



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

**LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE
CONFLICTOS Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO
ECUATORIANO**

AUTORA:

MARÍA ANGÉLICA ORTEGA SEMINARIO

DIRECTOR:

DR. GUILLERMO OCHOA RODRÍGUEZ

CUENCA-ECUADOR

2024

DEDICATORIA

Quiero dedicar el trabajo de titulación a las personas que me han ayudado a convertirme en una profesional y lo más importante en una persona que desea cambiar un poco más este mundo.

A mi familia, a mi madre Lourdes y amigo Pablo, que han estado presentes en este proceso y me han apoyado en el cumplimiento de este objetivo.

A mis abuelos Leonardo y Lourdes que siempre han estado a mi lado y han creído en mí más que ninguna persona.

A Pedro por su apoyo constante e incondicional y estar presente, incluso hasta en los malos momentos.

A mis amiguitos que sin ellos no podría haber culminado mi carrera universitaria, gracias por su apoyo emocional y económico en los momentos que más lo necesité.

Una dedicatoria especial a mi hermano Juan, sé que es capaz de superar cualquier adversidad y por él, mis primos Mateo, Emilia, Enrique, Bryhanna, Samantha y mi sobrino Salvatore, seguiré adelante para demostrarles que aún es posible continuar y sacar lo mejor de cada día, les repito vale la pena vivir una vida plena.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi madre, en especial por ayudarme a seguir adelante para cumplir mis objetivos, el camino fue duro, pero cumplí al fin una de las expectativas, gracias por enseñarme a ser una mujer que nunca se rinde y debe dar lo mejor de sí.

Agradezco a mis maestros universitarios pilares fundamentales en mi formación académica.

Agradezco al Dr. Guillermo Ochoa por ser un maestro excepcional y aceptar este reto, trabajando conjuntamente conmigo en la realización de este trabajo de titulación.

Agradezco a la Universidad del Azuay, por convertirse temporalmente en mi espacio seguro, por formarme y brindarme experiencias inolvidables.

RESUMEN

La mediación es un método eficaz de resolución de conflictos que se puede generar en virtud del contrato administrativo y la parte suscritora puede ser una institución del sector público, lo que da como resultado primero la exigencia de explicar de manera cualitativa la limitación de la actuación de acuerdo a las potestades de la administración pública, segundo verificar que la materia transigible cumpla las prerrogativas legales del derecho público, tercero verificar la normativa aplicable de la mediación con el sector público y por último entender la necesidad de crear una cultura de aplicación de la mediación en el derecho público ecuatoriano.

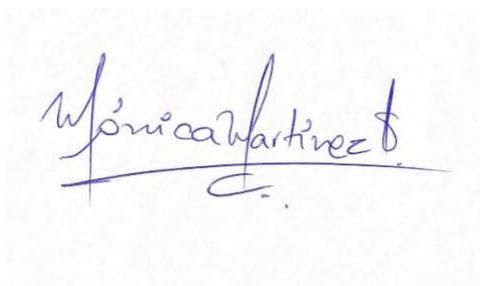
PALABRAS CLAVE: Mediación, contrato administrativo, sector público, potestad administrativa pública, materia transigible, cultura de mediación.

ABSTRACT

Mediation is an effective method of conflict resolution that the administrative contract can generate; the undersigned party can be a public institution, which results first in the requirement to explain qualitatively the limitation of the action according to the powers of the public administration; secondly, to verify that the subject matter to be settled complies with the legal prerogatives of public law; thirdly, to verify the applicable regulations on mediation with the public sector; and finally, to understand the need to create a culture of application of mediation in Ecuadorian public law.

Key words: *mediation, administrative contract, public sector, public administrative power, compromiseable matter, mediation culture.*

Approved by

A handwritten signature in blue ink, reading "Mónica Martínez Sojos" with a horizontal line underneath and a small flourish at the end.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, Mgt.

Cod. 29598

ÍNDICE

<i>TABLA DE ABREVIATURAS.....</i>	8
<i>INTRODUCCIÓN.....</i>	9
<i>CAPITULO 1.- LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ECUADOR: GENERALIDADES</i>	10
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGALES DE LA MEDIACIÓN EN EL ECUADOR	10
1.2. CONCEPTO, ELEMENTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN	15
1.3. CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	19
1.4. CLASES DE MEDIACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES	22
1.5. EFICACIA EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL ECUADOR	35
<i>CAPITULO 2.- LA MEDIACIÓN REGULADA EN EN EL SECTOR PÚBLICO EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO</i>	37
2.1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	37
2.2. LA MEDIACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA: MARCO DE REGULACIÓN ESPECIAL	40
2.3. LA VOLUNTAD Y LIBRE DISPOSICIÓN PARA SOLUCIONAR CONTROVERSAS A TRAVÉS DE LA MEDIACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN VIRTUD DE SU POTESTAD ADMINISTRATIVA.....	46

2.4. NATURALEZA, ELEMENTOS Y ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS DE MEDIACIÓN EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO	49
2.5. LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE EL ESTADO Y LAS PARTES SUScriptoras Y EL ROL DEL MEDIADOR EN VIRTUD DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	56
<i>CAPITULO 3.- PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACIÓN Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO ECUATORIANO.....</i>	59
3.1. NOCIONES GENERALES Y CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE MEDIACIÓN	59
3.2. MATERIA TRANSIGIBLE EN LA MEDIACIÓN CON EL SECTOR PÚBLICO	62
3.3. ETAPAS QUE SE IDENTIFICAN EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN	66
3.4... ACTAS DE MEDIACIÓN E IMPOSIBILIDAD DE ACUERDO CON EL SECTOR PÚBLICO	69
3.5. DERECHO COMPARADO CON LA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA Y COLOMBIA EN LA MEDIACIÓN CON EL SECTOR PÚBLICO	76
3.6..... LA NECESIDAD DE UNA CULTURA DE MEDIACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO	81
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	83
5. BIBLIOGRAFÍA.....	85

TABLA DE ABREVIATURAS

CONCEPTO	REFERENCIA
Ley de Arbitraje y Mediación	LAM
Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación	RLAM
Constitución de la República del Ecuador	CRE
Código Orgánico de la Función Judicial	COFJ
Código Orgánico Integral Penal	COIP
Consejo Nacional Electoral	CNE
Ley Orgánica del Servicio Público	LOSP
Procuraduría General del Estado	PGE
Contraloría General del Estado	CGE
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado	LOPGE
Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado	ROFPGE
Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado	RCMPGE
Reglamento del Centro de Mediación de la Función Judicial	RCMFJ
Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	LOGJCC
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	LOSNCP
Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones	COPCI
Código Orgánico Administrativo	COA
Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública	LOTAIP

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se refiere a la aplicación de la mediación en materia de derecho público, en virtud de que la parte que accede a este método de resolución de conflictos, es una de las instituciones del sector público, que juega un papel social como precursor del orden político, económico jurídico del Estado ecuatoriano y tiene como objetivo velar por el interés público; por este motivo, se vuelve especial este tipo de mediación; ya que necesario delimitar la materia en la cual se puede aplicar un acuerdo entre las partes mediante este método.

La características principales de este tipo de método de resolución de conflicto radica en que es un proceso normado actualmente en el Ecuador, donde interviene un tercero neutral e imparcial llamado mediador que facilita el diálogo entre las partes y apoya en la construcción del acuerdo; sin embargo es necesario especificar los requisitos que debe cumplir para llevar a cabo una audiencia de mediación, donde interviene la administración pública. De igual manera, lo que caracteriza a este proceso es la confidencialidad, que puede verse afectada cuando el Estado forma parte del proceso, aunque esto no descarta el control que tienen, en equidad, las partes en el proceso. La mediación tiende a ser más rápida y menos costosa que en los procesos judiciales y lo más importante preserva las relaciones entre las partes involucradas, ya que se fomenta la negociación, el diálogo y entendimiento.

La investigación se realizó conforme existe un interés de conocer cómo se aplica la mediación en el ámbito público, cuáles son las instituciones acreditadas para conocer estas controversias y de manera importante como está normada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por otra parte, es necesario establecer la necesidad de que exista una cultura de mediación en la sociedad, por lo cual es necesario profundizar el estudio de este método alternativo y las aristas que limitan al Estado y a los administrados para que no accedan a esta forma de resolución de conflictos, que muchas veces se da por el desconocimiento del proceso mismo. Por este motivo es necesario conocer el contexto legal y social que esta limitando este acceso, para desarrollar herramientas que puedan mejorar el proceso de mediación para que sea adaptado de manera reiterada en el ámbito contractual administrativo.

CAPITULO 1.- LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ECUADOR: GENERALIDADES

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGALES DE LA MEDIACIÓN EN EL ECUADOR

El Ecuador tiene la separación de poderes e históricamente fue un Estado de Derecho, donde el Poder Judicial es el encargado de aplicar las normas para resolver conflictos, sin embargo ha existido un monopolio de administración de justicia en los órganos jurisdiccionales, que tienen como instrumento principal al método clásico que es el proceso judicial. De igual manera, se ha dado una formación de una cultura litigiosa en la ciudadanía y la evolución ha traído como consecuencia la jurisdiccionalización o hiperjudicialización en las sociedades occidentales contemporáneas. Lo expuesto explica el gran número de demandas que se interponen hoy en día y colapsan el sistema judicial, como resultado el Estado ecuatoriano adopta los métodos alternativos de solución de conflictos, con el fin de mejorar el acceso a la justicia y dar prioridad a los ciudadanos, para que ellos sean los sujetos que resuelvan las disputas.

De manera general, sobre los métodos alternativos de solución de conflictos, se puede llegar a una postura de que permiten generar una visión novedosa y distinta a la aplicación de justicia tradicional y de acuerdo a la adopción en Ecuador de estos métodos, se verifica que son opciones que permiten a las personas solucionar de alguna manera, con respaldo y cumplimiento normativo, un conflicto que no desean llevar a la vía judicial ordinaria. Por lo cual, es importante conocer la trayectoria e historia de la adopción en general y específicamente en el Ecuador de estos métodos, enfatizando en el estudio a la figura de la mediación.

A mediados del siglo XX aparece la mediación, que se aplica de manera profesional; uno de los antecedentes más destacados es la Convención de la Haya de 18 de octubre de 1907 sobre solución de controversias internacionales, la cual reconoce al arbitraje y a la mediación como

medios no jurisdiccionales de resolución de conflictos¹. La mediación jurídica es vista como una institución distinta tanto de la jurisdicción como de otros medios alternativos de solución de conflictos, tales como el arbitraje y la conciliación. Así se mantiene esta situación hasta la creación de del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya en 1921 por la Sociedad de Naciones². De manera general, la mediación aparece como medio de solución de conflictos simultáneamente en Europa, Estados Unidos y Latinoamérica (Miranzo, 2010).

El 7 de junio de 1959 entró en vigor el texto internacional de mayor importancia en la materia de métodos alternativos de solución de conflictos: La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales de Nueva York en 1958³, procediendo inicialmente a la ratificación Ecuador en 1962, Estados Unidos en 1970 México en 1971 y Chile en 1975. En Ecuador se considera como el primer antecedente legislativo que regula los métodos alternativos de solución de conflictos a la Ley de Arbitraje Comercial, dictada en el tiempo de mandato y administración de la Junta Militar, 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; la cual fue derogada por la Ley de Arbitraje y Mediación, creada el 4 de septiembre de 1997, publicada en el Registro Oficial No. 145 y aprobada por el Congreso Nacional el 21 de agosto de 1997; el Congreso se autodenominó “Constituyente”, ya que los legisladores fueron convocados para la redacción de una nueva Constitución que sustituiría al texto constitucional de 1979.

Es importante en el ámbito histórico recalcar que, en el Congreso de 1997, existió una alianza entre socialcristianos y demócratas cristianos, que permitieron reformas constitucionales orientadas al neoliberalismo; modelo que tanto en ideología y práctica política en el Ecuador germinó al interior de las cámaras de la producción (Muirragui, 2011, p. 21); lo que trajo como consecuencia que áreas económicas estatales pasaran a manos privadas. Frente a esta realidad, se

¹ Convención de 1907 Para La Resolución Pacífica De Controversias Internacionales. (1907). Recuperado de: <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Convención-de-1907-para-la-resolución-pacífica-de-controversias-internacionales.pdf>

² El Tribunal Internacional de Justicia de la Haya en 1921 fue aprobado y creado por el Consejo de la Sociedad de Naciones, y estaba consituido por jueces permanentes, con procedimiento propio y verificaba, para emitir los dictámenes, los acuerdos de las partes en cuanto a su naturaleza real y su efectos jurídicos. (Tribunal Permanente de Justicia Internacional, 1039).

³ Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales de Nueva York. (1958). Recuperado de: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>

puede entender que los métodos alternativos de solución de conflictos, que tienen su origen en la aplicación del derecho privado, pasaron a ser un foco de atención en el área legislativa para responder a la realidad social y corporativa de la época. Influyó el impulso general por parte de los Organismos Multilaterales de Crédito como el Banco Mundial (BIRF) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), para la adopción legal que beneficie a segmentos orientados a difundir la aplicación de métodos alternativos de solución de conflictos (Camacho G. , 2006, p. 10).

En virtud del artículo 55 de la LAM adoptada en 1997, la mediación y conciliación extrajudicial eran considerados como sinónimos; sin embargo, hay que entender que en la conciliación extrajudicial, el conciliador es más intervencionista, ya que es el encargado de proponer las fórmulas de arreglo y la mediación si bien se cuenta con la intervención de un tercero, es un método autocompositivo, ya que las mismas partes en conflicto lo solucionan con asistencia; aunque, a la final, el efecto de los dos métodos es la realización de justicia.

Los métodos alternativos de solución de conflictos se fundamentan en el diálogo y la cooperación (Durán Chávez, 2020); así en 1998, mediante consulta popular, promovida por el ex presidente Fabián Alarcón; se adopta la Constitución Política de la República de Ecuador⁴, que consagró constitucionalmente a los MASC como una herramienta alternativa a la justicia ordinaria. De igual manera, se reconoce en el artículo 191, del mencionado texto constitucional, a la unidad jurisdiccional y la mediación como método alternativo de solución de conflictos; sin embargo, su aplicación aún era deficiente en virtud de la realidad y preferencia de la administración de justicia por parte del órgano jurisdiccional.

A través de la creación de los centros de mediación se logró promover una cultura de paz y se dinamizó la aplicación de la mediación entre instituciones o empresas del sector público y personas naturales o jurídicas del sector privado. Por lo cual, los centros de mediación deben estar registrados en el Consejo Nacional de Judicatura para poder actuar y podrán ser organizados por gobiernos locales, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones que no tengan ánimo de lucro y las organizaciones comunitarias.

⁴ Constitución Política de la República de Ecuador. (1998). Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0061.pdf>

El 27 de julio de 1999 el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado obtuvo su primer registro en el Consejo Nacional de la Judicatura, para garantizar la legalidad de los acuerdos y la solución de controversias con las Instituciones del Estado. El 11 de octubre de 2002, el Gobierno del Ecuador, a cargo de Lucio Gutiérrez, y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento; que es una cooperativa internacional, que apoya a países en desarrollo y con baja capacidad crediticia; pactaron el Convenio de Donación para el “Fortalecimiento Institucional de la Oficina del Procurador General del Estado”, para la reapertura y funcionamiento de Centros de Mediación en la Procuraduría General del Estado y en 2005 operaron los Centros de Mediación en las ciudades de Guayaquil y Quito, con cursos para capacitación y formación de mediadores con criterio profesional. Actualmente existen oficinas del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado en Cuenca, Loja, Portoviejo, Riobamba, Machala, Esmeraldas, San Cristóbal y Tulcán con 30 mediadores acreditados y da tratamiento a conflictos en materias de lo civil, laboral público y privado, mercantil, societario, familia, tributario y derechos humanos, con especial énfasis en los temas de contratación pública y derecho administrativo (Procuraduría General del Estado, 2023).

El 28 de septiembre de 2008, el 68% de los ecuatorianos aprobaron; en consulta popular, promovida por el ex presidente Rafael Correa; una nueva Constitución, que fue publicada en el Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre de 2008. Uno de los puntos centrales es que el Ecuador paso de ser un Estado de derecho a uno de derechos, lo que genera que en la Constitución se enfatice la participación ciudadana; es por ello que los alcances de la participación se determinan actualmente, a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria y lo importante es que con este enfoque se dio paso a que las organizaciones pueden desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley y actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad.

En la Constitución del 2008 se reconoce que la mediación es un método viable para enfrentar los problemas de la justicia ordinaria, en virtud de que la mediación se mostró como un instrumento jurídico viable para resolver rápidamente conflictos entre las partes, por ello en el

artículo 190, contenido en la Sección Octava del Capítulo IV del Título IV de la CRE, se reconoce a la mediación como método alternativo de solución de conflictos, lo que le da trascendental importancia para la aplicación como sistema de justicia (Asamblea Constituyente, 2008).

Posteriormente la Ley de Arbitraje y Mediación (1997) que se codificó en diciembre de 2006, fue reformada en el 2015, en virtud de tener concordancia con el Código Orgánico General de Procesos, lo interesante es que el Consejo de la Judicatura, órgano de la Función Judicial, tuvo atribuciones de registro de los Centros de Arbitraje y Mediación; prueba de esto es el artículo 39 de la Ley de Arbitraje y Mediación que fija los requisitos que deben cumplir los centros para su funcionamiento, es así que cuando faltaba el reglamento, los Centros de Arbitraje y Mediación quedaron al arbitrio de la potestad normativa del Consejo de la judicatura, lo que generó pagos de tasas y obligaciones injustificadas no previstas en ninguna ley; esto reflejaba la corrupción en las entidades públicas y la necesidad de la regulación para asegurar la autonomía sobre la institucionalidad de los métodos alternativos de solución de conflictos (Neira, 2021).

Frente a la necesidad de regulación expuesta, el 18 de agosto de 2021, el ex presidente Guillermo Lasso expidió el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, mediante Decreto Ejecutivo 165, publicado en el Registro Oficial del 26 de agosto de 2021. El objetivo del reglamento es declarar la independencia de los Centros de Arbitraje y Mediación, ya que existe prohibición expresa de interferencia de autoridades estatales, conforme el artículo 19 numeral 3 del referido reglamento, lo cual ha generado controversia con aquellos que tienen el criterio de que intervenga en este registro el Consejo de la Judicatura. En cuanto, a la mediación, el reglamento establece en el artículo 16, la mediación con el Estado y entidades del sector público, por lo cual promueve a las entidades del sector público a suscribir acuerdos con las contrapartes.

En virtud de la trayectoria histórica y legislativa de los métodos alternativos de solución de conflictos, con énfasis en la mediación, el Ecuador empieza a orientarse a la difusión de una cultura de paz y se posiciona como Estado que reconoce el alcance de la mediación en los conflictos, los cuales no necesariamente deben ser resueltos específicamente a través de la judicialización. Con los antecedentes señalados, es necesario que como Estado se impulse y desarrolle la mediación con instituciones del sector público, entendiendo la evolución de que las

instituciones puedan mejorar el servicio de acceso de la justicia respondiendo a políticas públicas y mostrándose como una estructura que presenta una nueva oferta de justicia, enfocada al diálogo y negociación pacífica con las partes.

1.2. CONCEPTO, ELEMENTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN

Para entender la noción específica de la mediación es importante entender que su concepto no es unificado y que hay varios autores con distintas percepciones, que estudian esta figura jurídica, la cual ha sido adoptada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. De igual manera, es importante mencionar las distintas concepciones para llegar al análisis de la definición legal que la encontramos en la Ley de Arbitraje y Mediación (1997).

La mediación puede ser definida como un método alternativo para la transformación pacífica de los conflictos fundamentada en un proceso comunicacional en el que interviene una tercera persona denominada mediador que guía, orienta y ayuda a las partes inmersas en el conflicto, a que colaboren entre sí, a través de técnicas que potencian la participación y el empoderamiento de las mismas, logrando que sean ellas las que elaboren una solución positiva que ponga fin a su conflicto, fortaleciendo el tejido, la cohesión social, y a la instauración de una cultura de paz.

