

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

SOME CONSIDERATIONS ON MEDIATION AND ARBITRATION

Karen Tatiana Mendoza Córdova¹(mail: ktmendoza_est@utmachla.edu.ec)

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

Amanda Magdaly Ochoa Espinoza² (aochoa3@utmachala.edu.ec)

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

Armando Rogelio Durán Ocampo³ (aochoa3@utmachala.edu.ec)

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

RESUMEN

Se realizó una investigación descriptiva de tipo revisión bibliográfica con el objetivo de mostrar algunas consideraciones sobre la mediación y el arbitraje. Sobre esta base, la estrategia metodológica se sistematizó a través de métodos generales de investigación como el histórico-lógico, el hermenéutico, el análisis documental y el analítico-sintético. Además, del empleo de la técnica de análisis de contenido. En este sentido, se realizó una sistematización teórica relacionada con la temática. Lo anterior, permitió profundizar en algunos aspectos relacionados con la temática como son: los métodos alternos de resolución de conflictos y controversia nacionales e internacionales avalados por la Constitución de la República y el sistema legislativo que norma el trámite y ejecución. Asimismo, detectar la existencia algunas insuficiencia como: inseguridad en la confidencialidad de la información al ser transferida por la vía telemática y existencia de convenios arbitrales, en los contratos comerciales, verdaderamente patológicos. No obstante, se puede aseverar que la temática constituye un aspecto importante en el mundo de los negocios.

PALABRAS CLAVES: mediación, arbitraje, internacional, resolución de conflictos

ABSTRACT

A descriptive investigation of a bibliographic review type was carried out with the objective of showing some considerations about mediation and arbitration. On this basis, the methodological strategy was systematized through general research methods such as the historical-logical, the hermeneutic, the documentary analysis and the synthetic-analytic. In addition, the use of content analysis technique. In this sense, a theoretical systematization related to the subject was carried out. The foregoing allowed to deepen in some aspects related to the subject such as: the alternative methods of resolution of conflicts and national and international controversies endorsed by the Constitution of the Republic and the legislative system that regulates the process and execution. Also, to

¹ Estudiante. Universidad Técnica de Machala, Machala, Ecuador

² Estudiante Universidad Técnica de Machala, Machala, Ecuador

³ Docente. Universidad Técnica de Machala, Machala, Ecuador

detect the existence of some insufficiency such as: insecurity in the confidentiality of the information when being transferred by the telematic route and existence of arbitration agreements, in commercial contracts, truly pathological. However, it can be asserted that the subject is an important aspect in the business world.

KEY WORDS: mediation, arbitration, international, conflict resolution

La dinámica de la mediación y arbitraje ha conllevado a la búsqueda de soluciones a través de herramientas y métodos para el logro de los objetivos previstos. En este sentido, la sociedad actual se caracteriza por las dinámicas de interacción entre sus miembros, las que no están ajenas al surgimiento de conflictos de intereses, que ponen en juego, en su resolución, el grado de civilización alcanzado, de acuerdo con las aportaciones de (Castañedo, 2018).

Sobre esta base, se buscan alternativas que propicien la conciliación de las partes implicadas en la controversia. De manera que, se resaltan los métodos alternos de resolución de conflictos: la mediación y el arbitraje. Los mismos, han despertado curiosidad por los especialistas, autoridades y empresarios. Por ello, se han desarrollado diversas investigaciones al respecto.

Los aspectos anteriores, permiten aseverar que la utilización de estos métodos produce grandes las ventajas. Sin embargo, existe desconocimiento por parte de la ciudadanía de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAYM) en relación a los mismos. Lo anterior, obedece principalmente por deficiencias en su difusión. Esto, ocasiona el incumplimiento de sus objetivos primordiales: lograr un mayor acceso a la justicia, desmonopolizar la prestación del servicio de administración de justicia, fortalecer la cultura del diálogo en la sociedad y el uso de otras formas de solución a los conflictos, diferentes al proceso judicial, según los estudios de (Vistin, 2016, p.15).

En consonancia con ello, es necesario contar con un material que permita mostrar algunas consideraciones sobre la mediación y el arbitraje, con énfasis en el ámbito internacional. De ahí que, este artículo se encarga de realizar un estudio relacionado con la temática. Para ello, se estructuró a partir de los siguientes aspectos: antecedentes, rasgos más prominentes de ambos procesos, similitudes y diferencias, vinculación y complementariedad; así como el empleo de estos métodos en las controversias internacionales.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

El conocimiento acerca de la mediación y arbitraje reviste gran interés en la actualidad. Los mismos, son métodos alternos de resolución de conflictos que dependen de la voluntad de las partes, como expresión de autonomía contractual, que no requieren de

procedimientos judiciales tradicionales, en consonancia con los trabajos de (Arjona, Marín & Sepulveda, 2017).

