

# 34

Fecha de presentación: febrero, 2019

Fecha de aceptación: mayo, 2019

Fecha de publicación: julio, 2019

## ALGUNAS CONSIDERACIONES

### SOBRE LA MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

### **SOME CONSIDERATIONS ON MEDIATION AND ARBITRATION**

Karen Tatiana Córdova Mendoza<sup>1</sup>

E-mail: [ktmendoza\\_est@utmachla.edu.ec](mailto:ktmendoza_est@utmachla.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2909-3573>

Amanda Magdaly Ochoa Espinoza<sup>1</sup>

E-mail: [aochoa3@utmachala.edu.ec](mailto:aochoa3@utmachala.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2960-3302>

Armando Rogelio Durán Ocampo<sup>1</sup>

E-mail: <https://orcid.org/0000-0003-0111-0669>

<sup>1</sup> Universidad Técnica de Machala. Ecuador.

#### Cita sugerida (APA, sexta edición)

Córdova Mendoz, K. T., Ochoa Espinoza, A. M., & Durán Ocampo, A. R. (2019). Algunas consideraciones sobre la mediación y arbitraje. *Universidad y Sociedad*, 11(4), 287-295. Recuperado de <http://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus>

#### RESUMEN

Se realizó una investigación descriptiva de tipo revisión bibliográfica con el objetivo de mostrar algunas consideraciones sobre la mediación y el arbitraje; la estrategia metodológica se sistematizó a través de métodos generales de investigación como el histórico-lógico, el hermenéutico, el análisis documental y el analítico-sintético; así como el empleo de la técnica de análisis de contenido. La localización de la bibliografía se realizó mediante el buscador Google, fueron consultados diferentes sitios especializados, así como libros, artículos de revistas, páginas web de profesionales y blogs dedicados a la temática. La selección de las referencias se realizó teniendo en cuenta la actualidad y rigor científico en el tratamiento al tema en cuestión. Los hallazgos obtenidos evidencian que estos métodos alternos de resolución de conflictos y controversia nacionales e internacionales están avalados por la Constitución de la República y existe un sistema legislativo fortalecido que norma su trámite y ejecución. Actualmente son muchas las instancias internacionales que recurren a éstos por los lapsos breves, garantía de la seguridad jurídica y la imparcialidad del tribunal arbitral o mediador. Existen algunas falencias que han de ser tenidas en consideración entre ellas: inseguridad en la confidencialidad de la información al ser transferida por la vía telemática y existencia de convenios arbitrales, en los contratos comerciales, verdaderamente patológicos. A pesar de estos procedimientos alternos siguen siendo esenciales en el mundo de los negocios.

**Palabras clave:** Mediación, arbitraje, internacional, resolución de conflictos.

#### ABSTRACT

This work is focused on a descriptive investigation of a bibliographical review type that was carried out with the objective of showing some considerations about mediation and arbitration; the methodological strategy was systematized through general research methods such as the historical-logical, the hermeneutic, the documentary analysis and the synthetic-analytical; as well as the use of content analysis technique. The location of the bibliography was made through the Google search engine, different specialized sites were consulted, as well as books, journal articles, professional websites and blogs dedicated to the subject. The selection of references was made taking into account the current and scientific rigor in the treatment of the subject in question. The obtained findings show that these alternative methods of resolution of national and international conflicts and controversies are guaranteed by the Constitution of the Republic and there is a strengthened legislative system that regulates its procedure and execution. Currently, there are many international bodies that resort to them for short periods, guarantee of legal security and impartiality of the arbitral tribunal or mediator. There are some shortcomings that must be taken into consideration among them: insecurity in the confidentiality of information when transferred by telematic means and existence of arbitration agreements, in commercial contracts, truly pathological. Although these alternative procedures remain essential in the business world.

**Keywords:** Mediation, arbitration, international, conflict resolution

## INTRODUCCIÓN

La sociedad actual se caracteriza por las dinámicas de interacción entre sus miembros, las que no están ajenas al surgimiento de conflictos de intereses, que ponen en juego, en su resolución, el grado de civilización alcanzado (Castañedo, 2018).

En este marco de civilización e intento de coexistencia pacífica se buscan alternativas que propicien la conciliación de las partes implicadas en la controversia; entre estas se encuentran los métodos alternos de resolución de conflictos: la mediación y el arbitraje, sobre los cuales los especialistas, autoridades y empresarios, han puesto su atención y se han desarrollado diversas investigaciones al respecto.

