

Carolina Fabara

abogadacfabara@gmail.com

¿Sabías que las empresas cuando tienen conflictos también pueden mediar?

Una de las funciones primordiales de un Estado Constitucional de Derecho es garantizar la tutela efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos. Por lo que cada país ha adoptado nuevas formas para la resolución de conflictos. Sin duda alguna, el aumento de litigios y la acumulación de procesos lentos y costosos para el Estado y las partes hicieron necesaria la implementación de mecanismos alternos a la justicia ordinaria que garanticen la tutela de los derechos de los ciudadanos.

Los conflictos que se suscitan entre las partes y cuya solución no puede ser alcanzada a través de su propia voluntad se resuelven ante un tercero imparcial llamado juez, es decir mediante un proceso judicial. No obstante, los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), surgen como respuesta a la grave y real necesidad de la sociedad de encontrar otras herramientas que permitan arribar a un acuerdo entre las partes sin necesidad de recurrir a la justicia ordinaria. La conciliación, la negociación, la mediación y el arbitraje son algunos de ellos.

Introducción al marco legal

En Ecuador, los MASC tienen una larga trayectoria jurídica. En 1963, se dictó la primera ley sobre la materia, la Ley de Arbitraje Comercial. A pesar de que dicha Ley regulaba al sistema arbitral como un medio idóneo para la solución de conflictos comerciales, *“no fue mayor el uso y aplicación de esa normativa por desconocimiento, falta de promoción, entre otras razones”*. En los años noventa, debido al amplio desarrollo internacional del arbitraje, surge la necesidad de desarrollar legislación sobre MASC en Ecuador. Así, en el año 1997, se promulga la LAM, misma que tiene como premisa fundamental privilegiar y garantizar los métodos alternativos de solución de controversias. En lo principal, la LAM regula al arbitraje, a la mediación y a la mediación comunitaria como métodos privados e idóneos para llegar a acuerdos satisfactorios entre las partes.

En 1998, tras la consulta popular propuesta por el entonces presidente, Fabián Alarcón, los ecuatorianos votaron favorablemente para adoptar una nueva Constitución Política que derogó la de 1979. Por primera vez en la historia republicana, la Carta Magna ecuatoriana consagró constitucionalmente a los MASC como una herramienta alternativa a la justicia

ordinaria. Dentro de sus 284 artículos, el artículo 191 de dicho cuerpo señalaba: “Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos”.

Diez años más tarde, tras la constituyente propuesta por el economista Rafael Correa, se adoptó la Constitución de Montecristi. En esta se consagró de manera similar el reconocimiento de los MASC y establecieron dos distinciones con relación a la Constitución del 98. En primer lugar, restringió el ámbito de aplicación de los MASC a materias que, por su naturaleza, se puedan transigir; y, en segundo lugar, positivó la necesidad de contar con el pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado en todos los casos en los cuales el Estado se someta a arbitraje. Con el pasar de los años, el reconocimiento de los MASC se ha ampliado. Dentro del Código Orgánico de la Función Judicial en el año 2009, se consagró al arbitraje, a la mediación y a otros MASC como una forma de servicio público. Posteriormente, en mayo de 2015, con la entrada en vigor del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), la regulación de los MASC alcanza un mayor desarrollo legislativo dentro del sistema procesal ecuatoriano. En definitiva, los MASC se consagran en el ordenamiento jurídico del Ecuador con el afán de constituir mecanismos flexibles que se presentan como una opción válida para la resolución de controversias.

En esta ocasión hablaremos sobre la mediación:

Mediación

Se define como mediación al proceso voluntario mediante el cual las partes involucradas en un conflicto, con la ayuda de un tercero neutral e imparcial, exploran las maneras de resolver sus diferencias para llegar a un acuerdo satisfactorio. Este mecanismo se enfoca en la comunicación efectiva y en la habilidad negociadora de las partes. El mediador actúa únicamente como un facilitador que asiste a las partes para que negocien de manera eficiente y para que fortalezcan sus habilidades para alcanzar una solución. Es decir, son las partes las que solucionan sus controversias con la asistencia de un tercero, quien se encarga de crear una atmósfera en la que los involucrados se sientan libres para discutir abiertamente sobre la disputa. La Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) define a 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 extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto*”. La ley en cuestión agrega que se podrá solicitar mediación a los centros autorizados o a mediadores independientes y que podrán someterse a dicho procedimiento personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, siempre que sean legalmente capaces para transigir.

Confucio, reconocido pensador chino, promovió la solución pacífica de controversias desde tiempos inmemorables. Por esta razón, la mediación fue utilizada como mecanismo principal para solucionar las disputas en China desde aquellas épocas. En este país se promueve el uso del arb-med como mecanismo idóneo para resolver disputas de carácter comercial internacional.

