

**UNIVERSIDAD DE OTAVALO**

**PROGRAMA DE MAESTRIA EN GESTION DE CONFLICTOS Y  
MEDIACION**

**TRABAJO DE TITULACION**

**“CAUSALES DE NULIDAD DEL ACTA DE MEDIACION EN EL  
ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO”**

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCION DEL TITULO DE  
MAGISTER DE CONFLICTOS Y MEDIACION**

**YOLANDA JANETH GUAMAN AGUIAR**

**TUTOR: DR. PEDRO LEIVA**

**Otavallo, Agosto 2023**

## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA y CESIÓN DE DERECHOS**

Yo, **YOLANDA JANETH GUAMÁN AGUIAR** declaro que este trabajo de titulación:

**“CAUSALES DE NULIDAD DEL ACTA DE MEDIACION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO”** es de mi total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional. Así mismo declaro que dicho trabajo no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo como autora la responsabilidad ante las reclamaciones que pudieran presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de cualquier responsabilidad al respecto.

Que de conformidad con el artículo 114 del Código Orgánico de la Economía Social, conocimientos, creatividad e innovación, concedo a favor de la Universidad de Otavalo licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra con fines académicos, conservando a mi/ nuestro favor los derechos de autoría según lo establece la normativa de referencia.

Se autoriza además a la Universidad de Otavalo para la digitalización de este trabajo y posterior publicación en el repositorio digital de la institución, de acuerdo a lo establecido en el artículo 144 de la ley Orgánica de Educación Superior. Por lo anteriormente declarado, la Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes otorgados, por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.



Firmado electrónicamente por:  
**YOLANDA JANETH  
GUAMAN AGUIAR**

---

**YOLANDA JANETH GUAMÁN AGUIAR**  
**C.C.: 1722727060**

## **CERTIFICACIÓN DEL TUTOR**

Certifico que el trabajo de investigación titulado **“CAUSALES DE NULIDAD DEL ACTA DE MEDIACION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO”** bajo mi dirección y supervisión, para aspirar al título de Magister en Gestión de Conflictos y Mediación del estudiante **YOLANDA JANETH GUAMÁN AGUIAR**, y cumple con las condiciones requeridas por el programa de maestría.

**Dr. Pedro Leiva**  
**TUTOR**

**PEDRO JOSE**  
**LEIVA**  
**GALLEGOS**

Firmado digitalmente  
por PEDRO JOSE  
LEIVA GALLEGOS  
Fecha: 2023.09.04  
21:00:48 -05'00'

# CAUSALES DE NULIDAD DEL ACTA DE MEDIACION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO

## CAUSES OF NULLITY OF THE MEDIATION ACT IN THE ECUADORIAN LEGAL SYSTEM

Yolanda Janeth Guamán Aguiar<sup>\*,\*\*</sup>

### RESUMEN

A partir del 2008, la Mediación se le otorgó un reconocimiento de rango constitucional como un medio alternativo de solución de conflictos, cuyas decisiones se construyen en base a un acuerdo voluntario sobre una materia transigible, que pone fin al conflicto con una naturaleza definitiva y extrajudicial. El acta de mediación, al tener un efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, debe ser construida en armonía al derecho de seguridad jurídica y del debido proceso; por lo tanto deben guardar respeto irrestricto a la normativa legal vigente, contrario sensu, la omisión o inobservancia de solemnidades sustanciales acarrearían vicios que provocaría su nulidad. La ley de Arbitraje y Mediación, y su reglamento no prevén una enumeración taxativa de posibles causales de nulidad del acta de mediación, por lo que es menester acudir a otras normas jurídicas como el Código Civil, el Código Orgánico General de Procesos, e incluso la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, para ejercer la acción judicial. Como objetivo general se identificó las causales de nulidad del acta de mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; aplicando un enfoque mixto (cualitativo-cuantitativo) por cuanto se interesó en investigar y analizar desde la doctrina así como una matriz de datos (investigación exploratoria) en causas judiciales por acciones de nulidad que permiten concluir sobre la novedad de la investigación al ser un tema de poco tratamiento jurídico, lo cual constituye de gran relevancia, al no existir causales de nulidad al acta de mediación taxativamente expresadas en la ley de la materia, lo cual se evidencia en un periodo de análisis de 2018 a 2023 existan sólo 23 procesos judiciales de nulidad, en el Complejo Judicial Norte del cantón Quito.

**Palabras claves:** nulidades, cosa juzgada, sentencia ejecutoriada, acta transaccional, negocio jurídico.

### ABSTRACT

Starting 2008, Mediation was granted a constitutional recognition as an alternate means for the settlement of disputes, which decisions are constructed based on a voluntary agreement about a matter that can be settled out of court, thus ending a conflict in a definitive and extrajudicial manner. The Mediation Minute, bearing an effect of final judgment and res judicata, must be constructed in pursuance of the right to juridical safety and due process; therefore, unrestricted respect for the legal regulations in force must be observed, a contrario sensu, the omission or breach of substantial formalities would result in its annulment. The Law of Arbitration and Mediation and its regulations do not foresee an unquestionable enumeration of possible causes for annulment of the Mediation Minute,

---

<sup>\*\*</sup> Maestrante en Gestión de Conflictos y Mediación por la Universidad de Otavalo. Correo electrónico jane-guaman@hotmail.com

wherefore it is necessary to resort to other juridical regulations such as the Civil Code, the General Organic Procedural Code, and even the Organic Law of the Public Prosecution Office of the State, to take judicial action.

The causes for annulment of the Mediation Minute in the Ecuadorian legal system were identified as the general purpose and a mixed (qualitative-quantitative) approach was applied, since the interest was to research and analyze from the doctrine as well as a data matrix (exploratory investigation) in legal cases from nullity lawsuits that allow to conclude on the novelty of this research. This is a subject that receives little juridical treatment and constitutes high relevance, because there do not exist causes of annulment of the mediation minute specifically expressed in the law on the matter, which is evidenced in an analysis period from 2018 to 2023, when there were found only 23 legal annulment cases in the North Judiciary Complex in the municipality of Quito.

**Keywords:** annulment, res judicata, final judgment of conviction, transactional minute, legal transactions.

## Introducción

La Constitución de la República del Ecuador, promulgada en 2008 realiza un tratamiento jurídico de los métodos alternativos de solución de conflictos dentro del Título IV intitulado como la *Participación y Organización del Poder*, que en el capítulo cuarto, reconoce a la mediación, el arbitraje y otros procedimientos, los cuales se aplicarán son sujeción a una ley, en aras del cumplimiento del principio de legalidad, así como de los derechos al debido proceso, seguridad jurídica y tutela efectiva.

