

LA FUNCIÓN DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACION COMO UN SERVICIO PÚBLICO

Dr. M.Sc. Giovanni Criollo Mayorga.
*Profesor de Pregrado y Posgrado de la
Universidad Tecnológica Indoamérica en la cátedra de
Resolución Alternativa de Conflictos.
Mediador del Centro de Mediación del
Ilustre Colegio de Abogados de Pichincha
montecrhisto@gmail.com*

La puesta en vigencia del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009 establece en su Artículo 17 uno de los principio rectores de la administración de la justicia y es el referido al Principio de Servicio a la Comunidad. En efecto, la norma en cuestión manifiesta textualmente que "La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.- **El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades.**- En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación y arbitraje."

¿Qué debemos entender por servicio público?

La Constitución vigente, ni ninguna otra anterior define lo que es servicio público, sino que simplemente se limita a definir algunas actividades que constituyen servicios públicos¹ y cuales son principios a los que están sometidos.

El Profesor Frances León Duguit² nos dice que "el Estado no es, como se ha pretendido hacerle, y como durante algún tiempo se ha creído que era, un poder de

¹ Art. 227. La administración pública constituye un servicio a la Colectividad; Art. 318. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias; Art. 345. La educación como servicio público se prestará a través de instituciones públicas, fiscomisionales y particulares; Art. 362. La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias.

mando, una soberanía; es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes". En otra fabulosa obra este autor manifiesta que "La noción de servicio público sustituye el concepto de soberanía como fundamento del derecho público. Seguramente esta noción no es nueva. El día mismo en que la acción de causas muy diversas, cuyo estudio no nos interesa en este momento, se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, la noción de servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados y que la realización de esos deberes era a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público."³

Para el autor mexicano Jorge Fernández Ruiz⁴ el servicio público es "toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo deba ser permanentemente asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho privado, ya por medio de la administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona"

Al respecto del término "servicio público" la Enciclopedia Digital Espasa Calpe manifiesta: "De forma muy sintética, puede señalarse que la noción de servicio público es considerada como una de las formas clásicas en que se manifiesta la actividad administrativa. Así, superadas las concepciones puramente dualistas - características de la doctrina germana (WOLF, FORSTHOFF)- que sólo distinguían entre una actividad *negativa* («de limitación o policía»), manifestada principalmente a través de fórmulas de contenido estrictamente jurídico, y una actividad *positiva* («de prestación» o «de servicio público»), traducida en actuaciones de carácter material y técnico en favor de los administrados... desde una perspectiva social y finalista defiende la noción de servicio público como justificación misma del poder del Estado. La actuación de este último sólo se legitimaría en la medida en que satisficiera necesidades públicas y pudiera ser calificada como «servicio público». Como se puede comprender, se trata de una

² Duguit, León. "Manual de Derecho Constitucional". Granada, Comares. 2005. Pág. 65.

³ Duguit, León. "Las transformaciones del Derecho Público". Librería española y extranjera. 1926. Madrid, España. Pág. 85.

⁴ Fernández Ruiz, Jorge. "Derecho Administrativo (servicios públicos)". Editorial Porrúa y la Universidad Autónoma de México. 1995. Pág. 165.

concepción más filosófica que jurídica que, hoy en día, entronca directamente con los postulados del Estado Social, en cuanto subraya el deber de los poderes públicos de garantizar la prestación de los servicios esenciales para la comunidad; b) por otro lado, una noción más *estricta* que toma como punto de partida las elaboraciones posteriores de los discípulos de DUGUIT, como JÈZE, BONNARD o ROLLAND. Desde este punto de vista, el servicio público se configura como una técnica concreta de gestión de aquellos servicios esenciales a los que antes aludíamos. De este modo terminó por definirse como «aquella actividad desarrollada por los poderes públicos para atender necesidades de interés general que los individuos no pueden satisfacer aisladamente y que, en su organización y funcionamiento, se encuentra sometida a un régimen jurídico especial de Derecho Público».

En resumen podemos decir que el servicio público es una función del estado que responde a necesidades cuya atención se considera un imperativo en el funcionamiento de un Estado moderno. La solución de la conflictividad social, es una necesidad fundamental de los integrantes de una sociedad que debe ser satisfecha con la finalidad de que la desintegración social no sea cada vez mayor. Es imperativo, por mandato constitucional⁵, construir la paz social y esta paz social no sólo se la consigue judicializando los conflictos sino también buscando alternativas más económicas, en tiempo, en dinero, en esfuerzo, que viabilicen de mejor manera la gestión de las divergencias.

⁵ *La construcción de la paz social, de la cultura de paz y de una sociedad sin violencia la encontramos en varias normas constitucionales así tenemos: El Preámbulo de la Constitución vigente en nuestro país menciona: "Decidimos construir Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana –sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra"; el Art. 3 dispone: "Son deberes primordiales del Estado: Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción."; el Art. 5: "El Ecuador es un territorio de paz."; el Art. 27: "La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz"; el Art. 83: "Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 4. Colaborar en el mantenimiento de la paz y de la seguridad."; el Art. 249: "Los cantones cuyos territorios se encuentren total o parcialmente dentro de una franja fronteriza de cuarenta kilómetros, recibirán atención preferencial para afianzar una cultura de paz"; el Art. 276: "El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos: Garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz"; el Art. 393: "El Estado garantizará la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz..."*

Nuestra Constitución establece que los servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir⁶ así como todos los derechos reconocidos en la Constitución, y se formularán a partir del principio de solidaridad, no obstante aquello y sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando la prestación de los servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, ésta deberá reformularse o, en su defecto, se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto. (Artículo 85 y 226).

