



UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**“La Mediación y el Arbitraje como Métodos Alternativos de
solución de conflictos en los Contratos Administrativos”**

Tesis previa a la obtención del título de:

ABOGADA

AUTORA: Andrade Correa, Diana Emilia

Email: mili66626@hotmail.com

TUTOR: Dr. Tinajero Valencia, Renán Aníbal

Marzo, 2015

Quito

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a Javier Peñafiel Alcivar, mi gran amor; a mis hijas, Tábata Nayrú y Juliana Antonella, con inmenso amor por ser la razón de mi existencia; a mis padres quienes con su entereza, esfuerzo incondicional, apoyo y comprensión, me enseñaron a luchar por mis sueños; a mis hermanos por ser mis amigos y el hilo de la continuación familiar.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento va dedicado a Dios por darme la vida y todo lo que soy como persona, a mi familia por su apoyo y bondad; a mis Maestros y al tutor por todos sus consejos, enseñanzas y su amistad que me condujeron a la culminación de la presente investigación exitosa; y, a la Universidad Central del Ecuador, por acogerme con su sapiencia.

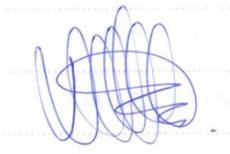
DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Quito, 09 de marzo del 2015

DIANA EMILIA ANDRADE CORREA, autora de la investigación, con número de cédula 171802346-6, libre y voluntariamente DECLARO, que el trabajo de Grado titulado “LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, es de mi plena autoría, originalidad y no constituye plagio o copia alguna, constituyéndose en documento único, como mandan los principios de investigación científica, de ser comprobado lo contrario me someto a las disposiciones legales pertinentes.

Es Todo cuanto puedo decir en honor a la verdad.

Atentamente,



Diana Emilia Andrade Correa

C. I.: 171802346-6

Correo electrónico: mili66626@hotmail.com

AUTORIZACIÓN DE LA AUTORÍA INTELECTUAL

DIANA EMILIA ANDRADE CORREA, en calidad de autora de la tesis realizada sobre “LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, por medio de la presente autorizo a la UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR, hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o parte de los que contiene esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos que como autora me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán vigentes a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8 19 y demás pertinentes de la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento.

Quito D.M., a 9 de marzo de 2015



Diana Emilia Andrade Correa

C. I.: 171802346-6

APROBACIÓN DEL TUTOR

Quito D.M., a 9 de marzo de 2015

Señor Doctor Don

Patricio Sánchez Padilla

DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA



RECIBIDO

2015-03-13

Qita.

De mi consideración:

Expreso a Su Autoridad un atento saludo, deseándole al propio tiempo éxitos en el desempeño de sus delicadas e importantes funciones.

En mi calidad de TUTOR del trabajo de investigación titulado: “LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, realizado por la postulante señorita DIANA EMILIA ANDRACE CORREA, portadora de la cédula de ciudadanía No.: 171802346-6, me permito informarle que la misma reúne las condiciones metodológicas y técnico-jurídicas establecidas por la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, por lo que procedo a APROBAR la misma, a fin de habilitarla para continuar con el proceso de graduación.

Particular que pongo en su conocimiento para los fines académicos, legales y administrativos pertinentes, reiterándole mis sentimientos de consideración y estima.

Atentamente,

Renán A. Tinajero

Dr. Renán Aníbal Tinajero Valencia

c.c. 1707211825

TUTOR DE LA TESIS

APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO

Los miembros del Tribunal de Grado aprueban el trabajo de investigación titulado: “LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, de acuerdo con las disposiciones reglamentarias emitidas por la Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador para títulos de pregrado.

Marzo de 2015

Para constancia firman:

TRIBUNAL DE GRADO

Firma:

Nombre:

Firma:

Nombre:

Firma:

Nombre:

INDICE GENERAL

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD.....	iv
AUTORIZACIÓN DE LA AUTORÍA INTELECTUAL.....	v
APROBACIÓN DEL TUTOR.....	vi
APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO.....	vii
ÍNDICE DE CUADROS.....	xiv
ÍNDICE DE TABLAS.....	xv
ÍNDICE DE FIGURAS.....	xvi
RESUMEN EJECUTIVO.....	xvii
ABSTRACT.....	xviii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
1. EL PROBLEMA.....	3
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
1.2 UBICACIÓN DEL PROBLEMA EN UN CONTEXTO SOCIO-CULTURAL.....	5
1.3. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.....	5
1.4. CONTEXTUALIZACIÓN MACRO.....	6
1.5. ANÁLISIS CRÍTICO.....	6
1.6. PROGNOSIS.....	7
1.7. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	7
1.8. EVALUACIÓN DEL PROBLEMA.....	7
1.9. OBJETIVOS.....	7
1.9.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	7
CAPÍTULO II.....	9
2. MARCO TEÓRICO.....	9
2.1. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.....	9
2.2. ANTECEDENTES DE ESTUDIO.....	11
2.3. ANTECEDENTES DE ESTUDIO.....	18
2.3.1 ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.....	18
2.3.2 FUNDAMENTACIÓN LEGAL.....	18
2.4.1 CONCEPTOS.....	21

2.5. HIPÓTESIS	31
2.6. VARIABLES	31
2.6.1. VARIABLE INDEPENDIENTE.....	31
2.6.2. VARIABLE DEPENDIENTE	31
ESQUEMA DE LA INVESTIGACIÓN.....	32
TITULO I.....	32
2.7. LA MEDIACIÓN	32
2.7.1 ALGO DE HISTORIA	32
2.7.2 LA MEDIACIÓN EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO	37
2.8 IMPEDIMENTOS A SU GENERALIZACIÓN.....	39
2.9. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN	41
2.9.1 ¿QUÉ Y CUÁNDO MEDIAR?	44
2.9.2 . ¿CUÁNDO NO ES RECOMENDABLE MEDIAR	47
2.9.3 VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN	48
2.9.4 FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS:.....	49
2.9.5. EN EL ÁMBITO PRIVADO:	49
2.9.6 . EN EL ÁMBITO PÚBLICO	50
TITULO II.....	52
2.10 LA MEDIACIÓN EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	52
2.10.1 ANTECEDENTES:	52
2.10.2 ¿QUÉ ES UN CONTRATO?	55
2.10.3 CARACTERÍSTICAS.....	55
2.10.4 SUS ELEMENTOS:.....	56
2.10.5 ¿QUÉ ES UN CONTRATO ADMINISTRATIVO?	57
2.10.6 LA MEDIACIÓN Y OTRAS FIGURAS JURÍDICAS	57
2.10.7 LA TRANSACCIÓN	58
2.11. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE TRANSACCIÓN Y MEDIACIÓN	60
2.11.1 ¿QUÉ DIFERENCIA HAY ENTRE MEDIACIÓN Y LITIGIO?.....	61
2.11.2 LA NEGOCIACIÓN	61
2.12 LA MEDIACIÓN FRENTE A LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS	62
2.13 RECLAMACIONES Y CONTROVERSIAS EN LA LOSNCP	66
TITULO III.....	69
2.14 EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	69
2.14.1 GENERALIDADES.....	69

2.14.2. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL ARBITRAJE	70
2.15 . EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	73
3.16. ELEMENTOS DEL ARBITRAJE.....	73
2.17 NATURALEZA DE LOS CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	74
2.18. ASPECTOS JURÍDICOS	75
2.19 FUENTE Y CARACTERÍSTICAS DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	76
2.20 ¿LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE SON MECANISMOS IDÓNEOS PARA RESOLVER CONFLICTOS DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS?.....	80
2.21. LA MEDIACIÓN NO DETIENE LA TERMINACIÓN DE CONTRATOS.....	83
2.22 . PAPEL DE LA FUNCIÓN DE TRANSPARENCIA Y CONTROL SOCIAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	85
2.23 . EFECTOS DEL ACTA DE MEDIACIÓN Y DEL LAUDO ARBITRAL	86
2.23.1 . DEL ACTA DE MEDIACIÓN:	86
2.23.2 . DEL LAUDO ARBITRAL:.....	87
2.23.3. ¿CÓMO SE EJECUTA EL LAUDO?	88
2.24 . CONSIDERACIONES DE EXPERTOS SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN RELACIÓN CON LAS CONTROVERSIAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	90
TÍTULO IV.....	93
LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES APLICABLES EN MEDIACIÓN.....	93
2.25 PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	93
2.25.1 . PRO HOMINE	94
2.25.2 DE LA POSICIÓN PREFERENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES(preferred freedoms).....	95
2.26 DE LA MAYOR PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	96
2.27 DE LA FUERZA EXPANSIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	97
2.27.1 DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y FUERZA NORMATIVA.....	98
2.27.3 DE LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA O UNIDAD CONSTITUCIONAL.....	98
2.28 MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL MODERNAS.....	99
2.28.1 . TÉCNICA DE LA PONDERACIÓN (BALANCING TEST).....	100
2.28.2 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	101
2.29 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES APLICABLES EN MEDIACIÓN	102
2.29.1 INTERMEDIACIÓN.....	104
2.29.2 DEBIDO PROCESO	105

2.29.3 TRANSPARENCIA	105
2.29.4 PARTICIPACIÓN CIUDADANA	105
2.29.5 DEMOCRACIA DIRECTA.....	105
2.29.6 ACCESO A LA JUSTICIA	106
2.29.7 LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.....	107
2.29.8 DERECHOS A LA PROTECCIÓN	107
2.29.9 OPORTUNIDAD	108
2.29.10 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	108
2.29.11 PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.....	109
CAPITULO III.....	111
3. MARCO METODOLÓGICO.....	111
3.1. TIPOS DE INVESTIGACIÓN	111
3.1.1. INVESTIGACIÓN BIBLIOGRÁFICA	111
3.1.3. INVESTIGACIÓN HISTÓRICA.....	111
3.1.4. INVESTIGACIÓN DESCRIPTIVA	112
3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	112
3.3. MÉTODOS.....	113
3.3.1. MÉTODO CIENTÍFICO.....	113
3.3.2. ENTREVISTA.....	113
3.3.3. ENCUESTA.....	114
3.3.4. VISITA DOMICILIARIA	114
3.4 INSTRUMENTOS	114
3.4.1. DIARIO DE CAMPO	115
3.4.2. FORMULARIO DEL CUESTIONARIO.....	115
3.5. RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN	115
3.5.1 PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN.....	115
CAPITULO IV	116
4.. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS	116
CONCLUSIONES.....	127
RECOMENDACIONES	130
CAPITULO V	133
5. PROPUESTA	133
5.1. JUSTIFICACIÓN.....	133
5.2.OBJETIVO.....	135

5.2.1. OBJETIVO GENERAL.....	135
5.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	135
5.3. UBICACIÓN SECTORIAL Y FÍSICA.....	136
5.4. MAPA.....	136
5.5. CARACTERÍSTICAS DE LA PARROQUIA.....	137
5.5.1. BENEFICIARIOS	137
5.5.1.1. BENEFICIARIOS DIRECTOS	137
5.5.1.2. BENEFICIARIOS INDIRECTOS.....	137
5.6. FACTIBILIDAD	138
5.6.1. FACTIBILIDAD INTERNA	138
5.6.2. FACTIBILIDAD EXTERNA.....	138
5.7. DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA	139
5.7.1. FASES DEL PROYECTO.....	139
5.8. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES.....	140
Defensa de Proyecto de Titulación.....	140
Presentación del Proyecto de Ley.....	140
Calificación del Proyecto de Ley por parte del Consejo de Administración Legislativa	140
5.9. PRESUPUESTO	141
REFERENCIAS BIBLIORÁFICAS	142
BIBLIOGRAFÍA VIRTUAL	144
ANEXOS.....	145

INDICE DE GRÁFICOS

Grafico N° 1 .- Porcentaje a estos sistemas, para solución de conflictos.....	117
Grafico Nro. 2 .- Clases de conflictos la Mediación y/o el Arbitraje	118
Gráfico Nro. 3.- Principios Constitucionales se aplican en Mediación.....	119
Gráfico Nro. 4 .- Porcentajes arreglos en Mediación y Arbitraje a diferencia de la Justicia Judicial.....	120
Gráfico Nro. 5.- Cualidades que se anota y que debe poseer el Mediador.....	121
Gráfico Nro. 6.- Garantía legal y social proporciona una sentencia dictada por un operador de justicia.....	122
Gráfico Nro. 7.- garantía legal y social que proporciona la mediación.....	123
Gráfico Nro. 8 .-Elementos esenciales que se utiliza en Mediación que orientan a las partes.....	124
Gráfico Nro. 9.- Mediación , . Justicia Judicial.....	125
Gráfico Nro. 10 .- emplear la mediación y el arbitraje en vez de la Justicia Formal	126

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro N° 1.- Porcentaje a estos sistemas, para solución de conflictos	117
Cuadro N° 2 .- Clases de conflictos la Mediación y/o el Arbitraje	118
Cuadro N° 3 .-Principios Constitucionales se aplican en Mediación	119
Cuadro N° 4.- Porcentajes arreglos en Mediación y Arbitraje a diferencia de la Justicia Judicial.....	120
Cuadro Nro. 5.- Cualidades que se anota y que debe poseer el Mediador	121
Cuadro Nro. 6.- Garantía legal y social proporciona una sentencia dictada por un operador de justicia.....	122
Cuadro Nro. 7.- Garantía legal y social que proporciona la mediación	123
Cuadro Nro. 8.- Elementos esenciales que se utiliza en Mediación que orientan a las partes.....	124
Cuadro Nro. 9.- Mediación , . Justicia Judicial	125
Cuadro N° 10 .- Emplear la mediación y el arbitraje en vez de la Justicia Formal.....	126

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla No. 1	76
FUENTE Y CARACTERÍSTICAS DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	76
Tabla No. 2: Población	113
TablaNo. 3: Fases	139
Tabla No. 4: Cuadro de Gastos.....	141

ÍNDICE DE FIGURAS

Imagen No. 1 .- Centro de Mediación del Ilustre Colegio de Abogados de Pichincha.....	136
Imagen No. 2: Ciudad de Quito.....	136
Imagen No. 3: Mapa del Ecuador.....	137

RESUMEN EJECUTIVO

Tema: “La Mediación y el Arbitraje como Métodos Alternativos de solución de conflictos en los Contratos Administrativos”

Esta investigación analiza el campo de aplicación y participación de la Mediación y el Arbitraje como Métodos Alternativos de solución de conflictos en las controversias que se dan en los Contratos Administrativos; sobre la mediación como proceso rápido, dialógico, confidencial y legal, cuya acta tiene carácter de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada aplicado a los contratos administrativos que al presentarse conflictos derivados del contrato celebrado entre el Estado y un contratista particular, sus inconvenientes se podrían ventilar a través de los Métodos Alternativos de solución de conflictos en este caso la Mediación y el Arbitraje, teniendo en cuenta lo que establece nuestra Constitución y otros cuerpos legales que permiten que opere el arreglo de conflictos en el campo administrativo, como también para el caso de haber cláusulas compromisorias de Mediación o Arbitraje, tomando en cuenta que las partes son las que se crean el arreglo al problema, lo que significa que sin haber una obligación de carácter jurídico, se puede llegar a acuerdos inesperados y prácticamente, en todas las materias, respaldado y fundamentado en las leyes, a las buenas costumbres.

Descriptores:

- ✓ DERECHO CIVIL
- ✓ MEDIACIÓN Y ARBITRAJE
- ✓ SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
- ✓ CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
- ✓ CONSTITUCIÓN REPÚBLICA DEL ECUADOR
- ✓ LEGISLACIÓN ECUATORIANA

ABSTRACT

Topic: “Mediation and Arbitration as Alternative conflict resolution Methods in Administrative Contracts”

This research analyzes the field of application and participation of Mediation and Arbitration as alternative means for conflict resolution in controversies during Administrative Contracts. Mediation is a swift, conversational, confidential and legal process, the resolutions of which have the applicability of an executive sentence on administrative contracts celebrated between the State and a private contractor. The shortcomings that may rise from these contracts can be resolved using alternative conflict resolution means such as mediation and arbitration, as is established in the Ecuadorian Constitution and other legal organisms that enable the execution of the terms of agreement reached through this method in the administrative field of action, as well as is the case of clauses that establish the use of Mediation and Arbitration processes. The fact that the parties themselves are who may resolve the problem, means that unexpected agreements can be reached without juridical intervention in almost all matters, and these terms are supported and based on laws and good manners.

Keywords

- ✓ CIVIL LAW
- ✓ MEDIATION AND ARBITRATION
- ✓ CONFLICT RESOLUTION
- ✓ ADMINISTRATIVE CONTRACTS
- ✓ CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF ECUADOR
- ✓ ECUADORIAN LEGISLATION

I CERTIFY that the above and foregoing is a true and correct translation of the original document in Spanish.


Silvia Donoso Acosta
Certified Translator
ID.: 0601890544

Silvia Donoso A.
CERTIFIED TRANSLATOR
ID. # 0601890544

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se desarrolla en el marco de V capítulos.

En el capítulo I se da a conocer el planteamiento del problema, objeto de estudio del presente trabajo investigativo, además se muestra la ubicación del problema en un contexto socio-cultural, la delimitación del problema, formulación del problema, evaluación del problema, se señalan los objetivos que ayudaran al desarrollo de la esta investigación, su justificación respectiva donde se señala las razones del porque he decidido analizar este tema.

En el capítulo II se presenta el Marco Teórico, donde se señala la fundamentación teórica que abarca la doctrina y las normas jurídicas que serán sustento jurídico para esta investigación, los antecedentes de estudio e investigativos que abarca trabajos, tesis que ya se han realizado respecto a este tema, los antecedentes históricos sobre el tema, hechos importantes que ayudaran al desarrollo del trabajo, la definición de términos básicos y conceptos pues esto nos ayudara a comprender el trabajo cuando nos encontremos con palabras que no conocemos, y como parte final de esta capítulo tenemos la hipótesis y las variables.

En el capítulo III se presenta el Marco Metodológico, que utilizare para obtener información, los tipos de investigación, que método o métodos puedo aplicar, la técnica de la observación, entrevista, encuesta, visita domiciliaria, los instrumentos que me ayudaran a recopilar datos para sustentar mi tesis.

El capítulo IV trata sobre el Análisis e Interpretación de Resultados, en este capítulo se tabulara la información recolectada a través de la encuesta, esta información será representada en cuadros y gráficos, y a través de un análisis respecto a esos porcentajes obtenidos por cada pregunta, además se determinara las Conclusiones y Recomendaciones que se ha obtenido de este trabajo.

En el capítulo V tenemos la propuesta, que se debe presentar al finalizar esta tesis, que se propone como una manera o mecanismo de solución respecto al problema y de la misma manera esta propuesta tendrá una justificación, objetivos, la ubicación sectorial y física de la propuesta, así como el mapa donde se aplicara la propuesta, los beneficiarios la factibilidad, la descripción, las fases del proyecto, el cronograma de actividades, el presupuesto, y finalmente los impactos y la evaluación.

CAPÍTULO I

1. EL PROBLEMA

TEMA: LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Seguramente la Mediación, en lo que hoy es nuestro país, existió ya desde épocas remotas como medio natural y espontáneo de arreglo de disputas, pero a raíz de la publicación de la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997 constitucionalmente se hace presente aunque la figura ya existió como conocemos, a través de la TRANSACCIÓN, prevista en nuestro Código Civil: Art.2372, primer inciso, del Título XXXVIII, del Libro Cuarto y que podemos decir que es la institución jurídica más cercana a la Mediación.

Se afirma en nuestro **Código Civil (2005)** que la Transacción *“Es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”*.

En la Constitución vigente desde el 2008, en el artículo 190, se les reconoce a los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, pero dentro los análisis, doctrina y jurisprudencia del Derecho Constitucional poco o nada cuenta nuestro tema de este estudio.

Nos llama la atención lo que acabamos de mencionar puesto que la Constitución actual, para no referirnos a la anterior, abre el camino para que el ciudadano que habita en nuestro territorio opte ya por la justicia formal o tradicional – agresiva, llena de sorpresas, injusta con frecuencia, inhumana y fría, costosa, lenta, de privilegios para unos y desmedro para otros y que al final todos quedan desgastados – o

por alguna de las fórmulas alternativas: Mediación (Conciliación), Arbitraje, Negociación, Transacción, de ser del caso.

¿Qué es lo que busca una persona que se encuentra con un problema o conflicto a cuestas? Que alguien le solucione lo más rápido. Los Operadores de Justicia, Abogados, Defensores Sociales, Jueces de Paz, Mujeres y Hombres de Buena Voluntad, etc., el día que cambiemos de actitud y miremos las angustias ajenas, como Buenos Negociadores, Magníficos Mediadores, Gran Consejeros, ese día habría que hacer una gran celebración en honor al ser humano y la vida se la vivirá con más sentido y los problemas se habrían disminuido. ¡No hay mejor cosa que unos seres humanos nos convirtamos en dadivosos del remedio del alma de los demás y qué mejor cosa a través de la Mediación!.

El Art. 43 de la **LAYM (1997)**:define a la Mediación diciendo que *“La Mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediado, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”*.

En el caso de los MASC y, en especial, de la Mediación, se los debe hacer causa común y fomentarlos, de suerte que todo ser humano ecuatoriano sepa qué son, cómo se los accede, cuál es el procedimiento, cómo se lleva a cabo una audiencia, qué efectos tienen dichos acuerdos, etc., de suerte que en este campo los arreglos amistosos entre las partes no tengan esos altibajos que tiene la justicia judicial, ya que en este sistema, comenzando con la figura del Mediador, debe ser de categoría A, esto es, de excelencia; caso contrario no habríamos avanzado más allá de la justicia tradicional.

El estudio que estamos empeñados en realizar conlleva el deseo de involucrar, con sus respectivas justificaciones, cada vez más a la Mediación dentro de la Teoría Constitucionalista y dentro de investigaciones doctrinarias y jurídicas que impliquen la resolución de conflictos de modo más ágil posible, más transparente, legal, de beneficio mutuo para las partes; esto realmente es lo trascendental para en Derecho Constitucional y para la Mediación, por el servicio social que esto implica y la paz individual y social que se consigue.

El olvido que puede producirse por casualidad o intencionalmente por falta de comprensión del sentido del Sistema Alternativo o escaso interés de fomentarlos – en especial la Mediación – ya que el tratamiento constitucional enfocado sólo a la justicia tradicional parecería que venda el conocimiento para que aventaje que nuestros conciudadanos sean direccionados a continuar haciendo uso de una categoría judicial que debe ser a falta de ... y así siga siendo empleada para todos los casos de controversias, cuando debería ser únicamente por excepción.

Claro que conviene conocer la Teoría Constitucionalista: sus métodos, sus principios, sus técnicas de interpretación, el acatamiento total a las normas que ella prescribe y ello de modo urgente. Vale la pena ponerse al día en determinados casos para emplearla correctamente, pero sin olvidar que a más de la Justicia Formal hay otras alternativas, como ya mencionamos, hasta el “perdón judicial”, recordando que entre seres humanos no somos enemigos y que, además, debemos frenar el odio y el rencor. El “No hagas al otro lo que no quieres que te hagan a ti”, o el “Amaos los unos los otros”, siguen en vigencia.

1.2. UBICACIÓN DEL PROBLEMA EN UN CONTEXTO SOCIO-CULTURAL

1.3. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La Mediación y el Arbitraje como métodos alternativos de solución de conflictos en los contratos administrativos.

DELIMITACIÓN ESPACIAL

República del Ecuador

DELIMITACIÓN TEMPORAL

Desde la promulgación de la Ley de Mediación y Arbitraje en el Registro Oficial número 145, de fecha 4 de septiembre de 1997.

1.4. CONTEXTUALIZACIÓN MACRO

Mediación y Arbitraje

CONTEXTUALIZACIÓN MESO

Métodos alternativos

CONTEXTUALIZACIÓN MICRO

Solución de conflictos en los contratos administrativos

1.5. ANÁLISIS CRÍTICO

Partiendo de que los procesos deben ser rápidos y no dilatorios, para alcanzar una pronta solución al problema, producido entre el Estado y particulares, es necesario buscar métodos alternativos de solución de conflictos como la Arbitraje y Mediación. Los conflictos entre Estado y Particulares en varias ocasiones no se solucionan de manera ágil, causando gastos económicos a los intervinientes en este tipo de contratos, y que ha tenido que afrontar trámites engorrosos en la justicia ordinaria, revelando la necesidad de acudir a un Centro de Arbitraje y Mediación para la solución de este tipo de conflictos. Se evitaría todo esto con acudir a un Centro de Arbitraje y Mediación, tomando en cuenta que este Centro serviría para solucionar otros conflictos del Estado y los particulares o viceversa. Las sentencias injustas y desfavorables han ocasionado insatisfacción en la parte afectada, provocando desconfianza total en las autoridades encargadas de ventilar esta clase de procesos. En consecuencia ha creado desconfianza por las leyes establecidas, para la solución de esta clase de conflictos en los juzgados.

1.6. PROGNOSIS

Toda persona natural o jurídica conocedora de sus derechos y obligaciones emanados por la Constitución de la República del Ecuador y demás normativas pertinentes, hace que éste ser humano sea digno ante Dios y ante la ley, razón por la cual, es obligación de las personas jurídicas a través de sus dignatarios, cumplir y hacer cumplir las leyes emanadas por nuestro Estado más aún, cuando se trata de los conflictos relacionados entre el Estado y un particular. Principalmente donde debe desbordar el testimonio de equidad y justicia de una administración correcta y transparente.

1.7. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿De qué manera, la Mediación y el Arbitraje como métodos alternativos de solución de conflictos coadyuvan al cumplimiento en los contratos administrativos?

1.8. EVALUACIÓN DEL PROBLEMA

1.9. OBJETIVOS

1.9.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar si la aplicación de la Mediación y el Arbitraje como Métodos Alternativos de solución de conflictos en los contratos administrativos son eficaces y eficientes en los contratos administrativos, utilizando sus principios, las técnicas de interpretación y los métodos constitucionales en beneficio al sistema judicial.

1.9.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Situar a la Mediación y al Arbitraje como paso previo obligatorio a la Justicia Formal, aplicando sus bondades dentro de los contratos administrativos.

- Destacar la cultura de paz y de diálogo, de negociación como sinónimo de Mediación, para el arreglo de las diferencias entre las partes que se encuentran en conflicto, como prototipo de sistema adecuado y humano como objetivo del Derecho Constitucional.
- Diseñar una propuesta de reforma jurídica encaminada a que todo proceso en materia transigible se ventile obligatoriamente en primer lugar de manera extrajudicial ante los centros de mediación y dar fin a los conflictos entre las personas.

CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO

2.1. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

De igual manera en lo referente a la doctrina jurídica existente en relación al tema se encontró lo siguiente:

Pensamos que todo ciudadano, el estudiante a igual que el profesional del Derecho y todo profesional de cualquier rama debe conocer y saber cómo acceder a los Medios Alternativos de Solución de Controversias (MASC), como son la Negociación, la Mediación, el Arbitraje, e incorporarles a su vida social, ya que unos más que otros utilizan como elemento esencial el lenguaje, el diálogo, puesto que esa es la característica fundamental, para dar fin a sus conflictos ocasionados por sus relaciones comerciales, familiares, etc., sin necesidad de recurrir a la justicia formal.

Es mejor un arreglo amistoso, humano, transparente, rápido, eficaz, legal, constitucional antes que un controversial, agresivo, poco original, actuado a disgusto de las partes en conflicto, con un aparataje confuso, tedioso e inhumano. Todos, de alguna manera, tenemos nuestros problemas, pero éstos no son malos, lo malo está en mantenerse en ellos y malgastar la vida, en vez de tener más tiempo para disfrutarla. ¡Cuidado, el litigio no trae buenas consecuencias! Trae odio, venganza, desgaste físico, emocional, económico, impaciencia y, al final se termina las partes enemistadas irreconciliablemente.

Al respecto de lo frustrante que es mantener y terminar un proceso judicial hasta la sentencia, basta oír lo que manifiesta Voltaire al *decir* “*Dos veces he quedado pobre: una cuando perdí un juicio y la otra cuando perdí*”.

Muchas son las habilidades que se desarrollan en una audiencia de Mediación y por parte del mediador y, a su vez, por las partes. Así: saber oír o escuchar; saber

dialogar en orden; la paciencia, sin tener que exasperarse; la comprensión, es decir, poniéndose en la situación del otro y buscando realmente el verdadero interés que fue motivo de la reunión; el deseo de terminar el problema; el interesarse por el otro y descubrirle que un semejante como uno, por quien vale la pena hacer un sacrificio. La mejor satisfacción será poner empeño para dar fin a una situación que desacomoda la vida.

Al emplear el lenguaje como el medio básico de la Mediación diremos que Indudablemente éste viene a ser la herramienta fundamental de todo ser humano y más aún cuando una persona es un especialista de un campo del saber humano tan importante como es el Derecho y aún más como Mediador. Por ello a quien incursiona en este campo se lo debe cultivar para que hable y escriba con propiedad. El Abogado y el profesional de los Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos debe ser un entendido en el lenguaje y por ello hay que perfeccionarlo, entendiéndose por esto el perfeccionamiento en las cuatro destrezas o habilidades del lenguaje, como son: **hablar**, ya que todo profesional, como también el abogado y, en nuestro caso, el mediador es ante todo un ser social y su accionar es público, por lo que debe ser un excelente comunicador y aún motivador; debe ser un verdadero adalid del lenguaje oral; **leer**, ¡Qué decir de ésta cuando la lectura es la base de nuestra cultura, de nuestra sabiduría y de nuestro conocimiento! Pero recordemos también que Ecuador es un país en donde casi nada o poco se lee y nada o poco se escribe y esto de ser los últimos o penúltimos no lo decimos nosotros sino las noticias en los periódicos; **escuchar**, tarea difícil y a veces compleja, si aprenderíamos a escuchar nuestro grado de entendimiento sería mayor y nuestras incomprendiones serían menores y el Mediador debe tener; y **escribir** es una de las tareas difíciles. Pero como en todo, la práctica es el mejor método para mejorar en todo. Claro que muchas veces el escritor nace, pero no olvidemos también que un escritor se hace.

A mejorar el lenguaje deben recurrir algunas ciencias y en primer lugar la **Gramática**, definida como la ciencia que nos enseña a leer y escribir correctamente nuestro idioma; **la Semántica**, que nos conduce al estudio de los significados de los signos lingüísticos y de sus combinaciones, desde un punto de vista sincrónico o diacrónico. Por qué no decir que siendo todas las manifestaciones de la naturaleza, del ser humano un compendio de lenguajes - tanto los signos naturales como los

convencionales – es la Semiótica la llamada a descifrarnos todo ese mundo de significaciones; **la Sintaxis**, definida como parte de la Gramática que nos enseña a coordinar y unir las palabras para formar oraciones y expresar conceptos y unas oraciones con otras para formar párrafos (oraciones compuestas); y **la Ortografía**, definida también como la parte de la oración que nos enseña a escribir bien las palabras, sin faltas, es ésta tal vez una de las tareas complejas del idioma, pero que con voluntad y ahínco se puede superar.

Manuel López Ruiz,(2010) en su obra *“Investigación Jurídica en México. Temas, Técnicas y Redacción”*, nos manifiesta que *“una enseñanza jurídica más activa debe procurar enseñar a razonar y argumentar; a expresarse con claridad y precisión, tanto de manera oral como escrita...todo lo cual ha sido generalmente relegado por los métodos más tradicionales de la enseñanza en Iberoamérica”*.

Pensamos que todo este ámbito del lenguaje debe comenzar con la **lectura y con la escritura**, indispensables para todo campo del saber, más aún para las investigaciones del estudioso de la rama jurídica; será por éstas que encontrará las ideas y pensamientos para armarse del sustento suficiente para cuando tenga que argumentar.

La mala redacción, la mala expresión en estudiantes y en profesionales ha sido y continúa siendo una constante en nuestro medio. La falta de conocimientos de técnicas de expresión oral y de narración ha sido causa para el desaliento en investigaciones y se evada realizar trabajos de índole científica. Todas estas deficiencias nos incentiva a llevar adelante esta investigación, de querer reunir inquietudes, ideas, sugerencias para que se obtenga de aquí a poco en profesionales mediadores un producto idóneo y de calidad para la resolución de conflictos, que aseguren buenos resultados, que es lo que espera un pueblo democrático y, que mejor cosa, la construcción de una justicia equitativa y eficaz.

2.2. ANTECEDENTES DE ESTUDIO

Parecería que el Derecho Constitucional se hubiese olvidado de los Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos, en especial de la Mediación. No es suficiente que la Constitución únicamente los mencione. Sin embargo, tenemos que hacer un poco de esfuerzo para hacer encajar a dichos sistemas en el Marco Constitucional, aunque en

la práctica es otra cosa, que para quienes ejercemos la actividad de mediadores vemos que es una tarea noble el poder ofrecer a la ciudadanía el marco textual y contextual de lo que son los Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos. En ellos y, en especial, en la Mediación, se da todo el anhelo constitucional. Por ejemplo, en una audiencia de mediación se reúnen, en un solo acto, todos los principios constitucionales que, a lo mejor, no se dan a plenitud en la Justicia Formal (celeridad, legalidad, intermediación, transparencia, humanismo, equidad, etc.). En la Mediación estos grandes principios constitucionales se dan multiplicados, concurriendo estos y todas las bondades de este método, arte o ciencia en pro del Buen Vivir, pero como práctica diaria y no excepcionalmente.

¡Por qué decimos esto! porque tenemos que paso a paso ir interpretando la Ley de Arbitraje y Mediación e ir perfilando un andamiaje con el cual se pueda mover la Mediación dentro del Marco Constitucional, como podemos observar en el desarrollo de este trabajo, en que hacemos un recorrido por una serie de disposiciones que permiten acceder a los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, es decir, a la solución dialógica y pacífica de alcanzar justicia por conveniencia de las partes en litigio, mas no con carácter coercitivo.

Es importante, en el perfil que estamos investigando, mencionar la falta de un Reglamento a la ley de la materia. Entonces, no es posible moverse como en el caso de la aplicación de una ley que sí tiene reglamento. No es malo que existan leyes sustitutivas, pero en leyes especialísimas, el Reglamento es indispensable para tener la amplitud necesaria y poder actuar sin equivocarnos. Por el descuido en este campo, se nos ha creado una serie de impedimentos que no nos ha dejado avanzar. Un Reglamento da las pautas a proseguir, a indicar cómo proceder.

En cuanto a la obligatoriedad o no obligatoriedad de la Mediación por parte de los usuarios hay dos corrientes: la una que manifiesta que la Mediación es talmente voluntaria, esto es quiere decir que ya no tendría ese carácter (que la judicialización sería atentar en contra de su esencia, horizonte no hay que perderlo de vista, en especial para los acuerdos). Y, la segunda posición es que se judicialice la Mediación. ¿Convendría que antes de presentar una controversia a la Justicia Formal, pase primero por Mediación y si no se llega a un acuerdo, aunque sea parcial, no quedaría otra opción

que los juicios correspondientes? Esta obligatoriedad seguramente disminuiría el amontonamiento de causas en juzgados y cortes, se manifiesta.

Sea como sea, este sistema alternativo es ventajoso para la sociedad ya que su misión, la rapidez de su despacho y su visión de futuro la hace ideal y práctica frente a una justicia injusta, lenta y nada eficaz, colonial y con tibios atisbos de cambio.

Otro asunto importante es el uso de las nuevas tecnologías en la Mediación, lo que se va denominando la Mediación On Line. Deberíamos llegar a verdaderos acuerdos entre las partes a través del internet, en especial en temas de negocios y comercio, en otros temas, como de menores, familiares la intermediación que se da en Mediación, cumpliendo varios objetivos, que con el diálogo y la buena voluntad las diferencias se superan.