El desarrollo normativo constitucional de 2008, tuvo como precedente a la Constitución Política de 1998, la misma que ya realizaba un reconocimiento a la mediación, el arbitraje y otros procedimientos, como medios para la *resolución de conflictos*, en su artículo 191 (Constitución Política del Ecuador, 1998) con la diferencia sustancial que únicamente son órganos de la Función Judicial la Corte Suprema de Justicia, las Cortes Superiores, Tribunales y Juzgados establecidos por la ley, y, el Consejo Nacional de la Judicatura como aquellos que le correspondían el ejercicio de la potestad judicial.

La Constitución de 2008, realiza un cambio de paradigma en torno a la Función Judicial, precisando que ésta se compone por órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares, y órganos autónomos. En el artículo 178 reconoce que los únicos encargados de administrar justicia son los órganos jurisdiccionales y *otros con iguales potestades* (Constitución de la República del Ecuador, 2008). En armonía a éste presupuesto normativo, el Código Orgánico de la Función Judicial (Art. 17) establece que la administración de justicia es un servicio público, por tanto la mediación, el arbitraje y otros medios alternativos de solución de conflictos constituyen *una forma de este servicio público*.

La Corte Constitucional en sentencia No. 302-15-SEP-CC, Caso No. 0880-13-EP de fecha 16 de septiembre de 2015, al abordar ejes temáticos como el acceso a la justicia y de la tutela efectiva, realiza una enumeración taxativa de aquellos órganos de la función Judicial y de los demás órganos y funciones previstos en la Constitución que tienen la potestad de administrar justicia, siendo:

[e]stos órganos jurisdiccionales según la Norma Suprema, artículo 178, son los siguientes: 1) La Corte Nacional de Justicia. 2) Las Cortes Provinciales de Justicia. 3) Los tribunales y juzgados que establezca la ley. 4) Los juzgados de paz. 5) Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (artículo 171 ibídem). 6) Las juezas y jueces de paz (artículo 189 ídem). 7) Los árbitros y mediadores (artículo 190 ibídem). 8) La Corte Constitucional (artículo 429 ibídem). (Corte Constitucional del Ecuador, 2015, p.18)

Estas premisas permiten entender que las actas de mediación conforme la Ley de Arbitraje y Mediación, tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, permitiendo su ejecución a un juez sin que admita excepción alguna, salvo que ésta surja a posterior de la suscripción del acta de mediación.

El carácter inmutable e intangible del acta de mediación, avizora en cuestionamiento cuando de los mismos términos del acta de mediación se advierte la presencia de vicios del consentimiento, tales como error, fuerza o dolo; o cuando los actos o declaraciones de voluntad no reúnan los requisitos mínimos considerados en el Código Civil; asimismo

cuando se incurra en la omisión de solemnidades sustanciales contempladas en el Código Orgánico General de Procesos.

Ante dichas situaciones es idóneo un control judicial ante autoridad competente, por medio de las acciones judiciales que habilita el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La Corte Constitucional en sentencia No. 302-15-SEP-CC, Caso No. 0880-13-EP de fecha 16 de septiembre de 2015, al resolver el problema jurídico sobre la falta de motivación como causal de nulidad de un laudo arbitral, se pronunció sobre las causales de nulidad establecidas en la ley de Arbitraje y mediación, precisando que:

la temática relacionada a la nulidad no se agota únicamente en una determinada disposición legal sino a través de la labor interpretativa teleológica y sistemática del ordenamiento jurídico se incluyen u vinculan otras, tal como se desprende con lo identificado en el artículo 76 numeral 7 literal I de la Constitución de la República, esto es, la nulidad de la sentencia por falta de motivación, como en efecto se alega en el presente caso. Entonces, el operador de justicia jamás puede someter a la literalidad de las causales del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, sin serias reflexiones en el bloque normativo referido en este párrafo. (Corte Constitucional del Ecuador, 2015, pp. 22-23)

El cambio de paradigma de un estado legal de derecho a un estado constitucional de derechos y justicia, permite superar aquellas taras de índole positivista hacia una visión iusnaturalista, donde el juez y el Estado están en el deber de satisfacer la justiciabilidad de los derechos, justificándose así la búsqueda de soluciones para garantizar los derechos al debido proceso y seguridad jurídica ante casos de nulidades del acta de mediación, con el fin de guardar coherencia y certeza con el ordenamiento jurídico

El contexto jurídico dentro del cual se va a llevar a cabo la investigación sobre **Las causales de nulidad del acta de mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano** permite destacar su reconocimiento de rango supra legal consagrado como medio alternativo de solución de conflicto en la Constitución de la República de 2008, y de manera particular se empleará en el desarrollo de éste trabajo a la Ley de Arbitraje y Mediación, así como el Código Civil y Código Orgánico General de Procesos, a la luz de una interpretación teleológica y sistemática del ordenamiento jurídico que permitirá identificar las causales de nulidad en el bloque normativo ecuatoriano.

## **1. LA MEDIACIÓN**

### **1.1. Antecedentes Históricos de la mediación en el Ecuador**

Resulta indispensable realizar una reseña histórica de la mediación en el Ecuador, así como de los demás mecanismos que guardan similitud a lo que hoy conocemos como los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. La Constitución de 2008 realiza un reconocimiento a las raíces milenarias de distintos pueblos que han tenido su asentamiento en lo que hoy es el territorio nacional, lo cual está intrínsecamente relacionado con principios fundamentales como la interculturalidad, plurinacionalidad, es un estado unitario, es decir, una convivencia social de todos como pares en la diversidad.

La excelsa historia para el nacimiento del Estado ecuatoriano, permite para el presente trabajo, realizar una distinción por etapas históricas en las que se han evidenciado manifestaciones de lo que hoy conocemos por Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, clasificándose así: Prehispánica, Colonial y Republicana.

Etapa prehispánica.- los conflictos eran sometidos a conocimiento de los caciques o curacas quienes “ayudaban a encontrar soluciones e incluso sancionaban ciertos hechos que fueran atentatorios a la paz colectiva” (Vintimilla y Andrade, 2005, p. 12) La materia tratada por el cacique se relacionaba en asuntos de la colectividad y la armonía social. En similares atribuciones de resolución de conflictos, los ancianos o personas mayores del grupo social podrían intervenir ante controversias familiares exclusivamente. Estos vestigios de solución de conflictos colectivos se mantienen con vigencia y legitimidad en comunidades indígenas, en las que pese a la intromisión cultural de occidente, conservan sus costumbres, hábitos y cosmovisión.

