esto es, a espaldas de éste o, por el contrario, con la aquiescencia del conciliador, quien permite por ignorancia o por culpa.

³¹ JUNCO VARGAS, José. La Conciliación. Pág.124

En fin, comprendemos que puede presentarse, aunque remotamente la posibilidad de la ilicitud de la causa en la conciliación, por casos diversos como el de defraudar a terceros. Cuando esto suceda, procede la nulidad, que en este caso sería la nulidad absoluta. Como se trata de una irregularidad sustancial y no de forma o procesal, su solución sería por declaratoria judicial a parte y en proceso ordinario respectivo, y por principios generales estaría legitimado para alegarla quien se vea perjudicado con el acto o las mismas partes.

PLENITUD DE LAS FORMALIDADES.- PRECISIÓN.- Ya en la parte anterior vimos cómo la ley exige, que para la formación de ciertos actos jurídicos se requiere de la observancia de ciertos ritos, del lleno de ciertos requisitos o formalidades indispensables, para que el acto nazca a la vida jurídica y que nazca válidamente.

Cuando se mira la evolución legal y doctrinaria de este aspecto, nos damos cuenta que la tendencia del legislador en la mayoría de los países, es de darle mayor campo de acción a la autonomía de la voluntad de los individuos, de tal manera que sólo ellos puedan escoger el medio más idóneo para hacer valer sus derechos frente a las estipulaciones hechas en los contratos, convenciones o manifestaciones unilaterales de voluntad. Con esto, cada día se extiende más la tendencia de la consensualidad en las relaciones jurídicas de los individuos. Sin embargo, hay casos especiales que por su importancia, su naturaleza, las obligaciones que pueden generar o por razones estrictas de orden público la ley exige que el acto se celebre siguiendo un trámite: especial o el lleno de unos requisitos eminentemente formales, a los que la ley les ha dado unos alcances muy especiales, y que su inobservancia genera una sanción que las mismas normas establecen, como son la inexistencia o la invalidez del acto.

EL FORMALISMO EN EL ACTO DE CONCILIACIÓN.- Hemos venido sosteniendo que el acto conciliatorio es un acto eminentemente solemne, tanto porque es esencialmente procesal, como porque la ley exige que para su formación requiere de la elaboración de un acta en que conste toda la actividad, los dichos y menciones de los sujetos que en ella hayan intervenido y donde se contengan las estipulaciones que conforman el consentimiento o acuerdo de las partes. Además, lléguese o no al acuerdo querido, ponga fin al conflicto, el acta que la ley exige como formalismo es indispensable para establecer hechos indiciarios en la estructura del caso litigioso.

El Código Procedimiento Civil consagró el formalismo del caso litigioso, toda vez que el proceso conciliatorio se efectúa en audiencia y si eso es así en toda audiencia y diligencia se deben levantar actas, en las que se contengan las actuaciones y decisiones que se tomen en el transcurso del acto procesal, la que debe estar autorizada por el juez y firmada por todos los que intervengan en el acto. Es una exigencia procesal y legal, para que el acto que en ella se contenga nazca al mundo del proceso.

Entonces, qué pasa si no hay acta, ya lo habíamos anotado que somos del criterio que si no hay acta, la conciliación ante el derecho no existe, pues carece del requisito mismo del acto conciliatorio; es que para este acto, la ley lo ha dotado de la exigencia del formalismo simbólico. No podemos imaginar una conciliación que a más de constituir efecto de cosa juzgada, es título ejecutivo, así un documento que la contenga, documento que no es otra cosa que un acta, en la que participe como conciliador una persona distinta a un funcionario.

Ahora el dilema que se nos presenta es el de que pasa jurídicamente ante el evento de que se haya celebrado una conciliación, llegando las partes a un acuerdo especial, donde ponen fin al conflicto o a la controversia, levantándose un acta, como se a enunciado, para que exista el acto conciliatorio, pero esta acta no reúne los requisitos mínimos que debe contener. Es que por sustracción de materia, el acta debe reunir unos requisitos mínimos en forma genérica, para todo acto en audiencia. Esta norma relaciona como requisitos mínimos que el cuerpo del acta deberá ser autorizada por el juez y firmada por quienes intervinieron en la diligencia; las actas de conciliación, a saber: a.) Nombres exactos de los intervinientes; b.) La controversia a debatir o debatida con la peticiones de cada parte, los hechos en que se fundan y las pruebas aportadas; c.) Los acuerdos logrados especificando las obligaciones que han contraído cada una de las partes, con claridad establecer o relacionar las condiciones, plazos y montos de las contraprestaciones convenidas; d.) Si es parcial, especificando los puntos no conciliados y si no hay conciliación, especificando las causas del disenso y la parte responsable del desacuerdo; e.) Por último tenemos como requisito, las firmas del conciliador y de las partes que en ella intervinieron. Estos requisitos deben cumplirse, pues la ley los exige para darle al acto la seriedad que se merece; máximo tratándose de

conciliación, donde el acto conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. Y para ello se requiere el lleno de todos los requisitos antes anotados.

Qué pase ante la ausencia de alguno de los requisitos anotados anteriormente frente al acto conciliatorio. Al existir acta no podemos decir que el acto sea inexistente, pero sí que adolece de alguno de los requisitos legales y por ende de vicios.

Como se trata de requisitos que legalmente están regulados, se tendría que ante la inobservancia u omisión de alguno de ellos, que son intrínsecos a la naturaleza del acto conciliatorio, lo que pasa es que el acto caería dentro del efecto o la sanción establecida dentro del Art. 1697 del Código Civil, actualizado a 24 de junio del 2005, esto es, la nulidad absoluta por la causal de inobservancia de algún requisito o formalidad que la ley ha establecido para el valor del acto conciliatorio, dada la importancia y la naturaleza del acto. Sin embargo sea escuchada la opinión de algunos, quienes opinan que el efecto sería la nulidad, pero la relativa, que consagra el inciso final del artículo en mención, por tratarse de una irregularidad, pero no de aquellas que la ley consagra para el valor del acto. Otros, por el contrario, han opinado que ante tal eventualidad el efecto es simplemente de ineficacia del acto. Esta última opinión no es muy acertada, pues atendería contra la seriedad y buen nombre de la institución de la conciliación, que si así fuera, caería en el ridículo, toda vez que de nada serviría celebrarse, sin el lleno de los requisitos, y ni siquiera tendría sanción ni efectos.

Con lo anterior hacemos énfasis en la idoneidad en que debe estar el conciliador, pues en el proceso es quien está encargado de la elaboración del acta, de su redacción, debiendo prestar toda la atención para que los requisitos exigidos en la Ley de Arbitraje y Mediación en su Art. 47 se cumplan, para de esta manera el acta o documento que recoge la conciliación tenga la fuerza jurídica suficiente para constituir título ejecutivo y sea oponible a calidad de cosa juzgada. Por otra parte como el acuerdo conciliatorio puede ser complejo, es decir, que contiene una serie de actos que se desarrollan en las distintas etapas, entre ellas, la de interacción de los sujetos, dentro de todos esos actos puede surgir acuerdos parciales, generadores de obligaciones y derechos para las partes; uno de esos puede ser el acuerdo que se tiene de prometer la celebración de un acto solemne posteriormente, como prometer celebrar un acto de compraventa o permuta sobre una finca o predio. Cuando esto sucede, el acta o formalidad conciliadora debe

reunir los requisitos especiales, sino los reúne, esto es, que del contexto del acta no se desprende el lleno de los requisitos o formalidades exigidos por la ley, el acto es nulo absolutamente, por ministerio del Art. 1697 del Código Civil. Con todo lo anterior concluimos que tratándose de conciliación, el acta puede caer en vicio, generador de nulidad, ya absoluta, o relativa, no solo por su forma, sino porque no contiene las menciones o requisitos que exige para la formación de ciertos actos, si en ello va incluido un acto o contrato, a su vez de naturaleza solemne.

4.4.- Trámite por incumplimiento de conciliación extrajudicial.