Sobre esta base, la misma hace referencia al acto de mediar, de intervenir en una situación con el objetivo de solucionar un enfrentamiento entre dos partes, según lo planteado por (Definición ABC, 2015), citado por Fernández y Valledor (2018)

En este sentido, es necesario el empleo de técnicas que permitan mostrar los resultados alcanzados. Sobre esta base, se emplearon métodos generales de investigación, entre ellos el histórico-lógico, el hermenéutico, el análisis documental y el analítico-sintético. El primero, permitió determinar los antecedentes y el comportamiento en el tiempo de la resolución de conflictos; los otros propiciaron el estudio, interpretación y cotejo de los textos de la literatura científica consultada. Además, la determinación de las principales categorías que sustentan la investigación. Asimismo, resumir los principales hallazgos para arribar a conclusiones.

Al respecto, fue necesario plantearse las siguientes interrogantes:

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

Antecedentes de la resolución de conflictos

Los conflictos y controversias surgidas producto a las relaciones sociales siempre han estado presentes desde épocas remotas. Las mismas, en un principio se resolvían al apelar a la fuerza. En este sentido, la civilización evolucionó y éstos fueron resueltos por un tercero imparcial, como es el jefe de la tribu, el sacerdote o el anciano, como medio natural y espontáneo de arreglo de disputas. De ahí que, la historia de la mediación y arbitraje se confunde con el comienzo de las civilizaciones. Lo anterior, se constituye en antecedente a la justicia formal, de acuerdo con (Montoya, 2007).

Consecuentemente, la justicia arbitral, surgió en Grecia hacia el año 1520 A.C., los Consejos anfictionicos resolvían los conflictos entre los grupos étnicos. Estos, se conformaban por doce ancianos representantes de las diferentes tribus. Por ello, en la cultura romana, el arbitraje fue un medio privilegiado de establecer el derecho. De ahí que, la justicia romana tiene una fuerte base consensual, el pleito, es un problema que atañe fundamentalmente a las partes y que, por consiguiente, debe ser resuelto privadamente. Al respecto, los jueces oficiales derivan su autoridad de la sumisión que las partes le hacen de una controversia. Fue en Roma, donde la institución arbitral fue reconocida en la Ley de las XII Tablas, cuyos postulados disponían que las partes en disputa debían someter sus discrepancias ante terceros, de acuerdo a (Vistin, 2016).

Lo anterior, permite aseverar que en la Edad Media, la justicia tenía un marcado carácter arbitral; así lo expresa Azócar citado por Vistin (2016):

“Los burgueses, artesanos y comerciantes buscan justicia en sus gremios y corporaciones, en los grandes señores o en el rey o sus delegados. Los señores se la hacen por si mismos o someten sus litigios a otros de ellos y al rey en calidad de árbitro. A medida que los poderes reales se robustecen, tiene el arbitraje ser sometido al propio rey o a practicarse con su autorización” (p. 21).

Asimismo, existen testimonios del empleo de la mediación y arbitraje entre las culturas orientales, donde el sentido del honor es el valor más elevado del individuo. Por ello, aún se considera altamente ofensivo acudir al sistema judicial sin antes intentar un arreglo directo, según (Zurita, 2001), (Andrade, 2015). Además, la resolución óptima de una desavenencia se logra a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo coacción.

Por otra, en China existen los llamados Comités de Mediación o Comités Populares de Conciliación. Los mismos, constan de cinco a once miembros. Estos, fueron creados en 1954 por el consejo de asuntos administrativos, en consonancia con (Vistin, 2016).

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

Respecto a Estados Unidos de Norte América, la mediación se aplicó desde 1636, cuando los fundadores de Dedham, una comunidad de origen puritano situada cerca de Boston, organizaron un sistema informal de mediación. Posteriormente, los colonizadores holandeses de New Netherland, y más tarde, en 1800, los inmigrantes chinos en la costa oeste. Además, los escandinavos en el centro-oeste y los judíos en

New York, organizaron sus propios sistemas de resolución de conflictos. Sin embargo, la mediación se reglamenta en Estados Unidos después de 1980, durante la presidencia de Jimmy Carter. En América Latina se consolida, como en Colombia, Argentina, Chile y también en Ecuador, de acuerdo a (Andrade, 2015).

