

La Mediación: un Reto en Constante Construcción

Mediation: a Challenge in its Works

Yajaira Andrade Torres ¹

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Fecha de recepción: 17 de octubre de 2021.

Fecha de aceptación: 18 de noviembre de 2021.

¹ Mgtr. Yajaira Andrade Torres, abogada, profesora en la Universidad Internacional SEK, Facultad Ciencias Sociales y Jurídicas (Quito- Guápulo), Directora en Centro de Mediación Valle de los Chillos ODR (Quito- Alangasí). E-mail: yajairaandrade@hotmail.com ORCID: 0000-0002-8186-4243.

CITACIÓN: Andrade Torres, Y. (2022). La Mediación: un Reto en Constante Construcción. Juees, 2 (1), 128-144.

Resumen

La pandemia trajo consigo cambios en la construcción social, en las familias y en las legislaciones de todos los países del mundo, incluyendo el nuestro, dando protagonismo a formas alternativas de solución de conflictos, entre los cuales encontramos la mediación. Esta enfrenta grandes retos, abriéndose paso en la sociedad, en busca de la restitución de la paz. En este artículo se analizarán los retos a los cuales se ha sometido la mediación en diferentes ámbitos como el tributario, penal y familiar, así como la forma en que actualmente puede llevarse a cabo, como es el caso de la mediación telemática. Abordaremos, sobre los acuerdos en el ámbito penal y las nuevas corrientes doctrinarias, que están evolucionando, y que evitan los tediosos procesos judiciales, que son lentos e implican un desgaste económico y emocional para aquellos que se encuentran en una situación de controversia. Demostrando que la mediación surge como una forma económica, ágil y eficaz en la resolución de los conflictos.

Palabras Clave:

Mediación telemática, mediación tributaria, mediación familiar, métodos alternativos de solución de conflictos, justicia restaurativa, acuerdos preconcursales.

Abstract

The pandemic brought changes in society, families and the legislation of all the countries, including ours, giving prominence to alternate forms of dispute resolution. As a result, mediation faces significant challenges, making its way into society in pursuit of the re-establishment of peace. This article will analyze the challenges to which mediation has been subjected in different areas such as tax, criminal and family, as well as how it can currently be carried out, as is the case of telematic mediation. Furthermore, with the expansion of accords in the field of criminal law and the new doctrinal streams that are evolving and pretend to avoid tedious judicial processes, which are slow and involve economic and emotional wear and suffering for those who find themselves in a situation of a dispute. Therefore, mediation emerges as an economical, agile and effective way of resolving disputes, which we will address in the preceding lines.

Keywords:

Online mediation, alternate dispute resolution methods, marital partnership liquidation, restorative justice, and pre-bankruptcy accords.

Introducción

El presente trabajo tiene como propósito abordar los principales retos que enfrentan actualmente la mediación frente a diferentes variables, tales como la pandemia, que han cambiado y potenciado a esta forma alternativa de solución de conflictos. El objetivo principal es identificar los principales retos de la mediación frente a nuevas estructuras jurídicas que han surgido en la legislación, y que cambian las concepciones de lo que es materia transigible como sucede, por ejemplo, en el caso de la mediación tributaria. Se invita a la reflexión, tomando en cuenta que el acuerdo entre las partes con la intervención de un tercero imparcial facilita el diálogo, y tendrá como consecuencia la persecución de la paz, lo que descongestiona el sistema judicial, que es tortuoso e implica un desgaste económico y emocional para las partes, incluso para los profesionales del derecho. A través de la mediación se logra una forma de solucionar los conflictos, en diferentes ámbitos, familiar, empresarial, tributario, e inclusive penal.

1. Antecedentes

La mediación nació en Estados Unidos en los años 70, principalmente en asuntos laborales, los buenos resultados propiciaron su expansión en Europa como en Latinoamérica. Surge ante la insatisfacción del sistema judicial y la búsqueda de soluciones anticipadas ante la posible existencia de un conflicto. En 1976 se llevó a cabo en Estados Unidos la “Conferencia nacional sobre las causas

de insatisfacción popular con la Justicia”, en la cual, el Juez Burger, en ese entonces presidente de la Corte Suprema de Justicia, expuso durante tres días, sobre la realización de la denominada anticipación sistemática de soluciones, a través de mecanismos flexibles, por ejemplo, para la reclamación de menores. El profesor Sander en esta conferencia indicó que, ante la complejidad de la sociedad moderna y sus relaciones, era necesario buscar un mecanismo para reducir la litigiosidad a través de mecanismos alternos de solución de conflictos, previniendo conflictos y así descongestionar el sistema judicial.²

En la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, se reconoció el arbitraje, la mediación y otros métodos alternativos para la resolución de conflictos. Este reconocimiento es replicado en la actual Constitución, en el artículo 190.³ La Ley de Arbitraje y Mediación entró en vigencia en el año 2006, en la cual se determina, en los artículos 43 y 44, que la mediación es un procedimiento de solución de conflictos, a través del cual las partes asistidas por un tercero neutral, procuran llegar a un acuerdo. Para que las partes puedan someterse a mediación la materia deberá ser transigible, y de carácter extrajudicial, definitivo y tiene por fin resolver un conflicto, esta puede ser solicitada a los centros de mediación o mediadores independientes que se

² SOLTETO, Helena y FANDIÑO, Marco, Manual de Mediación Civil, 2017, p.11.

³ Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008) (CRE).

encuentren debidamente autorizados.⁴

En el 2020, la mediación tuvo un gran protagonismo como consecuencia de la pandemia, lo que se puede evidenciar, con la expedición de nueva normativa dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, como la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario⁵ (en adelante LOAH), en la que se estableció que las deudas generadas en el período de la pandemia, podrán someterse a mediación, tema que será analizado en líneas posteriores. Es importante mencionar, que en el 2020 la mediación alcanzó mejores resultados que en anteriores años, según así lo ha reportado el Centro de Mediación de la Función Judicial.⁶

El confinamiento provocó el cierre de varias empresas lo que implicó una grave crisis económica. Los empresarios ante la falta de ingresos económicos tuvieron, en algunos casos, que dar por terminada las relaciones laborales, en otros, incluso se produjo el cierre de sus empresas. Los sectores más afectados fueron el de los servicios hoteleros, el sector florícola, los restaurantes, el transporte, bares, entre muchos otros. La economía en todo el mundo fue afectada ante el imprevisto de la pandemia y aún se sufre las consecuencias económicas, sociales y familiares.

El confinamiento, la crisis económica y la falta de empleo, también provocó que las relaciones familiares se vean afectadas. Por ello, los divorcios incrementaron, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, reportó que entre el año 2020 y 2021 los divorcios aumentaron en 54,4% al pasar de 14.568

⁴ Ley de Arbitraje y Mediación (Registro Oficial No. 417, 14 de diciembre 2006). Artículos 43 y 44.

⁵ Ley Orgánica de Apoyo Humanitario (Registro Oficial No. 229 el 22 de junio 2020).

⁶ CENTRO DE MEDIACIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Datos Estadísticos, 2022.

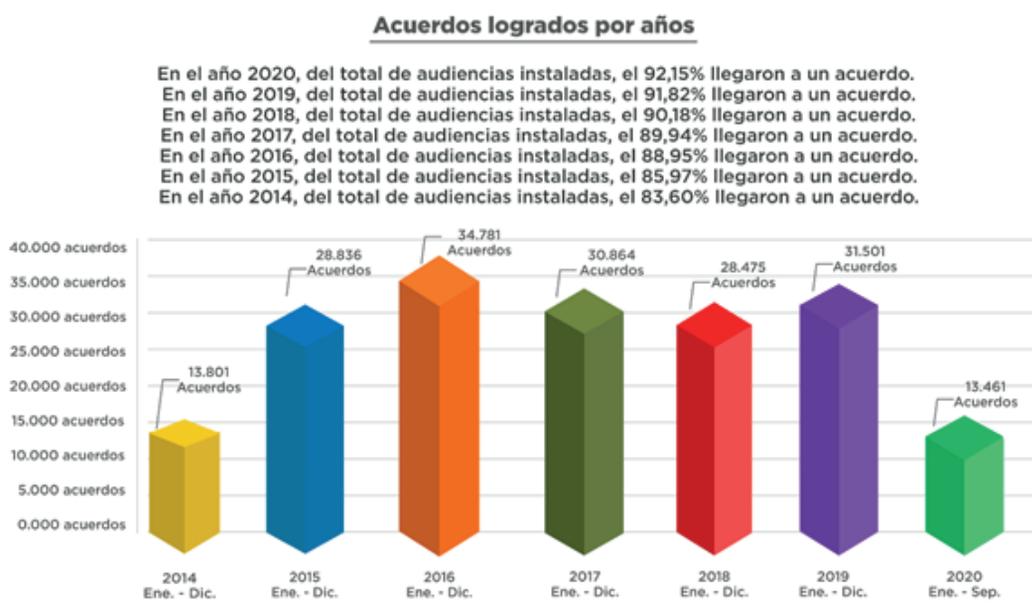


Figura 1. Datos Estadísticos, 2022.

Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2022).

a 22.488 casos.⁷ Por otro lado, el aumento de las muertes provocadas por el covid – 19 conllevó a situaciones jurídicas conflictivas, por ejemplo, los temas de derecho sucesorio, que son complejos, tanto jurídicamente como emocionalmente.

El derecho, al ser una construcción social, surge como respuesta a situaciones de hecho. Por lo cual, se creó una nueva normativa para enfrentar la crisis provocada por la pandemia y postpandemia, ante los conflictos derivados de esta, tal como lo manifestamos en líneas anteriores surgió la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, promulgada en el año 2020, y así también en el año 2021, se expidió la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID – 19,⁸ (en adelante LODESOF). En ambas normativas se dio protagonismo a la mediación. Sumado al uso de herramientas tecnológicas, a través de la mediación telemática.

2. La mediación telemática

La mediación telemática es una forma de llevar a cabo la resolución de conflictos desde los años 90, conocida como online dispute resolution (ODR en adelante), en español, resolución de disputas en red (RDR). En el campo académico, se hace referencia a las siglas en inglés principalmente. La mediación

telemática, según lo señala Ponte y Cavenagh es:

“(…) un proceso mediante el cual, el papel que juegan las partes y el mediador cambian sólo en la medida en que la comunicación en la que se implican es electrónica. En la mediación en línea, las partes negocian entre sí, vía correo electrónico o en plataformas de Internet específicamente diseñado para ofrecer salas virtuales en la que las partes se reúnen electrónicamente. El mediador sigue teniendo comunicaciones privadas con las partes, también por correo electrónico o en salas separadas en la plataforma de Internet (...).⁹

Las herramientas tecnológicas se usan no solo en el campo de la mediación, sino que esto fue traspasado al sistema judicial con la realización de audiencias telemáticas, además de la implementación de la firma electrónica, el casillero judicial, entre otros. Es importante aclarar que, si bien estas herramientas existen desde hace varios años, durante la pandemia, se convirtieron en una necesidad, dejando de ser una opción.

La mediación telemática, conocida también como ciber mediación, vista más a fondo no solo permite resolver conflictos por causa y como consecuencia de la pandemia, sino que dada su naturaleza admite resolver conflictos entre personas que se

⁷ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS. Registro Estadístico de Matrimonios y Divorcios, 2022.

⁸ Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia Covid – 19 (Registro Oficial Tercer Suplemento No.587 del 29 de noviembre 2021. Artículo 56.7.