Hay que tener muy en cuenta lo que manifiesta **Edgar Morín (1998)** cuando manifiesta que *“El revés de la tecnologización consiste en la invasión de los sectores más amplios de la vida cotidiana por la lógica de las máquinas artificiales, que introducen una organización mecánica, especializada, cronometrada, y disminuyen la comunicación personal”*(pág. s/p), o que nos llama la atención es que si la tecnología nos va dominando, de aquí a poco tiempo la facultad de dialogar habrá desaparecido. Esperemos que esto no suceda, porque caso contrario la bondad más esencial de la Mediación se habría perdido. La sociedad habrá perdido la comunicación interpersonal y se habrá convertido el ser humano en incapacitado para dialogar y se hará más inhumana, lo que ya se está observando. La comunicación oral, personal, con afecto va dando paso a la comunicación por medio de aparatos, que sin bien son de gran utilidad, pero jamás reemplazará será al calor humano. La “comunicación moderna”, si la podemos llamar así, es y será totalmente fría, sin sentimientos. Los componentes humanos del lenguaje se habrán perdido.

No tenemos que olvidarnos que para que la Mediación tenga el éxito que esperamos, el pueblo ecuatoriano tiene que ser ilustrado sobre la Ley de Arbitraje y Mediación, que si bien es cierto tiene vida desde hace unas pocas décadas, el pueblo ecuatoriano apenas tiene nociones generales, incluyendo a los colegas profesionales del derecho, salvo casos específicos. Por ello deberá promocionarse a la Mediación de modo agresivo, de tal forma que todos conozcamos mencionada Ley, sus características y sus bondades.

Al respecto del estudio del Constitucionalismo se han realizados muchísimos estudios, de los cuales anotaremos algunos, veamos:

- **“Teoría del Estado en el Ecuador”(2006)**del Dr. Julio César Trujillo, que para darnos ideas fundamentales parte desde conceptos fundamentales del Estado, realizando análisis de temas relevantes del Derecho Constitucional Ecuatoriano. Será, entonces, el Estado de Derecho el “*Paso de la desigualdad a la igualdad de Derechos*”, en cuanto a Derechos Humanos se refiere, y de éstos el autor nos dará una visión general que es base también de la Mediación, que sin la observancia de los tales derechos jamás podríamos hablar de ella.
- **“Neo constitucionalismo y derechos fundamentales”(2010)**de Miguel Carbonell, es otro texto que nos lleva a considerar las nuevas tendencias del Constitucionalismo Latinoamericano, como también nos sirve para comprender y aplicar los derechos fundamentales, también nos guía para mirar el estado en el que se encuentra el cumplimiento de dichos derechos. Al autor no sólo le interesa el “*Deber ser*” de tales derechos, sino que éstos marchen acordes a la realidad social. Es importante también el libro por su carácter analítico y por introducirnos a un constitucionalismo comparado, por sus reflexiones en campos internacionales de aplicación, considerando, por supuesto, el caso ecuatoriano.
- **“El Constitucionalismo y la Nueva Constitución”(2007)**del Dr. Gil Barragán Romero, texto en el cual el autor nos orienta sobre el origen y evolución del sistema constitucional desde su nacimiento, que según manifiesta:

Este importante fruto de la civilización surge con las transformaciones políticas de Norteamérica y Francia durante el siglo XVIII, las cuales se extendieron por el mundo, pues su esencia fue limitar el poder público y reivindicar para la persona una esfera de libertad que hasta entonces le había sido negada por el poder.(pág. s/p).

Sin embargo, su origen hay que verlo en documentos más antiguos: textos de Aristóteles, en el desarrollo de la Ciudad Estado Griega, en opiniones de Cicerón y

Polibio en Roma, en las de San Isidro de Sevilla, en el pensamiento de Suárez y Vives en España y en sus fueros, en la Carta Magna (1215) de Inglaterra, en prácticas de antiguos pactos y leyes dictadas hace varios siglos antes, que se consolidaron en Inglaterra, Estados Unidos y Francia. Es importante también el libro por su gran cantidad de citas de muchos autores, con lo que logra conformar un cuadro completo de lo que es el Constitucionalismo, llevándonos a un estudio cabal de lo que es una Constitución.

- En el presente estudio es importante mencionar el libro **“Interpretación Constitucional”**(2010) del abogado Álvaro Cárdenas Zambonino con el que se refresca la práctica jurídica, haciendo uso de las técnicas más modernas para el análisis constitucional y ante todo para su interpretación, como son los métodos y técnicas, como la Ponderación (*balancing test*) y la proporcionalidad. Estos aportes nos hacen bien puesto que múltiples de estas ideas ya se practican en Mediación, pero tampoco están demás, es mejor conocerlas más profundamente.

- **“El Lenguaje en el Periodismo de Opinión”**(2006) Rodrigo Santillán Peralbo, especialmente el Segundo Capítulo del libro, el autor nos induce al conocimiento de la importancia y de lo que significa el lenguaje y al referirse al escribir nos refiere que al escribir no lo podemos hacer de cualquier forma, sino que hay que realizarlo correctamente, de acuerdo a las exigencias profesionales.

- **“Lenguaje, Ortografía, Redacción”**(1987) de Edgar Andrade Illanes es Texto con una metodología dinámica y constructivista, en el que el autor invita e induce al lector a conocer el mundo del lenguaje, sus manifestaciones y lo que se puede hacer con él, para luego refrescar las ideas olvidadas de Ortografía, con sugerencias reflexivas y prácticas, para luego pasar a la Redacción, de diferentes textos, desde una oración hasta narraciones más complejas y algunas sugerencias prácticas para los estudiantes. Es un texto que propende al cultivo del lenguaje, pensando en que éste es el medio más idóneo para la comunicación y para poder entendernos de mejor manera los seres humanos.

- **“Gramática para la Abogacía”**,(1988), Fausto Aguirre. Libro que nos sugiere abandonar la interpretación empírica y simplista de la ley, del Derecho, (búsqueda de la significación mágica de las palabras = atribuir a las palabras de la ley o a las

expresiones de la misma, ciertos poderes que nadie les dio) para pasar al verdadero cultivo de la Ciencia Jurídica y llegar a la desmitificación del Derecho por vía del empleo correcto del lenguaje jurídico para comprender su verdadero simbolismo, tarea del jurista del presente y del mañana. Es por eso que el autor nos ofrece una Gramática con puntos de partida para emplear y comprender mejor el lenguaje jurídico.

- **“La palabra”**,(1971), Georges Gusdorf. Es un estudio profundo sobre el significado de la palabra, es decir, el lenguaje. Los seres humanos nos caracterizamos por ser parlantes, capaces del lenguaje y las relaciones humanas únicamente se apoyan en él. La palabra, esto es el lenguaje, no es únicamente una función orgánica, sino también intelectual y espiritual, propia del ser humano. Conocer el nombre de las cosas es haberlas captado. Las insinuaciones del autor nos lleva a reflexionar acerca de la valía e importancia de este don maravilloso que es el lenguaje, sólo que nos queda perfeccionarlo, cultivarlo, embellecerlo.

- **“Lógica e introducción a la Filosofía”**,(1969),Vicente Fatone. Nos proporciona aportes para la comprensión de la Lógica y del Lenguaje. Sobre éste en el Capítulo 9, desarrolla sobre la Lógica Simbólica, manifestándonos la importancia que tiene el lenguaje y el metalenguaje.

También tenemos que tener en cuenta manuales de Mediación y Negociación, por ser estos el interés principal de nuestro estudio, así:

- **“Manual de mediación y derechos humanos”**(2001)de Eduardo Zurita Gil, para quien la Mediación reúne características muy nobles y *“es el instrumento eficiente en el proceso de concientización y defensa de los derechos humanos”*. Debemos entender que la justicia es la antesala de la paz y el diálogo del arreglo amistoso de los conflictos. Zurita didácticamente nos guiará al conocimiento de las bondades de la Mediación, de su eficacia, pero también llegará a plantear que este sistema es el más humano posible para la defensa de la democracia y de los derechos humanos.

- **“Alternativas al ejercicio de la acción penal”** (2011) de Ricardo Vaca Andrade es otro de los manuales que nos introduce metodológicamente al ejercicio de la acción penal privada y de los delitos menores.

- La obra que está por publicarse “El Lenguaje, la Epistemología y el Trabajo en Equipo: bases de la Mediación” del autor de la presente investigación, en la que se enfatiza el uso del lenguaje como instrumento de diálogo, comprensión y de paz en una sociedad, pero también en la importancia del respeto a la cosmovisión individual y al trabajo colectivo y holístico en pro del crecimiento individual y comunitario del ser humano.
- Los autores: Jaidivi Núñez Varón, Alfredo Revelo Zuluaga R. y José Octavio Zuluaga R., con su libro “*Manual práctico de Mediación*”,(2002) en el que además de anotar el procedimiento de la mediación, analizan y comentan casos de Mediación en materia de Propiedad Intelectual, con todas las ventajas que a diferencia de la justicia formal, en este sistema se resuelven de modo voluntario, ágil, económico, duradero, etc.
- “*Mediación: una transformación en la cultura*”(1996) de los compiladores Julio Gottheil y Adriana Schiffrin y otros.
- En importante para nuestras reflexiones el texto clásico de negociación de los autores **ROGER FISHER, WILLIAM URY y BRUCE OATTON**“*Sí... ¡de acuerdo!*”, mismo que nos hace reflexionar sobre el espíritu negociador que tiene todo ser humano, espíritu del cual tenemos que aprovechar para convivir en paz arreglando nuestras controversias por el lado bueno y amable, con la utilización del diálogo.

En cuanto a la metodología, el manual que proponemos aplicaremos el Constructivismo, por ser el que más se acomoda a nuestra propuesta; pensamos que todo ciudadano, ya sea padre de familia, estudiante, profesional, pastor, etc., sea éste el constructor de sus propios conocimientos. Recordemos que el ser humano desde siempre ha sido constructor, no únicamente de objetos, de cosas, sino también constructor de ideas, pero éstas no deben quedarse como ideas en nuestra mente, sino que las tenemos que plasmarlas en hechos, en realidades o como hoy se dice, en técnica, pero también incitadores de la construcción de una sociedad más amistosa, humana, como también respetuosa a sus valores, creencias, opiniones, cosmovisiones, etc.

Tenemos que ser generadores y creadores de ideas, de verdaderos hechos y realidades para moldear un mundo digno y solidario. No es suficiente con percibir, tenemos que conocer. Sólo cuando nos intereseamos por conocer lo que vemos frente a nosotros y creemos mundos mentales con fundamento y luego creemos un mundo con nuestras palabras, entenderemos el valor de la palabra y del diálogo. Todavía no podemos imaginar lo que realmente significa lo que nos rodea y más aún al ser humano.

2.3. ANTECEDENTES DE ESTUDIO

2.3.1 ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

2.3.2 FUNDAMENTACIÓN LEGAL

El trabajo investigativo tiene su fundamento en la aplicación de la Mediación y el Arbitraje como métodos alternativos de solución de conflictos en los contratos administrativos.

- 1. La Ley de Arbitraje y Mediación(1997)**, en su Art. 43 lo define como un procedimiento de solución de conflictos y que textualmente dice: *“procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin a un conflicto”*.
- 2. El Código Civil (2005)**, Art. 2372, Inciso Primero del Libro Cuarto, Título XXXVIII que la Transacción *“Es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”*.
- 3. La Constitución de la República de 1998**, Art. 191, inc. 3ro. lo estipulaba y la actual (2008) manifiesta que se reconoce el arbitraje, la mediación y los procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la Ley, cuyos artículos referentes a la Mediación lo contempla desde el 43 a 64 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que cabe en toda materia transigible.
- 4. La Constitución de la República** permite tanto la mediación como el arbitraje en su Art. 190, pero también la LOSNCP en el Art. 104 y en el Reglamento de la

- misma ley, en su Art. 161 y siguientes, al referirse a la Solución de Controversias.
5. El Art. 55 de la LAYM facilita la mediación y la transacción al manifestar que “La conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderá la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos”, relacionando lo expuesto también con lo que prescribe el Art. 2348 del Código Civil, citado anteriormente.
 6. De igual manera la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en su Art. 12, prescribe: “Los organismos y entidades del sector público, con personería jurídica, podrán transigir o desistir del pleito, en las causas en las que intervienen como actor o demandado, para lo cual deberán previamente obtener autorización del Procurador General del Estado, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América.
 7. Los organismos del régimen seccional autónomo no requerirán dicha autorización, pero se someterán a las formalidades establecidas en las respectivas leyes.
 8. En los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, el Procurador General del Estado está facultado para transigir o desistir del pleito, en las causas en las que interviniere como actor o demandado, en representación de dichos organismos y entidades, siempre y cuando dichas actuaciones se produzcan en defensa del patrimonio nacional y del interés público”.
 9. La **Ley de Arbitraje y Mediación(1997)**, en el Art. 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación preceptúa: “*Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados*”.
 10. Así mismo el Art. 5 de la misma ley dispone: “*El convenio arbitral es un acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*”.
 11. En general el arbitraje es un procedimiento alternativo a la justicia ordinaria, al que voluntariamente o por mandato de la ley las partes en conflicto se someten

- para que un tercero, ajeno a sus intereses, sea quien solucione sus controversias, cuya decisión acatarán obligatoriamente.
12. Todas estas disposiciones legales operan para el arreglo de conflictos en el campo administrativo, así también en caso de haber cláusulas compromisorias de mediación o arbitraje.
 13. Así entonces, jurídicamente el arbitraje es una forma reconocida por la ley para la solución de conflictos. Diremos que el hecho de expresar la voluntad de someterse a árbitros es señal de querer solucionar las controversias a través de los medios alternativos, por ello cada día hay más estipulaciones en documentos notariales y otros que expresan el deseo de arreglos alternativos por ser más ágiles y eficientes.
 14. Luis Parraguez (1986) en su obra “Manual de derecho civil ecuatoriano. Teoría general de las obligaciones”, Vol 1, manifiesta que “Contrato es una convención (o acuerdo de voluntades) que celebran dos o más personas con el objeto de crear obligaciones para una o ambas partes”.
 15. **El Código Civil (2005)**, en el Art. 1483 del Código Civil habla de los contratos unilaterales, en los que es cuando una de las partes se obliga para con otra, como en el caso del testamento, siendo también contratos bi o multilaterales, en el que las dos partes se obligan mutuamente como en el caso de la Contratación Pública.
 16. **El Código Civil (2005)**, Por otro lado, nos dice que *“La sola expresión de voluntad es suficiente para dar nacimiento a un contrato, su validez exige que esa expresión represente lo que las partes libre, soberana y flexiblemente desean. El acto no es válido cuando algún vicio afecta esas cualidades de la voluntad”*, como lo disponen los(Arts. 1494 y siguientes). Sintetizando en otro lado de su obra manifiesta: la “Voluntad es elemento de la
 17. Al respecto consideremos que dada la existencia de un contrato, su eficacia dependerá que reúna o falte los requisitos de validez, como: capacidad de las partes (Arts. 1489 y 1490), voluntad libre y espontánea (Art. 1494 y siguientes), licitud del objeto (Arts. 1503, 1504 y 1505), licitud de la causa, licitud de la causa (Arts. 1510) como lo estipula los artículos anotados del **Código Civil (2005)**.
 18. Para que un contrato se perfeccione hay que observar ciertas solemnidades legales, Art. 1486 **Código Civil (2005)**, elementos de los contratos Art.1487 **Código Civil (2005)**, ciertos elementos: de su esencia, que son aquellos

elementos que son su razón de ser, como el precio por ejemplo, si no hay éste no hay compraventa; elementos de su naturaleza (Art. 1484; y, otros accidentales, como los señalados en el Art. 1487, que son ciertos aditivos contractuales.

- a. De haber cláusula compromisoria, la parte afectada tiene la facultad de acudir a la justicia arbitral y la contraparte tendrá que someterse sin excepción o condición alguna al procedimiento establecido impreso en el contrato.
- b. Pero para el caso de que las partes no han acordado someterse a procedimientos alternativos de solución de conflictos, lo que les quedaría es acudir a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Así lo prevé el Art. 105 de la LOSNCP.

2.4 DEFINICIONES DE TÉRMINOS BÁSICOS

2.4.1 CONCEPTOS

1. **Arbitraje.-** Método tradicional de hacer justicia, pero de carácter adversarial. El **Tercero Neutral** es quien decide y su decisión (**laudo**) es en principio (cuando no tiene fuerza vinculante para las partes) obligatoria. **Arbitraje Jurisen Derecho;** o de amigables compondores, a su leal saber y entender: equidad. Otras formas vinculantes pero que restringen el poder del árbitro al que ofrecen concesiones o propuestas (de última oferta).
2. **Árbitro.-** Persona encargada de dirimir un litigio entre dos o más personas que deciden expresamente someterlo a su decisión.
3. **Autoexpresión.-** “...Técnica de comunicación que se centra en los sentimientos, pensamientos y creencias de quien habla. Las personas tendemos a hacer afirmaciones radicales que parecen emanar de la subjetividad misma de la realidad. O dictámenes superiores incuestionables: “Esta persona es un fracasado”, “Si no fuera por el alcohol, esta familia sería otra”, “Él [o ella] es infiel por naturaleza; es imposible que cambie”, Esta persona es mala, mala por dentro”... La autoexpresión busca relativizar estas afirmaciones...cambio el

sentido estricto de 'una afirmación de una realidad' por simplemente 'una opinión' ...frases que indican autoexpresión:

4. **Brainstorming** (tormenta de ideas).- Técnica para gestión de grupos que potencia la generación de ideas sobre un tema. Se actúa sobre la capacidad creativa de personas de forma que, en una reunión de corta duración, se genera el máximo de número de ideas posibles sin importar el exceso de calidad de éstas. Cada persona debe reflexionar, anotar y comentar.
5. **Celeridad.-** Rapidez en el movimiento o en la ejecución de algo. Confidencial.- adj. Que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas.
6. **Celeridad.-** Rapidez en el movimiento o en la ejecución de algo. Confidencial.- adj. Que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas.
7. **Centro de mediación.-** Institución autorizada por el Consejo Nacional de la Judicatura para funcionar y dar servicio de Mediación, dotada con la infraestructura técnica adecuada para las audiencias.
8. **Cierre.-** Es el momento en el cual se ha llegado a dar fin a los acuerdos luego de haber agotado todas las fases del proceso de mediación y como último se firma el Acta de Mediación.
9. **Co-mediación.-** Es el apoyo que recibe el Mediador de otro mediador o de un técnico conocedor más profundamente sobre un tema y que lo puede tratar de manera más eficiente en beneficio de las partes que buscan dar solución a su conflicto.
 - a. **Comunicación cara a cara** o inter-personal.- De da mirándose cara a cara, debería ser un diálogo amigable y sincero entre dos o más personas, aguantándonos la gana de dialogar discutiendo;
 - b. **Comunicación introspectiva** o intrapersonal.- Es la comunicación con uno mismo, pero también la que se realiza con Dios, la oración; son monólogos con los que nos preguntamos y nos contestamos nosotros mismos. ¿Sí lo ha pasado?
 - c. **Comunicación no – verbal.-** Expresión facial, corporal o gesticular, la risa, el bostezo, el olfato, el tacto, la presentación personal, etc., sin decir una palabra;

- 10. Comunicación.-** es el proceso mediante el cual se puede transmitir información de una entidad a otra, alterando el estado de conocimiento de la entidad receptora. La entidad emisora se considera única, aunque simultáneamente pueden existir diversas entidades emisoras transmitiendo la misma información o mensaje. Por otra parte puede haber más de una entidad receptora.
- 11. Comunicación.-** Acción de comunicarse con otra u otras personas. El ser humano siempre tiene algo que decir a alguien o así mismo y lo hace a través de diferentes mecanismos: a través del habla, de señas, etc. Entre las clases de comunicación tenemos:
- 12. Conciliación.-** Es un acuerdo entre las partes al que se llega luego de cesiones mutuas y concesiones de cada parte. Se puede hacer con la intervención o no de un conciliador., pero en caso de haber, ni resuelve el conflicto como en el caso de un árbitro, ni propone la solución.
- 13. Conciliación.-** Mecanismo o sistema de resolución de conflictos en el que un tercero ayuda a las partes a encontrar una solución a sus desavenencias, pudiendo presentaras un acuerdo, mismo que puede dar fin al conflicto.
- 14. Conflicto.-** Es la controversia, diferencias, pleitos o incompatibilidad entre las partes que no han llegado a un arreglo o acuerdo.
- 15. Conflicto.-** Es la divergencia manifiesta de posiciones, intereses, creencias, puntos de vista que hacen imposible la convivencia pacífica.
- 16. Confrontación.-** Es una técnica de comunicación utilizada por los mediadores para una de las partes deje a un lado la conducta de negociación particular, destructiva para seguir en el procedimiento. Es un contrataque. Por ejemplo: “Usted no sabe de qué está hablando”. La otra parte responde: “Yo sí sé de qué estoy hablando”. Respuesta: “Es usted el que no sabe de qué está hablando”, etc.
- 17. Consenso.-** Es el acuerdo alcanzado por las partes, una vez que han colaborado mutuamente.
- 18. Constitución.-** Lo destacable de las constituciones modernas es que en ellas se demuestra que la omnipotencia del Estado ya no existe en el mundo civilizado y que ellas contienen también la estructura de las funciones estatales, pero ante todo un compromiso de respeto a las libertades de los ciudadanos, enmarcadas en normas legales, ya que únicamente así el Estado de Derecho es una realidad.

- 19. Cosa Juzgada.-** Es el carácter y el efecto de algunas sentencias dandotérmino al conflicto.
- 20. Cultura de diálogo.-** Es el deseo de querer dialogar o hablar entre las partes para proceder amigablemente a un acuerdo sobre un conflicto que mantienen, sin tener que hacerlo por la fuerza.
- 21. Cultura de paz.-** Es el convencimiento que tiene una persona o una comunidad que si se puede convivir entre sus miembros dialogando y sin agredirse, más aún cuando se tiene un conflicto.
- 22. Debido proceso.-** El debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.
- 23. Debido proceso.-** El debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.
- 24. Deliberante.-** Se dice de la reunión de personas que deliberan, la cual tiene facultad para aplicar los acuerdos alcanzados.
- 25. Deliberante.-** Se dice de la reunión de personas que deliberan, la cual tiene facultad para aplicar los acuerdos alcanzados.
- 26. Denotar.-** Expresar, significar, indicar, mostrar, señalar, manifestar, revelar, aludir, anunciar, evidenciar.
- 27. Denotar.-** Expresar, significar, indicar, mostrar, señalar, manifestar, revelar, aludir, anunciar, evidenciar.
- 28. Desistimiento.-** Es la renuncia o abandono de la demanda o acción por parte del actor.
- 29. Dilatorios.-** Lo que sirve para prorrogar y extender el término judicial de una causa.
- 30. Dilatorios.-** Lo que sirve para prorrogar y extender el término judicial de una causa.⁸⁵ Engorroso.- adj. Dificultoso, molesto.
- 31. El “Adjudicador”.-** Es quien recibe de cada una de las partes, individualmente, sus proposiciones con la información que desean mantener en confidencialidad

- estricta (secretos comerciales), “el adjudicador” evalúa y toma la decisión no vinculante, que si las partes no acatan, pueden servir de base para las negociaciones
32. **ADR.-** Alternative Disputes Resolution – Resolución Alternativa a Disputas (Algunos estudiosos hablan únicamente de DR).
 33. El “Experto Neutral”.- Es la persona que decide sobre cuestiones técnicas y su decisión puede ser vinculante o no, según se haya pactado.
 34. El “**Medaloo**”.- Consiste en que si con la mediación no se llega a ningún acuerdo, quien está haciendo de mediador, actúa como árbitro y su decisión la toma de la última propuesta de cada parte.
 35. El “**Mini – Trial**”.- Llamado pequeño juicio. Consiste en un procedimiento informal en el que los abogados de las partes exponen las posiciones de cada parte con respecto al conflicto; además, dan a conocer las pruebas con las que las sustentan, así como también señalan argumentos jurídicos. Con esto las partes o sus representantes que deben estar presentes en las sesiones, conocen más de fondo el problema, puesto que las argumentaciones y pruebas expuestas tanto por la una parte como de la contraparte ayuda a ese esclarecimiento.
 36. El “**Private Trial**”.- O juicio privado.- Consiste en contratar un abogado – por lo general un juez retirado – para que dirima una controversia en derecho. La decisión de éste puede ser apelada ante los tribunales de segunda instancia.
 37. El de un “**Oyente Neutral**”.- Es quien escucha de manera privada la mejor propuesta u opción que las partes han presentado y es quien evalúa si tales propuestas acercan lo suficiente como para justificar reuniones con el fin de transar las diferencias.
 38. **Empoderamiento.-** Mejor apoderar, que significa “Dar poder (v); designar una persona a otra para que ésta la represente en un negocio jurídico. / También se ha dicho por dar posesión, y por poner en poder ajeno una *cosa*”. (Cabanellas, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Pág. 360).
 39. **Empowerment.-** “Es una herramienta de la mediación que se utiliza para que las partes fortalezcan su propia conciencia de todo lo que pueden y son capaces”.

- 40. Epistemología.-** Es una rama de la filosofía cuyo objeto de estudio es el conocimiento científico. La epistemología se ocupa de problemas tales como las circunstancias históricas, psicológicas y sociológicas que llevan a su obtención, y los criterios por los cuales se lo justifica o invalida.
- 41. Epistemología.-** La epistemología es una disciplina que estudia cómo se genera y se valida el conocimiento humano y de las ciencias. Su objetivo es analizar los preceptos que se emplean para justificar los datos científicos, considerando los factores sociales, culturales, psicológicos, etc.
- 42. Equipo.-** Es el trabajo es la tarea a mano o intelectual llevada a efecto por una o más personas.
- 43. Escucha Activa.-** Es concentrarse en el mensaje que emite otra persona, evitando distraerse mentalmente (imaginarse prejuicios o evaluaciones anticipadamente) o ambiental (ruidos, etc.) esforzándose por poner atención a través de la empatía; observar e interrogarse constantemente; retroalimentar resumiendo...; detectar las palabras claves o esenciales. Lo importante es poner relevancia en la acción de escuchar a nuestro interlocutor.
- 44. Firma de Acuerdo.-** Es la consignación de la firma personal en un escrito que contiene el compromiso a cumplirse. En caso de firmar se compromete la parte a cumplir y así debe hacerlo.
- 45. Imparcialidad.-** Es un criterio de justicia que sostiene que las decisiones deben tomarse en base a criterios objetivos, sin influencias de sesgos, prejuicios o tratos diferenciados por razones inapropiadas.
- 46. Incoar.-** Comenzar los primeros trámites de un proceso, un pleito o un expediente.
- 47. Instaurar.-** Fundar, iniciar, poner en marcha.
- 48. Introspección.-** Comunicación consigo mismo, comunicación hacia el interior de nuestra conciencia, es intrapersonal (tal vez la más difícil, por ejemplo la oración y comunicación con Dios).
- 49. Lenguaje.-**El lenguaje es el sistema a través del cual el hombre o los animales comunican sus ideas y sentimientos, ya sea a través del habla, la escritura u otros signos convencionales, **pudiendo utilizar todos los sentidos para comunicar. El término lenguaje es de origen latín “lingua”.**

- 50. Litigio.-** Juicio, pleito, demanda, querrela eminentemente adversarial en donde las partes - antagónicas - ponen en manos de un tercero, designado por el Estado, la capacidad de solucionar su conflicto, ya que la comunicación se encuentra bloqueada y la resolución o sentencia es forzosa, luego de un proceso de largo tiempo y costoso y la justicia viene por la aplicación correcta de la norma.
- 51. MAAN.-** Mejor Alternativa al Acuerdo que se Negocia.
- 52. MASC.-** Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.
- 53. Materia Transigible.-** Es toda materia cuyo conflicto es susceptible de transacción, de desistimiento o de negociación. Materia que la ley permite que se pueda transar, arreglar o mediar, sea en asuntos públicos o privados.
- ✓ Me parece importante...
 - ✓ Me parece que ...
 - ✓ Me preocupa que...”.
- 54. Mediación.-** Sistema, ciencia, método, terapia, etc., de resolución de conflictos, que mediante la asistencia de un tercero neutral se facilita la construcción de acuerdos, promoviendo la cooperación y las relaciones entre las partes.
- 55. Mediación.-** Sistema, método, técnica, o proceso legal no adversarial de solución de conflictos, conducido por una persona experta y de buena fe que maneja las herramientas idóneas del lenguaje, de la psicología y de la cultura en general para que sean las partes las que encuentran el arreglo o solución a sus problemas en el menor tiempo y sin gastos exagerados. (Nada tiene que ver con el tradicional sistema judicial inquisitivo, en el cual el Juez impone la resolución).
- 56. Mediador (a).-** Profesional, no necesariamente abogado (a), capacitado (a) para mediar, esto es para conducir la sesión de mediación con responsabilidad y sin interés personal alguno y ayudar a las partes a que sean ellas las que encuentren la solución a su conflicto de manera eficaz, equitativa y duradera, propendiendo la convivencia pacífica.
- 57. Mediador.-** Persona preparada con cualidades de imparcial y asignada por la Dirección del Centro para asistir a las partes en una audiencia de mediación, quien las modelará en el diálogo. Gracias a sus conocimientos, entrenamiento y experiencia ayuda a las partes a negociar y construir un acuerdo transaccional.

58. Métodos alternativos.- Son sistemas de impartir justicia no formales. Son nuevas formas de acudir a que se le hagan justicia sin acudir necesariamente a juzgados, tribunales y cortes, como son la Mediación, el Arbitraje, etc.

✓ Mi interés es...

59. Negociación.- Mecanismo de arreglo pacífico entre las partes, que no implica necesariamente una disputa. Es voluntaria, informal (que no está sometida a la reglamentación rígida del juicio contencioso) y procura dar un espacio ventajoso para las dos partes.

60. Negociación.- Son comunicaciones que tienen lugar entre dos personas o grupos que mantienen un conflicto y que luego de una serie de ofertas y contraofertas las partes van buscando una solución común a sus desacuerdos. Es voluntaria e informal y difiere de la Mediación puesto que no hay una tercera persona que ayude a buscar un arreglo, son ellas mismas quienes buscan definir el acuerdo, que lo hacen por escrito.

61. Ofertas.- Son propuestas individuales que las partes realizan para entrar en un arreglo con la otra parte.

62. Ombudsman.- Persona que toma a cargo las denuncias del público contra la injusticia y mala administración. No está facultado para imponer decisión alguna. A veces tienen un rol de mediador.

63. PAAN.- Peor Alternativa al Acuerdo que se Negocia.

64. Pena pecuniaria.- Es la denominación de la sanción que consiste en el pago de una multa al estado como castigo por haber cometido un delito.

65. Polisemia.- Pluralidad de significados de una palabra o de cualquier signo lingüístico. Para su comprensión requiere de su contexto.

66. Primer Contacto.- Es el recibimiento de parte del mediador a las partes. Las partes conocen al mediador, el mismo que se presenta y explica qué es Mediación y sus características. Luego solicita que cada una de las partes relate los hechos y al final de ellas puede formular preguntas. Posteriormente el mediador haría una síntesis, antes de pasar a que las partes busquen alternativas preliminares.

67. Prosodia.- Es una rama de la lingüística que analiza y representa formalmente aquellos elementos de la expresión oral, tales como el acento, los tonos y la entonación.

68. RAD.- Resolución Alternativa de Disputas.

- 69. Reconciliación.-** Restablecimiento de la amistad, el trato o la paz, después de desavenencia, ruptura o lucha. Se la puede restablecer por amistad, perdón o por buena voluntad de querer hacerlo.
- 70. Resolución.-** Aquellas decisiones escritas que dicta el juez o los tribunales en causas contenciosas o en expedientes de jurisdicción voluntaria.
- 71. Reunión Inicial.-** Es el primer contacto que el mediador tiene con las partes en conflicto. Se ha acordado llevar a efecto la Mediación, se han distribuido los sitios alrededor de una mesa, por lo que el mediador explicará el proceso de mediación, el rol del mediador, oír y responder a las preguntas sobre el procedimiento de mediación, escuchar las versiones de cada parte, realizar reuniones privadas, levantar la reunión, etc.
- 72. Reunión privada.-** Sesión que el mediador lleva a efecto con cada una de las partes una vez que se les ha convocado a la reunión inicial, les ha explicado las reglas de la mediación y ellas han aceptado, cada una ha hecho su explicación inicial sobre cómo entiende el conflicto y lo que espera de la mediación. Les ha planteado la necesidad de tener reuniones privadas con cada persona, "...su objetivo es:
Se puede comenzar reafirmando sobre la confidencialidad; se escuchará activamente; se tomará nota; se verificará sobre las percepciones; se puede emplear la confrontación y la evaluación; se hará una síntesis y se cerraría recordando la confidencialidad, sobre si hay alguna consulta y se procedería con la otra parte y a continuación se pasaría a una reunión conjunta.
- 73. Síntesis.-** Es la esquematización de lo más significativo de las reuniones privadas y con la autorización de las partes puede abrirse el temario para discutirlo.
- 74. Sistema Alternativo de Solución de Conflictos.-** Se conoce bajo esta denominación a los métodos o técnicas de solución de conflictos realizados extra procesalmente, esto es, sin ser tomada en cuenta la justicia formal; estos son: Negociación, Mediación, Conciliación, arbitraje y otras en las que se utiliza el diálogo como base fundamental, llegando en el caso de la Mediación a la firma de un Acta con carácter de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y en caso del Arbitraje a la firma de un Laudo Arbitral. A estos sistemas se los conoce con el nombre de MASC (Medios Alternativos de Solución de Conflictos).

- 75. Solipsismo.-** Reducción de todos los objetos de conocimiento a contenidos de conciencia (idealismo subjetivo gnoseológico) o la negación de la existencia o la subsistencia del mundo externo (idealismo metafísico). Formulación idealista que estima el yo individual como exclusiva realidad; al punto de que las demás personas son simples apariencias o proyecciones al igual que toda la materia.
- 76. Trabajo en Equipo.-** Es la labor realizada por varias personas, en la que cada uno de los integrantes hace la parte que se la ha encargado, pero todos tienen un mismo fin, objetivo o propósito común. Se tiene la experiencia que este tipo de trabajo produce mejores resultados, influye en los trabajadores (intelectuales o manuales) de forma positiva, porque permite una variedad de manifestaciones que ayudan a fomentar el compañerismo, la alegría, la solidaridad, un espíritu de sociabilidad, satisfacción, genera entusiasmo y ambiente de armonía; produce buenos y mejores y beneficiosos resultados. Se impone ciertas reglas que ayudan a interactuar entre todos.
- 77. Transacción.-** Concesión que se hace al adversario con el fin de concluir una disputa, causa o conflicto, aun estando cierto de la razón o justicia propio. (Cabanellas “Diccionario Enciclopédico de derecho Usual”, Pág. 179). *“Es un contrato para prevenir o concluir un litigio. Equivalente contractual de la sentencia. Se dan renunciaciones voluntarias (formas típicas de avenencia: desistimiento (abandono del actor), transacción (recíprocas concesiones), allanamiento (sometimiento del demandado). Transacción es el género, las demás formas transaccionales (negociación, mediación, conciliación) son las especies”.* (Eduardo Zurita Gil – 2001, “Manual de mediación y derechos humanos, pág. 155).
- 78. Transacción.-** Es el acuerdo o contrato que lleva concluir un litigio. Equivale a sentencia. Se dan renunciaciones voluntarias y entre las más típicas están: desistimiento (abandono del actor), transacción (recíprocas concesiones), allanamiento (sometimiento del demandado). La transacción es el género, las demás especies (negociación, Mediación, conciliación).
- 79. Transacción.-** La transacción es un acto jurídico bilateral por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas.

2.5. HIPÓTESIS

La Mediación y el Arbitraje como métodos alternativos de solución de conflictos en los contratos administrativos se vuelven ineficaces por la falta de aplicación por parte de las personas inmersas en los conflictos que se presentan. En consecuencia la puesta en vigencia de una propuesta de reforma que aplique de manera obligatoria a la Mediación y al Arbitraje como paso previo a la justicia ordinaria subsana la ineficacia en la solución de conflictos en los contratos administrativos.