Con ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes o conocida también como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Estado Ecuatoriano reconoce una adaptación de los mecanismos tradicionales de solución de conflictos hacia el denominado derecho indígena o consuetudinario. Es decir, la aceptación de un pluralismo jurídico desde la defensa de derechos de grupos minoritarios étnicos y culturales.

Etapa Colonial.- en el periodo de gobernanza de la corona española se institucionalizó mecanismos para dar tratamiento y prevención a los conflictos de la población indígena como las encomiendas, el cabildo de indios, el defensor de naturales y otros. Los primeros rasgos de mediación aparecieron con los misioneros y los clérigos en América que defendían valores como la paz y la justicia, ante controversias entre indios y los criollos o blancos residentes.

Etapa Republicana.- a partir de 1830, en Ecuador entra en vigencia la Ley de Procedimientos civiles (1831) así como el Código Civil (1861) en los que se preveía los “juicios de conciliación y arbitraje frente a los denominados juicios contenciosos” (Vintimilla y Andrade, 2005, p. 14). El juicio de conciliación tenía como fundamento el evitar continuar el pleito, donde el juez asumía un rol de procurar que las partes transijan o compongan el asunto que diera origen al litigio.

Por Decreto Supremo No. 735 dictado el 23 de octubre de 1963 se dicta la Ley de Arbitraje Comercial, que regulaba el sistema arbitral ante conflictos entre comerciantes. El servicio era particular y exclusivo por las Cámaras de Comercio. El 4 de septiembre de 1997 entró en vigencia la Ley de Arbitraje y Mediación, como la normativa jurídica predecesora de la actual codificación legal de la materia, acontecida para finales del año 2006.

La codificación realizada por el Congreso Nacional, en cumplimiento de sus atribuciones establecidas en el artículo 160 de la Constitución Política del Ecuador (1998), consideró disposiciones tanto del texto constitucional, así como de la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997; la Ley Reformatoria a la Ley de Arbitraje y mediación de 2005; al Código Civil y Código de Procedimiento Civil de año 2005, y la Ley Orgánica del Ministerio Público del año 2006.

Entre las disposiciones más destacables, fueron las siguientes: en la Ley Reformatoria a la Ley de Arbitraje y mediación de 2005, en dispuso agregar otras formas de someterse al arbitraje, como el convenio de la partes, y en caso de duda en cuanto a la competencia de la autoridad, el órgano judicial deberá dar pronunciamiento en favor de la competencia establecida en el convenio arbitral. De igual manera, se incorporó la renuncia tácita del

convenio arbitral, cuando uno de las partes proponga una demanda ante órgano judicial, y la parte demandada no alegue dicha excepción en el momento procesal oportuno.

En cuanto a la acción de nulidad, la ley reformativa aclaró el procedimiento a seguirse, distinguiendo que corresponde interponer ante el árbitro o Tribunal arbitral, una acción de nulidad, para que dicha acción sea conocida por el presidente de la Corte Superior de Justicia. Se superó la regulación precedente, en la que se establecía que se debía interponer un recurso de nulidad, que previo a ser remitido ante el presidente de la Corte Superior de Justicia, debía dar su pronunciamiento de procedencia o improcedencia el mismo tribunal que conoció la causa.

Con la codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006), así como la adopción del nuevo texto Constitucional de 2008, se procede a incorporar al ordenamiento jurídico nacional la facultad de ejecución de los laudos dictados en procedimiento de arbitraje internacional, dándole los mismo efectos de un procedimiento de arbitraje nacional.

Por lo tanto, la mediación como un MASC ha evolucionado su práctica y ha sido incorporado en norma de rango legal, lo cual permite transmitir a la sociedad uno de los caminos que posibilitan ejercer y reclamar sus derechos sin necesidad de un proceso judicial que en ocasiones se convierte en lento y de trabas.

El acto de mediación, no precisamente corresponde a un resultado de creación positivista, al contrario corresponde a una manifestación inherente de la costumbre, en la que se propendía a la solución de conflictos a través del dialogo de las partes dirigidas por una tercera persona, que podría ser la persona de mayor edad o experiencia del área o materia. Práctica que fue trasladada e incorporada al ordenamiento jurídico paulatinamente, y convirtiéndose en un eslabón transcendental en los procesos judiciales.

Datos estadísticos confirman la relevancia de la mediación frente a los procesos judiciales y la cultura del litigio, teniéndose que “En Ecuador, la efectividad de la mediación ha crecido en los últimos cinco años. De acuerdo con estadísticas de los **Centros de Mediación del Consejo de la Judicatura**, en 2014, el 71,57% de las causas que se instalaron en audiencia se resolvió. Para 2018, ese Porcentaje subió al 90,18%.” (La Hora, 2019).

## **1.2. Concepto y definición de Mediación**

La Constitución de la República (2008), en su artículo 190 reconoce como medios alternativos de solución de conflictos tanto al arbitraje como a la mediación, prescribiendo que “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.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Este reconocimiento constitucional hacia la mediación, en torno a una cultura de paz, facilita a la ciudadanía un empoderamiento en la solución de controversias, sin necesidad de acudir ante la administración de justicia ordinaria, en la que se caracteriza por formalismos, un debido proceso rígido, la necesidad casi general de comparecer conjuntamente con un abogado, tiempos judiciales determinados en la norma jurídica procesal, así como la presencia obligatoria de un juzgador, siendo susceptible de impugnación la decisión dentro de la causa, y emprender con un nuevo procedimiento en la

siguiente instancia, hasta la obtención de una sentencia que goce de ejecutoriedad y cosa juzgada.

La mediación, propiamente dicha, es desarrollada en la Ley de Arbitraje y Mediación donde prevé que:

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. (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)

Esta definición de mediación, concebida por la ley ecuatoriana, establece la presencia de un sujeto en calidad de mediador con una característica de neutralidad; donde las partes interesadas comparecen y desarrollan un acuerdo en consenso, con la finalidad de resolver el conflicto que motivo la disconformidad, siempre que tenga como objeto una materia transigible. La construcción del acuerdo se encuentra libre de formalismo o ritualismo, al contrario opera la informalidad, en la que la decisión adoptada por mandato de la ley, tendrá efecto definitivo similar a una sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada.

Resulta útil el distinguir conceptos de apariencia similar como lo son la conciliación, la mediación, el arbitraje, y la negociación, con la finalidad de identificar con precisión las causales de nulidad *~finalidad del presente trabajo~* que podrían plantearse en un eventual proceso judicial contra las actas de mediación.

