

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

“APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN CONFLICTOS INDIVIDUALES

UNILATERALES PRIVADOS DEL TRABAJO”

ALISSON SAMANTHA LOAYZA LALAMA

DIRECTOR: DR. JUAN FERNANDO PÁEZ

QUITO, 2022

AGRADECIMIENTO

Bendecida por Dios, por haberme guiado a lo largo de mi carrera profesional y ser mi guía en los momentos difíciles.

A mi madre, Silvia, por su inconmensurable cariño y esfuerzo.

A mi padre, Fulvio, por ser el motor y la guía para cumplir mis metas.

A mi hermana, Paola, por ser mi aliada incondicional en cada etapa de mi vida.

A mi hermano, Santiago, por ser mi orientación y mi impulso diario.

A mi abuelita, Martha que ha sido mi norte en cada etapa de mi vida.

A mi tutor, Dr. Juan Fernando Páez, por sus conocimientos y paciencia que me permitieron culminar mi proyecto de investigación

A todos mis amigos de la universidad que han sido mi apoyo incondicional con sus palabras de aliento que me ayudaron a sobrellevar cualquier adversidad.

Finalmente, para Andrés que ha sido mi apoyo en esta etapa tan importante de mi vida y por compartir conmigo mis logros y sueños.

DEDICATORIA

Dedico la siguiente tesis a mis padres, que han sido el pilar para culminar esta etapa de mi vida por su esfuerzo constante a lo largo este trayecto, que me han guiado durante todo momento.

RESUMEN

El propósito de esta disertación es el análisis la evaluación teórica y conceptual de la aplicación de la mediación en el ámbito laboral privado en conflictos individuales en base a la terminación unilateral del contrato de trabajo; y sus alcances en el Ecuador. Se decidió por un método cualitativo de investigación aplicada, al que le correspondieron técnicas e instrumentos de recolección de la información directa de informantes calificados y de revisión documental. Se pudo concluir que la mediación, como Método Alternativo de Solución de Conflictos, es una herramienta muy efectiva no sólo en el ámbito jurídico, sino también social, al permitir que sean los mismos involucrados quienes resuelvan sus conflictos a través del diálogo pacífico directo.

Palabras claves: mediación, laboral, conflictos, solución, terminación.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is the theoretical and conceptual analysis of the application of mediation in the private workplace in individual conflicts based on unilateral termination; and its scope in Ecuador. A qualitative method of applied research was decided, to which techniques and instruments for collecting direct information from qualified informants and documentary review corresponded. It was concluded that mediation, as an Alternative Conflict Resolution Method, is a very effective tool, not only in the legal field, but also socially, by allowing society itself to resolve its conflicts through direct peaceful dialogue.

Keywords: mediation, labor, conflicts, solution, termination.

TABLA DE CONTENIDO

Agradecimiento.....	II
Dedicatoria.....	III
Resumen.....	IV
Abstract.....	V
Introducción	1
CARACTERISTICAS E INTERÉS PERSONAL.....	2
Descripción del problema	4
Hipótesis	5
Objetivo General.....	5
Objetivos Específicos.....	5
1.1. Antecedentes y definición de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos	6
1.1.1. Antecedentes.....	6
1.1.2. Definición	8
1.2 Regulación de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos en la legislación ecuatoriana	9
1.3. Definición y alcance de la mediación	11
1.4. La mediación y el acceso a la justicia	13
1.5. Principios de la mediación	16
1.5.1. El principio de voluntariedad	16
1.5.2. Principio de confidencialidad	18
1.5.3. Principio de independencia.....	19
1.6. La regulación de la mediación en la legislación ecuatoriana	20
1.7. Procedimiento de mediación	22
1.8. Acta de mediación.....	23
1.9. Materias transigibles en mediación	25
1.10. Mediación laboral.....	28
1.11. Principios del derecho laboral: irrenunciabilidad e intangibilidad.....	29
1.11.1. Principio de irrenunciabilidad de derechos y transacción	29
1.11.2 Principio de intangibilidad.....	32
1.12. Contrato individual de trabajo.....	33
1.13. Definición de conflicto.....	35
1.14. El conflicto laboral	36
1.14.1 Por los sujetos que intervienen en el conflicto	37

1.14.2 Por el interés que está en debate	37
1.15. Conflictos individuales y su clasificación	38
1.15.1. El visto bueno	38
1.15.2. Despido Intempestivo	40
1 .16. La mediación en conflictos laborales individuales frente al principio de irrenunciabilidad.....	42
1.17. La mediación como medio alternativo contribuye a la descongestión del sistema judicial.....	49
1.18. La aplicación de la mediación como medio-alternativa para reducir gastos judiciales	51
1.19. Legislación comparada.....	52
1.19.1. La conciliación como requisito de procedibilidad en la legislación colombiana .53	
1.19.2. La conciliación obligatoria laboral en la legislación argentina	55
CAPITULO II.....	58
METODOLOGÍA JURIDICA DE LA INVESTIGACIÓN APLICADA.....	58
2.1 Metodología de la investigación jurídica	58
2.2 Métodos.....	58
2.3 Técnicas e instrumentos	59
CAPITULO III.....	60
RESULTADOS OBTENIDOS	60
3.1 Presentación de Resultados.....	60
4.2 Recomendaciones	65
Referencias Bibliográficas	66

Introducción

El presente trabajo de disertación, que lleva por título: “Aplicación de la mediación en conflictos individuales unilaterales privados del trabajo” tiene como objetivo: evaluar teórica y conceptualmente la aplicación de la mediación en el ámbito laboral privado en conflictos individuales en base a la terminación unilateral; y sus alcances en el Ecuador. Se centra en demostrar que, una vez delimitada suficientemente la materia transigible en la relación laboral y considerando los posibles vacíos que pudieren encontrarse y que obstaculicen la efectividad de la propuesta, la mediación constituye una vía realmente eficaz para compensar las necesidades y expectativas, no solo de las partes en la relación jurídico laboral, sino indudablemente, las de la sociedad entera, considerando que la implementación de este método —sea de forma obligatoria o a través del fomento a su acceso voluntario— significará que gran parte de las causas que este momento se incluyen dentro del enorme catálogo de procesos represados que se encuentran en la Función Judicial, podrán ser resueltos por las mismas partes y, quizás, de mejor manera que si lo hiciera un Juez, siempre y cuando se observen y regulen a conciencia los aspectos que suelen ocasionar que el remedio sea peor que la enfermedad.

Capítulo I: Aspectos doctrinarios que se desarrollarán por medio de un análisis bibliográfico acerca de la mediación como método alternativo de solución de conflictos, realizando un análisis específico para el caso de los conflictos individuales de trabajo.

Capítulo II: Contiene la metodología jurídica de la investigación aplicada que desarrolla los instrumentos de operación de variables para la recopilación de información mediante el análisis bibliográfico, se analizarán además los criterios ofrecidos por un grupo de notables juristas especializados en el Derecho Laboral, quienes aportan con muchas luces para

determinar satisfactoriamente, no sólo el ámbito ontológico, sino también el fenomenológico, que abarca este tema.

Capítulo III: Presenta los resultados obtenidos en la investigación, analizando los resultados de las entrevistas realizadas a los expertos calificados. A partir de la descripción de sus respuestas, se realizó un breve análisis sobre el tema propuesto.

Capítulo IV: Conclusiones y Recomendaciones, en último lugar, se establecieron las conclusiones a partir del análisis de los objetivos, en los que se expone si se verificaron o no, al igual que los resultados obtenidos por medio del estudio del tema. Finalmente se aportan recomendaciones jurídicas para introducir mejoras en los procesos de mediación laboral.

CARACTERISTICAS E INTERÉS PERSONAL

Desde hace mucho tiempo, el Ecuador sufre un colapso del sistema judicial, en todas las áreas, lo que ha afectado significativamente los niveles de confianza que tiene la ciudadanía con respecto a éste. El tiempo que transcurre desde el origen de la controversia laboral hasta obtener una resolución definitiva es exageradamente largo, sin mencionar la dificultad que conlleva ejecutar dicha resolución.

Desde 1963, con la Ley de Arbitraje Comercial, los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, han sido concebidos con la finalidad de facilitar a la sociedad la solución de sus controversias de formas directas o asistidas por un tercero neutral, que no pertenezca a organismo público alguno.

Uno de estos métodos, de tipo auto compositivo, es la mediación, reconocida expresamente desde el año 1997, la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, codificada en el año 2006. Su utilidad radica en la agilidad y eficacia que puede representar para las partes en conflicto al contar con un tercero neutral que, lejos de imponer su criterio, coadyuva a las partes para que sean ellas mismas las que arriben a una solución que, de forma pacífica y mediante el diálogo, permita solucionar la controversia, al contrario del modelo confrontativo

que caracteriza a un proceso judicial, lo que significa un beneficio para las partes, al evitar el desgaste emocional, que suele conllevar un juicio.

Además, la mediación puesta en marcha con propósitos de solución efectiva, mas no con miras a deslindarse del reconocimiento de obligaciones de tipo legal, puede constituir una fuente de alivio para el sistema judicial, cuyo colapso, además de evidente, se ha vuelto un verdadero obstáculo para la efectiva vigencia del derecho de acceso a la justicia.

Sin embargo, las características particulares de la relación jurídico-laboral, junto con los particulares principios que rigen al Derecho Laboral, hacen que se cuestione la verdadera viabilidad de utilizar la mediación para solucionar las controversias individuales de trabajo, considerando los principios de irrenunciabilidad e intangibilidad, principalmente; pues, en función de éstos, cabe preguntarse cuál es verdaderamente el campo de la materia transigible en materia laboral.

La poca acogida que han tenido los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos en el ámbito laboral, suelen ser explicados por la extendida concepción de éstos como sinónimo de renuncia de derechos, de ahí la exigencia de formar mediadores que, aparte de los inconvenientes que deben manejar para poner a las partes en sintonía y lograr la comunicación efectiva en pos de un acuerdo satisfactorio, la técnica y conocimiento jurídico laboral que deben poseer para que esos acuerdos satisfactorios no signifiquen la renuncia de derechos laborales, que tornaría nulo al acuerdo así obtenido.

Algunos países de América del Sur, como Argentina y Colombia, han repasado estas ideas hace mucho tiempo, implantando la mediación o la conciliación como requisitos de procedibilidad o de prejudicialidad, lo que ciertamente les ha traído innumerables críticas, internas como externas. El caso fallido de Colombia resulta de ayuda para esta investigación para analizar los motivos por los que la mediación obligatoria para conflictos individuales de trabajo no resultó como se esperaba, al punto de que se declaró inconstitucional esta figura,

pero no por atentar contra el principio de voluntariedad —que suele ser la principal crítica que hace la doctrina jurídico-laboralista a esta estrategia— sino porque la ambigüedad de sus preceptos, así como su falta de definición adecuada, lejos de generar beneficios, trajo consigo más dudas.

Retomando el tema del alcance o campo dentro del cual se puede poner en marcha este método alternativo, la cuestión no ha sido de solución sencilla, existiendo sectores doctrinarios que, tajantemente, argumentan que la mediación simplemente no cabe con respecto a los conflictos laborales porque cualquier tema que se pretenda mediar y que no corresponda exclusivamente a plazos para el pago de lo adeudado, resulta absolutamente intransigible; por otro lado, un sector distinto de la doctrina, considera que, si bien los derechos laborales son, efectivamente, irrenunciables e intransigibles, existe un acervo de temas que se enmarcan dentro de lo que se denomina en Derecho, meras expectativas, las cuales serían perfectamente transigibles, además de que dicho sector de la doctrina pone de lado en cierta forma la rigidez del principio de voluntariedad de la mediación y el de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, con el fin último de, justamente, garantizar la efectiva vigencia de estos derechos a través de métodos que, adicionalmente, colaboren con la descongestión del sistema judicial, poniendo énfasis en la relación costo-beneficio para llegar a esta conclusión.

En este trabajo de investigación obtendrá respuestas concretas sobre la aplicación de la mediación en conflictos en el ámbito laboral, y así poder demostrar la viabilidad de la aplicación de los Métodos Alternativos en conflictos individuales. Por lo cual, en base a lo anteriormente mencionado considero que el interés académico de mi disertación estaría enmarcado en la línea de investigación de derecho.

Descripción del problema

El problema jurídico surge al realizar el análisis de si existe o no una afectación de principios y derechos laborales a través de la aplicación de la mediación en conflictos

individuales, en virtud de la presencia de principios laborales como el de transacción, irrenunciabilidad e intangibilidad. Teniendo en cuenta que aun cuando el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008 reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, concediendo a las partes de conflicto la posibilidad de resolver sus controversias mediante un sistema más eficaz, que permita hacer realidad el principio procesal de celeridad. No obstante, estos procedimientos solo se aplican se en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir, tal como lo dispone la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo No.44.

Hipótesis

La aplicación de la mediación en conflictos individuales en relación con la terminación unilateral del contrato de trabajo; es la vía para reducir costos procesales y cumplir con el principio procesal de celeridad, sin que en el procedimiento se afecten derechos laborales.

Objetivo General

Evaluar teórica y conceptualmente la aplicación de la mediación en el ámbito laboral privado en conflictos individuales en base a la terminación unilateral; y sus alcances en el Ecuador.

Objetivos Específicos

- ✓ Determinar las nociones y los principios de la mediación en conflictos laborales individuales en el ámbito privado.
- ✓ Identificar los principios del derecho del trabajador y las nociones del derecho laboral privado en base a los conflictos individuales, con relación a la terminación unilateral del contrato de trabajo.

- ✓ Comparar los efectos que involucran los pros y contras de la aplicación de la mediación en conflictos unilaterales en controversias individuales del trabajo.

CAPITULO I

ASPECTOS DOCTRINARIOS

1. Métodos Alternativos de Solución de Conflictos

El presente capítulo desarrolla de forma general y sucinta el marco teórico de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos —en adelante MASC—, estableciendo un breve acercamiento doctrinario acerca de su origen, antecedentes alcance y evolución, remitiéndose posteriormente al caso específico de la mediación, para finalmente analizar su tratamiento doctrinario e implementación en América Latina, concluyendo con lo propio en el caso ecuatoriano, enmarcado dentro del ámbito del Derecho Laboral.

Este breve análisis permitirá determinar, sobre la base de consideraciones doctrinarias concisas, si la aplicación de la mediación en el ámbito laboral ecuatoriano se presenta como una alternativa viable para descongestionar el sistema de justicia.

1.1. Antecedentes y definición de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos

1.1.1. Antecedentes

Una parte considerable de la doctrina establece que el origen de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, en lo adelante (MASC), puede remontarse hasta la figura del *arbiter* romano, el cual era un juez no permanente, elegido para cada caso, y con amplia discrecionalidad que resolvía de buena fe, su sentencia no era obligatoria a menos que fuera pactado (Treviño, 2019, p.3). Sin embargo, coexisten otras teorías que instituyen el origen de estos métodos, siglos después y ante la disconformidad ciudadana con relación a los sistemas de justicia tradicionales. (La Rosa, 2018, p.19)

Esta situación de disconformidad ciudadana implicó una mayor acogida de los MASC en la sociedad, ante la notable crisis del sistema de administración de justicia, en relación con una solución pronta, eficaz y asequible que representaba la aplicación de estos:

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos surgieron a partir de la necesidad latente de la sociedad de solucionar sus conflictos de manera pronta y eficaz, y de la conciencia por parte del Estado de su imposibilidad de solucionar todas las controversias sujetas a su potestad de forma ágil y sin violar garantías fundamentales como la establecida en el artículo 29 de la Constitución Política, "debido proceso (Ariza, 2007, p. 61)

Las fallas que presentaba el sistema de justicia, el aporte de la misma sociedad y de las organizaciones internacionales de desarrollo, permitieron a los MASC establecerse como medidas efectivas y ágiles de solución de conflictos, ante la demanda social.

Por su parte Redorta (2009), amplía y desarrolla las razones que considera que conllevan a una crisis de los sistemas jurídicos tradicionales, refiriéndose primeramente al incremento desproporcionado de las causas que ingresan a una unidad judicial, generando un colapso para los administradores de justicia, quienes ven sobrepasada su capacidad de resolución. Acto seguido, pone de manifiesto el clima de confrontación característico del proceso judicial, lo que impide el diálogo entre las partes, además de que este tipo de procesos se centra únicamente en la resolución del conflicto, como terminación de éste y no como satisfacción de las necesidades de las partes. Por este motivo, considera que se deben buscar nuevas vías para tratar la conflictividad de la sociedad.

La crisis del sistema judicial no es exclusiva del Ecuador, si no que ha afectado a varios países de distintas regiones y en distintas épocas; un claro ejemplo se encuentra en el caso español, destacando el gran avance que ha tenido la mediación dentro de la normativa española, ante el creciente descontento de la sociedad con respecto a la administración de justicia.