Como servicio público impropio⁷, la acción, el actuar de los centros de arbitraje y mediación es objeto de acción de protección al tenor del Artículo 88 de la Carta Magna donde se establece que la acción de protección tendrá por 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 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 violación 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.⁸

Además por efectos del Artículo 215 bis la Defensoría del Pueblo tiene como atribución investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos.

⁶ *Nuestra Constitución establece que para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: 1. Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza. 2. Dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo. 3. Generar y ejecutar las políticas públicas, y controlar y sancionar su incumplimiento. 4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos. 5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley. 6. Promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los saberes ancestrales y en general las actividades de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa, cooperativa y privada.” (Art. 277)*

⁷ *La doctrina distingue una clasificación de los servicios públicos, así tenemos: propio e impropio, voluntario y obligatorio, de gestión pública y de gestión privada, gratuito y oneroso. A los servicios públicos impropios se los define como “aquellos que tienen las características de un servicio público, pero no es el estado quien lo presta, ya que éste únicamente se encarga de reglamentarlo, y son los particulares los encargados de prestarlo”. A esta cosificación corresponde actualmente los centros de mediación y arbitraje que no pertenecen al sector público.*

⁸ *Para referencia de la procedencia de la acción de protección debe revisarse la Sentencia SU.600/99 (Frosst Laboratories Inc, Merck & Co Inc. y Merck Frosst Canada Inc., versus el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá) dictada por la Corte Constitucional de Colombia.*

Según nuestra Constitución los servicios públicos y su provisión responden a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. Adicionalmente debe tomarse en cuenta que los precios y tarifas que se cobren por estos servicios deben ser equitativos (Art. 314)

RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

Bajo el nuevo paradigma de funcionamiento de los centros de arbitraje y mediación, es necesario que las responsabilidades de dichos centros estén completamente determinadas ya que las funciones que cumplen son importantísimas sobre todo si consideramos que su actuación tiende a resolver la conflictividad social, corregir la desintegración social y forma parte, aunque de forma temporal, de la administración de justicia, es decir existe de por medio el ejercicio de una función pública.

Por ello consideramos que en los reglamentos de funcionamiento de los centros de mediación y arbitraje no deben seguir existiendo cláusulas como aquella tan común, insertada de manera obligatoria por estas entidades, en la que se manifiesta "...el Centro de Arbitraje y/o Mediación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones los mediadores, árbitros, secretarios y peritos ocasionen a las partes o a terceros."⁹ Para poder comprender esto debemos estar claros que, en el arbitraje, existe una fase denominada prearbitral¹⁰, en la cual no actúa el tribunal de

⁹ Para dar un ejemplo de esta norma de eliminación de responsabilidad cuya vigencia es discutida tenemos el Art. 20 del Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito dice: "La Cámara de Comercio de Quito y el Centro de Arbitraje y Mediación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones los mediadores, árbitros, secretarios y peritos ocasionen a las partes o a terceros."; el Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana establece: "Art. 15 La Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, el Centro de Arbitraje y Mediación y sus administradores, no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones, los árbitros, mediadores, secretarios arbitrales o peritos ocasionen a las partes o a terceros."; el Reglamento de Funcionamiento del Centro de Mediación del Colegio de Abogados de Pichincha dice: "Art.16.- RESPONSABILIDADES.- El Colegio de Abogados de Pichincha y el Centro de Mediación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones los mediadores y peritos ocasionen a las partes o a terceros."

¹⁰ "No es posible negar la importancia jurídica y procesal de la etapa prearbitral, dado que si bien en ella no se decide la controversia, sí se hace patente el ejercicio de una función pública que debe cumplirse conforme a un procedimiento legal vinculante tanto para el

arbitraje, por lo tanto las actuaciones de admisión o rechazo de la demanda arbitral, examen de la cláusula compromisoria, la citación de la demanda arbitral, la modificación de la demanda arbitral, etc., son actos cuya responsabilidad es exclusiva al centro de arbitraje y mediación y no al tribunal de arbitraje como tal que se constituye posteriormente a estos actos, salvo el caso del arbitro independiente; así también, en la mediación, previamente a que el mediador asuma su rol protagónico en la audiencia de mediación, existe una fase previa en donde, en el caso de las mediaciones realizadas a solicitud de una parte en conflicto, ingresa la petición al respectivo centro de mediación y se procede a efectuar las invitaciones correspondientes las cuales serán entregadas por el propio interesado.

Entonces es en estas fases en las cuales no existe la intervención ni del tribunal de arbitraje ni del mediador, en las cuales se debe determinar exactamente la responsabilidad de los centros de mediación y arbitraje porque estos espacios de actuación son muy importantes jurídicamente hablando. Lamentablemente en nuestro país, la insípida Ley de Arbitraje y Mediación existente, la cual a pesar de ser codificada en el año 2006 continua manteniendo graves errores, no regula en adecuada manera los mecanismos alternativos de solución de conflictos causando grave inquietud y preocupación en quienes utilizamos a los centros de mediación y arbitraje para solucionar las divergencias.

Esperemos que el Consejo de la Judicatura, tome nota de estas observaciones y de muchas otras existentes para dar un mejor tratamiento jurídico a la mediación y al arbitraje en nuestro país.

Centro como para las personas convocadas. Pese a que en esta etapa no se decide la controversia, la garantía del debido proceso y el derecho de defensa pueden resultar comprometidos cuando se violan los preceptos legales que la gobiernan. La vigencia de estos derechos fundamentales es independiente de la caracterización de esta etapa como jurisdiccional o de que semejante atributo se atribuya o niegue al director del Centro de Arbitraje."