Sara Cobb, autora y precursora del modelo circular narrativo en mediación y resolución de conflictos, ex directora del programa de mediación de la Facultad de Derecho de Harvard (Gedisa, 2023), establece que la mediación es un: "...proceso que estructura la intervención de las partes involucradas en modos que favorecen su participación y legitimidad, asumiendo responsabilidades para diseñar la resolución de sus disputa" (Álvarez Torres y otros, 2013).

La Doctora Pilar Munuera Gomez, experta en mediación (Madrid, 2023), plantea el siguiente concepto: "... la mediación es un proceso en virtud del cual un tercero, el mediador, ayuda a las partes implicadas en un conflicto a su resolución. Es una solución mutuamente aceptada y estructurada de manera que permita, la continuidad de las relaciones entre las personas involucradas y se expresa en un acuerdo o convenio" (Gómez, 2006).

Según la Abogada Rosana Pérez Gurrea (2013), “se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador. La nota característica es el alcance de los acuerdos por las partes y no por imposición de terceros, como ocurre en los sistemas judicial o arbitral en el que las soluciones las adopta un tercero, ya sea el juez o el árbitro” (p.7).

Gladys Stella Alvarez, impulsora de la Mediación en Latinoamérica y del movimiento de Resolución Alternativa de Disputas, establece que la mediación es un procedimiento estructurado en etapas, guiado por un tercero imparcial y neutral llamado mediador, a través del cual dos o más partes en conflicto buscan, en conjunto y con visión hacia futuro, una solución adecuada y definitiva a un problema que comparten (Alvarez, 1997).

En la Ley de Arbitraje y Mediación (1997), en el Título II, artículo 43, se regula a la mediación, por lo cual es importante analizar cada uno de los elementos de la figura jurídica contemplada en la ley, esto conforme a la tabla 1 que se expone:

Tabla 1

ELEMENTOS DE LA FIGURA JURÍDICA MEDIACIÓN

a) La mediación es un **procedimiento** de solución de conflictos:

- La ley regula a la mediación como un procedimiento, es decir, como una orden de sucesión y una manera como surten etapas y actuaciones dentro de un proceso, específicamente como la sucesión ordenada de actos procesales, a través de los cuales se sustancia el proceso, en este caso como actividad de la voluntad de las partes para llegar a la finalidad de resolver la controversia. De igual manera, la norma tiene concordancia con el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), ya que la mediación es un procedimiento alternativo de solución de conflictos.

b) En la mediación las **partes**, asistidas por un tercero neutral llamado **mediador**, procuran un **acuerdo voluntario**:

- El primer elemento son las partes, quienes son las que acuerdan la manera de llevar a cabo la mediación y el segundo elemento es el mediador, quien facilita el diálogo entre las partes en conflicto. Así el mediador facilita una comunicación abierta entre las partes en conflicto, ya que permite que cada una de ellas exponga su punto de vista y se encarga de redefinir las posturas de manera positiva, aunque el mediador actúa como agente de la realidad para que las partes propongan soluciones viables para finalizar el conflicto.
- La mediación es voluntaria, lo que corresponde determinar en este sentido es que las partes deciden si quieren someterse o no al procedimiento para resolver su conflicto por esta vía; sin embargo en la mediación cabe destacar que el legislador se refiere a que el “acuerdo” es voluntario, lo que significa que el arreglo nunca puede ser obligado para las partes, ya que estos acuerdos mediados se cumplen fácilmente por las partes en la mediación.

c) En la mediación el acuerdo voluntario versa sobre **materia transigible**, de carácter extrajudicial y definitivo y pone fin al conflicto:

- La materia transigible, es aquella en que las partes, de manera legal, pueden negociar y acordar e involucra que los derechos pueden ser cedidos con voluntariedad y de conformidad con la ley (Mapa Regional, 2023). En el Ecuador, por falta de iniciativa no existe un catálogo de materias y asuntos transigibles en mediación, a pesar de que sería necesario esta delimitación para mayor seguridad jurídica en el ejercicio de la mediación. De igual manera, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la materia transigible no se encuentra definida, sin embargo se sigue las reglas de la transacción establecidas en el Código Civil.
- El acuerdo voluntario tiene carácter de extrajudicial, es decir no se inicia un procedimiento judicial, las partes por mutuo consentimiento, sin la intervención de un juzgador y en este caso con el apoyo de un mediador, llegan a una solución que pone fin al conflicto.

Nota. Fuente: El autor.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la mediación, debe estar claro el presupuesto de que, este método alternativo de solución de conflictos, no tiene naturaleza judicial, no es una función jurisdiccional del Estado; a pesar de que legalmente la mediación consta como fase previa de un proceso judicial. La jurisdicción es una verdadera garantía del Estado y la mediación persigue un objetivo diferente que no es determinar responsabilidad de las causas que generaron el conflicto como lo hace el juez, sino puede verse como un equivalente jurisdiccional por la finalidad de lograr una solución del conflicto (Ocampo, 2023).

La naturaleza jurídica de la mediación tiene que ver con la idea de que es la solución de conflictos pacíficos y extrajudiciales, no obligatorios, regulada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y sin función jurisdiccional, de carácter confidencial y representa una solución neutral a la que llegan las partes, a través de un acuerdo voluntario, en materia transigible. Para llegar a este precepto es importante afirmar que la mediación es contractual, por su origen, cuando por autonomía de la voluntad las partes se someten a la resolución del conflicto mediante la mediación, así la declaración de aceptación voluntaria de las partes, hace que asuman las obligaciones de ella derivadas, como un contrato.

La declaración puede ser enunciada en el acta inicial de una mediación o en un contrato autónomo o cláusula contractual incluida en un convenio obligacional, de cualquier forma la declaración se expresa por escrito, lo que constituye un factor de solemnidad que da seguridad; cabe destacar que este contrato no necesita una forma especial, ya que puede estar escrito en una carta, mensaje, email y otros medios donde se verifique la voluntariedad de las partes. La figura jurídica de la mediación, con relación a las partes y distribución de la obligación es bilateral, ya que, a pesar de la intervención del mediador en el contrato este mantendrá su clasificación de bilateral por la reciprocidad de obligaciones que se verifican en relación a las partes afectadas por el conflicto y esta naturaleza contractual es de resultado.

1.3. CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

De acuerdo al jurista colombiano, Hernando Morales (1991), los principios del derecho son: “Los criterios u orientaciones generales que inspiran el ordenamiento procesal”. En el Ecuador, no existe una norma que establezca taxativamente los principios de la mediación como método alternativo de solución de conflictos, sin embargo en la LAM (1997) se reconoce principios generales que caracterizan a la mediación, ya que en si por su naturaleza la mediación tiene como límites a la voluntad de las partes, la ley, la moral y las buenas costumbres.

Tabla 2

CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN

CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN
<ul style="list-style-type: none"> • VOLUNTARIA • NO COERCITIVA • IMPLICA UNA NEGOCIACIÓN ASISTIDA • CONFIDENCIAL • LEGALIDAD EN EL PROCESO • ECONOMÍA, INMEDIACIÓN Y ORALIDAD EN EL PROCESO • MEDIADOR IMPARCIAL

Nota. Fuente: El autor.

Primero, la mediación es voluntaria, ya que las partes deciden si desean participar o no, y pueden desistir en cualquier momento del proceso, en este punto es importante destacar que no es lo mismo “recurrir” que “someterse” a la mediación, ya que al recurrir se presupone una intención de ofrecer la posibilidad de explorar en común la situación conflictiva. De igual manera, ninguna de las partes esta obligada a acudir a un mediador o aceptar un acuerdo en particular. La voluntariedad, no solo se manifiesta en la forma de llegar a la mediación, sino también en la autonomía para firmar el contrato de mediación, continuar con el proceso y llegar al acuerdo, así según el artículo 43 de la LAM (1997) las partes procuran “un acuerdo voluntario”.

Segundo, la mediación no es coercitiva e implica una negociación asistida, es decir se caracteriza por la intervención de un tercero, no involucrado con los intereses en conflicto, con el fin de ayudar a las partes en el manejo de la resolución del conflicto (Benigno, 2002), ya que el mediador no decide por las partes, sino que les ayuda a tomar sus propias decisiones. El mediador debe actuar como un tercero imparcial que ayude a las partes a llegar a un acuerdo justo y satisfactorio para las partes y puede proporcionar asistencia procesal o presentar diferentes soluciones sustantivas a las partes.

Tercero, la mediación es confidencial, ya que proyecta en las partes un espacio de tranquilidad y franqueza, tomando en cuenta que la información recabada no puede ser divulgada ni puede ser utilizada como medio de prueba ante ningún tribunal (Quiroz, 2019, p.31). En el Ecuador la confidencialidad en la mediación, supone que las partes suscriben una cláusula que le da tal efecto, incluso todo lo que se produce en la mediación (documentos, correos electrónicos, etc.) es estrictamente confidencial.

En Ecuador, la LAM (1997), específicamente el artículo 50 manda que la mediación tiene carácter de confidencial. Este mandato tiene concordancia con el artículo 168 numeral 5 de la CRE (2008) y el artículo 13 del COFJ (2009), donde se establece que de acuerdo al principio de publicidad, “las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas”. Por este motivo en la mediación las partes de común acuerdo pueden solicitar la reserva del proceso de mediación.

El respeto a la confidencialidad es necesario durante toda la mediación, tanto a las partes, como al mediador o a terceros, incluso un experto; que podrían intervenir para ayudar a las partes a llegar a un acuerdo. La confidencialidad involucra al mediador y a los mediados, así como a toda persona vinculada a esa mediación. Por lo tanto, las partes pueden expresar libremente sus palabras o escritos, ya que no se utilizarán fuera del contexto de la mediación. En audiencias de mediación pueden asistir observadores con fines académicos o expertos, siempre y cuando las partes y el centro lo autoricen y firmen un convenio de confidencialidad.

Las sesiones de mediación son privadas y existe la restricción para los mediados de que no puedan llamar como testigo al mediador en un proceso judicial o arbitral relacionado con el objeto de la mediación. Sin embargo, un límite a la confidencialidad para el mediador se da cuando reciba información de violencia, crímenes cometidos o estados de amenazas o de daño a menores, en cuyo caso está obligado a denunciar el hecho y las partes de común acuerdo pueden renunciar a la confidencialidad.

Es importante destacar que lo expuesto anteriormente sobre la confidencialidad, es mandatorio para el sector privado; sin embargo, las actas del sector público pueden tener distintos niveles de confidencialidad, ya que las actas de reuniones y deliberaciones del sector público son consideradas documentos públicos y están sujetas a las disposiciones de transparencia y acceso público. De igual manera, las actas de acuerdo total y de acuerdo parcial deben ser públicas, ya que el derecho de los ciudadanos de conocer las actuaciones de su administración lo exigen, por lo tanto las actas de mediación en el sector público no pueden ser confidenciales, ni tampoco las partes (Feijoó, 2008).

La excepcionalidad de las actas que pueden ser públicas, cuando se media con el sector público, radica que cierta información de las actas como datos personales, información comercial clasificada o de protección de datos personales es confidencial. En algunos casos, las actas pueden derivar de discusiones o deliberaciones en sesiones cerradas o privadas de una entidad gubernamental, por lo que las actas son confidenciales por un período determinado de tiempo, antes de ser divulgadas públicamente.

Cuarto, todo lo que emane de un Estado debe estar regido por la ley y no por la sola voluntad de las partes, por tanto la legalidad implica el respeto al marco normativo. De acuerdo al Doctor mexicano, Roberto Islas Montes (2009), el principio de legalidad es regla de competencia y regla de control, en la mediación los acuerdos a los que lleguen los mediados deben estar apegados a la legalidad. Cuando el mediador dude sobre la legalidad o viabilidad de un acuerdo o que está basado en información falsa o de mala fe, debe convertirse en un agente de realidad y dar a conocer a las partes el alcance y repercusiones del acuerdo, finalmente no puede permitir que los

acuerdos a los que arriben los mediados sean violatorios de alguna disposición del ordenamiento jurídico.

Quinto, los principios procesales de economía, inmediación y oralidad son indispensables para la proyección del proceso de mediación. La economía procesal en la mediación se evidencia al momento de la reducción de recursos al momento de acceder al método alternativo, la economía pecuniaria por la agilidad en su parte operativa donde se llega a un acuerdo en la menor cantidad de tiempo. La inmediación permite actuar a las partes en el proceso prescindiendo de intermediarios y sobre la oralidad se evidencia cuando las partes expresan sus necesidades y deseos, reduciendo las piezas escritas estrictamente a los acuerdos que constan en el acta de mediación.

Sexto, sobre la figura del mediador se reconoce los principios de neutralidad, equidad e imparcialidad. Sobre el primer principio de neutralidad el mediador debe mantener una postura en la cual no ceda a las inclinaciones o preferencias de las partes, así puede ayudar a las partes a que arriben a sus propios acuerdos, respetando las decisiones que adopten los mediados. El mediador debe evitar la asistencia técnica como puede ser la de representación, asesoría o emitir juicios de formación profesional o personal. El acuerdo de mediación debe satisfacer los intereses de las partes, por lo cual es necesario que el mediador haga entender claramente los contenidos y alcances del acuerdo, ya que si el mediador detecta un desequilibrio de poderes entre los mediados, deberá procurar buscar el equilibrio para ser equitativo. El mediador debe ser imparcial, lo que implica que debe tratar a los mediados con objetividad, llegando incluso a dar el mismo trato a cada una de las partes; por este motivo aplica la excusa del mediador si existen vínculos entre él y uno o más de los mediados como parentesco o amistad.

1.4. CLASES DE MEDIACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Existen varios tipos de mediación; sin embargo, es preciso centrarse en las aplicables de acuerdo a la normativa jurídica ecuatoriana y no dejar de lado a las que doctrinariamente se reconocen a nivel global; ya que de acuerdo a las clases de mediación, el mediador y las partes

puedan llegar a la solución de la controversia; por ese motivo se analiza, de manera general, las clasificaciones de acuerdo a sus objetivos, a los medios, naturaleza y ámbito de aplicación.

a) Mediación de acuerdo a sus objetivos se clasifica en:

- **MEDIACIÓN FACILITADORA:** El mediador ayuda a las partes facilitando la comunicación y beneficio mutuo.
- **MEDIACIÓN TERAPÉUTICA:** El mediador ayuda a las partes a “sanar” el daño provocado por las partes, para llegar al objetivo de la reconciliación.
- **MEDIACIÓN TRANSFORMADORA:** En la mediación se necesita generar el empoderamiento para que las partes generen habilidades propias para resolver las disputas y reconocer que son ellas mismas las que pueden generar la solución de la controversia.
- **MEDIACIÓN EVALUATIVA:** El mediador evalúa los reclamos y toma en cuenta la solución teniendo en cuenta la normativa aplicable (Orlando, 2015).

b) Mediación de acuerdo a los medios:

- **MEDIACIÓN EN LÍNEA:** Es diferente a la mediación tradicional presencial, donde en un solo espacio, como una sala común se encuentran las partes con el mediador para resolver el conflicto. Este tipo de mediación permite a las partes involucradas en un conflicto y al mediador interactuar y negociar, a través de herramientas de comunicación en línea, como: Videoconferencias, correo electrónico, plataformas de chat y cualquier sistema de gestión online. Este tipo de mediación es beneficiosa cuando las partes se encuentran en diferentes ubicaciones geográficas o cuando la distancia física dificulta la mediación tradicional. Con este sistema se aprovecha las ventajas de la tecnología y se agiliza el proceso, incluso como ejemplo en la actualidad las solicitudes de mediación son en línea, como en el caso del Centro de Mediación del Consejo de la Judicatura que recepta solicitudes de audiencias telemáticas a través del sistema en línea de mediación.

c) **Mediación de acuerdo a su naturaleza:**

- **MEDIACIÓN PÚBLICA:** Implica la intervención de una entidad pública o gubernamental, con un mediador neutral. El gobierno o sus instituciones, como ejemplo: Oficinas de mediación públicas o Defensorías del Pueblo, actúan en este tipo de mediación como facilitadores imparciales para ayudar a las partes a llegar a un acuerdo de manera pacífica.

De acuerdo al artículo 17 inciso 2 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009): “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”. La mediación pública puede ser especialmente accesible para personas y comunidades que no tienen acceso a servicios legales privados o que desean resolver sus conflictos de manera rápida y asequible.

La mediación pública en Ecuador se refiere a un proceso de resolución de conflictos que implica la intervención de una entidad pública o gubernamental como mediador neutral en disputas entre ciudadanos, organizaciones o grupos de interés. En este tipo de mediación, el gobierno o sus agencias actúan como facilitadores imparciales para ayudar a las partes a llegar a acuerdos y resolver diferencias de manera pacífica. Los servicios de mediación pública brindados por el gobierno pueden estar disponibles en diferentes niveles, desde el local hasta el nacional y pueden variar según las regiones y las jurisdicciones dentro del país.

- **MEDIACIÓN PRIVADA:** En este tipo los mediadores certificados son independientes y no están involucrados directamente con el sistema judicial estatal o con organismos gubernamentales. La mediación privada en Ecuador se refiere a un proceso de resolución de conflictos que involucra a mediadores privados, es decir, mediadores que no están vinculados directamente con el sistema de justicia estatal o con organismos gubernamentales.

En la mediación privada, las partes involucradas en un conflicto acuden a un mediador independiente y acuerdan participar en el proceso de mediación de manera voluntaria y generalmente de mutuo acuerdo. Si las partes en conflicto llegan a un acuerdo a través de la mediación privada, ese acuerdo se registra y se considera legalmente vinculante, las partes se comprometen a cumplir con los términos del acuerdo. La mediación privada, no es gratuita, sin embargo puede ser más rápida y menos costosa que los litigios en sede judicial.

d) Mediación de acuerdo a su ámbito de aplicación:

- **MEDIACIÓN JUDICIAL:** Se lleva a cabo en el marco del sistema judicial ecuatoriano. Los jueces pueden remitir los casos a mediación antes de proceder a un juicio formal. El proceso implica la intervención de un mediador imparcial, designado por el juez, para que las partes en conflicto lleguen a un acuerdo aceptable. Para la participación en la mediación, el juez puede sugerir o remitir el caso a mediación; sin embargo, las partes no están obligadas a llegar a un acuerdo mediante este proceso y pueden optar por regresar al tribunal, si no se alcanza un acuerdo. Si las partes llegan a un acuerdo, a través de la mediación, ese acuerdo se convierte en el documento legal vinculante en el proceso para que el juez o tribunal proceda a su aprobación. Se aplica en casos como: Prescripción adquisitiva de dominio, amparo posesorio, acción reivindicatoria, liquidación de sociedad conyugal, amparo posesorio y daño moral, que pueden ser derivados por la sede judicial (Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial, 2023).
- **MEDIACIÓN COMUNITARIA:** La mediación comunitaria es una alternativa óptima para manejar conflictos internos y externos de una determinada comunidad desde una perspectiva propia (Saldaña, La mediación comunitaria en el Ecuador , 2020). Albie M. Davis (2020), formadora en mediación comunitaria en Dorchester, establece que la mediación comunitaria constituye “el alma” del movimiento de la solución alternativa de disputas , es decir este tipo de mediación se preocupa por la

comunidad y su organización y por el modo como las personas comunes y corrientes se relacionan con el sistema jurídico.

Una comunidad no se une necesariamente bajo un objetivo común pero si bajo una identidad común, por lo cual la búsqueda de resolución de conflictos de las comunidades a través de la mediación se lleva a cabo a nivel local y se centra en la intervención de mediadores imparciales y capacitados, para ayudar a personas y sus comunidades a resolver las disputas. Los mediadores claramente conocen su cultura, métodos incluso ancestrales y la comunidad generalmente se enfoca en cuestiones que afectan a un entorno específico, para solucionar como: Problemas vecinales, daño de propiedad o disputas de propiedad. La mediación comunitaria se aplica en virtud del interés compartido de armonía, cooperación y comprensión mutua.

Conforme el artículo 58 de la LAM se reconoce a la mediación comunitaria como mecanismo de resolución de conflictos. En este tipo de mediación el objetivo no es satisfacer las necesidades particulares, sino la armonía y paz social de las diversas comunidades en el territorio ecuatoriano. De acuerdo al artículo 59 de la LAM las comunidades indígenas y negras o afroecuatorianas, las organizaciones barriales y en general las organizaciones comunitarias, podrán establecer centros de mediación para los miembros, de carácter gratuito, e incluso los centros de mediación pueden ofrecer servicios de capacitación apropiados para los mediadores comunitarios, considerando las peculiaridades socio-económicas, culturales y antropológicas de las comunidades.