En conclusión, el origen de los MASC puede situarse en el derecho romano, aunque ha sido en los últimos años que su acogida se ha visto acrecentada, ante el colapso de los sistemas de justicia ordinarios o tradicionales y la incapacidad de éstos de resolver la totalidad de las

causas represadas en un período más o menos corto de tiempo, en evidente detrimento del derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva.

Por último, la creciente desconfianza e insatisfacción de la sociedad con respecto a la administración de justicia, generada por la normalización de la corrupción en su actividad, la falta de imparcialidad atribuida y los costos elevados que implica —no obstante, su supuesta gratuidad—, ciertamente han contribuido enormemente con la preferencia hacia los MASC.

1.1.2. Definición

Varios autores definen a los MASC, sin embargo, una definición muy clara la presentan Márquez y De Villa (2013):

Los medios alternos de solución de conflictos (en adelante MASC) son procedimientos diferentes a los jurisdiccionales que tienen como objetivo resolver conflictos suscitados entre partes con un problema de intereses. Dentro de los MASC se encuentran la mediación, la conciliación y el arbitraje. (p. 1587)

Cabe señalar que los MASC, también denominados “tratamiento alternativo de resolución de conflictos, mecanismos alternativos de tratamiento de conflictos, medios alternativos de solución de conflictos, justicia informal, justicia comunitaria” (Mera, 2016, p.376), han evolucionado constantemente, como señala la doctrina chilena:

En un comienzo estos mecanismos fueron percibidos principalmente como herramientas idóneas para descongestionar los atiborrados e ineficientes tribunales, pero también se fundamentaron en el derecho de acceso a la justicia, en el entendido de que quienes no contaban con los medios necesarios para acceder a tribunales, pudieran obtener una solución a su conflicto sin mayor costo. En fin, también se han incorporado por representar vías de solución pacíficas, que suponen el diálogo entre las partes a través de los acuerdos a que estas mismas arriban. (Mera, 2016, p.376)

Lo manifestado por el autor citado permite caracterizar a los MASC como procedimientos extrajudiciales, mediante los cuales las partes de forma directa o mediante la intervención de un tercero buscan la solución de sus discrepancias. Entre los medios alternos de solución de conflictos se encuentran: la mediación, la conciliación, el arbitraje y la negociación.

Según San Cristóbal (2013) la naturaleza jurídica de los MASC, exige dividirlos en dos grupos, el primer grupo pertenece a los métodos auto compositivos, en el que las partes del conflicto de forma voluntaria —directa o a través de un tercero que colabora con el acuerdo, no lo impone— procuran una solución amistosa de la controversia, entre estos se encuentran: la negociación, conciliación y mediación; mientras que el arbitraje y la jurisdicción componen el segundo grupo, denominados métodos hetero compositivos, en los cuales una tercera persona imparcial termina el conflicto, mediante una resolución de tipo impositiva con efecto de cosa juzgada; es decir, similar a un proceso judicial, sin las formalidades y restricciones que se aplican a éste.

1.2 Regulación de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos en la legislación ecuatoriana

Una vez abordado el origen, características y clasificación de los MASC, corresponde referirse al tratamiento de éstos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, siendo la legislación de procedimientos civiles, la primera en donde se menciona la importancia de aplicar la conciliación obligatoria en diferentes procesos de conocimiento (Galindo, s.f.).

El 23 de febrero de 1963, mediante decreto No. 735, se promulga la primera ley especial que regula los MASC, denominada Ley de Arbitraje Comercial, que estableció el sistema arbitral como medio conveniente para la solución de conflictos entre comerciantes, poniendo de manifiesto que, a pesar de ser una ley bien estructurada, cedía a las Cámaras de Comercio el privilegio de prestar el servicio de forma privada, no obstante a ello, no se logró el resultado esperado por la falta de difusión (Galindo, s.f.).

Posteriormente, en el año 1995, el gobierno de turno alentado por “organismos bilaterales y multilaterales de crédito comprenden la necesidad de incorporar una legislación renovada sobre los métodos alternativos” (Galindo, s.f., p.123), en consecuencia, se promulga el Primer Plan Integral para la Modernización de la Administración de Justicia en el Ecuador,

que evidenció los primeros indicios de los problemas que se presentaban en el sistema de justicia, catalogándola como lenta e ineficiente.

Con este antecedente, en el año 1997 se aprueba la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM); mediante un proceso acelerado pero necesario, ante la ineficiencia del sistema de justicia, el cual no llenaba las expectativas sociales; lo que constituyó el principal motivo para que los MASC ingresen "...sin resistencias demasiado fuertes. Además, las tendencias globalizadoras y la necesidad de que los conflictos puedan resolverse de una manera ágil y segura, también colaboraron con esta transformación (Galindo, 2001, p.123)"

La Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 —derogada— eleva por primera vez a rango constitucional el reconocimiento de los MASC, el inciso tercero del artículo 191 establece: "Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley (CPE, 1998)"

Tanto la constitución derogada de 1998 como la actualmente vigente desde el 2008, incorporan los medios alternativos de solución de conflictos, sin que se delimite en ninguna de ellas su alcance y contenido, particular que habría sido de gran ayuda para su desarrollo en una ley posterior, evitando que toda clase de conflicto se someta a conocimiento y decisión de los órganos jurisdiccionales, contribuyendo a la acumulación de causas y la lentitud en su despacho. (Durán, Egüés, Arandi y Yanca, 2020, p. 73)

Evidentemente, la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada mediante Registro Oficial de 4 de septiembre del 1997, deroga expresamente la Ley de Arbitraje Comercial de 1963. En virtud de varios cambios, reformas, añadidas y evolución de los criterios jurídicos sobre este tema, se establece la necesidad de codificar la Ley, para dotarle de orden y coherencia, mediante Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006 se cumple este objetivo. Por otro lado, la Constitución de la República del Ecuador de 2008, si bien no desarrolló

profundamente el tema de los MASC, sí restringió y definió de mejor manera el concepto de materias transigibles.

1.3. Definición y alcance de la mediación

En este apartado se desarrolla el tema específico de la mediación, como método auto compositivo, extrajudicial y complementario (alternativo) de solución de conflictos. Comparte la misma naturaleza jurídica y características generales con los demás MASC, establecidos en apartados anteriores; con particularidades propias de este método que lo determinan como uno de los métodos más utilizados para prescindir del tortuoso proceso judicial, en aras de obtener arreglos más eficientes y ágiles, de forma directa, pero con la asistencia de un profesional que coadyuve en el proceso de negociación que permita obtener no simples acuerdos, sino aquellos de tipo satisfactorio para las partes intervinientes en el conflicto.

El catedrático de la Universidad de Sevilla, Ostos, propone una definición muy completa de este método alternativo de solución de controversias, efectivamente, manifiesta:

Instrumento complementario de la Administración de Justicia, de carácter auto compositivo, en el que prima la autonomía de la voluntad de las partes. Persigue dar soluciones prácticas a ciertos conflictos planteados entre partes, por lo que se presenta como alternativa tanto a la vía judicial como al arbitraje. En ella interviene un profesional neutral, que anima a las partes a encontrar una solución a su falta de acuerdo. También, ha de versar sobre derechos disponibles, aunque últimamente se percibe su presencia en más ámbitos. Ostos (s.f.) (citado por Cabrera, 2017)

Por otra parte, el criterio de Flanco (1997) colabora en la obtención de una definición completa de la mediación, para propósitos de esta investigación:

La mediación es una negociación asistida. De allí que prácticamente lo que hay que considerar en ella es el estudio de la figura del mediador, pues los restantes elementos ya se encuentran en la teoría general de la negociación. Se define generalmente la mediación como un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a que estas, en forma cooperativa, encuentren el punto de armonía en el conflicto. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trasciendan el nivel de disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas. Falcón (1997) (citado por Reyes, 2019, p.13)

Un aspecto importante que debe ser considerado, es la capacidad que debe poseer el tercero imparcial denominado mediador, quien colabora en la obtención del acuerdo, pero sin

proponer soluciones, salvo que las partes lo soliciten expresamente. Ésta exige en el mediador ser:

... un tercero neutral (que) facilita la comunicación entre dos o más personas para que logren llevar adelante una negociación colaborativa con el objetivo de zanjar el conflicto que los enfrenta y llegar a un acuerdo satisfactorio para todos los participantes” El Manual de Formación Profesional de Mediadores (s.f.) (citado por Bartolomé, 2018, p. 8)

Este tercero neutro lo que hace es facilitar la comunicación entre las partes del conflicto, para que logren una negociación que sea conveniente y satisfactoria en función de sus necesidades y aspiraciones, que constituya un ganar - ganar para todos los involucrados de la controversia:

Ahora bien, a pesar de las similitudes que presentan la conciliación y la mediación, la doctrina española las define como dos instituciones totalmente diferentes, constituyendo generalmente la conciliación, en la práctica, un mero trámite que debía realizarse para continuar con el proceso, fomentado por la falta de cultura negocial existente en nuestro modelo jurídico (Barona, 2014, p.8). Aun así, la principal diferencia que presenta la mediación con respecto a la conciliación, consiste en la forma en que se arriba a la solución por parte del tercero imparcial (mediador o conciliador); precisamente, el mediador busca trabajar en la aproximación de las partes, facilitando la comunicación entre éstas y haciéndoles enteramente partícipes en la búsqueda de la solución al conflicto, por lo que no puede proponer soluciones, salvo que las partes del conflicto lo soliciten, como ya se manifestó. La filosofía de la mediación es la siguiente: “la mejor de las soluciones es la que se consensua y favorece el cumplimiento voluntario por ambas” (Barona, 2014, p. 8)

Al contrario, el conciliador dentro de sus facultades puede proponer solución a la controversia, sin resultar impositiva ni vinculante; a diferencia del arbitraje, donde las partes, de hecho, se someten a la decisión del tercero.

En la legislación ecuatoriana, la diferencia entre la mediación y la conciliación consiste en la obligación de llevarse a cabo la etapa de conciliación dentro de los procesos judiciales —

sin perjuicio de arribar o no a un acuerdo, total o parcial—, en donde el Juez de la causa se convierte por un momento en conciliador e intenta una terminación pronta y satisfactoria del proceso. Efectivamente, en el Ecuador, la mediación es un proceso enteramente voluntario que se lleva a cabo ante un tercero imparcial privado —aunque la Función Judicial cuenta con un Centro Público de Mediación, donde son derivadas las causas que los jueces no consiguen lograr un acuerdo entre los litigantes, pero existe la voluntad de hacerlo; o al que pueden acceder todos los ciudadanos, en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva.

En consecuencia de lo manifestado hasta aquí, a pesar de la conveniencia que puede significar el acceso a la mediación como alternativa a un proceso judicial, resulta importante destacar que la normativa ecuatoriana, al regular los MASC, no determina con claridad las materias que son transigibles, fundamentalmente en los conflictos individuales de trabajo, en los que la materia que puede ser objeto de transacción es sumamente reducida, lo que incentiva, o bien la adopción de acuerdos que signifiquen renuncia de derechos por parte del trabajador —a pesar de que satisfaga sus pretensiones—, o bien la decisión de no recurrir en absoluto a este método de solución de conflictos y preferir el modelo de confrontación y tortuoso que implica un proceso judicial.

Otro aspecto muy cuestionable sobre los MASC en el Ecuador —que se desprende inclusive de su denominación— es el carácter subsidiario, complementario o alternativo de estos métodos, lo que, sumado a la reducida materia transigible en el ámbito laboral, constituyen serios obstáculos para las partes en conflicto, el momento de optar por estos métodos con el propósito de solucionarlo.

1.4. La mediación y el acceso a la justicia

El artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, constituyendo el acceso gratuito a la justicia un derecho integrante del componente tutela judicial efectiva:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. (CRE, art.75, 2008)

Siguiendo esta línea de análisis, el derecho al acceso de la justicia no comprende únicamente el acceso de los ciudadanos a los órganos jurisdiccionales si no también, su derecho de obtener una finalización del proceso que cumpla con todas las garantías y constitucionales y procesales. (Pardo y Pascual,2011, p.174)

Además, no es suficiente el hecho de acceder al sistema judicial, sino que también es necesario contar con un “trámite efectivo y garantista que permita tener una decisión al conflicto a tiempo y en base a un debido proceso” (Burgos, 2010, p. 91). En consecuencia, el acceso a la justicia debe garantizar la posibilidad de acudir ante el método de justicia tradicional, pero también ante un medio alternativo de solución de conflictos, con el fin de obtener una resolución de las controversias dentro de un tiempo adecuado y cumpliendo con todas las garantías de un debido proceso en todas sus instancias, considerando que este es el objetivo fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, en el ámbito específico laboral se considera que el acceso al sistema de justicia presenta dificultades adicionales, por lo que requiere una mayor reforma. Pues la administración de justicia resulta bastante ineficiente en la actualidad. No obstante, una de las ramas de la jurisdicción ordinaria, especial por su naturaleza social, requiere ser dotada de celeridad y eficacia. La desesperanza de un reclamante, ante el paso del tiempo y no percibir solución a sus pretensiones es una fuente innegable de violencia, implantándose una cultura de tomar la justicia por su propia mano. Por ende, surge la necesidad de búsqueda de mecanismos sencillos y prácticos, para imprimirle celeridad al procedimiento laboral. (Ospina, 2006, p. 305)

Es por esta razón que, ante la notable crisis de la justicia ordinaria, la ciudadanía y, particularmente, los sujetos de la relación laboral optan por solventar sus controversias dentro

mediante el proceso de mediación, frente a la insatisfactoria e ineficiente administración de justicia por parte del Estado, como menciona Pérez y Cobas (2013). Al reconocer que la mediación ha existido siempre, aunque su uniformidad es relativamente reciente, data de la década de los años sesenta y setenta, y aparece en los Estados Unidos ante la insatisfacción de la vía judicial como único modo de resolución de los conflictos, y por la carencia de liquidez de los tribunales para resolver todos los temas presentados. Los antecedentes más conocidos de la mediación provienen de los procedimientos de resolución de conflictos laborales en el ámbito industrial, iniciando el interés de la sociedad americana por otras formas alternativas de resolución de desavenencias, o “Alternative Dispute Resolutions” (ADR), mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales.

Cuadro 1

Ventajas y desventajas que presenta la mediación

Ventajas	Desventajas
Mayor rapidez para la resolución de los litigios	Falta de supervisión experta
Menor costo económico	Posible parcialidad
Menor costo emocional	Imposición del más fuerte, ya sea en lo económico, social o psicológico
Descongestionamiento de instancias gubernamentales, principalmente juzgados y ministerios públicos	Falta de objetividad

Optimización de recursos gubernamentales	Falta de cuadros especializados
Función cívica, los ciudadanos resuelven conflictos de forma privada	

Elaborado por: Luis Vado, 2020, p.378

1.5. Principios de la mediación

Resulta menester precisar que, al poseer cada conflicto aspectos y características propias con relación a la materia que abarca, es muy importante que las partes elijan un mediador y un centro de mediación adecuado para cada conflicto; sin embargo, los principios que inspiran este método alternativo de solución de conflictos, son siempre los mismos.

1.5.1. El principio de voluntariedad

Este principio se fundamenta en el principio general del Derecho de autonomía de la voluntad, entendiéndose ésta como:

...una expresión de la libertad del ser humano, reconocido por la ley de forma positiva, que tiene que ver con la posibilidad de las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos” (Chenás, 2021, p.28)

El principio de voluntariedad presenta varias contradicciones acerca de su alcance; pues si bien establece que las partes tienen libertad para definir si acuden o no a mediación para la gestión y solución de su conflicto, pudiendo abandonar, en cualquier momento el proceso de mediación (Avilés, 2020, p.26). Se considera como corolario de este principio que nadie está en obligación de mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir en un acuerdo (Aguilar y González 2018, p.13). Pero, por otro lado, se exige la permanencia de la voluntad desde que inicia el proceso hasta que finaliza mediante acuerdo de ambas partes, y no por una imposición de un tercero (Viana, 2013, p.20).