En cuanto a Ecuador, no es hasta 1997, que con la Ley de Arbitraje y Mediación se instauran las figuras del arbitraje y la mediación legalmente, al estipular que:

El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias (Congreso Nacional, 1997, art. 1).

Asimismo, se define la mediación como: “un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”, según (Congreso Nacional, 1997, art. 43).

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

La mediación: Características, Beneficios e inconvenientes

En el caso de la mediación, también conocida como conciliación en muchas partes del mundo, es un procedimiento flexible, extrajudicial y privado. En esta, existe la autonomía de la voluntad, manifestada desde la elección del método a utilizar hasta la decisión del carácter vinculante con el sistema jurisdiccional del acuerdo logrado en la resolución del conflicto. Lo anterior, con el objetivo de lograr una solución negociada a través de un facilitador neutral, según (International Chamber of Commerce, 2017).

De manera que, al acogerse a la justicia interpersonal y no legal, bajo protocolos de actuación o códigos de conducta queda respaldado por la esencia procesal del procedimiento. Asimismo, queda registrado el solo límite de la no contravención de las figuras tipificadas en el ordenamiento correspondiente al lugar en que se realice el

proceso o, en su caso, la normativa escogida en el convenio de mediación, en consonancia con los estudios de (Castañedo, 2018).

Este procedimiento se caracteriza además, por ser las partes en última instancia, quienes dirigen su contenido de acuerdo a (Reborta, 2014). De manera que, su carácter autónomo no obligatorio permite que, aun cuando las partes hayan convenido en someter la disputa a la mediación, no están obligadas a continuar el procedimiento después de la primera reunión. Por ello, la continuación del procedimiento depende de que éstas sigan aceptándolo. Además, el mediador no puede imponer una decisión a las partes, para poder llegar a una solución, estas deben aceptarla voluntariamente. Al respecto, aceptar o rechazar lo dispuesto en las actas de mediación, según (Pereira, 2015), (OMPI, 2016), las partes controlan siempre la mediación.

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

De manera que, cabe preguntarnos cómo puede el mediador en su rol de facilitador ayudar a las partes a tomar su propia decisión. Para ello, existen dos vías o formas principales que en la actualidad se emplean en el mundo entero. La primera, corresponde al llamado modelo “mediación-facilitación”. En este, el mediador facilita la comunicación entre los litigantes para que comprenda la perspectiva, posición e intereses del otro sobre la disputa. Por su parte la segunda, el modelo mediación-evaluación, el mediador realiza una evaluación no vinculante de la controversia, luego las partes están libres de aceptar o rechazar como solución, según (OMPI, 2016).

Al respecto, este método es aceptado en la resolución de conflictos nacionales e internacionales, dado que entre sus beneficios están:

- minimizar el volumen de los costos inherentes a la solución de la controversia;
- mantener el control del procedimiento de solución de la controversia;
- una solución rápida;
- mantener el carácter confidencial de la controversia;
- preservar la relación entre las partes en controversia (OMPI, 2016, párr. 18).

En este sentido, de acuerdo a Andrade (2015, p.49), otro aspecto es el tiempo y energía, que de otra forma los actores del litigio deben invertir en los trámites judiciales, con el consabido desgaste físico y emocional. Además, señala como otra ventaja que nadie pierde, todos ganan, el resultado no sólo es del interés de las partes, sino de toda la sociedad, al ser el bienestar social objetivo del Estado. Por ello, a través de la

mediación las partes dan fin a su conflicto, pero también mantienen las relaciones personales.

De igual forma, la mediación es especialmente adecuada cuando surge una controversia entre las partes en una relación contractual continua. En el caso de una licencia, de un acuerdo de distribución, o de un contrato de actividades conjuntas de investigación y desarrollo (I+D). La misma, proporciona una oportunidad para encontrar una solución, se refiere a intereses económicos y comerciales. Además, a los derechos y obligaciones estrictamente jurídicos de las partes, según (OMPI, 2016). Sin embargo, tiene como inconveniente que los involucrados pueden hacer dejación de este procedimiento en cualquier momento de la controversia. Por consiguiente, pérdida de esfuerzo, tiempo y encarecimiento del proceso. De ahí que, recurre al arbitraje.