Los mediadores generalmente tienen una conexión con la comunidad o son cercanos con ella. Si las partes en conflicto llegan a un acuerdo a través de la mediación comunitaria, ese acuerdo se registra y se considera legalmente vinculante, esto permite que las partes cumplan con los términos acordados y evita la necesidad de procedimientos legales adicionales. El acuerdo de una mediación

comunitaria tendrá el mismo valor y efecto que los alcanzados en el procedimiento de mediación establecido en la ley.

- **MEDIACIÓN LABORAL:** Este proceso se utiliza para ayudar a los empleador, empleadores y sindicatos para que resuelvan disputas laborales. Los mediadores laborales pueden ser designados por instituciones gubernamentales, organizaciones laborales o empresas privadas para que ayuden a que las partes en conflicto busquen un acuerdo. La mediación laboral se aplica generalmente en situaciones relacionadas con despidos injustificados, discriminación laboral, disputas salariales, acuerdos colectivos, condiciones de trabajo y demás situaciones relacionadas con el empleo. En Ecuador, existen instituciones y organismos gubernamentales que promueven y facilitan la mediación laboral, como el Ministerio de Trabajo que cuenta con el Centro de Mediación Laboral y organismos locales de mediación laboral (Ochoa, 2015).

La mediación laboral puede utilizarse para detener conflictos existentes y de igual forma prevenirlos, por ejemplo las empresas pueden establecer programas de mediación para abordar problemas en etapas tempranas y evitar la escala de la disputa. La mediación laboral permite a las partes involucradas tener un mayor control sobre el resultado de sus conflictos laborales y puede evitar costosos y prolongados litigios judiciales.

- **MEDIACIÓN FAMILIAR:** Según la Abogada Alexandra Jaramillo (2022), establece que: “La Mediación Familiar es un proceso personalísimo, esto en razón de que la mediación y el arbitraje, están estrictamente ligados a la Constitución de la República, al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, normativa que está sujeta a observancia del interés superior del niño, niña o adolescente y a la familia”. Este proceso de resolución de conflictos está diseñado para resolver disputas de problemas relacionados con asuntos familiares, donde el objetivo principal es que el acuerdo sea beneficioso para los miembros de la familia. El mediador fomenta la toma de decisiones basados en el interés superior de los hijos. Este tipo de

mediación se aplica como por ejemplo en casos como: custodia de hijos, divorcios, régimen de visitas y pensión alimenticia.

- **MEDIACIÓN COMERCIAL:** Se utiliza para resolver conflictos relacionados con asuntos empresariales y comerciales, donde las partes en conflicto son generalmente las empresas o individuos involucrados en transacciones comerciales. La mediación comercial se puede utilizar como ejemplos: En disputas contractuales, incumplimiento contractual, conflicto relacionados con acuerdos comerciales internacionales y disputas de seguros. Generalmente en la mediación empresarial ya existen cláusulas de mediación obligatoria en los contratos, debido a la gestión empresarial, es decir que de manera más regular la empresa prevee como actuar ante determinados conflictos y la mente del empresario se enfoca en la solución más rápida y menos costosa, como es la mediación.
- **MEDIACIÓN AMBIENTAL:** La mediación ambiental no está regulada de manera específica en una ley nacional, por lo cual cabe preguntarse ¿Es eficaz la mediación ambiental sin que exista normativa para su aplicación? La respuesta ha generado controversias; sin embargo en el Ecuador, de acuerdo a la clara respuesta del legislativo, existen regulaciones y políticas ambientales que a la final generan la resolución de conflictos en esta materia, por lo cual, no es necesaria la discusión de la taxatividad procedimental para este tipo de mediación; ya que al parecer el ordenamiento ha dado respuestas favorables en la gestión de áreas protegidas y evaluación deL impacto ambiental. Conforme lo expuesto, el Código Orgánico del Ambiente manda lo siguiente:

“Artículo 6.- Derechos de la naturaleza. Son derechos de la naturaleza los reconocidos en la Constitución, los cuales abarcan el respeto integral de su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, así como la restauración.

Para la garantía del ejercicio de sus derechos, en la planificación y el ordenamiento territorial se incorporarán criterios ambientales territoriales en virtud de los ecosistemas. La Autoridad Ambiental Nacional definirá los criterios ambientales territoriales y desarrollará los lineamientos técnicos sobre los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos de la naturaleza⁵” (Código Orgánico del Ambiente, 2017, Artículo 6).

Es menester indicar que, en la CRE (2008), se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, por lo cual es factible la actuación judicial mediante la vía de representación; sin embargo también la naturaleza puede ser una parte en el proceso de mediación. Este tipo de mediación se enfoca en las disputas relacionadas con asuntos ambientales y de conservación del país. El objetivo de la mediación en el Ecuador es la sostenibilidad y protección del medio ambiente a largo plazo, ya que las soluciones pueden incluir medidas de restauración ambiental, conservación de áreas protegidas, reducción del impacto ambiental, etc.

“Artículo 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema⁶” (Constitución del Ecuador, 2008, Artículo 71).

⁵ Código Orgánico del Ambiente. Art.6. de abril de 2017 (Ecuador).

⁶ Constitución del Ecuador [Const]. Art. 71 de octubre de 2008 (Ecuador).

En la realidad actual ecuatoriana, existe un modelo de economía extractivista que somete a los territorios a fuertes impactos sociales y ambientales, lo que genera conflictividad, como ejemplos los conflictos pueden darse por el uso de la minería, combustibles fósiles o manejo del agua. En el caso de la minería, el sector empresarial y gubernamental justifican esta acción como fuente de generación de recursos, por lo cual la califican como responsable; sin embargo, diversas organizaciones sociales y comunidades, proponen la búsqueda de otras opciones que superen la mercantilización de los bienes de la naturaleza, ya que existe afectación irreversible de los recursos naturales esenciales, por esto a través de la búsqueda de un interés común en estas posiciones polarizadas, la mediación puede dejar a las partes satisfechas con un acuerdo que a la final genera soluciones.

En cuanto a la gestión del agua se podría pensar en la generalidad, que no existe argumentación para no defender el recurso; sin embargo existen varios conflictos socio ambientales en el Ecuador por el desgaste y contaminación de la misma, que ha afectado a varias comunidades y las soluciones se han dado en procesos de mediación que han tenido como resultado mejorar el nivel de vida de los habitantes.

El proceso de mediación ambiental se fundamenta en la facilitación de la comunicación y la negociación entre las partes involucradas en un conflicto, con el objetivo de alcanzar acuerdos mutuamente aceptables que promuevan la gestión sostenible de los recursos naturales, la protección del medio ambiente y la resolución pacífica de diferencias en asuntos ecológicos. Las partes interesadas en estos procesos son las comunidades locales, organizaciones no gubernamentales (ONG), empresas, agencias gubernamentales u organizaciones relacionadas con cuestiones ambientales.

- **MEDIACIÓN PENAL:** Con el objetivo de “humanizar” el proceso penal, se considera aplicar a la mediación como método alternativo de solución de conflictos en esta materia, así en virtud del principio de mínima intervención penal; regulado

en el artículo 195 de la CRE (2008) y conforme la corriente del minimalismo, en la cual se considera al derecho penal como de última ratio, y en base a la justicia restaurativa; se puede optar por la mediación, así tornando, como especifica la Abogada Mariana Yépez (2022), en un derecho penal constitucionalizado.

En esta materia existe claramente el conflicto social que se genera en base al delito, producido entre el victimario y la víctima, sin embargo a diferencia de la sentencia en materia penal, en la mediación no se puede negociar la pena, se tiende a que las partes solucionen la reparación por el delito cometido, lo que extingue la acción penal. Es importante mencionar que la mediación penal se reconoce en el COIP como “conciliación penal” y este proceso puede iniciar mediante la solicitud presentada hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal, puede ser durante a fase de investigación o durante la etapa de instrucción; la solicitud debe cumplir las reglas generales normadas en el artículo 665 del COIP. A diferencia del ordenamiento jurídico peruano y argentino, donde el fiscal y el juez concilian, en Ecuador los mediadores de materia penal son habilitados por los Centros de mediación debidamente autorizados.

La conciliación penal procede en el procedimiento expedito para contravenciones penales y de tránsito, incluso en la audiencia celebrada por el juzgador, la víctima y el denunciado pueden llegar a un acuerdo mediante la conciliación. Por lo demás, específicamente se aplica la conciliación penal en los delitos sancionados en el artículo 663 del COIP, que manda lo siguiente:

“Artículo 663.- Conciliación.- La conciliación podrá presentarse hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal en los siguientes casos:

1. Delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años.
2. Delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte, ni de lesiones graves que causen incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano.

3. Delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general.

Se excluye de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar” ⁷(Código Orgánico Integral Penal, 2014, Artículo 663).

En los delitos sancionados con penas que no excedan los cinco años, se acude a la mediación siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado. En cuanto al acuerdo de mediación se determina sus efectos por el momento en que se adopte, si en la fase de investigación se cumple con lo acordado, el fiscal archiva la investigación; si se cumple en la fase de instrucción, el juzgador declara la extinción del ejercicio de la acción penal. En este proceso, en todo momento se vela por la voluntad de las partes de someterse a la mediación como mecanismo de solución de controversias, de igual manera aunque el mecanismo pueda ser privado, no significa que los delitos públicos no puedan ser objeto de mediación (Saltos, 2019).

- **MEDIACIÓN INTERNACIONAL:** La mediación internacional involucra a partes de diferentes países y busca encontrar soluciones negociadas a disputas transfronterizas o internacionales. Se aplica en disputas diplomáticas, comerciales, fronterizas, de inversión extranjera o de derechos humanos. Los mediadores son designados por organismos internacionales, gobiernos o son aceptados por las partes en disputa.

Los acuerdos alcanzados por las partes en una mediación internacional pueden tener un impacto significativo en las relaciones diplomáticas y comerciales de Ecuador

⁷ Código Orgánico Integral Penal. Art. 663 de febrero de 2014 (Ecuador).

con otros sujetos internacionales y el Estado ecuatoriano a menudo prefiere esta vía, en lugar de recurrir a la confrontación militar o a litigios internacionales prolongados.

- **MEDIACIÓN EN POLÍTICAS PÚBLICAS:** En virtud de una entrevista a André-Noël Roth (2019), define a las políticas públicas como un instrumento desarrollado en los gobiernos de los Estados modernos que sirve para transformar a la sociedad y consiste en la determinación de un objetivo a través de la movilización de herramientas del Estado, como la ley y el dinero, que logra la transformación del comportamiento de las personas que son responsables de algún problema público.

En la política pública es claro que existe la participación directa de un responsable formal de gobierno, que dispone su poder reglamentario, sin embargo no es solo un asunto de gobierno, sino de una acción política colaborativa entre Estado y múltiples actores sociales (Roth, 2019).

Es importante señalar, que no solo existe la restricción legal en cuanto a la actuación Estatal, ya que conforme a la discrecionalidad existe siempre la libertad de elección entre alternativas justas, entre indiferentes jurídicos, ya que la decisión puede fundarse en criterios extrajurídicos no incluidos en la ley y sometidos al juicio subjetivo de la administración pública.

Por lo expuesto, existe mediación en la materia de políticas públicas, ya que se utiliza para abordar conflictos y disputas relacionados con decisiones gubernamentales y políticas que afectan a la sociedad en general o a grupos de ciudadanos. Las partes involucradas pueden ser representantes de organizaciones de la sociedad civil, funcionarios gubernamentales y comunidades afectadas. Generalmente las controversias surgen en la asignación de recursos públicos, implementación de programas sociales o de gestión de recursos naturales y planificación urbana.

En este tipo de mediación se analizan las políticas públicas aplicadas en un Estado y se debe enfocar el acuerdo en el cumplimiento de la transparencia y participación ciudadana. La mediación ayuda a fortalecer la colaboración con el gobierno y la sociedad civil, lo que a la final legitima las políticas públicas.

Según Pierre Muller (1999) los mediadores en gestión pública son agentes que realizan la construcción del referencial de una política, es decir, la creación de las imágenes cognitivas que determinan la percepción del problema por parte de los grupos presentes y la definición de las soluciones apropiadas. En esta materia los acuerdos incluyen mecanismos de seguimiento y evaluación para asegurar el cumplimiento y efectividad de los resultados.

Se destaca que el Plan Nacional del Buen Vivir y el Código Orgánico General de Procesos que ayuda a la instauración para que la mediación se inserte en la palestra pública, ya que “constituye un requerimiento social emergente”, lo que da como resultado la justificación legal de que la mediación puede considerarse como mecanismo de solución en política pública social (Hernández, 2016).

En un proceso de mediación, generalmente participan tres partes principales:

1. Las Partes en conflicto: Estas son las personas o entidades que están involucradas en el conflicto y que buscan resolver sus diferencias a través de la mediación. Pueden ser individuos, grupos, organizaciones, empresas o cualquier entidad que tenga un interés en el asunto en disputa. Por lo general, hay al menos dos partes en conflicto, pero en algunos casos pueden ser mayor a este número.
2. El Mediador: El mediador es un tercero imparcial y neutral que facilita el proceso de mediación. Su función principal es ayudar a las partes en conflicto a comunicarse de manera efectiva, identificar sus intereses y preocupaciones, explorar opciones de solución y trabajar juntos para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable. El mediador es un facilitador imparcial del proceso.

3. Opcionalmente, intervienen asesores o abogados: Las partes en conflicto pueden optar por estar representadas por asesores legales o abogados durante el proceso de mediación. Estos asesores pueden brindar orientación y asesoramiento legal a sus clientes durante la mediación. Sin embargo, la presencia de asesores legales no es obligatoria en la mediación y depende de la elección de las partes. En el caso de las audiencias donde comparece el Estado, se notifica a la Procuraduría General del Estado, en virtud del interés general.
 - Además de estas tres partes principales, en algunos casos, puede haber observadores o testigos que estén presentes en el proceso de mediación, pero no tienen un papel activo en la toma de decisiones.

De igual manera, sobre la normativa aplicable es menester especificar lo que manda el artículo 44 de la LAM (1997), que las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir pueden someterse al procedimiento de mediación y que el Estado o sus instituciones del sector público, pueden someterse a la mediación a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución. Esta norma específicamente delimita cuales serían las partes que pueden intervenir en un procedimiento de mediación en el Ecuador.

1.5. EFICACIA EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL ECUADOR

La mediación es un instrumento de paz social y complementa eficazmente la gestión humana, al ser un proceso protector de dirección de la persona, quien visualiza sus intereses en casos de conflicto y plantea soluciones en un espacio de atención individual, que a la final mejora la colectividad (Kebir, 2022). El objetivo de la mediación es la eficacia para resolver las necesidades específicas de las partes en conflicto, ya que estas necesidades dependen de las características de las personas involucradas, que están reacionadas con su cultura, historia, habilidades, experiencias, calores, recursos. El éxito de la mediación depende de que los acuerdos que alcancen las partes a lo largo del proceso cubran sus necesidades específicas.

Según Robert A. Baruch Bush (2004), profesor estadounidense de derecho de resolución de conflictos y disputas, establece que la mediación es un proceso que promueve la eficiencia al permitir que las partes construyan sus propias soluciones, en lugar de depender de un tercero para tomar decisiones por las mismas. La mediación amplía el acceso a la justicia al ofrecer una vía alternativa y accesible de resolución de conflictos, lo que beneficia a personas y comunidades que generan acuerdos que llegan a ser legalmente vinculantes y son más propensos a ser cumplidos voluntariamente por las partes.

La mediación se basa en varios factores como la resolución pacífica, donde se evita litigios prolongados y costosos en la justicia ordinaria, lo que ayuda a reducir la tensión entre las partes y a preservar relaciones, es decir se fomenta la responsabilidad de las partes, para encontrar soluciones de manera eficiente, permite desongestionar el sistema de justicia ordinario, lo que genera un flujo dinámico en la administración de justicia. Es un proceso voluntario, genera un mayor control del resultado favorable, ya que las partes acceden sin obligatoriedad para participar en el proceso y llegar a un acuerdo.

Este método de resolución de controversias es más rápido y económico que los litigios judiciales, por el ahorro de tiempo y recursos. En Ecuador los costos de la mediación varían según varios factores como: la naturaleza de conflicto, ubicación geográfica, selección de mediador y complejidad del caso. En algunos casos, el gobierno ecuatoriano o instituciones del sector público ofrecen programas de mediación gratuitos y han creado centros de mediación de acceso gratuito o de bajo costo para la resolución de conflictos, promoviendo la paz a través de estructuras y procesos formalizados.

En Ecuador existe una diversidad cultural significativa, y la mediación es un método que puede adaptarse a las necesidades y valores culturales específicos de las partes involucradas; es por este motivo que en este países mas común la práctica de la mediación en diversos contextos como conflictos familiares, mercantiles, comunitarios, civiles, etc. El número de casos de mediación en cierto momento dado, dependerá de la cantidad de disputas que surgen y donde las partes opten por un mérodo más eficaz y rápido, la diponibilidad de mediadores capacitados, que

en su mayoría aumentan por la necesidad de la población de acceder a este tipo de proceso y la voluntad de las partes de utilizar mecanismo como una alternativa de vía judicial.

CAPITULO 2.- LA MEDIACIÓN REGULADA EN EN EL SECTOR PÚBLICO EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO

2.1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En un Estado la Constitución norma los principios básicos, las estructuras, procesos gubernamentales y los derechos fundamentales; esta normativa que se fundamenta en una amplia legitimidad pública es vinculante para todos los habitantes e instituciones del Estado. Las Constituciones en su generalidad son documentos jurídicos, políticos y sociales que defienden un Estado de derecho o de derechos y establecen límites a la arbitrariedad del poder (Bulmer, 2021). En este sentido, al establecer un orden constitucional se genera un compromiso con las normas y procedimientos de la constitución que se manifiesta a través del comportamineto, la práctica y la interiorización de las normas (Ghai, 2016).

El Ecuador es un Estado constitucional, conforme al artículo 1 de la CRE (2008); es decir, se caracteriza por la supremacía de la Constitución como norma fundamental y se convierte en la base del ordenamiento jurídico y político. La supremacía de la Constitución implica que las leyes y demás actos del gobierno deben estar supeditados al mandato de la Constitución y en el caso de que cualquier ley viole esta norma suprema, puede ser declarada inválida por su inconstitucionalidad. Ecuador al ser un Estado constitucional promueve la separación de poderes, el respeto de los derechos fundamentales, la supervisión legal de las acciones gubernamentales y el control constitucional.

Hasta la actualidad en el Ecuador han existido veinte constituciones y únicamente en las dos últimas se reconoce a la mediación como método alternativo de solución de conflictos. La mediación no es simplemente un mecanismo de tipo jurídico, sino también de tipo constitucional

(Guaraca Duchi, 2015). En la Constitución de 1998, en el artículo 191 se reconocía a la mediación como procedimiento alternativo de resolución de conflictos. A pesar del mandato de aplicar la mediación como método alternativo, y con la adopción de la LAM en 1997, no fue suficiente el reconocimiento constitucional para que se aplique este método de manera eficaz; ya que se priorizaba notablemente el acceso a la administración de justicia ordinaria y claramente cualquier tipo de recursos y avances iban dirigidos a mantener a los tribunales tradicionales de justicia y administración por parte de la Función Judicial.

A pesar de que se reconoció en 1998 a la mediación como método alternativo de solución de conflictos, no fue hasta la Constitución del 2008, donde se puede evidenciar una verdadera contitucionalización de este método. La Constitución de la República del Ecuador adoptada en 2008 es considerada una política institucional, construida participativamente y refrendada democráticamente mediante referéndum por la mayoría de la población. “Las reglas institucionales que se definen a nivel constitucional pretenden fijar el marco de condiciones para el arbitraje democrático de los conflictos en temás específicos y estas reglas se aplican al conjunto de políticas públicas” (Instituto Nacional de Estadística y Censos, 2008). En este caso la mediación es un método constitucional que resulta útil para apoyar las políticas públicas.

Es menester realizar el análisis de la normativa constitucional que regula la mediación:

“Artículo 97.- Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir”⁸ (Constitución del Ecuador, 2008, Artículo 97).