En el Derecho Laboral, por ejemplo, considerando la dimensión social que caracteriza a esta rama jurídica y su objetivo de garantizar protección especial a la parte débil de la relación jurídica, ha permitido que ciertos autores aboguen por el relajamiento de este principio para aliviar la carga del sistema judicial, con el resultado macro de eficiencia y celeridad que pudiera devenir con esta medida; en consecuencia, se discute la viabilidad de imponer la obligación de celebrar una sesión informativa de la mediación, considerando esta medida por parte de este sector de la doctrina, como garantía indirecta del derecho a la tutela judicial efectiva, “teniendo en cuenta la naturaleza de la misma y brindando a las partes el derecho a elegir la vía más adecuada dentro del marco legal y proporcionar una información clara, precisa y transparente de lo que la mediación le ofrece” (Avilés, 2020, p.27)

La implementación de la sesión informativa obligatoria contribuye a aportar efectividad a las herramientas que existen y generar una mayor cultura del uso de la vía judicial como ultima ratio en los casos en que se considere oportuno. (Avilés, 2020, p.27). En ese sentido, Rodríguez menciona la reforma realizada a la legislación catalana, la cual regula la mediación obligatoria como mecanismo para evitar la dilatación de los procesos. Pues en determinados textos legales repiten esta fórmula para la obligatoriedad, concediéndole mayor o menor importancia. Resaltando que mientras que las partes son obligadas es a comparecer y no a pactar, la voluntariedad está resguardada. Otros fundamentan que la obligatoriedad está relacionada con el carácter procedibilidad de la mediación establecida en la ley, y por tanto la obligación de comparecer a la audiencia debe ser vista como una carga procesal y no como una forma de viciar la mediación. (Rodríguez, 2011, p. 153)

Sin embargo, esta reforma ha sido fuertemente criticada por otro grupo de estudiosos, al conceder en todo momento a las partes la facultad de decidir si desean acudir a resolver su conflicto mediante un mecanismo alternativo de decisión. En este sentido aplicar la

obligatoriedad de la mediación afectaría el principio de voluntariedad y regularla en la forma catalana se considera infructuoso.

Se considera que la voluntariedad debe estar vinculada constantemente con la libre disposición de las partes en conflicto de llegar a un acuerdo; sin embargo, en Ecuador se presentó un proyecto a la Asamblea Nacional con el objetivo de legislar sobre la procedibilidad de la mediación, se estableció que de manera previa al inicio de un proceso judicial en materias no penales, en las que por su naturaleza se pueda transigir, las partes deberán someterse a un procedimiento de mediación ante un centro de mediación público o privado debidamente autorizado, a fin de buscar una solución al conflicto que las afecta. (Proyecto de ley reformativa a la ley de arbitraje y mediación, 2021)

Es decir, se presentó la obligación de efectuarse una mediación como requisito de procedibilidad para comenzar el proceso judicial, la cual presentaría grandes ventajas para el sistema de justicia, por el alivio de la carga de los tribunales de justicia en el Ecuador que esto pudiera significar, mitigando en parte la constante crisis judicial que se vive actualmente.

A pesar de presentarse como una solución atractiva, trae consigo varios inconvenientes, uno de ellos, es el tema de los costes procesales, ya que como se reconoce el art. 12 del Código Orgánico de la Función judicial, “el acceso a la justicia es gratuito”, por lo cual supone que la mediación obligatoria debería ser gratuita para no limitar el acceso a la justicia y, como ya se manifestó, actualmente los centros de mediación en su mayoría son privados; esto exige un análisis profundo y específico para poder implementar a la mediación como requisito de procedibilidad.

1.5.2. Principio de confidencialidad

Este principio representa la seguridad que debe garantizarse a las partes en conflicto, la reserva total de todo aquello que fuera tratado dentro o fuera de la audiencia de mediación, por lo cual no se admite circulación pública de la información obtenida. Por este motivo, una de

las obligaciones que tiene el mediador y las partes que intervienen en el proceso, consiste en no divulgar los contenidos. (Montoya y Puerta, s.f. , p. 175)

La confidencialidad implica, por tanto, la obligación de:

... no comunicar a ninguna de las partes aquellas cosas que le son confiadas en las reuniones privadas previas o concomitantes que haya podido sostener con cualquiera de los involucrados (claro está, a menos que éstos lo autoricen), y a no revelarlas a ninguna otra persona. (Rodríguez, 2011, p. 153)

Cabe señalar que una de las consecuencias directas de la aplicación del principio de confidencialidad implica que las partes del conflicto, en caso de no alcanzar el acuerdo y decidir por un proceso judicial, la información generada dentro de las audiencias de mediación, no puede ser esgrimida como prueba en ningún caso. Sin embargo, la doctrina colombiana menciona una excepción, en caso de que durante las sesiones el mediador tenga conocimiento de la ocurrencia o posibilidad de un delito, debe efectuar la denuncia ante la autoridad competente (Montoya y Puerta, 2010, p. 175)

La legislación ecuatoriana considera a la confidencialidad como una obligación del mediador, así como de los Centros de Mediación de la Función Judicial, aunque las partes puedan renunciar a la confidencialidad siempre en virtud del acuerdo entre ellas (Reglamento del Centro de Mediación de la Función Judicial, 2014, art. 5 núm. 5). De igual manera, el principio de confidencialidad está regulado en los artículos 49 y 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006), que en su orden establecen:

Quien actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes. Además, por ningún motivo podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación; (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, art. 49)

La mediación tiene carácter confidencial. Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva. Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar. Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad. (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, art. 50)

1.5.3. Principio de imparcialidad

Este principio exige del mediador, tanto la inexistencia de vínculo alguno con las partes en conflicto, como su aptitud psicológica para el tratamiento imparcial de los casos sometidos a su conocimiento. (Sáez y Merino,2010) consideran que la imparcialidad no es más que la posibilidad de ejercer la actividad mediadora de manera libre y sin que medie vínculo alguno con las personas o el tema que se trate. Es decir, la persona que obra como mediadora debe ser capaz de manejar las emociones propias y ajenas sin extraviar su rol por prejuicioso favorecer a alguna de las partes (p.663).

El autor español citado anteriormente (Castanedo, 2013), dice sobre el principio de independencia:

El mediador deberá ocupar una posición absolutamente independiente de las partes, de existir algún elemento que pudiera interferir en esa independencia, deberá abstenerse de participar en el proceso de mediación. Aclara el documento holandés que el mediador no podrá tener ningún tipo relación tanto personal como comercial con alguna de las partes o algún tipo de interés particular en el asunto. El mediador debe salvaguardar así su independencia no solamente durante su intervención si no también con posteridad a la mediación (p. 322)

Por último, algunos autores consideran que este principio guarda relación y gran similitud con el principio de neutralidad; sin embargo, dentro de la doctrina española se considera que existen diferencias entre los dos principios antes mencionados, ya que "... la imparcialidad atiende o toma como punto de referencia a las partes, mientras que la neutralidad se refiere al resultado de la mediación" (Ortiz, 2011, p. 16)

1.6. La regulación de la mediación en la legislación ecuatoriana

La Ley de Arbitraje y Mediación constituyó un avance importante para el país al reconocer la validez de la mediación y el arbitraje, regulando el alcance y la naturaleza jurídica de estos métodos.

El art. 43 de la LAM define a la mediación y la considera como un aparato de solución de conflictos, en el cual un tercero neutral e imparcial denominado mediador interviene para facilitar la comunicación entre las partes, con el objetivo de poner fin al conflicto.

Únicamente los Centros de Mediación (a través de los mediadores vinculados a éstos) y los mediadores independientes acreditados por el Consejo de la Judicatura, se encuentran facultados para ofertar al público y llevar a cabo procesos de mediación, según lo establecido en el artículo 44 de la LAM.

La mediación procede en 3 casos: el primero de ellos, cuando exista un acuerdo previo por escrito entre las partes en conflicto, de acudir a un centro de mediación para la resolución de las eventuales controversias generadas, en estos casos los jueces no tienen la competencia de conocer la causa, salvo que se genere un acta de imposibilidad de mediación o de acuerdo; o, en su defecto, renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. El segundo caso, por invitación de unas de las partes o por acuerdo de las dos partes, una vez que surgida la controversia. Finalmente, por disposición del juez ordinario se derivará la causa hacia mediación en cualquier estado del proceso y siempre que las partes lo acepten. (LAM, 2006, art. 46)

Por su parte, el sistema procesal ecuatoriano reconoce a la mediación de manera intraprocésal y mediante la resolución 023-2021 respecto al “Instructivo para la derivación de Causas de Mediación Intraprocésal a Centros de Mediación” se establece:

Para incentivar la resolución de los conflictos mediante la mediación, la o el juez en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, previa aceptación de los sujetos procesales, derivará la causa al centro de mediación seleccionado por ellos o sorteado de conformidad con el presente instructivo. (Instructivo para la derivación de causas de mediación intraprocésal a centros de mediación, 2021. art. 4)

El artículo 233 del COGEP permite a los administradores de justicia impulsar la aplicación de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos previo; así mismo, de forma intraprocésal y una vez trabada la Litis puede el Juzgador derivar la causa hacia un Centro de Mediación. En el mismo sentido, las partes del conflicto tienen la posibilidad de recurrir a la conciliación en cualquier estado del proceso, siempre que su aplicación este de acuerdo con los principios de confidencialidad, voluntariedad, neutralidad y legalidad.

Art. 294.- 6. La o el juzgador, de oficio, o a petición de parte, podrá disponer que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido, para que se busque un acuerdo entre las partes. En caso de que las partes suscriban un acta de mediación en la que conste un acuerdo total, la o el juzgador la incorporará al proceso para darlo por concluido. (COGEP, 2015)

Dentro de la etapa preliminar de conciliación, el juzgador podrá a petición de parte o de oficio, disponer que las controversias pasen a un Centro de Mediación, con el objetivo de buscar un acuerdo entre las partes. Del mismo modo, es deber de los jueces promover la conciliación, como lo menciona Bautista (2018) donde expresa que el juez puede disponer de oficio la conciliación, debido a que esta facultad se le otorga en los procesos judiciales en virtud del COGEP. Atribuyéndoles incluso garantías de no ser acusados de prevaricación, recusados, ni sujetos a queja por plantear fórmulas de arreglo entre las partes en las audiencias o juntas de conciliación (p. 22)

1.7. Procedimiento de mediación

El procedimiento de mediación inicia mediante la invitación efectuada por una de las partes, por convenio entre éstas, o por disposición del juez ordinario.

Según el artículo 44 de la LAM, se podrá solicitar ante los Centros de Mediación o mediadores independientes debidamente autorizados por el Consejo de la Judicatura, debiendo consignarse la invitación por escrito, la cual debe contener la dirección para notificación de las partes, los números telefónicos y una breve descripción del conflicto, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 45 de la LAM.

Posterior a ello, con la aceptación del Centro o de un mediador independiente, se fija día y hora para llevarse a cabo el procedimiento de mediación y se efectúa la invitación por intermedio del mediador a la parte contraria. En caso de no contestar, se puede proceder con una segunda invitación y de no hacerlo en esta oportunidad se levanta un acta de imposibilidad de mediación.

En caso de que asistan en el día y hora fijados, se instala la audiencia de mediación y se propende al acuerdo, asistidas las partes por el mediador, caracterizándose esta audiencia

por ser de tipo informal, es decir, no requiere la observancia de ritualidades y formalidades propias del proceso judicial, pudiendo observarse estrictamente la normativa aplicable u observándola con un cierto nivel de relajamiento, pues el proceso consiste en una negociación asistida, la misma que, mientras no implique renuncia de derechos que se encuentre prohibida por la ley o que constituya objeto o causa ilícita, tiene plena validez.

El procedimiento de mediación finaliza con la firma de un acta, la cual contiene el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo. (LAM, 2005, art. 47)

1.8. Acta de mediación

Para el desarrollo del presente apartado se inicia con una definición doctrinaria de acta de mediación:

El acta de mediación es el resultado del acuerdo entre partes y rige en ella, el principio de autonomía de la voluntad, teniendo además el carácter de una sentencia, por lo cual es posible señalar que debería cumplir con las normas formales de una decisión judicial siempre que le sean razonablemente aplicables. (Agneli y Matos, 2020, p. 105)

Además, cabe señalar que el acta de mediación tiene efecto de cosa juzgada y sentencia ejecutoriada como lo menciona el art. 47 de la LAM:

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. (LAM, 2006, art. 47)

Sobre la base de lo anteriormente descrito, es fundamental señalar que, al considerarse cosa juzgada, adquiere los efectos de una sentencia contra la que no cabe recurso. No constituye, por lo tanto, un efecto de dicha sentencia, sino una característica que se agrega a ella aumentando su firmeza para todos los posibles efectos que produzca. LIEBMAN (s.f.) (citado por Enrique, 2003, p. 533)

El numeral tercero del artículo 363 del COGEP, otorga al acta de mediación la calidad de título de ejecución: “Títulos de ejecución. -Son títulos de ejecución los siguientes: 3. El acta de mediación.” (COGEP, 2016, art. 363 núm. 3)

Con estos antecedentes conceptuales, resulta oportuno establecer las diferencias existentes entre el acta de mediación y la sentencia ejecutoriada. Efectivamente, la naturaleza jurídica de ambas difiere, pues la sentencia contiene la decisión emitida por un juez, luego del ejercicio intelectual correspondiente y que consiste en la consideración de los argumentos de las partes, la valoración de las pruebas y el contraste entre la normativa aplicable frente a los alegatos finales de cada parte, con el fin de emitir una decisión motivada conforme a Derecho; en cambio, en el caso del acta de mediación, son las mismas partes las que llegan a la solución del conflicto de forma voluntaria, asistidas por el mediador. Tal como plantean (Agneli y Matos, 2020) el acta de mediación, recoge los acuerdos en los que las partes declaran con su consentimiento libre y voluntario, tanto el origen del conflicto como el objeto transigible, sin que el mediador intervenga en esa decisión (p. 106)

En consecuencia, puede concluirse que el origen y la forma en que nace a la vida jurídica, tanto el acta de mediación, como la sentencia, son muy distintos, a pesar del idéntico efecto jurídico que la ley otorga a ambos instrumentos, poniendo especial énfasis en el caso de la sentencia, que adquiere el efecto de cosa juzgada únicamente cuando ésta se encuentra ejecutoriada.

En el caso de llegar a un acuerdo, el acta debe contener los siguientes elementos: los antecedentes; donde se realiza una descripción de los hechos que originaron la controversia, la parte de desarrollo, donde se fijan los acuerdos a los que llegaron las partes. Sangoquiza considera que el segundo punto debe contener un resumen de todo el proceso de mediación entre las partes, la fábula de los acuerdos a los que se han arribado, resultando indispensable

señalar cuales son las obligaciones que cada una de las partes ha asumido respetar, con el objeto de que se finaliza la controversia. (Sangoquiza, 2019, p. 42)

Por último, se fijan los acuerdos a los que han llegado las partes y se valida el acta respectiva a través de las firmas de las partes en conflicto, así como la del mediador. En caso de no existir acuerdo alguno entre las partes se levantará el acta de imposibilidad de acuerdo, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 47 de la LAM. (LAM, 2006)

1.9. Materias transigibles en mediación

Sobre este tema, resulta de mucho interés el criterio expuesto por algunos autores ecuatorianos:

(...) la enumeración de materias transigibles es muy limitada porque no existe normativamente un apartado específico para precisar los casos que podrían ser sometidos a mediación, puesto que su abordaje ha sido de carácter marginal, tanto es así que se denominan métodos alternativos de solución de conflictos, lo que denota que existen métodos principales y sustanciales para resolver las controversias, y esto implica que los primeros se consideren subsidiarios y opcionales respecto de estos últimos. (Durán, Egüés, Arandi y Yancha, 2020, p.76)

De la misma manera, el tratadista Reyes (2019) aporta mediante su criterio, el alcance que debe otorgarse a las materias consideradas transigibles:

(...) en el Ecuador las materias transigibles de mediación se encuentran de forma dispersa, no obstante, a aquello, nuestra Ley de Arbitraje y Mediación ha permitido que la mediación en la legislación ecuatoriana, vaya irradiando su campo de acción en todos los cuerpos jurídicos del sistema normativo (p. 20)

Dentro de la legislación ecuatoriana no existe delimitación expresa sobre la materia transigible, incluyéndose el ámbito laboral, debiendo remitirse para estos casos a la prohibición general de renuncia de derechos, establecida en el artículo 4 del Código del Trabajo: “Irrenunciabilidad de derechos. - Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario.” (Código de Trabajo, 2005).

Esta prohibición se fundamenta en la protección especial otorgada a la parte débil en la relación laboral, el trabajador:

...en la relación de trabajo, se genera un desequilibrio de fuerzas puesto que el trabajador es la parte débil y vulnerable de la misma y es por esta razón que surge el principio protectorio o principio protector, así como otros principios tales como el principio de irrenunciabilidad de derechos previsto en el artículo 4 del Código del Trabajo (Ecuador. Congreso Nacional, 2005) el principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias, el principio de intangibilidad y progresividad, entre otros. (Aguirre, 2014, s.p.)

En consecuencia, en el ámbito laboral solo se puede transigir sobre los siguientes temas:

Serán asuntos transigibles en materia laboral, siempre que no se vulneren los derechos irrenunciables del trabajador, entre otros, los siguientes: Forma y plazo de pago de la liquidación laboral; forma de pago de la jubilación patronal; pago de remuneraciones, sueldos y salarios atrasados; incumplimiento de obra; controversias suscitadas entre compañeros de trabajo; conflictos entre compañeros de trabajo y el empleador o sus representantes; conflictos suscitados en el servicio de la empresa; forma de pago para el cobro de utilidades; incremento o reducción del plazo para entrega de la obra. (Durán, Egüés, Arandi y Yancha, 2020, p. 79)

A continuación, se describe lo establecido en la legislación ecuatoriana sobre la mediación en sentido general, puesto que como se puede apreciar de su análisis no consta regulada específicamente la mediación laboral en ninguno de estos cuerpos legales.