⁹ GÓMEZ, Esther, “Mediación Online Una Realidad del Siglo XXI”, 2016. <https://www.mediate.com/articles/ElisavetskyA8.cfm>

encuentran en diferentes áreas geográficas. Estas situaciones se pueden desarrollar tanto en el contexto familiar debido a la migración, como en el ámbito mercantil nacional e internacional.

Como se mencionó con anterioridad, la mediación telemática resulta ser la opción más práctica en el caso de conflictos entre sujetos que se encuentran en diferentes áreas geográficas y su reconocimiento es indispensable, el que deberá ser solventado por el Derecho Internacional Privado, que obliga a su desarrollo. En la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional y la Convención de Singapur¹⁰ se reconoce a la mediación en la solución de controversias en las relaciones internacionales y se establecen requisitos, conceptos, definiciones, que permiten materializar esa forma de resolver un conflicto. Sin embargo, la mediación telemática tiene ciertas debilidades, la principal es la confidencialidad, recordemos que esta es una de sus características, la confianza entre las partes es la única contraparte frente a esta posible grieta. Al respecto, Francisca Ramón Fernández señala lo siguiente:

“(…) Si en una mediación presencial la confidencialidad es uno de los requisitos que plantea algunas cuestiones (su propia definición, la relación con el secreto profesional, y a qué tipo de documentación se extiende la confidencialidad, entre

otras); en el caso de la mediación virtual el indicado requisito nos plantea más que cuestiones algunos problemas (cómo mantener la confidencialidad en el ámbito virtual de la mediación electrónica, cómo estamos seguros de que nuestros documentos no han sido consultados en nuestra ausencia, etc.) (…).”¹¹

Otro reto importante que encontramos en la mediación telemática se evidencia ante el uso de la tecnología por parte de la sociedad, el acceso a internet, como bien lo señala, Michelle Ivanova Narváez-Calderón¹², en su artículo denominado: “La mediación y su impacto en época de coronavirus, caso Ecuador”. Por lo tanto, no todos los conflictos podrían resolverse través de medios telemáticos. Pese a lo señalado, la solución a este importante reto, sobre el uso de la tecnología, puede ser subsanadas por el propio mediador, a través de la asistencia que puede realizar al usuario, acortando así las distancias en pro de resolver un conflicto. Por otro lado, las ventajas que ofrece la mediación telemática, son varias, tales como el resolver conflictos a pesar de la distancia, la flexibilidad en los horarios, la agilidad en la resolución de un conflicto, la seguridad jurídica.

La mediación telemática se reguló en Ecuador con fuerza ante la crisis provocada por la pandemia. El Consejo

¹⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, promulgado en 73/198 el 20 de diciembre de 2018.

¹¹ RAMÓN, Francisca, “La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal”, en Revista para el análisis del Derecho, 2014, p. 14.

¹² NARVÁEZ CALDERÓN, Michelle Ivanova, “La mediación y su impacto en época de coronavirus, caso Ecuador”, en Revista Polo del Conocimiento, 2021, p. 930.

de la Judicatura, el 22 de abril 2020, mediante resolución 039 del propio año, emitió directrices para la realización de audiencias mediante medios telemáticos, se determinó que se podrían realizar por videoconferencia, teleconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología. Tanto las partes como el mediador deberán contar con firma electrónica. La firma electrónica, según lo establece la Ley de Comercio Electrónico¹³ en el artículo 14, tiene la misma validez que una firma manuscrita.

Si bien, a través de estas directrices, emitidas por el Consejo de la Judicatura, permitió que las audiencias de mediación se realicen en forma telemática, la obligatoriedad de contar con una firma electrónica se volvió una necesidad que no todos estaban en condiciones de obtenerla. Esto sucedió, con aquellos usuarios que no contaban con los medios económicos para adquirirla, como es el caso de ex trabajadores de empresas, madres, padres en asuntos de carácter familiar, lo que conllevó a que este tipo de mediación no alcanzara un gran volumen de causas. No obstante, abrió el camino para que se implemente esta forma de realizarlas, que siguen siendo utilizadas, por ejemplo, en la denominada mediación tributaria que se analizará en los siguientes párrafos.

3. La mediación en los acuerdos preconcursales

El 22 de junio de 2020 se expidió la

¹³ Ley de Comercio Electrónico (Registro Oficial Suplemento 557 del 17 abril de 2002). Artículo 14.

LOAH, denominada Ley Humanitaria. Esta normativa surge a raíz de la pandemia con el fin de buscar un alivio al sector productivo y a la economía popular y solidaria, según se señala en la parte considerativa de esta norma. Se regularon varias situaciones tales como: el pago de las pensiones educativas, cánones de arrendamiento, regulación de créditos productivos, reprogramación de deudas, entre otras.

En esta regulación se estableció una figura denominada acuerdos preconcursales. El rol de la mediación permitió resolver, de manera excepcional, la restructuración de las obligaciones pendientes, que surgieron debido a la pandemia. En la mayoría de los casos, esta figura, lamentablemente, no tuvo el éxito esperado, sin embargo, el concepto y el fin resultan bastante interesantes.

En la referida normativa¹⁴ se determinó que los deudores pondrán, por mutuo acuerdo con sus acreedores, suscribir acuerdos preconcursales, en que se podían determinar los plazos, condiciones, reducción, capitalización o restructuración de las obligaciones pendientes, a estos acuerdos, se les dio el efecto de una transacción, conforme lo establece el Código Civil.¹⁵ Dichos acuerdos debían ser discutidos a través de un proceso de mediación. Es importante

¹⁴ *Ibid.* Artículo 10.

¹⁵ Código Civil (Registro Oficial Suplemento No. 46 el 24 de junio 2005). Artículo 2362. Art. 2362. Efectos de la transacción.- La transacción surte el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá pedirse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes.

señalar que el artículo 28 de la LOAH establece que, desde la publicación de esta ley, el 22 de junio de 2020, hasta tres años después se podrán suscribir este tipo de acuerdos, el procedimiento y requisitos se encuentran regulados en la referida normativa.