Sin embargo, pese a las ventajas de estos métodos, existe desconocimiento por parte de la ciudadanía de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAYM), principalmente por deficiencias en su difusión, ocasionando el incumplimiento de sus objetivos primordiales: lograr un mayor acceso a la justicia, desmonopolizar la prestación del servicio de administración de justicia, fortalecer la cultura del diálogo en la sociedad y el uso de otras formas de solución a los conflictos, diferentes al proceso judicial (Vistin, 2016).

Por esta razón, se elaboró el presente artículo con el objetivo de mostrar algunas consideraciones sobre la mediación y el arbitraje, con énfasis en el ámbito internacional; se estructuró siguiendo la lógica interna del discurso, que transcurre por los siguientes aspectos: antecedentes, rasgos más prominentes de ambos procesos, similitudes y diferencias, vinculación y complementariedad; así como un último epígrafe dedicado al empleo de estos métodos en las controversias internacionales.

## MATERIALES Y MÉTODOS

Se realizó una investigación descriptiva de tipo revisión bibliográfica, abordada desde el paradigma cualitativo. Se emplearon métodos generales de investigación, entre ellos el histórico-lógico, el hermenéutico, el análisis documental y el analítico-sintético. El método histórico-lógico, permitió determinar los antecedentes y comportamiento en el tiempo de la resolución de conflictos; la hermenéutica junto al análisis documental y la técnica de análisis de contenido, propiciaron el estudio, interpretación y cotejo de los textos de la literatura científica consultada; así como la obtención de categorías. Mediante el análisis y síntesis se examinaron y resumieron los principales hallazgos; además, facilitó arribar a conclusiones.

La localización de las fuentes bibliográficas se realizó mediante el buscador Google, a través del cual se accedió a

sitios web, páginas temáticas, libros, artículos de revistas y blogs especializados en el tema. Estas indagaciones en las diferentes fuentes consultadas fueron guiadas por las siguientes preguntas:

- ¿Cuáles son los antecedentes de los métodos alternos de solución de conflictos o controversias?
- ¿Qué criterios se manejan en la bibliografía especializada sobre la mediación y arbitraje?
- ¿Cuáles son las características que identifican a la mediación?, ¿Cuáles sus beneficios e inconvenientes?
- ¿Cuáles son los rasgos propios del arbitraje?, ¿Cuáles sus ventajas y desventajas?
- ¿Qué similitudes y diferencias guardan estos métodos?
- ¿Cómo se vinculan y complementan?
- ¿Cómo se comportan estos métodos en el ámbito internacional?

## DESARROLLO

La mediación y el arbitraje son métodos alternos de resolución de conflictos que dependen de la voluntad de las partes, como expresión de autonomía contractual, que no requieren de procedimientos judiciales tradicionales.

Los conflictos y controversias surgidas producto a las relaciones sociales siempre han estado presentes desde épocas remotas; en un principio se resolvían apelando a la fuerza; conforme la civilización fue evolucionando éstos son resueltos por un tercero imparcial, como es el jefe de la tribu, el sacerdote o el anciano, como medio natural y espontáneo de arreglo de disputas. En este sentido, la historia de la mediación y arbitraje se confunde con el comienzo de las civilizaciones, antecediendo a la justicia formal.

Existen evidencias del empleo de la mediación y el arbitraje desde la antigüedad, en que las culturas utilizaban la comunicación directa para resolver sus conflictos, y solo cuando las partes involucradas no se ponían de acuerdo, se recurría primero a terceros privados y en último caso, a la autoridad pública.

La justicia arbitral, surgió en Grecia hacia el año 1520 A.C., los Consejos anfictionicos resolvían los conflictos entre los grupos étnicos. Estos se conformaban por doce ancianos representantes de las diferentes tribus. En la cultura romana, el arbitraje fue un medio privilegiado de establecer el derecho. En realidad, la justicia romana

tiene una fuerte base consensual, el pleito, es un problema que atañe fundamentalmente a las partes y que, por consiguiente debe ser resuelto privadamente; incluso, los jueces oficiales derivan su autoridad de la sumisión que las partes le hacen de una controversia. Fue en Roma, donde la institución arbitral fue reconocida en la Ley de las XII Tablas, cuyos postulados disponían que las partes en disputa debían someter sus discrepancias ante terceros (Vistin, 2016).