Por lo dicho, se entenderá por negociación, al “procedimiento dinámico en el cual intervienen dos o más partes que se encuentren en confrontación, con el fin de encontrar una solución satisfactoria para ambas, en uso de su voluntad y cooperando de lado y lado.”(Vintimilla y Andrade, 2005, p.18) Esencialmente, la mediación tiene como base a la negociación, ya que resulta ser una herramienta básica y adecuada, donde las partes sin presencia de un tercero neutral, superan amigablemente las discusiones y divergencias, creando compromisos mutuos con una naturaleza no adversarial o no confrontativa. En Ecuador, este mecanismo está regulado en el Código Civil, bajo la figura de la Transacción.

La Mediación, para Zulema Wilde y Luis Gaibrois, es “una negociación asistida o dirigida, es decir, es una técnica de solución de conflictos gestada por un tercero imparcial denominado mediador” (Vintimilla y Andrade, 2005, p. 19). A diferencia de la negociación *~en estricto sentido~*, la mediación emplea dicha técnica, con la presencia de un tercer sujeto que debe de gozar de imparcialidad frente al conflicto y las partes, con la finalidad de advenir en la solución de la controversia. Las características del mediador así como de la mediación, son motivo de análisis en los siguientes apartados de éste trabajo.

El arbitraje, como otro de los medios alternativos reconocidos por la Constitución Ecuatoriana de 2008, es “aquel método alternativo mediante el cual las partes disputantes otorgan a un árbitro o tribunal la misión de dirimir o zanjar sus controversias.” (Vintimilla y Andrade, 2005, p. 33). La solución que deriva del arbitraje se lo denomina laudo, y cuya ejecución es forzosa hacia las partes. A diferencia de la mediación, éste procedimiento el tercer sujeto, ostenta una atribución imperativa de dirimir el conflicto, donde la decisión adoptada es vinculante a las partes.

Por último, la conciliación *~extrajudicial~*, en la ley de Arbitraje y Mediación, es considerada como sinónimo a la mediación (Art. 55). Para efectos del presente estudio, la conciliación “implica avenimiento entre intereses contrapuestos; es armonía entre dos o más personas con posiciones disidentes.” (Vintimilla y Andrade, 2005, p. 31). En el derecho procesal ecuatoriano, el legislador ha optado a la tendencia que el juzgador en una etapa preliminar promueva la conciliación, con la oportunidad de su empleo incluso ante la presencia de una sentencia, en materia no penales. Esto último, evidencia la distinción entre una conciliación extrajudicial de la intraprocesal.

En armonía al texto constitucional, surge el reconocimiento de la denominada Mediación Comunitaria como un método alternativo en el que “se preocupa del manejo de los conflictos locales o comunitarios donde está en juego la idea de los “justo comunitario”” (Vintimilla y Andrade, 2005, p. 19). Acorde a la realidad socio-económica de la población ecuatoriana, la mediación comunitaria tiene su efecto de irradiación ante las comunidades indígenas, campesinas, afrodescendientes, así como de las comunidades urbano marginal, gremios o grupos sociales.

### **1.3. Características de la Mediación**

La doctrina como la Ley (Art. 43) coincide en las características propias a la Mediación. Con el objetivo de identificarlas se procede a citar el enunciado normativo pertinente:

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. (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)

**Es voluntario.**- Se distingue tres momentos en los que se materializa la voluntad de los participantes. El primero, que consiste en la voluntad de comparecencia de las partes a un lugar determinado para buscar la solución al conflicto. Un segundo momento, con la voluntad de continuar el procedimiento y ser asistidos por un tercer sujeto – mediador. Y, finalmente, un tercer momento, en el cual las partes, de manera voluntaria arriban a un acuerdo y proceden materializarlo a través de un acta de mediación. En este orden de ideas, y en apego al texto legal, el procurar un acuerdo voluntario que ponga fin al proceso, deberá agotar los tres momentos antes indicados.

**Es confidencial.**- la ley de arbitraje y mediación establece que la mediación, como proceso y resultado, se le dote un carácter de confidencialidad para las partes intervinientes así como para el mediador. Dicha confidencialidad prohíbe e inhabilita al mediador ser participe por el mismo asunto, en calidad de árbitro, testigo, abogado, apoderado o asesor de cualesquiera de las partes. La ley permite la renuncia de la confidencialidad por común consenso de los intervinientes del conflicto.

**Es económica y celer.**- el desarrollo de un proceso judicial comporta el desgaste de recursos económicos por la contratación de profesionales del derecho, la cancelación de honorarios profesionales por peritos, depositarios judiciales, así como la eventualidad de ser condenado en costas procesales, y la pago de multas, indemnizaciones y demás rubros que el juzgador puede fijar, en relación a la naturaleza del litigio que corresponda. A diferencia de lo indicado, el proceso de mediación resulta ser más económico de manera sustancial, donde las partes son quienes construyen las condiciones o acuerdos sin la necesidad de la intervención de abogados patrocinadores o peritos como regla general; sin

incurrir de manera obligatoria al pago de multas en beneficio del erario público; y lo más importante, la mediación se convierte en un proceso de economía temporal, en el que se ahorra el tiempo de meses o años en la sustanciación de un proceso judicial ordinario y sus recursos verticales de impugnación.

**Es informal y flexible.-** el derecho de seguridad jurídica, como el derecho al debido proceso, dotan al pleito judicial de formalismos y solemnidades que deben cumplirse y respetarse, bajo el perjuicio de declararse su nulidad en caso de omisión que acarree indefensión a una de las partes. Tanto en materia penal o no penales, se establecen varios procedimientos y etapas en el mismo proceso, que necesariamente convierten al profesional del derecho y los sujetos procesales en participantes de un guion preestablecido. A diferencia de lo expuesto, la mediación, no comporta en un procedimiento formal, al contrario, impera la informalidad con la principal ventaja que una vez superado algunos acuerdos de las partes, éstas pueden volver al inicio, sin que signifique dejar sin efecto los demás temas ya dialogados.

**No adversarial.-** a diferencia del proceso judicial ante órgano jurisdiccional donde se presentan pretensiones y se determina el objeto de la controversia, en el que al final de la sustanciación de la causa, una parte se superpondrá sobre la otra; en la mediación, las partes no se confrontan, al contrario propenden al diálogo y la construcción de soluciones que den por terminado el conflicto.