El artículo aborda varios temas relacionados con la participación social y el papel fundamental de las organizaciones en la sociedad, ya que en primer plano la Constitución reconoce

⁸ Constitución del Ecuador [Const]. Art. 97 de octubre de 2008 (Ecuador).

el derecho de todas las organizaciones a desarrollar formas alternativas de mediación con el límite de permisión legal, así en el Ecuador se fomenta la resolución de disputas de manera consensuada y pacífica por medio de la mediación, antes de recurrir a instancias judiciales. Las organizaciones, como agentes de cambio, pueden actuar en nombre de la autoridad competente, asumiendo la responsabilidad compartida, es decir las organizaciones son protagonistas en la implementación de la política pública y ejecución de proyectos de interés social, siempre en colaboración con el Estado.

Para protección de los derechos, intereses y responsabilidades de las organizaciones y sociedad en general, el Estado reconoce la reparación de daños ocasionados por entidades públicas o privadas. De igual manera, el artículo reconoce ampliamente el bienestar social y desarrollo comunitario, ya que las organizaciones que ahora tienen un papel activo, podrán participar en la construcción de políticas, defensa de derechos, formulación de propuestas y lo más importante participan en procesos de mediación para mejorar la calidad de vida de la sociedad, como parte integral del proceso de Buen Vivir en Ecuador.

“Artículo 190.- 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 la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”⁹ (Constitución del Ecuador, 2008, Artículo 190).

En este articulado se aborda el reconocimiento a la regulación de los métodos alternativos de solución de conflictos y recalca la importancia del arbitraje y la mediación que proporcionan a las partes en disputa opciones adicionales a los tribunales tradicionales, para resolver sus diferencias. Sin embargo, la norma ecuatoriana no se cierra en numerar al arbitraje y a la mediación, sino que hace referencia a otros medios alternativos de solución de conflictos, permitidos por la ley. Las reglas y regulaciones para la implementación de estos procedimientos

⁹ Constitución del Ecuador [Const]. Art. 190 de octubre de 2008 (Ecuador).

deben estar claramente definidos en la legislación ecuatoriana, ahí se abre la necesidad para normar a través de una ley especializada a los métodos alternativos de solución de conflictos y su procedimiento, que en la actualidad suple esta necesidad la LAM (1997), con el respectivo reglamento y leyes especializadas que dependen del ámbito de aplicación.

Todo conflicto que verse sobre materia transigible puede ser solucionado por medio de la mediación, incluso la Corte Constitucional del Ecuador establece en la sentencia No. 134-14-SEP-CC que la mediación “es una vía adecuada para la solución de conflictos que surjan de contratos...” (Corte Constitucional, 2014). En los procedimientos alternativos se aplican materias en las que, por su naturaleza, se puedan transigir, es decir no todos los tipos de disputa son adecuados, para que se resuelvan a través de la mediación; sino aquellos en las que en razón de la materia permitan llegar a la posibilidad de llegar a un acuerdo mutuo. En definitiva, este artículo proporciona opciones flexibles y eficientes para resolver las disputas en Ecuador.

En el Ecuador, según el Doctor Alejandro Villanueva Turnes (2018) se ha consolidado la mediación al incluirla en la Lex Legum de su ordenamiento, específicamente en la Constitución del 2008, que ha seguido la estela de la anterior, entendiéndose la Constitución de 1998. Se recalca que la constitucionalización de la mediación generó la obligación de promulgación de leyes y regulaciones específicas que regulen la práctica de este método en diversas áreas del derecho, es verdad que ya existía la LAM (1997) para suplir esta necesidad, sin embargo a través de la Constitución de 2008, se precisó ya no solo el reconocimiento, sino la aplicación de los principios y valores de la mediación; así como la promoción del diálogo y la cultura de paz, como parte de los fundamentos del Estado ecuatoriano.

2.2. LA MEDIACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA: MARCO DE REGULACIÓN ESPECIAL

En la concepción política filosófica de la época moderna, el sector público empieza a tener un reconocimiento relevante, desde la Revolución Francesa de 1789, época donde se impulsó la democracia, lo que trajo como consecuencia cambios sociopolíticos importantes que generaron la necesidad de vivir en comunidad y la posibilidad de crear un Estado autónomo. Por ende, se crea

la noción, en el ámbito público, de que el Estado sea portador de bienes y servicios. Según Maroto y Rucalba (2005), quienes hacen referencia a la publicación de Khury (2003), expresan que existe por lo menos tres definiciones del sector público, que se pueden aplicar de igual manera en el caso del Ecuador:

1. **DEFINICIÓN LEGAL:** El sector público incluye a las organizaciones gubernamentales y organizaciones de derecho público.
2. **DEFINICIÓN FINANCIERA:** El sector público incluye organizaciones privadas, financiadas con fondos públicos, incluyendo organizaciones sin fines de lucro que proporcionan educación y asistencia sanitaria.
3. **DEFINICIÓN FUNCIONAL:** El sector público incluye organizaciones en el campo de la administración pública, la seguridad social, educación, salud, servicios sociales y culturales, con independencia de financiamiento y la forma jurídica de la empresa.

El sector público en Ecuador, se refiere en definitiva al conjunto de instituciones, organismos y entidades gubernamentales que tienen la responsabilidad de administrar y regular asuntos de interés público en el país. Las instituciones que forman parte de los actuales cinco poderes del Estado se encargan de la prestación de servicios y administración de los recursos. Sin embargo, para llegar a esta concepción es importante conocer la planificación estatal que formó a las distintas instituciones que conforman al sector público en Ecuador.

El Ecuador comenzó su planificación estatal en 1954 con el expresidente José María Velasco Ibarra, bajo Decreto Ley de Emergencia, a través de la cual creó la Junta Nacional de Planificación y Coordinación Económica, que fue reemplazada en 1979 por el Consejo Nacional de Desarrollo, que tenía a su cargo instituciones que hasta hoy en día se conocen, como ejemplo el Instituto Nacional de Censos y Estadísticas INEC. Posteriormente, en 1998 se crea la Oficina de Planificación (ODEPLAN) que duró hasta 2007, ya que posteriormente se institucionaliza la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES) que se fusiona en una sola entidad con la Secretaría Nacional de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y el Consejo de Modernización del Estado, mediante Decreto Ejecutivo No. 1372 (Jara Alba & Umpierrez, 2014).

En 2008 se consolida a través de estas instituciones los deberes primordiales del Estado Ecuatoriano como: Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la distribución equitativa de los recursos y la riqueza para acceder al Buen Vivir. Es claro verificar, de manera mas concreta, las características y componentes del sector público en el Ecuador, a través de la reforma constitucional de 2011, mediante consulta popular; que evidencia la delimitación de los poderes como: El Poder Ejecutivo, que tiene bajo su liderazgo a los ministerios y secretarías del Estado, que son responsables de la implementación de políticas públicas, la administración de los recursos y la gestión de asuntos gubernamentales en áreas de salud, educación y finanzas; el Poder Legislativo que se encarga de la aprobación de leyes, a través de la Asamblea Nacional; el Poder Judicial que administra justicia; Poder Electoral, responsable de organizar los procesos electorales y referendos en el Ecuador, a través del Consejo Nacional Electoral (CNE) y el Poder de Transparencia y Control Social, que controla el uso de los recursos públicos y la legalidad de los actos administrativos, que tiene instituciones como la Contraloría General del Estado y la Procuraduría General del Estado. Estos cinco poderes son fundamentales para el funcionamiento de la democracia, gobernanza del país, sostenibilidad política y administrativa en el Ecuador.

El sector público goza de la potestad de administración pública, que según el artículo 227 de la CRE (2008), constituye un servicio a la colectividad. De igual manera, la administración pública, según Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2000), “es un sujeto de derecho que emana de declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable y justiciable”. La administración pública lo tienen los distintos organismos que conformen el sector público, que según el artículo 225 de la CRE (2008) son:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Con lo expuesto al conocer la integración actual del sector público, es importante recalcar que pueden existir conflictos con estos organismos que en definitiva tienen potestades públicas, administrativas y de poder público; estas instituciones pueden ejercer actividades y actuaciones que crean, modifican o suprimen derechos subjetivos de los administrados; sin embargo estas potestades no pueden ser materia de mediación, ya que estas potestades son irrenunciables y exclusivas de la naturaleza del Estado, pero lo que realizan los organismos del sector público para satisfacer la necesidad social puede generar disputas relacionadas con los administrados o las mismas entidades de administración pública y eso genera la transigibilidad para poder aplicar la mediación.

En virtud de las relaciones jurídico administrativas y la voluntad de la administración pública, los conflictos que pueden suscitarse con los administrados y entidades que forman parte del sector público, se solucionan por medio de la vía judicial, a través de un juicio contencioso administrativo. Sin embargo, de acuerdo al artículo 44 de la LAM (1997) establece la posibilidad de solucionarlos mediante la mediación:

“Artículo 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 poder¹⁰” (Ley de Arbitraje y Mediación, 1997, Artículo 44).

En el caso de Ecuador, la LAM (1997), regula la mediación, pero no hace una distinción explícita entre mediación en el ámbito público y privado; sin embargo en la precedente disposición se verifica que hay un amplio espectro de personas y entidades sujetas a mediación que sean

¹⁰ Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 44 de septiembre de 1997 (Ecuador).

legalmente capaces para transigir, lo que como concordancia remite al Código Civil (1860), específicamente en el artículo 1462 que determina: “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”.

En el sector público la capacidad para transigir se rige por normativa específica que varía según el tipo de entidad y el ámbito en el que se desenvuelve, en general las transacciones y acuerdos generalmente son realizados por funcionarios públicos, como personeros o apoderados legales de la institución, estas personas son designadas por la entidad para representarla y tienen la capacidad para celebrar acuerdos a su nombre. Para ejercer el cargo de funcionario público en el sector público, según el artículo 16 de la LOSEP (2010), se requiere un nombramiento o contrato legalmente expedido por la entidad pública.

Para mediar con el sector público en el Ecuador, es necesario identificar la naturaleza del conflicto, ya sea un problema de servicio público, disputa legal, reclamo administrativo, etc. Con esa identificación se puede buscar a la entidad y mecanismo de mediación para resolver el conflicto. En el Ecuador, existe una institución gubernamental encargada de representar y defender los intereses del Estado en asuntos legales y judiciales, que en la actualidad es la PGE y representa un papel fundamental en la administración de justicia, protección de derechos y recursos del Estado ecuatoriano en asuntos legales, tanto a nivel nacional como internacional, la defensa a través de esta entidad puede incluir casos en los tribunales nacionales, arbitrajes internacionales o patrocinio para la negociación y resolución de disputas del Estado, que puede incluir procesos de mediación y conciliación. La PGE, es una entidad independiente cuyo interés principal es proteger los intereses y derechos del Estado, de igual manera brinda asesoramiento a los funcionarios públicos en cuestiones legales relacionadas con la toma de decisiones y la implementación de políticas públicas.

De acuerdo al artículo 11 de la LOPGE (2004), los organismos y entidades públicas pueden someterse a la mediación nacional o internacional. La PGE, tiene como objetivo estratégico el fomentar la mediación como fórmula de solución de conflictos, de acuerdo al artículo 2 del ROFPGE (2017), por este motivo el 27 de julio de 1999 el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado obtuvo su primer registro en el Consejo de la Judicatura para optimizar recursos

públicos y conducir de manera técnica los procedimientos de mediación entre instituciones o empresas del sector público y personas naturales o jurídicas del sector privado.

Cuando cualquier entidad gubernamental o el Estado están involucrados en una disputa, la PGE puede ser designada para representar los intereses del Estado en una mediación, en cualquier proceso de mediación que se lleven a cabo en Centros de mediación, que se involucre el interés o recursos del Estado, por lo cual debe notificarse a la PGE, quien aprobará la respectiva acta de acuerdo. En el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, los mediadores son designados por el Procurador General del Estado y los delegados, de esta máxima autoridad, como el Director Nacional de Patrocinio y Direcciones Regionales pueden designar al abogado para que intervenga en representación del Procurador General del Estado en los procesos de mediación, conforme a los artículos 23 numeral 18, 46 numeral 11, 56 numeral 11 del ROFPGE (2017).

Con respecto al Centro de Mediación de la PGE, tiene su sede en la ciudad de Quito y cuenta con oficinas a nivel nacional, que fueron constituidas posteriormente a la solicitud y registro aprobado por el Consejo de la Judicatura; cabe destacar que antes ningún centro de mediación podía funcionar sin previo registro del Consejo de la Judicatura, conforme el artículo 52 de la LAM (1997). El Centro de Mediación de la PGE cuenta con mediadores internos y externos que se encargan de guiar en la resolución de conflictos. Los mediadores internos son servidores de la PGE y no reciben honorarios por sus servicios, en cambio, los mediadores externos son profesionales que han ejercido con probidad notoria que han sido incluidos en la Lista Oficial de Mediadores del Presidente del Centro de mediación, no necesitan nombramiento ni contrato y actúan únicamente en los casos que se les asigna.

Para ser mediador, según el RCMPGE (2016), además de las ochenta horas de formación, evaluación y experiencia, es necesario que sean abogados debidamente registrados, esto con motivo de que los mediadores deben tener un profundo conocimiento de las leyes, ya que en este sentido, se trata de resolver disputas que involucran cuestiones legales complejas que involucran al Estado que genera no solo un interés individual, sino general. Sin embargo, sería pertinente que esta formación legal no sea general, sino se delimite las áreas específicas como contratación

pública o administración y gestión pública, para habilitar de mejor manera la idoneidad del profesional.

Otro centro de mediación que obtiene actas de acuerdo con instituciones del sector público es el Centro de mediación de la Función Judicial, que en la mayoría de casos resuelve las disputas con entes del sector público en materia de contratación pública. Este Centro de mediación, tiene oficinas a nivel nacional para la resolución de conflictos en materia transigible. En cuanto al procedimiento, de acuerdo con el RCMFJ (2014); las entidades del sector público, están legitimadas para ser partes del proceso de mediación, a través de un personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva y que esté delegado mediante poder.

Hasta el 12 de marzo de 2024, existen 191 Centros de mediación en el Ecuador registrados por el Consejo de la Judicatura, los cuales deben seguir la regulación especial al momento de mediar con entidades del sector público, ya que involucran acciones tomadas por entidades gubernamentales o regionales que en la generalidad involucran el interés y recursos de los ciudadanos. En el caso de mediaciones internacionales, en favor de la coordinación de políticas públicas, se requiere optar por centros administrados donde existe la experiencia de formación en administración pública o resolución de conflictos, para que, en definitiva, el acuerdo favorezca a los ciudadanos.

2.3. LA VOLUNTAD Y LIBRE DISPOSICIÓN PARA SOLUCIONAR CONTROVERSIAS A TRAVÉS DE LA MEDIACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN VIRTUD DE SU POTESTAD ADMINISTRATIVA

La administración pública es un sujeto de derechos que emana de declaraciones de voluntad, celebra contratos y es titular de un patrimonio; en cambio los particulares son colaboradores de la administración, ya que por el objetivo final de proteger el interés público, esto implica que exista siempre una desigualdad jurídica con respecto de la administración pública, toda vez que al celebrar un contrato el fin del privado podrá ser económico, pero no se antepone ante el fin público del Estado cuya soberanía también radica en la protección de los derechos de los ciudadanos. Por este motivo, existe en gran parte la subsunción al interés general al momento

de contratar con el Estado y es necesario que se conozca esta prerrogativa, porque no debe existir ningún indicio para que se invalide la voluntariedad para resolver conflictos con la administración pública, que en definitiva tendrá el peso del interés colectivo. De igual manera, se exige en todo momento las personas o entidades que celebren con el Estado deben estar en ejercicio de sus derechos y capacidad para contraer obligaciones, conforme el Código Civil, Ley de Compañías, Ley de Contratación Pública y su Reglamento (Camacho G. E., 2006).

Así las partes involucradas, como la administración, deben estar dispuestas a participar en el proceso de mediación de manera voluntaria, en virtud de que la mediación se basa en principio de que las partes tienen el control sobre la solución de su conflicto. Algunos aspectos de la voluntad de la administración pública para mediar incluyen: Primero, la disposición en la mediación, es decir, la administración pública debe considerar a la mediación como una opción viable para la resolución de controversias en lugar de recurrir a procedimientos judiciales de mayor duración y costosos. Segundo, la flexibilidad y adaptabilidad, para que el proceso de mediación sea apropiado para las partes, esto implica ajustar los plazos y requisitos para dar cabida a la mediación. Tercero, la participación activa en el proceso, ya que la administración pública debe participar en las sesiones de mediación y colaborar de buena fe; lo que significa que la administración pública debe estar dispuestas a negociar, comprometerse y escuchar a las partes involucradas.

La potestad administrativa se consideraba netamente un poder coercitivo, sin embargo por la evolución del derecho positivo ya no se verifica su aplicación estrictamente en sanciones y expropiaciones, sino ahora no solo existe la ejecutoriedad, sino unilateralidad y se aplica en actos como subvenciones, adjudicación de contratos o el gasto público en su conjunto. Así Carro Fernández Valmayor (1994) establece que la potestad administrativa es un poder funcional, reconocido para la satisfacción del interés general.

En el ordenamiento jurídico las potestades administrativas tienen funciones de criterio para determinar la aplicación del derecho administrativo, en base a los principios y reglas de la organización de sus instituciones, con sujeción a la legislación de la materia y puede aplicarse también como cláusula de atribución en cuanto otorgan potestades a tales entidades, o prohíben su atribución o ejercicio, lo que supone la coerción (Casado, 2021).

La potestad administrativa es la autoridad y el poder conferidos a una entidad, en este caso del sector público, para que lleve a cabo sus funciones y responsabilidades de manera efectiva, procurando la administración de los asuntos relacionados con la gestión pública. La potestad administrativa es inherente a la función administrativa del Estado y le permite llevar a cabo las acciones de regulación, ejecución de políticas públicas, toma de decisiones, fiscalización, control y resolución de controversias.

La potestad administrativa en el Ecuador se regula en el ordenamiento jurídico en sectores específicos, ya sea en diferentes áreas. Como ejemplos: La CRE establece los principios y valores fundamentales que rigen el ejercicio de la potestad administrativa, incluyendo garantizar los derechos y protección de los intereses de los ciudadanos; la LOGJCC (2009) incluye normas del acceso a la justicia y decisiones administrativas, por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa; la LOSNCP (2008) que regula los servicios que prestan entidades gubernamentales y la competencia en los procesos de contratación; el COPCI (2010), que incluye los permisos y licencias que pueden ser otorgados por la administración pública.

Es importante especificar que el Estado no tiene una potestad mediadora, ya que no es la desagregación del poder del Estado, que se distribuye entre sus órganos para otorgarle operatividad, es decir las potestades estatales no son materia de transacción; lo que genera la interrogante de ¿qué es transigible en el sector público? pero la respuesta no es la potestad en sí misma, ya que esta es exclusiva del Estado, por su naturaleza y no puede ser objeto de renuncia o negociación. En cuanto no existe una potestad mediadora, esta se la ejerce a través de la potestad estatal; como acción, por el reconocimiento constitucional, que entrega a los ciudadanos la alternativa para solucionar los conflictos de manera definitiva fuera de la intervención judicial.

La administración pública tiende a satisfacer las necesidades de los administrados y tiene como opción de concurrir a un proceso de mediación, en virtud del principio de voluntariedad, por lo que se faculta por su capacidad para desarrollar y formar un acuerdo, conforme el artículo 4 de la LAM (1998) y en referencia a los actos y declaraciones de voluntad se debe cumplir con los artículos 1461, 1462 y 1463 del Código Civil (1860); en cuanto a esta acción para concurrir a la

mediación por parte del sector público es discrecional, como ejemplo en virtud al artículo 191 de la CRE (2008), que reconoce los medios alternativos de resolución de conflictos, el artículo 104 de LOSNCP (2008) o el artículo 10 de la Ley de Hidrocarburos (1978), que especifican que si existen controversias entre las partes contratantes, “podrán” utilizar los procesos de mediación de conformidad a la ley y convenio arbitral correspondiente.