Cuadro 2

Catálogo normativo sobre mediación; no se determina su alcance en materia laboral

Cuerpo legal	Artículos
Constitución de la República del Ecuador.	Art. 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,

	<p>ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir.</p> <p>Se reconoce al voluntariado de acción social y desarrollo como una forma de participación social.</p> <p>Art. 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.</p> <p>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.</p> <p>Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: núm. 11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.</p>
--	---

Código Orgánico de la Función Judicial.	Art. 17 inc. segundo. - 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.
Ley de Arbitraje y Mediación.	Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.
Código de Trabajo	Art. 4.- Irrenunciabilidad de derechos.- Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario.

Elaborado por: Alisson Samantha Loayza Lalama

1.10. Mediación laboral

En la legislación ecuatoriana no se reconoce expresamente la institución jurídica mediación laboral, de igual manera la doctrina y jurisprudencia sobre este tema es escasa e

incompleta. Se presenta como una opción para resolver las discrepancias que surjan en esa materia, compuesta por un conjunto de técnicas que promueven la resolución de un conflicto entre las partes, en las que un tercero neutral e imparcial interviene para dirigirla el debate y llevarlo a su resolución. (Viana, 2013, p. 8)

1.11. Principios del derecho laboral: irrenunciabilidad e intangibilidad

Los principios del Derecho Laboral son lineamientos doctrinarios a seguir, que orientan a las sociedades, pasan a ser parte de su cultura ética y posteriormente se transmiten al Derecho (Salgado, 2014, p. 140).

De igual manera, contrastando la definición antes mencionada, los principios constituyen fundamentos racionales éticos en que se sustenta sus instituciones y sus normas. Cumplen la triple función de inspirar su expedición, guiar su interpretación y llenar vacíos o lagunas; actuando, como fuentes supletorias, en caso de insuficiencia de la ley o que no conste regulación alguna. (Trujillo, 2008, p. 41)

Es por tal motivo que los principios son importantes dentro de una sociedad, pues son el fundamento de producción normativa e interpretación del ordenamiento jurídico, para el cumplimiento de sus fines.

En el caso particular del Derecho Laboral, los principios son de gran relevancia al constituir "... criterios superiores, los cuales dan pauta para la elaboración de la legislación laboral, y de igual manera, son fuente de influencia directa o indirecta dentro de la solución de controversias (Corte Constitucional, Caso N. ° 0010-13-TI, Sentencia N. ° 017-17-Sep-CC, 2013)"

1.11.1. Principio de irrenunciabilidad de derechos y transacción

Dentro de la doctrina ecuatoriana, Baca (2005) considera que el objetivo principal del principio de irrenunciabilidad, es evitar que no existan manipulaciones por parte del empleador

en contra de los derechos de los trabajadores, para librarse de la obligación de reconocer el pago de: utilidades, vacaciones, afiliación al seguro social, pago de horas extraordinarias o suplementarias, décimo tercera y cuarta remuneración, entre otros beneficios; se entiende que los trabajadores no pueden renunciar a sus derechos y de igual manera, el empleador por ningún motivo podrá exigir la renuncia de éstos.

El principio de irrenunciabilidad se encuentra contemplado en el numeral segundo del artículo 326 de la Constitución de la República y establece lo siguiente: “los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario” (CRE, 2008). La legislación ecuatoriana prohíbe la renuncia de derechos laborales, no así la transacción, por lo cual Monesterolo (2008) considera que “... es posible transigir en materia laboral bajo dos condiciones: la primera que la transacción se refiera a derechos litigiosos y la segunda que se celebre ante autoridad competente (p. 19).”

El principio de irrenunciabilidad busca brindar una mayor protección a los trabajadores, a fin de evitar el incumplimiento de derechos laborales por parte del empleador, incluso si este cuenta con la anuencia del trabajador.

Ahora bien, la transacción es definida por la Real Academia Española (s.f.) como “la acción y efecto de transigir” (s.p.) o “trato, convenio, negocio” (s.p.). La transacción tiene una cercana relación con el principio de irrenunciabilidad, pues a través de aquella y en función de éste, las partes de una relación laboral buscan terminar las controversias laborales por medio de un acuerdo. (Trujillo, 2008).

Quiñónez (2015) y resalta sus ventajas y validez cuando manifiesta:

es “un acto jurídico **bilateral** que consiste en la extinción de obligaciones laborales a través de concesiones recíprocas que realizan las partes.(...) la transacción no transgrede los derechos de los trabajadores que son irrenunciables como lo establece la ley, sino más bien diríamos que se trata de una forma de pactar para hacer efectivos sus derechos de mejor manera; al transigir, se logra que el empleador y las demás personas que se encuentren vinculadas, los reconozcan, y con el Juez como garante y agente viable se llevaría una transacción que no violente los derechos tanto del trabajador como del empleador, respetando de esta manera lo que la ley establece en la Constitución. (p. 31)

En contraposición a Quiñónez, Monesterolo (2018) considera que el elemento principal de la transacción es la renuncia unilateral de derechos, con el objetivo de llegar a acuerdos beneficiosos. Considerando además que la aplicación de la transacción en conflictos laborales no genera confianza, pues las partes en la relación laboral lo ven asociado con la renuncia de sus derechos (p. 20).

La transacción se encuentra prevista en el artículo 2348 del Código de Civil y dispone lo siguiente: “la 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” (Código Civil, 2005).

De todo esto se concluye que, en el ámbito laboral la transacción procede siempre que no involucre la renuncia de derechos laborales, como lo dispone el numeral 11 del artículo 326 de la Constitución de la República del Ecuador: “El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente (CRE, 2008)”.

Considerando que la transacción busca llegar a un acuerdo entre las partes laborales en conflicto y con el fin de evitar la dilatación de los procesos judiciales, concedieron a los jueces y juezas del Ecuador promover la conciliación entre las partes; como lo establece el siguiente artículo:

FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES. - Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto, deben:

11. Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto, pueden de oficio convocarlas a audiencia, a las que deberán concurrir las partes personalmente o por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir. De considerarlo conveniente los tribunales o juezas y jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal con la misma finalidad. Se exceptúan los casos en que se halla prohibida la transacción, y si ésta requiere de requisitos especiales previos necesariamente

se los cumplirán, antes de que el tribunal, jueza o juez de la causa homologue el acuerdo transaccional. (COFJ, 2009, art. 130)

Como conclusión y totalmente de acuerdo con lo planteado por Baca (2005) considero que ciertamente es válido que el trabajador arribe a un acuerdo con el empleador sobre sus derechos laborales, siendo beneficioso suscribir las actas de transacción siempre que no vaya en detrimento de sus derechos (p. 30).

1.11.2 Principio de intangibilidad

Es necesario establecer los antecedentes del principio de intangibilidad en el Ecuador, de acuerdo con el criterio de Albán (2016):

...(es) una protección a los derechos de los trabajadores, una lucha que se ha realizado por años, especialmente enfocado en las organizaciones sindicales, ya que en este tipo de contratación establece beneficios, condiciones para la ejecución del trabajo que no se puede dejar de lado estas consideraciones. El principio de intangibilidad en el Ecuador **nació con las primeras manifestaciones de obreros y el surgimiento de la Ley de Obreros** en el país promulgada en el año de 1916 por el presidente Alfredo Baquerizo Moreno, la finalidad de esta ley era la regulación y el respeto a los derechos de los trabajadores colectivos el pago de bonificaciones y la regulación para la ejecución del trabajo donde se estipuló la jornada de trabajo de ocho horas diarias, y los días de trabajo excepto domingos y feriados, de la misma manera esta ley prohibía cualquier estipulación realizada que se encuentre en contra o limite las consideraciones realizadas, dando origen a uno de los principios fundamentales para los trabajadores colectivos como es la intangibilidad. (p. 31)

La doctrina ecuatoriana considera que el principio de intangibilidad es el mecanismo por el cual el Estado ecuatoriano garantiza que ninguna ley altere derechos y beneficios laborales. “la intangibilidad significa que ninguna disposición legal o norma contractual podrá alterar los derechos y beneficios de los trabajadores, los cuales tienen carácter progresivo, es decir, que siempre se conservarán los derechos adquiridos y no podrán disminuirse ni eliminarse, sino superarse siempre”. (Baca, 2005, p. 29)

La legislación ecuatoriana prevé que los derechos laborales deben ser reconocidos y no podrán ser desmejorados por leyes, tratados o contratos laborales. Por tal motivo, el Estado deberá garantizar la intangibilidad de los derechos laborales y adoptar medidas óptimas para su aplicación y mejoramiento (Trujillo, 2008).

Es necesario señalar que el principio de intangibilidad significa que el legislador, en el ejercicio de sus funciones no podrá por ningún motivo desmejorar las condiciones y derechos laborales. Sin embargo, hay que tener en cuenta que los derechos laborales no nacen únicamente de las leyes, sino que también de tratados internacionales y reglamentos; así como de otras Fuentes del Derecho.

La Corte Nacional de Justicia considera que el principio de intangibilidad es un principio que busca la protección de los derechos de los trabajadores y lo compara con el principio de irrenunciabilidad; considera que la intangibilidad “se concentra a los derechos adquiridos, es decir derechos preexistentes que nacen una vez que el trabajador se benefició en su goce, los cuales no puedan ser desconocidos aún por norma o ley” (Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Laboral y Social, N.- 543-2008, 2012, p. 5).

1.12. Contrato individual de trabajo

Para efectos del presente análisis es preciso abordar como antecedente el tema del contrato individual de trabajo:

Antes del surgimiento del contrato individual del trabajo como categoría jurídica propia, las relaciones laborales individuales se regulaban por las normas correspondientes al “arrendamiento, la compra venta y la sociedad” Thayer y Novoa (1987), citados por Monesterolo (2018, p. 52).

La forma más común de regular las contrataciones laborales se dio por medio de la figura jurídica del arrendamiento en la cual una de las partes de la relación laboral se comprometía a la prestación de servicios y la otra parte se comprometía al pago por los servicios; la figura antes mencionada se encuentra prevista en el artículo 1856 del Código Civil.

Arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las leyes del trabajo y otras especiales. (Código Civil, 2005)

Es necesario señalar que las relaciones laborales no pueden ser reguladas por la figura del arrendamiento, ya que el trabajador no cuenta con garantías jurisdiccionales que lo amparen y se encuentra en un estado de inestabilidad laboral, dadas las características propias que rodean al contrato civil de arrendamiento.

De igual manera, la contratación laboral no puede ser prevista como una compra-venta ya que: como menciona Thayer (1987) citado por Monesterolo (2018) "... la actividad personal del hombre es inseparable de él mismo [...] y como tal no la puede enajenar a otro" (p. 53); y tampoco puede ser concebida como sociedad pues los trabajadores no participan de manera directa en las pérdidas de empresa al no formar parte de ninguna asociación jurídica con el empleador.

Dentro de la legislación ecuatoriana el artículo 8 del Código del Trabajo prevé la figura jurídica del contrato individual en el siguiente sentido: "el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre" (art.8, Código del Trabajo, 2005).

Existen algunas definiciones doctrinarias acerca del contrato individual, una de ellas es la aportada por Caldera (s.f.) citado por Monesterolo (2017): "el contrato individual de trabajo es aquel por el cual un trabajador se obliga para con el empleador a prestar sus servicios, bajo su dependencia y por una remuneración" (p. 51). Por otro lado, De Ferrari (s.f.) citado por Monesterolo (2017), considera que un contrato individual es aquel por el cual "una persona se obliga a trabajar por cuenta y bajo la dependencia de otra o a estar simplemente a sus órdenes, recibiendo como compensación una retribución en dinero" (p. 51).

Como señala Baca (2005), el contrato individual se basa sobre los siguientes elementos: primero, que la contratación laboral se realice por la prestación de servicios lícitos; segundo,

debe existir una dependencia del trabajador con su empleador; y, tercero, debe existir una remuneración.

Sobre la contratación laboral individual, Celi (2017) realizó un análisis sobre la sucesividad del tracto en el contrato individual de trabajo, puesto que las partes se obligan al cumplimiento de sus obligaciones de forma sucesiva en el tiempo, durante la duración del contrato laboral, surgiendo en algún momento terminación de la relación laboral (p. 37). Es por tal motivo que el legislador con el ánimo de resguardar los derechos de los trabajadores previó causales para la terminación del contrato de trabajo. Sin embargo, la terminación de una relación laboral puede suscitar conflictos relacionados a pagos pendientes que tiene el empleador con sus trabajadores o por la forma en que se dio por terminada la relación laboral.

1.13. Definición de conflicto

Es oportuno mencionar que la palabra conflicto por mucho tiempo ha sido caracterizada con una connotación negativa. Sin embargo, actualmente se puede apreciar al conflicto con una interpretación positiva, entendiéndose que es algo natural de la sociedad y evitarlo no ayuda en su crecimiento. Con este breve antecedente, es momento de exponer su definición:

La palabra conflicto proviene del latín *conflictus*, que significa “combate, pelea o contienda, oposición de intereses en que las partes no ceden” (Cabanellas, 1993, p. 68). Dentro de la doctrina se considera que para que exista un conflicto jurídico se requiere que dos o más individuos pongan en contraposición sus intereses. Para complementar lo antes mencionado se considera que las partes deben tener claridad en cuanto a la percepción del conflicto, o sea, deben percibir la afectación de sus intereses o el peligro de que se vean afectados. (Romero, 2006, p. 2)

Existen varias definiciones para el término conflicto, sin embargo, la definición más útil para el desarrollo de la presente investigación jurídica es la siguiente:

El conflicto es parte natural de nuestra vida. Desde que el hombre apareció en la Tierra ha enfrentado el conflicto y ha ideado formas de solución desde las formas más primitivas hasta las más elaboradas en los tiempos actuales. Podríamos afirmar que a lo largo de toda la historia los conflictos se han resuelto típicamente en dos formas: violenta y pacífica o amigable. Entre estos dos extremos se dan matices intermedios que conjugan ambas formas. (Romero, 2006, p. 1)

Entre 1930 y 1940 al conflicto se le otorgaba una connotación negativa, asociada con las acciones violentas. No obstante, ya a partir de la década de 1970 se empieza a asimilar como parte natural de las relaciones humana, considerándolo beneficioso para el desarrollo de las personas y los grupos sociales. Actualmente, aunque la sociedad aún considera al conflicto como algo negativo, los nuevos enfoques sobre éste, admiten que el conflicto es algo natural de la sociedad y es conveniente inclusive fomentarlo en un grado gobernable dentro de la sociedad, incentivando una forma más eficiente de tomar decisiones, el trabajo en equipo, la disposición al cambio y el establecimiento de metas ambiciosas y alcanzables, contribuyendo a un sentido de logro” (Romero, 2006, p. 4)

1.14. El conflicto laboral

En el ámbito laboral, se define al conflicto como “... las fricciones que pueden producirse en las relaciones de trabajo”. (Ibarra, Del Pilar y Arias, 2020, p. 80). Esta definición es bastante abarcadora y sumamente sencilla. También se hace referencia de una manera al conflicto laboral como: “... las diferencias que pueden suscitarse entre trabajadores y patrones, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos, como consecuencia o con motivo del nacimiento, modificación o cumplimiento de las relaciones individuales o colectivas de trabajo” (UNAM, 1980, p. 216)

Por su parte la Organización Internacional del Trabajo (OIT) define al conflicto laboral como:

Un conflicto de derechos es aquel que se refiere a la violación o interpretación de un derecho (u obligación) plasmado en una ley, un convenio colectivo o un contrato individual de trabajo. En tales casos se alega, fundamentalmente, que un trabajador o un grupo de trabajadores no pueden ejercer los derechos que les corresponden. (OIT, s.p., s.f.)

Cabe señalar que los conflictos dentro de una relación laboral son comunes y más ahora con motivo de las dificultades sociales, políticas y económicas que vive el Ecuador como consecuencia de la pandemia por COVID-19 y la emergencia sanitaria decretada en consecuencia, lo que ha generado que una gran cantidad de empresas tengan que cerrar sus instalaciones por falta de recursos económicos para subsistir, con la consecuente ola de despidos en el país que esto trajo consigo. Como menciona Gonzalo, Gorjón y Sánchez, sumándole una crisis judicial que lo que genera es un creciente descontento con la justicia ordinaria.