La LOAH estableció requisitos para que el deudor pueda someterse a un proceso de mediación como: la presentación de una declaración juramentada en la que se enlisten las obligaciones pendientes de pago, así como también la identificación de sus acreedores. El deudor podrá llegar a un acuerdo con sus acreedores siempre y cuando representen el cincuenta y un por ciento de sus acreencias, este acuerdo, es obligatorio para todos sus acreedores, y será plasmado en un acta de mediación, pero adicionalmente, se deberá protocolizar el acta, surtiendo efecto desde esta fecha.

En otros países existe la figura de la Ley de Quiebra o Bancarrota, en la cual las empresas pueden declararse en quiebra, con el único fin de reorganizar su economía y continuar con sus operaciones. En el 2020 y debido a la crisis por la pandemia, por ejemplo, *Latam Airlines* se acogió a la denominada Ley de Bancarrota,¹⁶ al igual que otras empresas, siendo esta una opción viable para la continuidad de las empresas, que a final de cuentas crean fuentes de trabajo. Así pues, la mediación, por la seguridad que brinda es una opción

viable que puede aliviar tanto a los acreedores como a los deudores de los tediosos procesos judiciales.

4. La mediación tributaria

Contrario a lo que se pudiera creer, la mediación tributaria, no es nueva, la primera pregunta que surge es: ¿El Fisco puede mediar? La experiencia viene dada por Alemania, donde sí es posible la mediación con la administración tributaria, en ciertos temas, como el pago de impuestos por temas sucesorios. Es así que, incluso, se acepta como forma de pago la entrega de bienes culturales. Otros de los países que han utilizado la mediación tributaria es Estados Unidos,¹⁷ e Italia.¹⁸ Sin embargo, la mediación en este ámbito es bastante cuestionada, con base a la pregunta planteada. La cuestión surge sobre si la administración tributaria puede transigir, como primer punto. El artículo 44 de la Ley de Arbitraje y Mediación determina que para someterse a mediación tanto las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que sean legalmente capaces para transigir.

José Vicente Troya trae a colación en su artículo, denominado: “Los medios alternativos de solución de conflictos y el derecho tributario internacional”, sobre el caso en Estados Unidos que:

“(…) Las medidas de carácter comercial han sido de amplia aceptación en Estados Unidos de

¹⁶ ARRENDODO, Alejandra, ¿Cómo funciona la ley de bancarrota?, en *Voz de América*, 2022. https://www.vozdeamerica.com/a/economia-finanzas_como-funciona-la-ley-de-bancarrota-en-eeuu/6063461.html

¹⁷ TROYA JARAMILLO, José Vicente, “Los medios alternativos de solución de conflictos y el derecho tributario internacional”, en *Foro - Revista de Derecho*, No. 3, 2004, p. 9.

Norteamérica (EE.UU.) a partir de la Administrative Dispute Resolution Act de 15 de noviembre de 1990, que favorece la adopción de sistemas alternativos de resolución de conflictos administrativos como la conciliación, la mediación y el arbitraje. De entre los convenios destaca los Closing agreement que permiten un acuerdo escrito con cualquier persona en relación con sus obligaciones por cualquier impuesto y para cualquier período tienen gran importancia, dentro de ese mismo temperamento negocial, los convenios sobre precios de transferencia. El sistema jurídico de EE.UU. explica en gran manera la profundidad en la adopción de tales medidas, lo cual es más difícil que ocurra en los países que pertenecen al sistema germano romano(...).¹⁹

Lo que resulta interesante es que desde el 2004 se planteó en el Ecuador este tema, se reconoce que la conciliación tributaria es de difícil aceptación debido a los principios como la indisponibilidad tributaria, el de legalidad, entre otros. Sin embargo, de lo expuesto, hay que tomar en cuenta que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización,²⁰ en adelante COOTAD, en el artículo 304 establece que previo al ejercicio de la acción coactiva, se agotarán las instancias de negociación y mediación, pero se deberá contar con la autorización previa del Ejecutivo de los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

El día 29 de noviembre de 2021, se expidió la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia Covid – 19,²¹ normativa que se crea por iniciativa del Ejecutivo, dentro de la exposición de motivos se señala que el Producto Interno Bruto (PIB) se contrajo en un 7.8 %, el mercado laboral registró el mayor de deterioro en varias décadas, con una pérdida de 687 mil empleos adecuados, con un déficit de 7 mil millones que lastran desde el 2009. Se indica además que de acuerdo a la experiencia internacional el arbitraje y mediación tributaria ha sido exitosa contribuyendo a la aceleración de la recaudación.

Otro punto muy importante de destacar, es que, en la exposición de motivos, se toma como ejemplo, la mediación tributaria en el caso alemán, la cual plantean los acuerdos sobre los asuntos de hecho mas no sobre las cuestiones de derecho. Otro ejemplo es el caso español destacando lo eficiente que resultó someter las controversias tributarias a los métodos alternativos de solución de conflictos, incluso reduciendo la carga a la administración de justicia.

Bajo dichos parámetros, se expidió la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia Covid – 19, en esta el Ejecutivo buscaba una mayor recaudación de

¹⁹ Ibid. p. 9-10.

²⁰ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (Registro Oficial Suplemento No. 303, el 19 de octubre 2010). Artículo 304.

²¹ Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia Covid – 19 (Registro Oficial Tercer Suplemento No.587 el 29 de noviembre 2021). Artículo 56.7.

impuestos, y estableció la mediación tributaria acompañado de ciertos beneficios, tales como, la remisión de intereses. La mediación puede ser extraprocésal o intraprocésal, la primera se produce ante la inexistencia de proceso judicial, mientras que la intraprocésal nacerá dentro del proceso judicial. Otro punto importante, y que hay que hacer notar es que la redacción de la referida ley, presenta confusiones en los conceptos por cuanto se utilizan las palabras transacción y mediación como sinónimos pese a que su significado difiere en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por ejemplo, el Código Orgánico General de Procesos²², determina que una de las excepciones previas que pueden plantearse es la transacción y la mediación es un título de ejecución como también lo es el acta transaccional.