En la Edad Media, la justicia tenía un marcado carácter arbitral; así lo expresa Azócar citado por Vistin (2016), *“los burgueses, artesanos y comerciantes buscan justicia en sus gremios y corporaciones, en los grandes señores o en el rey o sus delegados. Los señores se la hacen por sí mismos o someten sus litigios a otros de ellos y al rey en calidad de árbitro. A medida que los poderes reales se robustecen, tiene el arbitraje ser sometido al propio rey o a practicarse con su autorización”*. (p. 21)

También, existen testimonios del empleo de la mediación y arbitraje entre las culturas orientales, donde el sentido del honor es el valor más elevado del individuo, aún se considera altamente ofensivo acudir al sistema judicial sin antes intentar un arreglo directo (Zurita, 2001; Andrade, 2015). Según Confucio, la resolución óptima de una desavenencia se logra a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo coacción. En China, existen los llamados Comités de Mediación o Comités Populares de Conciliación, que constan de cinco a once miembros, creados en 1954 por el consejo de asuntos administrativos (Vistin, 2016).

En la Edad Moderna, en Francia, antes de su Revolución, encontramos el edicto de Francisco II, de agosto de 1560, confirmado por la ordenanza de Moulins, que imponía el arbitraje forzoso en las diferencias entre mercaderes, las demandas de partición entre parientes próximos, y los litigios por tutela y administración. En esos casos, se prevenían ser resueltas sumariamente por tres o más personas, elegidas por las partes, o en caso de no hacerlo, elegidas por el juez.

Más cercano en el tiempo y espacio geográfico encontramos que en Estados Unidos de Norte América, la mediación se aplicó desde 1636, cuando los fundadores de Dedham, una comunidad de origen puritano situada cerca de Boston, organizaron un sistema informal de mediación. Posteriormente, 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 York, organizaron sus propios sistemas de resolución de conflictos, aún cuando la mediación se reglamenta 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 en Ecuador (Andrade, 2015).

Pero no es hasta 1997, que en Ecuador, con la Ley de Arbitraje y Mediación se instauran las figuras del arbitraje y la mediación legalmente, al estipular que *“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”* (Ecuador. Congreso Nacional, 1997).

Asimismo, se define la mediación como: *“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”*. (Ecuador. Congreso Nacional, 1997)

Estos procedimientos adquieren carácter legal al ser estipulados en la Constitución de la República expedida en 1998 (Andrade, 2015) y posteriormente ratificados en la actual Carta Magna del 2008. Estos mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC), permiten a los involucrados en querellas, poner solución a sus controversias susceptibles de transacción mediante el arbitraje y/o la mediación, distintos a la justicia ordinaria, que ofrecen una serie de ventajas, entre otras: agilidad, eficiencia, confiabilidad, independencia, imparcialidad y privacidad (Cámara de Comercio de Quito, 2017).

La mediación, también conocida como conciliación en muchas partes del mundo, es un procedimiento flexible, extrajudicial y privado, donde existe la autonomía de la voluntad, manifestada desde la elección del método a utilizar hasta la decisión del carácter vinculante con el sistema jurisdiccional del acuerdo logrado en la resolución del conflicto, con el objetivo de lograr una solución negociada con la ayuda de un facilitador neutral (International Chamber of Commerce, 2017), quien se acoge a la justicia interpersonal y no legal, bajo protocolos de actuación o códigos de conducta, con un mínimo de formalidades que respaldan la esencia procesal del procedimiento, con el solo límite de la no contravención de las figuras tipificadas en el ordenamiento correspondiente al lugar en que se realice el proceso o, en su caso, a la normativa escogida en el convenio de mediación (Castañedo, 2018).

Este procedimiento se caracteriza además, por ser las partes en última instancia, quienes dirigen su contenido (Reborta, 2014); su carácter autónomo no obligatorio permite que, aún cuando las partes hayan convenido en

someter la disputa a la mediación, no están obligadas a continuar el procedimiento después de la primera reunión, la continuación del procedimiento depende de que éstas sigan aceptándolo; además, el mediador no puede imponer una decisión a las partes, para poder llegar a una solución, estas deben aceptarla voluntariamente; pudiendo aceptar o rechazar lo dispuesto en las actas de mediación, las partes controlan siempre la mediación.

Zalitur (2014), agrega que es el método alternativo de solución de conflictos donde los litigantes manifiestan deseos de llegar a un acuerdo beneficioso para ambas partes, con el debido respeto por el beneficio mutuo. Es un método apropiado cuando el mantenimiento de los vínculos debe garantizarse, como es el caso de las relaciones familiares, de vecindad, de amistad o de trabajo (Ramón, Zambrano & Espinoza, 2016).

Luego, cabe preguntarnos cómo puede el mediador en su rol de facilitador ayudar a las partes a tomar su propia decisión; para ello existen dos vías o formas principales que en la actualidad se emplean en el mundo entero. La primera de estas formas corresponde al llamado modelo "mediación-facilitación", en este caso, el mediador facilita la comunicación entre los litigantes haciendo comprender la perspectiva, posición e intereses del otro sobre la disputa. En el segundo caso relativo al modelo mediación-evaluación, el mediador realiza una evaluación no vinculante de la controversia, luego las partes están libres de aceptar o rechazar como solución.