**Alternativo y extrajudicial.-** la mediación es susceptible de elegir de manera directa sin necesidad de iniciar proceso judicial alguno, sin que signifique que sea excluyente del litigio. Las partes podrán optar de manera voluntaria en escoger el método de la mediación, construyendo la solución al conflicto sin la participación del operador de justicia. La ley de arbitraje y mediación dota de similares efectos de ejecutoriedad y cosa juzgada al acta de mediación, por lo que no necesita de aprobación posterior de autoridad judicial.

**Materia transigible.-** en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se ha establecido por mandato expreso de la ley o de la Constitución, ciertos derechos indisponibles que no son susceptibles de negociación, transacción o mediación. Todos aquellos derechos sin dicha prohibición expresa son derechos transigibles, por ende son materia transigible para efectos del acuerdo de mediación. Éste tema de estudio es desarrollado de manera más amplia en el numeral 1.12 del presente trabajo.

#### **1.4. Principios que rigen la Mediación**

De manera preliminar se dio tratamiento a la confidencialidad y la voluntariedad como características de la Mediación, criterio que es compartido por varios letrados de la materia. Sin embargo, cabe señalar que estas dos características en mención, constituyen los ejes fundamentales o principios sobre los que descansa la Mediación como un método alternativo a los mecanismos ordinarios para la solución de conflictos, además del principio de imparcialidad.

Manuel Atienza (2012), considera que los principios son “mandamientos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino de las posibilidades jurídicas” (p. 31). Por lo dicho, es necesario remitirse a la Ley de Arbitraje y Mediación, con la finalidad de analizar las posibilidades jurídicas que prevé la norma ante los principios de voluntariedad y confidencialidad de la Mediación.

### 1.4.1 Principio de Confidencialidad

La ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 50 establece que:

Art. 50.- 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)

Esta confidencialidad tiene efectos al interior y al exterior del proceso de mediación.

*De manera intraprocesal*, se colige que los participantes, que comparezcan y presencien las audiencias, así como de los diálogos, acuerdos, fórmulas y demás expresiones e información que hayan sido recabadas, por mandato expreso de ésta ley, deben guardar reserva de lo oído y tratado. La ley no prevé una sanción rigurosa en caso de incumplimiento del acuerdo de confidencialidad, o si la transgresión de ésta, constituya una causa que amerite dar nulidad al compromiso acordado.

La esfera de sigilo que se genera en el proceso de mediación, permite que las partes actúen con un grado de confianza en la que se revela información. Esto permite mayor fluidez y transparencia de los intereses verdaderos y de las necesidades primarias de los participantes. Los argumentos, expresiones y fórmulas creadas en el espacio de mediación, no corresponde ponerse a conocimiento público, contrario sensu, cláusula que permita aquello. En los procesos judiciales ordinarios, se busca al final del procedimiento la búsqueda de un vencedor, a quien el juzgador acepte la demanda o rechace la misma, decisión que será pública; a diferencia de la mediación.

*De manera extraprocesal*, en caso de resultados de imposibilidad de acuerdo o de acuerdos parciales, aquella información no aceptada en consenso por los participantes, no tendrán incidencia probatoria ante eventuales procesos arbitrales o judiciales. De esta manera el principio de confidencialidad asegura a las partes, que la información proporcionada de manera voluntaria, y en virtud a la elección de éste método alternativo, no incida en la sana crítica del juzgador ordinario, frente a posible juzgamiento a posteriori.

El principio de confidencialidad se extiende además hacia el Mediador de la controversia, quien por mandamiento de la ley (Art. 49 LAM), se inhabilita a futuro en comparecer en calidad de árbitro, asesor, abogado, testigo o apoderado de una de las partes. A pesar de la omisión normativa de la Ley de arbitraje y mediación, en cuanto a la calidad de juez, dicha supletoriedad del presupuesto de facto se lo encuentra en el Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 22 numeral 6 que prescribe:

Art. 22.- Causas de excusa o recusación. Son causas de excusa o recusación de la o del juzgador: (...)

6. Haber sido representante legal, mandatario, procurador, defensor, apoderado de alguna de las partes en el proceso actualmente sometida a su conocimiento o haber intervenido en ella como mediador. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Así, bajo una interpretación hermética e integral del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en aras del derecho de seguridad jurídica, y un debida tutela efectiva, quién asumió el rol de mediador de manera previa al proceso judicial, se encuentra impedido de conocer la misma

controversia en calidad de juez, y en caso que ocurra dicha situación, el Cogep establece la posibilidad de plantearse la demanda de recusación o por iniciativa del juez o jueza, un incidente de excusa, garantizándose la confidencialidad de lo tratado, así como el principio de imparcialidad.

#### **1.4.2. Principio de Voluntariedad**

A pesar que se manifestó que la mediación es un procedimiento informal, que no se ajusta a un guion riguroso y preestablecido en la ley, es necesario hacer hincapié que goza de un procedimiento flexible. En cada uno de los momentos procesales establecidos en la ley de arbitraje y mediación, el principio de voluntariedad atraviesa de manera transversal, al proceso de mediación, dando la facultad a los participantes de retomar puntos del conflicto tratados preliminarmente.

El principio de voluntariedad está intrínsecamente relacionado a las formas de procedibilidad de la mediación. Teniendo como formas de encausar un procedimiento de mediación las siguientes:

- a) El artículo 46.a de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que la mediación puede iniciar “por convenio escrito entre las partes” lo cual imposibilita a las juezas y jueces avocar conocimiento de contiendas legales, en las que previamente no se haya agotado la mediación, como el mecanismo alternativo a la solución de conflictos acordada de manera conjunta por las partes. En caso de iniciarse la acción legal correspondiente, la parte demandada tendrá la oportunidad de alegar como excepción “la existencia de convenio de mediación” como lo prevé el artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos.

La Resolución No. 012-2017 emitida por la Corte Nacional de Justicia, sobre la Resolución de Excepciones previas en el Cogep, que en su parte pertinente indica que:

el ejercicio del derecho a la libre autonomía que les asiste a las personas, en cuanto éstas pueden decidir voluntariamente excluir sus controversias del conocimiento de los órganos jurisdiccionales (justicia ordinaria), y por ende someterlas a medios alternativos de solución de conflictos, a saber arbitraje, mediación, negociación. (p. 26)

En caso que la parte demandada, no alegue dicha excepción, la ley lo concibe como una renuncia del sometimiento del conflicto frente a mediadores, y continuará su sustanciación frente a la justicia ordinaria. Se hace énfasis que la ley de la materia, establece que la aceptación de ésta excepción da como consecuencia el archivo de la causa; mientras la Resolución 12-2017 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, precisa en señalar que “cuando el juzgador la encuentre procedente deberá acogerla mediante sentencia”. (p. 27).