2.6. VARIABLES

2.6.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

La investigación de la Mediación y el Arbitraje como métodos alternativos en la solución de conflictos.

2.6.2. VARIABLE DEPENDIENTE

Mecanismo extrajudicial para la solución de conflictos en los contratos administrativos.

ESQUEMA DE LA INVESTIGACIÓN

TEMA: LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

TITULO I

2.7. LA MEDIACIÓN

2.7.1 ALGO DE HISTORIA:

La Mediación a partir del año 1997 a nivel mundial se ha generalizado hasta alcanzar grandes niveles y resultados. Este procedimiento, que forma parte del denominado Sistema Alternativo de Solución de Conflictos, existe desde la antigüedad, en que grandes culturas “utilizaban la comunicación directa...para resolver sus conflictos, y solo si entre las partes involucradas no es posible ponerse de acuerdo, se recurre primero a terceros privados y en último caso a la autoridad pública. Entre los chinos y orientales en general, para quienes el sentido del honor es valor más elevado del individuo, aún se considera altamente ofensivo acudir al sistema judicial sin antes intentar un arreglo directo...”(ZURITA GIL, Eduardo, 2001, “Manual de mediación y derechos humanos” , ejemplo que deberíamos emular en su aspecto positivo.

Como notamos para Mediación es importantísimo el manejo del lenguaje. La esencia está en el diálogo. Sin éste la comunicación humana no tiene mayor sentido. Es por ello que sólo cuando se pierde la comunicación y el diálogo racional entre los seres humanos se debería acudir a la justicia formal. Aún confiamos en que los seres humanos no perdamos la facultad de dialogar y de comunicarnos, porque esto es el principio de la convivencia pacífica y del arreglo de conflictos. La Mediación se constituye sobre la base del uso correcto del lenguaje y de una buena comunicación.

Conviene de igual manera respetar las opiniones o cosmovisiones ajenas, puesto que cada ser humano tiene diferente percepción y comprensión de la realidad, así como diferentes necesidades y aspiraciones. No puedo imponer mi modo pensar ni de sentir, qué mejor cosa que compartir opiniones diferentes y de estas escoger la mejor opción.

Si el acceso a la justicia es el paso inmediato para hablar y hacer realidad la seguridad jurídica, con el sistema tradicional, dogmático y poco original existente en nuestro país, se rezaga más frente al nivel del devenir histórico que la justicia actual exige. No todo ciudadano accede a dicha justicia ya por problemas económicos ante una supuestamente gratuidad de la justicia o ya por desconocimiento de la realidad de un degenerado sistema, en el que determinados procesos se vuelven inacabables, nada ágiles y caros, llegando el actor a cansarse y hasta los abandona, acusando a su patrocinador de ser el causante.

Frente a esta realidad el Estado Ecuatoriano algo ha hecho con los MASC (Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos), pero su accionar es tibio, cuando debería ser el Gran Propulsor, Patrocinador y Auspiciante a mayor escala de una auténtica cultura del diálogo, del diálogo directo de los ciudadanos para el arreglo de sus conflictos, pero vemos que son más bien las entidades particulares las que más interesadas están, como son las Cámaras de Comercio, Universidades, Colegios de Abogados, Gobiernos Seccionales, Grupos de Personas de Buena Voluntad y Altruistas. Se ha alcanzado un buen desarrollo y hay que esperar que se lo ponga a un gran nivel científico, pero sin hacerla perder su sentido humanístico y práctico.

El sistema de justicia en Ecuador ha venido siendo el que nuestras leyes lo señalan, en especial en el Código de Procedimiento Civil. Sistema que se inicia con un conflicto que lesiona el derecho ajeno. Inmediatamente se inicia el pleito con la formulación de la respectiva demanda, procedimiento que conocemos hasta la emisión de la sentencia por parte del juez, esperando que la parte afectada sea indemnizada en sus daños desde el punto de vista económico y la parte perdedora sea obligada a resarcir el daño, le guste o no le guste.

Esta nueva alternativa de impartir justicia que nos ofrece la Mediación se la debe fomentar, así lo han hecho países como Los Estados Unidos y otros desde hace muchísimo tiempo: “En Estados Unidos la mediación se conoce ya en 1636, cuando los fundadores de Dedham, una comunidad de origen puritano situada cerca de Boston, organizan un sistema informal de mediación.

Los colonizadores holandeses de New Netherland, y más tarde, en 1800, los inmigrantes chinos en la costa oeste, los escandinavos en el centro-oeste y los judíos en New Cork organizaron sus propios sistemas...”, aún cuando “la mediación se reglamente en Estados Unidos mucho después, en 1980, durante la presidencia de Jimmy Carter” y en América Latina se va consolidando, como en Colombia, Argentina, Chile y también Ecuador.

En Occidente, nuestra cultura no es del todo conciliadora como lo es la Oriental, caso concreto China, en donde la Mediación se encuentra “...incorporada al sistema judicial y constituye un paso obligado previo a una litis”, como también hay pocos casos en Latinoamérica.

La Mediación como sistema de solución de conflictos, según unos es nueva, según otros es tan antigua como los problemas surgidos entre los seres humanos y la búsqueda de arreglo, sólo que en esos tiempos remotos era el jefe de la tribu o del clan quien, acompañado de los hombres más representativos del pueblo, resolvía las dificultades y problemas surgidos entre sus conciudadanos. Recordemos que en nuestro país muchas comunidades indígenas no creen en la justicia de los mestizos y es por ello que se ven casos que a los presuntos responsables les ajustician con sus propias manos.

Pensamos que en un mismo país no debe ni puede haber justicias paralelas, es muy peligroso. La justicia es una y para todos en un mismo territorio.

En la justicia ecuatoriana tradicional, ordinaria, inquisitoria, en la que se fomenta - en mucho de los casos - el odio y la venganza, todo el proceso está plagado de formulismos sacramentales caducos y se acostumbra hacer gala de la sapiencia de connotados juristas del pasado y sistema que aún cuenta con fieles seguidores, sin

embargo en la actualidad el modus operandi de aquellos ya no encaja frente a un mundo que cambia vertiginosamente.

Cuando asistimos a las famosas Audiencias de Conciliación que se practican en los juzgados, ni el juez está para realizarla (no hay intermediación) y ni se lleva a efecto una verdadera audiencia, salvo excepciones. En la Mediación la intermediación es una práctica indispensable e inherente a ella, puesto que las partes y el mediador están de cuerpo presente para actuar y resolver el conflicto, si así convienen los interesados.

Si las audiencias de conciliación fuesen practicadas con todo esmero, con seriedad, con gran responsabilidad y ética, en presencia del juez - sin esperar recompensa alguna -, seguro que una gran cantidad de problemas quedarían resueltos en un tiempo récord. Sin lugar a equivocarnos podemos decir que lo mismo sucederá con la mediación: el porcentaje de éxito estará en directa relación con la seriedad y profesionalidad con que se la aplique, por lo que queda el compromiso de profesionalizarnos cada vez más.

El Mediador cumplirá, entonces, un papel de facilitador de la comunicación entre las partes que están enfrentadas; su participación no es la de juez, sino la de un hombre o mujer de buena voluntad que conduzca a las partes a conciliar sus intereses y a disminuir el grado de intensidad de sus posiciones, a través de su cooperación mutua en el proceso de Mediación, de modo que si se logra el acuerdo, las partes y todos habrán terminado ganando.

En Mediación nadie pierde - ceden las partes todo cuanto pueden -, pero al final todos ganan, ya que se llega a una solución consensuada, que en lo posible satisfaga sus intereses; hay que esperar que aquel resentimiento original disminuya o desaparezca, porque en este caso no hay que cumplir con “lo que el juez decidió”, sino con lo que las partes mismas decidieron. Aquí las partes son las constructoras de la solución del problema con ayuda del Mediador, que una vez alcanzado el acuerdo firmarían un acta sólo si miran que aquello es justo y equitativo para sus intereses, y apartándose de sus posiciones antagónicas.

En cambio, en la justicia tradicional: una parte es la que gana y la otra es la que pierde, desapareciendo el elemento humano en la solución del conflicto. Persisten la

enemistad y el resentimiento y casi siempre se ahondan las diferencias. Pensemos que un juicio, en nuestro país, engendra diez años de odio, siendo algo optimistas. En Mediación desaparece el resentimiento, por lo general, las partes terminan amigablemente. ¡Por qué, entonces, no fomentar esta extraordinaria práctica que en los últimos tiempos va tomado más forma cada vez! ¡O, acaso los seres humanos no somos capaces de convivir amigablemente, en cordialidad y mirando fines y objetivos comunes, trabajando todos por el beneficio de todos!.

La mediación es una alternativa frente al amontonamiento de causas represadas en las judicaturas, volviéndole lenta a la justicia formal ecuatoriana. Por las características esenciales, la Mediación de aquí a poco será una idónea alternativa, porque se da por la voluntad de las partes, no hay un juez que castiga o libera de las culpas, las partes buscan la solución ayudadas por un tercero neutral, cuyo único afán es ayudar a salir del problema, no hay pérdida de tiempo y la solución viene sin un costo exagerado, fomentando así una cultura y un modo de vida de paz, una forma ideal de vida solidaria, consensuada y de activa tolerancia.

En la actualidad hay prácticas combinadas, como en los Estados Unidos, que se reconoce como métodos alternativos de resolución de conflictos, que son variantes de la mediación y el arbitraje, que tienen diferentes denominaciones, así:

1. “Mediación – Arbitraje”.- Que consiste en un procedimiento secuencial de ambos métodos.
2. El “Arbitraje – Mediación”.- En este caso el árbitro guarda el laudo en un sobre cerrado, sin dar a conocer a las partes, mismas que tienen la opción de abrir el sobre y leer juntas el contenido de la decisión, o comenzar a negociar con el árbitro, quien comienza actuando como mediador. Si se llega a encontrar una solución, con esa mediación, lo escrito, con el contenido de la resolución, es decir el laudo, no se da a conocer a las partes.
3. El “Medialoa”.- Consiste en que si con la mediación no se llega a ningún acuerdo, quien está haciendo de mediador, actúa como árbitro y su decisión la toma de la última propuesta de cada parte.
4. El “Private Trial”.- O juicio privado.- Consiste en contratar un abogado – por lo general un juez retirado – para que dirima una controversia en derecho.

La decisión de éste puede ser apelada ante los tribunales de segunda instancia.

5. El “Mini – Trial” - Llamado pequeño juicio. Consiste en un procedimiento informal en el que los abogados de las partes exponen las posiciones de cada parte con respecto al conflicto; además, dan a conocer las pruebas con las que las sustentan, así como también señalan argumentos jurídicos. Con esto las partes o sus representantes que deben estar presentes en las sesiones, conocen más de fondo el problema, puesto que las argumentaciones y pruebas expuestas tanto por la una parte como de la contraparte ayuda a ese esclarecimiento.

Otros mecanismos utilizados en ese país, son:

1. El de un “Oyente Neutral”.- Es quien escucha de manera privada la mejor propuesta u opción que las partes han presentado y es quien evalúa si tales propuestas acercan lo suficiente como para justificar reuniones con el fin de transar las diferencias.
2. El “Experto Neutral”.- Es la persona que decide sobre cuestiones técnicas y su decisión puede ser vinculante o no, según se haya pactado.
3. El “Adjudicador”.- Es quien recibe de cada una de las partes, individualmente, sus proposiciones con la información que desean mantener en confidencialidad estricta (secretos comerciales), “el adjudicador” evalúa y toma la decisión no vinculante, que si las partes no acatan, pueden servir de base para las negociaciones, como bien nos ilustra BUSTAMANTEVÁSCONEZ, Ximena (2009).

2.7.2 LA MEDIACIÓN EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO:

Como Norma Legal sustantiva la Mediación en Ecuador recién comienza a funcionar a raíz de la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación fue Promulgada en R. O. Nro.145, 4 de septiembre de 1997, codificada y publicada en el R.O. Nro. 417 del 14 de diciembre del 2006., pero cada día va cobrando más adeptos y abriéndose más Centros de Mediación a nivel nacional.

La construcción de una cultura de paz en donde prime el diálogo es urgente, pero para ello habrá que devolver al ser humano su capacidad de resolver sus controversias, de mejor modo, al estilo natural y espontáneo de nuestros antepasados y que hoy están en manos del Estado. ¿Cómo? Induciendo a la razón del ser ecuatoriano a una reingeniería mental que nos lleve a una intuición existencial, a una reapropiación, a una reconcentración de nosotros y de lo nuestro, a una desalienación y a una humanización, para lo que hace falta “Una lectura de nuestra historia que en lugar de ocultarnos (lectura tradicional) nos haga visibles y permita ‘vernos’ en nuestra multiplicidad y diversidad, diferente e interculturalidad, requiere no solo de nuevos parámetros de comprensión sino de algo más profundo y decisivo: requiere de un vuelco estratégico, de una visión existencial (‘anterior’ a toda intuición cognitiva) que nos coloque en la mira de nosotros mismos y haga de nosotros el referente o centro antropológico de nuestra realidad. Tal intuición no es un asunto de los sentidos ni de la razón (lógica y epistemológica), sino de aquella facultad humana que organiza nuestra existencia, que accede o contiene las claves de nuestra existencia: la mente”.

Requerimos urgentemente el paso de una “mente idealista, metafísica, alienante” - impuesta por la colonialidad del poder y del saber - a una “mente realista” - empírica e histórica -; de una “mente realista” a una “mente estratégica” - que potencie la construcción de una vida autoreferida - y de ésta a una “MENTE MAESTRA” - que impida el solipsismo y nos guíe hacia la interdependencia, interculturalidad y a la trascendencia como esencialidades infaltables, considerando que la “Mente Maestra “...es la que sirve para enfrentar todas las situaciones, todos los desafíos...no apunta prioritariamente a la acumulación de conocimientos, una ‘mente maestra’ comprende la necesidad de adquirirlos y usarlos con miras al mejoramiento continuo y a la excelencia. Esto significa que la ‘mente maestra’ capacita al que la posee para lograr máximos niveles de desempeño en roles basados en el esfuerzo, la competitividad y la eficiencia”.

Como bien decía en alguno de sus escritos el eximio ecuatoriano, doctor Plutarco Naranjo, hombre de ciencia: “Es hora ya de despertar de la noche oscura de la Colonia, es hora ya de despertar de la noche oscura de la República” y de estos malos recuerdos persiste aún entre los ecuatorianos frases que hoy dan miedo, como: “dame haciendo”, “dame viendo”...¡Qué horror! Y por qué no decirlo también “DAME

PENSANDO”. ¡No somos acaso capaces de pensar para labrarnos nuestra propia independencia! Y, ¡aún nos queda salir de la noche oscura neoliberal: del egoísmo, del mercantilismo y del consumismo! ¿Cómo? A través de la EDUCACIÓN. Es lógico que habrá que ayudar a salir de este atolladero, pero sin explotar.

Estamos convencidos que la revolución no sólo es en pro de la libertad ciudadana, lo conforman varias prioridades: la Educativa, la Económica, la Laboral, la Seguridad, la Vivienda, la Salud, la Alimentación, la Recreación y la Justicia (con equidad y celeridad) por supuesto, entre otras.

En ese cambio la comunicación y la Mediación serán las herramientas esenciales para la construcción de un Estado Social de Derechos y justicia, en la que “...las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. Lo único que nos permita tolerar una teoría errónea es la falta de una mejor; análogamente una justicia sólo es tolerable cuando es necesaria una injusticia aún mayor. Siendo las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la justicia no pueden ser sujetas a transacciones” – RAWLS (2002).

Creemos que es posible construir una sociedad más justa a través de la Mediación, puesto que en contraste con otros procedimientos legales - arbitraje o el juicio - la Mediación no es un proceso en el que el mediador - como en el caso del juez o del árbitro - tenga la facultad de tomar decisiones por las partes, son ellas las que conservan el control de sus disputas; nadie les obliga a ceder cuando no consideran que tal cosa les convenga. Esa libertad es la que hace que este sistema que estamos propagando sea para nosotros el mejor.

2.8 IMPEDIMENTOS A SU GENERALIZACIÓN:

El principal impedimento que se presenta en nuestra sociedad para la solución de conflictos es la falta de una buena comunicación y de diálogo entre los ciudadanos, comenzando ya desde el núcleo familiar. Pero concomitantemente a esto es también la falta de respeto y comprensión a las opiniones ajenas (comprensión epistemológica) y el escaso deseo y buena voluntad de llegar a consensos, es decir, a encontrar

conjuntamente planes, proyectos y metas comunes. Nos falta ser solidarios, tolerantes y menos egoístas.

Otro de los factores es la falta de socialización de las bondades de la Mediación y, en general, de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos - MASC - (Transacción: Mediación, Negociación y otros como: Conciliación; Arbitraje, Acuerdo, Convenio), así como también la ausencia de planes y programas de esta cátedra en nuestras universidades y en caso de impartir, el hecho de estar sujetas a clases magistrales y ausentes de práctica, como la carencia de una metodología adecuada y la falta de interés en la profundización del tema por parte de la mayoría de la población han sido las causas fundamentales para que no se desarrolle en nuestro medio con efectividad la Mediación y los demás sistemas alternativos.

Por lo dicho formulamos el problema así: ¿En qué condiciones se encuentra la Mediación como método alternativo de solución de conflictos y fomentadora de una cultura de paz y de convivencia pacífica entre ecuatorianos y demás seres humanos?

Por tales hechos pensamos que la reflexión que estamos haciendo con nuestro tema incidirá muchísimo en la cosmovisión del ciudadano común y de todo profesional, cualquiera sea su especialización - y de la ciudadanía en general - para que se fomente la Mediación y, de paso, los otros sistemas como medios de convivencia armónica entre todos los humanos y éstos con toda la naturaleza.

Nuestro trabajo pretende concienciar a los ecuatorianos para el tratamiento de este procedimiento en aras de dar agilidad y en la búsqueda de soluciones, cuando tengamos un conflicto de carácter administrativo, cuyos asuntos son de inmediata atención, porque son asuntos de interés comunitario.

Se requiere un cambio profundo en el quehacer judicial. Habrá que tener en cuenta las reflexiones y prácticas de se viene dando con el paradigma neoconstitucionalista. La comunicación y la Mediación serán las herramientas esenciales para la construcción de un Estado Social de Derechos y justicia, que superando las amarras del pasado se dé paso a una sociedad justa, como lo deseamos la totalidad de nosotros.

No hay duda que es posible construir una sociedad más justa a través de la Mediación, puesto que en contraste con otros procedimientos legales - arbitraje o el juicio - la Mediación no es un proceso en el que el mediador - como en el caso del juez o del árbitro - tenga la facultad de tomar decisiones por las partes, son ellas las que conservan el control de sus disputas; nadie les obliga a ceder cuando no consideran que tal cosa les convenga. Esa libertad es la que hace que este sistema que estamos propagando sea para nosotros el mejor camino, tanto para asuntos y conflictos entre particulares como también en asuntos del Estado, en los contratos administrativos, siempre y cuando los bienes de este último no sean vulnerados y la materia de la divergencia y el posible acuerdo sea transigible, mismos que pertenecen a todos los ciudadanos por igual y que deben ser administrados con toda transparencia.

2.9. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN

Múltiples son las características de este sistema alternativo, pero éstas las extraeremos de su misma definición.

El Art. 43 de la **Ley de Arbitraje y Mediación(1997)** estipula que “La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidos por un tercero neutral llamado mediador, procura un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin a un conflicto”. De mismo contexto de la Ley extraigamos algunas características:

- Primeramente se dice que es un **procedimiento**. Pero ¿qué es procedimiento? Para ABRIL FREIRE (2004) “... consiste en un conjunto de acciones concretas y secuenciales, utilizadas en el proceso de aplicación de un método”.

Generalmente se entiende por procedimiento a un conjunto de pasos que uno debe observar para llegar a un objetivo o meta, muy utilizado en la investigación. Al hablar de mediación como procedimiento estamos manifestando que ésta se constituye de una serie de etapas, previamente previstas o no y que deben de alguna manera ser

satisfechas, para pasar de una etapa de conocimiento y reconocimiento hasta llegar a la construcción de los acuerdos.

- **Asistencia de un tercero imparcial.-** Llamado también neutral. Persona que asiste a las partes en el diálogo; canaliza la conversación a todas las partes y no únicamente a una de ellas para que lleguen a un convenio o arreglo mutuamente ventajoso y satisfactorio. Ser imparcial y neutral es realmente complejo, pero hay que tender a ello y tener su propio estilo.
- **Voluntaria.-** Significa que la concurrencia de las partes a una audiencia de mediación se funda en el principio de autonomía de la voluntad, esto es con libre apertura y libre consentimiento, que si una de ellas no quiere, no hay mediación. Esto conlleva a que la actuación del tercero imparcial o mediador tendrá siempre a precautelar la paz y los intereses de las partes y su participación de ningún modo implica que éstas no acepten más que su guía en el diálogo, puesto que de haber alguna especie de insinuación de su parte estaríamos ya en el arbitraje. Lo voluntario es una característica esencial e inseparable de este proceso.
- **Materia transigible.-** Es toda materia cuyo conflicto es susceptible de transacción, de negociación o de desistimiento. Materia que la ley permite que se pueda transar, arreglar o mediar, sea en asuntos públicos o privados. En Derecho Público deberá tenerse en consideración las prerrogativas y potestades estatales, que no son susceptibles de mediar, o por motivos de orden público.
- **Extrajudicial.-** Significa que el arreglo se da sin acudir a los juzgados, a la justicia formal o tradicional, o saliéndose de éstos.
- **Definitiva.-** Entendiéndose por ello que se termina el conflicto. Si se firma un Acta de Acuerdo Total, dicha Acta tiene el carácter de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, el juez únicamente se limitará a ejecutarla como cualquier otra sentencia.
- **Confidencial.-** Significa que los temas tratados en la audiencia de mediación y lo que se ha resuelto en ella, ni las partes ni el mediador pueden difundirlos (salvo en los casos que las partes hayan renunciado a este principio (Art.50 LAYM)).

- **Informal.-** El proceso de mediación no se rige por etapas preestablecidas y rigurosas (pruebas, términos, plazos) como en la justicia formal. Está sujeta a los requerimientos que se planteen las partes. Podrá el mediador dialogar con cada una de las partes en otra sala.
- **Flexible.-** No se requiere de fórmulas preestablecidas. Aquí entra en juego la creatividad del mediador.
- **No adversarial.-** Esto es que la mediación es colaborativa, las partes son guiadas por el mediador a converger en una búsqueda común de soluciones, satisfactorias para las partes. No se parece en nada al proceso litigioso y de confrontación de los juzgados.
- **Visión de futuro.-** En mediación no se busca culpables, no se insiste en hechos pasados, se trata de hacer descender el conflicto. Si se va al pasado se lo hace solo si ayuda a encontrar un camino al futuro, una solución que sea permanente y futurista.
- **Ágil.-** En un centro de mediación la controversia puede ser que en una sesión de una hora o menos se resuelva, en la justicia adversarial se resuelve en años o en meses.
- **Económica.-** Hay mucha diferencia en costos. El proceso de mediación es sumamente económico, tanto desde el punto de vista económico como en desgaste de energías. Realmente para llevar adelante un proceso judicial hay que disponer de una buena economía, no así para el proceso de mediación. Recordemos lo que decía Voltaire: “Dos veces he quedado pobre: la primera vez cuando gané un juicio y la segunda cuando lo perdí”.
- **Equitativa.-** En los procesos judiciales una parte es la que gana y la otra la que pierde y, a veces, las dos pierden. En mediación no hay perdedores, se equilibran los acuerdos, anhelos y requerimientos. Las partes equitativamente acuerdan sus exigencias.
- **Democrática.-** Son únicamente las partes las que tienen el poder de decisión. La audiencia de mediación está autogobernada por las partes. Al fin y al cabo la democracia es ponerse a dialogar en una mesa, pero sin discusiones y obtener acuerdos que sirvan a las partes.

Para CABANELLAS (2006), mediación es “Apaciguamiento, real o intentado, en una controversia, conflicto o lucha...”.

Para Mediar lo que hay que considerar es que, de acuerdo con la evolución y con los nuevos descubrimientos antropológicos, no hay un tal rasgo esencial en los seres humanos para que siempre sean amigables o que siempre sean agresivos. Por otro lado los estudiosos de la evolución humana muestran que la interacción personal inhibe la agresión y facilita la amigabilidad.

El Mediador será quien aproveche de esta segunda fase y ayude a converger a las partes en conflicto a un arreglo que convenga equitativamente a ellas, sin proponer él la solución sino ellas. Esta satisfacción que se crea en las partes, de ser las constructoras de sus propios arreglos, es otro logro de la Mediación.

La característica de la Mediación es que con la ayuda del Mediador las partes busquen y encuentren ellas el sentido del diálogo, conozcan que sus posiciones son modificables con él y a través de éste la solución a sus diferencias, que no será la propuesta por una tercera persona, sino por sí mismas.

Entonces, a la MEDIACIÓN la consideraremos un proceso amigable y coloquial, jamás adversarial, que nos ofrece amplias ventajas tanto para las partes que buscan resolver sus disputas como para la sociedad entera. Hay que esperar que en un tiempo no lejano, en nuestro medio, se convierta la mediación en un primer paso obligatorio, previo a la iniciación de una buena cantidad de juicios y demandas, dentro de un sistema de justicia anclado en el pasado.

La mediación contribuirá a aliviar la sobrecarga de demandas, requerimientos en los juzgados y cortes, con costas módicas y en un tiempo mínimo para las partes. Se manejarán los casos en un marco de privacidad y con resultados más equitativos y beneficiosos para todos: para las partes puesto que son éstas las que se quitan un peso, para el Centro de Mediación ya que se ha cumplido una noble misión y para la Sociedad contribuyendo a que los ciudadanos vivan en armonía y comprensión.

2.9.1 ¿QUÉ Y CUÁNDO MEDIAR?

En cuanto a QUÉ MEDIAR la Ley nos da la regla general cuando nos dice que se puede mediar todo cuanto sea “materia transigible”. Esto nos abre una variada gama de

posibilidades y se diría que cualquier conflicto o controversia se puede superar si hay concertación, si hay entendimiento entre las partes.

El Art. 44, Incisos 2º y 3º de la **Ley de Arbitraje y Mediación (1997)** determina que podrán someterse al procedimiento de mediación “sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas legalmente capaces para transigir.

El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder”.

Eduardo Zurita Gil en “Manual de mediación y derechos humanos”, citando a Stulberg y a Elena Highton y Gladys Álvarez, autoras del libro “Mediación para resolver conflictos ad-hoc” nos hace conocer lo que recomiendan mediable, esto es, “ ... aquellos casos que, en mediación, han demostrado mayor éxito:

1. Cuando hay dos o más partes que tienen una relación que se perpetúa en el tiempo, por lo que quieren terminar con el problema pero no con la relación.
2. Cuando las partes quieren conservar el control sobre el resultado de su conflicto.
3. Cuando las partes comparten algún grado de responsabilidad por el estado del conflicto.
4. Cuando ambas partes tienen buenos argumentos y existe una variada gama de posibilidades de solución del conflicto y de prevención de litigios futuros.
5. Cuando la ley no prevé la solución que desean las partes.
6. Cuando la disputa no conviene a nadie y ninguno realmente desea estar en juicio.
7. Cuando se desea mantener una situación de anonimato, privacidad y confidencialidad.
8. Cuando no existe gran desequilibrio de poder.
9. Cuando la causa del conflicto radica en una mala comunicación previa.
10. Cuando las partes necesitan, más que nada, una oportunidad para desahogarse.
11. Cuando se quieren minimizar los costos.
12. Cuando se quiere resolver el conflicto rápidamente.

Nos dice también el autor citado: “En cuanto a la materia y contenido de los conflictos, en principio no existen límites, salvo el orden público. Incluso, según los países, además de cuestiones civiles o de derecho privado, pueden tratarse de casos penales menores, disputas públicas como cuestiones de medio ambiente y enfrentamientos raciales y religiosos”.

En cuanto a CUÁNDO MEDIAR se estará a lo que prevé o prescribe la Ley, así por ejemplo:

- Cuando se trata de materia transigible, como hemos dicho anteriormente.
- Cuando las partes han previsto en un convenio o cláusula compromisoria someterse a la mediación o al arbitraje. Así, por ejemplo, en escrituras públicas que contienen contratos administrativos y otros documentos, por lo general se estipulará así: “Cualquier controversia que se produzca entre los contratantes respecto a la ejecución del contrato, se resolverá a través de la mediación conforme a la ley de la materia y para el caso de no resolver por este medio las partes acudirán al arbitraje, según la misma ley”.
- Por solicitud al Centro de una de las partes o en conjunto.
- Cuando una de las partes o en conjunto se ha solicitado al juzgado que se derive la causa a un Centro de Mediación y el juez remite (de oficio o a petición de parte) en cualquier estado que se encuentre el proceso, según lo establecido en el Art. 46 de la LAYM, según el Instructivo emitido por el CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA (2007).

¿Qué papel tienen los jueces en esto? La **Ley de Arbitraje y Mediación(1997)**, en su Art. 46, prescribe que: *“Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación”*. Entonces, sólo podrán conocer cuando no haya cláusula compromisoria y si las partes quieren acudir a la justicia formal, únicamente allí los jueces ordinarios conocerán aquellas demandas.

2.9.2 . ¿CUÁNDO NO ES RECOMENDABLE MEDIAR?

- Según la Ley la excepción de no mediar opera, cuando se trata delitos de orden público o violación de derechos que constituyen delitos. Así, un maltrato a un menor, aunque se puede transigir “sobre la acción civil que nace de un delito; pero sin perjuicio de la acción penal”, como lo prescribe el Art. 2375 del Código Civil.
- De igual forma Eduardo Zurita, citando a Highton y Álvarez, nos dice que “no es recomendable mediar por no dar satisfacción al interés real de alguna o ambas partes...”, así:
 - 1) “Cuando alguna de las partes quiere probar la verdad de hechos.
 - 2) Cuando alguna de las partes tiene una cuestión fundamental de principios y con carácter no negociable de la que no quiere salir por propia voluntad.
 - 3) Cuando alguna de las partes tiene interés punitivo una noción de justicia retributiva que desea ver reconocidos en una decisión emanada de un juez.
 - 4) Cuando lo que desea es sentar un precedente legal.
 - 5) Cuando alguna de las partes está ausente o incapacitada.
 - 6) Cuando alguna de las partes no tiene interés en llegar a un acuerdo.
 - 7) Cuando ninguna de las partes está en condiciones de considerar la posibilidad de una avenencia.
 - 8) Cuando la lentitud del procedimiento judicial favorece mucho por lo menos a una de las partes.
 - 9) Cuando el actor quiere obtener, como si se tratara de una lotería, como premio sumas colosales.
 - 10) Cuando la controversia involucra un delito de acción pública o violación o malos tratos a menores.
 - 11) Cuando está involucrado el orden público y la jurisdicción de un tribunal es esencial”.

Estas situaciones anotadas podrían tomar otro giro y las optar por la mediación si ven que es una mejor alternativa.

- Para Elena Highton y Gladys Álvarez (1995), autoras citadas en el libro de Zurita Gil, “Si el facilitador detecta que la mediación no puede lograr el objetivo que se busca o es inadecuada al caso, dada sus propias limitaciones,

debe reconocerlo y recomendar se radique la causa en un tribunal o se busque a un tercero que decida sobre la legitimidad de las pretensiones y los reclamos”.

Finalmente anotaremos supuestos que la ley argentina considera no mediables y que pueden ser buenos ejemplos para nuestro medio, así;

- 1) Causas calificadas como penales.
- 2) Acciones de separación, divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, excepto las cuestiones de carácter patrimonial derivados de éstas.
- 3) Procesos de declaración de incapacidad y rehabilitación.
- 4) Causas en las que el Estado nacional o sus entidades descentralizadas sean sus partes.
- 5) Amparo, Habeas Corpus e interdictos.
- 6) Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas.
- 7) Diligencias preliminares y prueba anticipada.
- 8) Juicios sucesorios y voluntarios.
- 9) Concursos preventivos y quiebras.
- 10) Causas que se tramiten ante la justicia tradicional nacional del trabajo.

2.9.3 VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN

1. Una gran ventaja de la mediación es la de ser creación facultativa – las partes son las que crean el arreglo al problema -, lo que significa que sin haber una obligación de carácter jurídico, se puede llegar a acuerdos inesperados y prácticamente en todas las materias, claro está sin desmedro de lo no permisible para la moral, las leyes, a las buenas costumbres y al Estado (porque los bienes de él, son bienes de todos y no podrían las partes apropiarse de lo general, puesto que en los arreglos particulares no hay desventaja de lo universal, tal vez sí a la inversa).
2. En cuanto al consenso o acuerdo al que llegan las partes para firmar al Acta de Mediación no es más este resultado que la unión de voluntades. Son ellas las que han descubierto los arreglos. Luego de mirar cada uno lo que más conviene y si aquello conviene también a la otra parte se firma el acta, misma que tiene carácter de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, que es también otra de las gran ventajas, frente a otros mecanismos de hacer justicia.

3. Si hablamos de costos, tiempo y energía desgastada por los actores en litigio, en relación a los trámites judiciales y otros, en mediación son realmente ínfimos, no hay ni punto de comparación. En mediación los costos son super económicos (accesibles a todas las personas), son rápidos y sin desgaste emocional y físico.
4. Otra ventaja de la mediación es que en este proceso nadie pierde, todos ganan – porque el resultado no sólo interesa a esa parte, sino a toda la sociedad, ya que la paz y el bienestar social también es objetivo de Estado. A diferencia de la justicia formal en la que el ganador humilla al perdedor, y la sentencia – a veces – tiene que acatar sin haber sido el causante, en mediación las partes dan fin a su conflicto, pero también mantienen la amistad que la tuvieron antes del problema. Entonces, sí es una ganancia social.
5. En mediación cuando ya se ha asumido el compromiso, esto es, las parte y el mediador han firmado el Acta de Mediación por **su efecto es jurídico**, vinculante para las partes y de fiel cumplimiento (valor de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, Art. 47, Inciso 4º, LAYM). Además “Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas” -(Art. 47, Inciso 3º). Se ha obtenido una sentencia en una o varias audiencias, que demandan pocas horas o días, en los que las partes han estado conscientes de todas las implicaciones que conlleva un arreglo con carácter de sentencia y, también, los criterios objetivos y subjetivos han quedado subsumidos en beneficio de las voluntades. Las partes han cedido a sus intereses, posiciones y caprichos y han dado paso al deseo y a la seriedad de terminar la controversia, fundados en racionalidad compartida.

2.9.4 FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS:

En forma general ¿Cómo se resuelven los conflictos? Diremos lo siguiente:

2.9.5. EN EL ÁMBITO PRIVADO:

a) Decisión de las partes: (transaccional).

1. Desistir de las pretensiones o allanarse a las exigencias.

2. Acercamiento informal: para prever la agudización del conflicto o resolverlo a tiempo.
3. Negociación: consiste en discutir directamente el acuerdo procurando satisfacer mutuos intereses.

Cualquiera de los tres mecanismos... pueden concluir por medio de transacción.

4. Mediación: cuando las partes en la negociación directa no pueden por sí solas alcanzar la solución, recurren a la asistencia de un tercero – mediador – cuya única participación es ayudar a las partes a decidir los mejores logros. Puede ser legal o contractual (el subrayado es nuestro). La primera, cuando está prevista en el contrato; y la segunda, cuando se determina por disposición de la ley. La mediación es una prolongación de la negociación con la intervención de un tercero imparcial, que se limita a auxiliar a las partes en la construcción del acuerdo.

b.- Decisión de un tercero (adversarial).

5. Resolución administrativa: las partes recurren a una asistencia administrativa, prevista en el reglamento o estatuto (como en el caso de las corporaciones, asociaciones o sindicatos).