Otra de las características de la mediación es su carácter confidencial, que permite fomentar la franqueza y la apertura en el procedimiento, garantizando a las partes que las declaraciones, propuestas u ofertas de solución no tendrán ninguna consecuencia más allá del procedimiento.

Este método está siendo aceptado en la resolución de conflictos nacionales e internacionales, dado que entre sus beneficios están:

- minimizar el volumen de los costos inherentes a la solución de la controversia.
- mantener el control del procedimiento de solución de la controversia.
- una solución rápida.
- mantener el carácter confidencial de la controversia.
- preservar la relación entre las partes en controversia.

En tal sentido, Andrade (2015), adiciona a esta lista el ahorro de tiempo y energía, que de otra forma los actores del litigio deben invertir en los trámites judiciales, con el consabido desgaste físico y emocional. Además, señala

como otra ventaja que nadie pierde, todos ganan, el resultado no sólo es del interés de las partes, sino de toda la sociedad, al ser el bienestar social objetivo del Estado. A través de la mediación las partes dan fin a su conflicto, pero también mantienen las relaciones personales.

De igual forma, la mediación es especialmente adecuada cuando surge una controversia entre las partes en una relación contractual continua, como por ejemplo, en el caso de una licencia, de un acuerdo de distribución, o de un contrato de actividades conjuntas de investigación y desarrollo (I+D), puesto que, la mediación proporciona una oportunidad para encontrar una solución, haciendo referencia también a intereses económicos y comerciales y no solamente a los derechos y obligaciones estrictamente jurídicos de las partes. Tiene por inconveniente que los involucrados pueden hacer dejación de este procedimiento en cualquier momento de la controversia, con la consecuente pérdida de esfuerzo, tiempo y encarecimiento del proceso; en este caso se recurre al arbitraje.

El arbitraje es un procedimiento formal e idóneo que conduce a una decisión vinculante por parte de un tribunal arbitral neutral, susceptible de ser ejecutada de conformidad con las normas de arbitraje nacionales y tratados internacionales (International Chamber of Commerce, 2017); en el cual, las partes determinan el clausulado de la contratación que los vincula o el Derecho o reglas de Derecho que las regirá, pactan el arbitraje con el objetivo de prever el desenvolvimiento de las relaciones entre las partes, atenuar o eliminar riesgos, establecer un régimen previsible y hasta cierto punto controlado en caso de disputas para administrarlas y resolverlas; así como los aspectos formales, subrayan el carácter último y definitivo del dictamen arbitral, y en general lo que buscan resolver, sin intervención de la justicia estatal. Una vez acordadas estas normativas, los árbitros y las partes no podrán decidir algún particular fuera de éstas, ni contravenir las regulaciones formales del arbitraje establecido. Incluso, el incumplimiento del laudo creado arbitrariamente, pudiera acarrear lo que se conoce hoy como, el proceso ejecutivo a instancias jurisdiccionales (Castañedo, 2018). Al adoptar este método para la resolución de las controversias las partes renuncian a acudir al juez y acuerdan someter la controversia voluntariamente a un tercero imparcial, independiente y experto, cuyo laudo, será vinculante a todos los efectos.

El procedimiento arbitral, entraña muchas ventajas y múltiples posibilidades para resolver satisfactoriamente un conflicto o controversia. Entre sus ventajas tenemos la celeridad, confidencialidad, especialización, economía de recursos materiales y humanos, menor grado de enfrentamiento entre las partes, flexibilidad, mayor participación

de las partes en el proceso, e intermediación entre estas y el árbitro (España. Universidad de Alcalá, 2018). Es una alternativa idónea, segura y rápida para obtener una solución definitiva de las cuestiones litigiosas de manera pacífica y efectiva (Vistin, 2016).

Además, mantiene las mismas garantías que un juicio pero es mucho más rápido, la decisión final que obtienen las partes es definitiva y tiene la misma eficacia que una sentencia judicial firme, ya que no es susceptible de apelación. Únicamente cabe interponer acción de anulación por motivos tasados en la ley. No obstante, algunas instituciones de arbitraje contemplan un control previo del laudo antes de interponer esta acción. En cualquier caso, los laudos arbitrales son de obligado cumplimiento y el dictado en el extranjero es fácil de ejecutar gracias al Convenio de Nueva York de 1958 (España. Universidad de Alcalá, 2018).