En la mediación es indispensable que conste la expresa voluntad de las partes para someterse a este método. Dicha voluntad debe ser libremente expresada. Sin embargo, la voluntariedad en la mediación, no solo esta presente en la necesidad de someter al conflicto a una resolución, a través de este método, ya que de la misma forma las partes pueden renunciar a la mediación en cualquier fase, sin oposición de las partes. Cuando la administración pública renuncia a la mediación, las consecuencias generales son optar por las otras soluciones judiciales o extrajudiciales, como buscar la resolución de la controversia en vía judicial o mediante procedimientos administrativos, la negociación directa, u otros métodos alternativos de solución de conflictos. Lo negativo es que con la mediación se puede resolver las disputas de manera más rápida, económica y colaborativa, por lo que la renuncia para la administración pública le puede llevar a un enfoque mas adversarial y costoso para resolver la controversia.

2.4. NATURALEZA, ELEMENTOS Y ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS DE MEDIACIÓN EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Según Emilio Fernández Vásquez (1981), los contratos administrativos son “aquellos actos de declaración de voluntad común productora de efectos jurídicos entre un órgano estatal de ejercicio de la función administrativa y otro ente estatal o particular”. Carlos Balbin (2011), define al contrato administrativo como un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas, es un contrato celebrado por el Estado que tiene por objeto el ejercicio de funciones administrativas o, en particular, la prestación de servicios públicos o el acuerdo que persigue un fin, utilidad o interés público relevante e inmediato, que contiene cláusulas exorbitantes de modo expreso o implícito¹¹. En el Ecuador el COA (2017), en su artículo 125 define al contrato

¹¹ Según Carlos Balbin, el contrato administrativo es todoa cuerdo celebrado por el Estado con terceros sobre

administrativo como especie en los siguientes términos: “Es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa. Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico en la materia”.

En cuanto a la naturaleza del contrato administrativo, la doctrina se encuentra dividida para caracterizar un contrato como público o privado, sin embargo al momento de que la parte sea la administración pública, no significa que la naturaleza sea pública, ya que puede celebrar también contratos privados. Sin embargo, es importante recalcar que, el contrato versa en materia administrativa cuando se trate del interés público. Por otro lado, conforme el artículo 1461 del Código Civil (1860) los elementos para que exista una obligación por un acto o declaración de voluntad que viene a ser el género del contrato, se resume en elementos esenciales mismo, como: La capacidad legal, consentimiento sin que adolezca de vicios, objeto lícito y causa lícita.

Elementos de los contratos administrativos:

- **PARTES INTERVINIENTES Y CAPACIDAD:** En los contratos administrativos las partes que intervienen son un órgano del Estado, actuando en función administrativa y un particular o estatal. Como sujetos contractuales se les llama contratante y contratista. El Estado al ser parte contratante está sujeta al derecho público, por lo cual los representantes legales de las entidades deben estar debidamente acreditados y facultados para la suscripción de los contratos, mediante el acto administrativo correspondiente y tener capacidad civil y legal para obligarse por sí misma, para que no exista nulidad del contrato.
- **CONSENTIMIENTO Y VOLUNTAD:** Se forma con las volutades del contratante y contratista y en el caso del Estado esta voluntad se expresa por medio de un representante legal competente, para que el contrato surta efecto. En los contratos administrativos el principio de voluntad está restringido y la igualdad de las partes queda limitada por la norma que fija el procedimiento para elegir al contratista, conforme a las cláusulas

una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos. El camino propuesto es entonces el carril subjetivo.

exorbitantes, como las modificaciones unilaterales para adaptar a los contratos a las necesidades públicas, la ejecución con sustitución de contratista, la rescisión contractual en casos de incumplimiento o sanciones contractuales. No existe voluntad contractual tácita en lo que concierne a los contratos administrativos; ya que el consentimiento de la administración pública debe ser expreso y como resultado de la falta de consentimiento, el contrato se reputa inexistente (Robles J. F., 2020).

- **OBJETO Y CAUSA LÍCITA:** El objeto es la obligación de dar, hacer o no hacer algo, conforme el artículo 1454 del Código Civil (1860), y debe tener la calidad de lícito, para que no atente contra el orden público; la causa debe ser lícita y real para que exista una obligación. De igual manera, el objeto y causa no pueden contravenir contra el ordenamiento jurídico. Cuando no es lícito el objeto y la causa del contrato, el acto jurídico, es inexistente y puede declararse una nulidad absoluta.
- **FORMA:** Las formalidades en los contratos administrativos están determinados en la ley, para evitar que funcionarios públicos se beneficien en la contratación, como ejemplos existen partidas presupuestarias, informes de organismos de control, autorizaciones, procedimientos precontractuales que son modos de preparar la voluntad administrativa y mediante actos se escoge a la parte contractual que sea adecuada en virtud de los intereses institucionales y del Estado. Conforme el artículo 68 de la LOSNCP (2008), hay formas de para la celebración de los contratos como la competencia, capacidad, existencia de disponibilidad presupuestaria, recursos financieros, formalidades del contrato de acuerdo al debido proceso y requisitos que establezca la ley y el reglamento; estas formalidades sirven para salvaguardar los intereses de la administración pública.
- **INTERÉS GENERAL:** Es importante destacar la desigualdad de las partes, ya que la administración pública tiene prerrogativas que la privilegian con respecto a los contratistas. Como ejemplo, la administración pública puede tomar decisiones unilaterales o modificar para el cumplimiento de los servicios; en la etapa precontractual prepara las bases y términos del contrato y sujeta al contratista sus términos técnicos y económicos.

- **CLÁUSULAS EXORBITANTES:** En los contratos con el Estado, establece Carlos Balbin (2011), en su libro *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, que no existe el principio de igualdad de las partes, ya que existe un poder exorbitante que posee el Estado en el proceso de formación, ejecución y extinción contractual. Esta prerrogativa se enmarca en las cláusulas exorbitantes que no poseen otras partes contratantes, es decir es exclusiva del Estado, como ejemplo estas cláusulas permiten al Estado interpretar y modificar unilateralmente el contrato, prorrogarlo y revocar el acuerdo por su propio interés.

Según Gastón Jeze (1949), el contrato administrativo supone que uno de los contratantes reconoce la desigualdad, ya que una de las partes representa el interés general, el servicio público y la otra parte representa el interés privado, por lo cual la primera representación mencionada entraña la obligación para la persona que se compromete por un contrato administrativo que prevalece el funcionamiento del servicio público sobre sus propios intereses, aparte de la indemnización.

Por otro lado, en virtud del principio de razonabilidad y de proporcionalidad se permite reconocer la transigibilidad con la aplicación de cláusulas exorbitantes. Según Alfieri Bruno Lucchetti Rodríguez (2009), el principio de razonabilidad se aplica en decisiones de la autoridad administrativa y permite que se creen obligaciones, imponga sanciones o establezca restricciones a los administrados y obliga a que las decisiones de la autoridad administrativa tengan la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para cumplir con la necesidad pública (Rodríguez, 2009). Robles (2018) establece que el principio de proporcionalidad es una técnica de interpretación constitucional que protege los derechos fundamentales al momento de aplicarse, ya que acepta que no existen derechos absolutos, sino cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. Conforme al artículo 16 del COA (2017) el principio de proporcionalidad se regula con el siguiente precepto legal:

“Artículo 16.- Principio de proporcionalidad. Las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses. No se limitará el ejercicio de los derechos de las

personas a través de la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos, en relación con el objetivo previsto en el ordenamiento jurídico”¹² (Código Orgánico Administrativo, 2017, Artículo 16).

Miguel Marienhoff (2011) define a las cláusulas exorbitantes como aquellas cláusulas que sobrepasan el ámbito del derecho común, ya que las cláusulas pueden ser inusuales o pueden estar incluidas en un contrato de derecho privado, que resulta ilícito por exceder la libertad contractual, aunque el contrato será administrativo por el hecho de contener estas cláusulas. Así establece dos tipos de cláusulas exorbitantes en el derecho privado:

1. Virtuales o implícitas: Por el propio objeto del contrato está cláusula es exorbitante, es decir constituye prerrogativas que le corresponden a la administración pública en su carácter de órgano esencial del Estado, ya que ejerce su capacidad de actuar en el derecho público, no necesariamente aparecen escritas en el documento, sino pueden ser implícitas por el mismo objeto del contrato. Como ejemplos, estas cláusulas permiten que la administración pública tenga ejecutoriedad propia respecto de sus actos, que modifica unilateralmente las obligaciones de la otra parte contratante, rescinde el contrato, confiere poderes con respecto a terceros, cumplir irrestrictamente el contrato.
2. Expresas, especiales o concretas: Son incluidas en los contratos que no son administrativos por su objeto, sino se convierten en administrativos por la misma cláusula exorbitante, ya que puede adjudicarse en el mismo texto del contrato o como precepto legal que regula la actividad de la administración pública.

La ejecución del contrato administrativo, puede resultar afectada por acción del contratante o contratista, por lo que la consecuencia que se genera no solo es el perjuicio para las partes, sino al interés público, por la participación de la administración pública, por este motivo en el caso ecuatoriano se vio la necesidad de encontrar opciones mediante las cuales los ciudadanos resuelvan las controversias, sin necesidad de que la única opción sea la justicia ordinaria, por lo cual constitucionalmente se reconoce los métodos alternativos de solución de conflictos, en este caso

¹² Código Orgánico Administrativo. Art. 16 de julio de 2017 (Ecuador).

la mediación, la cual se reconoce como “proceso” de resolución en la ejecución de un contrato administrativo, conforme el artículo 126 del COA (2017), que determina lo siguiente:

“Artículo 126.- Solución de Controversias. De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva”¹³ (Código Orgánico Administrativo, 2017, Artículo 126).

En la actualidad, se considera recomendable al momento de contratar con la administración pública, generar como cláusula de resolución de controversias a la mediación, como paso previo a cualquier otro procedimiento judicial o arbitral. Así nace la cláusula de mediación, que se trata en definitiva de un convenio independiente. Mediante dicha cláusula, las partes expresan la voluntad de someter a mediación todas o algunas controversias que puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, lo que trae como consecuencia que las controversias eventuales sean futuras, ya que no han nacido ni han surgido entre las partes.

La naturaleza esencial de la cláusula de mediación es el acuerdo de voluntariedad, que se limita en el caso de la administración pública, en virtud de la desigualdad de las partes y las cláusulas exorbitantes; sin embargo no significa en ningún momento las partes están obligadas a participar de la mediación si no están de acuerdo con ello, aunque en virtud de la actitud positiva del Estado y la necesidad imperiosa de facilitar y promover los acuerdos conforme la voluntariedad y en virtud del cumplimiento legal se somete a la mediación, o por lo menos de manera activa para no generar el desistimiento acude a la mediación, por lo menos antes de recurrir a otras vías. La naturaleza en la cláusula de mediación es intrínseca a las controversias que puedan surgir entre las partes, conforme las disputas específicas que surgen en el contexto del contrato en el que se incluyen; sin embargo esto no implica que la mediación en sí misma forma parte del contrato, ya que al ser un acuerdo independiente no está sujeta a las mismas condiciones, restricciones o términos que rigen el contrato principal.

No existe una base normativa en el Ecuador, que delimite los elementos que debe contener una cláusula de mediación, sin embargo existen contratos tipos estructurados por el Servicio

¹³ Código Orgánico Administrativo. Art. 126 de julio de 2017 (Ecuador).

Nacional de Contratación Pública, que son de uso obligatorio en la contratación pública, se utilizan en el procedimiento precontractual y contractual, son elaborados por el Servicio Nacional de Contratación Pública y cuentan con la Asesoría de la PGE y la CGE. Al revisar de manera general los contratos administrativos, se colige que los elementos son el consentimiento y voluntad de las partes, donde existe expresa disposición de las partes contractuales el deseo de resolver cualquier disputa que surja del contrato, a través de la mediación.

De igual manera hay cláusulas que especifican los tipos de disputa o controversias que cubre el llegar a un acuerdo mediante la mediación; así se delimita el procedimiento para llevar a cabo este proceso, ya sea de manera independiente o en un centro administrado, en este caso, un centro acreditado por el Consejo de la Judicatura. En la cláusula se selecciona el mediador, aunque no es obligatoria la designación, ya que de acuerdo a los reglamentos de los centros administrados, existen formas de designación de mediadores, conforme las necesidades de las partes; se puede concertar el lugar, ley aplicable, jurisdicción y plazo para llevar a cabo el proceso de mediación, la confidencialidad; en cuanto verse a protección de datos reservados de las partes, ya que en el caso de que interviene el objetivo del interés público, todo proceso es de público acceso. Como consecuencia en la cláusula de mediación se puede estipular que el acuerdo sea vinculante y se pueda incorporar al contrato administrativo.

La cláusula no puede limitarse a la mediación exclusivamente, sino puede prever otros métodos de solución de conflictos; por este motivo, otro elemento de la cláusula puede ser el requisito previo a otros procedimientos legales. Puede darse la mediación, como fase previa en la negociación o posterior como el arbitraje, en este caso en particular se trata de las cláusulas escalonadas, que son utilizadas mayormente en la contratación con la administración pública, lo que implica que las partes se someten a una mediación y en caso de no llegar a un acuerdo se acude a tribunales de justicia o arbitraje en derecho. Hay que tener en cuenta que durante el tiempo que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercer ninguna acción judicial o extrajudicial con este objeto, con excepción de medidas cautelares (Lozano, 2016).

2.5. LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE EL ESTADO Y LAS PARTES SUSCRIPTORAS Y EL ROL DEL MEDIADOR EN VIRTUD DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

El contrato administrativo es una actividad de la administración pública, conforme el artículo 89, numeral 3 del COA (2017); por este motivo tiene como sujeto a la misma administración pública; es decir, es el órgano que forma parte del sector público, quien actúan con potestad estatal y está sujeto al derecho público. Otras partes suscriptoras pueden ser particulares, o en el caso de un contrato interadministrativo la otra parte puede ser otras entidades públicas. El marco jurídico que rige estos contratos puede variar según la jurisdicción, pero generalmente se basa en el derecho administrativo.

Para que se perfeccione el contrato administrativo, es necesario la manifestación recíproca de voluntad de los contratantes, notificaciones de la adjudicación y la instrumentación del contrato con la respectiva suscripción, se entiende que si el contrato contiene la cláusula de mediación y se suscribe el contrato de manera general, la voluntad existe para someterse al acuerdo de mediación. Este acuerdo de mediación con la administración pública surge generalmente por la existencia de falencias en el cumplimiento del debido proceso precontractual y contractual administrativo; por este motivo, de acuerdo a los parámetros de correcta interpretación del contrato y voluntad; para solucionar el conflicto se trata desde el título contractual de llegar a una resolución conforme el acuerdo de mediación estructurado en la cláusula de resolución de controversias.

Según Castro y Bravo (2016) la relación jurídica es: “La situación jurídica, en que se encuentran las personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico”. La relación jurídica, en este caso es el vínculo jurídico, que nace por el título llamado contrato y la voluntad que genera derechos y obligaciones entre el Estado y las partes suscriptoras. Esta relación jurídica, también puede darse en el acuerdo de mediación, independiente, y se la reconoce en la LAM (1997), conforme establece que el Estado ecuatoriano, a través de sus entidades y organismos, puede ser parte de un proceso de mediación. Las partes suscriptoras pueden ser personas naturales o jurídicas que tengan capacidad y voluntad para acudir a la mediación para someter disputas en las que el Estado esté involucrado.

En un contrato administrativo las partes suscriptoras y el Estado están sujetos a un conjunto específico de normas y regulaciones que buscan equilibrar la protección de los intereses públicos y privados. Específicamente, al momento de contratar con una empresa pública, el proceso de contratación administrativa está sujeto al Plan Nacional de Desarrollo, con observancia del presupuesto nacional y empresarial, al Plan Estratégico y Plan Anual de Contrataciones, Regimen Común y Especial, conforme el artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Dada la naturaleza pública de una de las partes, el contrato está sujeto a disposiciones relacionadas con la fiscalización y rendición de cuentas, para garantizar el uso adecuado de los recursos públicos. De igual manera, se puede requerir procesos de licitación abiertos o competitivos para asegurar la selección imparcial de contratistas, en estos procesos existen controversias que pueden ser solucionadas, de igual manera, previo acuerdo contractual, mediante la mediación. La relación contractual entre un particular y el Estado se basa en principios como la igualdad y eficiencia.

Sara Rozemblum (1998), conceptualiza a la mediación como: “Un proceso de resolución de conflictos en el que dos partes enfrentadas recurren voluntariamente a una tercera persona imparcial, el mediador, para llegar a un acuerdo satisfactorio”. Ross Gonzalez y Steele Garza (2019), manifiestan que la persona mediadora es: “Aquella que mediante el diálogo, logra que las partes interesadas puedan clarificar sus intereses y acuerden una solución justa y mutua. Permite además que tales partes encuentren un punto de comunicación, a través de la escucha activa, pone en consideración cada punto de vista y evalúa las situaciones de conflicto”. Es importante el papel del mediador para el tratamiento de los conflictos, por lo cual es necesario procurar que cumplan con parámetros mínimos en su formación para ejercer la competencia en determinadas especialidades de la materia para la resolución del conflicto.

De acuerdo al artículo 43, 48 y 49 de la Ley de Arbitraje y Mediación (1997) establecen que el proceso de mediación es asistido por un tercero neutral llamado mediador. De manera general, no se detalla requisitos básicos para ser mediador en el Ecuador, simplemente para que actúen como mediadores independientes o de un centro, deben contar con la autorización escrita de un centro de mediación, que se fundamenta en los cursos académicos o pasantías que hayan recibido. De igual manera, el mediador asignado, queda inhabilitado para intervenir en cualquier

proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogato, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes y por ningún motivo será llamado a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación.

Es importante señalar que el mediador debe garantizar un proceso imparcial y justo, por este motivo es esencial garantizar el principio de neutralidad, que le da a la mediación la esencia de sistema autocompositivo para resolver los conflictos, así el mediador es imparcial y no toma partido por ninguna de las partes en disputas, y se asegura del trato justo y equitativo, para que las partes puedan expresar sus preocupaciones y se facilite la comunicación para que las mismas partes lleguen a sus propias soluciones.

El RCMFJ (2014) establece que el mediador habilitado en el Centro de Mediación de la Función Judicial puede actuar en procedimientos de mediación en todo el territorio nacional, en el artículo 16 que el mediador debe haber aprobado el tercer año en una Universidad legalmente reconocida y registrada en la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT), en las ramas académicas a fines a las funciones propias de su cargo, acreditar conocimientos y experiencia mínima de un año en procedimientos alternativos de solución de conflictos y cumplir con las demás exigencias que se establezcan en el perfil del cargo y conforme con el ordenamiento jurídico vigente.

De acuerdo al RCMPGE (2016), los mediadores pueden ser internos, como servidores de la PGE, quienes no reciben honorarios por sus servicios; y externos, ya que reciben honorarios y son incluidos en la lista Oficial de Mediadores por el Presidente del Centro. Los requisitos para ser mediador son los siguientes:

“Artículo 13.- Requisitos: Para integrar la lista oficial de mediadores del Centro de Mediación, se requiere:

1. Ser abogado debidamente registrado;
2. Acreditar 80 horas de formación y capacitación teórico práctica y la observación de al menos cinco casos reales;
3. Aprobar la evaluación oral teórico práctica que rendirá ante el Director Nacional de Mediación;

4. De haber actuado como mediador, acreditar tal experiencia para lo cual presentarán certificación del Centro de Mediación, nacional o internacional, o de los casos, en los que haya actuado como mediador; y,

5. Acreditar idoneidad profesional y probidad ética¹⁴” (Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, 2016, Artículo 13)

Esta claro que cuando la parte es la administración pública, el mediador debe dividir el interés público y los intereses subjetivos de los funcionarios y del contratista que según Dromi (2001) “corresponden al yo, al fuero interno de los sujetos físicos que participan en su formación”. Es decir, los acuerdos deben satisfacer intereses subjetivos, siempre y cuando no afecte al interés público. Es por esta razón que el mediador debe tener conocimiento sólido en el ámbito administrativo y de contratación pública, aunque la ley como se analizó, no especifica tal requerimiento, en los centros administrados se toma en consideración la formación en derecho y experiencia en contratación Estatal.