Según Pullupaxi, los conflictos laborales se pueden dividir basados en dos criterios:

1.14.1 Por los sujetos que intervienen en el conflicto

Los conflictos laborales pueden suscitarse: “a) entre trabajadores y patronos, b) entre trabajadores y c) entre patronos” (Dávalos 2000) (citado por Conciencia Digital, 2020). Sin embargo, para efectos de la presente investigación jurídica los conflictos relevantes son aquéllos que se presentan entre empleador y trabajador, con motivo de la terminación unilateral de la relación laboral.

1.14.2 Por el interés que está en debate

Según la doctrina ecuatoriana existen dos intereses jurídicos en debate dentro de un conflicto laboral, el primero se refiere a los conflictos individuales y el segundo a los conflictos colectivos. Un conflicto laboral individual puede darse entre un empleado y su empleador. De igual forma se considera individual el conflicto entre un número de empleados y su empleador, siempre que los empleados actúen en la búsqueda de satisfacer intereses individuales. El conflicto laboral colectivo se establece entre un número de empleados que actúan de conjunto en frente a su empleador. Surge a partir del antagonismo de intereses colectivos y puede interrumpir inclusive el desarrollo normal de las actividades (Trujillo Tovar, 2016, p. 10). Por

corresponder al campo que abarca esta investigación, se hará referencia únicamente al conflicto individual.

1.15. Conflictos individuales y su clasificación

La OIT (2013) menciona que un conflicto individual “tiene lugar entre un empleado y su empleador. También se considera como individual el conflicto entre un número de empleados y su empleador, siempre que los empleados actúen de forma individual y no como grupo” (p. 19).

La clasificación de conflictos individuales sobre la cual se centrará la presente investigación jurídica será la referente a la terminación unilateral de la relación laboral por parte del empleador, por lo cual se examinará la institución del visto bueno y la del despido intempestivo.

1.15.1. El visto bueno

Dentro de la legislación internacional, para dar por concluida una relación laboral se necesita cumplir con varios procedimientos previos, como menciona Trujillo (2008), en Alemania, para tener por finalizado un contrato se procede inicialmente a una consulta al Consejo de Empresas; por otro lado, en España se realiza una carta de despido, en Venezuela se realiza una notificación escrita en la cual se establece el hecho por el cual se dio la terminación del contrato y de igual manera, en Argentina se realiza un aviso escrito. En el sistema jurídico ecuatoriano, el procedimiento previo es el trámite de visto bueno.

La Cámara de Comercio de Quito (s.f.) considera que el visto bueno es una herramienta jurídica para que la autoridad competente autorice al solicitante dar por finalizado un contrato de trabajo.

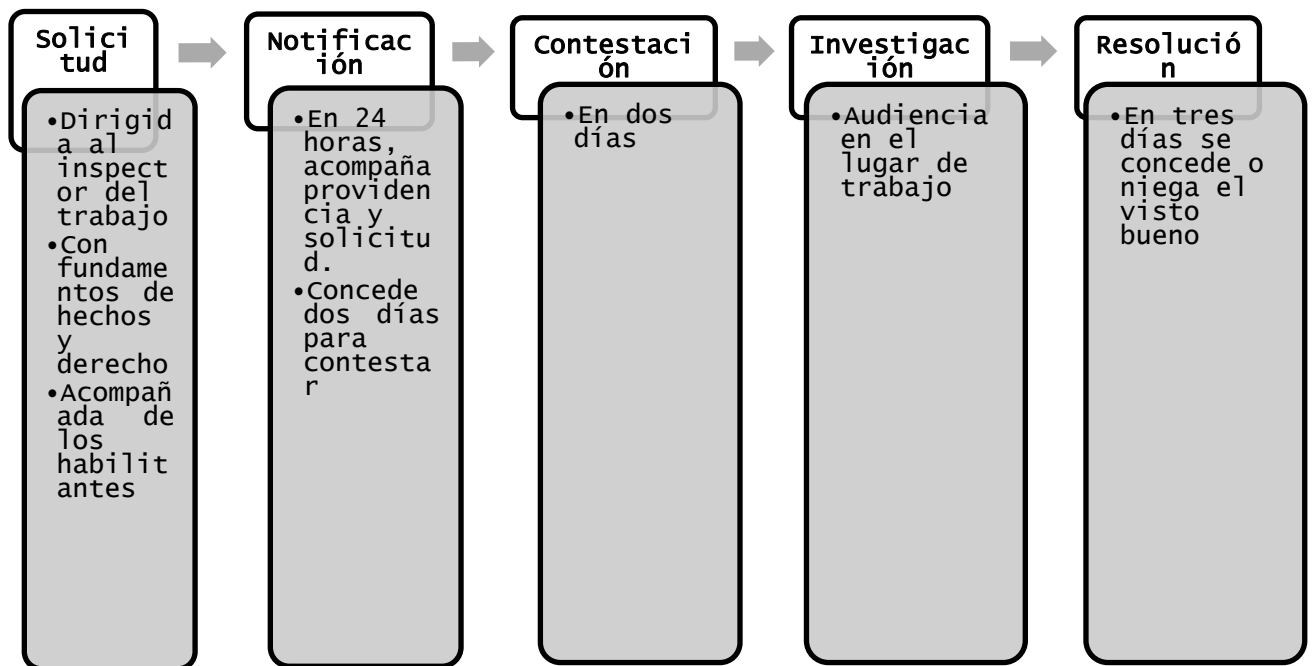
El visto bueno puede ser solicitado por el empleador y de igual manera por el trabajador; Monesterolo (2018) establece que el visto bueno es “la resolución del inspector del trabajo que

califica de legal(es) la(s) causal(es) invocada(s) por el peticionario (trabajador o empleador) para dar por terminada la relación laboral” (p. 166).

En el Ecuador, el procedimiento y tramitación de la solicitud de visto bueno es el siguiente:

Cuadro 3

Trámite de visto bueno



Elaborado por: Graciela Monesterolo, 2018, p. 167

Es necesario mencionar que, dentro del Código de Trabajo no se regula de forma completa el trámite de la solicitud de visto bueno; ante las dudas e incertidumbre que esto generaba, el Ministerio de Relaciones Laborales emitió primeramente el Acuerdo Ministerial No. MDT-2021-189 y, ante serias inconsistencias, vacíos y normas inconstitucionales, el mismo año 2021, en el mes de agosto, expide el Acuerdo Ministerial N.º MDT-2021-219, en donde se regula lo relativo a la forma y requisitos que deben observarse para tramitar la solicitud de visto bueno.

Según Trujillo (2008) y de acuerdo con el numeral 5 del artículo 545 del Código del Trabajo “el funcionario competente para conocer y otorgar o negar el visto bueno es el inspector de la provincia en donde se encuentre instalado el centro de trabajo y se haya desenvuelto la relación laboral” (p. 167).

Dentro de la jurisprudencia laboral, acorde con los artículos 183 y 589 del Código del Trabajo, se considera que la resolución del visto bueno emitida por el Inspector de Trabajo tiene el valor de informe no vinculante y será potestad de los administradores de justicia considerar si existe o no el despido intempestivo, sobre la base de los fundamentos de hecho y de derecho que se presenten. La Corte Suprema de Justicia ha establecido como criterio jurisprudencial:

(...) en los casos en que el Juez de Trabajo desechare en su fallo el visto bueno concedido por el inspector del ramo, es procedente el pago de indemnizaciones por despido o abandono, según el caso, a favor de quien las hubiere reclamado, previa impugnación de lo resuelto por el funcionario administrativo de trabajo; han procedido conforme a dicha resolución, criterio jurídico que hemos ratificado en nuestro fallo. (Corte Suprema de Justicia, 1990) (citado por Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia no. 020-18-sef-cc, 1990, p. 4)

1.15.2. Despido Intempestivo

Como menciona Monesterolo (2018), Hernández (2015) en su tesis considera que el despido intempestivo es:

Una forma de dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente de parte del patrono. Un contrato de trabajo debe y tiene que ser respetado por las partes que lo celebraron, no puede el mero capricho de una de ellas romper la relación laboral existente, nacida precisamente de dicho contrato y darlo en consecuencia por terminado el mismo. (p. 29)

La Cámara de Comercio de Quito (2013) define al despido intempestivo de la siguiente manera:

Un acto unilateral e inmotivado expresado mediante actos externos y que refleja la voluntad del patrono, de dar por terminado el contrato. El trabajador es separado sin justa causa, o habiéndola, no se observa el procedimiento establecido por la Ley para dar por terminada la relación laboral, tal es el caso del empleador que no obtiene el visto bueno. (s.p.)

Como conclusión el despido intempestivo es el acto por el cual el empleador termina la relación laboral, como menciona Monesterolo (2018) “no se trata simplemente de una

terminación sin causa, ya que sobradas razones podrían tener el empleador para dar por terminado el vínculo laboral en determinadas circunstancias o situaciones, como por ejemplo podría ser una violenta riña con su trabajador” (p. 170).

Dentro de la legislación ecuatoriana se sanciona al empleador que haya despedido sin justa causa a un trabajador y lo obliga al pago por los servicios prestados, según lo preceptuado en el artículo 188 del Código del Trabajo: “El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala” (Código del Trabajo, 2005, art. 188).

Es necesario puntualizar que el artículo 169 del Código de Trabajo prevé las formas en que puede darse por terminada la relación laboral, remitiéndose en su numeral 7, al artículo 172 del mismo cuerpo normativo, el cual enumera las causas por las cuales el empleador puede dar por terminada la relación laboral, previo visto bueno; es decir, a pesar de que se configure una o varias de las causales establecidas en el artículo 172, pero no existiere como antecedente una solicitud de visto bueno concedida por el Inspector de Trabajo, se considera que se ha configurado el despido intempestivo, siendo que la terminación de la relación laboral es “ilegal, arbitraria, unilateral” (Monesterolo, 2018, p. 171), ya que afecta directamente al principio de estabilidad laboral consagrado en la Constitución de la República.

La indemnización no tiene como único objetivo reparar el daño causado y permitirle al trabajador cesante contar con determinados recursos para su sustento y el de su familia mientras consigue una nueva fuente de ingresos; sino que también lo que busca el legislador es evitar que el empleador utilice la figura jurídica del despido intempestivo, a través de una cuantiosa indemnización, con el fin de persuadirlo. (Monesterolo, 2005, p. 171)

Dentro de la legislación colombiana, la figura jurídica del despido intempestivo es regulada de la siguiente manera:

Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de

perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente. En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización. (Código Sustantivo del Trabajo, 1951 art. 64)

Como señala Calderón y Vélez (2016), la figura jurídica de despido intempestivo dentro de la legislación peruana es el despido injustificado, el cual se encuentra regulado de la siguiente manera:

Indemnización por despido injustificado La indemnización por despido injustificado, si el trabajador opta por esta, es equivalente:

- a) a cuarenta y cinco (45) días de remuneración ordinaria por cada año completo de servicios, con un mínimo de noventa (90) días, hasta un máximo de ocho (8) años;
- b) a treinta (30) días de remuneración ordinaria por cada año adicional hasta un máximo de ocho (8) años;
- y c) a quince (15) días por cada año adicional hasta un máximo de ocho (8) años. (Ley General del Trabajo, 2006, art. 167)

1|.16. La mediación en conflictos laborales individuales frente al principio de irrenunciabilidad

El principio de irrenunciabilidad es un principio central para la salvaguarda de los trabajadores, siendo así uno de los principios más importantes del ámbito laboral, pues busca evitar condiciones de desigualdad entre el empleador y el trabajador, intentando proteger a la parte más débil en la relación laboral, el trabajador. Por lo cual, la siguiente investigación jurídica pretende obtener respuestas concretas sobre la siguiente pregunta: ¿Existe una afectación del principio constitucional de irrenunciabilidad aplicando la mediación para solucionar conflictos laborales individuales?

Durante nuestra investigación se ha comprobado que el uso de la mediación no genera afectación de derechos laborales durante del proceso, pues contribuye a tener una resolución del conflicto mucho más ágil y en un lapso menor de tiempo, en relación con el proceso judicial, además contribuye a la descongestión de los sistemas de justicia. Constando inclusive regulado en la Constitución de Ecuador en su art. 190.

Es indispensable hablar de la descongestión de los tribunales de justicia cuando hablamos de mediación en el ámbito laboral, porque los sistemas de justicia tradicionales se encuentran colapsados y no cuentan con medios para soportar el volumen de casos que se presentan (Quiroga, 2006). Como se manifestó en los capítulos anteriores, los sistemas de justicia arrastran consigo una grave crisis, lo que generó que la sociedad civil busque nuevas alternativas para poder llegar a la solución de sus conflictos, al haber sido concebida la mediación para descongestionar los tribunales de justicia (Mera ,2016). De igual manera, se presentó como una forma para acceder a la justicia con un costo menor en comparación con un proceso judicial. Sin embargo, la mediación a pesar de presentarse como una alternativa para descongestionar la carga de los tribunales de justicia, ¿cumple con el principio constitucional de irrenunciabilidad de derechos?

En el Ecuador, una ola de despidos en el año 2020, provocada por la pandemia de COVID-19, afectó drásticamente los derechos de los trabajadores; se observó un incremento notable de los conflictos laborales, de los despidos y una notable ruptura de la estabilidad del trabajador. Como señala el diario El País (2020):

El número de reclamos ante el Ministerio del Trabajo por despidos a trabajadores sin pagar indemnizaciones se han disparado durante la emergencia sanitaria por el coronavirus. La emergencia sanitaria sigue afectando la estabilidad laboral. Las denuncias por despidos intempestivos crecieron un 72% en abril, al pasar de 1.239 a 2.134, según el Ministerio de Trabajo. (s.p.)

Barona (2014) considera que la mejor solución para las controversias laborales es aquella en la cual se procura acuerdo entre las partes del conflicto, lo que a su vez favorece el cumplimiento voluntario del mismo. En el campo del Derecho Laboral, la aplicación de la mediación puede generar varios beneficios entendiendo que la relación patrono y trabajador es una relación jurídica sensible y diferente a los vínculos jurídicos nacidos que corresponden a otras áreas del Derecho; efectivamente, en muchos de los casos laborales se generan vínculos más allá de los puramente jurídicos, entendiendo que las dos partes tienen obligaciones y

prohibiciones mutuas impuestas por la ley y a pesar de esto, en muchas ocasiones se generan incluso vínculos privados o afectivos dentro de las relaciones laborales, por lo cual, los conflictos laborales siempre vienen acompañados con cargas adicionales, afectivas, psicológicas y sociales que significan mayor desgaste el momento de solventarlas.

La mediación, de acuerdo a los hallazgos obtenidos en este trabajo presenta varias ventajas, pues se evita el desgaste emocional entre las partes, beneficia económicamente a las partes y otorga agilidad al proceso. Sin embargo, es necesario destacar que el proceso de la mediación laboral debe ser desarrollado por una persona neutra y capacitada en el entorno del Derecho Laboral, la cual pueda hacer efectivo los derechos del trabajador, reconociendo que el trabajador es la parte más endeble de la relación laboral y, por ende, se debe dar una protección mayor, es por eso que la Constitución reconoce el derecho a la irrenunciabilidad.

Es oportuno mencionar que la aplicación de la mediación en el ámbito laboral, en un inicio fue concebida para resolver conflictos colectivos, no obstante, de forma progresiva se han ido sentando las bases a fin de contar con la posibilidad de adoptar mecanismos para la resolución de conflictos de carácter individual (Álvarez, 2015 p. 22)

Sin embargo, cabe plantear la siguiente pregunta: ¿Qué se puede llegar a mediar en el Derecho Laboral, específicamente, en los conflictos individuales para no afectar el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales?

El art. 190 de la Constitución del Ecuador reconoce la aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos, procedimientos que serán aplicados en materias las cuales por su naturaleza se permita transigir. Como lo reconoce la Ley de Arbitraje y Mediación, en el art. 43, se puede mediar únicamente sobre materias transigibles; en el mismo sentido. No obstante, dentro del ámbito laboral, como lo señala la Secretaria del Trabajo y Previsión Social (2020), la relación laboral, al ser una relación en la cual prevalece una notable situación de desigualdad, se establece que hay determinados derechos que no pueden ser objeto

de renuncia por el trabajador dada su naturaleza, tales como el salario mínimo, la jornada de trabajo establecida, vacaciones, remuneraciones, pago de décimo tercera y cuarta remuneración, utilidades y fondos de reserva en los casos en que corresponda. (Mejía, 2009, p. 4)

Sobre esta base, la irrenunciabilidad de los derechos constituye un principio universalmente generalizado, tanto que la renuncia se valora como una excepción, la cual solo se admite en aquellos casos que la ley así lo determine (Mejía, 2009, p. 5). La secretaria del Trabajo y Previsión Social (2020) considera que, aunque el trabajador exprese su decisión de renunciar a sus derechos, estos derechos no podrán ser renunciados.