Como se precisó, el artículo 49 de la Ley de Arbitraje y Mediación, a pesar que no hace referencia expresa al med-arb ni al arb-med-arb, imposibilita que dichos mecanismos sean implementados en Ecuador al establecer que quien ha actuado como mediador en un conflicto no podrá intervenir en el mismo como árbitro. Se ha planteado la imposibilidad de que, de acuerdo a nuestra legislación, se pueda utilizar el mecanismo del med-arb por la disposición del artículo 49 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Es importante analizar que la base de la LAM es la autonomía de la voluntad de las partes y si estas, libre y voluntariamente, deciden que el mediador tenga la potestad de pronunciarse por no alcanzar un acuerdo durante la mediación, dándole a dicho pronunciamiento el carácter de vinculante, no hay razón para que no pueda así pactarse. El principio rector y fundamental de todo MASC es la autonomía de la voluntad. Las partes son las dueñas de sus controversias y corresponde a ellas elegir, en virtud de sus aspiraciones, el sistema de resolución de conflictos que mejor satisfaga sus intereses y que más se acerque a su voluntad.

Los numerosos negocios jurídicos y relaciones comerciales que surgen en la actividad habitual de una empresa hacen que se conviertan en rutinarios los conflictos dentro de la empresa. Estos conflictos, pueden afectar negativamente a la actividad empresarial, por lo que una vez ocurre esto, las partes implicadas tienen la opción de emprender vías legales que, en muchas ocasiones, no son la alternativa más beneficiosa, ya que de ellas deriva un debilitamiento de la relación entre las partes que no es conveniente para la actividad de la empresa.

La mediación mercantil aparece como la alternativa más idónea a la vía judicial para solucionar los conflictos que se originen en el ámbito empresarial, ya que permite ahorrar costes económicos y procesales, así como alcanzar una solución de manera más rápida, eficaz y ajustada a las necesidades de las partes en conflicto. La mediación, además, cobra mayor protagonismo en el ámbito de los negocios jurídicos gracias al objetivo que persigue de preservar las relaciones existentes entre las partes, que resultan esenciales en toda actividad empresarial y dotan a la misma de seguridad y estabilidad. La mediación es un procedimiento de gran utilidad para el ámbito empresarial, los conflictos empresariales pueden darse dentro de las organizaciones, entre el personal o entre distintos departamentos o bien se pueden dar entre la Empresa y agentes externos, como clientes, proveedores, otras empresas, la administración, etc.

La mediación mercantil suele ser especialmente efectiva en las áreas de:

- Relación entre franquiciador y franquiciado
- Relación entre arrendador y arrendatario
- Conflictos entre administradores
- Conflictos entre administradores y la Junta Directiva
- Discordancia en valoraciones de activos
- Conflictos entre empresarios
- Conflictos entre proveedores y clientes

La mediación mercantil como forma de resolver los conflictos internos contribuye a instaurar una cultura de paz en la empresa ya que a través de ella se aprenden habilidades en comunicación haciendo que las relaciones laborales mejoren y evitando los altos costes que supone el conflicto. A través de la mediación se crea una cultura de empresa colaborativa donde el conflicto, lejos de ser un elemento negativo, se constituye como un factor de crecimiento e impulso de nuevas ideas y oportunidades.

La mediación entre empresas ayuda a que ambas satisfagan sus intereses, preserva las relaciones y protege la imagen de la marca al ser un proceso confidencial. La mediación es confidencial por lo que se evita la publicidad que conlleva el proceso judicial, preservando así la imagen de la marca. Es económica pues los conflictos se resuelven en poco tiempo con el ahorro que ello supone en tiempo y dinero. También es importante mencionar que las relaciones se mantienen, por lo que pueden surgir conflictos por un retraso en el pago, por un material defectuoso, por un problema entre franquiciador y franquiciado entre otros ejemplos. En muchos casos es importante solucionar el problema sin dañar la relación porque hay muchos intereses para que así sea. Esto sólo se consigue a través del proceso de mediación. El mediador va a conseguir que ambas partes vean satisfechos sus intereses y que sean ellas quienes den la solución.

La mediación es un proceso confidencial en el que un tercero independiente y neutral quien es el mediador, es nombrado por las partes para que les ayude a alcanzar un acuerdo negociado a su disputa. Dentro de los Centros de Mediación, el proceso de mediación se caracteriza por la preparación rigurosa, la búsqueda de soluciones colaborativas y creativas y el adecuado seguimiento de los casos. Todo ello a través de una metodología adquirida y experiencia en mediación comercial y a través de la figura de los mediadores mejor cualificados.

Referencias:

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

Código Orgánico General de Procesos. Artículos 102, 106, 153, 363. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.

Constitución de la República del Ecuador. Artículo 191. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Constitución de la República del Ecuador. Artículo 191. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 191, inciso 3. Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998.

Galindo, Álvaro. "Origen y desarrollo de la solución alternativa de conflictos en Ecuador". *Iuris Dictio* II/4 (2001), p. 123.

Hyde, Laurance. "Mediation". *Juvenile & Family Court Journal* 35/57 (1984), p. 57.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle y Kun, Fam. "Integrating Mediation into Arbitration: Why It Works in China". *Journal of International Arbitration* 25/4 (2008), p. 480.

Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 43. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.