

## **NUEVOS DISEÑOS NORMATIVOS DE LOS MASC.**

*Giovani Criollo Mayorga*

*montecrhisto@gmail.com*

*Asesor de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia*

**A los Maestros José y Ramiro García Falconí**

**“El conocimiento es poder”**

La inserción de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) en distintas áreas del Derecho era una realidad evidente que se sostenía en los presupuestos normativos (incompletos, confusos y desactualizados) de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación. A ella recurríamos, sin duda alguna, y obviamente a la doctrina, para comprender los pilares fundamentales de los MASC, tales como la rapidez, la voluntariedad, la habilitación (en el caso del arbitraje), etc.; pero también la usábamos para explicar a los usuarios del sistema de MASC, a los colegas y a los estudiantes, que había unas reglas de juego que debían ser respetadas pero sobre todo que existía un diseño normativo previsto fundamentalmente en dicha ley, el cual parecía ser estático. Sin lugar a duda alguna, los cursos de mediación y arbitraje se caracterizan por seguir fielmente este esquema y repetir las enseñanzas decimonónicas del viejo sistema: el principio de voluntariedad se lo explica partiendo de la libre elección del mecanismo y nada más sin siquiera comentar la restricción al derecho de acceso a la justicia que implica la suscripción de un convenio de mediación o de una cláusula de arbitramento; la ausencia de defensa técnica en mediación la siguen explicando fundamentados en una falacia: los abogados son conflictivos y por eso hay que sacarlos de los MASC; la rapidez de los MASC y el ahorro de dinero, esfuerzo y tiempo nos lo enseñan obviando

la conflictividad larga y tediosa de la nulidad del acta de mediación y de la nulidad (es mejor denominarlas cuestiones de anulabilidad) del laudo arbitral y obviando al máximo por supuesto todo aquello que hace alusión a la legitimidad de los acuerdos conseguidos; y, claro, quedan sin explicación, porque esto no importa y no conviene, la influencia de normas jurídicas tan importantes como por ejemplo la prevista en el Artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial que determina que “El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades.”, lo cual implica la responsabilidad no solo de los mediadores y árbitros, sino de todas aquellas personas que prestan dicho servicio público<sup>1</sup> (Directores de los Centros de arbitraje y mediación, personal administrativo, etc.) pero también obliga a dichas entidades al establecimiento de SERVICIOS GRATUITOS permitiendo de esta forma el acceso a estos servicios públicos a aquellas personas que no tiene recursos.

Esa vieja forma de entender a los MASC a breves saltos está siendo dejada de lado, y ello se debe a que en los últimos años se han elaborado, en nuestro país, distintos diseños normativos de los MASC que ameritan una gran reflexión sobre sus fundamentos, su naturaleza y su configuración jurídica, reflexión a la que estamos obligados todos, pero de forma mucho más breve y urgente los centros de arbitraje y mediación, árbitros y mediadores, que son los directamente implicados en este cambio de concepción. Como ejemplo de ese nuevo diseño normativo de los MASC podemos revisar el artículo 27 de Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones<sup>2</sup> en donde se establece que “En los contratos de inversión con inversionistas extranjeros se podrán pactar cláusulas arbitrales para resolver las controversias que se presenten entre

---

<sup>1</sup> Bajo esta concepción podría decirse, sin mayor problema, que al ser un servicio público (aunque de carácter impropio) la previsión constitucional del Artículo 227, referente a los principios de la administración pública, serían en su mayor parte aplicables: eficacia, eficiencia, calidad, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

<sup>2</sup> Suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de Diciembre del 2010.

el Estado y los inversionistas. Las controversias entre un inversionista extranjero con el Estado ecuatoriano, que se hubieren agotado completamente por la vía administrativa, intentarán solucionarse de manera amistosa, con diálogos directos por un término de 60 días. Si no se llegase a una solución directa entre las partes deberá existir una instancia obligatoria de mediación dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de inicio formal de las negociaciones directas. Si luego de esta instancia de mediación la controversia subsiste, el conflicto podrá ser sometido a arbitraje nacional o internacional, de conformidad con los Tratados vigentes, de los que Ecuador forma parte. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán en derecho, la legislación aplicable será la ecuatoriana y los laudos serán definitivos y obligatorios para las partes.- Si luego del término de 6 meses de agotada la vía administrativa, las partes no han llegado a un acuerdo amistoso, ni la hubieren sometido a jurisdicción arbitral para la solución de sus conflictos, la controversia se someterá a conocimiento de la justicia ordinaria nacional.- No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios.”