En ese sentido, los mediadores únicamente podrán ejercer su función respetando y reconociendo que el trabajador cuenta con un listado de derechos los cuales están reconocidos por la Constitución del Ecuador y por el Código de Trabajo como irrenunciables

Sin embargo, se puede mediar sobre la base de expectativas, entendiéndose éstas como aquello que no genera derechos, salvo que exista el reconocimiento de las partes o mediante declaración judicial.

Por lo cual, se considera que, como lo señala Monesterolo (2008), se podrá transigir en materia laboral siempre que la transacción de derechos se refiera a derechos objeto de litigio y debe ser realizada ante la autoridad competente (p.19).

En consecuencia, las partes del conflicto podrán acudir a un Centro de Mediación o ante un mediador certificado por el Consejo de la Judicatura, con el objetivo de resolver sus controversias laborales.

Se llega a la conclusión que, únicamente se podrá mediar en asuntos en que la ley otorgue la posibilidad a las partes para abogar en busca de una solución (Bartolomé, 2018, p. 17), como es el caso de la mediación laboral, en donde únicamente se podrá mediar sobre meras

expectativas, las cuales el mediador acreditado por el Consejo de la Judicatura deberá saberlas distinguir frente a los derechos laborales.

Sin embargo, como se ha señalado durante el desarrollo de la presente investigación jurídica la mediación laboral busca promover la resolución de conflictos entre las partes, con la ayuda de un tercero neutro, el cual ayuda a facilitar la comunicación entre las partes, para dirigirlos hacia la resolución de su conflicto. En el caso que se logre resolver el conflicto laboral, se suscribirá el acta de mediación, la cual podrá contener un acuerdo total o parcial.

De esta manera, el acta de mediación produce efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y por ende y se ejecución se realiza del mismo modo que las sentencias de última instancia (LAM, 2006, art. 47). De igual manera, como lo señala la sentencia del proceso No. 09359-2018- 01824 del 11 de junio del año 2019, la Unidad Judicial de Trabajo con Sede en el Cantón Guayaquil, en la cual "... el Juez ratificó y reconoció la validez del acta de mediación suscrita entre las partes y sus efectos de cosa juzgada, conforme a lo dispuesto por imperio legal" (Faggioli y Matos, 2020, p. 107). Sin embargo, si existe dentro de un acta de mediación total o parcial una vulneración de derechos o no se apega el acta a la legislación vigente, se podrá solicitar su nulidad, para dejar sin efecto la misma, por no cumplir con la normativa legal y vulnerar derechos de las partes.

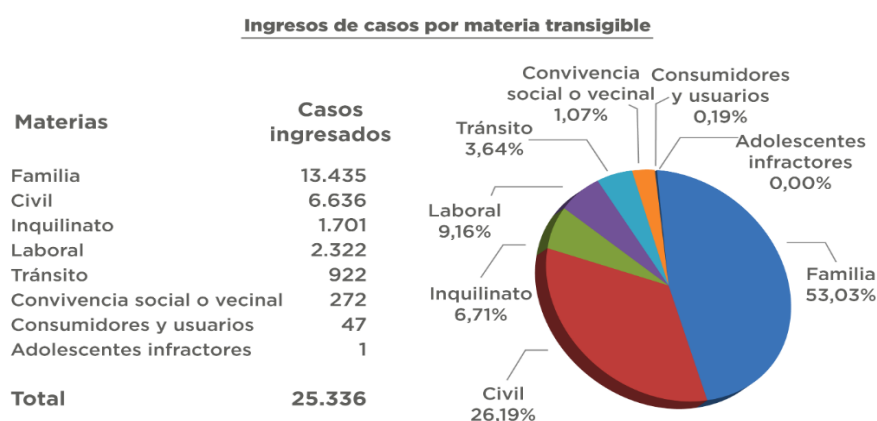
No obstante, a lo expuesto anteriormente, haciendo un análisis comparativo, el Tribunal Constitucional de Bolivia puso en claro que la nulidad procesal es un instrumento de última ratio, por ende, su aplicación se reduce a los casos en que se determine una falta en la que no es posible la subsanación, o ante la vulneración de alguno de los principios del debido proceso. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, s.f., s.p.)

Esto tiene como resultado que, en los casos de renuncia de derechos en la práctica de la mediación, no puede darse un ceder - ceder a efectos de llegar a una mediación que al final va a perjudicar a los derechos del trabajador. Lo que se busca con la mediación es que las dos

partes tanto empleador como trabajador puedan llegar a un acuerdo, siempre respetando y reconociendo los derechos del trabajador.

A pesar de ser la mediación una alternativa atractiva para la resolución de conflictos en el ámbito laboral, el número de proceso de mediación laboral que se han llevado durante el año 2020 resulta bastante reducido, como se puede apreciar con la siguiente gráfica de la Gestión del Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial:

Gráfico 1



Elaborado por: Consejo de la Judicatura, año 2020

Esta gráfica evidencia que en el ámbito laboral únicamente existen 2.322 casos ingresados, resultando un porcentaje del 9,16%, lo cual significa que la mediación en el ámbito laboral tiene poca acogida, siendo la principal causa de esto que se la relaciona con renuncia de derechos laborales. Sin embargo, la realidad es otra si se toma en cuenta que la Constitución, con el ánimo de velar por la parte más vulnerable de la relación laboral, reconoció la irrenunciabilidad de derechos laborales. De igual manera, se considera que en el ámbito laboral se aplica en un mayor porcentaje la conciliación dirigida por el Juez de lo Laboral en la fase procesal respectiva y se resuelve un 45% de los conflictos laborales en ésta.

Es interesante analizar la reforma legislativa argentina de la ley 26 589, implementada con el objetivo de promover una cultura de paz, la misma que exige a las partes acudir a un Centro de Mediación, para resolver sus controversias, sin embargo, no estuvo exenta de discusiones, una de ellas se basa en el principio recto de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos y considera que la voluntariedad debe regir desde la intención que tienen las partes para recurrir a la mediación; sin embargo, otro sector de la doctrina argentina considera que la voluntariedad debe ir guiada a la intención mutua de las partes de resolver el conflicto, mas no a la de acudir a un proceso de mediación. Independientemente de los criterios, lo cierto es que la mediación obligatoria en Argentina ha tenido gran acogida dentro del país.

Como menciona la Doctora Gabriela Marcello, directora nacional de Relaciones y Regulaciones del Trabajo de Argentina, la mediación obligatoria ha sido una gran alternativa para evitar que llegue a la justicia ordinaria entre 35 y 40% de los casos, específicamente sobre despidos sin causa y, de igual manera, despidos de mutuo acuerdo. Sin embargo, más adelante se tratará a fondo este tema.

Cabe señalar que la Doctora Gabriela Marcello considera que la mediación obligatoria en Argentina, no afecta derechos laborales si no por el contrario, considera que el trabajador lo toma como una oportunidad de acceder de hecho a este mecanismo; señala que la justicia está colapsada y existe una represión de casos, lo que ha ocasionado que los juicios tarden muchos años en resolverse. Por tal motivo, concibe a la mediación y a la conciliación como una oportunidad para el trabajador de acceder a un nuevo trabajo más rápido, considerando la inestabilidad económica de ese país y que muchas veces, las empresas que están constituidas desaparecen repentinamente; de esta manera, el trabajador tiene la opción de resolver sus conflictos mediante un mecanismo que resulte satisfactorio para las dos partes. Sin embargo, en caso de que no exista ningún acuerdo, se podría acudir al sistema de justicia, una vez que se ha tenido la oportunidad de arreglar el conflicto mediante una etapa previa.

1.17. La mediación como medio alternativo contribuye a la descongestión del sistema judicial

La Corte Constitucional de Colombia considera que los MASC no deben ser considerados únicamente como un mecanismo para “descongestionar el sistema de justicia, si no también, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan” (C-893, 2001)

En este sentido, se reconoce que los MASC generan espacios con la sociedad civil, a través de su intervención en la toma de decisiones sobre sus propios conflictos, de esa forma, fortalece los sistemas de justicia en la medida que lleguen a los tribunales de justicas cuestiones que son de indiscutible trascendencia social, como señala la jurisprudencia colombiana. Que considera que constituyen espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional, que apoyan a evitar el aumento de conflictos en la sociedad y, por ende, al fortalecimiento del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a aquellos asuntos de verdadera trascendencia social. (Corte Constitucional Colombiana, C-893, 2001, p. 13)

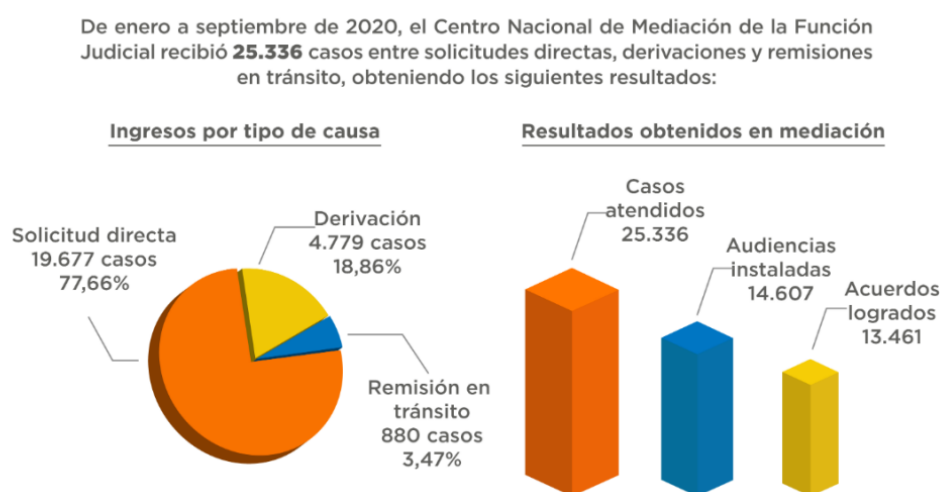
Garantizar la efectividad de la justicia no es solo una obligación del Estado, si no por el contrario, debe ser un trabajo mutuo con una sociedad civil organizada. Se puede llegar a la conclusión que muchas veces es la misma sociedad civil la que olvida que es capaz de resolver sus controversias por su cuenta a través del diálogo pacífico, sin necesidad de acudir a un sistema público de justicia y en observancia del principio de subsidiariedad.

A pesar de todas las ventajas que representa la mediación para colaborar con la efectiva vigencia de derecho a la tutela judicial efectiva, se presentan también algunos peligros el momento de aplicar modelos de justicia informal, como las discrepancias materiales entre las partes, que favorecen a los más poderosos; la existencia de una justicia comunitaria sancionatoria; la poca importancia otorgada a las demandas ciudadanas de cambio social; la

desactivación de los movimientos de organización comunitaria mediante la judicialización de la participación social y la legitimación de un aligeramiento de la carga de trabajo para la administración de justicia. (Corte Constitucional Colombiana, C-893, 2001, p.13)

Esto justifica el hecho de que se atribuya a los MASC el carácter de complementarios al sistema de justicia tradicional, sin embargo, durante los últimos años los MASC han tenido gran acogida por parte de la sociedad, ante la evidente crisis judicial.

Gráfico 2



Elaborado por: Consejo de la Judicatura año 2020

Practicando una conclusión preliminar sobre lo expuesto, se considera que la mediación puede ser una alternativa para disminuir la congestión del sistema de justicia en el Ecuador, siempre que al optar por estos métodos alternativos —como la mediación o la conciliación— no sea con el objetivo de evadir responsabilidades u obligaciones jurídicas, si no por el contrario, resolver el conflicto.

La falta o incorrecta difusión de los métodos alternativos, es lo que ha generado su poca acogida por parte de la sociedad civil; corroborando este argumento, el mediador de CEMEPA, Cristian Herrera, con 7 años de experiencia profesional en el campo, considera que la publicidad sobre la mediación por parte del Consejo de la Judicatura, la relaciona únicamente

con cuestiones de tipo rural o de alimentos, muy poca gente sabe que realmente es posible alcanzar un acuerdo, a través de la mediación en el ámbito laboral, concluye manifestando que si la publicidad fuera más clara y se explicara los temas que pueden ser resueltos a través de este método alternativo, entonces se incentivaría a la sociedad civil a resolver los conflictos mediante un sistema mucho más pacífico y que pueda hacer realidad el principio procesal de celeridad.

1.18. La aplicación de la mediación como medio-alternativa para reducir gastos judiciales

Indudablemente la mediación es una alternativa para la reducción de costas procesales, dentro del Código del Trabajo, se prevé el pago de las costas judiciales y honorarios de la defensa del trabajador que deberán ser cubiertos por el empleador en caso que la sentencia sea favorable, total o parcialmente, al trabajador, de acuerdo con el artículo 588 del Código del Trabajo, que dispone:

Sanciones por temeridad o mala fe. - En caso de que el juez o tribunal de la causa determine que todas o una de las partes procesales ha litigado con temeridad o mala fe, la o las sancionará con multa de cinco a veinte remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador en general. Las costas judiciales y los honorarios de la defensa del trabajador, serán de cuenta del empleador demandado, siempre y cuando la sentencia favorezca total o parcialmente al trabajador. (Código del trabajo 2005)

Esto, a diferencia de lo determinado por el Código Orgánico General de Procesos, en donde se establece que las costas atacan a la parte que actúe de forma maliciosa o temeraria dentro del proceso.

Costas. La persona que litigue de forma abusiva, maliciosa, temeraria o con deslealtad será condenada a pagar al Estado y su contraparte, cuando haya lugar, los gastos en que haya incurrido. La o el juzgador deberá calificar esta forma de litigar y determinar su pago en todas las sentencias y autos interlocutorios que pongan fin al proceso. El Estado no será condenado en costas, pero en su lugar podrá ser condenado a pagarlas quien ejerza su defensa. (COGEP, 2016, art. 284)

Sin embargo, durante las audiencias laborales el Juzgador debe supervisar del proceso, por lo cual, en caso de que concurra un comportamiento malicioso de alguna de las partes, ésta podrá ser objeto de las sanciones establecidas en el antes mencionado art. 284 del COGEP.

Al contrario, en el proceso de mediación, se eliminan y abaratan los costos del proceso, porque no existiría el pago de costas procesales, por ende, el proceso va a culminar con el acuerdo de las partes y solo se tendrá que pagar el porcentaje que establezca el respectivo Centro de Mediación, sin embargo, en ciertos casos, el Centro de Mediación del Consejo de la Judicatura "... establece la gratuidad de mediación como uno de sus principios fundamentales, con excepción de aquellas que tienen origen patrimonial e indemnizatorio" (Centro de Mediación del Consejo de la Judicatura , s.p., s.f.)

Materias sin costo

- Materia de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en asuntos de fijación de pensión alimenticia, tenencia, régimen de visitas, alimentos congruos y ayuda prenatal.
- *Laboral en asuntos de liquidaciones y jubilaciones patronales cuando sean solicitados por la trabajadora o trabajador.*
- Asuntos de convivencia social o vecinal. (Centro de Mediación del Consejo de la Judicatura, s.p., s.f., la negrilla me pertenece)

El Consejo de la Judicatura prevé la mediación gratuita en el ámbito laboral en asuntos de liquidaciones y jubilaciones patronales, si la solicitud ha sido presentada por el trabajador.

Sin embargo, en otros países como Argentina se aplican los mismos criterios para establecer el monto de los honorarios de la mediación con relación a un proceso judicial, lo cierto es que se reducen más costos porque considera que mantener un proceso judicial es mucho más oneroso para las partes, y de igual forma para el Estado, ya que dentro de un proceso intervienen en algunos casos peritos, los cuales presenta un costo adicional. En la mediación, se reduce en mucho el precio que deben invertir las partes dentro de un proceso judicial.

1.19. Legislación comparada

En esta sección se efectuará un análisis de legislación comparada sobre la aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos, en especial la conciliación y mediación en el ámbito laboral; en Colombia y Argentina, tomándose como referente para este propósito, al pertenecer tanto Ecuador como Colombia a la Comunidad Andina; la legislación argentina, por su parte, merece especial atención por ser uno de los primeros países latinoamericanos en reconocer la mediación obligatoria y ser un precedente para la legislación Mexicana y de El Salvador:

Una delegación de la Secretaría del Trabajo y Previsión (STPS) México visitó Argentina para aprender sobre el Servicio de Conciliación Laboral-Obligatoria (SECCLO) con miras a identificar acciones que México pueda tomar para agilizar su proceso de justicia laboral e implementar un servicio de conciliación obligatoria en materia laboral. A través de diferentes ponencias y presentaciones, Argentina presentó su modelo de conciliación obligatoria, que es un paso que debe agotarse para poder iniciar la etapa de arbitraje. Al concluir la visita, la delegación de México expresó el interés de crear una entidad distinta al Órgano Judicial dentro de la secretaria de Trabajo y Previsión Social que pueda facilitar un proceso de conciliación laboral como lo tiene Argentina. En términos concretos, México está evaluando la posibilidad de contar con una cantidad mínima de 100 conciliadores por cada 5 millones de habitantes para llevar a cabo hasta 5 audiencias diarias. Esta instancia debe ser obligatoria y no se podrá pasar a arbitraje hasta que se pase por ello. También se recomendó que se utilice una herramienta tecnológica para poder dar seguimiento en cualquier etapa del arbitraje. (OEA, 2014, s.p.)