- b) Asimismo, en virtud del principio de voluntariedad, la mediación puede iniciar “a solicitud de las partes o una de ellas” (Art. 46.b), lo cual obedece al ejercicio del derecho de libertad de autonomía de contratación de las partes consagrado en el numeral 16 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador.
- c) Ante la sustanciación de un proceso judicial, en la cual el juzgador derive la causa a uno de los Centros de Mediación, sea de oficio o a petición de parte, siempre y cuando “las partes lo acepten” (art. 46.c).

Las formas antes descritas de iniciar un proceso de mediación, permite identificar tres momentos en los que se optimiza el principio de voluntariedad de la mediación. El primero, que consiste en la voluntad de comparecencia de las partes. Un segundo momento, con la voluntad de continuar el procedimiento y ser asistidos por un mediador, siendo apreciable la primacía de la voluntad de las partes, en extender o ampliar el término de duración de la derivación realizada por un juzgador al centro de mediación. Y, finalmente, un tercer momento, en el cual las partes, de manera voluntaria arriban a un acuerdo y proceden materializarlo a través de un acta de mediación.

### 1.4.3. Principio de Imparcialidad

La Ley de Arbitraje y Mediación (2006) es reiterativa en manifestar que la mediación será sometida y se debe actuar ante un “un tercero neutral” (art. 43) o “centro de mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados” (art. 44 y 48). Las características en mención, neutral e independiente, conllevan a proseguir un análisis jurídico de estas definiciones, teniéndose a consideración que para Guillermo Cabanellas, se consideran sinónimos:

- “**Neutral.-** Imparcial. II. Indiferente; por no ser de uno ni otro de los contendientes o discrepantes. (...)” (Cabanellas, 1981, p. 542)
- “**Independiente.-** Soberano. II Emancipado. Autónomo. II. Imparcial (...)” (Cabanellas, 1981, p. 387).

En la búsqueda de las definiciones de *Imparcial* e *Imparcialidad*, Cabanellas prosigue y manifiesta:

- **Imparcial.-** Que juzga o se comporta de modo sereno, justo, desapasionado, sin favoritismo. (Cabanellas, 1981, p. 341).
- **Imparcialidad.-** Actitud recta, desapasionada, sin prejuicios, ni prevenciones al proceder y al juzgar. (Cabanellas, 1981, p. 341).

En consonancia con la Ley de la materia, se ratifica la idea que el mediador es una tercera persona, que debe actuar de manera desapasionada, ni para el uno ni del otro, apegado a lo justo y de manera recta. El principio de imparcialidad redactado en el Código Orgánico de la Función Judicial (2009) expresa que “la actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley.”(Art. 9). Como se indicó, la mediación es un órgano jurisdiccional de la Función Judicial, por lo tanto, es aplicable dicho principio a este método alternativo de solución de conflictos.

### 1.5. Modelos de mediación

La historia del estado ecuatoriano, se caracteriza por las luchas sociales así como la reivindicación de sus derechos, lo cual demuestra la diversidad de actores de la sociedad, como la población mestiza, indígena, afrodescendientes, pueblos montubios, campesinos; colectividades así como comunidades y demás sectores del estrato social. Cada quien en búsqueda de la satisfacción de sus necesidades. Aquello permite apreciar la conformación poblacional del Estado, quién debe garantizar, proteger, respetar, promover los derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos desde un enfoque intercultural y plurinacional.

La Ley de Arbitraje y Mediación apegada a esta realidad ecuatoriana, regula la coexistencia de dos modelos de Mediación; una que bien podría ser considerada como una Mediación institucionalizada u ordinaria; y una segunda denominada Mediación Comunitaria. A continuación se analizará este segundo Modelo de Mediación, cuyo ámbito de aplicación corresponde hacia sectores, organizaciones, grupos sociales así como a pueblos y colectivos.

La mediación comunitaria, se refiere a un “método alternativo que se preocupa del manejo de los conflictos locales o comunitarios donde está en juego la idea de los “justo comunitario””. (Vintimilla y Andrade, 2005, p. 19) Se caracteriza por aquellos lazos de pertinencia a la comunidad así como su afinidad. En el contexto ecuatoriano se practica este modelo en dos espacios: 1) Ante Comunidades indígenas y campesinas; y 2) Ante comunidades urbano marginales, gremiales o grupos populares.

El artículo 58 y 59 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006), señalan:

Art. 58.- Se reconoce la mediación comunitaria como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos.

Art. 59.- Las comunidades indígenas y negras, las organizaciones barriales y en general las organizaciones comunitarias podrán establecer centros de mediación para sus miembros, aún con carácter gratuito, de conformidad con las normas de la presente Ley.

Conservan semejanzas ambos modelos de mediación, salvo sustanciales diferencias que a continuación se expone. El mediador comunitario es una persona que cuenta con una realidad, experiencia, sentimiento y pertinencia al igual que las partes; si este modelo se enfoca desde una perspectiva de las comunidades indígenas, bien se puede señalar, que comparten una misma cosmovisión. El mediador comunitario al compartir la cultura, el lenguaje de las partes, tiene mayor facilidad de diálogo e interacción, sin que se produzca un fenómeno de aislamiento y marginación.

Los principios de voluntariedad y confidencialidad son sutilmente modificados. Ciertas comunidades indígenas, campesinas y populares consideran que la resolución de conflictos es una “política local de persuasión” (Vintimilla y Andrade, 2005, p. 26) es decir, constituye un paso obligatorio en el camino de la solución comunitaria del conflicto. Al tratarse de conflictos en comunidades, se advierte la presencia de autoridades locales, así como el sentido de pertinencia en la relación *hombre-comunidad-naturaleza*, por tanto, en la resolución de conflictos interactúa la comunidad, las autoridades, el mediador y las partes, por ende el principio de confidencialidad se atenúa su naturaleza ante este modelo de mediación.

### **1.6. Procedimiento de la mediación**

A lo largo del presente trabajo se dejó sentado que la mediación no se ajusta a un procedimiento cerrado por etapas o ritualismos, pero si obedece al cumplimiento de ciertas solemnidades mínimas para su efectividad. El derecho al debido proceso consagrado en la Constitución de la República irradia a todos los procesos en los que se determinen obligaciones y derechos, y por mandato constitucional se incluyen garantías básicas que deben ser cumplidas en lo posible atendiendo a la naturaleza jurídica de la mediación <tema que será tratado en el numeral 1.8>.