El arbitraje: Características, Ventajas y desventajas

En cuanto el arbitraje, es un procedimiento formal e idóneo que conduce a una decisión vinculante por parte de un tribunal arbitral neutral. Este, es susceptible a ser ejecutado de conformidad con las normas de arbitraje nacionales y tratados internacionales, de acuerdo a (International Chamber of Commerce, 2017). El mismo, las partes determinan el clausulado de la contratación que los vincula o el Derecho o reglas de Derecho que las regirá. Asimismo, pactan el arbitraje con el objetivo de prever el desenvolvimiento de las relaciones entre las partes. Además, atenuar o eliminar riesgos, establecer un régimen previsible y hasta cierto punto controlado en caso de disputas para administrarlas y resolverlas.

De manera que, se conforma por los aspectos formales que subrayan el carácter último y definitivo del dictamen arbitral, y buscan resolver, sin intervención de la justicia estatal. Para ello, una vez acordadas estas normativas, los árbitros y las partes no podrán decidir algún particular fuera de éstas, ni contravenir las regulaciones formales del arbitraje establecido. Incluso, el incumplimiento del laudo creado arbitrariamente, pudiera acarrear lo que se conoce hoy como, el proceso ejecutorio a instancias jurisdiccionales, según (Castañedo, 2018).

En consonancia con ello, el procedimiento arbitral, entraña muchas ventajas y múltiples posibilidades para resolver satisfactoriamente un conflicto o controversia. Entre sus ventajas tenemos la celeridad, confidencialidad, especialización, economía de recursos materiales y humanos. Asimismo, menor grado de enfrentamiento entre las partes, flexibilidad, mayor participación de las partes en el proceso, e inmediatez entre estas y el árbitro, de acuerdo a (Jadán & Guerrero, 2015), (Universidad de Alcalá, 2018). Por tanto, es una alternativa idónea, segura y rápida para obtener una solución definitiva de las cuestiones litigiosas de manera pacífica y efectiva, en consonancia con las aportaciones de (Vistin, 2016).

Además, mantiene las mismas garantías que un juicio, pero es mucho más rápido. De ahí que, la decisión final que obtienen las partes es definitiva y tiene la misma eficacia que una sentencia judicial firme, ya que no es susceptible de apelación. Al respecto, únicamente cabe interponer acción de anulación por motivos tasados en la ley. No obstante, algunas instituciones de arbitraje contemplan un control previo del laudo antes de interponer esta acción. En cualquier caso, los laudos arbitrales son de obligado cumplimiento y el dictado en el extranjero es fácil de ejecutar gracias al Convenio de Nueva York de 1958, según (El Exportador, 2012), (Universidad de Alcalá, 2018).

Consecuentemente, los árbitros aplican la ley y toman una decisión, el arbitraje es más como una actuación judicial tradicional. Sin embargo, el arbitraje es privado, a diferencia de la corte tradicional. Lo anterior, significa que se mantiene la confidencialidad. Por ello, grandes corporaciones ponen cláusulas de arbitraje obligatorio en los contratos, en consonancia con (Boyer, 2018).

En este sentido, este método tiene como desventaja que el laudo arbitral es inapelable. De manera que, sus efectos son de obligatorio cumplimiento para las partes, según (Moreno, 2015). Al respecto, si alguna de ellas está en desacuerdo puede recurrir a una acción de nulidad, siempre y cuando fundamente que el tribunal ha excedido sus competencias. Esto, constituye un recurso que se lo planteará ante la Corte Provincial de Justicia correspondiente, según lo dispuesto en la LAYM (Andrade, 2015). Por tanto, cuando el laudo no es considerado adecuado por una de las partes, ésta experimenta sentimientos de inconformidad al no ser reconocida su “verdad”. Lo anterior, puede ocasionar la ruptura de relaciones entre los involucrados.

Similitudes y diferencias de la mediación y el arbitraje

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

1. Necesitan de la ayuda de un tercero imparcial y ajeno que actúa como conductor
2. Tanto los mediadores y los árbitros son terceros neutrales designados por las partes
3. Carácter confidencial
4. Son formas de resolver controversias o conflictos presentes o futuros que puedan surgir entre las partes, sin la intervención de los tribunales de justicia
5. Para que sean aplicables en la gestión de las diferencias, los interesados se deben someter voluntariamente a ellos (OMPI, 2016), (Boyer, 2018) y (Cotorruelo, 2018).