Debido a que los árbitros aplican la ley y toman una decisión, el arbitraje es más como una actuación judicial tradicional. Sin embargo, el arbitraje es privado, a diferencia de la corte tradicional, lo que significa que se mantiene la confidencialidad. Es por ello, que grandes corporaciones ponen cláusulas de arbitraje obligatorio en los contratos por esta razón (Boyer Law Firm Pl., 2018).

Este método, tiene como desventaja que el laudo arbitral es inapelable, sus efectos son de obligatorio cumplimiento para las partes; si alguna de ellas está en desacuerdo puede recurrir a 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, según lo dispuesto en la LAYM (Andrade, 2015). Cuando el laudo no es considerado adecuado por una de las partes, ésta experimenta sentimientos de inconformidad al no ser reconocida su "verdad"; puede ocasionar la ruptura de relaciones entre los involucrados.

Los procedimientos de mediación y el arbitraje tienen en común los siguientes aspectos:

1. Necesitan de la ayuda de un tercero imparcial y ajeno que actúa como conductor
2. Tanto los mediadores y los árbitros son terceros neutrales designados por las partes
3. Carácter confidencial
4. Son formas de resolver controversias o conflictos presentes o futuros que puedan surgir entre las partes, sin la intervención de los tribunales de justicia
5. Para que sean aplicables en la gestión de las diferencias, los interesados se deben someter voluntariamente a ellos (Boyer Law Firm Pl., 2018).

Ambos se emplean con frecuencia en el contexto de los procesos relacionados con herencias, derecho de familia, contratos administrativos, asuntos laborales, compraventa, sociedades, comercio, etc., pueden ser empleados en casi todo tipo de controversias, 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 (Andrade, 2015). Estos procedimientos, velan por los principios constitucionales: trato justo, transparencia, equidad, oportunidad, rapidez, eficacia, costos mínimos, debido proceso con intermediación, etc.

Tanto el arbitraje, como la mediación en primer término fortalecen el acceso a la justicia, y por otra parte propician el desahogo de los juzgados y tribunales, así como la celeridad de la solución de los conflictos (Hernández, Mendivil & Vedeli, 2015).

Sin embargo, existen marcadas diferencias entre ellos; la mediación, es un procedimiento informal facilitado por un mediador cuya función es ayudar a que las partes negocien y lleguen a un acuerdo, donde los involucrados conservan la responsabilidad y el control respecto de la controversia y no transfieren el poder de toma de decisiones al mediador. Mientras que el arbitraje es un procedimiento formal decidido por uno o más árbitros, cuya función es aplicar la ley y se tomará una decisión al respecto (Boyer Law Firm Pl., 2018).

En términos concretos, esto tiene dos consecuencias principales:

- En la mediación, cualquier resultado se determina por voluntad de las partes mientras que en el arbitraje, el resultado se determina de conformidad con una norma objetiva, la ley aplicable. Por consiguiente, al decidir acerca de un resultado, las partes pueden tomar en cuenta una serie más amplia de normas. Por ello, se dice con frecuencia que la mediación es un procedimiento basado en intereses, mientras que el arbitraje es un procedimiento basado en derechos.
- En el arbitraje, una parte debe convencer al tribunal de arbitraje de lo justificado de su causa. Dirige sus argumentos al tribunal y no a la otra parte. En una mediación, puesto que el resultado debe ser aceptado por ambas partes y no decidido por el mediador, una parte debe convencer a la otra o negociar con ella. Se dirige a la otra parte y no al mediador, aún cuando el mediador pueda ser el conducto de las comunicaciones de una parte a la otra.

Otra de las diferencias es que la [mediación](#) en general no es vinculante para las partes, mientras que el arbitraje si lo es; en ocasiones en los contratos se prevén arbitrajes no vinculantes, pero por lo general es la excepción. Además, la mediación termina cuando las partes llegan a un acuerdo de solución y el arbitraje se acaba cuando se dicta una decisión (Boyer Law Firm Pl., 2018).

Estos métodos marchan de forma unida y se complementan en cuanto a los objetivos que intentan alcanzar; mientras el arbitraje determina si le asiste la razón a un lado u otro o esta es compartida, la mediación parte de la percepción del conflicto por las partes y se dirige hacia una co-construcción de un nuevo puente negociador entre ellas (Castañedo, 2018).

Esta diferencia procedimental, lejos de ser un desencuentro irreconciliable, es, por el contrario, una fortaleza sustentada en la necesaria diversificación de las posibilidades de servicios especializados de los que acuden a los métodos alternos para resolver sus controversias, en un marco donde a veces es mejor un mal arreglo a una victoriosa pelea debido al desgaste que esta causa y que puede convertir a esa misma victoria en pírrica.