Los tributaristas más clásicos, no admiten la idea de que el dinero del Fisco pueda ser materia transigible, frente a esta posición se encuentran doctrinarios que admiten la mediación tributaria, pero de forma restrictiva. Para entender de mejor manera, nos remitiremos a la LODESOF, que establece que las obligaciones tributarias pueden ser objeto de transacción, esta puede realizarse tanto en un procedimiento administrativo como en un proceso judicial. La transacción podrá versar sobre la determinación y la recaudación de la obligación tributaria, sus intereses,

recargo y multas, plazos y facilidades de pago, lo que podrá implicar el levantamiento de las medidas cautelares dictadas en contra del sujeto pasivo.²⁴

Este último punto, sobre el levantamiento de las medidas resulta bastante interesante, siendo esta una bondad para las empresas, pues es contradictorio que los contribuyentes que pasan por ciertas crisis económicas, se vean enfrentados a la administración tributaria con medidas coactivas tales como la retención de las cuentas, la prohibición de enajenar de bienes, que limitan su capacidad económica para su reactivación. Esta posibilidad fue otorgada, varias empresas en todo el país solicitaron someterse a mediación, sin embargo, no ha tenido el éxito esperado, por cuanto aún existen limitaciones y recelo por parte de los funcionarios públicos para realizar este tipo de mediaciones, en consecuencia, aún no se ha podido tener un caso de éxito de mediación tributaria en el país.

Siguiendo con el análisis, la ley permite que la administración tributaria o el sujeto pasivo realicen concesiones sobre aspectos fácticos durante la fase de determinación de la base imponible o dentro de los procesos contenciosos,²⁵ de esta manera se ha delimitado la materia que es susceptible de transacción, en primera instancia, pese a lo indicado en la normativa, aún no resulta claro que es materia transigible en el ámbito tributario

²² Código Orgánico General de Procesos (Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015).

²³ *Ibid.* Artículo 56.1.

²⁴ *Ibid.* Artículo 56.2.

²⁵ *Loc. Cit.*

lo que ha sido discutido en varios foros académicos.

Respecto a la transacción extraprocésal, el artículo 56.7 de la LODESOF establece que procederá cuando: existan obligaciones tributarias y los actos administrativos emanados de las facultades de la administración tributaria cuya impugnación en sede judicial no esté pendiente; en los casos que habiendo comenzado el proceso de determinación por parte del sujeto activo, esta no hubiera concluido con un acto administrativo contentivo de una obligación de dar o incluso en la sustanciación de un acto administrativo contentivo de una obligación de dar; en los casos de obligaciones tributarias contenidas en actos administrativos de determinación tributaria firmes o ejecutoriados que no hubieren sido impugnados en sede judicial, en estos, lo único que podrá ser sujeto de transacción son las facilidades de pago y plazos y la aplicación, modificación, suspensión o levantamiento de medidas cautelares.²⁶

Para someterse a la transacción extrajudicial,²⁷ el sujeto pasivo deberá acudir a un Centro de Mediación, autorizado por el Consejo de la Judicatura, con el fin solicitar a la autoridad tributaria la voluntad de someterse al proceso de mediación. La autoridad tributaria tendrá 30 días para

aceptar o rechazar esta invitación. En caso que acepte el proceso de mediación, el fisco deberá realizar un análisis costo beneficio previo a la suscripción del acta.

Es indispensable mencionar que cuando la administración tributaria recibe la invitación a mediación, los plazos de caducidad de la facultad determinadora, la prescripción de la acción de cobro, los plazos de impugnación del acto administrativo tanto en sede administrativa como judicial, así como los plazos para resolver los reclamos administrativos quedan suspendidos. Estos plazos serán reanudados en caso de que exista acta de imposibilidad de acuerdo. Otro punto que cabe destacar es que previo a transigir, se deberá contar la autorización de la Procuraduría General del Estado, considerando los informes costo beneficio.

Con el fin de incentivar la transacción, la LODESOF determinó que, si el contribuyente solicitó la mediación antes del 29 de enero de 2022 tiene derecho a la remisión de intereses y recargo del 100 por ciento. Dentro de los tres meses de la vigencia de la ley, tiene derecho a la remisión de intereses y recargo del 75 por ciento. Entre los tres y seis meses de la vigencia de la ley, tendrá derecho, el contribuyente, a la remisión de intereses y recargo del 50 por ciento. En toda solicitud de mediación tributaria deberá el contribuyente ofrecer como compromiso de pago el 25 por ciento del capital de la obligación. Es importante señalar lo determinado en el Reglamento a LODESOF se estableció en el artículo 26 inciso final²⁸ que no se podrá mediar

²⁶ Ibid. Artículo 56.7.

²⁷ Lo correcto debería ser mediación y no transacción por cuanto difieren estos conceptos.

²⁸ Reglamento a Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia Covid – 19 (Segundo Suplemento del Registro Oficial No.608, el 30 de diciembre 2021).

obligaciones referentes a impuestos retenidos o percibidos, lo que debe ser tomando en cuenta en el momento de solicitar la mediación.

Pese a la gran expectativa que generó la mediación tributaria, y los cientos de solicitudes de mediación recibidas en los Centros de Mediación, la administración tributaria ha preferido someterse a solicitudes directas de los contribuyentes, dejando de lado a la mediación tributaria tal como fue concebida, existen incluso detractores de esta forma de mediación. La mediación tributaria no es nueva, pero no tuvo el éxito esperado, se la mira con recelo. Sin embargo, la idea que los contribuyentes puedan negociar con el fisco, situaciones tales como el plazo, la forma de pago, el ofrecer garantías con el fin de que se levanten medidas cautelares, daría un respiro a las empresas, adicionada con la remisión de intereses, es una opción interesante, para reactivar la economía. Así también, los procesos judiciales podrían dejarse de lado en ciertos casos. Las actas de mediación tienen impacto en quienes la suscriben, con un gran nivel de éxito en el cumplimiento de la mismas.