6.- Arbitraje: las partes recurren a árbitros (jueces privados). Es un procedimiento adversarial que guarda las formalidades de un juicio (demanda, contestación a la demanda, términos de prueba) concluye en un dictamen que se denomina laudo arbitral (el subrayado es nuestro) (sentencia) de resolución obligatoria. Existe dos clases de árbitros: en derecho (son abogados) y en equidad (generalmente conocedores de la materia que se discute).

2.9.6 . EN EL ÁMBITO PÚBLICO:

a) Decisión de un (agente) autorizado por la ley.

1. Resolución administrativa: como en el caso de los conflictos laborales, se recurre al Inspector del Trabajo. Dependiendo de la materia a los funcionarios estatales previstos en las leyes.

2. Resolución judicial: proceso administrativo por el sistema judicial estatal. El juez, corte o tribunal adjudica en sentencia el derecho o impone una obligación.
3. Resolución de órgano legislativo: especialmente en conflictos de interés general o de grupo, se pueden resolverse a través de leyes, decretos u ordenanzas especiales.

b. Decisión extra – legal:

4. Acción no violenta: protestas pacíficas coercitivas o resistencia pasiva a cumplir decisiones o resoluciones administrativas. Puede darse en las esferas pública o privada y por efecto de la presión obtener una resolución del conflicto.
5. Acción violenta: actos de fuerza y agresión para forzar una resolución impositiva.

Nos quedaría por tratar la resolución de los contratos administrativos o públicos, que lo haremos en el título que a continuación desarrollaremos.

TITULO II

2.10 LA MEDIACIÓN EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.10.1 ANTECEDENTES:

Como preámbulo a nuestro estudio, cabe manifestar que cuando se trata de los Contratos Administrativos se hace referencia a relaciones que tienen trascendencia e importancia en la vida de comunidad, tanto a nivel local como nacional. Por ello diremos que la Contratación Pública y todo lo que en ella sucede, se hace o se deja de hacer, es de interés general.

Con el advenimiento de la época capitalista y con ésta el negocio, el mercado, la empresa, la organización económica, el capital, el trabajo, etc., se lo realiza con una finalidad, la de obtener ganancia.

Sin querer entrar a desarrollar Economía Política, creemos que una entidad estatal – aunque se diga que no tiene fines de lucro -, por lo general, es una empresa, en la que entra en juego capital y ganancia, solamente que en ésta el capital es de todo el pueblo y lo que se gane también de todos; así por ejemplo la realización de una obra vial o de una represa eléctrica es para beneficio de todos y por ello que los contratos para la realización de tales obras deben ser manejados observando los principios que rigen la Contratación Pública.

- La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dictada por la Asamblea Nacional, mediante mandato, fue creada para ser un marco general en el cual se debe desenvolver la contratación del Estado, mediante la observancia de tres principios generales y dos deberes.

a) PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA:

Se refiere a la etapa de formación del contrato y se relaciona con lo que la generalidad de la contratación estatal debe hacerse mediante, ya mediante licitación o con procesos concursados prescritos en la LOSNCP.

Con ello se pretende evitar que la contratación pública se convierta en un negocio de unos pocos. Se busca entonces, tener el mayor número de opciones en igualdad de oportunidades.

La existencia de determinados contratos (Contratación Directa), que no pueden ser desarrollados por Licitación, no implica que éstos deban obviar la transparencia, como uno de los principios rectores. Siempre debería propenderse a que exista un proceso de selección acorde a lo que señala la Constitución y la Ley.

b) SELECCIÓN OBJETIVA:

Las partes deben tener igualdad de oportunidades y que no exista favoritismo para nadie por parte de la entidad pública, por ello es que el principio de transparencia debe funcionar correctamente.

Elección imparcial del contratista que más convenga a los intereses del Estado, considerando los criterios que han sido previamente establecidos por la entidad para calificar y escoger en igualdad de condiciones la mejor de las propuestas.

No necesariamente es el menor precio el que garantiza que una determinada propuesta sea elegida.

c) PRINCIPIO DE ECONOMÍA:

Se invita a la necesaria eficiencia en el manejo de los recursos estatales.

Este principio de economía pretende reducir los costos de la contratación, con el fin de evitar trámites innecesarios que fuera de su costo también incentivan prácticas corruptas.

Se busca facilitar el acceso de la mayor cantidad de competidores eliminando las posibles "barreras" que impidan la participación de la mayor cantidad de posibles contratistas.

d) PRINCIPIO DE PUBLICIDAD:

Ésta hace referencia a la publicación de los pliegos de condiciones y términos de referencia vía Internet para evitar errores, manipulaciones y malos entendidos.

Se debe contar con las partidas y disponibilidades presupuestales que respalden el pago oportuno al contratista. Para evitar costosas demandas. De igual manera es importante la inclusión de estudios y análisis previos que sustenten la necesidad de contratar, evitando la paralización de las obras, bienes o servicios, con lo cual se pretende evitar el despilfarro de los recursos públicos y priorizar la utilización de los mismos.

La actividad contractual se considera pública, con el fin de permitir a los interesados el conocimiento del proceso.

La publicación vía Internet de los datos relativos al proceso contractual es un medio masivo de comunicación con alto potencial de difusión, capaz de garantizar el acceso permanente a la información a todos los potenciales contratistas y a todo ciudadano que desee ejercer el control social.

De igual manera, se establecen procedimientos y términos precisos en los cuales la información, debe ser publicada. Con esta disposición, se logra ampliar el universo de los posibles proponentes y contribuir con una selección más objetiva.

e) PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD:

Se buscan mecanismos para que los funcionarios encargados de la contratación respondan por sus actos.

Desde la expedición de esta ley, la función de contratar quedó en cabeza del jefe o representante legal de la entidad que contrata, el cual puede delegarla pero en personal de índole ejecutivo.

Se reitera la obligación de los servidores públicos, de proteger en todo momento del proceso contractual los intereses del Estado, sin actuar en contra del contratista o de terceros.

Otro asunto importante que señala la LOSNCP es la preferencia que se debe tener a la producción nacional y a contratistas nacionales, con la participación de las pequeñas y medianas empresas, siempre que se actúe de acuerdo a la Ley.

2.10.2 ¿QUÉ ES UN CONTRATO?

En el Código CivilCódigo (2005), Art. 1454, “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

De esta definición extraigamos las características del contrato.

2.10.3 CARACTERÍSTICAS:

1. Si hay un contrato – en el sentido jurídico, hay un acuerdo aceptado por las partes y con los relacionados a él.
2. El contrato es ley para las partes, ya que ellas se han obligado mutuamente, que debe ser respetada, como si el mismo legislador la hubiese creado.
3. Las partes al estipular obligaciones correctivas se han comprometido la una con la otra, por lo que nuestra ley da todo el respaldo a esta figura jurídica.

4. La ley da toda la fuerza obligatoria a las estipulaciones contractuales y éstas se imponen, de suerte que nadie puede cambiar o desconocer estos contratos celebrados válidamente.
5. Su cumplimiento es obligatorio y las partes asumen todas sus consecuencias.
6. Los contratos producen efectos entre las partes y respecto a los sucesores.
7. La cláusula penal que se pacte asegura su cumplimiento.

2.10.4 SUS ELEMENTOS:

- **Sujeto.-** Persona determinada susceptible de derechos y obligaciones. Puede ser natural o jurídica – colectiva -(Art. 564 C. C.). Es todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones (Art. 41 C. C.). Pero para que pueda obligarse es necesario: que sea capaz – que tenga aptitud legal para poder obligarse por sí sola -, que su consentimiento no adolezca de vicio alguno, que recaiga sobre un objeto lícito y la causa sea también lícita (Art. 1461 C. C.). (Ver Art. 1462 C.C. – personas incapaces - y 1463 – personas absolutamente incapaces).
- **Voluntad.-** Es el consentimiento o libre voluntad que lleva a una persona a actuar a no. En los actos jurídicos unilaterales se habla de voluntad y en los bilaterales de consentimiento.
- **Objeto.-** Los contratos crean obligaciones, consistentes en una o más cosas que deben darse, hacerse o no hacerse. El objeto de todo contrato es la cosa sobre la que versa dicho contrato.
- **Causa.-** Es la razón que justifica la existencia del contrato. Así como no puede haber contrato sin objeto, tampoco contrato sin causa que lo justifique. La causa es la razón jurídica que lleva a una o más personas a la celebración de un contrato.
- **Forma (formalidades).-** Es el conjunto de requisitos indispensables para que los contratos tengan validez.

- **Finalidad jurídica.-** Es la de crear o modificar leyes que hagan de la convivencia social más llevadera, teniendo a la ley como mecanismo de salvaguardia de sus derechos y del cumplimiento de sus obligaciones.

2.10.5 ¿QUÉ ES UN CONTRATO ADMINISTRATIVO?

Según **Guillermo Cabanellas, (2006)** define al contrato administrativo como “Aquel celebrado entre la administración, por una parte, y un particular o empresa, por otra, para realizar una obra pública, explotar un servicio público u obtener la concesión de alguna fuente de riqueza dependiente de la entidad del Derecho Público. Esta combinación de voluntades desiguales por su calidad pública y aún soberana la una, y privada y aún sometida en aspectos generales la otra, revela la flexibilidad de los vínculos contractuales, y anticipa la singularidad de esta contratación”.

Hoy se recurre a la doble personalidad de la administración, cuando nos refiere el mismo autor diciéndonos que: “... como persona de Derecho Público celebra tales contratos, mientras que queda sujeta al Derecho Común cuando actúa como persona de Derecho Privado. La construcción de una carretera origina un contrato administrativo; la compra de un cuadro, para destinarlo a un museo, un contrato civil”.

Nota característica del Contrato Administrativo, manifiesta el autor, es que la iniciativa corresponde casi exclusivamente a la administración, que debe o suele proceder mediante oferta pública; mientras la libertad del otro contratante se reduce a aceptarla íntegramente y a ofrecer el menor precio, si de un trabajo se trata o la máxima cuota, si de explorar algún servicio o riqueza es el caso.

En síntesis: Contrato Administrativo Público, es acuerdo o convenio entre una entidad pública - Estado o entidad (es) del sector público - con una privada (particular, persona natural o jurídica), llamado contratista, para dar hacer o no hacer algo, a cambio de un precio justo y con el objetivo de satisfacer las necesidades colectivas (del pueblo).

2.10.6 LA MEDIACIÓN Y OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

Dentro de las figuras jurídicas, para el análisis, que son de nuestro interés están la

2.10.7 LA TRANSACCIÓN

- El Código Civil es el cuerpo legal que nos inserta en la figura más cercana a la Mediación cuando se refiere a **la Transacción**, en el artículo 2348, inciso primero, al definir que “Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”. En el inciso 2º dispone “No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.

Tomemos muy en cuenta lo que nos dice Francisco Arboleda Orellana, (2001) refiriéndose a lo que es transacción dice: “A esta definición legal se la ha criticado porque no pone presente el carácter bilateral del contrato, ya que falta la indicación de que debe haber concesiones recíprocas, por lo que debería añadirse la frase ‘haciéndose las partes concesiones o sacrificios recíprocos’”.

Entonces nos pone en contacto con las características básicas de lo que es la Mediación, esto es: **contrato**, pues, al firmar el Acta de Mediación estamos en lo que es un contrato, caracterizado por la **voluntariedad**, según prescribe el Art. 1480, del Código Civil Ecuatoriano, que se refiere al contrato como “... el concurso de las voluntades de dos o más personas”, que también se refiere a un acuerdo - convenio - voluntario), **transigible** (de transacción, que concuerda con el concepto de la LAYM; **extrajudicial**; que las partes dan por terminado el litigio extrajudicialmente, esto es que no se ha acudido a la justicia formal.

- El artículo 43 de la LAYM manifiesta: “La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.
- El artículo 2386 del Código Civil establece que “La transacción surte el efecto de la cosa juzgada en última instancia...”, que es coincidente con el inciso cuarto del artículo 47 de la LAYM, respecto al Acta de Mediación que, como

sabemos, “...tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a su suscripción del acta de mediación”.

De lo manifestado y según la orientación del derecho civil la transacción incluye a lo que llamamos negociación, conciliación y mediación. Pese que para nuestro parecer cada una de éstas tiene sus caracteres propios. Todas son procedimientos, métodos, mecanismos o sistemas, que si se concluye en un documento escrito (convenio, acuerdo o acta) terminan siendo contrato. No así la transacción que puede o no requerir que sea escrita para ser tal.

Nuestra LAYM, en su Art. 55, manifiesta que “... Para efectos de aplicación de esta Ley se entenderán a la mediación y a la conciliación extrajudicial como sinónimos”.

Para mejor comprensión consideremos que:

- ✓ La negociación es un auto-arreglo, una autocomposición voluntaria llevada a cado por las partes y sin intervención de terceros.
- ✓ En cambio la conciliación puede o no ser voluntaria, con o sin la participación de un tercero y puede o no ser extrajudicial (en nuestro sistema siempre ha sido judicial).
- ✓ La mediación, en cambio, siempre es voluntaria, extrajudicial y requiere de la participación de un tercero llamado mediador.

2.11. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE TRANSACCIÓN Y MEDIACIÓN

- **SEMEJANZAS:**

1. En la una y en la otra las partes renuncian a alguna de las pretensiones, si una sola lo hace ya no hay ni mediación ni transacción sino desistimiento.
2. La una y la otra tienen carácter bilateral.
3. La una y la otra tienen carácter oneroso.
4. En ambas debe haber consentimiento, el acto debe ser libre y voluntario.
5. Ambas son vinculantes, el compromiso una vez firmado, es de fiel cumplimiento para las partes.

- **DIFERENCIAS:**

1. La transacción es un contrato, la mediación una alternativa de solución de conflictos sobre materia transigible. La primera termina en un contrato, la segunda en un acto, la firma del Acta.
2. La transacción es un medio de extinguir las obligaciones, la mediación busca un acuerdo voluntario entre las partes con el propósito de dar fin al conflicto.
3. La transacción tiene espacio en el juicio y fuera de él, la mediación tiene carácter generalmente extrajudicial y definitivo.
4. La transacción no requiere de un tercero, la mediación sí.
5. La transacción tiene condición resolutoria, por ser contrato bilateral, la mediación no posee esta figura.

No hay que descuidar que la transacción, como todo contrato, se la celebra en base a la buena fe, como lo prescribe el Art. 1562 del Código Civil.

2.11.1 ¿QUÉ DIFERENCIA HAY ENTRE MEDIACIÓN Y LITIGIO?

Si los métodos adversariales – judiciales – tienen como objetivo abstracto la “búsqueda de la verdad”, en tanto que en la mediación se persigue la solución del conflicto de manera consensuada por las partes y según sus intereses. Si en el procedimiento litigioso las partes enfrentadas son contendores, en la mediación voluntariamente actúan juntas y con un único propósito el de buscar la solución participativa y cooperativamente.

En lo judicial las partes buscan la solución a través de la participación de un tercero que suple su voluntad para el arreglo (juez), cuya decisión tendrán que acatar les guste o no; en la mediación las partes controlan la situación y sus decisiones y acuerdos. En la justicia formal una de las partes gana y la otra pierde – y con frecuencia la ganadora humilla a la perdedora -, en la mediación todos ganan, en especial la sociedad, porque el interés individual también es social.

En la justicia adversarial las partes y el defensor terminan más enemistados y enfrentados que antes y, a veces, agredidos. En mediación las partes terminan haciéndose de a buenas y comprendiendo que el diálogo es el mejor instrumento para dar fin con las controversias y que son ellas mismas, las partes las verdaderas actoras de su solución.

La utilización de la mediación como instrumento de solución rápida de conflictos no debería proceder únicamente porque se da la obligatoriedad para los casos en los cuales las partes habrían acordado a través de una cláusula contractual sujetarse a dicho procedimiento, sino siempre. Sin embargo, siendo la mediación totalmente voluntaria son únicamente las partes quienes escogerán cuándo, dónde y ante quién arreglar sus controversias (juez, mediador, conciliador, árbitro).

2.11.2 LA NEGOCIACIÓN:

Para Cabanellas negociación se entiende como “Trato mercantil o lucrativo. Comercio. Transmisión o traspaso. Cesión. Endoso. Descuento de valores. Compra o venta de editos, títulos o valores de mercado o bolsa. Gestión diplomática de cierta

importancia o laboriosa; ya sea de tratado de paz, de alianza o comercio; de alguna dificultad propia o de asunto en el cual se intervenga por iniciativa propia o requerimiento de otra potencia”.

La mediación y la conciliación son medios alternativos para el arreglo de la litis. Si terminan en acuerdos es una transacción y podríamos analizarla como acto procesal y como contrato, puesto que puede darse dentro de juicio o fuera de él.

2.12 LA MEDIACIÓN FRENTE A LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

La Ley de Arbitraje y Mediación, en la Sección Octava, se refiere a los Medios alternativos de solución de conflictos. En su Art. 190, la Constitución manifiesta: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En Contratación Pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado conforme a las condiciones establecidas en la ley”.

Como podemos extraer de lo anotado, en materia de Contratación Pública no se da paso a la mediación pero sí al arbitraje, pero con una condicionante: previo al informe del Procurador General del Estado.

Para Arboleda Orellana, autor ya citado en este trabajo, “En los contratos administrativos tanto la mediación como en el arbitraje son perfectamente válidos su aplicación como mecanismos para la solución de controversias, pues los mismos son perfectamente válidos, y reconocidos por nuestra legislación sin que esto signifique que su aplicación perjudique de alguna manera las potestades que el Estado tiene en la relación contractual” (El subrayado es nuestro).

No habría ningún problema en aplicar la mediación en asuntos de Contratación

Pública, sobre todo en cuestiones como de fijar el tiempo y el modo de cumplir con una obligación, mas no en dejar a criterio de las partes en que se reconozco o no la obligación como tal.

Los asuntos referentes a Contratación Pública debe tener agilidad en todo sentido, especialmente el cumplimiento de sus objetivos y, más aún, cuando se dan conflictos, mismos que requieren ser solucionados con suma rapidez.

No nos parece que se deban ventilar las controversias que se suscitan en Contratación Pública utilizando la justicia tradicional, por varias razones: por la lentitud del sistema, por ser poco confiable, por falta de credibilidad en él, por la impotencia del usuario frente a lo que llamamos “justicia”, por la falta de razonabilidad en todo el proceso y en las decisiones finales.

En esto también tenemos bastante culpa los profesionales del derecho por soportar vejámenes y falta de atención que hace que sea un verdadero calvario el seguimiento de un trámite judicial. Habrá que exigir un mejor diseño para hacer más eficiente el proceso judicial y así llegar a un modelo óptimo que permita conseguir una justicia respetable, como nos merecemos.

A igual que para Arboleda Orellana, a nosotros también nos llama la atención que en la actualidad haya criterios que aún vayan en contra de la aplicación de la mediación como técnica de solución de controversias en la Contratación Pública, pues “... consideran que el Estado, teniendo la potestad de rescindir un contrato y con los efectos jurídicos que esto provoca, no sería dable aplicarla. Sin embargo– dice el autor – considerando al contrato administrativo como un negocio para el particular, el Estado debe asegurar la igualdad y el equilibrio económico financiero de éste, tanto más que dentro de la relación contractual al contratista debe tenérselo como un colaborador y no como un subordinado al cual se debe imponer en un momento dado situaciones que afecten a su economía y, por otro lado, lo tedioso y dificultoso que significa utilizar como mecanismo único para la solución de conflictos la vía judicial o los jueces de derecho”.

La competencia administrativa de una entidad pública que celebra un contrato administrativo tiene que ver con que las obligaciones contractuales se lleven a cabo con agilidad y en un término debido, conservando las funciones de dirección y control, rescisión y sanción contractual.

En cuanto a la **dirección y control.**- La administración pública, entre sus facultades, tiene a su cargo la dirección y el control, en nuestro caso de los contratos públicos, para la ejecución y fiel cumplimiento de lo estipulado; la supervisión de la entidad pública es indispensable para asegurar el interés general. Pese que la administración pública delega a su co-contratante la ejecución de un servicio, obra o suministro de un bien, únicamente ella es la responsable de llevar adelante la correcta ejecución del contrato, mismo que es de interés del colectivo. Para cumplir con estos objetivos la ley prevé (Art. 80 LOSNCP) nombrar supervisor y fiscalizador del contrato, quienes "...son los responsables de tomar medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, cronogramas, plazos y costos previstos".

Para el derecho privado esta prerrogativa de la administración pública es exorbitante, pues su existencia en el contrato administrativo, persiste aún en caso de no estipularse.

Para el caso de que el contratista no cumpla las órdenes que la administración pública imparta, ésta podrá imponerle las sanciones que la ley prevea o que estén contenidas en el contrato para que se dé el cumplimiento. Sin embargo el contratista podrá interponer los recursos administrativos y las acciones legales que la ley le ampare y así reclamar las indemnizaciones del caso.

En cuanto a la **rescisión.**- Esta es otra de las cláusulas exorbitantes de la contratación pública. La ley prevé que la entidad pública pueda terminar el contrato anticipada y unilateralmente con la rescisión.

Bien manifiesta Arboleda Orellana que esta cláusula "es una prerrogativa administrativa más que un derecho contractual emergente que se impone en todo contrato administrativo... pudiendo ejercérsela aunque no esté expresamente prevista en

el texto del contrato”.

Luego, el mismo autor nos ilustra diciendo que “La competencia rescisoria se aplica no solo en los supuestos de incumplimiento grave del contratista, sino además en los casos en que la rescisión unilateral se funde en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o sea, por razones de interés público”. Hay que decir que este interés es realmente irrenunciable.

Esta decisión de rescisión de la administración puede ser impugnada por el contratista por haber vulnerado sus derechos subjetivos, en cuanto tiene que ver por los daños causados o por haberlo privado de sus beneficios por causa de haber tomado esa medida. Se toma en cuenta la primacía del interés general sobre el particular.

Si bien es cierto que el interés colectivo prima, sin embargo no hay que olvidar ni descuidar que también el interés particular debe ser tutelado, defendido. Siendo una terminación anticipada de un contrato que está por ejecutarse, su conclusión es anormal y aquí es conveniente advertir que una cosa es la rescisión bilateral y otra la unilateral. En la primera las partes resuelven por mutuo acuerdo, por su consentimiento dan término a las obligaciones contraídas.

Así como el acuerdo de voluntades dio forma al contrato, de igual forma dan término, teniendo en cuenta los efectos que aquello produce, respecto al pago de prestaciones e indemnizaciones, según el convenio. En caso de ser declarada la terminación por interés público no causará daño al interés del particular, y podría reconocerse una indemnización al contratista, no así cuando sea culpa de él. Mismo que será sancionado por faltas graves.

En cuanto sea por **fuerza mayor**.- En ésta ópera la resciliación, si hay imposibilidad definitiva de continuar con la ejecución del contrato, pudiendo ser declarada directamente por la administración, también cuando es solicitada por el contratista o reclamada judicialmente, si la administración hubiese negado la fuerza mayor. Para estos casos, nos dice Arboleda Orellana, “cabe la indemnización en casos especiales y con carácter restringido, cuando queda alterado el equilibrio económico-financiero”.

Hablando de **Hecho de la administración.**- Cuando se torna razonablemente imposible la ejecución del contrato, por hecho de la administración, habilita al contratista a solicitar resolución, con su respectiva indemnización pecuniaria; procede también cuando hay desequilibrio económico-financiero.

2.13 RECLAMACIONES Y CONTROVERSIAS EN LA LOSNCP:

Los oferentes que se consideren afectados por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el Art. 1 de la Ley, por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite contractual o de la adjudicación, tendrán derecho a presentar las reclamaciones y recursos administrativos de los que se crean asistidos, de acuerdo al Art. 102 LOSNCP.

¿Qué se puede pretender al presentar su reclamo?

- 1) Formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnen los actos de simple administración; y,
- 2) La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de los actos administrativos relacionados con los procedimientos de contratación en los que intervengan (Art. 152 LOSNCP).

El reclamo se lo hará ante el órgano autor del hecho o ante aquel al cual va dirigido el acto de simple administración (Art. 152 del Reg). El reclamo o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado. El Art. 102 (LOSNCP) prevé que los oferentes que se consideren afectados por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el Art. 1 del presente cuerpo legal por asuntos relacionados con la oferta, respecto de trámite contractual o de la adjudicación.

El término que tiene el oferente para deducir la impugnación es de cinco días contados desde la notificación de la adjudicación (Art.103 LOSNCP y 152 del Reg). En cambio, la entidad contratante para calificar el recurso como procedente o para mandar a ampliar tiene el término de cinco días (Art.103 LOSNCP). La entidad debe expedir su

resolución en el término no mayor a 15 días, contados a partir de la providencia de calificación del recurso presentado (Art.103 LOSNCP y Art. 152 Reg), cuyo reclamo y resolución serán publicados en el portal.

Luego tenemos algunos instrumentos para reclamar, como son los RECURSOS:

- De Reposición.- Según el Art. 153 Reg. Este recurso puede ser interpuesto ante el propio órgano que lo expidió. Y, según el Art. 174 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva manifiesta: 1.- “Los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente, a elección del recurrente, en reposición ante el mismo órgano de la administración que los hubiese dictado o ser impugnados directamente en apelación ante los ministros de Estado o el máximo órgano de dicha administración.

2.- Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado”.

Es importante considerar que pueden ser susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del oferente (Art. 153 Reg).

Se dispone de 5 días para interponer este recurso, en cambio la entidad para dictar o notificar la resolución de 15 días, según el Art. 154 del Reglamento. Si vencido este plazo la entidad no lo ha hecho, se entenderá favorable al recurrente (Silencio administrativo). Ningún otro recurso cabe contra la resolución en vía administrativa (Art. 154 Rgl). Para interponer el recurso del que estamos considerando se tendrá en cuenta lo que dispone el Art. 155 del Regl.). Si el reclamo fuere oscuro o no se cumple con lo estipulado en el Art. 155 del Reglamento, la autoridad competente ordenará que se aclare o complete en el término de 5 días, de no hacerlo se entenderá como no presentado el reclamo (Art. 156 Reg). Además, el recurso se debe impulsar de oficio y observando el principio de celeridad.

Además, en cuanto al recurso de Reposición se puede solicitar informes, según el Art. 158 del Reglamento. Este mismo artículo dispone que ningún procedimiento

administrativo podrá suspenderse por la falta de informes debiendo considerarse su omisión como informe favorable, bajo la responsabilidad de quienes debían informar y no lo hicieron oportunamente.

Para conocimiento más en detalle podemos recurrir a la LOSNCP, así como también a su Reglamento y otros cuerpos que regula la materia.

Si todos participaríamos para que se logre un mecanismo de Contratación Pública de acuerdo a esos grandes principios que se nos presenta en la Ley y los procedimientos se regirían a la lógica procesal señalada, se tuviese un cumplimiento práctico que beneficiaría a todos los ciudadanos del país, pero oímos que todo se derrumba cuando los contratos públicos se manejan con desventaja para ciertos grupos que participan, quedando, en muchos casos, la Ley en un puro discurso de anhelo y quimera.

TITULO III

2.14 EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.14.1 GENERALIDADES:

Al tratar de la mediación, hemos tocado algunos tópicos importantes sobre el arbitraje. Cabe precisar que de no llegarse a ningún arreglo, luego de la mediación, – de continuar con el conflicto - las partes bien pueden acudir a un centro de arbitraje.

Siendo la mediación la búsqueda de solución con un tercero imparcial, en donde las partes controlan sus intereses y posiciones para llegar a unos acuerdos que les sean ventajoso a ellas, pero de no conseguirlos, tendrían dos alternativas: de ventilar su controversia en los juzgados o acudir a un centro de arbitraje, por lo general llamado Centro de Arbitraje y Mediación, en el que un Tribunal, compuesto de tres árbitros o de uno, según el monto del arreglo, serían los encargados de decidir y de dar término al conflicto.

Con lo descrito en el Capítulo I, de la mediación, y con lo que analizaremos en este Capítulo, esperamos que se tenga una mejor idea de lo que son los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC), en especial de las bondades de la mediación y del arbitraje. Tratamos, es este caso, de profundizar sobre la mediación y el arbitraje en la Contratación Pública.

Tomemos en cuenta que el Arbitraje, para Cabanellas, es “La acción o facultad de arbitrar y el juicio arbitral. Toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o asunto. Integra un sistema de obtener justicia sin recurrir a las medidas extremas, pero ateniéndose a derecho o justicia...”.

Vale aquí citar el Art. 11 de nuestro Código Civil, mismo que prescribe “**Derechos renunciables.**-Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”.

¿Qué significa esto? Que se puede transigir respecto de nuestra materia o un asunto que no está prohibido por las leyes. En nuestros días hay más voluntad para acudir a un centro de mediación o arbitraje para solucionar los conflictos, por todas esas consecuencias negativas que produce la justicia formal. Claro está que en contratación administrativa la mediación es bienvenida, pero el arbitraje tiene vía libre, con tal de cumplir con lo que dispone la Ley.

En asuntos públicos no se puede renunciar los derechos del Estado, pues es función de éste velar que los mismos se precautelen en todo momento, por razones de orden público. Los intereses comunitarios o sociales no tienen ese carácter que la Ley concede a los particulares. Serán transables en mediación y en arbitraje siempre y cuando no vayan en contra de los intereses públicos.

Con lo mencionado, el mediador y el árbitro siempre velarán por servir a la justicia, pero también tendrán este objetivo todos los profesionales del Derecho, puesto que ésta nos interesa a todos.

2.14.2. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL ARBITRAJE

La Constitución de la República permite tanto la mediación como el arbitraje en su Art. 190, pero también la LOSNCP en el Art. 104 y en el Reglamento de la misma ley, en su Art. 161 y siguientes, al referirse a la Solución de Controversias.

El Art. 55 de la LAYM facilita la mediación y la transacción al manifestar que “La conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderá la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos”, relacionando lo expuesto también con lo que prescribe el Art. 2348 del Código Civil, citado anteriormente.

De igual manera la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en su Art. 12, prescribe: “Los organismos y entidades del sector público, con personería jurídica, podrán transigir o desistir del pleito, en las causas en las que intervienen como actor o demandado, para lo cual deberán previamente obtener autorización del Procurador

General del Estado, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América.

Los organismos del régimen seccional autónomo no requerirán dicha autorización, pero se someterán a las formalidades establecidas en las respectivas leyes.

En los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, el Procurador General del Estado está facultado para transigir o desistir del pleito, en las causas en las que interviniere como actor o demandado, en representación de dichos organismos y entidades, siempre y cuando dichas actuaciones se produzcan en defensa del patrimonio nacional y del interés público”.

En Art. 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación preceptúa: “Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados”.

Así mismo el Art. 5 de la misma ley dispone: “El convenio arbitral es un acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

En general el arbitraje es un procedimiento alternativo a la justicia ordinaria, al que voluntariamente o por mandato de la ley las partes en conflicto se someten para que un tercero, ajeno a sus intereses, sea quien solucione sus controversias, cuya decisión acatarán obligatoriamente.

Todas estas disposiciones legales operan para el arreglo de conflictos en el campo administrativo, así también en caso de haber cláusulas compromisorias de mediación o arbitraje.

Así entonces, jurídicamente el arbitraje es una forma reconocida por la ley para la solución de conflictos. Diremos que el hecho de expresar la voluntad de someterse a árbitros es señal de querer solucionar las controversias a través de los medios

alternativos, por ello cada día hay más estipulaciones en documentos notariales y otros que expresan el deseo de arreglos alternativos por ser más ágiles y eficientes.

Luis Parraguez (1986) en su obra “Manual de derecho civil ecuatoriano. Teoría general de las obligaciones”, Vol 1, manifiesta que “*Contrato es una convención (o acuerdo de voluntades) que celebran dos o más personas con el objeto de crear obligaciones para una o ambas partes*”.

Debemos tener en cuenta que según el Código Civil hay contratos unilaterales, en los que es cuando una de las partes se obliga para con otra, como en el caso del testamento, siendo también contratos bi o multilaterales, en el que las dos partes se obligan mutuamente (Art. 1483 C. C.), como en el caso de la Contratación Pública.

Por otro lado, nos dice que “La sola expresión de voluntad es suficiente para dar nacimiento a un contrato, su validez exige que esa expresión represente lo que las partes libre, soberana y flexiblemente desean. El acto no es válido cuando algún vicio afecta esas cualidades de la voluntad”, como lo disponen los(Arts. 1494 y siguientes del Código Civil). Sintetizando en otro lado de su obra manifiesta: la “Voluntad es elemento de la esencia de todo acto jurídico, si está ausente acarrea la inexistencia del acto o contrato, y cuando se expresa con vicios conduce a su ineficacia...”.

Al respecto consideremos que dada la existencia de un contrato, su eficacia dependerá que reúna o falte los requisitos de validez, como: capacidad de las partes (Arts. 1489 y 1490), voluntad libre y espontánea (Art. 1494 y siguientes), licitud del objeto (Arts. 1503, 1504 y 1505), licitud de la causa, licitud de la causa (Arts. 1510) como lo estipula los artículos anotados del Código Civil.

Para que un contrato se perfeccione hay que observar ciertas solemnidades legales (Art. 1486 C.C.); elementos de los contratos (Art.1487 C. C.); ciertos elementos: de su esencia, que son aquellos elementos que son su razón de ser, como el precio por ejemplo, si no hay éste no hay compraventa; elementos de su naturaleza (Art. 1484; y, otros accidentales, como los señalados en el Art. 1487, que son ciertos aditivos contractuales.

De haber cláusula compromisoria, la parte afectada tiene la facultad de acudir a la justicia arbitral y la contraparte tendrá que someterse sin excepción o condición alguna al procedimiento establecido impreso en el contrato.

2.15 . EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Con lo indicado se ve claramente cuándo se permite la mediación y el arbitraje en caso de suscitarse conflictos con las entidades estatales.

Pero para el caso de que las partes no han acordado someterse a procedimientos alternativos de solución de conflictos, lo que les quedaría es acudir a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Así lo prevé el Art. 105 de la LOSNCP.

3.16. ELEMENTOS DEL ARBITRAJE

Hemos mencionado anteriormente algunos de ellos. Son:

- Las partes en conflicto.- Actor y demandado, quienes acuden en busca de solución a un conflicto.
- El o los árbitros.- Éste o éstos son considerados como jueces auténticos. Para nuestra legislación es un verdadero juez con todas las atribuciones y responsabilidades. Pudiendo ser tres o uno, de acuerdo a la cuantía.
- El conflicto.- Entendiéndose por situación controvertida, es lo que se pone a consideración del árbitro.
- El Laudo arbitral.- Es la resolución a la que llega el árbitro o el tribunal. Éste es una verdadera sentencia, con los mismos alcances de ella.
-

2.17 NATURALEZA DE LOS CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Para Roberto Dromi, según lo manifiesta en su obra “Derecho Administrativo” (1998), “El contrato público se articula en base a tres ejes: a) el consentimiento, el acuerdo sobre las obligaciones comprometidas; b) el interés público...; y, c) la justicia conmutativa, que hace a la regularidad jurídica sustancial de la relación negocial subyacente entre los contratantes. Estos ejes intercalan en forma armónica, de tal manera que la alteración que se produzca en alguno de ellos, provoca un desajuste en el contrato y desencadena una serie de efectos (responsabilidades contractuales), que pueden conducir a su rescisión o bien a su renegociación o reconvención...”

El menoscabo, alteración o imposibilidad de lograr la eficacia del fin contractual puede responder a tres grupos de causas:

- a) No imputables a ninguno de los contratistas: debidas a hechos que no pudieron preverse al contratar.
- b) Imputables indirectamente al Estado contratante: actos del poder público.
- c) Imputable directamente a uno de los sujetos del contrato que ocasiona la responsabilidad contractual”.