Se puede combinar la mediación con el arbitraje; en este caso, primero se somete la controversia a la mediación, si no se encuentra una solución dentro del plazo definido, o si una parte se niega a participar o a continuar participando en la mediación, se remite la controversia al arbitraje para que se dicte una decisión obligatoria.

Un ejemplo de esta práctica, la tenemos en el tratamiento de los conflictos comerciales internacionales; la ventaja del procedimiento combinado reside en que estimula el compromiso de buena fe de ambas partes para proceder a la mediación, puesto que la consecuencia de no alcanzar una solución acordada implicará la aportación de un mayor compromiso financiero y administrativo en el procedimiento arbitral subsiguiente.

Los métodos alternos de resolución de conflictos no son perfectos, pero sin duda alguna la posibilidad de elegir al árbitro, el lapso menor para llegar a la solución, la reducción del costo en casos de litigios complejos o de grandes montos involucrados, sumado a la aceptación por los tribunales de los laudos extranjeros como sentencias legítimas ejecutables, los convierten hoy en un instrumento indispensable para asegurar la paz social, la inversión y la modernización de nuestra economía (Castañedo, 2018).

¿Cómo se comportan la mediación y el arbitraje como métodos alternos de resolución de conflictos, en el ámbito internacional?, muchos de los aspectos hasta aquí analizados se cumplen en el contexto internacional, aunque

éstos guardan singularidades que distinguen su empleo en el entorno internacional, concebidos como métodos de administración de justicia, en cuanto a su naturaleza, sus principios rectores y su relación con el derecho nacional. Es por ello que, en este apartado nos dedicaremos a su tratamiento.

Se observa que cada día son más las empresas y organismos que los emplean en las controversias contractuales o de índole comercial; asimismo, los mecanismos de solución de diferencias previstos por los Tratados Bilaterales de Inversiones (TIBs) generalmente remiten los casos al arbitraje internacional (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2014). Por su eficacia en los últimos años, se ha incrementado su utilización por los operadores internacionales (España. Universidad de Alcalá, 2018).

La complejidad de estos tratados y los negocios internacionales hacen necesario que las eventuales controversias, sean resueltas en lapsos breves, con garantía de la seguridad jurídica y la imparcialidad del tribunal arbitral o mediador; por esta razón, particularmente el arbitraje internacional es hoy el sistema de solución de conflictos comerciales más demandado (Nicaragua. Cámara de Comercio y Servicios, 2017).

Esta institución de carácter internacional es un mecanismo alternativo a la jurisdicción ordinaria de los Estados (Longaric, 2008), sustentado en un conjunto de principios, tales como el de libertad, flexibilidad, idoneidad y otros que lo distinguen favorablemente. En general nos encontramos con dos opciones de arbitraje: el institucional, que será llevado bajo la administración de un centro; y, el Ad-hoc, donde el tribunal se instala con sus propias reglas. Corresponde a las partes, con base al principio de la autonomía de la voluntad, decidir con qué tipo de arbitraje, el reglamento, la forma de nominar al tribunal arbitral y con qué fundamento debe ser expedido el laudo.

Pero, ¿cuándo un arbitraje puede ser considerado internacional?, ¿cuáles requisitos debe cumplir?

En nuestra legislación, según lo dispuesto en LAYM, un arbitraje tiene carácter internacional cuando:

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;

- 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 refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad (Ecuador. Congreso Nacional, 2009).

Así se garantiza a las partes las ventajas de un método de solución de controversias; siempre en el marco de la legalidad, con el debido respeto a los intereses nacionales y colectivos, y actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.

También en la LAYM se estipula que *“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”* (Ecuador. Congreso Nacional, 2009)

De esta manera se facilita a los litigantes la elección de la sede arbitral, la ley aplicable a la controversia, el idioma en que será sustanciado el juicio, entre otros aspectos.

En este mismo artículo se legisla que, el Estado o las diferentes entidades que conforman el sector público podrán someterse al arbitraje internacional si cumplen con las disposiciones de la Constitución y leyes de la República; además, 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 (Ecuador. Congreso Nacional, 2009).

En la Constitución de la República del Ecuador se establece la regulación del arbitraje internacional, al estipular que *“no se podrán celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de*

*los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”* (Ecuador. Asamblea Nacional, 2008)

Mediante estas disposiciones, el Estado ecuatoriano se protege del desconocimiento sistemático por parte de los árbitros internacionales de las normativas de corte heterónomo encaminadas a resguardar los valores sociales generales o la integridad del proceso arbitral; situación que puede comprometer el futuro del arbitraje comercial internacional si provoca una reacción adversa de las fuerzas sociales o de las jurisdicciones estatales, que pueda desembocar en la intromisión o injerencia sistemática en el funcionamiento del arbitraje comercial internacional, o su exclusión o descalificación. En el marco de esta trama, los conflictos contractuales parecen tender a reclamar un mayor protagonismo de las partes en la estructuración de las vías para llegar a soluciones que les permitan preservar el nexo y con ello garantizar el flujo de la actividad, como algo primordial (Castañedo, 2018).