Al respecto, ambos se emplean con frecuencia en el contexto de los procesos relacionados con herencias, derecho de familia, contratos administrativos, asuntos laborales, compraventa, sociedades, comercio, etc., de acuerdo a (Cotorruelo, 2018). De ahí que, pueden ser empleados en casi todo tipo de controversias. Por ello, se

exceptúan los delitos penales públicos graves, crímenes de lesa humanidad, violación de los derechos humanos, los derechos de niños, niñas y adolescentes, de trabajadores y otros especificados por la Ley (Andrade, 2015, p. 127). Estos procedimientos, velan por los principios constitucionales: trato justo, transparencia, equidad, oportunidad, rapidez, eficacia, costos mínimos, debido proceso con intermediación, etc.

Sobre esta base, tanto el arbitraje, como la mediación en primer término fortalecen el acceso a la justicia. Asimismo, propician el desahogo de los juzgados y tribunales. Además, la celeridad de la solución de los conflictos, de acuerdo a los estudios de (Hernández, Mendivil & Vedeli, 2015).

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

En términos concretos, esto tiene dos consecuencias principales:

- En la mediación, cualquier resultado se determina por voluntad de las partes mientras que en el arbitraje, el resultado se determina de conformidad con una norma objetiva, la ley aplicable. Por consiguiente, al decidir acerca de un resultado, las partes pueden tomar en cuenta una serie más amplia de normas. Por ello, se dice con frecuencia que la mediación es un procedimiento basado en intereses, mientras que el arbitraje es un procedimiento basado en derechos.
- En el arbitraje, una parte debe convencer al tribunal de arbitraje de lo justificado de su causa. Dirige sus argumentos al tribunal y no a la otra parte. En una mediación, una parte debe convencer a la otra o negociar con ella. Se dirige a la otra parte y no al mediador, aún cuando el mediador pueda ser el conducto de las comunicaciones de una parte a la otra, según (Cotruello, 2018).
- La mediación en general no es vinculante para las partes, mientras que el arbitraje si lo es; en ocasiones en los contratos se prevén arbitrajes no vinculantes, pero por lo general es la excepción. Además, la mediación termina cuando las partes llegan a un acuerdo de solución y el arbitraje se acaba cuando se dicta una decisión, de acuerdo a los estudios de (Boyer, 2018).

Vínculo y complemento de la mediación y el arbitraje

Estos métodos marchan de forma unida y se complementan en cuanto a los objetivos que intentan alcanzar. De manera que, mientras el arbitraje determina si le asiste la razón a un lado u otro o esta es compartida; la mediación parte de la percepción del

conflicto por las partes y se dirige hacia una co-construcción de un nuevo puente negociador entre ellas, en consonancia con (Castañedo, 2018).

Esta diferencia procedimental, lejos de ser un desencuentro irreconciliable constituye una fortaleza. La misma, se sustenta en la necesaria diversificación de las posibilidades de servicios especializados de los que acuden a los métodos alternos para resolver sus controversias. De ahí que, en un marco donde a veces es mejor un mal arreglo a una victoriosa pelea que se puede convertir en pírrica.

Los aspectos anteriores, permiten advertir que se puede combinar la mediación con el arbitraje. En este caso, primero se somete la controversia a la mediación, si no se encuentra una solución dentro del plazo definido, o si una parte se niega a participar en la mediación, se remite la controversia al arbitraje para que se dicte una decisión obligatoria, de acuerdo a las aportaciones de (Cotruello, 2018).

En consonancia con ello, se puede aseverar que los métodos alternos de resolución de conflictos no son perfectos. No obstante, posibilitan elegir al árbitro, el lapso menor para llegar a la solución, la reducción del costo en casos de litigios complejos o de grandes montos involucrados. Además, la aceptación por los tribunales de los laudos extranjeros como sentencias legítimas ejecutables que los convierten en un instrumento indispensable para asegurar la paz social, la inversión y la modernización de nuestra economía, en consonancia con los estudios de (Aguilar, 2016), (Castañedo, 2018).

Mediación y arbitraje internacional

En el caso de la interrogante: ¿Cómo se comportan la mediación y el arbitraje como métodos alternos de resolución de conflictos, en el ámbito internacional? La misma, se refiere a que muchos de los aspectos hasta aquí analizados se cumplen en el contexto internacional. De ahí que, guardan singularidades que distinguen su empleo en el entorno internacional, concebidos como métodos de administración de justicia. Lo anterior, alude a sus principios rectores y su relación con el derecho nacional.