Desde el comienzo de estos comentarios, hemos venido afirmando que la conciliación debe nacer a la vida del derecho como consecuencia de una necesidad latente en la vida social del país, con un trasfondo social como es conseguir un mecanismo más práctico en la solución de los conflictos. Cuando hablamos de conciliación necesariamente debemos asociarla con conflicto con controversia o divergencia de posiciones entre dos o más personas; y el ideal de esta institución debía ser, tratar de evitar someter ese conflicto o controversia entre las personas a un litigio.

Pero decimos que la conciliación como una solución a una necesidad latente en la sociedad, la que tenía dos aspectos: tratar en lo posible de poner en los particulares la solución directa de sus conflictos, esto es, desjudicializar la solución de los conflictos, y el segundo aspecto, tratar en lo posible de descongestionar la administración de justicia, implantando un mecanismo que tratará de evitar el litigio, o si lo había, se diera por terminado.

Es que la sociedad se había venido acostumbrando a desplegar conductas arbitrarias, por decirlo así, haciendo una “lucha por el derecho”, pero utilizando mecanismos un tanto injustos, como el someter cualquier controversia a un pleito o litigio, sin agotar una etapa armónica como es el arreglo directo. La sociedad se acostumbró a pensar que el único mecanismo de la solución de su conflicto era el proceso y que no podía lograr sus propósitos si es que no sometía el caso a conocimiento de la administración de justicia, como órgano del poder encargado de esas funciones.

Y siempre que nos encontremos en situación de conflicto entre dos personas, comprendemos que previamente existe una situación jurídica sustancial entre ellas y que surge de ella una divergencia, un disentimiento, una controversia que le corresponde al Estado entrar a proveer los medios necesarios para su solución, como función social y constitucional. Notando que la conciliación es una forma justa y rápida de solución de conflicto o de litigio.

Cómo administrar justicia es una función que le compete exclusivamente al Estado por mandato humano y social, lo mismo que constitucional, le corresponde a él mismo los marcos teóricos en los que se pueda desarrollar la actividad de su órgano especial encargado de la solución de los conflictos, que entre particulares y entre éstos y el Estado se presenten.

Pero se llega a la situación crítica de un Estado, en la que éste se siente imponente para absolver por sus propios medios la solución de todos los conflictos que se presentan entre los particulares; entonces se ve en la necesidad de desjudicializar las soluciones, permitiendo que personas distintas al órgano jurisdiccional puedan intervenir en la solución de tales conflictos con fuerza vinculante y de oponibilidad entre las partes contendientes e incluso con terceros. Esa “delegación” o permisión a órganos e institutos distintos al jurisdiccional del Estado, para que ejerza la función de arreglar controversias, no puede ser arbitrario, sino que debe estar debidamente establecido en normas que regulan las personas que puedan hacerlo, el conjunto de actos que deben desarrollar, las etapas y la forma de las decisiones. Todo esto está contenido en un conjunto de normas jurídicas que determina los procedimientos, mecanismos, actuaciones, personas y formas como un conflicto se puede solucionar sin agotar el instituto llamado proceso.

PRINCIPIOS DE PROCEDIMIENTO QUE DESARROLLA LA CONCILIACIÓN.-

Tanto el arbitraje y la mediación son formas extrajudiciales de solucionar conflictos o controversias. La relación de estos principios con la Ley de Arbitraje y Mediación es que todos los centros de mediación y arbitraje deben establecer reglamentos que deben ir de acuerdo a estos principios.

- PRECISIÓN.- En aras de comprender el trasfondo jurídico procesal que contiene la conciliación, es preciso establecer qué principios de procedimiento o procesales se desarrollan con este instrumento. Estos principios son comunes a las distintas áreas del procedimiento, pero en honor a la verdad por la especialidad va más orientado al comentario en materia procesal civil, por considerar que es la materia matriz de la que puedan utilizar otras materias y por la experiencia que al respecto se tiene.

- DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE PRECLUSIVIDAD.- Este principio es aplicable, en donde la ley a querido que la conciliación se celebre solo en una etapa previa al proceso, como en el campo laboral y, como dijimos, como requisito o presupuesto para poderse incoar la acción. Sin embargo en otras materias, se da en cualquiera etapa procesal antes de dictarse sentencia de primera instancia, en donde la conciliación tiene un término o etapa precisos para su celebración.

- ECONOMÍA PROCESAL.- Examinada la orientación que motiva la creación de la figura de la conciliación, la filosofía finalista que contiene y la necesidad para su implantación, de su contexto general se comprende claramente, que con la celebración de la conciliación, estamos en presencia del principio de economía procesal. Ella se celebra en audiencia y, como tal, se procurara el mayor número de actos procesales en un mismo momento, se procura evitar un litigio eventual, o si lo hay, su terminación, sin que se llegue a agotar toda la actividad del aparato del Estado en la solución del conflicto; se pretende, además, poner en manos de los mismos particulares que sufren la controversia, la solución, evitándose gastos innecesarios que se ocasionan en el transcurso de un proceso, lo mismo que la angustia de las personas que a él se someten.

- DE LA ORALIDAD.- Con esta institución procesal se desarrolla el principios de la oralidad, toda vez que toda la actuación se surte dentro de una audiencia, con la presencia directa de las partes, quienes pueden exponer sus posiciones en forma verbal, sin que exista posibilidad de presentar escrito o proponer formas de arreglo previamente elaboradas, sin que se puedan presentar peticiones ajenas al objeto de acuerdo. El hecho de todas las manifestaciones de voluntad, los pormenores de la actuación surtida por los sujetos en la conciliación, se implanten en un acta, no quiere decir que no se adelante el principio de oralidad; el acta es una solemnidad que además sirve como medio de prueba y como requisito esencial de prueba de la ocurrencia de la conciliación y de las

estipulaciones que conforman el acuerdo. Sin que se olvide que en el desarrollo de audiencia hay debates y comentarios que no necesariamente se insertan.

Con ello se extiende este principio a todos los procesos ordinarios, y a los ejecutivos que sean susceptibles de la práctica de este instituto procesal de la conciliación.

- DE LA INMEDIACIÓN.- Una de las cosas más destacadas que regulan la conciliación está la del desarrollo de tan importante principio. Es que cuando la celebración de la audiencia se hace ante el juez, éste debe estar debidamente enterado de cuál es el objeto del litigio, es decir, que debe tener conocimiento del contenido de las pretensiones, de la contestación de la demanda y de las excepciones propuestas, de los medios de prueba aportados por las partes o practicados hasta el momento. La institución, tal como surgió desde el proceso verbal, establece la obligación de que el conciliador, en especial cuando éste es el mismo juez, se entere de cuál es la esencia de la controversia; en otras palabras, debe identificar el conflicto, para de esta manera poder orientar a las mismas partes en la decisión a tomar. Debe escuchar personalmente la posición de cada una de las partes, sus razones y planteamientos, las interrogará en todo aquello que sea oscuro o tenga asomo de duda o constituye el punto álgido del conflicto; el conciliador instará personalmente a las partes para el avenimiento del acuerdo. Escuchadas una y otra razón, más las piezas procesales que tenga a la mano o los documentos que le hayan aportado al conciliador, si ve que no llegan al acuerdo, procederá a proponer las fórmulas de arreglo equánimes y justas, con la facultad incluso de interrogar sobre lo pertinente del conflicto o litigio. Lo anterior más la conducta de “ablandamiento”, constituye un claro desarrollo de lo que es la intermediación. El juez o conciliador especial, puede observar, percibir, enterar y comprender, frente a las partes, la situación de conflicto y tomar las medidas necesarias para el buen resultado del acto.

- DE LA PERSUACIÓN RACIONAL.- Debe recordarse que en la conciliación hay la intervención de un tercero en el litigio como es el conciliador, quien enterado en debida forma del objeto de la controversia, esto es, quien identifica el conflicto, procede a orientar la actitud de las partes por un camino, determinado por la lógica por la experiencia personal y de los demás sujetos. En el proceso conciliatorio necesariamente tiene que haber una actitud valorada de cada uno de los medios de prueba que los sujetos tienen a su alcance; actitud que proviene en primer lugar de los conflictuantes,

pero en especial del conciliador, quien es la persona llamada a darle un valor a ellos, utilizar la sana crítica y los conocimientos que tenga en la materia y en profesión del derecho. Consideramos que tan importante principio probatorio no podía estar alegado en el trámite conciliatorio y que por el contrario, constituye pilar fundamental para el buen manejo y desarrollo de la audiencia y del acuerdo a que se llegue.