Por otro lado, el pasado 21 de agosto del 2018, el Estado del Ecuador promulgó la “Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal” (en lo sucesivo “Ley para el Fomento Productivo”), a través de la cual se da otro paso en el fortalecimiento de la figura del arbitraje internacional en el país (Paredes, 2018).

Con esta Ley se flexibilizan las deudas tributarias al permitir a las personas naturales y jurídicas beneficiarse de remisiones tributarias (intereses, multas y recargos) y obtener facilidades de pago con respecto a las deudas que se mantengan con el Gobierno Central, los Gobiernos Autónomos y varias instituciones públicas, y se promueve la inversión en el Ecuador.

En dicha Ley se prevé en el artículo 37 el arbitraje nacional o internacional obligatorio, para resolver disputas generadas a través de contratos de inversión, de conformidad con la Ley (Paredes, 2018).

Además, la Ley para el Fomento Productivo restablece en la LAYM el último párrafo del artículo 42, que expresa: *“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”* (Ecuador. Congreso Nacional, 2009); el que había sido eliminado en mayo de 2015 con la promulgación del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

Con esta reforma, los laudos arbitrales que son objeto de un arbitraje internacional podrán ser ejecutados directamente en Ecuador, al igual que sucede con los laudos nacionales; así no será necesario el procedimiento de homologación de laudos dictados como parte de un arbitraje internacional (Paredes, 2018).

En otro orden, es importante el conocimiento de los dilemas que el arbitraje internacional presenta en la actualidad, para poder adoptar las medidas adecuadas que mitiguen sus consecuencias. Según la experiencia de Castañedo (2018), entre estos problemas se encuentran:

1. La utilización de la vía telemática en procesos arbitrales con su correspondiente inseguridad en la confiabilidad de la información
2. Está siendo víctima de su propio éxito por la movilidad de los arbitrajes a cortes de mayor confiabilidad, rapidez en sus laudos y eficacia en la aplicación de las regulaciones comerciales según intereses económicos fundamentalmente
3. Canalización del arbitraje por la mezcla de diferentes asuntos complementarios o paralelos a las relaciones mercantiles
4. Su transformación en procesos pseudojudiciales por la excesiva judicialización imprimida a estos procesos, tal es así que, la excepción de incompetencia judicial, antes era entendida como una declinatoria del juez, ya no, ahora es una verdadera excepción
5. La existencia en los contratos comerciales de convenios arbitrales verdaderamente patológicos (párr. 7).

Pero, a pesar de estas falencias, el arbitraje es el instrumento esencial de solución de controversias y su conocimiento es fundamental, tanto, desde la perspectiva teórica como práctica.

## CONCLUSIONES

Los hallazgos obtenidos permiten concluir que el arbitraje y la mediación han estado presentes desde épocas remotas, que han ido evolucionando junto con el propio desarrollo de la humanidad. Como métodos alternos de resolución de conflictos y controversia nacionales e internacionales están avalados por la Constitución de la República; existe un sistema legislativo que norma sus trámites y ejecución.

La Mediación es un procedimiento, método, etc., de actualidad, eficiente, eficaz, flexible, extrajudicial y privado donde existe la autonomía de la voluntad manifiesta desde la elección del método a utilizar hasta la decisión del carácter vinculante con el sistema jurisdiccional, con el objetivo de lograr una solución negociada con la ayuda

de un facilitador neutral. El arbitraje, es un método alternativo formal e idóneo que conduce a una decisión vinculante por parte de un tribunal arbitral neutral, susceptible de ser ejecutada de conformidad con las normas de arbitraje nacionales y tratados internacionales. Los laudos arbitrales y las actas de mediación tienen efecto de sentencia ejecutada y cosa juzgada.

La diferencia procedimental, de estos métodos, lejos de ser un desencuentro irreconciliable, es por el contrario, una fortaleza que se sustenta en la necesaria diversificación de servicios especializados; éstos pueden marchar de forma unida, se complementan en cuanto a los objetivos que intentan alcanzar. Un ejemplo de esta práctica, es el tratamiento de los conflictos comerciales internacionales; donde se estimula el compromiso de buena fe de ambas partes para proceder a la mediación, y de no ser alcanzado un acuerdo satisfactorio se procede al proceso arbitral.