Así como todo contrato es un conflicto en potencia, puesto que de llegar al clímax de la conflictividad se llega a la ruptura total del vínculo entre las partes, así también lo importante es que la mayoría de los conflictos son superables, mediables o negociables, lo que significa que siempre que no se altere el objeto principal del contrato, se puede llegar a una negociación o a una renegociación, sobre la base del principio de continuidad necesaria para el interés público.

Para el caso que nos ocupa, la mediación y el arbitraje son una buena alternativa, pues, ayudan a descongestionar las judicaturas y alcanzan el objetivo de colaborar en la consecución de la tranquilidad y paz social. En especial el arbitraje, tal vez, más que la mediación, es utilizado con mayor frecuencia.

La Ley de Modernización del Estado, en su Art. 63, también corrobora que cuando hayan conflictos en el ámbito de la contratación administrativa “... Los asuntos que versaren sobre materia comercial podrán resolverse a través del arbitraje nacional o internacional, según se establezca en el respectivo contrato y de acuerdo con las leyes vigentes”.

2.18. ASPECTOS JURÍDICOS

En la obra “Reajustes y conflictos en los contratos administrativos”, en el capítulo “El arbitraje: mecanismo alternativo de solución de conflictos en los contratos administrativos”, ya mencionada anteriormente, citando a Alfredo Larrea, se nos cuenta que “ ... antes de la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación, la posibilidad de someter a arbitraje una disputa en la que una de las partes era una institución del Estado era muy limitada, porque bajo una interpretación de la Ley de Régimen Administrativo, se requería una autorización expresa del Presidente de la República, para que las entidades del sector público puedan someter a procedimiento arbitral las controversias que tuvieran con los particulares”.

Hay que tener en cuenta que los intereses de la entidad pública o contratante y los del contratista son de distinta índole, pero esto no obsta para que se llegue a una conciliación. ¿Qué le interesa al contratista? Le interesa que su negocio produzca una utilidad, esto es conseguir un equilibrio económico-financiero por la ejecución del contrato. ¿Qué le interesa a la entidad contratante, al Estado? Solventar el interés colectivo, que la obra pública se construya técnicamente bien, pero también a mejor precio y que no haya pérdida de tiempo.

A continuación nos serviremos, para ilustrar mejor lo que estamos investigando, con lo que la autora Tania Arias Manzano nos comenta en su obra: “El arbitraje: mecanismo alternativo de solución de conflictos en los contratos administrativos”, exposición que se encuentra en la libro “Reajustes y conflictos en los contratos públicos”, citada anteriormente.

2.19 FUENTE Y CARACTERÍSTICAS DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La prenombrada autora nos pone al tanto de sus experiencias en cuanto a las fuentes y características de los conflictos, basados en los diversos intereses de los contratantes, que por supuesto, no son todos. Al respecto expresa sus ideas en el siguiente cuadro:

Tabla No. 1

FUENTE Y CARACTERÍSTICAS DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Fuente	Características	Conflicto
Imprevisión	<p>Son aquellas contingencias extraordinarias, posteriores a la formalización del contrato y su característica principal es no haber sido contempladas en él, sea de origen:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Monetario: inflación, devaluación ... • De mercado: recesión, competencia ... • Material: Imposibilidad de cumplimiento, 	<ul style="list-style-type: none"> • Desequilibrio de la ecuación económico-financiera. • Ineficacia del objeto contractual. • Propuesta de rescisión (resciliación, sería mejor – esto es nuestro). • Solicitud de indemnizaciones o reajustes.

<p>Hechos o actos del Estado</p>	<p>hechos fortuitos ...</p> <ul style="list-style-type: none"> • Adelantos tecnológicos: nuevos materiales, modernización de instalaciones, ... • Natural: caso fortuito o fuerza mayor, hecho natural o del hombre y debe ser: exterior, imprevisible, extraordinario, ... <p>Actos imprevistos del poder estatal, sea por parte del Ejecutivo o del Legislativo, que nos hace más gravoso el cumplimiento del contrato y que pueden deberse a causas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Políticas o emergencias. • Administrativas, por distinta valoración del interés público. • Normativa: 	<ul style="list-style-type: none"> • Modificación de las cláusulas contractuales o las condiciones objetivas o externas del contrato. • Afectación al equilibrio económico – financiero contractual. • Rescisión. • Reajustes de precios. • Recomposición de términos
---	---	--

<p>Responsabilidad de las partes</p>	<p>modificación del orden jurídico aplicable al proceso precontractual y contractual ...</p> <ul style="list-style-type: none"> • Otras consideraciones: protección legal de resultados, protección del ambiente, creación de nuevas competencias, ... • Seguimiento: incumplimiento de pagos oportunos, valoración de garantías, apreciación de entregas-recepción de obras, bienes omisiones, negligencia. <p>Hechos de responsabilidad de las partes que impiden el normal cumplimiento del contrato o que provocan falta de oportunidad en la sujeción y conclusión. Y pueden deberse a las</p>	<p>contractuales.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Daños y perjuicios. • Quejas administrativas. <ul style="list-style-type: none"> • Incumplimiento de las obligaciones contractuales. • Desequilibrios económicos. • Vencimiento de plazos, prórrogas. • Aplicación de multas. • Novación.
---	---	--

	<p>siguientes causas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Temporal: incumplimiento del plazo. • Contingente: modificación unilateral de las condiciones contractuales. • Económicas: suspensión de subsidios o subvenciones, quiebra del contratista. • Personal: la ejecución del contrato demanda de un mayor grado de capacidad técnica, económica, administrativa y/o legal. 	<ul style="list-style-type: none"> • Variación de costos. • Modificación de plazos. • Divergencias por la calidad y cantidad de obligaciones. • Vigencia de garantías. • Terminación unilateral.
--	---	---

Autora: Diana Andrade

Consecuentemente existen una gama de posibilidades que pueden llevar al incumplimiento de los contratos administrativos y éstos se deben a diversas causas, como: **Imprevisión, Hechos o actos del Estado o Responsabilidad de las partes**, como fuentes de origen de los conflictos, mismas que tienen características de variada

índole y que desembocan en conflictos que terminarán de manera distinta, dependiendo de los fines, de los propósitos y aspiraciones de las partes.

Muchos de los conflictos ocasionados terminan a través de procesos judiciales, otros por mediación y otros tantos por medio del arbitraje.

Frente a la potestad que tiene el Estado de terminar unilateralmente un contrato, lo que habría que pedirle a la Administración Pública es que siga y agote el debido proceso, que se cumpla con todas las cláusulas estipuladas en el convenio y que esa terminación sea motivada, que se justifique el porqué de esa terminación; que no haya una chispa de ilegalidad y todo sea transparente, sin descuidar ninguno de los principios que considera la Constitución y la LOSNCP y su Reglamento. No debe mirarse únicamente la parte técnica o la económica, sino también la humana. A veces nos interesa la parte material descuidando la parte espiritual de quien contrata. La Ley nos insinúa a emplear cada vez más el principio de proporcionalidad.

2.20 ¿LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE SON MECANISMOS IDÓNEOS PARA RESOLVER CONFLICTOS DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS?

Debido a los costos que demanda un proceso de mediación, parecería que este proceso alternativo es el medio más idóneo para solucionar las controversias de las pequeñas y medianas empresas, puesto que sus inversionistas no poseen grandes capitales, ya que éstos se ventilan en los Centros de Arbitraje de renombre y, muchas veces, internacionales.

¿Qué podría suceder si pequeños emprendedores que se endeudan y cuyo único aporte es la fuerza de su cuerpo y su experiencia celebran contratos con el Estado, por ejemplo para reproducir cantidades comercialmente pequeñas de chanchos, peces o aves y con cuya renta apenas les avanzaría para su subsistencia y de su familia, y dicho préstamo no alcanzarían a cubrirse en el tiempo y de la manera estipulada? Procesalmente se podría ejecutar lo acordado y, a lo mejor, con sentencia en contra saldrían a remate sus bienes y se quedarían sin nada e irían presos o declarados

insolventes. ¡Para llevarlos a un centro de arbitraje, acaso no les resultaría muy oneroso y se produciría el mismo efecto! ¿Qué hacer en estos casos y en otros similares? ¿No habría que pensar primero que son seres humanos con derechos y obligaciones similares a las de todos, pero a lo mejor con las necesidades que tienen las grandes mayorías de los ecuatorianos?

Pensamos que para estos casos la mediación sería el medio ideal para dar por terminado un problema y se transaría respecto de la forma de pago – aunque sea en pequeñas cuotas, pero el Estado recuperaría el capital – y el tiempo – sin importar cuánto se demore, lo importante es que se pague la deuda.

Si actuamos con buena fe a lo mejor no estaríamos aplicando lo que la LOSNCP dispone, pero sí el efecto sería un buen ejemplo de procedimiento y, además, un buen acto humano. No son frecuentes estos casos, pero sí son ejemplos de hechos que sucede entre nuestros campesinos, en donde la angustia de no poder pagar a tiempo los préstamos recibidos para la realización de pequeñas empresas les lleva a la angustia y desesperación.

Pensamos también que el atraso del país se debe a que hay millones de manos ecuatorianas nobles que ansían un pequeño préstamo de unos dos mil o cuatro mil dólares – hablamos de los artesanos, pequeños productores o dueños de pequeñas chacras – que sabiendo cómo hacer producir no hay quién les dé un pequeño capital para iniciar su trabajo, pues, como no tienen casa, vehículo u otro bien para poner de garantía allí se truncan sus anhelos y la pobreza se ahonda más.

¡Por qué a estos ciudadanos no permitirles que también sean parte productiva del de esta pequeña pero gran nación llamada Ecuador. ¡Acaso sólo los que poseen grandes capitales de dinero pueden generar economía y bienestar! Me parece la real historia de un pueblo la hacen, ante todo, los pobres de una Patria y a éstos también habría que tomarles en cuenta.

Al respecto y para ilustrar mejor lo que decimos anotemos lo que en la Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación –SERVILEX –, en el artículo titulado “El arbitraje en el ámbito de la contratación pública en el Paraguay”, (Diego ZABALA

SERRATTI, Diego (2010) nos dice: “Sin ninguna duda, el Estado constituye una buena fuente de negocios. Para cumplir con sus fines, el Estado debe desarrollar programas integrales entre los que se encuentran la ejecución de obras públicas y prestación de servicios públicos. La ejecución de obras como caminos, puentes, puertos, aeropuertos; la prestación de servicios desde financiación de cosechas de productos del agro hasta seguros por riesgo de accidentes en el trabajo caen dentro de los fines que el Estado está obligado a lograr para alcanzar el bien público. La participación de los particulares en estas obras y servicios públicos es muy importante; y esta participación se instrumenta en el acuerdo de voluntades de las partes expresado en el contrato administrativo”.

Para la celebración de los contratos con las entidades estatales concurren tanto personas físicas, naturales como jurídicas nacionales y extranjeras. Cuando se dan los conflictos los empresarios o contratistas acuden cada vez más a los sistemas alternativos de solución de conflictos, en especial al arbitraje, sin embargo la mediación es también utilizada en primera instancia.

El tiempo en cuestión de contratos significa dinero y los inversionistas o empresarios no quieren perderlo tanto para cuando tienen que contratar y ejecutar una obra, cuanto para momentos de controversias y en estos casos la mediación y el arbitraje son métodos ágiles y menos costosos, y ninguna de las partes se quisiera ver en litigios legales formales.

El mismo Serratti manifiesta que “A través del arbitraje los hombres de negocios pueden seleccionar un lugar intermedio (tanto cultural, como geográfico) en el cual las partes se sientan seguras que sus controversias serán resueltas con un grado razonable de predictibilidad e imparcialidad. En este sentido, la neutralidad del foro elegido y un procedimiento que no sea local, provee a las partes herramientas que le permiten evitar el ‘hometownjustice’ temido por los inversionistas”.

El desarrollo de un país se mide por una serie de factores: nivel de educación, sistema vial, salud, trabajo, desarrollo del campo, telecomunicaciones de alto nivel, tecnología, ciencia, etc., pero también por el grado de seguridad que presta el país a las inversiones nacionales y extranjeras y así apunten para acá sus intereses. En este

movimiento tiene gran importancia el arbitraje empresarial y comercial y, además, es bien considerado por los inversionistas foráneos.

No hay que olvidar que gran parte del capital que se invierte en el desarrollo del país, se lo realiza mediante la contratación administrativa. Es por ello que nos ha llamado la atención el estudio de la mediación y del arbitraje en este tipo de contratos.

Nuestra Ley, como habíamos anotado al inicio de nuestro estudio, permite el arbitraje en contratos de carácter administrativo, pero siempre y cuando el Procurador del Estado autorice. Sin embargo, las ventajas de acudir al arbitraje son muchas; la mediación podría encajar en algunos momentos del conflicto y también resulta ser de gran ayuda.

Con todo en la actualidad cada días más se ve que grandes y pequeños contratistas incluyen en sus contratos cláusulas compromisorias para someterse, para el caso de controversias, a la mediación y al arbitraje. Lo importante es que haya la buena fe y la voluntad positiva de las partes.

Nos parece la mediación de singular importancia como etapa preparatoria para llegar al arbitraje, por qué en ella se dan o se abren frentes de aproximación a los arreglos, que de no darse en ella, pasaría el trámite al arbitraje.

2.21. LA MEDIACIÓN NO DETIENE LA TERMINACIÓN DE CONTRATOS

Comentando sobre los cuatro pedidos de mediación interpuestos por las empresas de Fabricio Correa, hermano del primer mandatario, ante el Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito (Cemanaco) no tienen peso jurídico, para impedir que se den por terminados unilateralmente sus contratos con el Estado, se decía.

En la nota del diario El Universo (2009) se dice: *De acuerdo con el director de Cemanaco, Edmundo Erazo, la nueva Ley de Contratación Pública dispone que a pesar del proceso de*

mediación y arbitraje el (Estado) tiene la libertad de llevar a cabo un trámite para dar por terminado unilateralmente el contrato”.

Lo indicado se explica en razón de que una de las cláusulas exorbitantes a la que ya nos referimos anteriormente. El Estado tiene la facultad de terminar el contrato unilateralmente, pero para el ejercicio de dicha atribución es de esperar que haga con una completa fundamentación y además sea realmente con transparencia, que es uno de los principios con los cuales la administración pública debería actuar.

Además se dice: “El solo hecho de que esté presentada una mediación o un arbitraje no impide la facultad del Estado de presentar, proseguir y resolver una terminación unilateral del contrato. En la Ley anterior sí se establecía esta condición, indicó Erazo.

Advierte además, “La mediación es un término alternativo de solución de conflictos que permite a las partes intentos por aproximar posiciones, con el objeto de evitar cualquier evento judicial...”.

Por ser voluntaria, la mediación, aunque no se quita importancia a la efectividad de las prerrogativas estatales; por lo que es gravitante se defina cuál es la materia transigible en la Contratación Pública.

De llegar al arbitraje, el laudo arbitral debe tenerse en cuenta que es inapelable. De no estar de acuerdo una de las partes con el laudo emitido podrá recurrir con una acción de nulidad, siempre y cuando fundamente que el tribunal ha excedido sus competencias, recurso que se lo planteará ante la Corte Provincial de Justicia correspondiente.

2.22 . PAPEL DE LA FUNCIÓN DE TRANSPARENCIA Y CONTROL SOCIAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Nuestra Constitución, en su Art. 204, prescribe claramente que “El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.

La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y preservará y combatirá la corrupción.

La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, La Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa”.

Como vemos, la Constitución, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y otras traen múltiples disposiciones para el ejercicio legal, ético y eficiente de la Administración Pública, pero ¿de qué sirve multiplicar los artículos y las leyes si no se cambia el modo de pensar, de sentir, de actuar, donde impera una cultura de irrespeto a la Ley? Si los contratos públicos son manejados por intereses corporativistas y particulares y con el único afán de obtener grandes ganancias individuales o de grupo y, por supuesto, de modo mezquino, con estrategias de saqueo, ¿qué sentido tiene todas esas buenas intenciones!

Los grandes contratos millonarios conseguidos a base de coimas, de manejos políticos vulneran los grandes principios de la vida, la solidaridad. Todo parece ser un gran maquillaje, mismo que encubre la verdadera realidad. Sí valdría la pena que estos organismos de control funcionen pero de acuerdo a lo razonable, con respeto irrestricto

a las leyes, de suerte que los actos sean lícitos y transparentes, que redunden en bien de todos los componentes de nuestra querida Patria.

De otra forma, los ciudadanos ecuatorianos tendremos que ir pensando en aplicar de manera práctica, la forma de organizarnos, el derecho previsto en el Art. 98 de la Constitución, que alude al Principio de Resistencia y que refiere a que “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”.

Lo dicho nos lleva a que todos podemos demandar cuando nuestros derechos estén en peligro o hayan sido conculcados.

2.23 . EFECTOS DEL ACTA DE MEDIACIÓN Y DEL LAUDO ARBITRAL

2.23.1 . DEL ACTA DE MEDIACIÓN:

El proceso de la mediación finaliza con la firma del Acta de Mediación, en la que consta el acuerdo total o el acuerdo parcial o los acuerdos parciales. Una vez efectuada la petición al Centro pueden darse estas circunstancias: **1.-** que la parte peticionaria no acuda, entonces se firma una **razón de abandono**, aún cuando la parte invitada si lo haga; **2.-** que si alguna de las partes no compareciere a la audiencia de mediación a la que fuere convocada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si en la segunda oportunidad alguna de las partes no comparece, el mediador expedirá la **constancia de imposibilidad** de mediación; **3.-** que las partes acudan pero que no lleguen a ningún acuerdo, se firma un **acta de imposibilidad de mediación**; y, **4.-** que se lleve a efecto la mediación, entonces se firma un **Acta de Mediación** que tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. (Art. 47, Inciso 4to. – LAYM).

El Inciso 1ro. del Art. 47 de la misma Ley prescribe que “El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo”.

El acuerdo que se logra en el Acta de Mediación, tiene el carácter de sentencia y “... se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación” (Art.47, Inciso 4° - LAYM).

Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo. En el caso de que no se llegue a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro del proceso arbitral o judicial, y ésta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en el proceso. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario” (Art. 47, Inciso 5° - LAYM).

Lo importante de la mediación y del arbitraje también es que sean procesos confidenciales y no públicos, quienes participaren deberán mantener su debida reserva, más aún el mediador.

2.23.2 . DEL LAUDO ARBITRAL:

- Conocimiento del laudo.- El Art. 29 de la Ley de Arbitraje y Mediación (1997):define señala que *“Las partes conocerán del laudo arbitral en audiencia, para el efecto el tribunal señalará día y hora en la cual se dará lectura del laudo y entregará copia a cada una de las partes”*.
- El Art. 30 del mismo cuerpo legal al hablar de la **Inapelabilidad de los laudos**, dispone: “Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte , antes que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar”.

Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de 10 días, contados a partir de su presentación”, ordena el siguiente inciso del artículo invocado.

También el inciso 3º del citado artículo invocado, nos recuerda que “Los laudos arbitrales no son susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente ley”.

La Ley en el Art. 31 faculta recurrir con la nulidad de los laudos arbitrales, en los siguientes casos:

- a) Si no se ha citado legalmente con la demanda y el proceso ha seguido y ha terminado en rebeldías.
- b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal... y así se impida la defensa.
- c) Cuando no se hubiese convocado, no se hubiese notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas a pesar de la existencia de las pruebas...
- d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o
- e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

2.23.3. ¿CÓMO SE EJECUTA EL LAUDO?

Una vez ejecutoriado el laudo el Art. 32 de la **LAYM (1997)**; prevé “... las partes deberán cumplirlo de inmediato. Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordene la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada.

Los laudos arbitrales tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la

ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo”.

Para evitar desperdicio de tiempo, ya que es uno de los afanes que tienen estos métodos alternativos de impartir justicia, no se permite dilatorias en estos sistemas, a eso se refiere el Art. 33 de la **LAYM (1997)**, al establecer: “No podrán aceptarse en el caso del proceso incidentes que promuevan las partes para retrasar el trámite o entorpecer cualquier diligencia. Las peticiones que en este sentido se presentaren serán rechazadas con multa de diez a cien salarios mínimos vitales generales, que será fijada por el árbitro o árbitros”.

Una nota característica de estos procedimientos alternativos es también que se someten a normas supletorias para mantener mayor eficacia, en caso de requerimiento. Así lo estipula el Art. 37 de la **LAYM (1997)**: al decir: “En todo lo que no esté previsto en esta Ley se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate de arbitraje en derecho”.

De lo que se trata es que la administración de justicia sea rápida, eficaz y realmente no se encuentre en sus procedimientos lo que se oye en los corrillos de juzgados y cortes o en la misma calle, de suerte que la mayoría de los ciudadanos no dan credibilidad a “la justicia”; no encuentran motivo de acudir a la justicia tradicional, por ser lenta, con manoseos en los procesos, con violación de procedimientos, con pérdida de tiempo porque al juzgador o a los amanuenses no les da la gana de despachar o porque a lo mejor recibieron una llamada urgente de algún político o de alguien con fuerza económica, prácticas que contradicen a los grandes principios de la justicia: celeridad, transparencia, equidad, humanismo, solidaridad, etc.

La Ley permite que todos seamos actores de la construcción de mejores leyes y de mejores días, porque sí nos merecemos vivir los ecuatorianos en un país de esperanza, de anhelos y de realidades de paz, justicia, trabajo, ocio creativo, de aquello que se ha dado en llamar El Buen vivir, sin olvidar que en un gran eje de solución está en dotar a los habitantes de la República de una buena educación, pero para todos, propiciando la

igualdad de oportunidades para estudiar, para distraernos, para trabajar, para ocupar un empleo en cualquier lugar de la administración sea particular o pública.

2.24 . CONSIDERACIONES DE EXPERTOS SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN RELACIÓN CON LAS CONTROVERSIAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Hemos visto conveniente anotar en nuestro trabajo la opinión del doctor Cristóbal Vaca Núñez, personalidad que ha trabajado en distintos lugares de la administración pública, ha venido siendo catedrático universitario y autor de libros de Contratación Pública, para quien los Medios Alternativos como la negociación, mediación y arbitraje son los más adecuados para resolver los conflictos que se dan en la sociedad y, claro está, también en la Contratación Pública.

Bien anota el autor en su obra “Fundamentos de Contratación pública” que “La mediación no solamente es un mecanismo expedito, de aproximación de las partes, de llegar a un arreglo por consenso, pues normalmente requiere de pocas audiencias, efectuadas las cuales se puede advertir con facilidad la viabilidad de un acuerdo o simplemente la imposibilidad de lograrlo.

Además, el prescindir de un proceso judicial y de la intervención de jueces, reduce considerablemente los costos y duración del conflicto.

Finalmente se debe subrayar que los acuerdos que constan en las actas de mediación, por resolución de la Ley, tienen fuerza de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, las normas aplicadas imponen a quienes participan en la mediación, la obligación de mantener la más estricta confidencialidad del proceso”.

El aporte del autor citado realmente incrementa nuestro conocimiento sobre la temática que hemos investigado, en especial de los conflictos que se llevan a cabo en contratos con entidades públicas y así entender mejor el alcance que tienen los sistemas de arreglo pacífico de controversias, como son las anotadas anteriormente.

Si bien es verdad que el Art. 190 de la Constitución prescribe emplear la mediación, el arbitraje y otros procedimientos alternativos, pero no los generaliza su uso en conflictos de Contratación Pública, sólo el arbitraje en derecho y previo visto bueno de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas por ley.

Lo prescribe también su empleo la misma Ley de Arbitraje y Mediación, en su Art. 43, cuando nos define lo que es la mediación. De igual manera en el Art. 5 cuando nos habla del convenio arbitral y en el Art. 55 señala lo que es la conciliación extrajudicial.

Nos introduce a estos sistemas alternativos el Art. 2372 del Código Civil al definirnos lo que es la transacción, manifestándonos que es un contrato con el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. El Art. 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado estipula que “Los organismos y entidades del sector público, con personería jurídica, podrán transigir o desistir del pleito, en las causas en las que intervienen como actor o demandado, para lo cual deberán previamente obtener autorización del Procurador General del Estado...”. De mismo cuerpo legal el Art. 11 nos recuerda que los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, etc. A esto completa más aún lo que señala el Art. 4 de la LAYM al señalar que las personas naturales o jurídicas podrán someterse al arbitraje regulado en la Ley, siempre y cuando tengan capacidad para transigir, cumpliendo los requisitos legales.

Apreciamos que se pueden arreglar los conflictos utilizando estos medios ya por ley o a través de una cláusula compromisoria, a la que los contratantes tendrán que sujetarse.

No es menor verdad también que estos medios alternativos se encuentran restringidos para el caso de contratos con el Estado y debe ser así por primar el interés común y el bienestar de todos. Sin embargo creemos que la negociación y la mediación pueden ser utilizadas para arreglos preliminares a la intervención de árbitros – para el

caso del arbitraje – o ministros de lo Contencioso Administrativo – para el caso de una demanda.

- **ENTREVISTA REALIZADA AL DR. CRISTÓBAL VACA NÚÑEZ:**

Al preguntarle ¿Es posible aplicar la Mediación en conflictos de contratos públicos? El ilustrado entrevistado manifestó: “La Constitución de la República, la LOSNCP, su Reglamento, la Ley Orgánica de la procuraduría General del Estado, prevén las conciliación extrajudicial como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, que en la Contratación Pública, son numerosos”.

Nos dice también que “Al aplicar la mediación en Contratación Pública, en primer lugar habrá que ver que haya la aquiescencia de las partes; el inminente daño que se ocasionaría a la entidad pública y a la sociedad; el significativo ahorro del tiempo y dinero; el renunciamiento de determinantes ventajas de la entidad para llegar a un feliz término con el contratista”.

Al preguntarle ¿Qué y cuándo mediar en Contratación Pública? Nos dice que “cuando exista incumplimientos por parte del contratista, cuya resolución debe ser inmediata a fin de no suspender determinada obra, provisión de bienes o prestación de servicios, ya que redundan en el bienestar de la comunidad; además, la solución a través de la conciliación, amigable composición y transacción evita un largo y tedioso juicio civil”.

Agrega, “El hecho que intervenga el procurador General del Estado – que es el abogado de éste – a quien le corresponde el patrocinio del Estado, no es un limitante para los Métodos Alternativos, ya que le corresponde absolver consultas y el asesoramiento a organismos públicos”.

Para concluir diremos que el arbitraje y la mediación están avalados por la Constitución de la República como los medios alternativos de Solución de Conflictos, por lo que son perfectamente posibles su trámite y ejecución. Además, los laudos arbitrales y las actas de mediación tienen efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada cosa juzgada.

TÍTULO IV

LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES APLICABLES EN MEDIACIÓN

2.25 PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Dadas las circunstanciales actuales en el que viven las naciones, no basta ya interpretar con métodos y técnicas de la hermenéutica tradicional. Por ello, únicamente dejaremos mencionados los métodos y técnicas tradicionales: la **Interpretación Literal** (Art. 427 de la Constitución)(2008), que dice: “*Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal...*”); **La interpretación del Espíritu de la Norma**, que lo que más preocupa es lo previsto por el legislador que elaboró la Constitución; la **Interpretación Sistemática**, lo que equivale a interpretar cada norma constitucional a la luz del resto de normas constitucionales – con armonía sistemática entre ellas -. En general no conviene hacer así, para no interpretar subjetivamente; la **Interpretación Evolutiva**, no conviene hacer sólo una interpretación mecánica de la norma, conviene hacer de acuerdo al avance de los cambios sociales; hay que pasar del inmovilismo a la dinámica social. Éste método bien utilizado serviría de mucho a los señores jueces; la **Interpretación Realista(Pragmática)**, atender a la realidad social es clave y en esto compagina con la interpretación evolutiva, habrá entonces que considerar algunos factores: vulnerabilidad de las partes (sea por suma pobreza, discriminación racial, tendencias sexuales, discapacidades, falta de educación, enfermedades, diferencia de poder, entre otras; la **Interpretación de acuerdo a los Fines (Teleológico)**, es decir se interpretará de acuerdo a los fines que se persigue, que para Segundo Quintana Linares(1987) “*la finalidad suprema y última de todas u cada una de las normas de la Constitución es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre, la justicia y el bienestar social*”(pág. 273); y la Técnica de la **Subsunción**, que significa que todos y cada uno de los métodos tradicionales han ido acompañados de técnica de la Subsunción normativa esperando su correcta aplicación.

Pero con la Nueva Constitución que nos rige en la actualidad, el Neo-constitucionalismo nos ha traído nuevas formas de interpretación de las leyes, situándola a la Carta Magna jerárquicamente en la cima de todas las leyes. Por ello es nuestro deber recordar estos nuevos principios y formas de interpretar, que son los que a continuación se anotan y que en Mediación son ejercitados con doble efecto: no son aplicados únicamente para resolver conflictos entre las partes, sino también son modos de vida, porque además en ejercicio de los MASC vienen con valor agregado de: gentileza, cordialidad, deseo de hacer bien, espíritu de solidaridad, cuidado de sí y del entorno, etc.

2.25.1 . PRO HOMINE

Significaría “*En favor del ser humano*”. Tal vez éste es uno de los más destacados principios de la interpretación moderna dentro del derecho, pues, cobija a toda interpretación constitucional en cuanto a derechos humanos se refiere, ya que este es el fin último que se desea alcanzar y así manifiesta nuestra Constitución actual en el Art. 427, que dice:

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integridad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido más favorable a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional(2008, pág. s/p).

Como vemos, la preferencia interpretativa apunta a la optimización del mecanismo judicial en pro de todos los derechos que amparan a toda persona y que son constitucionalmente amparados, que por cualquier evento están en juego cuando se ha cometido un desliz o, incluso, sin ello.

Sintetizando diríamos que las limitaciones siempre deberán interpretarse restrictivamente, en cambio, el ejercicio y la garantía de un derecho tendrá que asegurar el pleno desarrollo y cumplimiento del mismo.

Todos los derechos deben ser bien protegidos y para lo cual tomaríamos mano de todas las herramientas que conlleven a garantizarlos y ampararlos, así: el principio *favor*

libertatis, esto es, entender a la norma en el sentido que promueva la libertad, buscando la mayor eficacia de los derechos que a todos los seres humanos nos pertenece; el principio *favor debilis*, que protege a las víctimas, a quienes han caído en desgracia o están en inferioridad de condiciones.

Otra de las herramientas que debe tener en cuenta el operador de justicia y que va implícito en el principio pro homine es que cuando se vaya a resolver “*se aplique la norma más favorable a la persona*”, como bien manifiesta **Edgar Carpio Marcos (2005)** en su obra “*La interpretación de los Derechos Fundamentales. Interpretación Constitucional*”(pág. 330).

Todo lo manifestado se debe tener en cuenta al momento de defender y proteger los Derechos Humanos, no podemos dejar de lado nada.

2.25.2 DE LA POSICIÓN PREFERENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES(preferred freedoms)

En primer lugar tendremos que pensar en el significado de *Posición Preferente*, significando lo que hay que atender a lo primordial, a lo esencial en un ordenamiento (jurídico, social, etc); y al tratarse de los Derechos Humanos éstos son los más destacados dentro de un ordenamiento jurídico de un Estado. Pero pensemos que para el caso de Ecuador y de su ejemplo en otros países, también la naturaleza tiene derechos y dentro de ella todo lo existente, pues, todo es manifestación de la naturaleza.

Unos autores manifestarán que los derechos en su totalidad prevalecerán siempre sobre los bienes y aspiraciones colectivos; otros que una posición individual o liberal no significa que se rechace las regulaciones o limitaciones legales a las que están sometidos los derechos, lo que no significa que se desvirtúe su contenido. Lo importante fuera de esto, es que los jueces al rato de resolver los derechos y libertades constitucionales deben ser observados de forma preferencial.

2.26 DE LA MAYOR PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Este principio nació hace mucho tiempo y aún continúa vigente, es una técnica de origen estadounidense que siempre ha buscado proteger lo máximo que se pueda los derechos humanos en el momento que va a resolver el operador de justicia; y, como bien manifiesta **Edgar Carpio Marcos**, en su manual ya citado, “...el principio permitió considerar que en la Constitución federal sólo debía encontrarse el standar mínimo protegido de los derechos fundamentales, debajo del cual no podía nunca situarse el derecho estatal”(pág. 345). Lo anotado significa que este principio vela por la buena interpretación de los derechos humanos y en su ejercicio, como tutelar de éstos.

Este principio no únicamente queda en el país que lo vio nacer sino que ha traspasado sus fronteras, así en el Art. 29 la Convención Americana de Derechos Humanos señala:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a. Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
- b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte de dichos Estados;*
- c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*
- d. Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos Humanos y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*

¿Qué hace este principio?

Pone en manos del juzgador o del intérprete de la ley todo el máximo cuidado al poner en práctica las disposiciones constitucionales e internacionales, ordena su prolija protección. Veda la inobservancia de estas disposiciones.

2.27 DE LA FUERZA EXPANSIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por lo general se ha entendido que los derechos humanos regulaban únicamente las relaciones entre el Estado y los particulares. Esto indudablemente tiene una razón, que corresponde a la época en la que se consideraban – Siglo XIX -, en la que los derechos fundamentales con frecuencia eran violados por el Estado, no así entre particulares, ya que se entendía que eran hombres libres e iguales y sus relaciones ya se encontraban regulados por el Código Civil y así que a los Derechos Humanos había que entenderles en relación al Estado.

Si revisamos la Historia veremos que este panorama, que mencionamos en el párrafo anterior, se modifica al hacerse presente el Neoconstitucionalismo con el que el ámbito de aplicación de los Derechos Humanos se amplía, como bien manifiesta **Carpio Marcos Edgar** “*cuando dichos derechos fundamentales, además, de derechos subjetivos, fueron también concebidos como el componente estructural básico del ordenamiento constitucional*”(pág. 348).

Esta característica de los Derechos Fundamentales, como dice el autor citado:

Terminó por convertirlos no sólo en ‘verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos’, sino también capaces de informar e irradiarse en las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada’, extendiendo por tanto su eficacia a las relaciones entre privados”(pág. 348).

Conviene tener en cuenta que bajo la denominación de Derechos Fundamentales no únicamente hay que entender los Derechos Públicos Subjetivos, como opuestos al Estado y a sus poderes públicos, sino también como Derechos Subjetivos que tienen que ver también con los particulares y que en las sociedades modernas esto es una realidad y hoy, como bien dice Cárdenas Zambonino(2011)“...los derechos humanos tienen un efecto vertical (Estado-particulares), así como una eficacia horizontal (Inter particulares)(pág. 144), con lo que este principio del que estamos hablando se convierte en un gran instrumento de la defensa de los Derechos Fundamentales, digno de ser tomado muy en cuenta para todo análisis. ¡En qué tribunal o mesa de negociación se podrá obtener resultados óptimos en

donde se dé fin a las controversias y se propenda a mantener la amistad entre las partes que en Mediación! En ella, valga la insistente repetición, todos estos principios se aplican al instante.

2.27.1 DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y FUERZA NORMATIVA

Este principio nace concomitantemente al cambio que se opera del Estado de Derecho, vigente hasta antes de la publicación de la Nueva Constitución del 2008, al Estado Constitucional, que es el que nos rige actualmente. El Estado de Derecho daba supremacía a la Ley sobre las instituciones y actos del Estado. En cambio, la nueva Carta Magna se define como “*Constitucional de derechos y justicia social*”, favoreciendo con esto el principio de constitucionalidad, abarcando los derechos y libertades de todo ciudadano ecuatoriano.

Así, entonces, todos los actos que realice el Estado Ecuatoriano deben estar enmarcados en el ámbito de la posibilidad de la Constitución para ser válidos y legales, caso contrario serán inconstitucionales. Al respecto y para tener una mejor visión de lo que estamos viendo habría que analizar el Art. 1 y los artículos del Título IX, que versa sobre la *Supremacía Constitucional, en su Capítulo Primero, Principios*, de la Constitución vigente.