Pese a lo expuesto, y desde nuestra experiencia, la mediación tributaria, ha sido un fracaso, y tampoco se avizoran resultados positivos, debido a varios factores: 1) La redacción de la LODESOF, es confusa, y no se encuentra en armonía con el ordenamiento jurídico, es el caso del uso de las palabras transacción y mediación, desde el punto de vista procesal; 2) La construcción de la ley debió ser sociabilizada y redactada

con abogados tributaristas, la administración tributaria y mediadores con el fin de obtener los resultados esperados por el Ejecutivo. Debo aclarar que los factores señalados, no son los únicos, existen muchísimos más, que merecen un análisis profundo, en este caso hemos tratado de mencionar los más evidentes.

5. La mediación familiar

La mediación familiar es aquella en que las partes en forma voluntaria se someten a un proceso de carácter confidencial, ante un tercero neutral, imparcial, denominado mediador con el fin de resolver conflictos de carácter familiar.

Algunos doctrinarios han tratado de definirla de la siguiente manera:

“(…) ELKIN (1982): es un proceso interprofesional dentro del cual las partes implicadas en un divorcio solicitan voluntariamente la ayuda confidencial de una tercera persona, neutral y cualificada para resolver conflictos, de una forma recíprocamente aceptada. MARTINIÈRE (1989): es la intervención en un proceso de separación o divorcio por parte de un profesional cualificado, imparcial y sin ningún poder de decisión, a petición de las partes interesadas y con el objetivo de que ellas mismas negocien decisiones constructivas y estables que tengan en cuenta las necesidades de todo el grupo familiar. (...)”²⁹

²⁹ SOUTO GALVÁN, Esther, “Mediación familiar”, 2013, p. 354.

Cada asunto sometido a mediación es especial y requiere incluso conocimientos en otras áreas, a más del Derecho, de técnicas psicológicas, por cuanto las emociones de las partes casi siempre están en conflicto. Las relaciones familiares son delicadas, por lo que el mediador deberá tener una formación especial para estos casos, con el fin de proteger lo más valioso que tiene el Estado, la familia. Antonio Fullea, ha señalado sobre este tema:

“(…) en las familias en situación de ruptura brota el exceso y los desbordamientos. La separación y el empeño en un procedimiento judicial a veces tiene el riesgo de engendrar una violencia inesperada contra los otros y contra uno mismo. De esta confrontación surge la desilusión, resulta una transformación de los sentimientos, se transmutan los efectos positivos en negativos. Con la ruptura se instala el tiempo del tormento, del lamento, del rechazo, de la amargura y del rencor (…)”.³⁰

La mediación familiar inclusive se extiende a temas de violencia intrafamiliar, a través de lo que se conoce como justicia restitutiva, que ya se encuentra establecida también en nuestra legislación, y que procederemos a analizar en las próximas líneas, con un poco más de detenimiento desde el punto de vista penal. Ahora bien, las relaciones familiares se han transformado. Existen diferentes tipos de familias (sin hijos, biparentales, homoparentales, adoptiva,

extensas, entre otras) y eso no se puede desconocer, por lo que, en este tipo de mediación, se requiere un conocimiento más allá de la normativa.

Finalmente se debe tomar en cuenta que el Código de la Niñez y Adolescencia, en adelante (CONA), establece en el artículo 294³¹ que la mediación procede en materias transigible, siempre que no se vulneren los derechos de los niños y adolescentes.

5.1. Régimen de tenencia, visitas, y alimentos

La mediación en el ámbito familiar, quizás sea la más utilizada. Las reformas a la Ley Notarial³² en el año 2015³³ determinó que son atribuciones exclusivas de los notarios, entre otras, tramitar el divorcio por mutuo consentimiento, así como la terminación de la unión de hecho, siempre y cuando se encuentre resuelta la situación socioeconómica de los hijos habidos en matrimonio a través de mediación o resolución judicial.

La Corte Constitucional del Ecuador declaró la inconstitucionalidad de la palabra “exclusivas”, para la atribución establecida en el numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial,³⁴ ahora bien, esto resulta por cuanto, aquellas parejas que

³⁰ *Ibid.*, p. 48.

³¹ Código de la Niñez y Adolescencia (Registro Oficial 737 el 03 de enero de 2003). Artículo 294.

³² Ley Notarial (Registro Oficial No. 158 el 11 de noviembre 1966).

³³ *Loc. Cit.*

³⁴ Sentencia de la Corte Constitucional [SCC], 21 de diciembre de 2021 (7-16-IN/21, ponente Karla Andrade Quevedo).

no tenían hijos, solo podían divorciarse ante un notario. Pero la facultad persiste, ya no en forma exclusiva, para que los notarios puedan realizar el divorcio por mutuo consentimiento, siempre y cuando, se demuestre que ha sido resuelta la situación socioeconómica de los hijos. Esto último se lo puede realizar a través de los Centros de Mediación que se encuentren debidamente acreditados por el Consejo de la Judicatura.

En cuanto a la *tenencia*, las partes deberán determinar, a través de un acta de mediación, a cargo de quién se encuentra la tenencia de los hijos menores de 18 años y resolver sobre el régimen de visitas. Ahora bien, vale la pena cuestionar si los padres podrían acordar, a través de la mediación, una tenencia compartida, de conformidad con en el principio de corresponsabilidad. La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 69 establece que el Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna, a través de deberes y derechos recíprocos. Quizás a través de la mediación se pueden ir desarrollando estos conceptos en la sociedad mediante la práctica de la tenencia compartida pues existe un amplio debate, que cada vez cobra más fuerza. Uno de los retos más importante al que se ve enfrentados el mediador y como un copartícipe de una sociedad de paz, siendo un tercero imparcial que facilita el diálogo, es lograr que las partes comprendan que en la mediación familiar lo que debe ser primordial es la protección de los niños, niñas y adolescentes, a través del reconocimiento de los derechos primando el interés superior del niño.