CARACTERÍSTICAS PROCESALES.- Conformes con la definición antes dada, se pueden desprender algunas características que la identifican de algunos otros institutos o entes procesales, características que podemos resumir en:

“Según la Ley de Arbitraje y Mediación”, Es instrumento procesal, es mecanismo de solución de los conflictos; su celebración no proviene de la mera autonomía de la voluntad de las partes; es necesaria la presencia de un tercero, mediador o conciliador objetivo e imparcial; el acuerdo lo dan las partes; es obligatorio; el acuerdo cualquiera que éste sea, y constituye derecho y fuentes de obligaciones con carácter ejecutivo; y, es instrumento con carácter de cosa juzgada material.

ES INSTRUMENTO PROCESAL.- Consiste esta característica en que es un paso, etapa o acto que se debería evacuar dentro o fuera del proceso, en aquellos casos que por su naturaleza y porque la ley lo impone, se hace exigible su celebración. Esta etapa o paso está debidamente reglamentada o establecida en la ley de la materia, donde se indica su procedencia, su ritualidad y los efectos tanto procesales como substanciales que produce. Además, como lo vimos antes, la conciliación constituye, en la mayoría de la áreas, un acto pre ordenante y condicionante a otro paso o acto procesal, que se debe seguir en el proceso, situación ésta que está debidamente establecida en la ley para el tipo de proceso y de materia de que se trate.

MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.- Ya hemos vistos en varios aportes que últimamente, ante la presencia de una situación caótica del Estado en que a duras penas puede resolver las controversias sometidas a su conocimiento, por tener la función pública la obligación y deber de proveer una “pronta y cumplida justicia” se despertó la mentalidad o tendencia afortunada de tratar de recurrir a otros mecanismos distintos de un juicio procesal, para que con ellos se logre llegar a dirimir un conflicto. Entre esos mecanismos está la conciliación. Es que en países como el nuestro, donde la

tasa poblacional es mayor y compleja, donde el mercado y las relaciones de negocios se hacen cada día más complejos, unido a la mentalidad irresponsable del pueblo, de no preocuparse por respetar y dar cumplimiento a los convenios realizados, hace que el número de conflictos se aumente en tal forma que el aparato del Estado, encargado de su solución, sea cada vez más impotente en la resolución y restablecimiento de la situación jurídica a él sometida. De ahí que se aspire a buscar otras alternativas de solución que traten en lo posible de impedir que el conflicto llegue a conocimiento del aparato jurisdiccional y que no traspase el ámbito de una solución probada, por las mismas partes, persiguiendo de esta manera la desjudicialización de los conflictos.

Lamentamos que las legislaciones anteriores no haya comprendido esta situación y no le haya dado el alcance que la conciliación tiene como mecanismo idóneo de solución de conflictos y mecanismo por medio del cual se debe propender por evitar un pleito y de esta forma evitar el sometimiento del caso a la rama jurisdiccional; si lo hubieran considerado así, hubiesen tratado a la conciliación como un mecanismo obligatorio, pero antes del proceso, esto es, como un presupuesto necesario para poder ejercer el derecho de acción ante la jurisdicción. Sentimiento que tenemos y que clamarnos, pues no comprendemos cómo se desperdicia el mecanismo, celebrándose dentro del proceso, donde las partes ya no están en la mira del arreglo, pues sus cargas económicas ya están dadas y no les asiste mayor interés en el arreglo.

SU CELEBRACIÓN NO PROVIENE DE LA MERA AUTONOMÍA DE LAS PARTES.- Para ella, no es porque las partes lo quieran o porque surgió de la iniciativa de quienes conforman el conflicto, sino porque la ley de mediación y arbitraje se lo impone, no como una carga procesal, sino como una obligación procesal, no sólo para las partes, sino para el juzgador dentro del proceso litigioso.

Es que si quiere imprimir la importancia que merece la conciliación y el realce a la administración de justicia, debe imponerse la conciliación como presupuesto para accionar, y dentro del proceso como mecanismo dispositivo o no inquisitivo; que sean las mismas partes o el juez, quienes sin apremios, al ver las condiciones y situaciones propendan a la solución del conflicto sin necesidad de sentencia judicial, sino con la utilización de otras alternativas como lo es la conciliación.

PRESENCIA DE UN TERCERO, MEDIADOR O CONCILIADOR.- Siguiendo las características anotadas al principio de estos comentarios, anotábamos cómo la conciliación se caracteriza por la presencia de un tercero, objetivo e imparcial, quien actúa junto con las partes directamente y en quien debe recaer una serie de cualidades y habilidades. Ya lo vimos al estudiarlo, que éste debe ser calificado, respetable, imparcial, conocedor del tema y del caso, objetivo, convincente, sin vínculos de ninguna índole con las partes y de gran dominio de situaciones similares. El legislador ha sido muy celoso en no permitir que cualquier persona actúe como tal, exigiendo que quien participe como conciliador sea, o un funcionario (juez), o un ente privado debidamente autorizado por la entidad oficial respectiva, que previo estudio de idoneidad en cuanto al personal e instalaciones, le expida la orden para actuar en la solución de conflictos entre personas.

Entonces no cualquier persona por más dotes de experiencia y respetabilidad, de honorabilidad e imparcialidad, de objetividad y sapiencia que tenga, puede servir de conciliador; la capacidad para actuar está debidamente regulada en la ley de tal manera que quien no actúe dentro de esos parámetros y exigencias será tildado de incapaz, con las consecuencias vistas en el aspecto sustantivo.

EL ACUERDO PROVIENE DE LAS PARTES.- Pese al ámbito y los aspectos jurídico y procesales que tiene la conciliación, por el mero hecho de llevarse a cabo su celebración no quiere decir que conlleve efectos jurídicos, tanto substanciales como procesales. En efecto, el solo encuentro de las partes ante un tercero, como es el conciliador no acarrea ningún efecto; este encuentro no les da ni les quita nada a las partes; se trata de una situación que la deben conocer las partes y que deben estar coincidentes de ella. Es que el éxito del encuentro está en la medida en que la situación de disentimiento entre las partes se acabe, bien sea por iniciativa directa de las partes o de una de ellas, o por la intervención eficaz del conciliador. Pero, pese a la característica inquisitiva que se le a querido dar a la conciliación, su prosperidad y su éxito dependen de la facultad de las partes, quienes son directamente las llamadas a expresar su voluntad de consentimiento o de acuerdo. Esta característica, que si bien esta expresamente establecida en la ley, si constituye parte de la esencia de la institución, que la doctrina, no solamente jurídica sino psicológica, ha esbozado para un mejor entendimiento.

Así, tenemos que no basta el esfuerzo del conciliador, las fórmulas que proponga y los consejos que dé, se requiere la expresión de la voluntad de las partes, de consuno, dirigida inequívocamente al consentimiento o acuerdo; si no hay avenimiento a lo propuesto, no hablarse de conciliación, ni mucho menos de efectos jurídicos. La manifestación de la voluntad debe ser convergente en cada una de las partes, que llegue a un punto de consentimiento, pero propio de la parte respectiva, que ella misma expresa su voluntad y no por la mera adherencia que haga de la fórmula de arreglo propuesta por el conciliador; todo esto para evitarse malos entendidos, que afecten directamente en la recta administración de justicia.

ES OBLIGATORIA.- Otra característica procesal es la obligatoriedad de lo acordado en la conciliación que se presenta bajo dos aspectos importantísimos, a saber: Por su celebración y por sus efectos.

En cuanto a lo primero, es porque la ley ha establecido la necesidad de celebración de la institución dentro del procedimiento, bien sea como presupuesto previo para accionar o mecanismo dentro del proceso, constituyendo de esta manera una etapa más, importante en el tránsito de la solución del conflicto por vía judicial, que debiendo ser uno de los medios idóneos de la desjudicialización de los conflictos, se ha convertido en un paso necesario dentro del proceso, que se inició con él. Entonces se debe entender que la conciliación, hoy por hoy, constituye un paso importante e indispensable dentro del proceso para llegar a la solución del conflicto. Pero esta obligatoriedad, como ser lógico, no debe entenderse que siempre en el proceso debe haber conciliación, esto es, acuerdo; la obligatoriedad consiste en que para algunos procesos debe haber una audiencia en la que se intente la conciliación, en la que se enfrente a las partes con el proceso y con el conflicto en sí.