Nótese como en esta norma jurídica se construye un sistema de MASC en donde se prevé, de forma obligatoria un sistema escalonado que parte de la NEGOCIACIÓN DIRECTA, luego pasa por una MEDIACIÓN OBLIGATORIA y puede llegar hasta un ARBITRAJE, nacional o internacional, en caso de que no se llegue a solucionar el conflicto. Con ello habremos puesto en entredicho el principio de la voluntariedad del sistema de mediación y del arbitraje, o al menos lo habremos flexibilizado y entonces tendremos que el principio de voluntariedad se lo puede explicar haciendo especial énfasis en ciertas excepciones. Pero además, fijémonos la forma en cómo se encuentra armado este diseño: En primer lugar el conflicto va a ser abordado por una doble categoría de mecanismos auto compositivos (negociación y mediación) y luego, continuando con este trasuntar, se impone uno de los mecanismos hetero compositivos: el arbitramento forzoso (también obliga a revisar el principio de voluntariedad del

arbitramento). En segundo lugar, fijémonos como esta sucesión de mecanismos auto compositivos y hetero compositivos forman parte del contenido del Art. 82 constitucional, es decir, son los que permiten entender “El derecho a la seguridad jurídica” el cual “se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”. En tercer lugar, se puede hablar de un DEBIDO PROCESO, también previsto como garantía constitucional, pues determina la forma como ha de gestionarse el conflicto hasta la obtención de la solución al mismo. Cada uno de esos pasos por los cuales debe administrarse la disputa debe ser superado, por eso habíamos dicho que es un sistema escalonado que tiende a resolver el conflicto en virtud del principio de horizontalidad y solo cuando ello no es posible vamos al principio de verticalidad o autoridad. En cuarto lugar, la forma como está armado este sistema permite concluir que el afán del legislador, a toda costa, es que los MASC sean utilizados, sean puestos en práctica y sean ya no solo los mecanismos “alternativos” sino, como lo diría el profesor argentino Antonio Tula, los mecanismos “APROPIADOS” para resolver las disputas.

En el mismo Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones podemos encontrar otra forma de mediación. En efecto, el Art. 61 establece que “El Estado, a través de sus órganos gubernamentales competentes, fomentará y facilitará el acceso a la tierra a las familias y comunidades campesinas carentes de ella, dándoles preferencia en los procesos de redistribución de la tierra, mediante mecanismos de titulación, transferencia de tierras estatales, mediación para compra venta de tierras disponibles en el mercado, reversión, u otros mecanismos establecidos en la Constitución y la Ley.” Esta norma es un desarrollo de lo previsto en los Art. 281: “La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiado de forma permanente. Para ello, será responsabilidad del

Estado: 4.- Promover políticas redistributivas que permitan el acceso del campesinado a la tierra, al agua y otros recursos productivos.”; y, 282: “El Estado normará el uso y acceso a la tierra que deberá cumplir la función social y ambiental. Un fondo nacional de tierra, establecido por ley, regulará el acceso equitativo de campesinos y campesinas a la tierra...”. Por manera que la mediación puede ser utilizada como una política de redistribución tendiente a verificar el derecho de acceso a la tierra de los pueblos indígenas y también permite, al menos teóricamente, conseguir la soberanía alimentaria.

En otro cuerpo jurídico, esta vez en el COOTAD, podemos ver la inserción de los MASC con una perspectiva distinta, así tenemos cuando se hace referencia al Art. 340, se establece que “La autoridad financiera (de los gobiernos autónomos descentralizados) podrá dar de baja a créditos incobrables, así como previo el ejercicio de la acción coactiva agotará, especialmente para grupos de atención prioritaria, instancias de negociación y mediación. En ambos casos deberá contar con la autorización previa del ejecutivo de los gobiernos autónomos descentralizados.”. Ello implica que previo al ejercicio de la facultad coactiva, cuando se trate de grupos de atención prioritaria (Art. 35 constitucional.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.”), los gobiernos autónomos descentralizados deben contar con un requisito de procedibilidad previo al juicio coactivo, el mismo que consiste en justificar documentadamente y conforme a derecho el hecho de haber agotado los mecanismos auto compositivos de negociación y mediación, según lo manda la norma que comentamos, puesto que de no cumplirse,

absolutamente todos estos procedimientos coactivos adolecerían de una nulidad sustancial pues no existe, en los casos señalados, habilitación para el inicio del procedimiento en cuestión, pero lo más grave es que se habrá violentado ese derecho al tratamiento especial a las personas y grupos que, según la Constitución de la República, están obligados a recibirlo.