CAPITULO 3.- PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACIÓN Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO ECUATORIANO

3.1. NOCIONES GENERALES Y CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

La mediación es un proceso voluntario, así lo especifica el Centro de Mediación de la Función Judicial (2023), por lo que cuando estén involucrados derechos que sean de libre disposición de las partes y de naturaleza transigible se puede llegar a un acuerdo, mediante este método alternativo de solución de conflictos. La mediación es flexible en cuanto a la forma de proceder y es colaborativa, ya que las mismas partes, mediante el mediador continúan con el proceso; que también es ágil y económico, por lo que la audiencia no dura un tiempo prolongado cuando se busca una solución efectiva por las partes y se reduce el costo comparado a solucionar los conflictos mediante la justicia ordinaria en sus distintas instancias.

¹⁴ Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. Art. 13 de enero de 2016 (Ecuador).

Como nociones generales para que el proceso de mediación se vea como un proceso en el que las partes se identifiquen con la noción de voluntariedad, es necesaria la fase de preparación que tienen en este caso los mediadores y el Centro autorizado escogido, para que permitan ubicar a las partes en una sala y mesa redonda, con el fin de evitar las discusiones; es decir con la finalidad de generar el diálogo positivo, donde las partes acepten que desean solucionar el conflicto mediante ese medio de resolución.

A las partes, el mediador les presenta un documento inicial que destaca sus derechos y deberes y expone las características del procedimiento, en cuanto se refiere a las normas de funcionamiento dentro de una audiencia de mediación. Posteriormente, el mediador utiliza técnicas de escucha activa, identifica el conflicto y puntos de encuentro que pueden resultar en aspectos positivos, lo que le lleva a aclarar el problema de manera realista. Al final mediante las soluciones proporcionadas por las partes, con guía del mediador, se llega al acuerdo escrito y firmado por las mismas o puede generarse la falta de acuerdo, que queda adscrita en un documento que detalla las situaciones específicas que impidieron la mediación.

Como características excepcionales en el proceso de mediación, la parte compareciente es un sujeto interesado, en este caso se habla de un facultado perteneciente al sector público. Este interés debe ser legítimo, ya que no puede cualquier funcionario representar a la entidad u organismo público; sino debe tener la facultad, conforme pueden contratar a nombre de la institución respectiva; sin embargo en la práctica las autoridades no concurren al proceso de mediación, ya que delegan la facultad, que conforme al artículo 43 de la LAM (1997) puede ser delegada mediante poder.

“Artículo 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 opondrá 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 término¹⁵ (Ley de Arbitraje y Mediación, 1997, Artículo 46).

En el caso concreto, no se aplica los literales b y c del artículo 46 de la LAM (1997), cuando una de las partes es facultado por el sector público, ya que es necesario que exista un convenio previo que obligue a que pueda ser parte procesal de la mediación. Asimismo, conforme el artículo 11 de la LOPGE (2004), los organismos y entidades del sector público de acuerdo a la LAM (1997) o instrumentos internacionales que lo faculen, pueden someterse a mediación, previa suscripción del respectivo convenio.

En virtud del interés público, al momento de que interviene un representante del Estado, es necesario que en la audiencia de mediación se encuentre el delegado para las audiencias de la PGE, así como opcionalmente un delegado de la CGE, esta necesidad de que comparezcan estas representaciones se motiva en la consolidación positiva de los acuerdos y para evitar la preocupación que todo funcionario tiene de mediar, por la glosa de la CGE, lo que en la práctica ha impedido que se firmen los acuerdos de mediación.

¹⁵ Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 46 de septiembre de 1997 (Ecuador).

De igual manera, el Centro de mediación al que acuden las partes debe estar debidamente autorizado, no debe ser específico, cabe hacer esta aclaración, ya que pueden existir Centros gubernamentales o internacionales para arreglo de disputas, pero puede llevarse a cabo la mediación en Centros autorizados en este caso conforme la LAM, por lo cual es necesario que las partes suscriptoras del convenio se aseguren de la legitimidad y reconocimiento del Centro.

La mediación puede darse por solicitud de las partes, que se presenta en un Centro debidamente autorizado o ante un mediador inscrito en el registro de mediadores; sin embargo también puede disponerse en cualquier estado de una causa judicial, de oficio por el juzgador o a petición de parte, esto procede siempre y cuando las partes lo acepten. La mediación puede ser parte también de un proceso arbitral, en base a las siguientes situaciones: Que el acta de mediación pueda introducirse dentro de este proceso, para demostrar que las partes llegaron a un acuerdo o la obligatoriedad de realizar una audiencia de mediación, dentro del proceso arbitral, para evitar el conflicto de las partes.

3.2. MATERIA TRANSIGIBLE EN LA MEDIACIÓN CON EL SECTOR PÚBLICO

La transigibilidad en el Ecuador opera mediante concesiones recíprocas entre las partes en disputa y se regula en el Código Civil, en el artículo 2348 y 2349 , que determinan lo siguiente:

“Artículo 2348.- Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”¹⁶ (Código Civil, 1860, Artículo 2348).

“Artículo 2349 del Código Civil.- No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”¹⁷ (Código Civil, 1860, Artículo 2348).

¹⁶ Código Civil. Art. 2348 de junio de 1860 (Ecuador).

¹⁷ Código Civil. Art. 2349 de junio de 1860 (Ecuador).

Tiene lógica hablar de transigibilidad en el derecho privado, porque existe libertad individual y la máxima expresión de respeto de autonomía de voluntad en materia contractual, aunque este concepto de transigibilidad no puede ser utilizado en mediación; cuando una de las partes forma parte del Estado, sino es necesario superar la limitación de este término y llamarlo mediabilidad.

Para fundamentar esta idea, se parte de la premisa de que en el derecho público únicamente puede hacerse aquello que se encuentra expresamente permitido; es decir se puede hacer exclusivamente lo que establece la ley. En este sentido, debe existir inexorablemente una norma que faculte al sector público, para que pueda concurrir a la mediación y que la autoridad competente pueda transigir. Sin embargo, de acuerdo a lo analizado, no existe normativa específica que permita al sector público transigir en cada caso, sino la potestad normativa nace de la CRE (2008) y la LAM (1997) que le da al Estado netamente la capacidad para mediar por lo tanto, tiene la capacidad para transigir; aunque debería conocerse como existencia o no de competencias legalmente atribuidas, resumiendolo en una sola palabra como mediabilidad.

Lo expuesto, tiene relación con el principio de legalidad, en cuanto las instituciones del Estado y sus servidores ejercen las competencias y facultades atribuidas por la ley. Para Diana C. Amazo-Parrado (2007) el principio de legalidad subordina la actividad de la administración pública a lo permitido por la ley y estas potestades deben ser expresas y específicas, lo que se opone con el fundamento de la autonomía de la voluntad, ya que en la realidad la administración pública solo tiene la potestad que facultad la ley y favorece a la sociedad. De igual manera, no se transmite ni se renuncia, porque satisface al interés general.

Así la mediación, por mandato constitucional, debe aplicarse obligatoriamente en materia transigible, que en el caso de Ecuador no esta delimitada en la normativa especial, como ejemplo: Conforme la LOSNCP (2008), los gerentes de empresas públicas pueden transigir en procedimientos alternativos de solución de conflictos en todo lo que sea materia transigible, sin embargo no se delimita esta materia.

Hay casos excepcionales, como los siguientes:

- En materia tributaria se realizó la reforma al Código Tributario (2005), introducida por la Ley de Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal, que establece que las obligaciones tributarias pueden ser objeto de transacción.
- El COIP (2014) consideró que son mediables los delitos que pueden ser conciliables, siempre y cuando cumplan con los requisitos legales y que se permita reparar daños ocasionados por el delito.

De acuerdo a Luis Puertas (2003), en su publicación de Materias Transigibles en Mediación en el Ecuador, establece que la denominación de las materias mediables en el sector público se fundamenta en el principio de legalidad y solo se puede mediar en materias que la ley así lo permita. De igual manera, hace énfasis que si se incorpora el término mediabilidad en la legislación ecuatoriana, se avanzaría en la elaboración y desarrollo de criterios propios de la institución.

Por otro lado, el nuevo Reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación ha generado varias disputas entre varios analistas de los MASC y la comunidad jurídica en general, sobre todo en el tema de la ampliación de las materias transigibles; que a criterio de varios abogados, extingue el recaudo constitucional; en cuanto existen materias que por su naturaleza no se pueden transigir, como las multas, ya que se rebasa la relación jurídica contractual.

Se ha generado tanto rechazo a la disposición del ex mandatario Guillermo Lasso, que hasta el año 2021 se presentaron 7 acciones públicas de inconstitucionalidad del RLAM (2021) y en la actualidad la Corte Constitucional, tiene tres casos de inconstitucionalidad acumulados dentro de la Causa No. 74-21 IN, en la cual los legitimados activos en sus fundamentos reiteran la transgresión de los artículos 167; 171; 190; 221; 419 numeral 7; 422 inciso segundo; 424; 425; y, 429 de la CRE (2008).

Con respecto a la transigibilidad en la mediación, el RLAM (2021), manda lo siguiente:

“Artículo 16.- Mediación con el Estado y entidades del sector público.-

1. El Estado o una entidad del sector público podrán resolver cualquier disputa sobre los hechos, actos o demás actuaciones administrativas que tengan relación o surjan con ocasión de la relación jurídica objeto de mediación, incluyendo dejar sin efecto o modificar actos de terminación, caducidad, sancionadores o multas, indistintamente del órgano administrativo que los emita¹⁸ (Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, 2021, Artículo 16).

Desde cierto punto de vista, se podría decir punto garantista, la norma incentiva a que cualquier asunto incluso sanciones administrativas o multas, pueden ser ventilados en cualquier centro de mediación; así los contratistas ya no deben acudir a los órganos jurisdiccionales y se evitan los prolongados trámites para que se reconozcan las pretensiones. Sin embargo, para evitar cualquier vulneración de los derechos, escondidos bajo el manto de las cláusulas exorbitantes que se generan al contratar con el Estado, la parte en conflicto tiene las garantías jurisdiccionales para el amparo de sus derechos, en este caso la acción de protección.

A pesar de que la garantía constitucional se accione, en defensa de los derechos de la parte signataria, es importante destacar el condicionamiento de la acción de protección; que es la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, y por esta razón es que en la generalidad las acciones son improcedentes. Desde un punto de vista legalista; a pesar, de que se haya querido implementar una norma que promueva en cualquier ámbito la mediación; no justifica las violaciones constitucionales que dejan sin efecto la norma en casos prácticos.

Una de las acciones de inconstitucionalidad, acumuladas en la Causa No. 74-21 IN de la Corte Constitucional, fue el número de caso 114-21-I, en el cual el accionante analiza en los fundamentos el artículo 16 numeral 1 y sostiene la inconstitucionalidad de someter a mediación actos que no constituyen materia transigible, al haberse demolido reglamentariamente tal distinción. La CRE (2008) y en la LAM (1997) adoptan la mediación como método alternativo de solución de conflictos, con las condiciones de que los procedimientos se apliquen conforme el ordenamiento jurídico vigente y que se sujeten a la materia que por su naturaleza se puede transigir; las partes se limitan a las controversias, susceptibles de transacción; sin embargo con la vigencia

¹⁸ Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 16 de enero de 2021 (Ecuador).

del reglamento se desnaturaliza la voluntariedad y se instituye una jurisdicción obligatoria e indeterminada para cualquier materia.

Aún no existe el pronunciamiento de la Corte Constitucional en el caso expuesto, sin embargo la acción de incumplimiento fue aceptada y se negó la solicitud de suspensión provisional de las normas impugnadas, por la falta de sustentación en las demandas. Por lo que, desde el año 2021, en los centros administrados se han generado varias inconformidades en cuanto las partes ajustan sus pretensiones a la interpretación normativa que convenga en el caso de su interés, lo que no genera claramente seguridad jurídica y la subjetividad al verificar si se deja sin efecto un acto administrativo o si son mediables materias, que según la ley especial en la materia son de carácter jurisdiccional.

3.3. ETAPAS QUE SE IDENTIFICAN EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

En la mediación se pueden identificar las siguientes fases con diferentes etapas:

1. PRIMERA FASE: PRE-MEDIACIÓN

Se presenta una solicitud de mediación ante el respectivo Centro autorizado, adjuntando el pago de la respectiva tasa. Esta fase se caracteriza por orientar a las partes y explicar en qué consiste el proceso de mediación, se fijan honorarios y tiempos.

1.1. SOLICITUD DE MEDIACIÓN:

- a. **SOLICITUD DIRECTA:** Conforme el artículo 44 de la LAM la mediación podrá solicitarse a los Centros de mediación o mediadores independientes debidamente autorizados. Cuando las partes aceptan un convenio escrito pueden solicitar al Centro administrado o mediador que inicie el procedimiento respectivo, incluso si el acuerdo no es escrito. La solicitud de mediación puede ser suscrita por las dos partes o puede presentarla cualquiera de ellas. Generalmente los representantes de órganos del sector público, debidamente autorizados, optan por mediar en el Centro

de Mediación de la Procuraduría General del Estado, por lo cual de acuerdo al artículo 21 del RCMPGE (2016) la solicitud de mediación contiene:

“Artículo. 21.- De la Solicitud de Mediación: Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, la solicitud contendrá:

1. Nombres y apellidos de los solicitantes y la calidad en que comparecen;
2. Direcciones de las partes, números telefónicos; además podrán incluir números de casilla judicial de los profesionales que los patrocinen, de fax y/o correo electrónico, etc.;
3. Un resumen de la naturaleza del conflicto susceptible de mediación;
4. Firma de los solicitantes y/o de su abogado patrocinador;
5. Nombramiento del representante legal del solicitante, de ser el caso;
6. Otros documentos relacionados con el conflicto, tales como: contratos, informes, partidas de nacimiento, etc.; y, delegación, poder o procuración judicial; y,
7. De tratarse de un caso con el sector público, una declaración de que existe o no un proceso administrativo, arbitral o judicial pendiente, así como examen especial de la Contraloría General del Estado; incluyendo los detalles del o los procesos¹⁹” (Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, 2016, Artículo 21) .

El examen especial de la Contraloría General del Estado, conforme el artículo 19 de la LOPGE (2002), es una modalidad de auditoría gubernamental que evalúa una parte de las actividades relativas a la gestión financiera, administrativa, operativa y medioambiental, luego de su ejecución, el informe debe contener comentarios, conclusiones y recomendaciones. El objetivo de presentar el examen especial de la CGE en la solicitud de mediación es para determinar el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes, ya que aseguran el beneficio del interés general.

- b. **DERIVACIÓN JUDICIAL:** Conforme el artículo 294 numeral 6 del COGEP (2015), el juzgador dentro de la justicia ordinaria, puede de oficio o a petición de parte disponer que cualquier controversia, siempre y cuando sea materia transigible,

¹⁹ Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. Art. 21 de enero de 2016 (Ecuador).

pase a un centro de mediación legalmente constituido, para buscar un acuerdo entre las partes.

1.2. ADMISIÓN: El mediador acreditado, Director del Centro o delegado del presidente deben primero verificar que se cumpla con los requisitos de la solicitud de la mediación y segundo debe realizar un examen del objeto de la controversia, por ejemplo en el caso del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, el Director inadmite el trámite si la materia no es transigible. Claramente si una de las partes es el sector público, debe identificarse si no se trata de potestades públicas en relación al contrato.

1.3. DESIGNACIÓN DEL MEDIADOR: En un centro administrado, el Director designa un mediador de una lista aprobada, claramente como requisito obligatorio la persona designada debe ser un profesional certificado en la mediación y de preferencia en la materia. De igual manera, las partes involucradas en el conflicto pueden designar al mediador acreditado. En el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado puede darse el caso de que exista un solo mediador, por lo que será seleccionado para todos los casos, e incluso el Director del centro puede actuar como mediador .

1.4 CONVOCATORIA: En este punto son importantes la notificación, programación de la fecha y hora de la audiencia de mediación y una breve indicación de los procedimientos que se siguen durante la mediación. Con respecto a la notificación puede hacerse mediante correo electrónico y conforme las prácticas del Centro de mediación. Cuando interviene el sector público, obligatoriamente, se notifica al Procurador General del Estado o su delegado, conforme la LOPGE (2004). El mediador es aquel que realiza hasta dos convocatorias a la audiencia de mediación, por los medios acordados y el día y la fecha se determina de acuerdo a la disponibilidad del mediador.

2. SEGUNDA FASE: PROCESO DE MEDIACIÓN

AUDIENCIA DE MEDIACIÓN: A la audiencia pueden asistir las partes por sus propios derechos o por medio de apoderados, como en el caso del Estado asiste el personero autorizado, cabe destacar que la audiencia no es única, es decir pueden existir varias sesiones en diferentes

días, por la complejidad del caso, claramente cumpliendo con la celeridad en el proceso. En la audiencia, el mediador acreditado, explica el proceso de mediación y establece las reglas básicas para continuar el proceso, esta es una sesión constitutiva, sesión informativa. El mediador previamente se ha contactado con las partes para acordar la primera entrevista sea individual o conjunta, en esta etapa el mediador se basa en los principios de la mediación.

Posteriormente se dan declaraciones iniciales, donde cada parte tiene la oportunidad de presentar sus posiciones y los hechos que han llevado a generar la controversia. Así el mediador facilita la comunicación entre las partes, explora las posiciones, el dilema, la necesidad y verifica si en base a los intereses puede llegar a mediar. Es importante que las partes trabajen juntas y generen soluciones al problema, por lo cual el mediador explora compromisos que han sido negociados y al final son mutuamente aceptables.

2. TERCERA FASE: ACUERDO

Al finalizar la mediación pueden existir varias posibilidades como: Un acta de imposibilidad de mediación, la cual se genera por la falta de asistencia de una de las partes o de las dos partes; un acta de imposibilidad de acuerdo en el que las partes suscriben que no han logrado solucionar el conflicto, actas de acuerdo que pueden ser parciales o totales, las cuales tienen efectos de sentencias ejecutoriadas y cosa juzgada, en caso de incumplimiento la parte afectada podrá remitirse a la autoridad judicial competente para la ejecución.

3.4. ACTAS DE MEDIACIÓN E IMPOSIBILIDAD DE ACUERDO CON EL SECTOR PÚBLICO

Guillermo Cabanellas (2006), en el Diccionario Jurídico Elemental, establece que el término “acta” se deriva de la voz latina *actus*, que expresaba todo cuanto se hace o dice, se conviene o pacta: “*id quos actum est*”, define al acta así en la relación escrita donde se consigna el resultado de las deliberaciones y acuerdo de cada una de las sesiones de cualquier junta, cuerpo o reunión. El acta es el documento emanado de un juez, notario, oficial de justicia, agente de policía, a efectos de consignar un hecho material, o un hecho jurídico con fines civiles, penales o

administrativos. El acta de mediación constituye el resultado emanado de un acuerdo de voluntades concertado entre dos o más personas, en la que prima el principio de la autonomía de la voluntad y la confidencialidad, a fin de resolver una controversia²⁰, en definitiva es un escrito que realiza el mediador una vez que la mediación haya finalizado con acuerdos, debe suscribirse por las partes y el mediador en un Centro autorizado.

“Artículo 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

²⁰ Agnelli y Matos, Formalidades necesarias del acta de mediación como instrumento de la cultura de paz, aplicando lógica del razonamiento deductivo, 104-116.

la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario”²¹ (Ley de Arbitraje y Mediación, 1997, Artículo 47).

Los tipos de acta de mediación son:

Tabla 3

ACTAS DE MEDIACIÓN

ACTA DE IMPOSIBILIDAD DE MEDIACIÓN

• **Artículo 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" (Ley de Arbitraje y Mediación, 1997, Artículo 51).

• **ANÁLISIS:** Este tipo de acta es un documento escrito, que redacta el mediador para dejar constancia de que el procedimiento no se va a llevar a cabo por la inasistencia reiterada de una de las partes. En este caso la mediación sería inexistente y no tendría ningún efecto jurídico. Conforme el artículo 46 de la LAM (1997), los jueces ordinarios podrán conocer las demandas que versen sobre conflictos que son materia del convenio de las partes, siempre y cuando exista el acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación.