El segundo aspecto de la obligatoriedad de la conciliación consiste en que una vez se llegue al acuerdo o arreglo en el conflicto, las decisiones que se tomen para generar las contraprestaciones por cada uno de los conciliantes, son de estricto cumplimiento, hasta el punto de que la ley le ha dado el carácter de ejecutividad al acuerdo que se llegue, por lo que el beneficiario de la obligación, es decir el acreedor, puede hacer exigible la obligación comprometida, por la vía ejecutiva. Este segundo aspecto también

comprende las circunstancias de que el acuerdo a que se llegue constituye cosa juzgada material, por lo que no se puede someter de nuevo a juicio o discusión jurídica, a no ser que existan vicios de validez o existencia, como lo vimos.

Esta característica, importantísima para la seguridad en las relaciones, y si se hace la audiencia ante un juez, con mayor veraz, para el realce de la administración de justicia, tiene como efectos que la conciliación acarrea la su característica de ser generadora de derechos y obligaciones y por ende de situaciones jurídicas nuevas o concretas, que tienen la consecuencia lógica de ser ejecutables por la vía coercitiva y de no ser sujeta a nueva discusión jurídica entre las partes que conformaron la audiencia conciliatoria, por constituir cosa juzgada.

4.5.- La Conciliación como acto preprocesal.-

Para podemos dar a entender lo que se quiere con esta expresión, es menester recordar algunos fenómenos procesales que guardan relación, como son: proceso, procedimiento y presupuesto procesal. Por nociones elementales de derecho procesal, tenemos que proceso es un fenómeno jurídico procesal complejo, que se tiene como ente especial para la solución de conflictos, instituido como medio único y necesario para que el Estado ejerza su función jurisdiccional. Así, se ha denominado el proceso, como aquel conjunto de actos efectuados por los sujetos determinados por la ley, tendientes a la solución de un conflicto y siguiendo estrictamente unos pasos o etapas llamado procedimiento. El proceso como tal, constituye un elemento o instrumento que se debe seguir, ceñido a unos pasos y etapas, con la intervención de los sujetos que la ley ha determinado para cada caso o pleito en particular, requisito constitucional que a su vez enmarca un derecho fundamental que cada individuo tiene como garantía en la lucha o defensa de su derecho particular de que se trate.

Por su parte, el procedimiento es el conjunto de pasos o etapas que se deben seguir y agotar en la tramitación de toda actuación en aras de la resolución del conflicto. Existirá proceso en la medida que se agote cada uno de los pasos que la ley establece para el desarrollo de cada caso en particular. Puede haber o hablarse de procedimiento aunque no haya proceso o aunque no se trate de proceso, por lo que se puede afirmar que todo

proceso requiere de la presencia y cumplimiento de un procedimiento, mientras que no todo procedimiento requiere para su desarrollo de que se hable o de que estemos ante un proceso.

Por último, se entiende por presupuesto, como el requisito indispensable que la ley ha establecido para la procedibilidad de un acto procesal determinado, dada la naturaleza jurídica del acto, sin el cual éste no nace a la vida jurídica o nace pero viciado, y sí se trata de un requisito dentro de un procedimiento, la ausencia de ese requisito acarrearía la solución de continuidad y el rompimiento del hilo procesal requerido por la ley.

Refiriéndonos a lo que es el presupuesto procesal, al seguir una serie de pasos o etapas para el desarrollo de un proceso determinado, aparece la noción procesal de lo que es el “acto pre ordenante y condicionante”, que consiste en aquellas piezas, actos, elementos o ingredientes procesales que en el transcurso del proceso se hacen necesarios de su presencia, de lo contrario constituirá una irregularidad capaz de acabar con la continuidad y por tanto, generar una irregularidad capaz de constituir causal de nulidad. Hay entonces presupuestos procesales para la acción, para las pretensiones, para la sentencia de mérito y para la validez del procedimiento y del debido proceso.

Al referirnos a la conciliación como presupuesto procesal, debemos tener en cuenta que depende de la clase de proceso o de área en el Derecho de que se trate. Según el área, la conciliación será requisito previo de procedibilidad para accionar, de la alegación de una u otra pretensión o de procedencia de una sentencia que ponga fin al conflicto en una forma válida.

LOS CENTROS DE CONCILIACIÓN.- La costumbre y la necesidad mercantil dio la pauta para que en algunas cámaras de comercio, se crearan ciertos entes integrados por personas expertas en la técnica de arbitraje y conciliación, gozaban de cierto prestigio por su labor encomiable en la solución de conflictos entre los comerciantes. La situación fue creando la necesidad de comprender que la administración de justicia no es suficiente para dar solución pronta a todas las situaciones de conflicto, motivo por el cual se instituyó la conciliación como fórmula mágica para solucionar la controversia y al mismo tiempo descongestionar la administración de justicia. Pero fácil era entender, que no solo el juez puede tener la destreza en el manejo de la interacción entre

conflictuantes; también hay y las debe haber, otras personas expertas en el manejo de estas situaciones de conflicto, dedicadas exclusivamente al manejo de controversias, que de pronto con mayores y mejores resultados pueden intervenir en las soluciones, por contener adecuaciones logísticas apropiadas y mejores técnicas en el manejo de esta clase de actos.

Por eso habré las puertas a la posibilidad de desjudicializar la solución de conflictos, dando la posibilidad para que entes privados puedan intervenir en cada relación jurídica en controversia interviniendo como conciliadores y dándole al acto el valor suficiente para que produzca los efectos jurídicos, tal como si se tratara del celebrado ante un juez. Esos entes privados creados por la ley son llamados “Centros de Conciliación”.

Se reglamenta la institución de los centros de conciliación, estableciendo un marco jurídico dentro del cual estos pueden constituirse, con la advertencia que las condiciones, requisitos y sujetos que las conformen, deben estar debidamente reglamentados y desarrollados en las resoluciones reglamentarias que la Función Jurisdiccional establezca para la posibilidad de autorización para su funcionamiento.

Quienes deben constituir Centros de Conciliación, son según el Art. 52 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Las asociaciones, Municipios, Consejos Provinciales, fundaciones, agremiaciones, corporaciones y las Cámaras de Comercio. Al parecer, del tenor de la norma citada ninguna otra de las agrupaciones enunciadas está en condiciones de obtener la aprobación que se requiere y la autorización por parte del Consejo Nacional de la Judicatura para funcionar y servir de conciliadores. Es que se requiere que el centro de conciliación cuente con un número mínimo de cien miembros y por lo menos de dos años de existencia, lo mismo que de una autorización previa por parte de la Función Jurisdiccional.

Ahora, de esos cien miembros deben escogerse los llamados conciliadores, interpretación legal un tanto flexible, a diferencia de algunos quienes han opinado que como mínimo de conciliadores que debe contener un centro es cien, lo que no compartimos, pues sería absoluto para unos pocos entes o entidades, creándose el monopolio.

Vale la pena advertir desde ya que los centros de conciliación están dotados legalmente de la facultad para intervenir en el acto de conciliación en cualquier área del Derecho de que trate el conflicto, y sin consideración a si existe o no proceso. Basta con que un particular o las partes en un conflicto, así lo exijan o lo soliciten, para que se abran las puertas al respecto.

EFFECTOS PROCESALES DE LA CONCILIACIÓN.- PRECISIÓN.- Como hemos analizado, la conciliación a más de ser un acto jurídico sustancial, lo es con mayor razón acto jurídico procesal, no solo por ser una institución procesal, sino porque constituye una etapa más dentro del conjunto de actos que los sujetos en el proceso deben adelantar y efectuar para la legalidad y desarrollo del litigio.

En donde más se muestra la conciliación, en donde más importancia reviste el instituto, no sólo para las partes, sino para la administración de justicia, es en el campo procesal, donde los efectos salen a la vista, en donde el impacto se siente en las partes y donde socialmente tiene el asidero que se merece; los efectos procesales son tan importantes. Esos efectos procesales son: La cosa juzgada, el título ejecutivo y la terminación anormal del proceso.