Si a ello sumamos: (a) la tendencia de que nuestra administración pública, en los actuales momentos, siguiendo a la doctrina española, a permitir la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones de la administración (por eso se habla de la administración consensuada), según se lo faculta el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y siempre y cuando existan potestades no regladas; (b) la posibilidad de acudir a la negociación, mediación y al arbitraje cuando existen problemas de delimitación limítrofe, tal como lo ha establecido el Proyecto de Ley de Límites Internos, donde se prevé que los MASC sirven para “componer” los problemas territoriales; y, la previsión del Proyecto de Código Penal Integral en donde se establece la mediación penal como una de las formas de gestionar el conflicto de carácter penal para determinados tipos penales, podremos concluir, sin lugar a duda alguna, que existen nuevos diseños normativos de los MASC que obligan inexorablemente a una reformulación de los anacrónicos esquemas previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación.

En efecto, cuestiones como el momento procesal (so pena de reventar la presunción de inocencia, el nemo tenetur se ipse accusare, la garantía de un juicio atributivo de responsabilidad penal, etc.) en que se debe aplicar la mediación en el campo penal, la materia transigible en este tipo de mecanismo al igual que en los conflictos de límites internos (donde la presencia de comunidades ancestrales como los puruhaes, por ejemplo, cambia la concepción de territorio y por su puesto de materia transigible), la mediación para obtener el “perdón” de la víctima; o para conseguir la reparación integral a las víctimas de los delitos; la presencia de los abogados en el desarrollo de los MASC

(es decir, la presencia de los profesionales del derecho, capacitados en MASC, en los procedimientos de negociación, mediación y arbitraje, es un imperativo que debe ser satisfecho no solo por el Estado, sino también por todos y cada uno de los centros de arbitraje y mediación existentes en el país, de forma tal que no se rechace la presencia del profesional de las leyes en estos mecanismo de solución de disputas, sino que se los capacite en estas aéreas del saber jurídico, y, adicionalmente, que sean proveídos por dichos centros cuando el usuario no pudiera costear uno); la obligación de que los centros de arbitraje y mediación existentes en el país no cobren sus elevados costos a la personas que quieren acceder a este sistema y que desgraciadamente no cuentan con los recursos económicos; la categorización de los convenios de mediación y de las cláusulas de arbitraje (sobre todo estas últimas) como CLAUSULAS ABUSIVAS en los casos en que mediante ellas se impida el acceso a la administración de justicia (sea la ordinaria o la particular); la adecuada preparación y evaluación de los mediadores y árbitros y otros requisitos como el de la edad para ejercer como tal (Se requiere, en algunos centros de arbitraje que el postulante haya cumplido 38 años de edad, pero para ser PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA se necesita apenas 35 años: Art. 142 constitucional.- La Presidenta o Presidente de la República debe ser ecuatoriano por nacimiento, haber cumplido treinta y cinco años de edad a la fecha de inscripción de su candidatura...); las “recomendaciones” de los contribuyentes de la Cámara correspondiente para ser árbitro; las cláusulas de eliminación de las responsabilidades de los centros de arbitraje y mediación; etc., deben ser analizadas a la luz de estas nuevas formas de concebir los MASC. Todo ello hace necesario por tanto un **NUEVO** cuerpo único, sistemático y armonizado que permita de mejor manera comprender el alcance de los MASC en todas las áreas en las que el legislador, en virtud de su libertad de configuración normativa, decidió implementarlos. Con ello podrá eliminarse al menos el problema de la dispersión normativa.

\*Mientras escribo estas líneas se desarrolla un encuentro de Centros de Mediación en la ciudad de Quito. Y aunque no me fue posible estar presente, es mi ferviente deseo que se hayan abordado estas cuestiones y muchas otras que por cuestiones de tiempo no las he detallado.