Sobre esta base, se observa que cada día son más las empresas y organismos que los emplean en las controversias contractuales o de índole comercial. Asimismo, los mecanismos de solución de diferencias previstos por los Tratados Bilaterales de Inversiones (TIBs), generalmente remiten los casos al arbitraje internacional, según (UNCTAD, 2014), (Bas, 2015). Por su eficacia en los últimos años, se ha incrementado su utilización por los operadores internacionales, de acuerdo a (Universidad de Alcalá, 2018).

En este sentido, la complejidad de estos tratados y los negocios internacionales hacen necesario que las eventuales controversias, sean resueltas en lapsos breves. Para ello, es necesario brindar garantía de la seguridad jurídica y la imparcialidad del tribunal

arbitral o mediador. Lo anterior, permite que se considere el arbitraje internacional es hoy el sistema de solución de conflictos comerciales más demandado, según (Cámara de Comercio y Servicios de Nicaragua, 2017).

De manera que, esta institución de carácter internacional es un mecanismo alternativo a la jurisdicción ordinaria de los Estados, según (Longaric, 2008). La misma, se sustenta en un conjunto de principios, tales como: el de libertad, flexibilidad, idoneidad y otros que lo distinguen favorablemente, de acuerdo a (Moreno, 2015). De ahí que, nos encontramos con dos opciones de arbitraje: el institucional, que es llevado bajo la administración de un centro; y, el *Ad-hoc*, que el tribunal se instala con sus propias reglas. Por tanto, corresponde a las partes, con base al principio de la autonomía de la voluntad, decidir con qué tipo de arbitraje, el reglamento, la forma de nominar al tribunal arbitral y con qué fundamento debe ser expedido el laudo.

En cuanto a la interrogante: ¿cuándo un arbitraje puede ser considerado internacional?, ¿cuáles requisitos debe cumplir? Para responder la misma, se tiene en cuenta que en nuestra legislación, según lo dispuesto en LAYM, un arbitraje tiene carácter internacional cuando. De manera que, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo pactan, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

- Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes;
- Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,
- Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad (Congreso Nacional, 2009, art. 41).

Por otra, en la LAYM se estipula que:

- El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.
- Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero (Congreso Nacional, 2009, art. 42).

De manera que, en este mismo artículo se legisla que: el Estado o las diferentes entidades que conforman el sector público podrán someterse al arbitraje internacional si cumplen con las disposiciones de la Constitución y leyes de la República. Además, se

requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes (Congreso Nacional, 2009, art. 42).

En la Constitución de la República del Ecuador se establece la regulación del arbitraje internacional, al estipular que:

- No se podrán celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.
- Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.
- En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional (Asamblea Nacional, 2008, art. 422).

Al respecto, mediante estas disposiciones, el Estado ecuatoriano se protege del desconocimiento sistemático por parte de los árbitros internacionales de las normativas de corte heterónomo. Las mismas, están encaminadas a resguardar los valores sociales generales o la integridad del proceso arbitral. Lo anterior, puede comprometer el futuro del arbitraje comercial internacional al provocar una reacción adversa de las fuerzas sociales o de las jurisdicciones estatales.

De manera que, se puede desembocar en la intromisión o injerencia sistemática en el funcionamiento del arbitraje comercial internacional, o su exclusión o descalificación. Por ello, los conflictos contractuales reclaman un mayor protagonismo de las partes en la estructuración de las vías para llegar a soluciones que preserven el nexo y garanticen el flujo de la actividad, como algo primordial, según (Castañedo, 2018).

Por otro lado, el pasado 21 de agosto del 2018, el Estado del Ecuador promulgó la “Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal” (en lo sucesivo “Ley para el Fomento Productivo”). Lo anterior, trae como resultado otro paso en el fortalecimiento de la figura del arbitraje internacional en el país (Paredes, 2018). La ya citada, favorece flexibilizar las deudas tributarias al permitir a las personas naturales y jurídicas beneficiarse de remisiones tributarias (intereses, multas y recargos) y obtener facilidades de pago con respecto a las deudas que se mantengan con el Gobierno Central, los Gobiernos Autónomos y varias instituciones públicas, y se promueve la inversión en el Ecuador.

Asimismo, prevé en el artículo 37 el arbitraje nacional o internacional obligatorio, para resolver disputas generadas a través de contratos de inversión, de conformidad con la Ley, de acuerdo a (Paredes, 2018). De ahí que, la Ley para el Fomento Productivo restablece en el artículo 42 que: “Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional”, en consonancia con (Congreso Nacional, 2009, art. 42); eliminado en mayo de 2015 con la promulgación del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

Lo anterior, permite que con esta reforma, los laudos arbitrales que son objeto de un arbitraje internacional puedan ser ejecutados directamente en Ecuador. Asimismo, sucede con los laudos nacionales y no será necesario el procedimiento de homologación de laudos dictados como parte de un arbitraje internacional, de acuerdo a los estudios de (Paredes, 2018).