LA COSA JUZGADA.- Es la ley la que ha establecido que determinadas instituciones, que taxativamente se consagran, adquieran una calidad especial y sean sacadas del conocimiento del mismo Estado, para no ser sometidas a nuevo debate dentro de un juicio judicial. Tal como hemos venido analizando los aspectos de la conciliación, ésta tiene tanto de sustancial como de procesal, y si la cosa juzgada es más de índole procesal que sustancial, tratamos este aspecto dentro de los efectos procesales de la conciliación, con el único fin de ser un poco más explícito en el tema y hacer más entendibles los efectos.

Para ellos es preciso, en primer lugar, saber qué es cosa juzgada determinar su esencia o naturaleza jurídica y proponer algunas características.

Por cosa juzgada entendemos aquella situación en que se encuentra determinado fenómeno o institución jurídica, en que la ley, por razones de orden público ha querido que no sea sometida a decisión y debate judicial, al darle la característica de ser

imperiosa, inmutable y definitiva. La cosa juzgada vincula no solo las partes en una relación sustancial, sino al Estado, por intermedio de su aparato judicial, para hacer que un determinado asunto, una determinada situación jurídica no sea sometida a un proceso por revestir firmeza, inmutabilidad, eficacia, obligatoriedad e impedimento de acción. Es la ley, como forma de manifestación del Estado, la que establece que un determinado asunto, fenómeno o institución jurídica, adquiera la calidad de ser cosa juzgada.

La naturaleza jurídica de la cosa juzgada consistente en que por voluntad de la ley, frente a una determinada situación jurídica, el Estado ha perdido la potestad jurisdiccional, bien sea porque ya tuvo la oportunidad de agotar un procedimiento caso de las sentencias ejecutoriadas, ora porque la ley le impide la procedibilidad de conocimiento (caso de la transacción y la conciliación). La cosa juzgada es, entonces, una situación que la ley le da a un determinado instituto procesal, con lo que se garantiza la estabilidad de una situación jurídica existente entre unos sujetos o partes, da seguridad de mutabilidad y da estabilidad social; al perseguir la cosa juzgada, que un caso no sea sometido a la acción del aparato jurisdiccional, evita la posibilidad de que aparezcan situaciones idénticas contradictorias, que acaban con la seguridad jurídica, acarreando peligro social que necesariamente atenta contra el orden público.

Por los anteriores comentarios, encontramos que la cosa juzgada goza de algunas características que la identifican, con lo que se desprende que se trate de un instituto con ribetes sustanciales, pero que influyen en el campo procesal, que es donde más se caracteriza. Entre ellas tenemos: a.) Es de exclusiva obligatoriedad, tanto para las partes como para el Estado, de tal manera que ante el evento de que una de las partes la irrespete, la otra la debe alegar como excepción previa o de fondo, para algunos sería causal de nulidad, y, por último, sería una causal de revisión según las circunstancias; b.) Es inmutable, porque la figura jurídica que por ley hace trámite a cosa juzgada, no puede modificarse ni siquiera con la intervención del aparato jurisdiccional; c.) Es impeditiva de jurisdicción, toda vez que, según los entendidos, cuando una relación jurídica está respaldada por la autoridad de cosa juzgada, se presume que están satisfechas todas las pretensiones y, por ende, impide a las partes el ejercicio del derecho de acción para el caso en concreto y al Estado le inhibe ocuparse de conocer, por ser un caso sin pretensión valedera ante el Derecho, tanto sustancial como procesal; d.) Lo es por voluntad de la ley, ya que el Estado dentro de su soberanía que se

manifiesta en la ley, ha querido darle a ciertos fenómenos la autoridad de cosa juzgada para que de esta manera él no tenga que conocer nuevamente del asunto y que con ella se le impedía hacerlo, impone la autoridad de cosa juzgada a la transacción y la conciliación. Con esto se enuncia que la cosa juzgada lo es por ministerio de la ley, porque el Estado así lo ha querido para darle seguridad y garantía social a ciertas instituciones jurídicas.

ALCANCES DE LA COSA JUZGADA.- Es extensa la doctrina que ha desarrollado el marco de acción en que se adecua la cosa juzgada en un determinado caso. Sin embargo, el Art.300 y 301 del Código de Procedimiento Civil que regula la autoridad de cosa juzgada en la sentencia, determina el alcance de la institución, recogiendo así doctrinas abundantes al respecto. Tradicionalmente se ha hablado que el alcance de la cosa juzgada va hasta los límites de identidad que son tres: identidad de objeto, identidad de causa e identidad de sujeto. Lo primero, identidad de objeto, consiste en el conflicto en sí, es la base de la decisión o del acuerdo a que han llegado las partes, la controversia que origino el litigio o el trámite arbitral o conciliatorio; lo segundo, la identidad de causa, consiste en que sean unos mismo hechos que sirven de fundamento a una determinada petición, toda vez que hace relación a lo que se ha denominado causa petendi, que consiste en la razón que invocan a las partes en sus posiciones de acción o de excepción; por último, lo tercero hace relación a la identidad de sujetos o de partes que consiste en que la cosa juzgada cobija a todas las personas que formaron parte en la relación jurídico procesal o a quienes de una u otra forma las vincula porque depende de una de las partes.

En efecto, a excepción de todas aquellas decisiones judiciales que tienen efectos “erga omnes” (contra todos). Cuando las resoluciones alcanzan incluso a quienes no han sido parte del litigio, la cosa juzgada vincula y obliga sólo a los sujetos que fueron parte dentro del litigio y que fueron vinculados directa o indirectamente al proceso, siendo claro y abundante el criterio que se ha explayado en la doctrina y que no es el del caso ahondar en estos casos.

CUÁNDO SE PRODUCEN EN LA CONCILIACIÓN LOS EFECTOS DE COSA JUZGADA.- Al respecto consideramos que no basta con el acuerdo a que han llegado las partes bien sea parcial o total, y con relación al conflicto. La ley ha establecido que

no basta el acuerdo que se encuentra inserto en la acta respectiva; se requiere de un acto decisorio por parte del juez, acto que se manifiesta mediante un auto con el que se imprime un toque de legalidad a la conciliación, calificando el acuerdo de estar ajustado a los mandatos de la ley que rija el caso debatido.

Corolario a lo anterior se dice que la circunstancia específica para que sea prospero el alegato de haber cosa juzgada con base en la conciliación, es que se debe aportar con la petición, constancia de ella, que no es otra cosa que el acta que recoge la audiencia respectiva, junto con la copia del auto que la apruebe y declare que el acuerdo está ajustado a derecho y no viola o vulnera derecho de las mismas partes y de terceros. Mientras no existan esos presupuestos, y piezas procesales, no puede hablarse de cosa juzgada. Todo lo anterior, pese a que el trámite sea antes del proceso y en forma extrajudicial.

CONSTITUYE TÍTULO EJECUTIVO.- Las mismas normas que establecen la circunstancia de que la conciliación hace tránsito a cosa juzgada, han regulado que también constituye título ejecutivo. Pero en cada una de las normas que lo consagran hay una exigibilidad para el conciliador en especial, cual es, que debe quedar inserta en el acta una claridad específica de cuáles son las partes objeto del acuerdo, de cada una de las obligaciones asumidas por las partes, procurando establecer los respectivos montos, cargas, condiciones de exigibilidad, plazos concretos y ciertos, y demás circunstancias que determinen que se trata de convenio respecto a una obligación clara, expresa, exigible y que proviene de una de las partes en forma concreta.

“El acta de transacción” emanada de la conciliación, de la mediación, es título ejecutivo. (Art. 413 Código de Procedimiento Civil).

Desde luego que se trata de un título ejecutivo complejo. Es que, según las normas, no solo el acta que contiene el acuerdo conciliatorio es suficiente para la constitución del título, se requiere además de una manifestación especial por parte del conciliador o de la autoridad respectiva, que convalide ese acuerdo, de que está ceñido a la ley o que está conforme a derecho.