ACTA DE ACUERDO TOTAL

• **ANÁLISIS:** Es un documento escrito que redacta el mediador, donde plasma los términos del acuerdo al que llegaron las partes para resolver en su totalidad el conflicto. El acta contendrá en forma detallada la relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones de cada una de las partes y deberá ser suscrita por las partes y por el mediador del centro autorizado, y a partir de ese momento el acta tiene el mismo valor jurídico que una sentencia.

ACTA DE ACUERDO PARCIAL

• **ANÁLISIS:** Este documento contiene los términos del acuerdo al que llegaron las partes, sin embargo las partes no logran arreglar en su totalidad el conflicto, toda vez que consta en este documento los puntos en los cuales las partes no logran mediar y pueden resolverlo a través de la vía judicial o arbitral si así lo deciden las partes. El acta tiene el mismo valor jurídico que una sentencia.

ACTA DE IMPOSIBILIDAD DE ACUERDO

• **ANÁLISIS:** Este documento se suscribe por las partes y el mediador. Contiene la constancia de que comparecieron al proceso de mediación, sin embargo especifica que no lograron llegar a ningún acuerdo que solucione el conflicto. Esta acta puede suplir la audiencia de mediación en un proceso arbitral, audiencia de conciliación o en un proceso judicial al ser presentada por la parte interesada.

Nota. Fuente: El autor.

²¹ Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 47 de septiembre de 1997 (Ecuador).

El efecto del acta de mediación con acuerdo total o parcial, es 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 posteriormente a la mediación. Es decir, en caso de incumplimiento del acta no es el mediador el que tiene la competencia para ejecutar el acta de mediación, sino conforme al artículo 363 numeral 3 del COGEP (2015), esta acta es un título ejecución que mediante vía judicial se hace cumplir la obligaciones contenidas en este documento jurídico. Cabe destacar que para la ejecución del acta, no rigen las normas del derecho civil que rigen los contratos, de tal forma que la parte afectada solamente puede pedir la ejecución del acta como título de ejecución.

De acuerdo a la Resolución No. 11-2017 de la Corte Nacional de Justicia, cita el concepto del autor Eduardo Couture, de cosa juzgada:

Para Couture, la cosa juzgada es inimpugnable, en cuanto la ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia: non bis in eadem. Si ese proceso se promoviera, puede ser detenido en su comienzo con la invocación de la propia cosa juzgada esgrimida como excepción. También es inmutable o inmodificable. Como se verá en el momento oportuno, esta inmodificabilidad no se refiere a la actitud que las partes puedan asumir frente a ella, ya que en materia de derecho privado siempre pueden las partes, de común acuerdo, modificar los términos de la cosa juzgada. La inmodificabilidad de la sentencia consiste en que, en ningún caso, de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de una sentencia pasada en cosa juzgada. La coercibilidad consiste en la eventualidad de ejecución forzada. Tal como se expondrá en su momento, la coerción es una consecuencia de las sentencias de condena pasadas en cosa juzgada. Pero esa consecuencia no significa que toda sentencia de condena se ejecute, sino que toda sentencia de condena es susceptible de ejecución si el acreedor la pide. Una de las tantas paradojas de la cosa juzgada consiste en que, siendo más vigorosa que cualquier norma del orden jurídico, es al mismo tiempo tan frágil que puede modificarla un simple acuerdo de los particulares, en cuanto a los derechos y obligaciones en ella atribuidos²².

²² Couture, Eduardo: Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Roque de Palma Editores, Tercera Edición, Buenos Aires, 1958, pág. 402

¿El acta de mediación al tener carácter de sentencia, debería cumplir con las normas formales que le dan validez y aplicación razonable? Es verdad que el deber de motivación está contenido en las mismas cláusulas del acta donde se expresa con claridad los términos del acuerdo, donde se declara el consentimiento libre y voluntario de las partes, su capacidad, el objeto transigible, origen del conflicto; de igual manera contiene fecha de la expedición del acta y la firma de las partes y el mediador; sin embargo las actas de mediación no tienen la obligación de cumplir con los requisitos de la sentencia, ya que se rigen por disposiciones autónomas debido a su naturaleza.

Hugo Suescún Pujols (1993) establece que el acta al ser equivalente a una sentencia, y al no constituir la mayoría un negocio jurídico, es improcedente su anulación por vicios del consentimiento. Por este motivo, existen diferentes criterios acerca de que: ¿Los vicios capaces de invalidar sentencias que sean razonablemente aplicables podrían invalidar también un acta de mediación?, los vicios de una sentencia ejecutoriada se encuentran regulados en el artículo 112 del COGEP (2015).

“Artículo 112.- Nulidad de sentencia.- La sentencia ejecutoriada que pone fin al proceso es nula en los siguientes casos:

1. Por falta de jurisdicción o competencia de la o del juzgador que la dictó, salvo que estas se hayan planteado y resuelto como excepciones previas.
2. Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, salvo que esta se haya planteado y resuelto como excepción previa.
3. Por no haberse citado con la demanda a la o el demandado si este no compareció al proceso.
4. Por no haberse notificado a las partes la convocatoria a las audiencias o la sentencia, siempre y cuando la parte no haya comparecido a la respectiva audiencia o no se haya interpuesto recurso alguno a la sentencia.

Las nulidades comprendidas en este artículo podrán demandarse ante la o el juzgador de primera instancia de la misma materia de aquel que dictó sentencia, mientras esta no haya sido

ejecutada. No podrán ser conocidas por la o el juzgador que las dictó. La presentación de la demanda de nulidad no impide que se continúe con la ejecución.

La nulidad de la sentencia no podrá demandarse cuando haya sido expedida por las salas de la Corte Nacional de Justicia y se dejará a salvo las acciones que franquee la Constitución de la República”²³(Código Orgánico General de Procesos, 2015, Artículo 112).

La Corte Nacional de Justicia, en una absolución de Consultas con Criterio No Vinculante, establece que sobre la sentencia estas nulidades contenidas en el artículo 112 del COGEP (2015) podrán demandarse ante el juzgador de primera instancia de la misma materia de aquel que dictó la sentencia, mientras no se ha ejecutado, la presentación de la demanda de nulidad no impide que se continúe con la ejecución, sin embargo el acta de mediación es un título de ejecución no una sentencia, por lo tanto se encasilla en la definición de transacción prevista en el artículo 2348 del Código Civil (1860), por lo cual no es aplicable las causales de nulidad previstas en el artículo 112 *ibídem* si son aplicables al caso los requisitos de validez previstos en el artículo 2349 sobre la capacidad; la prohibición de transar sobre derechos ajenos establecida en el artículo 2354 ; las causales de nulidad previstas en los artículos 2356, 2357 y 2359, normas del Código Civil (1860)²⁴.

El acta puede ser anulada por vicios propios como falta de registro del Centro de mediación que autoriza al mediador o falta de autorización del mediador o incluso se anula por vicios propios del negocio jurídico, por falta de citación o notificación al Procurador General del Estado. En el Ecuador, al suscribir un acta de mediación con el sector público, previamente sería necesario que se cuente en la audiencia de mediación con un delegado de la PGE y un delegado de la CGE, para que intervengan de manera preventiva en virtud de la seguridad económica y jurídica de los acuerdos alcanzados; aunque, no es la generalidad de los casos en que asisten estas delegaciones, así los centros autorizados cumplen con notificarles convocándoles a las audiencias y notificándoles con las respectivas actas de mediación.

²³ Código Orgánico General de Procesos. Art. 112 de mayo de 2015 (Ecuador).

²⁴ Corte Nacional de Justicia. (2022). *PRESIDENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL PICHINCHA. DISPOSICIÓN APLICABLE EN CASO DE NULIDAD DEL ACTA DE MEDIACIÓN. Obtenido de:*
https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/No_Penales/Procesal/231.pdf

En los centros de mediación autorizados existen más actas de imposibilidad de mediación con el Estado en el Ecuador, por la confidencialidad de ciertos acuerdos de mediación no es posible dar a conocer los factores internos de cada proceso, sin embargo de manera general existen varios factores que generan las actas de imposibilidad de acuerdo, entre estos, está claro que no existe aún una cultura de mediación por parte de la ciudadanía, el Estado claramente se ve favorecido por la rapidez y poco gasto que genera solucionar un conflicto por este medio de solución de conflictos, aunque al momento de incentivar a la otra parte a que acuda a este medio, en un centro que en su generalidad es el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, aún existe la sensación de que este es un procedimiento legal burocrático, donde el Estado se verá siempre beneficiado. En otros casos, se ha dado que por la “falta de voluntad política” por parte de las autoridades estatales no participen en procesos de mediación y así claramente esto se ve influenciado por el interés del gobierno de turno, que ha acabado en el resultado de acta de imposibilidad de acuerdo.

Otro factor que genera la imposibilidad de acuerdo es que no existe confidencialidad al cien por ciento en un proceso de mediación cuando la parte es el Estado, es decir la información sobre un documento de carácter público tiene confidencialidad limitada o restringida, salvo en casos que sea clasificada como reservada, que es inaccesible por 10 años y hasta por 15 años, conforme el artículo 16 de la LOTAIP (2023). Por el derecho de acceso a la información pública reconocido en el artículo 7 de la LOTAIP (2023), cualquier ciudadano podrá tener acceso a toda información pública; puede darse el caso de que se acceda a procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación, liquidación, celebrados por las partes personas naturales o jurídicas que desean mediar; incluso el acta de mediación con acuerdo total, parcial, o de imposibilidad de mediación es de acceso público, además podría ser publicada en el portal de compras públicas, ya que constituye el final de una disputa con el Estado. Con lo expuesto, la publicidad de las actas por ser parte la administración pública lleva a las partes a no tener flexibilidad en los acuerdos y no genera confianza, puesto que no se cumple con el principio de la confidencialidad como pilar fundamental de la mediación.

3.5. DERECHO COMPARADO CON LA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA Y COLOMBIA EN LA MEDIACIÓN CON EL SECTOR PÚBLICO

Mediación con el sector público de acuerdo a la legislación de la República de Colombia

En el Preámbulo de la Constitución Política de Colombia (1991) se habla de justicia e igualdad y de que los ciudadanos convivan en paz, de acuerdo al artículo 1 del texto constitucional Colombia es un Estado social de Derecho, lo que significa que el Estado está a servicio de la sociedad y que prevalece el interés general, de acuerdo al artículo 2 de la Constitución de Colombia se debe asegurar por parte del Estado la convivencia pacífica, por lo cual la mediación es una herramienta que puede lograr este fin esencial del Estado (Padilla, 2022).

Como principios en Colombia reconocen que los acuerdos que se suscriben en la mediación deben ser acuerdos proporcionales y equilibrados para las partes, los cuales se conocen como acuerdos con resultados gana-gana. En la mediación existe responsabilidad conjunta entre el mediador y las partes para lograr acuerdos equitativos. La mediación es distinta al sistema judicial y se ha vuelto un método más rápido para la solución de controversias.

Como antecedentes en Colombia la Ley 23 de 1991 se creó en el marco jurídico para la implementación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en Colombia. Posteriormente, la Ley 446 del año 1998 estableció a la conciliación como un requisito de prejudicialidad para acceder a la justicia ordinaria y el Decreto 1818 de 1998 compiló todas las normas relacionadas con los métodos alternativos de solución de conflictos.

De manera conceptual no existe una diferencia entre lo que se entiende como conciliación y mediación en el sentido de que, un tercero ayuda a las partes a construir un acuerdo para permitir la descongestión judicial y que, las partes queden satisfechas con el acuerdo. En Colombia la mediación es utilizada en el campo laboral y penal, incluso a través del Decreto 560 de 2020 los pequeños y medianos empresarios pueden ahora acudir a la mediación para lograr la reestructuración empresarial.

Cuando existen conflictos que se pueden presentar entre entidades públicas de Colombia, se trata por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, que en palabras del ex director Camilo Gómez es la oficina de los Abogados del Estado que se encargan de la defensa nacional e internacional del Estado; esta agencia designa a un mediador para apoyar a las partes para que lleguen a un acuerdo negociado. El numeral 9 del artículo 17 del Decreto Ley 4085 de 2011 establece que la dependencia responsable de la función de mediar en los conflictos que se originen entre entidades administrativas del orden nacional (Presidencia de la República de Colombia, 2015), es la Dirección de Defensa Jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, que se encarga de ejercer la mediación conforme los artículo 6 y 17 del Decreto Ley 4085 de 2011, reglamentada en el Decreto 2137 de 2015 e incorporado en el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho 1069 de 2015.

La mediación no suspende términos de caducidad y el acuerdo puede resultar en un acto o negocio jurídico que posibilita la solución de la controversia, como: una transacción, un desistimiento, un convenio, una revocatoria de un acto administrativo o una conciliación ante la Procuraduría General de Colombia. En cuando al trámite de mediación, este se conduce por el mediador que ayuda a las partes para que expresen sus intereses, se suscribe un acta o registro de las sesiones de mediación en la que contenga las temáticas abordadas y compromisos.

Las entidades acreditan la autorización de las personas que los representan en las audiencias, los cuales deben tener la capacidad para tomar decisiones. En cada mediación se cuenta con un administrador de caso encargado de darle impulso y apoyo administrativo, se vuelven un canal de comunicación entre la Agencia, las entidades y el mediador. Al final se incorpora en un acta de acuerdo de mediación la descripción de las circunstancias de modo, tiempo, lugar en el que se cumplen las obligaciones acordadas por las partes. La mediación no interrumpe por sí misma el procedimiento de conciliación extrajudicial o procesos judiciales en curso, salvo común acuerdo de las entidades y las reuniones o audiencias de negociación pueden desarrollarse en cualquier lugar acordado por el mediador y las partes.

En cuanto a los mediadores que pueden formar parte de la Agencia deben cumplir con los siguientes requisitos: Ser ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles, no

encontrarse incurso en la causal de inhabilidad o incompatibilidad prevista en la ley para el ejercicio de funciones públicas o para contratar con el Estado, tener título universitario y tener experiencia como mínimo de 6 años en el servicio público, como funcionario o contratista, haber ejercido la profesión de manera independiente por un término inferior a 8 años o haber sido profesor universitario durante un periodo no menor a 8 años, esto conforme al decreto 2137 DE 2015. En cuanto a la ley Ley 2220 de 2022 emitida por el Congreso de la República de Colombia, establece que el acuerdo alcanzado mediante mediación tiene efectos de cosa juzgada, en cuanto a las materias sobre las cuales versó la controversia (Congreso de la República de Colombia, 2022).

Mediación con el sector público de acuerdo a la legislación del Reino de España

En España el proceso de mediación se divide en sesiones, primero la sesión informativa en la cual se presenta a las partes las características, principios, objetivos y funcionamiento de la mediación, posteriormente las partes deciden si aprueban iniciar con este proceso y firman un acta de sesión constitutiva o inicial. Segundo, se lleva a cabo una sesión constitutiva o inicial en la cual las partes se comprometen a iniciar el proceso de mediación y queda clarificada la confidencialidad del proceso. Tercero, se llevan a cabo las sesiones de mediación donde las partes comparten sus posiciones y el mediador en base a los intereses que asimila los ayuda a llegar a una solución al conflicto. Por último, en la sesión final se firma el acta de acuerdo o no de mediación.

El acuerdo de mediación puede tener o no una validez reforzada, en el sentido que las partes pueden dotarle de eficacia ejecutiva, esto significa que en el caso que el acuerdo tenga eficacia jurídica puede tener los mismos efectos que un título judicial, una sentencia, esto en cuanto se solicite el sometimiento del acuerdo de mediación al Juez para que lo homologue o si en una mediación civil o mercantil se la eleva a una escritura pública mediante notario.

En estos casos, si las partes no cumplen con lo pactado en mediación, la parte reclamante tendrá mayor seguridad jurídica para reclamar el cumplimiento de la obligación, ya que se recurre a la vía judicial directamente para pedir el cumplimiento del pacto firmado. En el caso del acuerdo que las partes no deciden elevar a público, solamente es válido de la misma forma que un contrato firmado por las partes y debe estar firmado por las mismas y el mediador profesional.

A nivel territorial en España, la administración pública puede hablarse de que esta dividida en tres ejes la Administración General del Estado, entidades locales, comunidades y ciudades autónomas. De igual manera, a nivel institucional y corporativo existen organismos públicos autónomos y empresariales, agencias y corporaciones públicas. Las sociedades mercantiles, fundaciones y asociaciones vinculadas o dependientes a la administración pública están sujetas igualmente a las normas y principios administrativos. Estas entidades sujetas al Derecho administrativo pueden tener conflictos que se conocen en Juzgados y Tribunales especializados a través de un proceso contencioso administrativo, sin embargo existe la forma de resolución alternativa que puede ser una vía complementaria para hacer efectivo el derecho de tutela judicial efectiva, ya que en reiteradas ocasiones que el conflicto ha llegado a conocerse en el órgano judicial, es posible; conforme al artículo 77 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en cualquier momento de la primera instancia, en fase de recurso o en ejecución; que las partes acudan a mediación. Incluso, los órganos judiciales pueden derivar a mediación la causa, ya sea de oficio o instancia de parte.

En España se opta por que los conflictos que tiene la administración se deriven a mediación, cumpliendo con el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), ya que posibilita a dar cumplimiento a los objetivos de transparencia, buen gobierno, eficiencia y mejor gestión de los recursos públicos. La mediación administrativa se regula en la Constitución Española como expresión de la libertad personal y de la justicia como valores superiores. Claramente, cualquier conflicto puede derivarse a mediación, siempre y cuando no sean contrarios al orden público, afecten intereses de terceros y no afecten directamente los derechos fundamentales de las personas, de igual manera se excluye a la mediación cuando afecta al principio de legalidad o cuando alguna de las partes decide no solucionar el conflicto mediante la mediación. Los mediadores deben tener experiencia en conflictos con la administración pública (Avilés Navarro et al., 2020).

La forma para que se lleve a cabo una mediación es a través de la celebración de acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas de derecho público y privado, estos instrumentos deben contener la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial,

plazo de vigencia y requieren la aprobación expresa del Consejo de ministros u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas. Las materias que pueden mediarse deben estar amparadas por el derecho administrativo, como ejemplos de materias mediables son las que versen sobre contratos públicos, expropiaciones forzosas, procedimiento de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, convenios urbanísticos y licencias, siempre y cuando no vayan en perjuicio del orden público o del interés de terceros; sin embargo existen materias que no son susceptibles de mediación como la impugnación directa de disposiciones de carácter general, actos administrativos dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas, ni las ejercitadas en el uso de la acción pública (Administrativo , 2023).

Conforme el Protocolo para la Implantación de un Plan piloto de Mediación en la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2011), se entiende por mediación intrajudicial administrativa “aquel medio de solución de litigios alternativo y complementario a la Administración de justicia, en el que dos o más partes legitimadas intentan voluntariamente, en el curso de un proceso contencioso-administrativo, alcanzar por sí mismas un acuerdo, sobre la base de una propuesta elaborada por un tercero mediador” (Pleno del Consejo General del Poder Judicial , 2011). De acuerdo a Beatriz Belando Garín (2018), Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia, la mediación intrajudicial de la que dan noticia los propios jueces y magistrados es “una mediación sui generis en tanto que el mediador suele ser el propio juez”. Así crítica que la participación del juez vicia en parte el proceso de mediación ya que tiene acceso a información que puede que las partes no hubiesen revelado en el marco del proceso, lo que violenta la confidencialidad.

La mediación administrativa fue reconocida en el artículo 88.1 y 107.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, norma derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que ahora regula en su artículo 86 numeral 1,2,3 y 4 la terminación convencional del procedimiento administrativo a través de acuerdos que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ni versen sobre materias no susceptibles de transacción. En el artículo 112 numeral 2 de la mencionada Ley, se refiere a la mediación sustitoria de los recursos de alzada y reposición.

En la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) está prevista de forma implícita la mediación contencioso-administrativa, estableciendo la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción. Cabe destacar que conforme el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles excluye de su aplicación la mediación con la administración pública, por lo cual esta materia tiene sustantividad propia.