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

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

Las ideas hasta aquí expuestas, permiten advertir que a pesar de estas falencias, el arbitraje es el instrumento esencial de solución de controversias. De manera que, su conocimiento es fundamental, tanto, desde la perspectiva teórica como práctica.

CONCLUSIONES

Los hallazgos obtenidos permiten concluir que el arbitraje y la mediación han estado presentes desde épocas remotas, que han evolucionado junto con el propio desarrollo de la humanidad. En este sentido, como métodos alternos de resolución de conflictos y

controversia nacionales e internacionales están avalados por la Constitución de la República; existe un sistema legislativo que norma sus trámites y ejecución.

La Mediación es un procedimiento, método, etc., de actualidad, eficiente, eficaz, flexible, extrajudicial y privado donde existe la autonomía de la voluntad manifiesta desde la elección del método a utilizar hasta la decisión del carácter vinculante con el sistema jurisdiccional, con el objetivo de lograr una solución negociada con la ayuda de un facilitador neutral. El arbitraje, es un método alternativo formal e idóneo que conduce a una decisión vinculante por parte de un tribunal arbitral neutral, susceptible de ser ejecutada de conformidad con las normas de arbitraje nacionales y tratados internacionales. Los laudos arbitrales y las actas de mediación tienen efecto de sentencia ejecutada y cosa juzgada.

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, F. (2016). Algunas consideraciones prácticas sobre el arbitraje internacional. Recuperado de: <https://foresjusticia.org/wp-content/uploads/2016/02/consideraciones-pracc81cticas-en-torno-al-arbitraje.pdf>
- Andrade, C. D. (2015). *La Mediación y el Arbitraje como Métodos Alternativos de solución de conflictos en los Contratos Administrativos*. (Tesis previa a la obtención del título de abogada). Universidad Central del Ecuador. Recuperado de: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3973/1/T-UCE-0013-Ab-258.pdf>
- Arjona, G. J., Marín, V. A. & Sepulveda, G. M. (2017). *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos*. Universidad de Sevilla. España.
- Asamblea Nacional (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: CEP. Recuperado de: <https://www.pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>

- Bas, V., M. (2015). Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: Mapa de situación en América del Sur. *Revista Secr. Trib. Perm. Revis.* 3(5), 233-253. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.233>
- Boyer, Law Firm Pl. (2018). *Diferencia entre Arbitraje y Mediación*. Recuperado de: <http://abogadofloridablog.com/diferencia-entre-arbitraje-y-mediacion/>
- Cámara de Comercio y Servicios de Nicaragua. (2017). *Arbitraje Internacional*. CMA. Centro de Mediación y Arbitraje. Recuperado de: <http://www.cmanicaragua.com.ni/index.php/nuestros-servicios/arbitraje-internacional/>
- Cámara de Comercio de Quito (2017). *Centro de Arbitraje y Mediación. Procedimientos*. Recuperado de: <https://www.ccq.ec/centro-de-arbitraje-y-mediacion/>
- Castañedo, A. A. (2018). *Arbitraje y mediación. Su complementariedad en el contexto del comercio internacional*. Universidad de La Habana. Recuperado de: <https://www.researchgate.net/publication/327797785>.
- Congreso Nacional. (1997). *Ley de arbitraje y mediación*. Recuperado de: <http://www.ccq.ec/wp-content/uploads/2017/12/Ley-de-Arbitraje-y-Mediacion%CC%81n.pdf>
- Congreso Nacional. (2009). *Ley de arbitraje y mediación*. Recuperado de: <http://www.ccq.ec/wp-content/uploads/2017/12/Ley-de-Arbitraje-y-Mediacion%CC%81n.pdf>
- Cotorruelo, S. M. (2018). Mediación y arbitraje. ¿Qué son y qué efectos tienen? *Notarios en Red*. Recuperado de: <http://www.notariosenred.com/2018/07/mediacion-y-arbitraje-que-son-y-que-efectos-tienen/>
- El Exportador (2012). *Alternativas en la resolución de conflictos*. Recuperado de: http://www3.icex.es/icex/cda/controller/PageExportador/0,8723,6735394_6735487_6742676_4541170_4541142,00.html
- Fernández Mora, R., & ValledorEstevill, R. (2018). Mediación tecnológica en la tutoría de los profesionales de la educación en formación inicial. *Opuntia Brava*, 7(1), 92-98. Recuperado a partir de <http://opuntiabrava.ult.edu.cu/index.php/opuntiabrava/article/view/292>
- Hernández, A. C., Mendivil, T. J. & Vedeli, H. C. (2015). Importancia de los métodos alternativos de solución de controversias en el sistema penal acusatorio mexicano. Universidad de Guanajuato. División de Derecho, Política y Gobierno. Departamento de Derecho. *Ciencia Jurídica*. 4(7), 71.
- Hernández, A. C., Mendivil, T. J. & Vedeli, H. C. (2014). *Los métodos alternativos para la solución de conflictos penales en México*, Memoria del congreso internacional de abogacía, ediciones ONBC, La Habana, Cuba.