En materia Civil, si bien es cierto, el acta que la recoge presta mérito ejecutivo (Arts. 413 y 195 del Código de Procedimiento Civil). No obstante, puede presentarse el caso que quien sirva de conciliador adolezca de conocimientos en la técnica de elaboración de un acta que recoja una audiencia, y en ella no logra insertar cada una de las expresiones de las partes, por lo que con ésta no se logra contener todos los puntos concretos que constituyen el acuerdo, quedando vacíos, incongruencias, imprecisiones o contradicciones que impiden que el elemento sea constitutivo de título ejecutivo para las partes, al no contener una obligación clara, expresa o exigible.

De todos modos, no puede predicarse tan alegremente que toda conciliación, pese a tener un auto aprobatorio que la declara estar conforme a Derecho, constituye título ejecutivo, en cualquier rama del derecho que sea, pues debe, sin embargo, reunir los requisitos mínimos del título ejecutivo, pese a que la norma diga, que un acto conciliatorio constituye título ejecutivo.

LA TERMINACIÓN DEL PROCESO.-

Una de las finalidades que hemos venido predicando en este escrito, que se recoge de los principios de la naturaleza de todo acuerdo conciliatorio y de la doctrina, es que con la conciliación se pretende prevenir un litigio y que si ya lo hay, que éste se termine. Si de descongestión de los despachos judiciales se trata, el propósito y fin de la conciliación, al menos como efecto procesal, es la terminación del proceso, cuando éste ya se encuentra en marcha.

Siguiendo esos lineamientos, en materia civil encontramos algunos aspectos que es necesario abocar en su análisis, de donde aparecerán variantes en la decisión que ha de tomarse frente a la continuación o no del proceso. Esos aspectos o variantes a que nos referimos, dependen de la vía procesal que las partes utilicen en aras al acto conciliatorio.

En efecto, cuando las partes deciden someter el litigio a un centro de conciliación, y en él se llega al acuerdo perseguido, es deber del conciliador o de las partes allegar copia de la acta contentiva de la conciliación a fin de que, el juez tome las medidas del caso,

mediante auto que se notificará; no es otra cosa que la terminación del proceso, que se hace por mera sustracción de materia.

Si la materia se celebra, coetánea e independientemente al proceso, en un centro de conciliación autorizado para ello, si se llega al acuerdo, de todas formas debe estar contenido en un acta, la que deberá allegarse al juez que conoce del proceso. Deberá examinar el acta y su contenido para ver si el acuerdo se ajusta a derecho y no lesiona flagrantemente a ninguna de las partes o no contiene colusión; en el mismo auto dará por terminado el proceso, siempre y cuando la conciliación no esté expuesta a condiciones (suspensiva o resolutoria) y las partes expresamente no lo impidan; por el contrario, si las partes solamente aportan el acta sin petición formal de darse por terminado el proceso (como sucede en la transacción que debe haber petición formal de parte) y además ve que del contexto del acuerdo hay condicione pactadas o plazos, no podrá dar por terminado el proceso y sólo se abstendrá de efectuar actuaciones por economía procesal, hasta tanto aquellas y éstos se cumplan en la forma pactada, caso en el cual sí dará terminación del proceso.

CAPÍTULO V

5.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1.- Conclusiones

1.- La perspectiva de una resolución de conflictos, rápida, ágil, eficaz, como una oportunidad de desarrollo, ha sido cercenada, limitando y reduciendo la visión de resolución, al proceso judicial, al juez y a la sentencia. Conforme los planes de estudio de nuestra universidad y de otras.

2.- La mediación como una nueva forma de resolver conflictos, va mucho mas allá de la descongestión de los juzgados, por que busca constituirse en una nueva forma de regulación social; en virtud de la cual las partes en conflicto se hagan dueñas de los resultados de sus controversias y se responsabilicen de ellas.

3.- El Arbitraje constituye un medio alternativo de solución Jurídica muy benéfico y que en la actualidad se lo trata de poner en auge por ser considerado como un instrumento ágil, sencillo, económico y sobre todo pacífico, pues son las partes en controversia quienes recurren a él, evitando con ello la inserción del pleito en el procedimiento ordinario ante los Jueces comunes.

4.- Es necesario reconocer la eficacia demostrada por el Arbitraje en el transcurso de la historia hasta nuestros días, de ahí que se la reconoce como una verdadera institución.

5.- Al Arbitraje en el Ecuador se lo presupone como Jurisdiccional, puesto que pese a sustraerse del campo de acción de la justicia ordinaria, debe recurrir a ella en la mayoría de los casos para poder hacer efectivo su laudo o sentencia.

6.- La actual Ley de Arbitraje y Mediación ha tratado, en lo posible, llenar las expectativas que le imprime la sociedad, pues ha realizado sustanciales cambios que permiten un mejor desarrollo y práctica del arbitraje, acogiendo vanas disposiciones que han resultado beneficiosas en el ámbito latinoamericano, así:

a.- La presente Ley de Arbitraje y Mediación ha simplificado no solo los requisitos por los cuales se pueda acceder al proceso arbitral, sino también, su procedimiento.

b.- Un gran avance constituye la amplitud en lo referente al campo de acción sobre el cual opera el Arbitraje, pues debemos recordar que anteriormente solo se podía someter las causas comerciales, cuando en la actualidad se lo puede ejercer sobre todo derecho susceptible de transacción.

c.- Un aspecto importante constituye sin duda alguna la autorización que hace la Ley a fin de que se pueda formar diversos Centros de Arbitraje o Mediación promoviendo con ello la práctica del arbitraje.

d.- Resulta beneficioso de igual manera la autonomía del convenio arbitral el mismo que subsiste pese a que se declare la nulidad del contrato celebrado por las partes.

e.- La aplicación de medidas cautelares a fin de garantizar los derechos de las partes que se consideren afectadas.

f.- Se debe reconocer también el impulso dado a fin de que las instituciones de orden público puedan acceder al arbitraje sin mayores inconvenientes.

g.- El principio de inmediación, no solo en lo referente a las pruebas, sino también al desarrollarse por medio de audiencias hace que la relación partes - árbitros sea de forma directa.

h.- La nulidad del laudo como única acción a la que podrá recurrir quien se considere afectado, resulta beneficioso si consideramos que el procedimiento arbitral debe ser expedito y de única instancia.

i.- El reconocimiento al Arbitraje Internacional en Latinoamérica conforme lo señala la vigente Constitución, el cual hasta antes de la expedición de la Ley no existía la posibilidad de ser ejecutada en el Ecuador, por ello su escasa aplicación.

j.- No cabe duda que el Arbitraje dentro de sus múltiples virtudes, se encuentra como una posible solución para descongestionar al sistema formal de administración de justicia, hoy por hoy tan saturada con trámites que bien se lo podrían conocer por la vía arbitral.

k.- No se desconoce la enorme importancia del proceso como un mecanismo más para resolver los conflictos. Pero creemos que ya es hora de que la universidad asuma su reto histórico y le brinde a la sociedad una nueva forma de regulación social y varias generaciones de verdaderos negociadores y efectivos administradores de conflictos.

5.2.- Recomendaciones

1.- En la actualidad, se ha evidenciado que el litigio no es la única forma de buscar soluciones a los conflictos, sino la negociación, de allí que es importante para el desarrollo de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, fomentar una cultura en este sentido, por lo que es menester que los centros universitarios, en sus escuelas de derecho, incluyan el estudio del arbitraje, la mediación, en sí la negociación dentro del pénsum de estudios, de modo que los futuros abogados no consideren el litigio la única forma de solución de problemas legales.

2.- Implantar curricularmente como materia de aprobación obligatoria, la teoría del conflicto, y las normas alternativas de resolverlo, ofreciendo además postgrados, maestrías, charlas, etc., para el estudiante, egresados y profesores, para que estemos al día en las nuevas formas de solución de conflictos.

3.- Se debe propender a que los Jueces y Ministros no retarden la ejecución de los laudos, además buscar una reforma a la Ley de arbitraje, en la cual no se admita la nulidad del laudo arbitral, que conlleva a entregar la competencia nuevamente a la

Función Judicial, con la demora propia de un juicio ordinario, eliminando la economía procesal alcanzada mediante el arbitraje.

4.- Estudiar la posibilidad de que la mediación tenga carácter obligatorio, antes de empezar cualquier proceso de orden legal, así por ejemplo en materia de contratos comerciales, al referirnos a la cláusula compromisoria de someterse al arbitraje en caso de existir un conflicto, es necesario que ésta no sea por voluntad de las partes sino más bien una cláusula obligatoria.