En lo que se refiere a la *fijación de pensión alimenticia*, siempre se podrá celebrar acuerdos a través de un acta de mediación siempre que la materia sea transigible. Es decir, el mediador no podrá permitir acuerdos que transgredan los derechos de los niños y/o adolescentes, por ejemplo, permitir que las partes fijen acuerdos fuera de los porcentajes dispuesto en la Tabla de Pensiones alimenticias, según lo determina el artículo 15 del CONA. Se podrá, sin embargo, acordar el pago directo de las pensiones alimenticias que cubran las necesidades del beneficiario, tales como vestuario, educación, salud integral, cuidado, vivienda, servicios básicos.³⁵

5.2. *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*

Producido el divorcio o la terminación de la unión de hecho, las parejas se ven enfrentadas a la repartición de los bienes y es en esta construcción en que los acuerdos toman tiempo, muchas veces más que en la decisión de dar por terminada una relación sentimental. El tema económico enfrenta a las partes fuertemente, no solo entre las parejas, sino también en el derecho sucesorio.

Así pues, existen diferentes formas de disolver la sociedad conyugal, tales como: el divorcio, que de por sí se da por terminada la sociedad conyugal; por voluntad de una de las partes mediante un

³⁵ *Ibíd*, Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 2.

proceso judicial; por la declaración de nulidad del matrimonio; por sentencia que otorga la posesión provisional de los bienes del desaparecido, y; por acuerdo de las partes, que lo pueden realizar a través de una Notaria o un Centro de Mediación.³⁶

Una vez resuelta la disolución de la sociedad conyugal, corresponde que las partes, procedan a la liquidación de esta, la misma que puede realizarse a través de procesos judiciales. El proceso de liquidación implica la realización del inventario de los bienes para realizar la partición. Otra forma de liquidar la sociedad conyugal será por mutuo acuerdo ante el notario o mediante un acta de mediación.³⁷

Respecto a esta última forma de liquidar la sociedad conyugal, esto es a través de un acta de mediación, surge la pregunta de sí ¿esta acta puede inscribirse en los correspondientes registros? Ante esta pregunta, surgen dos posiciones, desde nuestra experiencia, por un lado, se encuentran quienes señalan que tomando en cuenta que el acta de mediación tiene los mismos efectos que una sentencia, deberán ser inscritas en los Registros correspondientes, reconociendo además que los acuerdos se basan en la voluntad de las partes sobre materia transigible. Por otro lado, y siendo la posición clásica, es que la liquidación de la sociedad conyugal solo puede realizarse a

través de una Notaria, conforme así lo establece el artículo 18.23 de la Ley Notarial, ya que solo el Notario puede disponer la inscripción correspondiente en los Registros.

6. La mediación penal y la justicia restaurativa

En el Congreso Mundial XII sobre Criminología, en Río de Janeiro, realizada del 10 al 15 de agosto del 2013, se habló sobre la justicia restaurativa en materia penal, como una forma de mediación entre la víctima y el ofensor, siendo esta una forma de mediación. El objetivo ya no es el castigo sino la restauración, asumiendo responsabilidades el agresor, jugando un papel importante la víctima.

“(..). El postulado fundamental de la justicia restaurativa es que el delito perjudica a las personas y las relaciones y que la justicia necesita la mayor subsanación del daño posible. De esta premisa básica surgen preguntas clave: ¿quién es el perjudicado? ¿Cuáles son sus necesidades y cómo se pueden satisfacer dichas necesidades? ”(...).³⁸

En la fase restaurativa, las partes involucradas son:

- Víctima (s).
- Familia inmediata o personas que

³⁶ SIMON, Farith, Manual de Derecho de Familia, 2021, 2da edición, p. 187.

³⁷ SIMON, Farith, Manual de Derecho de Familia, 2021, 2da edición, p. 203.

³⁸ MCCOLD, Paul y WACHTEL, Ted, “En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa” en Restorative Practices, 2003.

- están a cargo de la víctima.
- Personas sentenciadas.
 - Comunidad local.
 - Instituciones judiciales.

Recordemos que, en la justicia restaurativa, la concepción del derecho penal castigador se cuestiona ante la búsqueda de la reconciliación entre el victimario y la víctima, reconociendo el daño y buscando la restauración, para finalmente restablecer la paz social. La justicia restaurativa mira hacia el futuro y no al pasado. Rodrigo Uprimny y María Paula Saffón señalan que, los mecanismos de la justicia restaurativa se fundan en la participación de la víctima en la comunidad, citado por Angélica Rettberg.³⁹ La mediación, es el ejemplo clásico, entre la víctima y el ofensor para que se llegue a las mejores maneras de reparar el daño y que las partes finalmente arriben al perdón. Otros ejemplos son las juntas de reparación comunitarias. Se prevén trabajos comunitarios y tratamientos psicológicos.

La mediación penal se encuentra inmersa en nuestro ordenamiento jurídico y tiene un gran desarrollo doctrinario sobre la justicia restaurativa, dejando de lado las concepciones clásicas del derecho penal castigador. En el derecho de tránsito, ante las afectaciones materiales, el camino que es comúnmente aceptado por las partes es la mediación, instrumentándose los acuerdos a través de actas de mediación. El reto en estos

casos es abrir una ruta más viable y expedita en el ámbito penal, por ejemplo, en los delitos de tránsito, siendo estos culposos, es decir sin la intención de hacer daño y siempre que no existan agravantes, a pesar la existencia de lesiones y hasta la propia muerte, los acuerdos entre las partes deberían proceder. Los juicios son tediosos, largos, y enfrentan a las víctimas a los procesos, a la revictimización, y genera un desgaste emocional que podría ser evitado a través de la mediación.