2.27.3 DE LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA O UNIDAD CONSTITUCIONAL

Esto significa que las normas y contenidos de la Constitución hay que mirarlos e interpretarlos como un todo sistemático o como bien manifiesta el constitucionalista colombiano Marco Gerardo Monroy Cabra(2002) al hablar del principio que estamos presentando que“... *la interpretación debe tener en consideración la Constitución como sistema integrado dentro de un contexto político, social y cultural. Esto significa tener en cuenta toda la Constitución desde el Preámbulo, los principios y valores constitucionales*”(pág. 87).

No cabe duda que este principio al que nos estamos refiriendo nos lleva a entender de buen modo lo que es la ***ponderación*** (*balancing test*) y el **principio de**

proporcionalidad (como lo explicaremos más adelante), lo que significa que cuando se interprete la Constitución debe primar la protección de los derechos humanos, sin llegar a interpretaciones arbitrarias sino reales y considerándose la Carta Magna en su totalidad.

El papel de los operadores de justicia es aplicar, sobre todo lo dispuesto en la Constitución en su ejercicio diario, pero de no estar estipulado algún otro principio en ella se pueda echar mano para proteger y garantizar a los Derechos Humanos, que se lo tomará en cuenta de acuerdo intuición y sensibilidad.

2.28 MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL MODERNAS

Todos los Métodos y las Técnicas de Interpretación Constitucional deberán convertirse en instrumentos de defensa y protección de todos los Derechos Humanos, pero para ello se tendrá que realizar adiestramientos y seminarios y talleres para todo colaborador judicial, incluyendo también a los abogados y abogadas en libre ejercicio y así ir concibiendo nuevas formas de ejercer la justicia, que en nuestro medio ha sido muy cuestionada.

No se trata de encontrar un único método o una única técnica para el entendimiento y comprensión de los contenidos constitucionales y para la búsqueda de la verdad o de soluciones equitativas, todos los medios son buenos instrumentos pero habrá que ver los más adecuados para cada caso, por un lado y, por otro, sí conviene pensar que hay que preparar con mucho cuidado a los operadores judiciales y administrativos.

Como bien sugiere **Álvaro Cárdenas** cuando dice:

Lo importante en la búsqueda de la sensibilización del Sistema de Administración de Justicia, no se encuentra en el hecho de establecer un método exclusivo, único y excluyente ...sino más bien de concientizar a la administración de justicia y defensa a toda costa de los derechos humanos(Interpretación Constitucional, Mecanismo de sensibilización en la protección de los derechos, pág. 148).

Como todo, la situación social es muy cambiante. La actualidad exige nuevas formas de concebir la norma o Ley, así mismo nuevas concepciones de interpretación legal y constitucional, que vale la pena tenerlas en cuenta.

La técnica y el principio de interpretación constitucional más destacados son: la de Ponderación y el de Proporcionalidad, que vamos a considerarlos.

2.28.1 . TÉCNICA DE LA PONDERACIÓN (BALANCING TEST)

Traducido del inglés como:

Cotejo o prueba de los intereses en conflicto". Es "A jurisdictional test used by United States Courts. According to this test, foreign businesses will be subject to United States antitrust laws (e.g., the Clayton Act and the Sherman Antitrust Act) factors showing a connection to the United States outweigh those showing a foreign (Balancing Test, s/a, pág. 1).

Es el método más utilizado por Cortes y Tribunales en los Estados Unidos, así como en Cortes y Tribunales Constitucionales de otros países, no es de su exclusividad.

Se considera a la Ponderación como método o técnica para resolver conflictos entre derechos fundamentales y bienes constitucionales protegidos, ya teniendo en la mano sus respectivas interpretaciones.

Para nosotros la Ponderación es interpretación y argumentación jurídica, ambas son, como bien señala **Carpio Marcos Edgar**, actividades que "...en el plano abstracto, pueden ser distintas, pero que en la práctica se encuentran muy compenetradas, al punto que se ha señalado que es evanescente e incierta cualquier línea de demarcación que se pudiera practicar" (2005, pág. 361).

Así, entonces, se sigue discutiendo si la Ponderación es un criterio interpretativo o una técnica de argumentación, sin embargo es a la que apelan los tribunales – en especial los constitucionales -, que sin hacerlo de la misma forma la emplean como

método para considerar que es otro de los instrumentos del que los jueces pueden tomar mano para defender y proteger los derechos humanos, que dentro del Constitucionalismo es lo esencial.

2.28.2 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

De proporción, que significa “Disposición *adecuada entre las partes y el todo, entre los integrantes o componentes de algo*”. También lo “*Adecuado o conveniente para un fin*”. (Cabanellas, 2006, pág. 542).

A este principio se lo entiende mejor si lo consideramos que está compuesto de subprincipios, así: del de idoneidad, del de necesidad y del de proporcionalidad, propiamente dicho.

Si miramos lo que haría un Tribunal Constitucional en un proceso diremos, como bien manifiesta **Carlos Bernal Pulido**, que:

El Tribunal Constitucional verifica si la norma legal que interviene en el derecho fundamental es idóneo. En caso de no serlo debe declararlo inconstitucional. Si por el contrario, la norma legal supera las exigencias de este primer sub-principio, debe ser sometida al análisis de necesidad y, si sale airosa, finalmente al escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. En caso de que la norma legal no supere las exigencias de estos últimos dos sub-principios también debe ser declarada inconstitucional(**El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad comocriterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador, s/a, pág. 765**).

Así, entonces, lo dicho del Principio de Proporcionalidad puede ser aplicado para concientizar a los operadores de justicia y cumplan con la defensa de los Derechos Humanos, que tanto se anhela.

Al momento de velar por los Derechos Fundamentales un juez constitucional debería tener presente que sus herramientas estén constituidas por: *idoneidad*, que significa adecuación para conseguir un fin constitucional legítimo. Lo ideal sería que se persiga un fin legítimo y que la medida sea idónea o efectiva para conseguir el fin que se persigue; por *necesidad* (en el sentido actual) o llamado también sub-principio de

“indispensabilidad”, “del medio más benigno” o “intervención más restringida posible”. Esto de buscar y aplicar la proporcionalidad significa que nuestro juez buscará múltiples alternativas para encontrar la más apta, caso contrario su decisión deberá corregirla; y *por proporcionalidad propiamente dicho*, lo que significa que la defensa de un derecho fundamental estará justificada por el fin que se persigue por la intervención legislativa, caso contrario será inconstitucional. Entonces, hay magnitudes que deben ser ponderadas, pero también comparadas (importancia del bien perseguido VS mayor importancia de la intervención en el derecho fundamental), entonces habrá cumplido con la ponderación bien sugerida por Alexy(1997), es decir, “... cuando mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor (es decir, por lo menos del mismo grado) tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”(pág. s/p).

Lo importante es el momento interpretativo de las normas constitucionales por parte del juez, momento el más idóneo en el cual puede hacer juego de todos los métodos, principios y técnicas para la mejor defensa de los Derechos Humanos, dándoles a éstos toda la protección y garantía.

2.29 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES APLICABLES EN MEDIACIÓN

Tendremos que decir que todos los principios constitucionales son aplicables en Mediación, aclarando que en ella se invierten con valor agregado. Decimos todos porque la Constitución Ecuatoriana actual prescribe:(Constitución Política de la República del Ecuador, 2008).

- En el Art. 1 que “*El Ecuador es un Estado constitucional, social y democrático de derechos y justicia, soberano, independiente y unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.*”

La soberanía radica en el pueblo, “*cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa*”.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”.

Entendiéndose que entre sus características está la que nos lleva a entender que toda la Ley y todos nuestros actos deben regirse y apegarse estrictamente a la Constitución, cuyas bases se asentarán en los fundamentos del Derecho y sobre la justicia Social, misma que busca un equilibrio entre las partes desiguales (los anteriormente llamados derechos de segunda generación).

Otras de las características son aquellas referentes a la defensa del sistema democrático, la no intervención extranjera sobre la política nacional, fomento de la unidad nacional, la admisión de diferentes culturas en el territorio y la primacía del laicismo.

En lo demás, se continúa con el sistema republicano, se promueve la descentralización, por lo menos en papel.

Pero, ¿qué son los principios? La Constitución del 2008 consideró bien al incluir en ella los principios que son “*mandatos de optimización*”, según Alexy(**pág. 27**), que significa que son normas jurídicas y siendo así deben ser aplicables y que servirán para el mejoramiento de la consecución de la justicia. Los principios no dan soluciones determinadas, sino guías o parámetros de comprensión y por ello necesitan ser interpretados y al ser generales, rigen para todas las persona o colectivos, tanto públicos como privados, atendiendo intereses superiores y ahí está su ponderación.

Para Ramiro Ávila Santamaría “*Los principios...sirven de parámetros de interpretación. Ayudan de forma decisiva a valorar el sistema jurídico. Gracias a los principios podemos identificar normas contradictorias (antinomias) y también las lagunas del sistema jurídico (anomias)*”(**pág. 28**). Así se está haciendo referencia también a lo que dice el Art. 76 de la Constitución vigente, al prescribir que “*la Ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales*”.

Podríamos ilustrar con ejemplos lo que estamos diciendo en cuanto a los Principios Constitucionales. Así en asuntos de niñez o a personas con capacidades especiales y otras “Se atenderá al principio de su interés superior”. Por ejemplo: en el caso de los niños y niñas en cuanto a lecturas que deben leer o en qué horarios y qué

deben ver en televisión. Los padres de familia recomendarían que sean lecturas apropiadas a su edad y los programas de T.V. sean vistos a determinada hora. Si un niño desea mirar un programa entretenido en T.V. a media noche y si éste tiene que ir al siguiente día a clases, le dirá que apague la televisión y duerma. Posiblemente el chico exigirá al padre a que respete sus derechos, entonces, el interés superior del niño o adolescente será que descansa para que vaya en buenas condiciones a clases. Sin embargo no se podría manejar estos asuntos a capricho de los padres ni tampoco de los chicos y chicas. Éstos necesitan cuidados especiales. Lo ideal sería consultar con un especialista.

En el caso de personas con capacidades especiales, tienen derecho a transitar libremente y que el Municipio construya rampas para que en su caminar por la ciudad no sean perturbados. Lo que vemos que en base a estos derechos de estas personas el Municipio va mejorando esta infraestructura, lo que antes ni se pensaba siquiera. Esto es justamente el interés superior de la persona. En caso de no haber leyes, ordenanzas u operadores de justicia que hagan caso omiso a estos derechos especiales, estaríamos hablando de anomias y los principios, como bien dice Ramiro Ávila, “Los principios inspiran para resolver las antinomias y para colmar las anomias”. Resolver sería en el sentido que legalmente se prevea la solución a un problema con sustentación legal y colmar sería de la orden de ejecución.

Qué más se puede esperar de un sistema amigable y dialogal de terminar las controversias como es la Mediación. En ésta, ya al momento de iniciar con el proceso, se aplica todos los grandes principios constitucionales, así:

2.29.1 INTERMEDIACIÓN

Los arreglos se consiguen con la presencia física de las partes, mirándose cara a cara. ¿A quiénes les va a interesar más sus problemas que a las partes mismas? En el caso de la Justicia Formal, de seguro que ¡no será al juez! Peor aún, si en las audiencias de conciliación y otras similares no está el operador de justicia, el que la preside es un “delegado”, esto es, su secretario. Este es un requisito sine quo non en nuestro sistema no adversarial, caso contrario no se da la mediación.

2.29.2 DEBIDO PROCESO

Este procedimiento debe ser aplicado con normalidad y espontaneidad, es decir, siempre. No porque la Ley lo dice sino porque el sentido común lo exige. En nuestro medio si no dice la ley es como si estuviésemos prohibidos de hacerlo de otro modo, nos sentimos mutilados, sin inspiración, pero hoy el principio de la ponderación lo supera esta traba. A la ley hay que tomarla elástica, pues, todo lo que ella no prohíbe se puede perseguir como medios para la realización de la justicia, de la verdad y de los fines que se persigue en bien de la colectividad, en general.

2.29.3 TRANSPARENCIA

Sinónimo de diafanidad, claridad, nitidez, limpidez, que no tiene ningún impedimento para mirar. Que no haya ningún impedimento para cumplir con su objetivo. Implica el cumplimiento de los principios de legalidad, publicidad, libre concurrencia, igualdad, etc.

2.29.4 PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Significa ser actor en una actividad para encontrar un resultado. El Art.95 de nuestra Carta Constitucional, al hablar de Los principios prescribe que *“Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual o colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos...”*. La misma Constitución en el Art. 97 manifiesta que *“Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en casos que permita la ley; actuar por delegación de autoridad competente, con la sanción de la debida responsabilidad compartida...”*.

Entonces, la acción y responsabilidad de un mejoramiento personal o social es cuestión de todos.

2.29.5 DEMOCRACIA DIRECTA

Significa que los propios agentes del conflicto actúan personalmente y por sus propios intereses, sin necesidad que un tercer agente (juzgador) decida por ellos; pues,

para el caso que nos ocupa, no únicamente la Democracia Directa es, como dice el Art. 103 (Art. 95) de la Constitución “*La iniciativa popular normativa se ejercerá para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa...*”, ¡qué mejor cosa que los afectados por un conflicto sean los participantes directos en llegar a acuerdos que mutuamente los beneficie. Si lográramos tener consensos dialogando sería un adelanto grandioso en este siglo que iniciamos hace una década y creemos que para allá va el mundo.

2.29.6 ACCESO A LA JUSTICIA

Bueno, este es un tema a lo mejor controversial: unos dirán que es una utopía o una quimera, otros que la justicia es deficiente, que solo es para quienes tienen dinero y se palanquean, otros que no vale nada, etc. Pero veamos lo que dice nuestra Carta Magna y para ello consideraremos, por ejemplo el Art. 167, el Art. 168 y el Art. 169.

El Art. 167 prescribe que: “*La potestad que administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidas en la Constitución*”. Salvo excepciones, la justicia viene de la autoridad que no es el pueblo. Muchas veces dicho representante no depende del pueblo, sino del poder, del dinero, de las amistades, aunque hay casos honrosos en que realmente sin considerar la ley actúan con un buen sentido de justicia y de fraternidad. Bajo el nombre del pueblo cuántos abusos se han cometido.

El Art. 168, en cambio, nos manifiesta que para la administración de justicia aplicará estos principios:

1. “*Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa... (Al respecto lo manifestado anteriormente vale también en este caso...)*.”
2. *La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera.*(Habrà que comenzar generando otra cultura para que asome una nueva generación de personas con valores más altos...).
3. *En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás Funciones del Estado podrá desempeñar funciones administrativas...*

4. *El acceso a la administración de justicia será gratuito*(Del dicho al hecho, hay mucho trecho, como dice el refrán, aunque hay casos muy excepcionales). *La ley establecerá el régimen de costas procesales.*
5. *...los juicios y sus decisiones serán públicos...* (Este numeral es el único que con altos y bajos, tal vez, se cumple
... se llevará a cabo en sistema oral...”(Claro se está comenzando a implantar, esperemos que se lo haga como dice la norma legal).

La verdad es que estamos tan lejos de lo que dicen estos principios, tendremos que bregar mucho más, esperando que pronto haya un cambio a favor de una justicia más transparente y eficaz.

2.29.7 LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Ésta se aplicará cuando se haya vulnerado los mandatos constitucionales y así prescribe el Art. 88 cuando dice:

La acción de protección tendrá como objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos y omisiones u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la privación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

2.29.8 DERECHOS A LA PROTECCIÓN

Los artículos 75 y 76 de la Constitución son claros al manifestar que:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial o expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

En cambio el artículo 76 determina que: “*En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso...*”, que para su cumplimiento en este mismo artículo se enumera varias garantías básicas, que conviene tenerlas muy en cuenta para el caso de hacer cualquier reclamación en la que a una persona se le violen sus derechos constitucionales. No está por demás tener también muy en cuenta los artículos 77, 78, 79, 80 81 y 82, en especial para asuntos penales.

2.29.9 OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad es una excepción al carácter obligatorio de la acción penal, autorizando al Ministerio Público y al Juez penal, a disponer de la acción penal en los casos expresamente contemplados en la Ley Procesal, autorizando al Fiscal titular de la acción penal para que decida la pertinencia de no iniciar la actividad jurisdiccional penal, o en caso a solicitar el sobreseimiento si concurren los requisitos exigidos por ley.

Con ello se simplifica el procedimiento, es decir, es una opción para la obtención de una solución para el caso a través de procedimientos menos complejos que el procedimiento común. El empleo de este principio es evitar procesos que no son de importancia, que irremediablemente tienen que ser procesados distrayendo recursos y tiempo que son necesarios para tramitar casos más importantes.

Para emplearlo se exige ciertas condiciones: a) que “el acto constitutivo del presunto delito no comprometa gravemente el interés público”; b) que “no implique vulneración a los intereses del Estado; y, c) que tenga una pena máxima de hasta cinco años de prisión.

Este principio de oportunidad se aplica respecto de la investigación, y no al ejercer la acción penal.

2.29.10 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

No quisiéramos pecar de omisión al enumerar las Garantías Constitucionales que todo ciudadano tiene frente al Estado, que contiene nuestra Carta Constitucional, pero

baste con decir que estas Garantía las encontramos entre los artículos 84 al 94, así como la Participación y Organización del Poder que la encontramos del artículo 95 al 235 (ver 320 también , en los que se observa el accionar del pueblo, permitiendo también a los MASC (como es el caso del Art. 190 – que es lógico, el Art. 95 y siguientes, Art. 171 y Art.189, Art. 326, Inciso 10, 11 y 12), que requeriría un análisis posterior prolijo para acercarnos a una justicia ideal en la práctica con todos nuestros derechos protegidos (Art. 75 y 76)y que con todo este bagaje de ideas renovadoras, que puestas en manos de la sociedad, estaríamos acercándonos al GRAN ANHELO CONSTITUCIONAL, que en síntesis es la consecución de la JUSTICIA SOCIAL y al BUEN VIVIR, que se acercaría al concepto no sólo platónico de felicidad (plano inteligible) sino también humano, ya que la felicidad, sensación de plenitud, paz y serenidad que nos llena de alegría interior, y nos permite disfrutar de la vida, que aunque parece ser una quimera, sin embargo con la Mediación se consigue en buen grado.

Pensar en lo contrario de la Mediación, esto es, en el litigio, es hacer aflorar la conducta más contradictoria del comportamiento humano, es decir, pensar en lo contrario de la bondad humana: en la revancha, en el odio, en la venganza, en el desquite, etc.

2.29.11 PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Es principio aplicable a los derechos del Buen Vivir, la participación, la protección y para todos los derechos (principios sustantivos).

Ya la Constitución de 1998 prescribía que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos (Art. 16), que los derechos se garantizan a todos y sin discriminación (Art. 17), que los derechos humanos son directa e inmediatamente aplicables estando siempre a la interpretación que más favorezca a la vigencia de los derechos humanos no pudiendo estar condicionados a requisitos no establecidos en la Carta Magna y la Ley para su ejercicio Art.18), que no hay más derechos reconocidos y garantizados que los estipulados en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los demás que se deriven de la naturaleza de las personas (Art.19), y que el único responsable para su observación o irrespeto (Arts. 20 al 22). Prescribe también el respeto a los Derechos Civiles (Art. 23).

- La Constitución actual, de Montecristi, cobija hoy a todos los principios mencionados en la de 1998, incluyendo a otros más, como lo vemos en el Capítulo denominado “*Disposiciones generales*”, dentro del título III, sobre los derechos y garantías.
- En la Constitución actual, si miramos el Título II, que habla de DERECHOS, encontramos los Principios de Aplicación y si revisamos los artículos 10 y 11, nos damos cuenta que toda persona ecuatoriana y de otros lares, sus derechos están protegidos, así como la misma naturaleza. Los derechos los podremos ejercer, promover y exigir..., todos somos iguales y gozamos de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Así mismo, los derechos y garantías establecidos en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación...y todo confluye al BUEN VIVIR, que es el objetivo esencial de nuestra Carta magna, que todo ecuatoriano goce de sus derechos y tenga una vida digna.

CAPITULO III

3. MARCO METODOLÓGICO

3.1. TIPOS DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. INVESTIGACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Consiste en la recopilación ordenada y metódica de la información contenida en libros, folletos, códigos y artículos, que pueden obtenerse en una biblioteca, hemeroteca o en instituciones especializadas; se propenderá a reunir textos existentes y recopilaciones sustentadas en documentos (fuentes primarias), o en libros, revistas, periódicos, internet y otras publicaciones (fuentes secundarias).

3.1.2. INVESTIGACIÓN DE CAMPO

Este tipo de investigación se apoya en informaciones que provienen entre otras, de entrevistas, cuestionarios, encuestas y observaciones. Como es compatible desarrollar este tipo de investigación junto a la investigación de carácter documental, se recomienda que primero se consulten las fuentes de la de carácter documental, a fin de evitar una duplicidad de trabajos.

3.1.3. INVESTIGACIÓN HISTÓRICA

Describe lo que era. Trata de la experiencia pasada; se aplica no sólo a la historia sino también a las ciencias de la naturaleza, al derecho, la medicina o a cualquier otra disciplina científica.

En la actualidad, la investigación histórica se presenta como una búsqueda crítica de la verdad que sustenta los acontecimientos de pasado.

La tarea del investigador en este tipo de investigación tiene las siguientes etapas:

1. Formas y Tipos de Investigación

2. Enunciación del Problema
3. Recolección de información
4. Crítica de Datos y Fuentes
5. Formulación de Hipótesis
6. Interpretación e Informe.

3.1.4. INVESTIGACIÓN DESCRIPTIVA

Mediante este tipo de investigación, que utiliza el método de análisis, se logra caracterizar un objeto de estudio o una situación concreta, señalar sus características y propiedades. Combinada con ciertos criterios de clasificación sirve para ordenar, agrupar o sistematizar los objetos involucrados en el trabajo indagatorio. Al igual que la investigación que hemos descrito anteriormente, puede servir de base para investigaciones que requieran un mayor nivel de profundidad.

3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA

En el presente proyecto investigativo “LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS” es necesario que tengamos datos reales la información que se requiere es de suma importancia, puesto que no se puede seguir con datos demasiados generales sobre la materia que se trata en este trabajo, para elaborar muestras correspondientes aplicaremos la población en un ciento por ciento. Es decir las 30 personas como muestra se transformarán el ciento por ciento en relación a la población. Para lo cual se aplicarán las encuestas de acuerdo al siguiente cuadro:

Tabla No. 2: Población

POBLACIÓN	MUESTRA
Docentes	5
Mediadores	10
Especialistas en Contratación Pública	10
Funcionarios de la Corte Constitucional	5
TOTAL	30

Autora: Diana Andrade

3.3. MÉTODOS

3.3.1. MÉTODO CIENTÍFICO

Etimológicamente viene del griego: meta = con, odos= camino. Se concibe al método como la manera de proceder para descubrir algo, alcanzar un fin. El método es el procedimiento a seguir o fases para llegar a la verdad. Se puede establecer dos grandes clases de métodos de investigación; los métodos lógicos y los empíricos.

Los primeros son aquellos que utilizando el pensamiento en sus funciones de deducción, inducción, análisis y síntesis; en cuanto los métodos empíricos, se aproximan al conocimiento del objeto mediante sus conocimientos directos y el uso de experiencia, entre ellos están la observación y la experimentación.

3.3.2. ENTREVISTA

La entrevista, es la comunicación interpersonal establecida entre el investigador y el sujeto de estudio a fin de obtener respuestas verbales a los interrogantes planteados sobre el problema propuesto. Se considera que este método es más eficaz que el cuestionario, ya que permite obtener una información más completa. A través de ella el investigador puede explicar el propósito del estudio y especificar claramente la

información que necesite; si hay interpretación errónea de las preguntas permite aclararla, asegurando una mejor respuesta.

3.3.3. ENCUESTA

La Encuesta es una técnica de recogida de información por medio de preguntas escritas organizadas en un cuestionario impreso.

Se emplea para investigar hechos o fenómenos de forma general y no particular. La encuesta a diferencia de la entrevista, el encuestado lee previamente el cuestionario y lo responde por escrito, sin la intervención directa de persona alguna de las que colaboran en la investigación.

La encuesta, una vez confeccionado el cuestionario no requiere de personal calificado a la hora de hacerla llegar al encuestado. A diferencia de la entrevista la encuesta cuenta con una estructura lógica, rígida que permanece inalterable a lo largo de todo el proceso investigativo. Las repuestas se recogen de modo especial y se determinan del mismo modo las posibles variantes de respuestas estándares, lo que facilita la evaluación de los resultados por métodos estadísticos.

3.3.4. VISITA DOMICILIARIA

Es la técnica compuesta de tipo investigativo y/o de intervención, constituida principalmente de técnicas complementarias de observación y entrevista, que permite el acercamiento e interacción del profesional con el contexto interno (integrantes de la familia) y externo (grupos y comunidad) de la realidad familiar”.

3.4 INSTRUMENTOS

Son un recurso del que puede valerse el investigador para acercarse a los fenómenos y extraer de ellos la información. Dentro de cada instrumento pueden distinguirse dos aspectos diferentes: una forma y un contenido. La forma del instrumento se refiere al tipo de aproximación que establecemos con lo empírico, a las técnicas que utilizamos para esta tarea. En cuanto al contenido, éste queda expresado en

la especificación de los datos concretos que necesitamos conseguir; se realiza, por tanto una serie de ítems que no son otra cosa que los indicadores bajo la forma de preguntas, de elementos a observar, etc.

3.4.1. DIARIO DE CAMPO

El diario de campo es un instrumento utilizado por los investigadores para registrar aquellos hechos que son susceptibles de ser interpretados. En este sentido, el diario de campo es una herramienta que permite sistematizar las experiencias para luego analizar los resultados.

3.4.2. FORMULARIO DEL CUESTIONARIO

Es un conjunto de preguntas diseñadas para generar los datos necesarios para alcanzar los objetivos propuestos del proyecto de investigación. El cuestionario permite estandarizar e integrar el proceso de recopilación de datos. Un diseño mal construido e inadecuado conlleva a recoger información incompleta, datos no precisos de esta manera genera información nada confiable. Por esta razón el cuestionario es en definitiva un conjunto de preguntas respecto a una o más variables que se van a medir.

3.5. RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

3.5.1 PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

1. Análisis de los resultados estadísticos, destacando tendencias o relaciones fundamentales de acuerdo con los objetivos e hipótesis.
2. Interpretación de los resultados, con apoyo del marco teórico, en el aspecto pertinente.
3. Comprobación de hipótesis. Para la verificación estadística conviene seguir la asesoría de un especialista.
4. Establecimiento de conclusiones y recomendaciones.

CAPITULO IV

4.. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Una vez concluido con la recolección de datos a través de la entrevista, encuesta; se procederá con el análisis en forma técnica y pormenorizada, lo que permitirá obtener la interpretación descifrada y científica de los resultados obtenidos de los siguientes instrumentos de recolección de datos.

PREGUNTA Nro. 1

¿Dé usted un porcentaje a estos sistemas, mirando si de los más adecuados a los menos adecuados, para solución de conflictos? ¿Por qué?

Cuadro N° 1.- Porcentaje a estos sistemas, para solución de conflictos

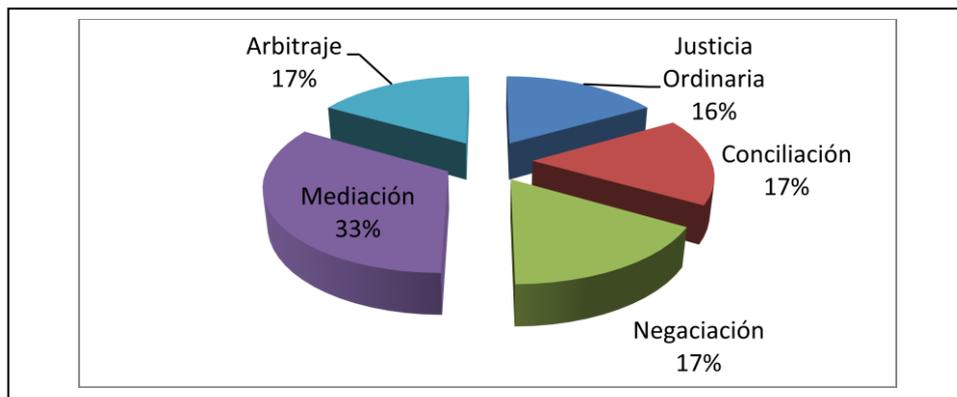
Justicia Ordinaria	5
Conciliación	5
Negociación	5
Mediación	10
Arbitraje	5

Autora: Diana Andrade

Porque:

- Evita conflictos legales muy costosos y demorados.
- Da fin al litigio y conserva la amistad entre las partes.
- No se pierde el tiempo y los costos son bajos.

Grafico N° 1 .- Porcentaje a estos sistemas, para solución de conflictos



Autora: Diana Andrade

Considerando el cuadro 1 y su gráfico tenemos que decir que hay gran preferencia por la aplicaci3n de los MASC en la resoluci3n de conflictos, sin embargo en la pr3ctica se ve que no es tanto as3, es por excepci3n que se resuelve en Mediaci3n, por ejemplo. Tal vez estamos acostumbrados a la justicia controversial antes que a la consensual y cooperativa. Parece tambi3n que el papel del abogado no ayuda mucho, tal vez se piensa que sus honorarios disminuir3an.

PREGUNTA Nro. 2

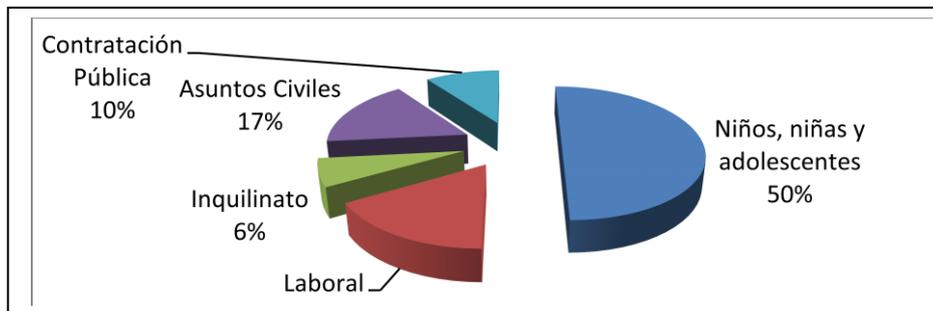
¿En qué clase de conflictos la Mediación y/o el Arbitraje sería más efectiva? Dé usted un porcentaje de 1 a 100.

Cuadro N° 2.- Clases de conflictos la Mediación y/o el Arbitraje

a. Niños, Niñas y adolescentes	-	15
b. Laboral	-	5
c. Inquilinato	-	2
d. Asuntos civiles	-	5
e. Contratación Pública	-	3

Autora: Diana Andrade

Gráfico Nro. 2.- Clases de conflictos la Mediación y/o el Arbitraje



Autora: Diana Andrade

En este gráfico notamos claramente que los temas más de carácter social (niñez, adolescencia, laboral y civiles) son temas más asequibles a la Mediación. No olvidemos que se puede mediar toda cuestión que tenga que ver con materia transigible y en nuestro estudio hemos visto con precisión los temas que no se pueden mediar. A excepción de estos últimos, diremos que todos los demás son asuntos mediables.

Seguramente los temas un poco más complejos, como: temas de tránsito (en donde no hay muertos) se puede mediar (asuntos de daños materiales y personales, que no tengan grados mayores de discapacidad); en materia del Consumidor no hay inconveniente mediar; cuestiones de herencias; litigios de tierras y otros no hay inconvenientes. Tenemos más bien que abrir la gama de asuntos mediables, como los penales en asuntos privados y otros.

PREGUNTA Nro. 3

¿Qué Principios Constitucionales se aplican en Mediación? Anote un porcentaje de 1 a 20. ¿Por qué?

Cuadro N° 3.-Principios Constitucionales se aplican en Mediación

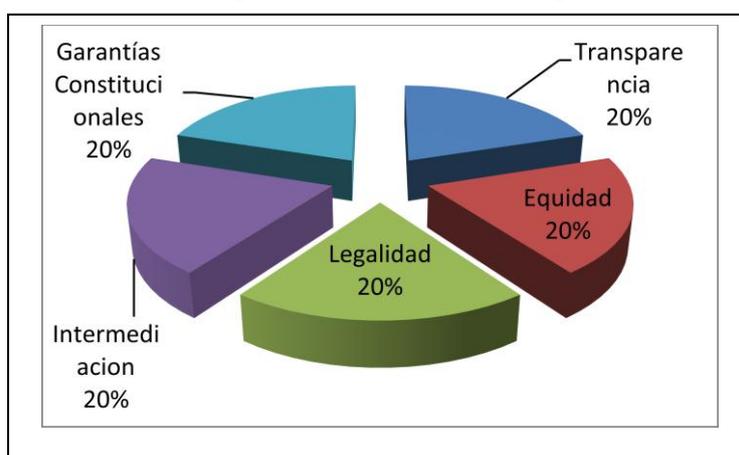
f. Transparencia	-	6
g. Equidad	-	6
h. Legalidad	-	6
i. Intermediación	-	6
j. Garantías constitucionales	-	6

Autora: Diana Andrade

Porque:

- Porque los acuerdos se dan entre las partes frente a frente.
- Porque son las partes jueces de sí mismos que se obligan a cumplir.
- Porque no hay influencias externas de ninguna clase.

Gráfico Nro. 3.- Principios Constitucionales se aplican en Mediación



Es interesante los resultados de este gráfico, son los principios constitucionales más controversiales los que se hacen presentes en un arreglo de conflictos a través de la Mediación. Se nota una equidad de uso de mencionados principios y en la realidad es así: transparencia se da en todo el proceso llevado a efecto en Mediación, desde que se recibe a trámite hasta la firma de ellos. La equidad las partes lo deciden; todo es legal (no hay badplay); en la audiencia y fuera de ella las partes y el mediador no hace más que tratarse de frente; hay garantía constitucional.

PREGUNTA Nro. 4

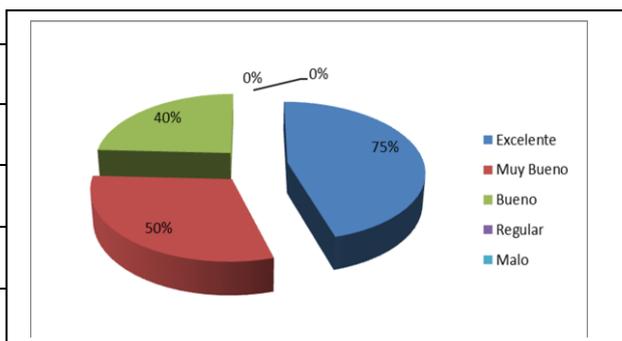
¿Cuáles son los porcentajes, apreciativamente, de arreglos en Mediación y Arbitraje a diferencia de la Justicia Judicial? ¿Por qué?

Cuadro N° 4.- Porcentajes arreglos en Mediación y Arbitraje a diferencia de la Justicia Judicial

Gráfico Nro. 4 .- Porcentajes arreglos en Mediación y Arbitraje a diferencia de la Justicia Judicial

a. Mediación y Arbitraje:

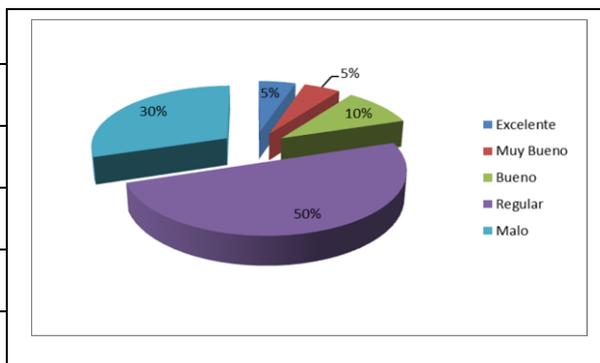
<input type="radio"/> Excelente - De 75%
<input type="radio"/> Muy Bueno- De 50%
<input type="radio"/> Bueno - de 40%
<input type="radio"/> Regular - 0%
<input type="radio"/> Malo - 0%



Autora: Diana Andrade

Justicia Judicial

<input type="radio"/> Excelente - 5 %
<input type="radio"/> Muy Bueno - 5 %
<input type="radio"/> Bueno - 10%
<input type="radio"/> Regular - 50%
<input type="radio"/> Malo - 30%



Autora: Diana Andrade

Porque:

- Ahorra tiempo
- Bajo costo
- Mecanismo totalmente legal
- El efecto es como en el juzgado, se obtiene una sentencia, pero muchísimo más rápido, amistosamente, totalmente económico.
- Se da fin al conflicto y se mantiene la amistad.