5.- Promocionar la utilización de las formas alternas de resolver conflictos y establecer que el recurso judicial es la última instancia a tomarse, cuando se agotaron todas las posibilidades de resolver el conflicto extrajudicialmente.

6.- Además considero, que pese a que no se debe dar publicidad al laudo, ya que debido a la privacidad del arbitraje no existe estipulación jurídica para que esto suceda, mas al tratarse de un arbitraje de entidades públicas, se debería ordenar su publicación.

7.- Impulsar a los estudiantes para que al amparo de la ley de Arbitraje y mediación y al amparo de las ventajas de algunos de los fondos no reembolsables de Organismos Internacionales, ingresen al campo de la resolución alternativa de los conflictos, creando sus propios centros de mediación.

8.- Ponderar que ante todo, cualquier conflicto de naturaleza que fuere, sometido sea a la consideración de un juez, de un mediador o de un árbitro, es un problema humano y debe ser tratado y resuelto como tal.

5.3.- Anexos

5.3.1.- Caso Práctico

ARBITRAJE ECUATORIANO SOBRE LOS ACTIVOS DE EMELEC

Es necesario recordar también un caso de arbitraje en el Ecuador, quizá uno de los más sonados, el realizado al valor de los activos de EMELEC, el mismo que para establecerlo se preveía un “Decreto Ley”³², decreto del cual se establece incluso el nombramiento de un tercero en discordia, más al estar involucrado el Estado ecuatoriano, el B.I.D. fue quien nombró el dirimiente para esta causa, fallo arbitral sobre el justo precio, el cual dio origen a siete juicios:

El Primero.- resuelto por el Presidente de la Corte Superior de Guayaquil, mediante el cual se declaró caducada la opción del Estado para comprar los activos de EMELEC.

El Segundo.- La demanda de nulidad presentada por el Procurador General del Estado, el 27 de Mayo de 1993, ante el Juez Quinto de lo Civil, quien posteriormente se inhibía de conocer, siendo el auto confirmado luego por la Cuarta sala de la Honorable Corte Superior de Justicia del Guayas, siendo apelado nuevamente por el Procurador General del Estado el 29 de Junio de 1995 y posteriormente propuso el Recurso de Hecho.

El Tercero.- La Empresa Eléctrica del Ecuador propondría Recurso Contencioso Administrativo el 27 de Abril de 1993, para impugnar la legalidad del acto administrativo del Ministro de Energías, quien impugnó el Informe Anual de EMELEC puesto a su consideración. El Tribunal Distrital Contencioso Administrativo fallo en contra de dicho acto, declarando su nulidad y aceptando por otra parte el Recurso de Casación propuesto por el Procurador General del Estado.

El Cuarto.- El 27 de Octubre de 1994, EMELEC demanda ante el Séptimo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil para que se designen peritos y avalúen los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del fallo arbitral. Cabe recalcar que posteriormente y con referencia a éste juicio, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia casa la Sentencia del Tribunal inferior, toda vez que se había omitido citar a PETROECUADOR e INECCEL.

³² Decreto Supremo. No.580

El Quinto.- EMELEC recurriría contra el Ministro de Energía y Minas a causa del acto administrativo (antes referido) y que fuese impugnado por dicho funcionario.

El Sexto.- En el cual EMELEC demanda ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo la negativa al pago de utilidades correspondientes a sus trabajadores, por parte del Interventor de EMELEC.

El Séptimo.- El que más trascendió a nivel internacional, puesto que EMELEC demanda al Estado Ecuatoriano ante el Tribunal de Primera Instancia del Distrito de Columbia Washington, reclamando el reconocimiento, confirmación y ejecución del laudo arbitral de 1992 y el pago de CINCUENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y UN MIL CIENTO SEIS DÓLARES AMERICANOS, adeudados por el Estado ecuatoriano a EMELEC, y la declaración de la cancelación de sus deudas con INECEL Y PETROECUADOR, lo cual ocurrió el 12 de Mayo de 1995.

Para finalizar este conflicto se creó una comisión, la cual estuvo conformada por el Ministro de Energía y Minas y por los representantes legales de INECEL y PETROECUADOR, el 29 de Agosto de 1995, dando por terminado sus conflictos legales y desistiendo de los juicios antes mencionados. Todo esto llevó a que se diera una mala imagen del arbitraje de su ejecutabilidad y quizá por ello tardamos tanto tiempo en encontrar una legislación adecuada para su desarrollo.

5.3.2.- Cuadros Indicativos de Centros de Mediación y Tarifas.-

CENTROS DE MEDIACIÓN INSCRITOS ANTE EL CONSEJO
NACIONAL DE LA JUDICATURA

| MEDIACIÓN | | |
|--------------------------|--|--------------------------------------|
| NOMBRE DEL CENTRO | | NOMBRE DEL DIRECTOR |
| 1 | Fundación Antonio Quevedo | Dra. María Victoria Córdova |
| 2 | Fundación Fabián Ponce O. | Lcdo. Rómulo Ladino |
| 3 | CENAMACO | Dr. Álvaro Galindo |
| 4 | Procuraduría General del Estado | Dra. Electra Enríquez (subdirectora) |
| 5 | Consultores Jurídicos de la P.U.C.E. | Dra. Rocío Bermeo Sevilla |
| 6 | C.L.D. | Dr. Michel Andrade |
| 7 | Cámara de Comercio e Industrias y Católica de Ambato | Dr. Paulo Ocaña |
| 8 | Cámara de Comercio Ecuatoriana – Americana | Dr. Paúl Corral Ponce |
| 9 | Centro de Asesoría Social de la Microempresa | Lcdo. Jaime Calderón López |
| 10 | CIDES | Dr. Jaime Vintimilla |
| 11 | Cámara de Comercio de Guayaquil | Ab. Alexandra Villacís |
| 12 | CAUSAI | Sr. José Fajardo |
| 13 | Cámara de Comercio de Quito | Dra. Ma. Eugenia Sagasti Rhor |
| 14 | Fundación Tierra Nueva | Lcda. Mary Machado |
| 15 | Universidad Católica – Sede Ibarra | Lcdo. Pedro José Leiva |
| 16 | Centro de Mediación EJUS | Sr. Esteban Corza |
| 17 | Centro de Mediación ABYA YALA | Dr. Carlos Pérez G. |
| 18 | Fundación María Guare | Ab. Gladis Cisneros Villamar |
| 19 | Asociación de Directores de Personal “CEMADPE” | Dr. Ángel Polibio Chávez |
| 20 | Servicio de Paz y Justicia del Ecuador | Dr. Carlos Calle |
| 21 | Centro de Mediación y Arbitraje “Judicial Social” | Dr. Marco Paula Ayaña |
| 22 | Centro de Mediación de la Fundación Verde Corazón | Lcdo. Gonzalo Armas |
| 23 | Centro de Mediación de la Fundación María Antonieta Muñoz Cárdenas | Dr. Patricio Andrade G |

TARIFAS DEL CENTRO DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE DE
LA CÁMARA DE COMERCIO DE QUITO

| MEDIACIÓN | | | |
|------------------------------|-----------|-----------------|-----|
| GASTOS INICIALES | | \$ 30,00 | |
| MONTOS | % | MEDIADOR | CAM |
| Desde 0 hasta 1000 | 9,00% | 75% | 35% |
| Desde 1001 hasta 2000 | 7,00% | 70% | 30% |
| Desde 2001 hasta 3000 | 5,00% | 65% | 35% |
| Desde 3001 hasta 5000 | 3,00% | 60% | 40% |
| Desde 5001 hasta 10000 | 2,50% | 55% | 45% |
| Desde 10001 hasta 40000 | 2,00% | 50% | 50% |
| Desde 40001 hasta 60000 | 1,50% | 50% | 50% |
| Desde 60001 hasta 200000 | 1,00% | 50% | 50% |
| Desde 200001 en adelante. | 0,80% | 50% | 50% |
| Cuantía Indeterminada | \$ 200,00 | 50% | 50% |