En los años setenta, en Canadá, ocurrió el primer caso de mediación entre víctima y ofensor que sucedió cuando un oficial de libertad condicional convenció a un juez para entrevistar a dos jóvenes condenados por vandalismo con las personas afectadas. Este caso tuvo un gran éxito puesto que se logró la reparación del daño a través de un acuerdo. Por lo cual, en casos venideros, se implementó la mediación entre la víctima y el ofensor, a través de Programas de Reconciliación entre Víctima y Ofensor, con gran aceptación. Este modelo fue replicado en varios países, surgiendo una nueva forma de justicia alterna que permitía la reconciliación entre la víctima, el ofensor y la sociedad evitando la retribución del mal.⁴⁰

Conclusiones

La mediación se enfrenta actualmente a varios retos. En el tema de la mediación

³⁹ RETTBERG, Angélica, "Entre el perdón y el Paredón: preguntas y respuestas de la justicia transicional", 2005, p. 220-225.

⁴⁰ MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto, "Justicia Restaurativa", en Opinión Jurídica, 2015, p. 33-42.

telemática, el uso de la tecnología por parte de la sociedad no todos se encuentran listos para utilizar medios telemáticos, sea por razones culturales, educativos, entre otros. Empero, sí resulta bastante interesante que las partes puedan resolver conflictos a pesar de encontrarse en diferentes áreas geográficas, tanto en asuntos familiares como en asuntos mercantiles que permiten diversificar la economía. Este tipo de mediación se potenció con la pandemia y resultó en una alternativa en la forma de realizar las mediaciones.

La legislación ecuatoriana se ha estructurado, en estos dos últimos años como consecuencia de la pandemia, en potenciar la mediación, tanto en beneficio del Estado, a través de la mediación tributaria, así como para los particulares en el caso de los acuerdos preconcursales, en la búsqueda de solventar tanto a los acreedores como a los deudores. Desde la experiencia de otros países ha tenido éxito, sin embargo, en nuestro país, no ha tenido el resultado esperado, visualizando las áreas tributarias y los acuerdos preconcursales como cauce de estudio y reformulación.

Otro punto importante cambio que se avizora en el ámbito penal, es la mediación vista desde la justicia retributiva. Es decir, se va dejando de lado conceptos como la sanción, la pena, dando paso a la restauración efectiva de la víctima, en que la mediación ha tenido grandes éxitos. No obstante, para esto es necesario también derribar estructuras del pensamiento tradicional sobre la concepción del Derecho.

Bibliografía

ARRENDODO, Alejandra, ¿Cómo funciona la ley de bancarrota?, en Voz de América, 2022. https://www.vozdeamerica.com/a/economia-finanzas_como-funciona-la-ley-de-bancarrota-en-eeuu/6063461.html

CENTRO DE MEDIACIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. Datos Estadísticos por Causa, 2022. <http://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/index.php/2015-04-13-21-21-55/datos-estadisticos>

Código Civil (Suplemento del Registro Oficial No. 46 del 24 de junio 2005) (CC).

Código de la Niñez y Adolescencia (Registro Oficial 737 del 03 de enero de 2003) (CONA).

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (Suplemento del Registro Oficial No. 303 del 19 de octubre 2010) (COOTAD).

Código Orgánico General de Procesos (Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015) (COGEP).

Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008) (CRE).

Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, promulgado en 73/198 el 20 de diciembre de 2018.

GÓMEZ, Esther, “Mediación Online Una Realidad del Siglo XXI”, 2016. <https://www.mediate.com/articles/ElisavetskyA8.cfm>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS. Registro Estadístico de Matrimonios y Divorcios, 2022. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Poblacion_y_Demografia/Matrimonios_Divorcios/2021/Principales_resultados_MYD_2021.pdf

Ley de Arbitraje y Mediación (Registro Oficial No. 417 del 14 de diciembre 2006) (LAM).

- Ley de Comercio Electrónico (Registro Oficial Suplemento 557 del 17 abril de 2002) (LCE).
- Ley Notarial, (Registro Oficial No. 158 del 11 de noviembre 1966) (LN).
- Ley Orgánica de Apoyo Humanitario (Registro Oficial No. 229 del 22 de junio 2020) (LOAH).
- Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia Covid – 19 (Tercer Suplemento del Registro Oficial No.587 del 29 de noviembre 2021) (LODESOF).
- MCCOLD, Paul y WACHTEL, Ted, “En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa” en *Restorative Practices*, 2003.
- MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto, “Justicia Restautativa”, en *Opinión Jurídica*, 2015. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1304>
- NARVÁEZ CALDERÓN, Michelle Ivanova, “La mediación y su impacto en época de coronavirus, caso Ecuador”, en *Revista Polo del Conocimiento*, 2021.
- RAMÓN, Francisca, “La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal”, en *Revista para el análisis del Derecho*, 2014.
- Reglamento a Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID – 19, (Segundo Suplemento del Registro Oficial No.608 del 30 de diciembre 2021) (RLODESOF).
- RETTBERG, Angélica, *Entre el perdón y el Paredón: preguntas y respuestas de la justicia transicional*, 2005.
- Sentencia de la Corte Constitucional [SCC], 21 de diciembre de 2021 (7-16-IN/21, ponente Karla Andrade Quevedo).
- SIMON, Farith. *Manual de Derecho de Familia*, 2da edición, 2021.
- SOLTETO, Helena y FANDIÑO, Marco, *Manual de Mediación Civil*, 2017.
- SOUTO GALVÁN, Esther. *Mediación familiar*, ed. Madrid: Dykinson, 2013.
- TROYA JARAMILLO, José Vicente, “Los medios alternativos de solución de conflictos y el derecho tributario internacional”, en *Foro - Revista de Derecho*, No. 3, 2004.