El procedimiento de este método alternativo tiene un principio y un fin, que se desarrolla de manera informal, ante la presencia de un tercero neutral, quien debe procurar un acuerdo voluntario que verse sobre una materia transigible, y para ello debe garantizar el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico nacional y respetar los derechos de las partes, en armonía a la primera garantía del artículo 76 de la Carta Constitucional, caso contrario, daría la posibilidad que el acta de conciliación adolezca de un objeto ilícito.

Al procedimiento de mediación, están legitimados en intervenir toda persona natural o jurídica, sea de derecho público o privado, con capacidad legal para transigir, lo cual guarda coherencia con el artículo 1461 numeral 1 del Código Civil, así como la capacidad procesal para concurrir al medio alternativo, conforme los artículos 31, 32, 33, 34, 35, 38 y demás pertinentes del Código Orgánico General de Procesos.

Como se manifestó anteriormente, el inicio del procedimiento de mediación puede proceder por convenio escrito de las partes; por derivación de un proceso judicial; o por petición de una o ambas partes. En este último caso, la solicitud escrita deberá contener la identificación de las partes, así como su dirección domiciliaria, números telefónicos de manera opcional, y una breve descripción de la naturaleza del conflicto. La solicitud dirigida al mediador o centro de mediación, la ley no prevé la obligatoriedad de comparecencia con abogado defensor, por lo que la garantía constitucional de ser asistido por un abogado o abogada a su elección o defensora o defensor público queda en segundo plano.

La autorización y funcionamiento otorgada por el Consejo de la Judicatura hacia el mediador o centro de mediación, exigida por la ley de Arbitraje y Mediación en sus artículos 48, 52 y 59 cumple con la garantía de independencia, imparcialidad y competencia prescritas en el artículo 76, numeral 7, letra K de la Constitución de la República. En caso que el mediador o centro de mediación no cumpla con el registro previo ante el Consejo de la Judicatura, se estaría realizando actuaciones ante un tercero con incompetencia, y por tanto adolecería de una causal de nulidad conforme el artículo 112.1 y art. 107 numerales 1 y 2 del Cogep.

Lo antes dicho, cobra sentido jurídico al remitirse al artículo 47 inciso cuarto de la ley de arbitraje y mediación, en la que al acta de mediación se le atribuye un efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. Por mandato constitucional, todos los fallos o resoluciones en todos los procedimientos en que se decida derechos, es posible recurrir. Y esta acción judicial de recurrir es procedente siempre que no haya sido ejecutada la sentencia <acta de mediación>, conforme el artículo 112 inciso segundo del Cogep.

De esta manera, y desde la temática del presente trabajo, se establece que el procedimiento de mediación con características de informalidad, debe ajustarse en lo posible a las garantías básicas del derecho constitucional al debido proceso, así como a las normas infra constitucionales como lo son el Código Civil, el Cogep, y la misma Ley de Arbitraje y Mediación, a través de una labor interpretativa teleológica y sistemática del ordenamiento jurídico.

### **1.7. El Mediador como tercero neutral**

A pesar que el acta de mediación tiene un efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, es necesario establecer la diferencia existente entre el mediador y el Juez. El mediador no decide, sino las partes; situación decisoria que si la realiza el Juez, como

resultado final de la controversia. Por mandato expreso de la ley, tanto el mediador como el juez deben actuar de manera neutral.

El Diccionario Jurídico Elemental, define al mediador como la persona “Quien participa en un asunto, negocio, contrato o conflicto, por encargo de una o ambas partes, o para prestarles algún servicio sin convertirse en una más equiparable a las principales” (Cabanellas, 2010, p. 240). Esta última parte de la definición brindada por Cabanellas, que hace referencia al comportamiento del mediador, quién no debe *convertirse en uno más* de los partícipes, resulta de trascendental en el estudio del tema.

El mediador necesariamente debe ser un tercero independiente del conflicto, quién debe facilitar la comunicación y el diálogo entre las partes, para ello puede emplear diversas técnicas a su disposición, en la que debe propender a descargar las emociones y estados anímicos de las partes en búsqueda de salir de las posiciones preestablecidas de los sujetos.

Para arribar a dicha neutralidad, las partes son quienes pueden elegir a libertad al mediador y/o centro de mediación que cumplirá con éste mecanismo alternativo. Esto conlleva a que el mediador deba actuar sin tomar interés personal del resultado, y mucho menos establecer arreglos o fórmulas, o sus opiniones y criterios tengan incidencia en una o ambas partes. Como se reseñó, el mediador “no tiene poder de decisión” (Bustamante, 2007, p. 9), lo cual lo diferencia del juez y del árbitro.

Con mérito al presente trabajo, se puede establecer como situación hipotética, la suscripción de un acta de mediación, en la que la actuación del mediador fue preponderante a la solución *adoptada* por las partes. Si bien se expresó que el principio de voluntariedad se encuentra presente desde el inicio hasta el fin del procedimiento de mediación, pero no es menos cierto que el principio de imparcialidad <neutralidad del mediador> debe ser respetado y aplicado. Ante una situación excepcional, donde la solución adoptada por las partes contenga una carga decisoria atribuible al mediador, y satisfaga de manera directa a una de las partes, la parte presuntamente perjudicada podría optar por iniciar una acción judicial aduciendo el vicio de su consentimiento, con la debida justificación probatoria a su pretensión.

### **1.8. Naturaleza jurídica del Acta de Mediación**

El legislador ha dotado al acta de mediación que contiene un acuerdo, el efecto de una sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, que se ejecutará del modo de una sentencia de última instancia por la vía de apremio. Esta naturaleza jurídica del acta de mediación da la posibilidad que las partes en conflicto puedan crear sus soluciones de la mejor forma voluntaria que convenga a sus intereses, otorgándole una naturaleza a ésta resolución alternativa del conflicto, que sea inmutable e irrevocable por otra autoridad jurisdiccional, salvo excepciones establecidas en la misma ley.

El artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006), establece:

Art. 47.- El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.  
(...) 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 (...)

En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos en estas materias.

De lo citado se deduce que el acta de mediación que contiene un acuerdo, puede gozar de un efecto de cosa juzgada formal o de cosa juzgada material. Así ante un acuerdo de mediación que tenga por objeto la fijación de una pensión alimenticia, o situaciones de régimen de visitas en materia niñez, ostentarán el efecto de cosa juzgada formal, susceptible de modificación. Dicha excepción a la regla general, opera en cuanto al principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

El Código de la Niñez y Adolescencia (2009), sobre la institución jurídica de la Cosa Juzgada, establece que: “Art. ... 17 (142).- **Del efecto de cosa juzgada.**- La providencia que fija el monto de la pensión de alimentos y los obligados a prestarla, no tiene efecto de cosa juzgada.”