No hay nada que hacer, la gran mayoría de encuestados advierten el excelente y muy buen servicio y resultado que se obtiene a través de la Mediación. Esperemos que en la práctica sea así. Hay preferencia por la Mediación antes que por vía controversial o justicia judicial.

PREGUNTA Nro. 5

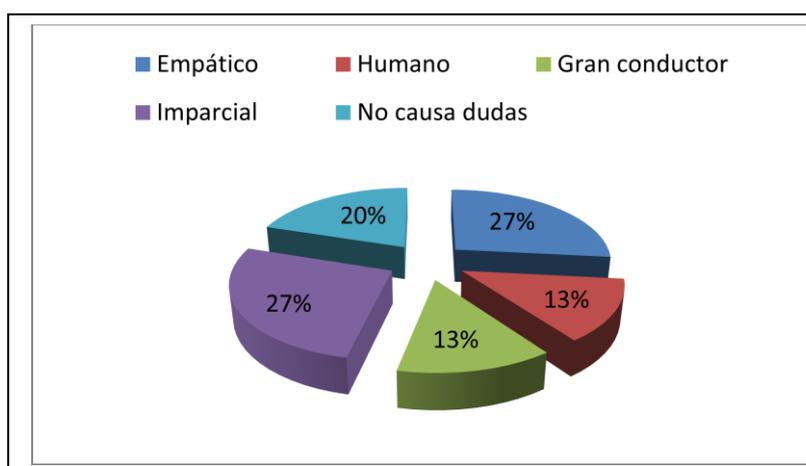
¿Dé un porcentaje de 1 a 20 a las cualidades que se anota y que debe poseer el Mediador y que a veces no se encuentra en el operador de justicia tradicional?

Cuadro Nro. 5.- Cualidades que se anota y que debe poseer el Mediador

• Empático, conocedor de varios temas	-	8
• Humano	-	4
• Gran conductor de la audiencia	-	4
• Plenamente imparcial	-	8
• No debe causar dudas en la dirección de la Audiencia de mediación	-	6

Autora: Diana Andrade

Gráfico Nro. 5.- Cualidades que se anota y que debe poseer el Mediador



Autora: Diana Andrade

Es de advertir que lo que no se encuentra cuando se busca resolver un caso a través de la Función Judicial, se encuentra en un Centro de Mediación, que es justamente que el juzgador tenga esa altura de servicio a los usuarios. En Mediación a más de ser el mediador un servidor de la justicia de forma empática, con trato humano sea un motivador y conductor de la audiencia ya que, básicamente, de esto depende que se llegue a los acuerdos; su imparcialidad no debe causar un grado de duda en todo su proceder. Si estas cualidades encontraríamos en los operadores de justicia, seguro que nuestra justicia estuviese en otra situación, valdría la pena acogerse a ella, pero deja mucho que desear.

PREGUNTA Nro. 6

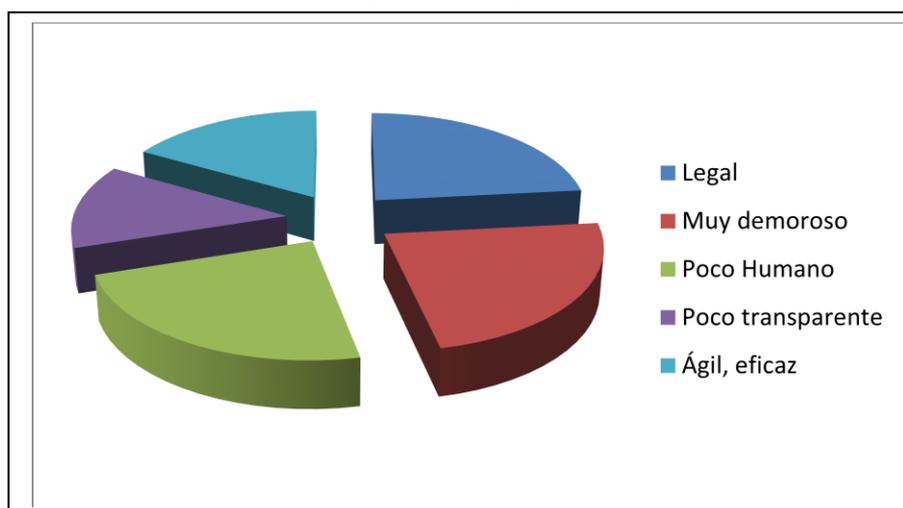
¿Qué garantía legal y social proporciona una sentencia dictada por un operador de justicia? Valore con un porcentaje de 1 a 20 los siguientes parámetros.

Cuadro Nro. 6.- Garantía legal y social proporciona una sentencia dictada por un operador de justicia

• Se basa en un soporte legal	-	7
• Muy demoroso y costoso	-	7
• Poco humano, con desgastes de toda índole	-	7
• Poco transparente y poco confiable	-	4
• Ágil, eficaz y efectivo	-	5

Autora: Diana Andrade

Gráfico Nro. 6.- Garantía legal y social proporciona una sentencia dictada por un operador de justicia



Autora: Diana Andrade

Considerando el gráfico, diremos que el operador de justicia se ajusta a lo legal y eso es todo, no hay esa informalidad ética y visión de captar lo que desean las partes, a quienes más bien se las impone la decisión de un tercero, muchas veces, nada imparcial y alejado al deseo común de las partes, como sucede en Mediación. Justicia Formal demorosa, costosa, poco transparente y de agilidad y eficacia con un puntaje desalentador. Con esta justicia más bien se ha fomentado el desequilibrio social. Nada Humana.

PREGUNTA Nro. 7

¿Valore de 1 a 100 la garantía legal y social que proporciona la mediación, una vez que se ha firmado el Acta de Mediación? ¿Por qué?

Cuadro Nro. 7.- Garantía legal y social que proporciona la mediación

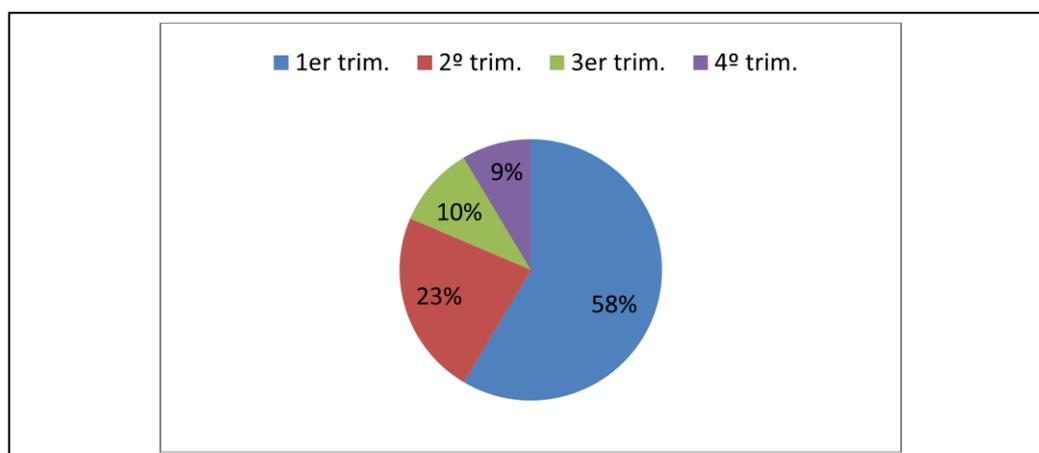
a. Excelente	65
b. Muy Buena	25
c. Buena	10
d. Regular	0
e. Mala	0

Autora: Diana Andrade

Porqué:

- El Acta de Mediación tiene el mismo resultado de una sentencia de última instancia y de cosa juzgada y se ejecuta del mismo modo que cualquier sentencia, en vía de apremio.
- Hay un aporte humanístico ya que la dignidad de las partes no se resquebrajan.
- Hay respeto mutuo en una sala de mediación, ya que en todo su proceso las partes tratan de dar lo mejor de sí, son colaborativas.

Gráfico Nro. 7.- garantía legal y social que proporciona la mediación



Autora: Diana Andrade

La garantía legal que se encuentra en las resoluciones en Mediación, tiene acogida entre los encuestados, aunque hay casos en los cuales tal vez el desconocimiento del efecto de la firma de un Acta de Mediación, con carácter de Sentencia Ejecutoriada y Cosa juzgada es la que todavía causa dudas, pero más bien por desconocimiento de lo que prescribe la ley, en este caso la LAYM.

PREGUNTA Nro. 8

¿Dé un porcentaje de 1 a 20 los elementos esenciales que se utiliza en Mediación que orientan a las partes para llegar a los acuerdos? ¿Por qué?

Cuadro Nro. 8.- Elementos esenciales que se utiliza en Mediación que orientan a las partes

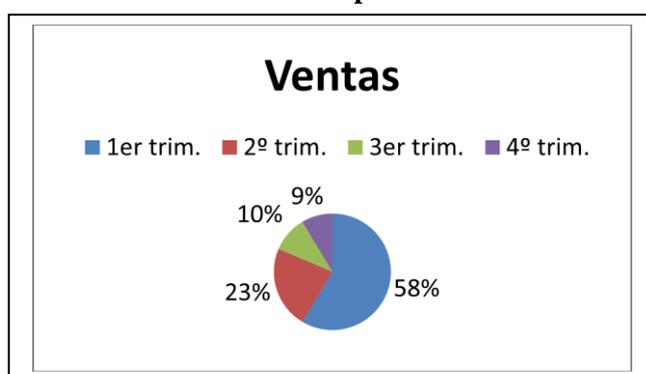
a. Diálogo frontal y abierto	-	6
b. Empatía entre los asistentes a la audiencia	-	6
c. Confidencialidad total	-	6
d. Ambiente adecuado y cordial	-	6
e. Sentencia de última instancia	-	6

Autora: Diana Andrade

Por qué:

- El diálogo o conversación en la conciliación es elemento básico, gracias a esta herramienta los seres humanos podemos intercambiar una con otras: ideas, situaciones, anhelos, intereses, etc.
- El diálogo permite disentir, comprender y sensibilizar a la otra parte para disminuir el conflicto y llegar a un acuerdo.
- El diálogo pone a las partes en una situación dialéctica de oposición, pero también en una especie de búsqueda de una solución.

Gráfico Nro. 8 .-Elementos esenciales que se utiliza en Mediación que orientan a las partes



Autora: Diana Andrade

El cuadro y gráfico encontramos la apetencia a la Mediación por sus características de frontalidad en todo su proceso, que además se resuelven los problemas con mucha cordialidad y hasta amistad, salvo ciertos casos en los cuales hay resentimientos profundos o no acatan lo que sus conciencias los dicta, sino que están a lo que les dice su asesor. El agrado de los acuerdos a través de un Acta de Mediación también nace del conocimiento de casa juzgada y de última instancia, sin que se puede ni apelar ni solicitar nulidad.

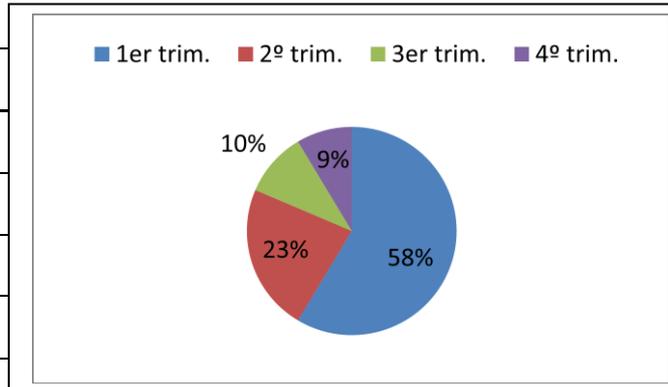
PREGUNTA Nro. 9

¿Qué porcentaje de 1 a 100 le asignaría a los parámetros que a continuación anotamos, en Mediación y Arbitraje y en Justicia Formal, para que en caso de que tendríamos que recomendarle a una persona en conflicto con otra tenga que escoger? ¿Por qué?

**Cuadro Nro. 9.- Mediación , . Justicia Judicial
Gráfico Nro. 9.- Mediación , . Justicia Judicial**

a. Mediación:

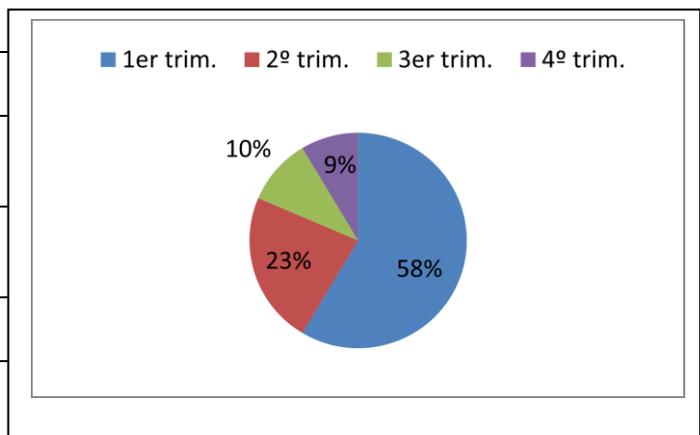
<input type="radio"/>	Excelente - 70%
<input type="radio"/>	Muy Bueno- 25%
<input type="radio"/>	Bueno - 5%
<input type="radio"/>	Regular - 0%
<input type="radio"/>	Malo - 0%



Autora: Diana Andrade

b. Justicia Judicial

<input type="radio"/>	Excelente - 5 %
<input type="radio"/>	Muy Bueno - 5 %
<input type="radio"/>	Bueno - 10%
<input type="radio"/>	Regular - 50%



Malo Porque:

- ❖ Ahorra tiempo
- ❖ El costo es muy inferior
- ❖ No hay agresiones
- ❖ Es legal
- ❖ Se practica la empatía.

Autora: Diana Andrade

Son claros los motivos que una persona tendría que recomendar a otra para cuando tenga que recurrir a la justicia, sería a un Centro de Mediación por todas esas bondades expuestas en el por qué.

PREGUNTA Nro. 10

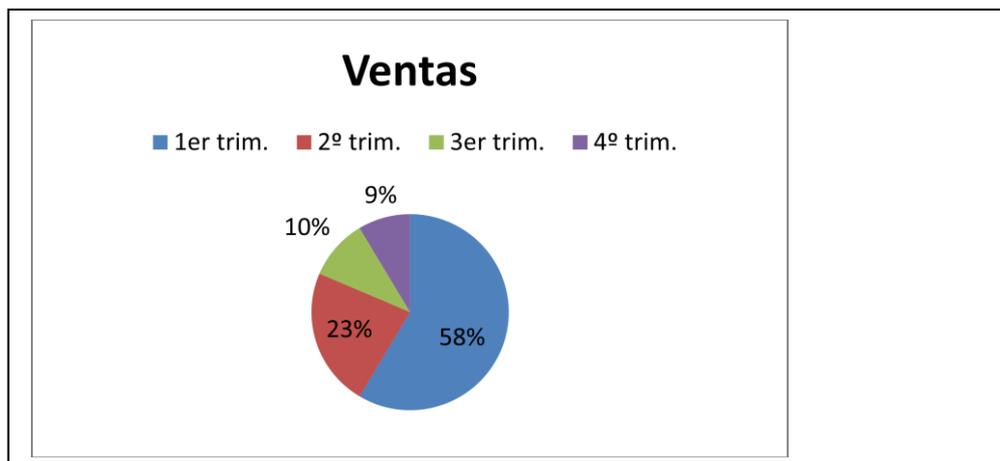
Anote un porcentaje de 1 a 20 en estas sugerencia del porqué emplear la mediación y el arbitraje en vez de la Justicia Formal? ¡Diga por el porqué de su porcentaje!

Cuadro N° 10 .- Emplear la mediación y el arbitraje en vez de la Justicia Formal

• Excelente	-	65%
• Muy Bueno	-	25%
• Bueno	-	10%

Autora: Diana Andrade

Gráfico Nro. 10 .- emplear la mediación y el arbitraje en vez de la Justicia Formal



Autora: Diana Andrade

Porque:

- Es constitucional y su sentencia ejecutable sin inconvenientes.
- No es un asunto que se hace público, es secreto. Es mejor.
- No se demora mucho en sus arreglos. Los problemas se solucionan rápidamente.
- Hay totalmente disminución de energía, de lo económico y de tiempo.
- Luego de los arreglos se mantiene la amistad.

Al respeto de los indicadores de este cuadro, diremos que los tres parámetros de Excelente, Muy Bueno y Bueno se hacen presentes, no asomando ningún porcentaje de Regular y Malo en las consideraciones hechas al respecto de la Mediación. Esto es que en mediación no hay efectos regulares y peor malos.

CONCLUSIONES

Al terminar esta investigación, podemos concluir manifestado lo siguiente:

1. La Mediación es un sistema, método, arte, etc., de actualidad, eficiente y eficaz para resolver controversias casi de toda índole, exceptuando los delitos penales públicos graves, crímenes de lesa humanidad, casos en los que se atenten contra los derechos humanos, situaciones que vayan en contra de los derechos adquiridos de niños, niñas y adolescentes, de trabajadores y otros especificados por la Ley. A diferencia de la justicia judicial, vela más que ésta por los más grandes principios constitucionales: trato justo, transparencia, equidad, oportunidad, rapidez, eficacia, costos mínimos, debido proceso, con intermediación, etc., que son dados con valor agregado ya que a toda persona se le da atención cordial, afectiva, sincera, alegre, con respeto y alegría, sin trampas y limpiamente .
2. Entre la ciudadanía deben ser socializados los MASC (Conciliación, transacción, Mediación, Arbitraje y todas las formas de arreglos de conflictos de modo amistoso y pacífico – asistidos por un amigable componedor, mediador, árbitro o juez de paz -) de suerte que cuando tenga una controversia de cualquier índole, con cualquier persona, primero acuda a un centro de arreglo pacífico y luego, por excepción lleguen a la justicia formal (jueces, comisarios, etc.). Para esto habrá que tomar en cuenta los modernos descubrimientos del talento humano. Creemos que los seres humanos sí somos capaces de hacer uso de nuestras cualidades humanas (buen sentido, inteligencia racional, sentimientos nobles, creencia que sí podemos, poner en práctica el juego limpio, convencimiento que el otro es semejante a mi y entre los dos sí podemos dialogar y solucionar los inconvenientes y buscar objetivos y metas comunes.
3. La Mediación es un método de solución de conflictos con plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, siendo utilizado por el sector privado y por el sector público. (La diferencia entre materia transigible privada y pública es la nota que distingue entre los dos sectores. En el primer caso lo que claramente distingue es lo renunciabile, lo transigible; en definitiva, lo mediable. En materia pública lo que le corresponde al Estado no es transable; lo transable sería en

cuanto al tiempo de cumplimiento de la obligación y la forma de cumplir, por ejemplo. Aquí el Estado no renuncia nada, ya que vela por el dinero y los bienes del pueblo (de todos nosotros).

4. En Mediación se puede hacer todo, excepto lo que prohíbe la Ley. En otras palabras, lo que no permite la Ley no hay como realizar acuerdos de mediación. Entonces, diremos que es transigible aquello que es renunciable, mediable, transable.
5. El sector público comprende lo dispuesto en el Art. 227 de la Constitución de la República del Ecuador y hay que considerar que posee sus características propias por su naturaleza. Primeramente ostenta prerrogativas propias de la administración y ejercita su actuación por medio de potestades, dándole así ventajas sobre los administrados, mismas que están justificadas por su búsqueda del Bien Común. Esto hace que el Estado gobierne por principios, de suerte que no puede actuar por mera discrecionalidad. Así frente a la Mediación el sector público no procede como en el sector privado. La capacidad de mediar, entonces, se encuentra condicionada a sus principios y a la Ley.
6. En materia administrativa, hay un desmedro del concepto de Mediación, no se puede mediar sobre hechos plenamente controvertidos; los funcionarios públicos, si se da la Mediación, sólo podrán consensuar el o los acuerdos para la efectividad de los derechos de los particulares.
7. No es nuestra aspiración que desaparezcan los Juzgados y Cortes, lo que se desea es que ellos sean el ejemplo de la práctica de los grandes principios constitucionales de una justicia moderna, democrática y constitucional, como lo indica nuestra Carta Magna y que bien los señala también el Código orgánico de la Función Judicial. ¡Qué se espera! Oímos a diario que la justicia tiene influjos y jugueteos políticos, que se inclina al mejor postor, que no deciden quienes son los verdaderos encargados de juzgar, que las decisiones favorecen a quien no debía perder y perjudican a quien debía ganar.

8. Con los datos obtenidos en nuestra encuesta, a través del cuestionario, vemos claramente que hay una gran diferencia y distancia entre los arreglos que se dan en los Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos – en especial en Mediación – que por medio del sistema de la Justicia Formal, Tradicional o Judicial.

9. Tal vez, la falta de promoción efectiva a los Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos y, en nuestro caso, a la Mediación ha hecho que no tenga el uso suficiente los arreglos amistosos entre la ciudadanía, que aún cree que con acudir a la Justicia Ordinaria se terminan los problemas en todo sentido.

- 10.** Nuestra investigación da un resultado, con porcentajes altos, a favor del empleo de la Mediación y Arbitraje, pues, los beneficios de ésta son múltiples, como apreciamos en nuestro cuestionario (ahorro de tiempo, dinero, desgaste de energías, además de que el sistema demuestra en todo momento la un procedimiento más que sumarísimo, debido proceso, transparencia, excelencia y de todos los principios constitucionales, pero también pone de su cosecha el valor agregado constituido en bondad, amistad, empatía, solidaridad, gentileza, etc.

RECOMENDACIONES

1. Planificar para que si queremos tener una nueva generación de hombres y mujeres más respetuosos de la dignidad humana, consensuales, practicantes del ejercicio diario de los derechos individuales y sociales, buscadores de soluciones rápidas y racionales, de procedimientos solidarios, de fines y metas comunes sigamos el buen ejemplo de países que han hecho de la educación de calidad el pilar de su desarrollo. Entendiendo que no es sólo de la educación que se imparte en los establecimientos educativos, sino y ante todo en el hogar y a través de lo que se imparte en los medios de información masivos, pensando que la responsabilidad es de todos.
2. Promover para que una audiencia de mediación tenga su eficacia esperada concurren todos los interesados en el conflicto y esto tanto para el sector público como privado; para el primero sería que los funcionarios públicos que en ejercicio de sus competencias tienen que ver en el acuerdo, como en el caso de la Procuraduría General del Estado y otras, según el caso, estén llamadas a pronunciarse, para lo que se requiere la autorización respectiva y para el segundo grupo sería ideal que comparezcan a más de los involucrados inmediatos todos quienes puedan abonar con datos esenciales y así dar soluciones rápidas y eficaces.
3. Fomentar los MASC - la Conciliación y la Mediación - en escuelas, colegios, universidades, comités barriales, asociaciones de comerciantes, de profesionales, círculos deportivos, empresas de trabajadores, círculos de amigos, entre paganos y creyentes, entre niños (as), jóvenes, adultos, de la tercera edad, entre buenos y malos, etc., para que el ambiente agresivo social vaya cambiando a una sociedad más tolerante y consensual, que tanto lo requiere y exijamos que se respete a todo ser humano, pues, su dignidad es su carta de presentación. Esto traerá beneficios que luego de unos pocos años tendremos una sociedad más espiritual, menos materializada y pagana. (Pagana en el sentido de proclamación de ídolos ajenos a nuestros grandes valores individuales y sociales (dinero, personas de mala vida que asoman como modelos y ejemplos de nuestros hijos, ideas egoístas que van contra la dignidad humana y que obnubilan el pensamiento y el

alma, discursos e ideas de doble moral y contenido con intenciones cargadas de odio y oportunismo).

4. Poner en evidencia la importancia de las bondades de los MASC, y denunciar el accionar tibio de nuestros gobernantes en la socialización de los mismos, siendo este proceder uno de sus pecados capitales, pero también de la sociedad misma por no hacer uso de esa herramienta que Dios o la naturaleza nos ha dado, que es el saber conversar, dialogar y así terminar nuestros litigios, pero por caprichosos ponemos más bien en manos de personas ajenas y desconocidas y con interés particulares para que nos den resolviendo. Para muchos de nosotros es un deporte enjuiciarse por todo. ¡Cosa más absurda! Por ello nuestra recomendación a toda persona consciente y conocedora de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos solicitar a su asesor indique con sujeción a la moral haga conocer que justicia es la mejor para resolver un caso concreto.
5. Inculcar y educar a todo estudiante y profesional de todas las ramas del conocimiento humano hacia la práctica seria y diaria del contenido humano, eficiente y eficaz de los MASC, para que sean el fermento y los pilares en valores universales en toda la sociedad.
6. Llamar la atención a padres de familia, a maestros de todos los niveles y a la ciudadanía en general, porque ha llegado la hora de enseñar y poner en práctica entre nuestros hijos, estudiantes y público el hacer uso de sus capacidades comunicativas, de sus relaciones interpersonales, de su capacidad del diálogo, de su escucha activa, de esas facultades internas de hacer el bien y evitar el mal, de la práctica de los valores trascendentales que sí las tenemos todos, pero que no las hemos hecho florecer. Con el conocimiento de nuestras facultades intrínsecas de bondad y haciendo valer que los adagios “Conócete a ti mismo” o “Cambiando primeramente uno, cambia la sociedad” veremos nacer un Ecuador que realmente ponga en práctica otra ilusión que ha nacido entre nosotros, ¡Cuál es! El BUEN VIVIR.
7. Exigir la revisión de la Ley de Arbitraje y Mediación, pues, su existencia tiene va más allá de los quince años, sin tomar en cuenta que en un lapso de tiempo

así una sociedad exige una actualización inmediata. Además, que no se haya publicado el Reglamento de esta Ley nos llama enteramente la atención. Habrá que poner más empeño por parte de todos, al respecto.

8. Hacer conocer a toda la ciudadanía de la existencia de las alternativas de solución de controversias. Ya no está únicamente la justicia judicial como única forma de arreglar nuestros problemas, desde 1997 el Estado Ecuatoriano puso a disposición otras alternativas como es la Mediación o Conciliación donde las partes son sus propios “jueces”, quienes acuerdan por sí mismos comprometerse en cumplirlos y de no hacerlo se ejecutarán esos acuerdos ante el juez de la materia, con apremio, etc., pero también el Arbitraje, siendo urgente el promocionarlos por ser sistemas efectivos que no sólo disminuyen el trabajo a la función judicial, sino que enseña a la ciudadanía a vivir en paz.
9. Fomentar a través de los organismos estatales y privados la puesta en práctica de la Mediación (de los MASC en general) y así fomentar la práctica del diálogo y del consenso cuando tengamos problemas, haciendo notar que de ningún modo se contradicen éstos con el contenido esencial de Constitucionalismo puesto en práctica en nuestra querida Patria, que a lo contrario se complementan para proclamar de modo más efectivo la puesta en práctica la Filosofía del Buen Vivir.
10. Preparar a toda clase de profesionales con eficiencia en la práctica del diálogo, del empleo de los mecanismos alternativo como práctica diaria del ser y del hacer bien para llegar al ideal real de la felicidad o Buen Vivir.

CAPITULO V

5. PROPUESTA

5.1. JUSTIFICACIÓN

La novedad de este trabajo investigativo tiene algunas razones para emprenderla: cada vez hay más represión de causas en materia transigible, en la justicia ordinaria a nivel nacional, Unidades Judiciales, juzgados y cortes (pese que hay la idea y el deseo de cambio y esperemos que sea así, comenzando con el Equipo de Transición).

La **utilidad** de este trabajo por su parte tiene su razón de ser en el hecho de que de llevarse a cabo con éxito esta investigación se logrará que se esboce una solución doctrinaria y un criterio jurídico aplicable a la solución de este caso.

Los **beneficiarios** de este proyecto son en primer lugar todos los ecuatorianos que tiene derecho a aplicar la Mediación y el Arbitraje como solución de conflictos en los contratos administrativos, que tendrán una Sentencia ejecutoriada y cosa juzgada mucho más rápida.

La **utilidad práctica y teórica** de esta investigación se basa en los postulados teóricos y doctrinarios que se utilicen en este trabajo pueden servir, no solo para la entidad pública, sino para esbozar y construir una línea de investigación general destinada a fortalecer la Mediación y el Arbitraje como métodos alternativos de solución de conflictos.

La Mediación, como sistema apropiado de arreglo pacífico de conflictos, será el mecanismo eficaz del futuro, del Siglo XXI, por ello, vale la pena que la demos la importancia que se merece, más todavía si miramos el ritmo que ha tenido la justicia formal.

El tema está inmerso en el Derecho Constitucional, sólo hace falta que todos la hagamos causa nacional, autoridades y ciudadanía. Hará necesario, entonces, que la

conozcamos en qué consiste este humano sistema de hacer justicia, cómo se lo accede, cuál es su procedimiento, su efecto legal, el alcance del no cumplimiento de los acuerdos a los que llegan las partes en una audiencia de mediación, es decir, todo su procedimiento, para evaluar el alcance que este método o sistema conlleva en sí.

¿Qué puede haber más valioso en este mundo que vivir en paz? ¿Acaso la Negociación, la Mediación, el Arbitraje y otros Medios Alternativos no producen efectos más trascendentales con la terminación de los conflictos, tales como: el poder trabajar en paz, el poder emprender realizaciones a un corto tiempo, poder planificar, disfrutar del tiempo, etc.?

Hasta la presente fecha, diremos que el Siglo XX fue el Siglo de la Tecnología, del desarrollo, no sólo económico, sino también de nuevos inventos y descubrimientos, uno de ellos, por ejemplo, el de la comunicación; pero no fue así en cuanto al desarrollo espiritual y humano de hombres y mujeres de este querido planeta. La parte moral, la afectividad positiva, la parte íntima y de consciencia no se han logrado desarrollarlas y esto ocasiona grandes pérdidas no sólo económicas y de tiempo, sino también de credibilidad, de honradez, de seguridad, de incumplimiento, de engaño y de injusticia.

¿A quién no le va a interesar rescatar la dignidad del ser humano y más aún de la persona que ha caído en desgracia y ha sido sentenciado? Si bien es cierto que no se puede atender todos los conflictos a través de Mediación, tampoco se puede considerar que hay seres humanos de niveles superiores y de niveles inferiores. Lo que hay es seres humanos con más dinero y con menos dinero, unos más audaces y otros más solidarios y humanos. Es justo el principio de equidad el que pone en juego en la justicia tradicional, en cambio se hace presente en Mediación de modo eficaz.

Es la práctica de los derechos humanos universales, la dignidad de las partes en litigio, la celeridad, la transparencia, la legalidad, la equidad, el principio de que todos somos seres humanos, etc., es lo que se rescata y se efectiviza con este hermoso sistema alternativo de solución de conflictos del que estamos hablando.

En la Justicia Formal el uso de la herramienta de comunicación que es el diálogo es mínimo y más bien es cerrado, en cambio en Mediación el manejo del lenguaje es esencial y esto produce que entre seres humanos nos demos la oportunidad de

conversar, de intermediar, de dialogar mirándose cara a cara, de exponer lo que pensamos, de expresar lo que sentimos y de arreglar nuestros intereses pensando una mutua satisfacción. No hay aquí envidia, odio, rencor y un tercero que nos dé arreglando nuestras controversias, que diga lo que tenemos que hacer y que ante su decisión nada podemos hacer, sino acatar.

No nos queda otra que si queremos cambiar la realidad tenemos que interpretar o entender correctamente Nuestra Constitución, pero también requerimos de una actitud progresista y una buena voluntad de los operadores de justicia y de todos quienes formamos parte del quehacer jurídico, como es el caso de jueces de paz, como también los Mediadores, Árbitros y Negociadores.

5.2.OBJETIVO

5.2.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar si la aplicación de la Mediación y el Arbitraje como Métodos Alternativos de solución de conflictos en los contratos administrativos son eficaces y eficientes en los contratos administrativos, utilizando sus principios, las técnicas de interpretación y los métodos constitucionales en beneficio al sistema judicial.

5.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Situar a la Mediación y al Arbitraje como paso previo obligatorio a la Justicia Formal, aplicando sus bondades dentro de los contratos administrativos.
- Destacar la cultura de paz y de diálogo, de negociación como sinónimo de Mediación, para el arreglo de las diferencias entre las partes que se encuentran en conflicto, como prototipo de sistema adecuado y humano como objetivo del Derecho Constitucional.
- Diseñar una propuesta de reforma jurídica encaminada a que todo proceso en materia transigible se ventile obligatoriamente en primer lugar de manera extrajudicial ante los centros de mediación y dar fin a los conflictos entre las personas.

5.3. UBICACIÓN SECTORIAL Y FÍSICA

Imagen No. 1 .- Centro de Mediación del Ilustre Colegio de Abogados de Pichincha



5.4. MAPA

Imagen No. 2: Ciudad de Quito

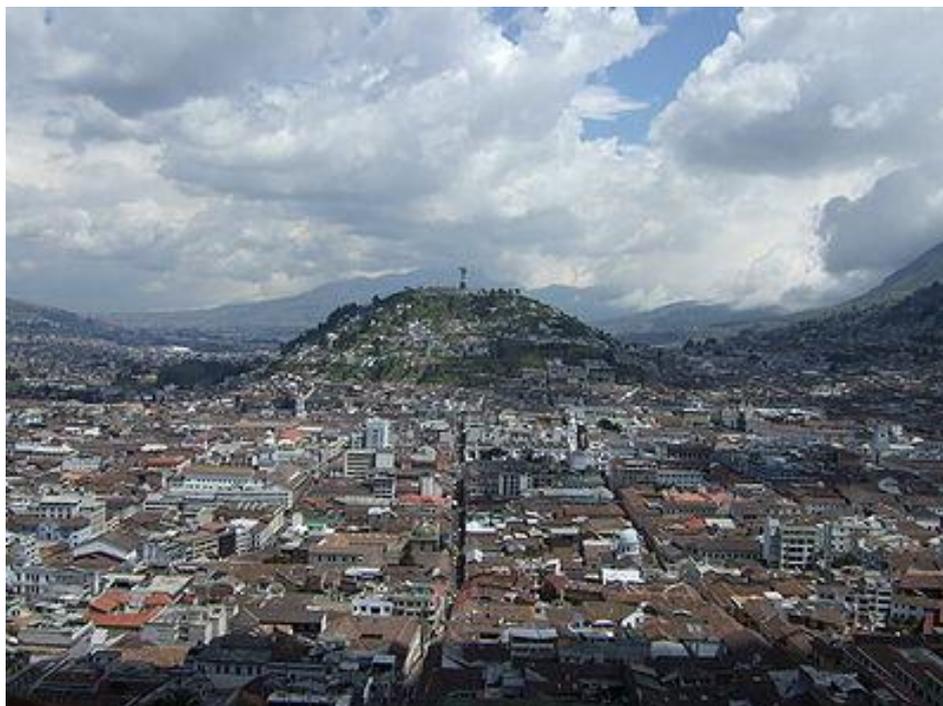
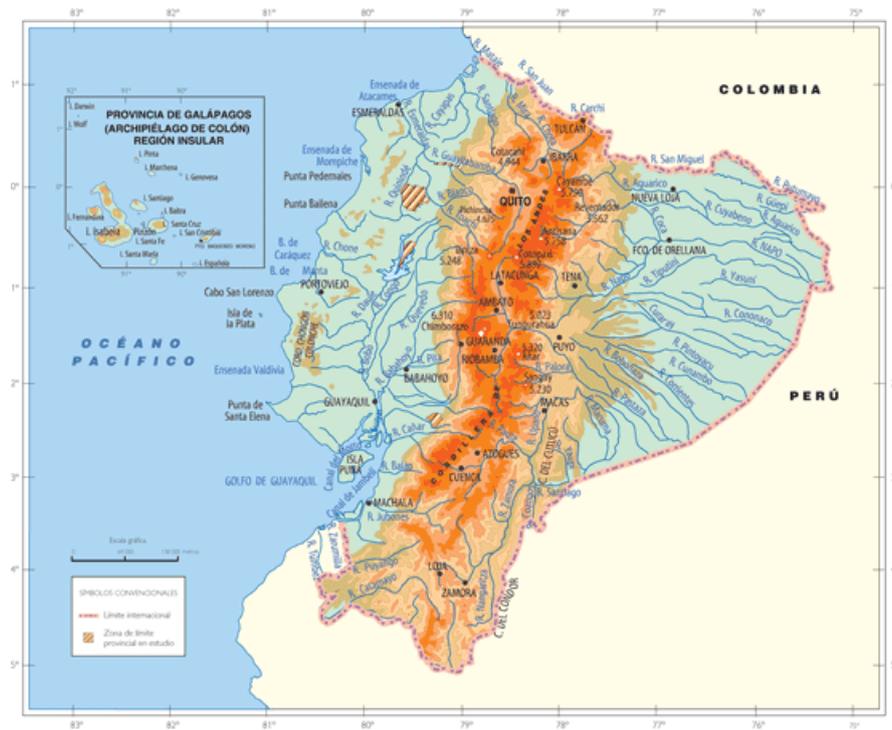


Imagen No. 3: Mapa del Ecuador



5.5. CARACTERÍSTICAS DE LA PARROQUIA

Ciudad de Quito, Provincia de Pichincha

5.5.1. BENEFICIARIOS

Estado y particulares

5.5.1.1. BENEFICIARIOS DIRECTOS

Estado

5.5.1.2. BENEFICIARIOS INDIRECTOS

Población en general

5.6. FACTIBILIDAD

5.6.1. FACTIBILIDAD INTERNA

Ha sido posible determinar que la factibilidad interna de la propuesta constante en mi tesis proviene específicamente de la normativa que contempla a la Mediación y el Arbitraje como Métodos Alternativos de solución de conflictos, respecto a su aplicación en los Contratos Administrativos, determinando cómo establecer claras limitaciones y requisitos que debe cumplirse para su correcta aplicación. Estos elementos son claves evidenciar y determinar que la propuesta es factible y que además cumple con los objetivos planteados, la factibilidad interna tiene estrecha relación con los beneficiarios.