Son muchas las instancias internacionales que recurren a estos procedimientos por los lapsos breves, garantía de la seguridad jurídica y la imparcialidad del tribunal arbitral o mediador.

El Estado ecuatoriano, legisla en el artículo 41 de la LAYM, que para que un arbitraje sea considerado internacional, las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; 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 tiene su domicilio; o, el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad.

A pesar de las ventajas del arbitraje internacional, en la actualidad se observan falencias que conspiran contra su óptimo empleo, entre ellas: la inseguridad en la confiabilidad de la información al ser transferida por la vía telemática; la canalización del arbitraje por la mezcla de diferentes asuntos complementarios o paralelos a las relaciones mercantiles; la transformación en procesos pseudojudiciales por la excesiva judicialización imprimida a estos procesos y la existencia de convenios arbitrales, en los contratos comerciales, verdaderamente patológicos.

Para poder lograr el conocimiento y práctica de estos métodos, se debe crear en todos los cantones Centros de Mediación y Arbitraje, para un mayor acceso a la justicia mediante otras formas de resolución de los conflictos y controversias diferentes al proceso judicial tradicional y fortalecer la cultura del diálogo; contribuyendo así al cambio de la justicia ecuatoriana.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andrade, C. D. (2015). *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). Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Boyer Law Firm Pl. (2018). *Diferencia entre Arbitraje y Mediación*. Recuperado de <http://abogadofloridablog.com/diferencia-entre-arbitraje-y-mediacion/>
- Cámara de Comercio de Quito (2017). *Centro de Arbitraje y Mediación. Procedimientos*. Recuperado de <https://www.ccq.ec/centro-de-arbitraje-y-mediacion/>
- Castañedo, A. A. (2018). *Arbitraje y mediación. Su complementariedad en el contexto del comercio internacional*. La Habana: Universidad de La Habana.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2014). *International Investment Agreements Issues Note: Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement. Ginebra. 1(8)*. Recuperado de: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf)
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: CEP.
- Ecuador. Congreso Nacional. (1997). *Ley de arbitraje y mediación*. Quito: Congreso Nacional.
- Ecuador. Congreso Nacional. (2009). *LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION*. Quito: Congreso Nacional.
- España. Universidad de Alcalá. (2018). *Congreso internacional Estrategias actuales en materia de Mediación y Arbitraje comercial*. Recuperado de <http://www3.uah.es/dipr/wp-content/uploads/2018/02/LLAMADA-A-COMUNICACIONES-CONGRESO.pdf>
- Hernández, A. C., Mendivil, T. J., & Vedeli, H. C. (2015). Importancia de los métodos alternativos de solución de controversias en el sistema penal acusatorio mexicano. *Ciencia Jurídica*, 4(7). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5144762.pdf>
- International Chamber of Commerce. (2017). *2017 Arbitration Rules and 2014 Mediation Rules (Spanish version)*. Recuperado de <https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-mediation-rules-spanish-version/>
- Longaric, K. (2008). *Solución de controversias en la Integración Sudamericana*. La Paz: Plural Editores.
- Nicaragua. Cámara de Comercio y Servicios. (2017). *Arbitraje Internacional. CMA*. Centro de Mediación y Arbitraje. Recuperado de <http://www.cmanicaragua.com.ni/index.php/nuestros-servicios/arbitraje-internacional/>
- Paredes, F. (2018). Ecuador flexibiliza sus reglas de arbitraje internacional para atraer inversiones. CIAR GLOBAL. *La Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana*. Recuperado de <http://ciarglobal.com/ecuador-flexibiliza-sus-reglas-de-arbitraje-internacional-para-atraer-inversiones-francisco-paredes/>
- Ramón, M., Zambrano, J., & Espinoza, E. (2016). El trabajo social desde la orientación de género, una mediación educativa. *Atenas*, 4(36), 169-183]. Recuperado de <https://atenas.reduniv.edu.cu/index.php/atenas/article/view/256>
- Reborta, J. (2014). *Cómo analizar los conflictos: la tipología de los conflictos como herramienta de mediación*. Barcelona: Paidós.
- Vistin, M. J. (2016). *Aplicación de la ley de arbitraje y mediación para la solución de conflictos en el Cantón Guaranda*. (Tesis previa a la obtención del título de abogada). Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Zalitur, A. (2014). *Mediación del conflicto penal*. Santiago: Editorial Nacional.
- Zurita, G. E. (2001). *Manual de mediación y derechos humanos*. Recuperado de [http://www.biblioteca.udla.edu.ec/client/es\\_EC/default/search/results?qu=Zurita](http://www.biblioteca.udla.edu.ec/client/es_EC/default/search/results?qu=Zurita)