- Jadán, C. S. & Guerrero, L. E, (2015). *El impacto de la mediación en materia penal como estrategia de método alternativo de solución de conflictos*. (Trabajo de titulación previo a la obtención del Título de Abogados de los Tribunales y Juzgados de la Republica del Ecuador). Unidad Académica de Ciencias Sociales. Carrera de Jurisprudencia. Universidad Técnica de Machala.
- Longaric, K. (2008). *Solución de controversias en la Integración Sudamericana*. La Paz: Plural Editores.
- Montoya, A. U. (2007). Apuntes para la Historia del Arbitraje. *Revista de Investigación UNSMS*. 9(2) Recuperado de: <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/view/10303>
- Moreno, S. G. (2015). *Impacto económico y político de laudos internacionales por controversias que mantuvo El Estado ecuatoriano en el periodo 2004-2014*. (Tesis Presentada como requisito para optar el grado académico de Magister en Arbitraje y Mediación). Universidad del Guayaquil. Recuperado de: <http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/10071/1/Moreno>
- OMPI (2016). *Guía de la Mediación: Preguntas frecuentes*. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Recuperado de: <http://www.wipo.int/amc/es/mediation/guide/index.html>
- Paredes, F. (2018). Ecuador flexibiliza sus reglas de arbitraje internacional para atraer inversiones. CIAR GLOBAL. *La Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana*. Recuperado de: <http://ciarglobal.com/ecuador-flexibiliza-sus-reglas-de-arbitraje-internacional-para-atraer-inversiones-francisco-paredes/>
- Pereira, P. M. (2015). *La mediación como cauce de resolución de conflictos jurídicos en el derecho español y comparado: bases para el desarrollo de la cultura de la mediación*. (Tesis doctora). Facultad de Derecho. Universidad de la Coruña. España.
- Ramírez, L. M. (2014). El Objeto del Derecho Penal. *Revista de Derecho Uexternado de Colombia*, 26.
- Ramón, M.; Zambrano, J. & Espinoza, E. (2016). El trabajo social desde la orientación de género, una mediación educativa. Atenas, [S.l.], v. 4, n. 36, p. [169-183], sep. 2016. ISSN 1682-2749. Disponible en: <https://atenas.reduniv.edu.cu/index.php/atenas/article/view/256>. Fecha de acceso: 14 nov. 2018
- Reborta, J. (2014). *Cómo analizar los conflictos: la tipología de los conflictos como herramienta de mediación*. Barcelona: Paidós.
- UNCTAD. (2014). *International Investment Agreements Issues Note: Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement*. Ginebra. 1(8). Recuperado de: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf

Universidad de Alcalá (2018). *Congreso internacional Estrategias actuales en materia de Mediación y Arbitraje commercial*. Recuperado de: <http://www3.uah.es/dipr/wp-content/uploads/2018/02/LLAMADA-A-COMUNICACIONES-CONGRESO.pdf>

Vistin, M. J. (2016). *Aplicación de la ley de arbitraje y mediación para la solución de conflictos en el Cantón Guaranda*. (Tesis previa a la obtención del título de abogada). Universidad Central del Ecuador. Recuperado de: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/5905/1/T-UCE-0013-Ab-101.pdf>

Zalitur, A. (2014). *Mediación del conflicto penal*. Santiago: Editorial Nacional.

Zurita, G. E. (2001). *Manual de mediación y derechos humanos*. Recuperado de: http://www.biblioteca.udla.edu.ec/client/es_EC/default/search/results?qu=Zurita