TARIFAS DEL CENTRO DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE DE
LA CÁMARA DE COMERCIO ECUATORIANO
AMERICANA

| ARBITRAJE | | |
|------------------------------|-------------------|----------------------|
| MONTOS | UN ÁRBITRO | TRES ÁRBITROS |
| Desde 0 hasta 3000 | 8,00% | 13,60% |
| Desde 3001 hasta 5000 | 6,00% | 10,20% |
| Desde 5001 hasta 10000 | 5,50% | 9,30% |
| Desde 10001 hasta 40000 | 5,00% | 8,50% |
| Desde 40001 hasta 60000 | 3,50% | 5,95% |
| Desde 60001 hasta 200000 | 2,50% | 4,25% |
| Desde 200001 hasta 400000 | 2,00% | 2,40% |
| Desde 400001 en adelante. | 1,00% | 1,70% |
| | | |
| CUANTIA INDETERMINADA | \$ 500,00 | \$ 800,00 |
| | | |
| ÁRBITRO | 60,00% | 75% c/u |
| CENTRO | 40,00% | 15% |

BIBLIOGRAFÍA**BILBIOGRAFIA PRINCIPAL**

1. ALCINA, Hugo “Tratado Práctico de Derecho Procesal” Tomo I
2. ALOISIO, Victoria. “Co-Mediación”, Primera edición – Buenos Aires 1997.
3. ALVAREZ, Gladys. “Mediación y Justicia”, Editorial Depalma – Buenos Aires. 1996.
4. AYLWIN, Patricio “Derecho Civil”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago.
5. BENETTI SALGAR, Julio. “El Arbitraje en el Derecho Colombiano”, Editorial Temis – Bogotá – Colombia, 2001.
6. CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario de Derecho Usual”, Editorial Heliasti, 1979.
7. CAIVANO, GOBBI, PADILLO, “Negociación y Mediación”, Editorial Ad-hoc. 1997.
8. CAIVANO, Roq´J. “Arbitraje”, Editorial Ad-hoc – Buenos Aires, 2000.
9. CREMADES, Bernardo M. “España Ante el Arbitraje Comercial Internacional”, “Estudios sobre Arbitraje Comercial”.
10. CRISTANCHO MOYANO, Juan Pablo. “La Conciliación – Mecanismos Alternativos de solución de conflictos”, Editorial Librería Profesional ABC – Bogotá. 2002.
11. DANTE BARRIOS, Angelis. “El Juicio Arbitral”.

12. DE GARCÍA, María Isabel. “La Negociación”, Editorial Gama – Buenos Aires, 1999.
13. DIAZ, Luís Miguel Dr. “Arbitraje – Privatización de la Justicia”, Editorial Temis, 1998 actualizada.
14. DUPUIS, Juan Carlos G. “Mediación y Conciliación” Segunda Edición, Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires 2001.
15. ERNESTO RUIZ, Arturo. “Lecciones de Derecho Civil”, Editorial UCE, Quito – Ecuador.
16. FLOGER ACLAND, Andrew. “Como utilizar la Mediación para resolver conflictos en las Organizaciones”, Editorial Paidós actualizado, 1997
17. FOUCHARD, Philippe. L’Arbitrage Commerciale Internationale.
18. GARCÍA PAEZ, Carmen. “El Arbitraje Testamentario”, Editorial Tirant lo blonch – Valencia, 1999.
19. GARRIGUES, Joaquín. “Tratado de Derecho Mercantil”
20. IGLESIAS, Juan. “Derecho Romano” Editorial Arte Libro, 1998.
21. ILLERAS SANTOS, María. “Aspectos Prácticos de la Conciliación”
22. ION, Nestor. “Anuario de la Comisión de la ONU para el Derecho Mercantil Internacional” Volumen 3.
23. HIGHTON ALVARES. “Mediación para resolver conflictos”, Editorial Ad-hoc. 1995.
24. LINCK, Delfina. “El Valor de la Mediación”, Editorial Ad-hoc – Buenos Aires, primera edición, 1997.

25. MONGALVYZ, “Trate L’ Arbitraje En Matiere Civile Et Comerciale”, Tomo I
26. POLO SANMIGUEL, Víctor. “La Conciliación un Mecanismo de Solución de Conflictos.
27. ROCA MARTINEZ, José María. “Arbitraje e Instituciones Arbitrales”, Editorial J. M. Bosh – Barcelona 1992.
28. ROCCO, Hugo. “Arbitraje Comercial”
30. RUFINO, Marco. “Mediación y Conciliación según la Jurisprudencia”, Editorial Ad-hoc – Buenos Aires 1999, primera y segunda edición.
31. SCHILLING, Mario Tomas. “Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos”, Editorial Jurídico Conesur, 1999.
32. SINGER, Linda R. “Resolución de Conflictos”, Editorial Paidos – Barcelona, 1996.

BILBIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

1. Ley de Arbitraje y Mediación
2. Ley Orgánica de la Función Judicial
3. Código Civil
4. Código de Procedimiento Civil
5. Constitución Política de la República del Ecuador
6. Código Mercantil

7. Código de Trabajo

8. Revista del Arbitraje

BUSCADORES:

www.Google.com

www.Altavista.com

INDICE

| | Pág. |
|---|------|
| INTRODUCCIÓN | 01 |
| CAPITULO I | |
| 1.- EL ARBITRAJE - NOCIONES GENERALES | |
| 1.1.- Definiciones y conceptos de arbitraje | 03 |
| 1.2.- Su Origen | 05 |
| 1.3.- Clasificación de arbitraje | 08 |
| 1.3.1.- Por su naturaleza | 08 |
| 1.3.2.- Por su Origen | 09 |
| 1.3.3.- Por la Materia | 09 |
| 1.3.4.- Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad | 10 |
| 1.3.5.- Arbitraje Ad-Hoc y Arbitraje Administrativo | 11 |
| 1.3.6.- Arbitraje Público y Arbitraje Privado | 12 |
| CAPITULO II | |
| 2.- ELEMENTOS DEL ARBITRAJE | |
| 2.1.- Características del Arbitraje | 13 |
| 2.2.- Requisitos del Arbitraje | 14 |
| 2.3.- Cláusula compromisoria | 17 |
| 2.4.- Partes del Arbitraje | 26 |
| 2.4.1.- Personas jurídicas | 27 |
| 2.4.2.- Materia del arbitraje | 29 |
| 2.5.- Aspectos generales de los Árbitros | 30 |
| CAPITULO III | |
| 3.- LA CONCILIACION – NOCIONES GENERALES | |
| 3.1.- Definiciones y conceptos de conciliación | 42 |
| 3.2.- Su Origen | 43 |
| 3.3.- Clasificación de conciliación | 46 |
| 3.3.1.- Por el número de sus partes | 47 |
| 3.3.2.- Por el resultado | 47 |
| 3.3.3.- Por el momento de celebración | 48 |
| 3.3.4.- Por iniciativa | 48 |
| 3.3.5.- Por su naturaleza | 48 |

| | |
|--|----|
| 3.3.6.- Por su aprobación | 49 |
| 3.3.7.- Por su contenido jurídico | 49 |
| 3.4.- Clases de Conciliadores | 50 |
| 3.5.- Etapas del proceso conciliatorio | 55 |

CAPITULO IV

| | |
|--|-----|
| 4.- ASPECTOS PROCESALES DE LA CONCILIACION | |
| 4.1.- Características jurídicas de la conciliación | 60 |
| 4.2.- La Conciliación y sus requisitos de existencia | 63 |
| 4.3.- La Conciliación y sus requisitos de validez | 70 |
| 4.4.- Trámite por incumplimiento de conciliación extrajudicial | 94 |
| 4.5.- La conciliación antes del proceso judicial | 103 |

CAPITULO V

| | |
|---|-----|
| 5.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES | |
| 5.1.- Conclusiones | 112 |
| 5.2.- Recomendaciones | 114 |
| 5.3.- Anexos | 115 |
| 5.3.1.- Caso Práctico | 115 |
| 5.3.2.- Cuadros Indicativos de Centros de Mediación y Tarifas | 118 |

| | |
|--------------|-----|
| BIBLIOGRAFÍA | 121 |
|--------------|-----|

| | |
|--------|-----|
| INDICE | 125 |
|--------|-----|