Del 11 al 15 de noviembre, expertos del Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria (SECCLO), del Ministerio de Producción y Trabajo de Argentina, acudieron al Ministerio de Trabajo y Previsión Social de El Salvador para brindar asesoría técnica en materia de resolución de conflictos laborales individuales y colectivos y sus procedimientos de mediación y negociación. Durante 5 días, los(as) expertos argentinos(as) brindaron jornadas de capacitación no sólo sobre el funcionamiento del SECCLO y sus servicios de mediación y conciliación, sino también de la forma en la que este trabajo es impactado por el futuro del trabajo y la economía de las plataformas. De igual forma, dieron entrenamiento en materia de las competencias que debe tener un conciliador, así como su rol, designación, y retribución. (OEA, 2019, s.p.)

1.19.1. La conciliación como requisito de procedibilidad en la legislación colombiana

La legislación colombiana ha tenido una interesante evolución sobre la regulación de la conciliación como requisito de procedibilidad en asuntos laborales, en el art. 68 de la Ley 446 de 1998 se reguló por primera vez la conciliación como requisito de procedibilidad. Se establecía que la conciliación podría realizarse tanto ante una autoridad administrativa como ante un Centro de Conciliación, con el objetivo de descongestionar la justicia de los tribunales colombianos. (Ley 446,1998, art. 82)

De igual manera el requisito de procedibilidad se consideraba constitucional, siempre que cumpliera con determinados requisitos. Tales como: que contara con los medios materiales y personales suficientes para atender las peticiones de conciliación presentadas por los interesados en dar terminación a conflicto de trabajo. Especificar concretamente cuáles las discrepancias a ser conciliadas, y cuáles por exención natural no permiten el trámite de la conciliación. La definición en los conflictos que involucrasen a la Nación, entidades públicas descentralizadas o instituciones o entidades de derecho social, si además del agotamiento de la vía gubernativa se debe agotar la conciliación, o si ésta sustituye el procedimiento no relativo a dicho agotamiento. Establecer la interrupción de la acción de prescripción ante la petición de conciliación. Determinando un tiempo preciso para efectuar la conciliación, y una vez transcurrido el mismo las partes tienen libertad para acceder a la jurisdicción laboral. (Corte Constitucional, s.f., s.p.)

Sin embargo, el art. 68 de la ley 446 de 1998 fue declarado como inexecutable por la Corte Constitucional dentro de la sentencia C-160 de 1999, en la cual se consideró la falta de certeza para los operadores jurídicos sobre los asuntos excluidos de la conciliación prejudicial, las incompatibilidades entre la vía gubernativa y conciliación. Así como la interrupción o no de la prescripción por la presentación de la petición de conciliación, todo lo cual podía generar la aplicación de diferentes criterios entorpeciendo la labor de los conciliadores y afectando las garantías del acceso a la justicia. Dicha declaración estuvo condicionada por la ausencia de mecanismos operativos requeridos para su realización práctica, además de que sus prescripciones normativas no contenían los elementos mínimos requeridos para garantizar de manera real y efectiva el principio constitucional de acceso a la justicia. No obstante, no se plantearon inconvenientes para la posterior regulación de la conciliación laboral prejudicial, puesto que por sí misma no se consideró como inconstitucional. (Corte Constitucional, s.f., s.p.)

El motivo principal para declarar la inexecutable del art. 48 de la Ley 446 de 1998 se fundamentó en la falta de regulación completa, requerida para garantizar de manera real y efectiva el principio constitucional de acceso a la justicia.

Sin embargo, Peña considera que declarar la inexecutable del art.48 de la Ley 446 de 1998 fue muy acertado por parte de la Corte Constitucional, argumentando que si se pretendía regular la procedibilidad de la conciliación se tenía que cumplir con los requisitos establecidos, en este caso equilibrio entre la oferta y demanda, definir los casos en los que se puede realizar, descartar la vía gubernamental y suspender la caducidad de la acción. Señalando además la excepción de los conflictos relacionados con títulos ejecutivos laborales y de fuero sindical de acuerdo a su naturaleza, este particular, aunque no se dispone en la ley fue esclarecido por la Corte Constitucional. (Peña, s.f., s.p.)

Posterior a declarar la inexecutable, dentro de la Ley 640 del 2001, se reconoce en su art. 35, la viabilidad de conciliar en el ámbito laboral; sin embargo, el art. 35 de la Ley 640 del 2001 fue derogado por la sentencia C-893 del 2001, al considerar que no cumple con el principio de voluntariedad de las partes y de igual manera, considerando que esto significa una vulneración de la libertad de adherirse a la administración de justicia (Peña, s.f., s.p.)

Sin embargo, como se ha mencionado dentro de la presente investigación el principio de voluntariedad debe estar guiado a la libre disposición de las partes de llegar a un acuerdo, y no debe estar guiado a la voluntad de las partes de acudir a un centro de mediación o ante un mediador acreditado.

Actualmente, la legislación colombiana únicamente reconoce la posibilidad de conciliar de forma prejudicial, pero se le ha quitado el requisito de procedibilidad.

1.19.2. La conciliación obligatoria laboral en la legislación argentina

La mediación obligatoria en la legislación argentina se encuentra reconocida desde el año 1995; en este sentido, se exige acudir a una etapa de mediación previa para poder acceder

al órgano jurisdiccional. Está instituido el carácter ineludible la mediación precedente a todo juicio, se promueve la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial del conflicto. No obstante, las partes no tienen que cumplir este trámite si acreditan que antes del inicio de la causa, consta en acta la negociación ante mediadores correspondientemente registrados por el Ministerio de Justicia. (Ley 24.573, 1995, art. 1)

Como menciona Lamm (2012), la aplicación de la mediación obligatoria tuvo muchas críticas ya que se consideraba como una fuente de dilaciones, valías y riesgosa para los ingresos. Sin embargo, después de 16 años de la aplicación de esta figura, se ha concluido que es un instrumento que mejora los tiempos, economiza dinero y mayor satisfacción a las partes en disputa.

La obligatoriedad de la mediación está constituida como un mecanismo que intenta cambiar el modelo de educación legal de Argentina. Mediante éste se busca que la ciudadanía deje de lado la cultura confrontativa para darle paso a la cultura de paz, Romero (2006), así también, que la sociedad civil cambie la concepción negativa que tiene sobre el conflicto. Por lo cual, con el ánimo de fomentar esta cultura de paz desde el sistema educativo, el Ministerio de Educación Argentino ha creado programas para solucionar los conflictos que se presentan en las instituciones docentes (Salas, 2015, p. 59)

Sin embargo, la ley 24.573 determina excepciones al art. 1 antes citado. La mediación obligatoria no será aplicable para las siguientes causas:

1. — Causas penales.
2. — Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador.
3. — Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación.
4. — Causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte.
5. — Amparo, hábeas corpus e interdictos.
6. — Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación.
7. — Diligencias preliminares y prueba anticipada.
8. — Juicios sucesorios y voluntarios.
9. — Concursos preventivos y quiebras.

10. — Causas que tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo. (Ley 24.573, 1995, art. 2, la negrita me pertenece)

Precisamente, en las “causas que (se) tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo” no será aplicable la mediación obligatoria, pues éstas cuentan con un sistema propio de Conciliación Laboral Obligatoria que está dirigida por el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria (SECLO).

En el SECLO se dirimen todos los reclamos individuales y pluri individuales sobre conflictos de derecho de competencia de la Justicia Nacional del Trabajo (empresas radicadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o con domicilio fiscal en esta ciudad). Este organismo funciona en la órbita del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Ante un desacuerdo entre trabajador y empleador, el SECLO actúa como instancia de conciliación obligatoria previa al inicio de un juicio laboral. Mientras que, en caso de acuerdo entre las partes, el SECLO analiza lo actuado.

Ambos trámites se realizan de forma virtual. Son gratuitos para el trabajador y sus derechohabientes y de bajo costo para el empleador. (SECLO, s.f. s.p.)

En la provincia de Buenos Aires se exige la conciliación laboral obligatoria; esta reforma legislativa se encuentra vigente por 22 años y ha presentado resultados asombrosos, de acuerdo a la opinión de Prieto (2018): esta herramienta contribuye a descomprimir la judicialización del conflicto en la provincia de Buenos Aires. Afirma que en materia de despidos mediante el SECLO se resuelven el 45% de los conflictos, evitando los tiempos prolongados de la justicia que pueden llegar hasta entre tres y cinco años desde la interposición de la demanda hasta la emisión de la sentencia. (s.p.)

Es oportuno señalar por qué se escogió la conciliación sobre la mediación; la doctrina laboralista argentina —y conforme a lo expuesto en la presente investigación— considera que la conciliación cuenta con algo que la mediación no, y es su facultad de proponer soluciones, señalando que el poder judicial tornó obligatoria la conciliación laboral. (PNUD, s.f., s.p.)

Para culminar con este tema y sumándole otro punto de vista al análisis, resulta muy importante poner de manifiesto lo que menciona la doctrina española sobre la mediación:

La crisis del actual sistema judicial reclama una evolución hacia un cambio de paradigma legal que propicie la progresiva desjudicialización del conflicto en la que los sistemas multiproceso se presentan como la mejor alternativa para superar la cultura adversarial, en donde la mediación, debe formar parte de un sistema de justicia más integral. (Morán, 2015, p. 1)

CAPITULO II

METODOLOGÍA JURIDICA DE LA INVESTIGACIÓN APLICADA

2.1 Metodología de la investigación jurídica

La presente investigación jurídica abordará cuestiones doctrinarias, ya que será preciso para el avance de la investigación, indagar sobre el inicio y las características de los MASC en el ámbito laboral.

A continuación, se mostrarán los enfoques que se utilizaron para el estudio del tema planteado, los cuales son el cualitativo, explicativo y mixto, establecidos previamente en el marco teórico. Estos permitieron una valoración más amplia de la investigación jurídica y un estudio empírico sobre la misma

La disertación se realizará desde tres enfoques; el primer enfoque, el cualitativo, ya que en la presente tesis inicialmente empezaré por la recopilación doctrinaria jurídica de varios autores, tanto para temas de derecho laboral como para tema de los métodos alternativos de solución de conflictos; el segundo enfoque que utilizaré, es el enfoque explicativo, ya que en la tesis será necesario abordar una descripción de los principios de derecho laboral y de los MASC y de igual manera realizar un análisis sobre la viabilidad de la aplicación de los MASC en legislaciones extranjeras; y como tercer enfoque se utilizará, el enfoque mixto ya que en la investigación se dará una recomendación al sistema legislativo para evitar la dilatación en el sistema judicial con la aplicación obligatoria de los métodos alternativos en conflictos laborales.

2.2 Métodos

Para el desarrollo de esta investigación se utilizó el método deductivo, analizándose los principios laborales y los principios de las alternativas de solución de conflictos, llegando a la viabilidad de la aplicación de la conciliación y la mediación en controversias individuales.

De igual forma, se empleó el método sintético, pues fueron analizados los elementos del derecho laboral y de los MASC para determinar la viabilidad de la aplicación de éstos en conflictos individuales.

2.3 Técnicas e instrumentos

En la recopilación de datos y formulación de resultados se utilizó la técnica documental, mediante el análisis de libros, artículos de revistas, informes de la OIT, manuales de derecho laboral, manuales de aplicación de los MASC en el ámbito laboral. Documentos relacionados con la doctrina de derecho laboral y de los métodos alternativos de solución de conflictos, en los cuales sustenté mi hipótesis con relación a la viabilidad de la aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos individuales, como una alternativa viable para evitar la dilatación innecesaria de los procesos judiciales.

Además, se realizaron entrevistas a profesionales de la rama del derecho laboral, se efectuaron entrevistas semi-estructuradas con preguntas de forma abierta, para ello se consideró un muestreo intencional o de conveniencia.

CAPITULO III

RESULTADOS OBTENIDOS

3.1 Presentación de Resultados

A partir del marco teórico se realizó la racionalización de las variables para elaborar el instrumento de entrevista semi - estructurada para los expertos calificados. Los resultados obtenidos de las entrevistas apuntan a reforzar la discusión para poder arribar a un criterio jurídico sustentado el momento de concluir si el uso de la mediación en el derecho laboral genera o no afectación de derechos laborales, y si constituye una herramienta viable para aliviar el sistema de justicia y garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Una vez efectuado el examen de la aplicación de la metodología se pudo corroborar que de los especialistas entrevistados contribuyeron con sus criterios de forma valiosa a la presente investigación.

Además de forma complementaria se utilizará el método comparado con respecto a la legislación argentina y colombiana, con el objetivo de conocer sobre la práctica de la mediación obligatoria en el ámbito laboral en estos países.

Las siguientes entrevistas se realizaron a varios abogados que ejercen en el campo laboral, con más de 5 años de experiencia.

La Doctora María Gabriela Mera, abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, cuenta con 25 años de experiencia profesional, ha trabajado 12 años en la judicatura en el ámbito laboral, se ha desarrollado como jueza de la Corte Provincial desde 2012 hasta el año 2019, actualmente trabaja como con-jueza de la Corte Nacional de Justicia considera que posterior a la pandemia por COVID- 19, aumentó el volumen de litigios dentro del ámbito laboral, porque un gran porcentaje de trabajadores perdió su empleo y se vio en la necesidad

de acudir a los MASC, aun así, considera que actualmente es muy bajo el porcentaje de audiencias de mediación que se verifican.

El Doctor Juan Martin Morales, Juez de los tribunales de Argentina, considera que el tema de la descongestión de la justicia pasaría a un segundo orden, considera que lo primordial es que el trabajador que perdió sus ingresos logre adquirir más rápidamente un sustituto de su ingreso, y una cuestión de segundo orden es que se descongestione los tribunales de justicia, lo cual sería beneficioso para los trabajadores, porque, si se descongestionan los tribunales de justicia, se podría tramitar causas en un menor tiempo.

El profesor Juan Fernando Páez es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, cuenta con un diplomado en Contratación Pública y Modernización del Estado, Cuenta con 35 años de experiencia profesional. En tal sentido, al considerar su experiencia profesional mantiene un amplio conocimiento sobre la realidad de la mediación en el Ecuador y su aplicación. Por lo cual, será de gran aporte para la presente investigación jurídica.

Para la Doctora Gabriela Marcello, directora nacional de Relaciones y Regulaciones del Trabajo de Argentina, la mediación es un instrumento muy valioso para descongestionar los sistemas de justicia, para evitar problemas jurisdiccionales, pero también para países subdesarrollados como el nuestro que tiene un gran porcentaje de inestabilidad económica. Lo cual es una alternativa viable para el trabajador, resolver el conflicto y realizarlo de una manera rápida y económica a diferencia de la justicia tradicional.

La Doctora Graciela Monesterolo es profesora de la facultad de jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, cuenta con 33 años de experiencias profesional, considera que la mediación sí descongestiona los tribunales de justicia y genera una mayor conciencia y una cultura de paz y que no todo debe ser judicializado, al contrario las partes del conflicto deberían intentar resolver sus controversias de manera directa y cuando sea posible, mediante alguna alternativa ante la autoridad administrativa del trabajo. Lo cual no

solo sería una herramienta viable para descongestionar los sistemas de justicia, si no también se tendría para los participantes al acta de mediación una mayor satisfacción, porque las partes que arriben a un acuerdo justo y que beneficie a todos los participantes, será mucho más satisfactorio y mucho fácil de cumplir. A diferencia de un proceso ya que siempre hay quien gana o pierde, y en algunos casos las dos partes terminan perdiendo.

Ciertamente, la mediación es actualmente una alternativa para descongestionar el colapsado sistema de justicia, en tanto no se utilice como forma de evadir el cumplimiento de obligaciones. Según cifras del Centro de Mediación del Consejo de la Judicatura y de la Defensoría Pública del Ecuador, durante el año 2020 ingresaron 19.677 casos por solicitud directa, lo cual demuestra un indicio de comprobación de la hipótesis planteada en este proyecto investigativo.

Tanto la Doctora María Gabriela Mera, como el Doctor Juan Fernando Páez, concuerdan en que la mediación es una alternativa para la reducción de costas procesales. Es oportuno mencionar que, dentro del Código del Trabajo, se prevé el pago de las costas judiciales y honorarios de la defensa del trabajador que deberá ser cubierto por el empleador en caso que la sentencia sea favorable, total o parcialmente, al trabajador, de acuerdo con el artículo 588 del Código del Trabajo

Esto, a diferencia de lo determinado por el Código Orgánico General de Procesos, donde se dispone que las costas atacan a la parte que actúe de forma maliciosa o temeraria dentro del proceso.