3.6.LA NECESIDAD DE UNA CULTURA DE MEDIACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO

Blohorn- Brenneur, pionera de la institucionalización de la mediación; establece, en su traducción a español, que: “la aparición de la mediación en el mundo jurídico a finales del siglo XX no es casual. Marca el punto de partida de una nueva mentalidad, de una nueva justicia” (Jorf, 1995). En el mundo estas palabras resuenan en la justicia administrativa, sin embargo, aunque el Ecuador no se adapte totalmente que en los poderes públicos se instalen numerosos mediadores en el seno de las administraciones, aun así constitucionalmente se reconoce a la mediación como método alternativo y se ha ido reconociendo esta figura con la ayuda de de los Centros administrados, privados, la PGE y el Consejo de la Judicatura, como ejemplos institucionales, que adoptan la tarea de proporcionar el apoyo en la solución de conflictos que se presenten con la administración pública, a través de la aplicación de la mediación.

La política cultural forma parte de la acción Estatal, de las instituciones civiles y la comunidad. Así el apuntar a garantizar el derecho al acceso de una cultura de paz, a través de sus métodos no convencionales, pero sí legalmente reconocidos, puede garantizar el derecho a la cultura; que implica pensar en que procesos como la mediación sean parte de una estrategia de transformación social y construcción de la ciudadanía. Así se puede visualizar a la mediación como una forma de acción política activa en los procesos de encuentro, socialización y generación en la vida cotidiana, donde puede intervenir el Estado y sus instituciones como parte activa.

Debería existir un alto interés de la administración pública para enriquecer la justicia a través de métodos alternativos de solución de conflictos, los beneficios radican en la descongestión judicial, reducción de costos, empoderamiento de las partes; en cuanto los involucrados que tienen un mayor control sobre el resultado de la disputa, lo que resulta en soluciones satisfactorias para las dos partes. La mediación puede fomentar enfoques de justicia restaurativa y de la misma forma puede ayudar a construir políticas en virtud de la participación activa de la ciudadanía. Últimamente, las instituciones públicas toman en consideración la aplicación de cláusulas escalonadas donde se estipulan la utilización de dos o más mecanismos de resolución de conflictos a efecto de que sea aplicado de manera consecutiva y uno de estos métodos por el cual optan, es la mediación.

A pesar de que existen varias ventajas para acudir a la mediación, aún no existe en el Ecuador en su totalidad una cultura de solución de conflictos mediante métodos alternativos en su totalidad, cuando una de las partes contractuales es el sector público; ya que como indican Sánchez y Ortiz (2013), la cultura social impone que cuando hay un conflicto lo adecuado es acudir a los Tribunales que están encargados de la aplicación de las leyes y cuidan el orden jurídico. Las partes depositan aún su confianza en el órgano judicial, en virtud de la costumbre social de recurrir a este sistema de justicia y los ciudadanos, al desconocer de los métodos alternativos, optan por el procediendo en extremo formal, con conocedores del derecho; que en el caso de procesos administrativos, generan más inversión de tiempo y recursos. Sin embargo esta visión aún arraigada debe transformarse y de manera utilitarista la comunidad debe plantearse que la mediación se presenta como un sistema útil donde las partes obtienen el beneficio de ganar-ganar.

La mediación en el ámbito administrativo, es un medio de solución de conflictos entre sujetos jurídicos y la administración pública, donde interviene un mediador imparcial, neutral que va a ayudar a las partes a que se comuniquen, dialoguen, y facilite alcanzar un acuerdo de voluntades en el menor tiempo posibles; para evitar el desgaste incluso emocional de las partes. La administración pública al optar por este sistema transformador, ya se convierte inmediatamente en garante de derechos e intereses legítimos de sus ciudadanos, puede llegar a alcanzar un equilibrio ponderado entre los principios de legalidad administrativa y de buena administración.

Es necesario que como Estado se aplique en las vías alternativas para dirimir controversias, ya que permitirá el desarrollo de nuevos procedimientos administrativos con un contenido de forma consensuada, que contienen intereses individuales y colectivos de la sociedad, representada en cada asunto, donde exista un incremento de la transparencia, participación e intervención del ciudadano. En la actualidad, para ser parte de una cultura de mediación el Estado y sus instituciones, han comprobado adoptar en el ámbito contractual administrativo las cláusulas de mediación efectivas, ya que en caso de que existan controversias suscitadas sobre el cumplimiento, interpretación y ejecución del contrato, y no se logra un acuerdo directo entre las partes, renuncian expresamente a la jurisdicción ordinaria y se someten a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos previstos en la LAM (1997) y al Reglamento de funcionamiento del Centro administrado, incluso instituciones han optado por contratar a un mediador en virtud de evitar un conflicto con la contraparte, en virtud de la mediación preventiva, para que se evite perjuicios económicos tanto para el contratista o la entidad contratante; lo que tiene como finalidad mantener el balance en todo momento entre los sujetos contractuales y fomentar una cultura de paz social.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 1.** La mediación es un proceso que busca otorgar un espacio de diálogo directo participativo entre dos o más personas que tienen un conflicto que resolver; los interesados, como partes concurren en la realización de una o más sesiones, acompañados por un neutral e imparcial llamado mediador, que será quien facilite el diálogo en todo el proceso. La mediación agiliza el acceso a un acuerdo negociado que es totalmente legal y que se convierte en un título de ejecución, para garantía de las partes involucradas. Además son las personas o instituciones que tienen el conflicto quienes lo resuelven, controlando en todo momento el proceso y su resultado, circunstancia que no ocurre en un juicio. La mediación es trascendental porque permite reducir considerablemente la carga de trabajo del sistema judicial y permite a los ciudadanos encontrar una solución viable a sus problemas de una forma más económica y sin dilación propia de los tribunales de justicia.
- 2.** La mediación es aplicable en la rama del derecho público en el Ecuador, en virtud de la Constitución y leyes especiales en la materia, por los mandatos en la actualidad se establecen mecanismos accesibles a los ciudadanos, desformalizados, no burocráticos,

directos, ágiles y cercanos para el planteamiento de los reclamos a la administración pública, que genera la confianza de la ciudadanía en la gestión pública.

3. La mediación administrativa como tal no se encuentra institucionalizada en el Ecuador, pero sí regulada; es a través de los centros administrados, que mantienen un listado de mediadores profesionales en contratación administrativa y de la forma de resolución de conflictos en procesos judiciales, donde se verifica la viabilidad objetiva de la aplicación de una nueva modalidad de actividad de la administración denominada consensual o pactada, dotada de eficacia jurídica.
4. El mediador designado en procesos donde la parte interviniente es la administración pública, tiene que ser experto en Derecho Administrativo y contratación pública, y debe tener la experiencia necesaria para acompañar a las partes con diferentes criterios de legalidad aplicables.
5. La administración pública satisface las necesidades de los administrados y tiene como opción concurrir a un proceso de mediación, sin embargo el Estado no tiene una potestad mediadora, ya que las potestades estatales o públicas no son materia de transacción, sin embargo por el reconocimiento constitucional el Estado puede ejercer la aplicación de este método a través de sus potestades estatales y así los ciudadanos tienen la alternativa de solucionar los conflictos, evitando el gasto de recursos administrativos en vía administrativa. Para transigir es necesario contar con la certificación presupuestaria que acredite la existencia de recursos del Estado para cumplir con las obligaciones que sean acordadas entre las partes. En este ámbito se habla de mediabilidad y no transigibilidad.
6. La mediación en materia de contratación pública tiene una particularidad, ya que es la máxima autoridad de las instituciones que forman parte del sector público, la que está legitimada para aceptar que como parte se someta a una mediación, en el caso de delegados que no cuentan con personalidad jurídica, deben tener la autorización respectiva del Procurador General del Estado para transigir en este proceso. En las mediaciones en las que participe una entidad del sector público debe acudir el Procurador General del Estado o su delegado, esta institución debe ser debidamente notificada; y es opcional, aunque necesario, la intervención de la Contraloría General del Estado.
7. El acuerdo de mediación no necesariamente debe relacionarse con la existencia actual o futura de un litigio, sino con la existencia real de un conflicto. El acta de mediación va más

allá de la naturaleza negociable, lo que implica que no solamente las normas del derecho civil la regirían, sino que también lo harían las normas procesales; ya que se atribuye al acta todos los efectos de cosa juzgada y sentencia ejecutoriada, por lo que resultaría poco adecuado limitarla.

8. La Procuraduría General del Estado se pronunció en el sentido de que el acta de mediación en que consta el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, así también lo determina la ley especial en la materia, por lo tanto como excepción el acta de mediación nace ejecutoriada, no como en el caso de la sentencia que por el paso del tiempo y de acuerdo a la normativa procesal se solicita su ejecutoría. El acta de mediación tiene efecto de cosa juzgada material y formal, por lo cual no es posible que el juez tenga que revisar el acta ni tratar los hechos que llevaron al conflicto y resolución de la controversia.
9. Las actas de mediación son declarativas y constitutivas, en el primer caso ya que si pueden constituir situaciones jurídicas, previas en un documento auténtico; en el segundo las partes tienen la potestad de crear, mediante acuerdo nuevas situaciones jurídicas, incluso obviando soluciones previstas por la misma ley, ya que la materia es transigible y por este contenido se ajusta el proceso a los intereses y necesidades de las partes.
10. En los centros de mediación autorizados en Ecuador existen más actas de imposibilidad de mediación, cuando una de las partes es el Estado, por la falta de una cultura de mediación en los administrados, por este motivo por parte de los centros autorizados se debe capacitar de manera constante a los representantes de las entidades públicas para que las instituciones lleven procesos a mediación en el área administrativa, de igual manera a la ciudadanía; ya que las cláusulas de controversia se están adecuando en su mayoría en los contratos celebrados por las entidades del sector público.

5. BIBLIOGRAFÍA

Muirragui, M. L. (2011). *PROCESO DE CAMBIO POLÍTICO EN EL ECUADOR CONTEMPORÁNEO: UN CONTRAPUNTO CON VENEZUELA*. (E. Abya, Productor, & FLACSO ECUADOR) Retrieved 2023, from <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/52057.pdf>

- Camacho, G. (2006). *UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR SEDE ECUADOR*. Retrieved 2023, from <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/824/1/T458-MDE-Poveda-Medios%20alternativos%20de%20solución%20de%20conflictos%20en%20Ecuador.pdf>
- Durán Chávez, C. E. (2020). Catálogo de materias y asuntos transigibles en mediación en la República del Ecuador. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 3(3), 73.
- Neira, E. (2021). *El nuevo Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación*. <https://gvn.com.ec/2021/10/12/reglamento-a-la-ley-de-arbitraje-y-mediacion/>
- Gedisa*. (2023). (Barcelona) Retrieved 2023, from <https://www.gedisa.com/autor.aspx?codaut=229#:~:text=Precursora%20del%20modelo%20circular%20narrativo,narrativa%20y%20los%20conflictos%20violentos.>
- Álvarez Torres, M., Gil Vallejo, B., & Morcillo Jiménez, J. J. (2013). *Mediación civil y mercantil*. Madrid, España: Dykinson.
- Madrid, U. C. (2023). *Portal de la investigación*. <https://produccioncientifica.ucm.es/investigadores/146651/detalle>
- Gómez, P. M. (2006). *MEDIACIÓN EN SITUACIONES DE DEPENDENCIA: CONCEPTOS CLAVES Y MARCO JURÍDICO RELEVANTE*. https://eprints.ucm.es/id/eprint/5669/1/Munuera_Gomez.pdf
- Gurrea, R. P. (2013). Estudio sistemático, normativo y doctrinal de la mediación en asuntos civiles y mercantiles una especial referencia a la mediación electrónica. *Revista Digital Facultad de Derecho*(6), 7.
- Alvarez, G. S. (1997). Diferencias entre Conciliación y Mediación. *Centro de Mediación de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Resolución Alternativa de Conflictos*. Quito , Ecuador .
- Mapa Regional*. (2023). Instituciones competentes en RAC Sistema de Justicia de Paz en Ecuador: <https://www.maparegional.gob.ar/accesoJusticia/public/verDetallePais.html?codigoPais=ec#:~:text=Se%20entiende%20por%20materia%20transigible,de%20conformidad%20con%20la%20ley.>
- Ocampo, F. (2023). *La mediación y aspectos teóricos*. Naturaleza Jurídica de La Mediación: <https://es.scribd.com/document/276616066/Naturaleza-Juridica-de-La-Mediacion>
- Regional, M. (2023). *Mapa Regional*. (Buenos Aires, Argentina) <https://www.maparegional.gob.ar/accesoJusticia/public/verDetallePais.html?codigoPais=>

- archive/doctrinas/derechoconstitucional/2015/01/30/la-mediacion-y-su-relacion-con-el-derecho-constitucional-.
- Turnes, A. V. (2018). La constitucionalización de la mediación: el caso de Ecuador. En *Derecho y Ciencias Sociales* (pág. 96). Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP.
- Jara Alba, C., & Umpierrez, S. (2014). *Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública*, XII(21), 131-147. <https://www.redalyc.org/pdf/960/96032813007.pdf>
- Lozano, J. M. (2016). LA CLÁUSULA DE MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN CIVIL Y MERCANTIL. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 20.
- Bravo, C. (2016). El Negocio Jurídico. Civitas.
- Robles, J. F. (2020). Imposibilidad de reconocimiento de acuerdos tácitos entre el Estado y particulares a la luz del derecho público contractual. *USFQ LAW REVIEW*, 3.
- Rozemblum, S. (1998). *Mediación en la Escuela*. Buenos Aires: Aique.
- González Ross, P., & Steele Garza, J. (2019). El rol del mediador en el proceso de mediación de conflictos: un abordaje según la doctrina y legislación comparada. En G. G. Ó. Lugo Serrato, *La transversalidad de los MASC Una perspectiva* (pág. 185). México-Panamá: UANL.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Ecuador .
- Benigno, A. D. (2002). *Curso de Formación Profesional para la mediación y el arbitraje comercial*. Caracas, Venezuela : Universidad Católica Andrés Bello.
- Montes, R. I. (2009). Sobre el principio de legalidad. *ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO*. Montevideo, Uruguay.
- García de Enterría, E., & Ramón Fernández, T. (2019). EL DERECHO ADMINISTRATIVO, SUS PRINCIPIOS Y SU RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DE LA DIVISIÓN DE PODERES. *Revista Cathedra*.
- Camacho, G. E. (2006). *MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN ECUADOR: LA MEDIACIÓN*. UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/824/1/T458-MDE-Poveda-Medios%20alternativos%20de%20solución%20de%20conflictos%20en%20Ecuador.pdf>
- Vásquez, E. F. (1981). *Diccionario de Derecho Público*. De Palma .

- Registro Oficial, 2016-01-20. (2016). *REGLAMENTO CENTRO DE MEDIACIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO*. Lexis.
- Registro Oficial, 2006-12-14. (1997). *LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN*. Lexis.
- Registro Oficial, 2008-10-20. (2008). *CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR*. Lexis.
- Puertas-Ruiz, R. L. (septiembre de 2023). *MATERIAS TRANSIGIBLES EN MEDIACIÓN EN EL ECUADOR*. <https://remca.umet.edu.ec/index.php/REMCA/article/view/728/732>
- Convención de 1907 Para La Resolución Pacífica De Controversias Internacionales. (1907).
- Tribunal Permanente de Justicia Internacional. (1039). El Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Países Bajos: A. W. SIJTHOFF LEIDEN.
- Feijoó, L. F. (2008). *LA MATERIA TRANSIGIBLE EN LA MEDIACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO*. UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/516/1/T-577-MDE-Aguilar-La%20materia%20transigible%20en%20la%20mediación%20del%20sector%20público.pdf>
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta.
- Saldaña, J. V. (2020). *La mediación comunitaria en el Ecuador* . <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/39LaMediacionComunitariaenelEcuador.pdf>
- Saltos, E. A. (2019). LA MEDIACIÓN PENAL: UN ANÁLISIS DESDE LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. *Revistas Universidad Externado de Colombia*.
- Roth, A.-N. (2019). Las políticas públicas y la gestión pública: un análisis desde la teoría y la práctica. (J. Rivera, Entrevistador)
- Muller, P. (1999). *Los mediadores: Actores "clave" en las políticas públicas* . <https://revistas.unal.edu.co/index.php/innovar/article/view/24148/24779>
- FERNÁNDEZ-VALMAYOR, C. (1994). Programa de Derecho administrativo y guía para su estudio, Universidad Complutense, Madrid. Madrid.
- Casado, E. G. (2021). *La potestad administrativa Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*. Valencia : Tirant Lo Blanch.
- Balbin, C. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo* . Buenos Aires : Tucumán.
- Marienhoff, M. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. III). La Plata .

- Jeze, G. (1949). *Principios Generales del Derecho Administrativo* (Vol. III). Buenos Aires: Depalma.
- Rodríguez, A. B. (2009). Algunos alcances en la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones administrativas. *Revista de Derecho Administrativo*, 484.
- Robles, J. (2018). Principio de proporcionalidad.
- Pujols, H. S. (1993). *Salvamento de voto a la sentencia de 6 de julio de 1993 de la sala laboral de la corte suprema de colombia* . <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/152tesis.pdf>
- Justicia, C. N. (2022). *PRESIDENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL PICHINCHA. DISPOSICIÓN APLICABLE EN CASO DE NULIDAD DEL ACTA DE MEDIACIÓN:*
https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/No_Penales/Procesal/231.pdf
- Avilés Navarro, M., Del Amo de la Fuente, L., & Villalón Prieto, J. (2020). *GUÍA DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS SOBRE LA MEDIACIÓN Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.*
https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/aud/justicia/guia_mediacion_aa.pp_.pdf
- Pleno del Consejo General del Poder Judicial . (26 de junio de 2011). *Protocolo para la implantación de un plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa.* <http://www.adrmaremma.it/espanol/normas04.pdf>
- Garín, B. B. (2018). *LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA: UNA REALIDAD JURÍDICA* .
<https://mediacion.icav.es/wp-content/uploads/2018/01/MEDIACIÓN-ÁMBITO-ADMINISTRATIVO-BEATRIZ-BELANDO.pdf>
- Jorf. (9 de febrero de 1995). Comprendre la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative,.
- Sanchez, & Ortiz. (2013). *Justicia Alternativa, Una Visión Panorámica* . México: Equitas.
- Amazo-Parrado, D. C. (2007). ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? *Artículo de Maestría*. Universidad del Rosario.
- Miranzo, S. (marzo de 2010). Quiénes somos, a dónde vamos... origen y evolución del concepto mediación. *Revista de Mediación*(5), 9.

York, C. s. (1958).

Procuraduría General del Estado. (2023). http://centrodemediacion.pge.gob.ec/?page_id=225

Morales, H. (1991). *Curso de Derecho procesal civil. Parte general*. Bogotá: Editorial ABC.

Montes, R. I. (2009). *Sobre el principio de legalidad*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23516.pdf>

Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial. (2023). *Consejo de la Judicatura*.
<https://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/index.php/2015-04-13-21-21-25/que-casos-puedo-resolver-en-mediacion>

Jaramillo, A. (2022). *La mediación en materia de familia en el Ecuador*.
<https://elespectadorchimboraizo.com/la-mediacion-en-materia-de-familia-en-el-ecuador/>

Yépez, M. (2022). *Derecho Ecuador*. <https://derechoecuador.com/mediacion-penal-en-ecuador/>

Instituto Nacional de Estadística y Censos. (2008). *ECUADOR EN CIFRAS*.
<https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Sitios/LIBRO%20buen%20vivir/files/assets/downloads/page0020.pdf>

Corte Constitucional. (17 de diciembre de 2014). *Sentencia 134-14-SEP-CC*.
<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d391b10b-0c3a-4dd6-946a-85fa5c805c4d/1714-12-ep-auto.pdf?guest=true>

Maroto, & Rubalca. (28 de julio de 2005). *The Structure and Size of the Public Sector in an Enlarged Europe. Innovation in the Public Sector*.
<http://survey.nifu.no/step/publin/reports/d14Size.pdf>

Padilla, A. G. (2022). *III SEMINARIO INTERNACIONAL LOS MARC Y LA MEDIACIÓN*.
<https://www.youtube.com/watch?v=-iznBo9MPnY>

Presidencia de la República de Colombia. (2015). *Decreto 2137 de 2015*.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=64681>

Congreso de la República de Colombia. (2022). *Ley 2220 de 2022*.
<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=125083>

Administrativo . (13 de octubre de 2023). *Firma especializada en Derecho Administrativo y Contencioso-Administrativo*. <https://administrativando.es/cuando-y-como-se-puede-llevar-a-cabo-una-mediacion-con-la-administracion/>