5.6.2.FACTIBILIDAD EXTERNA

Es indispensable explicar que la factibilidad externa de la propuesta de mi tesis se fundamenta en la necesidad de la aplicación inmediata de la Mediación y el Arbitraje como métodos alternativos de solución de conflictos en los contratos administrativos lo que ayudará directamente en la protección de derechos tanto del Estado como de los particulares intervinientes en el mismo, no únicamente de la parte que se sienta vulnerada, generando a su vez seguridad jurídica y asentando las bases del Estado social de derechos y justicia.

5.7. DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA

5.7.1. FASES DEL PROYECTO

TablaNo. 3: Fases

FASES				
MESES	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO
PREPARACIÓN DE LA PROPUESTA	X			
ENVÍO DEL PROYECTO		X		
PRIMER DEBATE			X	
SEGUNDO DEBATE				X
APROBACIÓN				X
EVALUACIÓN DEL PROYECTO				X

Autora: Diana Andrade

5.8. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

Actividades	MAYO				JUNIO				JULIO				AGOSTO			
	Sem. 1	Sem. 2	Sem. 3	Sem. 4	Sem. 1	Sem. 2	Sem. 3	Sem. 4	Sem. 1	Sem. 2	Sem. 3	Sem. 4	Sem. 1	Sem. 2	Sem. 3	Sem. 4
Defensa de Proyecto de Titulación																
Presentación del Proyecto de Ley																
Calificación del Proyecto de Ley por parte del Consejo de Administración Legislativa																
Inicio del Tratamiento del Proyecto de Ley																
Informe de Comisión Especializada																
Primer Debate ante el pleno de la Asamblea Nacional																
Informe de Comisión Especializada para Segundo Debate																
Segundo Debate ante el pleno de la Asamblea Nacional																
Sanción u Objeción del Proyecto de Ley por parte del Ejecutivo																

Autora: Diana Andrade

5.9. PRESUPUESTO

Tabla No. 4: Cuadro de Gastos

Conceptos	Valores en dólares
Esferográficos, lápices	5,00
Carpetas	10,00
Sobres manila	5,00
Cuadernos	5,00
Copias	50,00
Textos	300,00
Movilización	200,00
Impresiones	200,00
Empastado de Tesis	200,00
Imprevistos	50,00
TOTAL	1025,00

Autora: Diana Andrade

REFERENCIAS BIBLIORÁFICAS

- Aguirre, F. (1988). *"Gramática para la abogacía"*
- Alexy, R. (1997). *"El derecho general de la libertad"*. España: Centro de estudios constitucionales.
- Andrade, I. E. (1987). *"Lenguaje, Ortografía, Redacción."*
- Barragán, R. G. (2007). *"El Constitucionalismo y la Nueva Constitución."*
- Bernal, P. C. (s/a). *"El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad comocriterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador"*. Madrid-España: Universidad de Salamanca.
- Cabanellas, G. (2006). *"Diccionario enciclopédico de derecho usual"*. Buenos Aires-Argentina: Heliasta.
- Carbonell, M. (2010). *"Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales"*.
- Cárdenas, Z. Á. (2011). *"Interpretación Constitucional, Mecanismo de sensibilización en la protección de los derechos"* Quito-Ecuador: Jurídica Cevallos.
- Carpio, M. E. (2005). *"La interpretación de los derechos fundamentales. Interpretación constitucional"*. México DF: Mac-Gregor.
- Fatone, V. (1969). *"Lógica e introducción a la Filosofía"*.
- Gottheil, J. y. (1996). *"Mediación: una transformación en la cultura."*
- Gusdorf, G. (1971). *"La Palabra"*.
- INREDH. (14 de Junio de 2009). *"Los principios de aplicación de los derechos. Serie de investigación"*. Quito, Ecuador.
- Jaidivi, N. V., & Octavio, Z. R. (2002). *"Manual práctico de mediación."*

- Linares, Q. S. (1987). *"Tratado de Interpretación Constitucional. Principios, métodos y enfoques para la aplicación de las constituciones"*. Buenos Aires-Argentina: Abelardo Perrot.
- López, R. M. (2010). *"Investigación jurídica en México. Temas, técnicas y redacción."*
- Monroy, C. M. (2002). *"La interpretación constitucional"*. Bogotá-Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Morín, E. (1998).
- Peralbo, S. R. (2006). *"El lenguaje en el periodismo de opinión"*.
- proz.com. (s/f de s/a). *"Balancing Test"*. Obtenido de www.proz.com/kudoz/english_to_s/asvertising_public_relations/641116-bal...
- Registro Oficial N°. (24 de Junio de 2005). *"Codigo Civil."* Recuperado el 2012, de www.lexis.com.ec
- Registro Oficial N° 145. (4 de Septiembre de 1997). *"Ley de Arbitraje y Mediación"*. Obtenido de www.lexis.com.ec
- Registro Oficial N° 449. (20 de Octubre de 2008). *"Constitución Política de la República del Ecuador"*. Recuperado el 2012, de www.lexis.com.ec
- Registro Oficial N° 46. (24 de junio de 2005). *"Código Civil."* Recuperado el 2012, de www.lexis.com.ec
- Trujillo, J. C. (2006). *"Teoría del Estado en el Ecuador"*.
- Vaca, A. R. (2011). *"Alternativas al ejercicio de la acción penal"*.
- Zamboninocon, C. Á. (2010). *"Interpretación Constitucional."*
- Zurita, G. E. (2001). *"Manual de mediación y derechos humanos."*

BIBLIOGRAFÍA VIRTUAL

1. <http://w.w.w.servilex.com.pe/arbitraje/paraguay/artdzpy.php> .
2. El Universo – www.eluniverso.com/2009/09/051/1355.
3. www.proz.com/kudoz/english_to_s/asvertising_public_relations/641116 - bal...
4. <http://w.w.w.servilex.com.pe/arbitraje/paraguay/artdzpy.php>.
5. El Universo – www.eluniverso.com/2009/09/051/1355.
6. www.proz.com/kudoz/english_to_s/asvertising_public_relations/641116 - bal...

ANEXOS

REGISTRO OFICIAL LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION



REGISTRO OFICIAL
ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Dr. Fabián Alarcón Rivera
 Presidente Constitucional Interino de la República

Año I -- Quito, Jueves 4 de Septiembre de 1997 -- N° 145

Teléfonos: Dirección: 212 - 564 --- Suscripción anual: s/. 378.000
 Distribución (Almacén): 583 - 227 --- Impreso en la Editora Nacional
 4.500 ejemplares -- 16 páginas -- Valor s/. 1.100

SUMARIO:

FUNCION LEGISLATIVA

LEYES:

- ✓ - Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Judicial 1
- ✓ - Ley de Arbitraje y Mediación 2

FUNCION EJECUTIVA

DECRETO:

- 447 Expídese el Reglamento a la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena 10

CONGRESO NACIONAL

Quito agosto 26, 1997
 Oficio 077 PCN

Doctor
 Roberto Granja Maya
 DIRECTOR DEL REGISTRO OFICIAL
 Presente:

Señor Director:
 Para la publicación en el Registro Oficial, remito a usted copia certificada del texto del Proyecto de LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGANICA DE LA FUNCION JUDICIAL (PARA LA CREACION DE LOS JUECES DE LA FAMILIA), que el Congreso Nacional discutió, aprobó y se ratificó a la objeción parcial del señor Presidente Constitucional Interino de la República, doctor Fabián Alarcón Rivera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política de la República.

También envió la certificación correspondiente del señor Secretario General del Congreso Nacional.

Atentamente,

f) Heinz Moeller Freile, Presidente del Congreso Nacional.

CONGRESO NACIONAL

Quito, agosto 26 1997

CERTIFICACION

Quien suscribe, SECRETARIO GENERAL DEL CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR, certifica que el proyecto de LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGANICA DE LA FUNCION JUDICIAL (PARA LA CREACION DE LOS JUECES DE LA FAMILIA) fue discutido, aprobado y ratificado en la objeción parcial del señor Presidente Constitucional Interino de la República, doctor Fabián Alarcón Rivera, de la siguiente manera:

Primer Debate: 24 10 96 Plenario de las Comisiones Legislativas

Segundo Debate: 19 03 97 Plenario de las Comisiones Legislativas

RATIFICACION:

Primer Debate: 21 08 97 Congreso Ordinario

Segundo Debate: 25 08 97 Congreso Ordinario

Atentamente,

f) Dr. J. Fabrizio Brito Morán.

CONGRESO NACIONAL

Considerando:

Que es necesario instaurar sistemas de administración de justicia en los cuales el conocimiento y la resolución de las materias se encomienden a los jueces especializados;

Que la importancia de los asuntos relativos al Derecho de Familia constantes en el Libro Primero del Código Civil y los contenidos en la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, requieren la creación de judicaturas a las que se les atribuya en forma privada la competencia sobre esos casos;

Que el artículo 126 de la Constitución Política de la República, en su inciso segundo señala que: "La Ley determina la organización, especialización y funcionamiento de las Salas de la Corte Suprema, Tribunales de lo Fiscal y Contencioso Administrativo, Cortes Superiores y demás tribunales y juzgados"; y,

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGANICA DE LA FUNCION JUDICIAL

Art. 1. A continuación de la Sección X, del Título I, incorpórese como Sección XI una que diga: "De los Jueces de la Familia", la cual contendrá los siguientes artículos innumerados:

"Art. Innum. En cada provincia habrá el número de jueces de familia que determine la Corte Suprema.

La Corte determinará además el lugar de residencia del Juez, su jurisdicción territorial y la estructuración funcional del juzgado".

"Art. Innum. Para ser Juez de la Familia se requieren los mismos requisitos que la Ley exige para los jueces de lo civil".

"Art. Innum. Los jueces de la familia conocerán y resolverán en primera instancia las siguientes causas:

1. Sobre las materias del Código Civil, comprendidas desde el Título del Matrimonio hasta el correspondiente a la Remoción de los Tutores y Curadores, inclusive; y,
2. Las que se refieren a las uniones de hecho, en base a lo previsto en la Ley que las regula.

Para el caso de la segunda instancia se acudirá a la Corte de Justicia del distrito correspondiente".

"Art. Innum. Será además de la competencia de los jueces de la familia las materias contempladas en la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, sin perjuicio de la competencia de los comisarios de la mujer y la familia, de los intendentes, comisarios nacionales y tenientes políticos de las localidades donde no existan los referidos jueces".

"Art. Innum. El servicio de apoyo de las comisarias de la mujer, así como el servicio judicial de menores podrán ser utilizados por los jueces de la familia".

"Art. Innum. Si se aplicaren las medidas de amparo previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 13 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, el Juez fijará la pensión correspondiente que, mientras dure la medida de amparo, deberá satisfacer el agresor, tomándose en cuenta las necesidades de subsistencia de las personas perjudicadas por la agresión".

Art. 2. Las secciones subsiguientes a la número XI, del Título I, que crea, corresponderán a los números del XII al XVI.

Art. 3. En el numeral primero del artículo 23 de la Ley, agréguese después de: "... de lo civil", "... de la familia".

Art. 4. En el inciso primero del numeral 10 del mismo artículo 23, añádase luego de: "... de lo civil", "... de la familia".

Art. 5. Añádase a las disposiciones transitorias otra que diga:

"Los procesos a los que se refiere el artículo Innum. ... y que se encontraren en trámite en los Juzgados de lo Civil, serán remitidos a los jueces de la familia, una vez que hayan sido designados y posesionados. Lo mismo harán los titulares de las comisarias nacionales, intendentes y comisarias de la mujer y la familia respecto de las causas de su competencia de acuerdo a la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia".

DISPOSICION FINAL- La presente Ley Reformatoria entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Congreso Nacional del Ecuador, a los veinticinco días del mes de agosto de mil novecientos noventa y siete.

f.) Dr. Heinz Moeller Freile, Presidente del Congreso Nacional.

f.) Dr. J. Fabrizio Brito Morán, Secretario General del Congreso Nacional.

CONGRESO NACIONAL.

Certifico: Que la copia que antecede es igual a su original que reposa en los archivos de la Secretaría General.

Día: 29 de agosto de 1997. Hora: 4 P.M.

f.) Ilegible, Secretaría General.

CONGRESO NACIONAL

Quito, 26 de agosto de 1997
Oficio 076 PCN

Doctor
Roberto Granja Maya
DIRECTOR DEL REGISTRO OFICIAL
Ciudad

Señor Director:

Para la publicación en el Registro Oficial, remito a usted copia certificada del texto de la LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION, que el Congreso Nacional, discutió, aprobó y se allanó a la objeción parcial del señor Presidente Constitucional Interino de la República, doctor Fabián Alarcón Rivera, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política de la República.

Además envío la certificación del señor Secretario General del Congreso Nacional.

Atentamente,

f.) Dr. Heinz Moeller Freile, Presidente del Congreso Nacional.

Quito

Quien
NACI
MEDI
parcia
Repúb
maner:

Prime

Segun

Allana

Atentan

f.) Dr. J.

En ejerc
expide la

Art. 1.- E
solución d
mutuo acu
existentes
de arbitraje
conformare

Art. 2.- El
sujeción a e
por un Cen
realiza conf
Ley.

Art. 3.- Las
equidad o e
equidad.

el laudo d
anarán conl
principios
que ser

el laudo d
serán atene
nacho, a la j
otros deber

CONGRESO NACIONAL

Quito, 26 de agosto de 1997

CERTIFICACION

Quien suscribe, SECRETARIO GENERAL DEL CONGRESO NACIONAL, certifica que la LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION fue discutida, aprobada y allanada a la objeción parcial del señor Presidente Constitucional Interino de la República, doctor Fabián Alarcón Rivera, de la siguiente manera:

Primer Debate:	97 May. 08	Período Extraordinario
Segundo Debate:	97 May. 12 97 Jun. 04 y 10 y 97 Jul. 08	Plenario de las Comisiones Legislativas
Allanamiento:	97 Ago. 21	Período Ordinario

Atentamente,

f.) Dr. J. Fabrizio Brito Morán.

EL CONGRESO NACIONAL

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION

TITULO I

DEL ARBITRAJE

Validez del Sistema Arbitral

Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

Arbitraje administrado o independiente

Art. 2.- El Arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley.

Arbitraje de equidad o derecho

Art. 3.- Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.

Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados.

Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados.

Capacidad para acudir al Arbitraje

Art. 4.- Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;

La relación jurídica al cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,

El convenio arbitral, por medio del cual la Institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha Institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral.

Definición de Convenio Arbitral

Art. 5.- El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje.

La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral.

No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él.

Otras formas de someterse al arbitraje

Art. 6.- Se entenderá que existe un Convenio Arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al Arbitraje.

Art. 7.- El Convenio Arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.

Renuncia al Convenio Arbitral

Art. 8.- Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando, presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, en el tiempo de proponer excepciones, la de existencia de convenio arbitral. El órgano judicial respectivo deberá sustanciar y resolver esta excepción, de haberse propuesto, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya comunicado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriada el auto dictado por el Juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales.

Medidas cautelares

Art. 9.- Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo.

La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a Juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.

Demanda arbitral

Art. 10.- La demanda se presentará ante el director del centro de arbitraje correspondiente o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio. La demanda contendrá:

1. La designación del centro o del árbitro ante quien se la propone;
2. La identificación del actor y la del demandado;

3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión;
4. La cosa, cantidad o hecho que se exige;
5. La determinación de la cuantía;
6. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y,
7. Los demás requisitos que la Ley exija para cada caso.

Se deberán, además, cumplir los requisitos señalados en el artículo 72 del Código de Procedimiento Civil. A la demanda se acompañará necesariamente el instrumento en que conste el respectivo convenio arbitral o copia auténtica de éste.

Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda.

Citación y contestación de la demanda arbitral

Art. 11.- Presentada la demanda, el director del centro de arbitraje, o si fuere el caso, el árbitro o árbitros independientes previa su posesión conforme lo establecido en el artículo 17, calificarán la demanda y mandarán a citar a la otra parte, debiendo practicarse la diligencia de citación dentro de los cinco días subsiguientes, concediéndole el término de diez días para que conteste con los mismos requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil para la contestación de la demanda. Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias, que justifiquen lo aducido en la contestación.

El silencio se considerará como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. Si al actor le fuere imposible determinar el domicilio del demandado, la citación se hará mediante dos publicaciones en un diario de amplia circulación en el lugar en donde se sigue el arbitraje y en el domicilio del demandado. Si el demandado no compareciere en el término de diez (10) días después de la última publicación, este hecho se tendrá como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. La imposibilidad de determinación del domicilio del demandado deberá justificarse con arreglo a las normas del Código de Procedimiento Civil.

Art. 12.- Si el demandado tuviere su domicilio fuera del lugar de arbitraje, se le concederá un término extraordinario para que conteste la demanda, el que no podrá exceder del doble del ordinario.

Al contestar la demanda, el demandado podrá reconvenir exclusivamente sobre la misma materia del arbitraje siempre cuando su pretensión pueda, conforme al convenio arbitral, someterse al arbitraje.

En este caso se concederá al actor el término de diez días para que conteste la reconvenición.

A la reconvenición y su contestación se deberá adjuntar pruebas y solicitar las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en éstas.

Art. 13.- El contestar la demanda, el demandado tendrá el término de diez días para que conteste la demanda, el que no podrá exceder del doble del ordinario.

Art. 14.- compare que el ar

Art. 15.- reconven... árbitros... hora pa... procurar... intervenir... concurrir... efectuará... director d... quien escu... los docum... acuerdo qu... en un acta... partes y... realizadas... mediación... sentencia e... mismo mod... la vía de ap... alguna ni se

Si concurrie... notará la... rebeldía, lo... costas.

Art. 16.- De... mediación, el... partes la lista... en el término... que deban inte

os acuerdos p... mediación... artículo anterio

as partes, de... era de la lista... as partes podr... solo árbitro... drá su altern

las partes no... ritros o no se... por sorteo, ...ificará a las p... ale y ante el p

Modificación de la demanda o contestación

Art. 13.- Las partes podrán modificar la demanda, la contestación a ésta, la reconvencción a la demanda, o la contestación a ésta, por una sola vez, en el término de cinco días luego de presentada cualquiera de éstas. Las partes tendrán el término de tres días para contestar cualquiera de las modificaciones, en cuyo caso no correrán los términos que estuvieren transcurriendo.

Art. 14.- Si el demandado, una vez citado con la demanda no compareciere al proceso, su no comparecencia no impedirá que el arbitraje continúe su curso.

Audiencia de Mediación

Art. 15.- Una vez contestada o no la demanda o la reconvencción, el director del centro de arbitraje o el árbitro o árbitros independientes notificarán a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación a fin de procurar un avenimiento de las partes. En la audiencia podrán intervenir las partes, sus apoderados o representantes y podrán concurrir con sus abogados defensores. Esta audiencia se efectuará con la intervención de un mediador designado por el director del centro de arbitraje o el tribunal independiente, quien escuchará las exposiciones de los interesados, conocerá los documentos que exhibieren y tratará que lleguen a un acuerdo que ponga término a la controversia, lo cual constará en un acta que contendrá exclusivamente lo convenido por las partes y no los incidentes, deliberaciones o propuestas realizadas en la audiencia. El acta en la que conste la mediación total o parcial de la controversia tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez ordinario acepte excepción alguna ni sea necesario iniciar un nuevo juicio.

Si concurriere una sola de las partes será escuchada y se anotará la ausencia de la otra, a la que se declarará en rebeldía, lo que será tomado en cuenta para la condena en costas.

Designación de árbitros

Art. 16.- De no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal.

Los acuerdos parciales a que arriben las partes en la audiencia de mediación serán aprobados conforme a lo previsto en el artículo anterior.

Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro.

Las partes podrán acordar expresamente y por escrito que sea un solo árbitro el que conozca de la controversia. Este árbitro tendrá su alterno.

Si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el

sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje.

En tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal.

Si las partes no se pusieren de acuerdo para nombrar todos los árbitros, los designados, una vez posesionados, nombrarán a los que faltaren.

En el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor. Dicha designación se la hará conforme a lo establecido en el presente artículo.

Constitución del tribunal

Art. 17.- El tribunal se constituirá con tres árbitros principales y un alterno, quien intervendrá inmediatamente en el proceso en caso de falta, ausencia o impedimento definitivo de un principal. Los árbitros designados, dentro de tres días de haber sido notificados, deberán aceptar o no el cargo. Si guardan silencio se entenderá que no aceptan. Una vez aceptada la designación, los árbitros serán convocados por el director del centro de arbitraje y procederán a la designación del presidente y del secretario del Tribunal de lo cual se sentará la respectiva acta.

El presidente designado dirigirá la sustanciación del arbitraje y actuará como secretario del tribunal la persona designada por el tribunal de entre los constantes en la lista de secretarios del centro de arbitraje.

Para el caso de árbitros independientes el tribunal se posesionará ante un notario y actuará como secretario la persona designada por los propios árbitros.

Obligación de cumplir el encargo de árbitro

Art. 18.- Aceptado por los árbitros el cargo de tales, éstos tienen la obligación irrestricta de cumplir las funciones que la presente Ley les asigna, debiendo responder a las partes, en caso de incumplimiento de sus funciones por los daños y perjuicios que su acción u omisión les causare, a menos que se trate de un impedimento justificado.

Si un árbitro dejase de constar en la lista mencionada en el artículo 41 continuará actuando como tal hasta la resolución de la controversia conocida por el Tribunal que integra.

Inhabilidades para ser árbitro

Art. 19.- No podrán actuar como árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por si mismas en juicio.

Son causas de excusa de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

El árbitro que conociera que ésta incurso en inhabilidad para ejercer su cargo notificará inmediatamente al director del centro de arbitraje o a las partes que lo designaron para que procedan a reemplazarlo.

Reemplazo de árbitros

Art. 20.- En caso de que los árbitros designados estuvieran comprendidos en una de las inhabilidades previstas en el artículo anterior, se hará una nueva designación siguiendo el procedimiento previsto por el artículo 16, excluyendo a los árbitros inhabilitados.

Si por muerte, excusa justificada o cualquier otra causa llega a faltar definitivamente alguno de los árbitros, lo reemplazará el alterno quien se principalizará. Se designará entonces otro alterno, en la misma forma establecida en el artículo 16.

Recusación de árbitros

Art. 21.- Son causas de recusación de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

Si actuare en el tribunal quien estuviere impedido de hacerlo, podrá ser recusado por la parte interesada.

La recusación deberá ser resuelta:

a) En el caso de un tribunal colegiado, por aquellos no comprendidos en la demanda de recusación.

Si estos no se pusieren de acuerdo, la recusación deberá ser resuelta por el director del centro;

b) En el caso de que la recusación recayere sobre todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro;

c) En el caso de tribunal unipersonal la recusación deberá ser resuelta por el director del centro. Para su reemplazo se procederá en la misma forma establecida en el artículo 16;

d) Para el caso de arbitraje independiente la recusación deberá ser resuelta por los miembros del tribunal que no han sido recusados; y,

e) Si fuere tribunal unipersonal o si la recusación recayere en todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes solo podrán ser recusados por causales desconocidas al tiempo del nombramiento o sobrevinientes a la designación.

Audiencia de sustanciación

Art. 22.- Una vez constituido el Tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el Secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el Tribunal resolverá sobre su propia competencia.

Si el Tribunal se declara competente ordenará que se practiquen en el término que el Tribunal señale las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvencción, modificación y contestación a ésta, siempre que fueren pertinentes, actuaciones que deberán cumplirse durante el término señalado por el Tribunal Arbitral.

Si las partes se encontraren presentes en la audiencia podrán precisar las pretensiones y los hechos en las que ésta se fundamenta.

Diligencia para mejor proveer

Art. 23.- Si antes de la expedición del laudo, el Tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora.

Audiencia de Estrados

Art. 24.- Una vez practicadas las diligencias probatorias el Tribunal señalará día y hora para que las partes presenten sus alegatos en audiencia de estrados si es que lo solicitan.

Duración del Arbitraje

Art. 25.- Una vez practicada la audiencia de sustanciación y declarada la competencia del tribunal, éste tendrá el término máximo de ciento cincuenta días para expedir el laudo.

El término podrá prorrogarse, en casos estrictamente necesarios, hasta por un periodo igual, ya por acuerdo expreso de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio.

Art. 26.- El laudo y demás decisiones del tribunal se expedirán por mayoría de votos. Las resoluciones deberán firmarlas todos los árbitros; el que no estuviere conforme con la opinión de los demás anotará su inconformidad a continuación de la resolución anterior y consignará su voto salvado, haciendo constar sus fundamentos.

Firma de los árbitros

Art. 27.- Si uno de los miembros del tribunal se rehusare o estuviere inhabilitado para firmar el laudo o cualquier otra providencia o resolución, el secretario anotará este particular y firmarán los demás, sin que esta circunstancia anule o vicie la resolución.

Transacción

Art. 28.- En el caso de que el arbitraje termine por transacción, ésta tendrá la misma naturaleza y efectos de un laudo arbitral debiendo constar por escrito y conforme al artículo 26 de esta Ley.

Conocimiento del laudo

Art. 29.- Las partes conocerán del laudo en audiencia, para el efecto el tribunal señalará día y hora en la cual se dará lectura del laudo y entregará copia a cada una de las partes.

Inapelabilidad de los laudos

Art. 30.- Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de éste mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en éste artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación.

Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley.

Nulidad de los laudos

Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:

- a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; o,
- b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y éste hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; o,
- c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; o,
- d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado.

Este recurso se interpondrá ante el tribunal que conoció la causa y éste, a su vez, sin pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia del mismo, remitirá el proceso al Presidente de la Corte Superior del Distrito del lugar del arbitraje para que conozca el recurso, dentro del término de tres días después de interpuesto.

El Presidente de la Corte Superior, de ser el caso, dispondrá el sorteo para que sea conocida la causa por una de las salas de la respectiva Corte Superior.

Quien interponga el recurso de nulidad, podrá solicitar a los árbitros que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte.

Los árbitros, en el término de tres días, deberán fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo.

La caución deberá constituirse dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación.

El recurso de nulidad podrá interponerse dentro del término de diez días contados desde la fecha de la notificación del laudo.

Ejecución del laudo

Art. 32.- Ejecutoriada el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato.

Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada.

Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.

Rechazo de incidentes

Art. 33.- No podrán aceptarse en el curso del proceso incidentes que promuevan las partes, para retrasar el trámite o entorpecer cualquier diligencia. Las peticiones que en tal sentido se presentaren serán rechazadas con multa de diez a cien salarios mínimos vitales generales, que será fijada por el árbitro o árbitros.

Confidencialidad del proceso arbitral

Art. 34.- Las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al Juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido.

Lugar del arbitraje

Art. 35.- De no constar en el convenio, las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje, y de no llegarse a un acuerdo podrá optarse por el lugar de los efectos del acto o contrato materia del arbitraje o el del domicilio del demandante a elección de este, en caso de no existir Tribunal de arbitraje en uno de los referidos lugares, deberá acudir al de la localidad más próxima.

El tribunal competente podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o las partes y para examinar cosas, lugares, evidencias o documentos.

Estas diligencias deberán ser notificadas a las partes, de acuerdo a lo establecido en esta Ley.

Idioma del Arbitraje

Art. 36.- Los procedimientos arbitrales se seguirán en castellano. En caso de existir documentos en otros idiomas se presentarán traducidos de conformidad con la Ley.

Normas Supletorias

Art. 37.- En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho.

Procedimiento

Art. 38.- El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables.

Organización de Centros de Arbitraje

Art. 39.- Para facilitar la aplicación de la presente Ley, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro, podrán organizar

centros de arbitraje, mismos que podrán funcionar previo registro en la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento, por parte de un centro de arbitraje dará lugar a la cancelación del registro y su prohibición de funcionamiento.

Los centros de arbitraje existentes previos a la vigencia de esta Ley también deberán registrarse, sin perjuicio de continuar con su normal funcionamiento.

Los centros de arbitraje deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo a los juicios arbitrales y para dar capacitación a los árbitros, secretarios y mediadores que se designen de acuerdo a esta Ley.

Art. 40.- Todo centro de arbitraje tendrá su propio reglamento que deberá regular al menos, los siguientes asuntos:

- a) La manera de formular las listas de árbitros, secretarios y mediadores, las que tendrán una vigencia no superior a dos años, los requisitos que deben reunir las personas que las integren, y las causas de exclusión de ellas;
- b) Tarifas de honorarios para árbitros, secretarios y mediadores y la forma de pago de éstas;
- c) Tarifas para gastos administrativos y la forma de pago de éstas;
- d) Forma de designar al director del centro, sus funciones y facultades; y,
- e) Código de ética para los árbitros, secretarios y mediadores.

Arbitraje Internacional

Art. 41.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

- a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; o,
- b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,
- c) Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional.

Regulación

Art. 42.- El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo

concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y Leyes de la República.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.

Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.

TITULO II

DE LA MEDIACION

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

Art. 44.- La mediación podrá solicitarse a los Centros de Mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados.

Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.

El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder.

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

Art. 46.- La mediación podrá proceder:

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

desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales;

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 48.- La mediación prevista en esta ley podrá llevarse a cabo válidamente ante un mediador de un centro o un mediador independiente debidamente autorizado.

Para estar habilitado para actuar como mediador independiente o de un centro, en los casos previstos en esta ley, deberá contarse con la autorización escrita de un centro de mediación. Esta autorización se fundamentará en los cursos académicos o pasantías que haya recibido el aspirante a mediador.

El centro de mediación o el mediador independiente tendrá la facultad para expedir copias auténticas del acta de mediación.

Art. 49.- Quien actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes.

Además por ningún motivo podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación.

Art. 50.- La mediación tiene carácter confidencial.

Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva.

Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar.

Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad.

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

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

Art. 53.- Los centros de mediación que se establecieren deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo para las audiencias.

Los centros que desarrollen actividades de capacitación para mediadores deberán contar con el aval académico de una institución universitaria.

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

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

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

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

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

TITULO III

De la Mediación Comunitaria

Art. 58.- Se reconoce la mediación comunitaria como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos.

Art. 59.- Las comunidades indígenas y negras, las organizaciones barriales y en general las organizaciones comunitarias podrán establecer centros de mediación para sus miembros, aun con carácter gratuito, de conformidad con las normas de la presente Ley.

Los acuerdos o soluciones que pongan fin a conflictos en virtud de un procedimiento de mediación comunitario tendrán el mismo valor y efecto que los alcanzados en el procedimiento de mediación establecido en esta Ley.

Los centros de mediación, de acuerdo a las normas de esta Ley, podrán ofrecer servicios de capacitación apropiados para los mediadores comunitarios, considerando las peculiaridades socio-económicas, culturales y antropológicas de las comunidades atendidas.

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 60.- La presente Ley por su carácter de especial prevalecerá sobre cualquier otra que se le opusiere.

Art. 61.- El Presidente de la República, en uso de las facultades que le confiere la Constitución Política, expedirá en el plazo de noventa días el correspondiente reglamento para la aplicación de esta Ley.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 62.- Las normas de la presente Ley se aplicarán inclusive a aquellos convenios arbitrales suscritos con anterioridad a su vigencia, siempre que el procedimiento arbitral no haya comenzado.

Art. 63.- Las instituciones que cuenten con un centro de mediación previo a la vigencia de esta Ley, necesitarán registrar al centro, sin perjuicio de continuar con su normal funcionamiento.

Art. 64.- Hasta que el Consejo Nacional de la Judicatura esté integrado o tenga sus delegaciones o representaciones en las provincias, cumplirán las funciones que le asigna esta Ley, las Cortes Superiores.

Derogatorias

Derógase la Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963 y publicada en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de 1963.

Derógase la Sección XXX del Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Derógase la Sección XV del Título I de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

Derógase el artículo 21 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Derógase la interpretación realizada al artículo 1505 del Código Civil en el Decreto Supremo No. 797-B, publicado en el Registro Oficial No. 193 de 15 de octubre de 1976.

Derógase en el artículo 1505 del Código Civil, la frase: "Así la promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas, es nula por vicio del objeto".

Artículo Final.- La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Congreso Nacional del Ecuador, a los veintium días del mes de agosto de mil novecientos noventa y siete.

f.) Dr. Heinz Moeller Freile, Presidente del Congreso Nacional.

f.) Dr. J. Fabrizio Brito Morán, Secretario General.

CONGRESO NACIONAL.

CERTIFICO: Que la copia que antecede es igual a su original que reposa en los archivos de la Secretaría General.

DÍA: 29 de agosto de 1997 HORA: 4pm.

SECRETARIA GENERAL.

N° 447

FABIAN ALARCON RIVERA
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL INTERINO
DE LA REPUBLICA

Considerando:

Que, mediante Decreto Ejecutivo 297 de 8 de noviembre de 1996, promulgado en el Registro Oficial N° 70 de 18 de noviembre de 1996 se derogaron los Decretos 1344-a y 1378 de 21 de diciembre de 1993 y 30 de junio de 1994, respectivamente;

Que, por lo mismo, es necesario dictar un nuevo reglamento a la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena;

I
C
E
A
L
fi
a:
As
so
ex
Sin
De
poi
sus
rei
Art
cor
Dec
lo
den
a la
Art.
para
la li
La l
Mini
sus a
Art.
y 14
espec
1)
2)
3)
1
e
1