Sin embargo, como menciona la Doctora María Gabriela Mera, Con-jueza de la Corte Nacional, durante las audiencias laborales la obligación del Juzgador es ser supervisor del proceso, por lo cual, en caso de que concurra un comportamiento malicioso de alguna de las

partes, ésta podrá ser objeto de las sanciones establecidas en el antes mencionado art. 284 del COGEP.

Al contrario, en este proceso, se eliminan y abaratan los costos del proceso, porque no existiría el pago de costas procesales, por ende, el proceso va a culminar con el acuerdo de las partes y solo se tendrá que pagar el porcentaje que establezca el respectivo Centro de Mediación, sin embargo, en ciertos casos, el Centro de Mediación del Consejo de la Judicatura “... establece la gratuidad de mediación como uno de sus principios fundamentales, con excepción de aquellas que tienen origen patrimonial e indemnizatorio” (Centro de Mediación del Consejo de la Judicatura , s.p., s.f.) El Consejo de la Judicatura prevé la mediación gratuita en el ámbito laboral en asuntos de liquidaciones y jubilaciones patronales, si la solicitud ha sido presentada por el trabajador.

Sin embargo, para el Doctor Juan Martin Morales, en Argentina se aplican los mismos criterios para establecer el valor de los honorarios de la mediación con relación a un proceso judicial, pues se reducen más costos porque considera que mantener un proceso judicial es mucho más oneroso para las partes, y de igual forma para el Estado, ya que en un proceso intervienen en algunos casos peritos, los cuales presenta un costo adicional. En la mediación, se reduce en mucho el precio que deben invertir las partes de un proceso judicial.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

1. La mediación, como Método Alternativo de Solución de Conflictos, es una herramienta muy efectiva no sólo en el ámbito jurídico, sino también social, al permitir que sea la misma sociedad la que resuelva sus conflictos a través del diálogo pacífico directo, considerando que el conflicto, al ser parte de la naturaleza humana, cuando es tratado de forma adecuada, lejos de ser pernicioso, constituye un verdadero mecanismo de crecimiento personal y social;
2. La mediación en el ámbito laboral es totalmente factible, en la medida en que se distinga con claridad entre meras expectativas y derechos adquiridos, observando los principios de irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos laborales;
3. En tanto se regule adecuadamente y de forma completa los requisitos, alcance y excepciones de la materia transigible en la relación laboral, la mediación obligatoria, como requisito de procedibilidad o de prejudicialidad, puede significar un alivio muy significativo a la pesada carga que soporta el sistema legal en el Ecuador;
4. Sea como exigencia, sea mediante el fomento a su acceso de forma voluntaria, la mediación laboral, si bien puede implicar un cierto peligro de desconocimiento de los derechos del trabajador, los beneficios superan con creces estos peligros, lo que permite concluir que este mecanismo es muy conveniente para obtener un efectivo acceso a la justicia, que garantice la celeridad y la validez de las resoluciones, sin desconocer los derechos del trabajador.
5. Hasta que se verifique una acogida real de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos por parte del conglomerado social, la mediación previa obligatoria en el caso de conflictos individuales de trabajo, puede servir como un incentivo para la sociedad de

recurrir a ésta de forma voluntaria, con lo cual, de forma progresiva y eventual, la obligatoriedad se volverá obsoleta, retomándose de forma absoluta el carácter voluntario de la mediación.

4.2 Recomendaciones

1. Resulta imperativo exigir a la Asamblea Nacional o al Ministerio del Trabajo que, en cumplimiento de sus deberes, regule de forma completa y adecuada la materia transigible en el ámbito laboral, para permitir el fomento de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos en estos temas;
2. En caso de no dar paso a este pedido, es recomendable una propuesta ciudadana que recoja los criterios del sector obrero, como del empresarial, para ejercer el derecho ciudadano de iniciativa popular normativa, para suplir los vacíos legales existentes en la actualidad sobre el tema de la mediación para el caso de conflictos individuales de trabajo;
3. Así mismo, es muy deseable emprender un proceso de diálogo conjunto con las Centrales de Trabajadores, Comité Empresarial Ecuatoriano, Colegios Profesionales de Abogados y Organizaciones Sociales relacionadas con la defensa de los derechos laborales, para actualizar y mejorar la publicidad que se le ha dado a la mediación en el ámbito laboral, con el fin de que se socialice de forma masiva al colectivo social y se fomente su acceso, especialmente para los temas de conflictos individuales de trabajo;

Referencias Bibliográficas

- Ariza Santamaría, R. (2007). *Estado del arte de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia*. Revista IUSTA, 1(26),58-73.[fecha de Consulta 5 de junio de 2022]. ISSN: 1900-0448. Disponible en:
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560358684003>
- Alba, J. (2016). *El principio de intangibilidad en los contratos colectivos de los trabajadores del sector público en el Ecuador*. Ambato, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador
- Baca, P. (2005). *Negociación Laboral*. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Barona, S. (2014). Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to Justice. Revista para el Análisis del Derecho. Recuperado de <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1092.pdf>
- Bartolomé, R. (2018). *La Mediación*. Recuperado de https://books.google.com.ec/books/about/La_mediaci%C3%B3n.html?id=_r0zyQEACAAJ&redir_esc=y
- Bonivento, J. (1991). *Los principales contratos civiles y comerciales*, Tomo II. Bogotá, Colombia: Ed. Librería del Profesional.
- Burgos, G. (2010). *Acceso a la justicia internacional: una lectura transversal del CIADI y el OSD de la OMC*. Revista IUSTA, 2(33),89-101.[fecha de Consulta 3 de junio de 2022]. ISSN: 1900-0448. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560358691006>
- Cabana, M. (2017). *De los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia: acerca de su alcance y desarrollo para su implementación en los municipios de post-*

- conflicto*. (Trabajo de Grado). Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10983/14606>
- Cabanellas, G. (1993). Diccionario jurídico elemental. España: Editorial Heliasta S.R.L.
- Calderón, E., Vélez, L. (2016). Despido intempestivo en Ecuador ¿influye en la inversión extranjera? . *Dialnet*, volumen 3, N.º 6, (p. 20 – 34)
- Castanedo, A. (2013). *Mediación. Globalización y cultura de paz en el siglo XXI*. Recuperado de <https://biblioteca.uazuay.edu.ec/buscar/item/76149>
- Cámara de Comercio de Quito. (s.f.). *Boletín Jurídico de visto bueno*. Quito, Ecuador: Cámara de Comercio de Quito.
- Celi, M. (2017). *Obligatoriedad de la mediación en conflictos laborales individuales en Ecuador*. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Chenás, M. (2021). *Problemas para la ejecución del acta de mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. (Tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8514/1/T3712-MDP-Chenas-Problemas.pdf>
- Codificación del Código Civil. (2005). R. O. N.º 684 Sup. II, 4-02-2016
- Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ.]. (2009). (artículo 130)
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). R. O. N.º 449 de 20-10-2008. Última reforma en R.O. N.º 377, Sup., 25-01-2021
- Constitución Política del Perú. (1993). (artículo 23)
- Codificación del Código de Trabajo. (2021). R. O. N.º 167, Sup., 16 de diciembre 2005. Última Reforma: Edición Constitucional del R. O. N.º 231, 04-XI-2021
- Código Orgánico General de Procesos. (22 de mayo de 2015). Registro Oficial Suplemento No 506, de 22 de mayo de 2015, última reforma 23 de febrero de 2021
- Código Sustantivo del Trabajo- Colombia (1951). (artículo 64).

Corte Suprema de Justicia. (1990). Sentencia no. 020-18-sef-cc.

Corte Constitucional del Ecuador (2013). Caso N.º 0010-13-TI, Sentencia N.º 017-17-Sep-CC.

Corte Nacional de Justicia (2012), Sala de lo Laboral y Social, N.- 543-2008.

Daqui, M. (2015). *El principio del in dubio pro operario y su incidencia en la fundamentación de la sentencia emitida por el juez provincial de trabajo de Chimborazo, en el período noviembre – diciembre 2014*. Riobamba, Ecuador: Universidad Nacional de Chimborazo.

De Villa, J., Marquéz M. (2013). Medios alternos de solución de conflictos. Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana I, México, Unam-Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer, 1587.

Galindo, Á. (2001). *Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador*. *Iuris Dictio*, 2(4). DOI: <https://doi.org/10.18272/iu.v2i4.561>

García, H. (2009). *Validez del arbitraje privado para la resolución de conflictos laborales individuales*. Quito, Ecuador: Universidad San Francisco de Quito.

Guerrón, S. (2001). *Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo y Flexibilidad Laboral en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.

Gorjón, F, Sánchez., (2011). *Los métodos alternos de solución de controversias como herramientas de paz y modernización de la justicia*. Recuperado de <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170690/33%20Teor%C3%ADa%20del%20conflicto%20y%20mecanismos%20de%20soluci%C3%B3n%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Hernández, Carmelo. (2015). *Mediación transnacional: una aproximación práctica en el ámbito de las relaciones privadas internacionales*. BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, (19),151-160.[fecha de Consulta 5 de junio de 2022].

ISSN: 1575-0825. Disponible en:

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=322142549010>

Herrera, A., Jhayya, A., (2006). *Diccionario de Derecho Laboral*. Quito, Ecuador:

Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ibarra, M., Vallejo, M., y Arias, I., (2020). Conflictos laborales en las empresas comerciales e industriales en el Ecuador. *Conciencia Digital*. 3(1.1), (pp. 78-102). DOI:

<https://doi.org/10.33262/concienciadigital.v3i1.1.1133>.

Ingenia, S.A. (2008). Resolución de Conflictos y Toma de Decisiones. Escuela de Administración Pública.

Maldonado, A. M., & Velásquez, G. G. (2008). La teoría del conflicto en la sociedad contemporánea. *Espacios públicos*, 11(21), 196-221.

Mera, B. & Celi, M. (2016). *Influencia de la mediación y arbitraje en la calidad de los procesos organizacionales en los docentes, directivos y estudiantes de nivel medio de básica de la Unidad Educativa Prof. Eduardo Flores Torres zona 8, distrito 3, provincia del Guayas, cantón Guayaquil, periodo lectivo 2015 - 2016*. (Tesis de Pregrado). Universidad de Guayaquil. Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias de la Educación. Recuperado a partir de <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/26626>

Ministerio del Trabajo, (2019), *Acuerdo Ministerial N.º MDT-2021-189, de 19 de mayo de 2021, mediante el cual se regula el procedimiento de visto bueno*

Ministerio del Trabajo, (2019), *Acuerdo Ministerial N.º MDT-2021-219, de 13 de agosto de 2021, mediante el cual se deroga el Acuerdo Ministerial MDT-2021-189 y se expide la norma técnica que regula el procedimiento de visto bueno*

Monesterolo, G. (2018). *Régimen jurídico laboral del sector privado*. Quito, Ecuador: Centro de publicaciones PUCE.

- Montoya, M. y Puerta, I. (2012). Universidad de Medellín. *La mediación familiar. El encuentro de las partes como apertura a la transformación**. 11(22), (pp. 97-114).
Recuperado de https://ebg.ec/wp-content/uploads/2020/10/7_EL-ENCUENTRO-DE-LAS-PARTES_18pp.pdf
- Moreno, X. (2013). *Estado, derecho y justicia - Consideraciones sobre el desahucio*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- La Rosa, J., Rivas, G. (2018). *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*, Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Ley General del Trabajo - Perú (2006). (artículo 167).
- Ley Federal del trabajo- México, (1970). (artículo 386).
- Ley Federal del trabajo- México, (1970). (artículo 33).
- Lillo, P. (2021). *Mediación virtual en Chile: contexto de pandemia y brecha digital en el siglo XXI en familias multiproblemáticas y desestructuradas*. (Tesis de máster). Universidad Politécnica de Valencia. Recuperado de <https://riunet.upv.es/handle/10251/174748>
- OIT, (s.f.). *Disposiciones sustantivas de la legislación del trabajo: Resolución de conflictos de trabajo*.
- Ortiz, J. (2011). Boletín del Ministerio de Justicia. *Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil*. Recuperado de https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/1661/fi_1318575740-ORTIZ%20PRADILLO%20principios%20informadores%20de%20la%20mediacion%20civil%202011.pdf?sequence=1
- Pullupaxi, P. (2014). *La mediación y los conflictos individuales de trabajo en la legislación ecuatoriana*. Quito, Ecuador: Universidad técnica de Ambato.
- Quiñónez, C. (2015). *Los principios de celeridad y economía procesal en los juicios por accidentes de trabajo y su incidencia en las sentencias emitidas por el juzgado oral de*

trabajo de Chimborazo durante el año 2013. Chimborazo, Ecuador: Universidad Nacional de Chimborazo

Quiroga, M. (2006). *Convenio y procedimiento arbitral en el ámbito asegurador, una propuesta de práctica aplicable a otros sectores*. Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados, ISSN 0034-9488, N.º. 125, 2006, págs. 83-104. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2029605>

Real Academia Española. (s.).

Redorta, J. (2009). Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos. *Revista de mediación ADR, análisis y resolución de conflictos*, 2(3), (p.28).

Romero, S. (2006). *Teoría del conflicto social*. Revista Social de las Américas, editorial Anteo Argentina.

Pacheco, L. (2015). *Los principios del derecho del trabajo*. Lima, Perú: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Procuraduría Agraria (s.f.). *Medios Alternos de Solución de Conflictos (MASC)*. México: Secretaría de Desarrollo Agrario Territorial y Urbano (SEDATU).

Proyecto de ley reformativa a la ley de arbitraje y mediación. Ecuador (2021). (artículo 2)

Sáez, R. & Merino Ortiz, C. (2010). *Principios éticos y código de conducta para personas y entidades mediadoras*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 0(33), 659-670.

DOI:<https://doi.org/10.14198/DOXA2010.33.34>

Salas-Cabrera, J. (2015). *PRINCIPIOS CONSTRUCTIVISTAS PARA LA ELABORACIÓN DE UNA MEDIACIÓN PEDAGÓGICA APLICADA A PACIENTES CON ENFERMEDAD CARDIOVASCULAR*. Revista Electrónica Calidad En La Educación Superior, 6(1), 59 - 75. <https://doi.org/10.22458/caes.v6i1.798>

- Salgado, H. (2014). *Introducción al Derecho*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social, (s.f.) *Manual de Conciliación Laboral*. México: Secretaría del Trabajo y Previsión Social.
- Silva, G. (2009). Teoría del conflicto. Un marco teórico necesario. Prolegómenos. Derechos y Valores [en línea]. 2008, XI (22), 29-43 [fecha de Consulta 16 de noviembre de 2021]. ISSN: 0121-182X. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602203>
- Thayer, Y, Novoa. (1987). *El contrato individual del trabajo*. Recuperado de <https://www.scribd.com/document/344018764/Thayer-y-Novoa-pdf>
- Treviño, F. (2019). *Medios Alternativos para la Solución de Controversias*. Documentos Técnicos en Megaproyectos.
- Torres Laborde, J. L. (2011). *Un enfoque alternativo a la Teoría Tradicional Del Conflicto*. Psicología Desde El Caribe, 45–62. Recuperado a partir de <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/psicologia/article/view/2418>
- Trujillo, C. T. (2008). *Derecho del Trabajo Tomo I*. Quito, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- UNAM (1980). *Conflicto Laboral*. DF, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Viana, M. (2013). *Características de la mediación escolar en España. estudio comparado entre comunidades autónomas*. 22, pp 377-394. Universidad de Valencia. Recuperado de http://institucional.us.es/revistas/cuestiones/22/art_17.pdf
- Vintimilla, P. (2021). *La mediación y el rol de los abogados*. (Tesis de Pregrado). Recuperado de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/11384>
- Zuckerman, A. (1999). *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198298335.001.0001>

Anexo 1

Entrevistas realizadas a especialistas.

CUESTIONARIO ENTREVISTAS- MEDIADORES

- 1. ¿Considera que la aplicación de la mediación genera una afectación de derechos laborales?**

- 2. Con base en su experiencia profesional, ¿estima que la mediación constituye una alternativa rápida y adecuada para la solución de conflictos laborales?**

- 3. ¿Constituye la mediación una alternativa para descongestionar los Tribunales de Justicia en el Ecuador? ¿Sí / No / Por Qué?**

- 4. ¿Estima que la mediación laboral es una alternativa adecuada para la reducción de “costas procesales”?**

- 5. Con el objetivo de conocer el tiempo que toma resolver un conflicto laboral a través de un proceso de mediación a comparación de la justicia ordinaria, ¿cuál**

es el estimado de duración de un proceso de mediación sobre la terminación unilateral de conflictos individuales?