De igual manera, frente al efecto de ejecutoria de la resolución, la ley materia de niñez, precisa en indicar que:

Art.119.- Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia.- Las resoluciones sobre tenencia no causa ejecutoria. El juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2009)

La Corte Constitucional a través de Sentencia No. 099-14-SEP-CC, Caso No. 0120-13-EP, manifiesta que el derecho a “la seguridad jurídica tiene su nexo o vínculo con el instituto de la cosa juzgada” (Corte Constitucional, 2014, p.16), convirtiéndose en una manifestación de certeza, “toda vez que el *thema decidendum* se ha concretado definitivamente, la controversia ha cesado para siempre, esto es, la posición del sujeto llega a ser incontrovertida por ser incontrovertible”. (Corte Constitucional, 2014, p.16) Los efectos así entendidos de la cosa juzgada, prevén alcanzar certidumbre, y que imposibilita a las partes que se replanteen controversias de manera indefinida, así el juzgador se encuentra prohibido de “sustanciar la misma cuestión ya decidida y dictar una sentencia que contradiga a la anterior”.(Corte Constitucional, 2014, p.16).

En mérito del presente estudio, el efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada del acta de mediación, a prima facie entendería la imposibilidad de su tratamiento jurisdiccional. Como se ha dejado escrito, su revisión judicial y modificación es posible en temas relacionados a menores y alimentos, por circunscribirse dichas actas en efecto de cosa juzgada formal. De igual manera, existe la posibilidad de revisión judicial de las actas de mediación cuando adolece de causales de nulidad, y su tratamiento jurídico no constituye “sustanciar la misma cuestión ya decidida” y mucho menos se dicta “una sentencia que contradiga la anterior”, ya que el efecto de una declaratoria de nulidad, es volver al estado anterior de las cosas.

Bien ahora, el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006), establece además que “se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio”, lo antedicho es merecedor de aclaración en cuanto a nuestro sistema de

administración de justicia ordinaria. En este apartado no se dará tratamiento aún al tema de la ejecución del acta de mediación, que corresponde su estudio más adelante. Se debe identificar de manera conceptual que el acta de mediación tiene efectos de una sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, pero la ley no prevé ni otorga al acta de mediación una naturaleza jurídica de sentencia de última instancia o de una sentencia de Corte Nacional de Justicia, como una tercera y última instancia de justicia ordinaria.

En aras de clarificar lo antes dicho, se da situaciones donde la contienda judicial no agota todas las instancias permitidas por recursos impugnatorios, y no trascienden a una segunda instancia. Ante dicho evento la sentencia se ejecutoría y se constituye como cosa juzgada ante el primer nivel, misma situación que puede suceder en una segunda instancia ante las Salas Especializadas de las Cortes Provinciales de Justicia. Esto significa que la condición de sentencia ejecutoriada y por ende cosa juzgada puede darse ante primera o segunda instancia, dependiendo del agotamiento de los recursos impugnatorios previstos en la ley.

El mérito procesal de interponer el recurso extraordinario de casación o revisión para ante la Corte Nacional de Justicia, no es factible considerarlo como una *tercera instancia*. Esta reflexión se la advierte por cuanto de la técnica de redacción empleada por el legislador, presta a la ambigüedad de sobrentender que el acta de mediación tiene efecto de “sentencias de última instancia” sumado a ello la cultura jurídica de aún confundir la competencia de la Corte Nacional de Justicia como otra instancia de impugnación y revisión probatoria.

El máximo Tribunal de Justicia Ordinaria del país, en la obra denominada *Memorias del I seminario internacional: el recurso de casación en el estado constitucional de derechos y justicia*, en cuanto a la Casación de manera contundente ha dado pronunciamiento señalando que

la casación no es una apelación, ni tampoco de jurisdicción ordinaria. Su función es conducir a la ejecución de las leyes, a toda parte del orden judicial que intente separarse de ella, por lo que tiene un carácter extrajudicial, no es una tercera instancia (Corte Nacional de Justicia, 2013. p. 72)

Por lo manifestado, la naturaleza jurídica del acta de mediación que contiene un acuerdo, es y debe ser considerado sus efectos como una sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, sin la necesidad de atribuirle condiciones de instancia alguna, esto debido a que la no interposición de recursos y el agotamiento del término de impugnación conlleva la ejecutoria, y dependiendo de la materia puede gozar de un efecto de cosa juzgada material o formal.

## **1.9. Tipos de actas de Mediación**

Conforme dispone la ley de la materia, se distingue 3 tipos de actas en el procedimiento de mediación: 1) Acta de Imposibilidad; 2) Acta de Acuerdo Total; y, 3) Acta de Acuerdo Parcial. Aunque la norma establece la existencia de la *Constancia de Imposibilidad de Mediación*, la ley no le atribuye la calidad de acta, ya que esta tiene su fundamento en la no comparecencia de las partes, lo cual da la posibilidad de insistir en el procedimiento de mediación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 51 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

### **1.9.1. Acta de Imposibilidad**

El artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) establece que:

Art. 47.- (...) En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario. (...)

Se reafirma la idea que a diferencia de la *Constancia de Imposibilidad*; en el acta de Imposibilidad las partes han concurrido ante el mediador o centro de mediación, y no han podido llegar a un consenso de solución por el conflicto latente. Ante esto el mediador procede a la suscripción de dicha acta, que posibilita a las partes que al concurrir ante la administración de justicia ordinaria, puedan presentar el acta para omitir fases procesales conciliatorias, y se dará continuación a la sustanciación de la causa.

### 1.9.2. Acta de Acuerdo Total

Ante la situación fáctica de encontrarse ante un acuerdo total de las partes en conflicto, el acta de mediación será considerada de *Acuerdo Total*, sin que tenga puntos pendientes a resolverse. El enunciado normativo tantas veces invocado, establece que:

Art. 47.- (...) En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador.

La expresión “*por lo menos*” concibe la idea que los elementos del Acta de Mediación pueden ser otros adicionales, según corresponda el objeto de conflicto. Dicho así, el acta contiene unos elementos mínimos y otros que por la práctica forense han sido incorporados, y que deben ser considerados para su plena validez, como lo son:

- **Lugar y fecha.**- a pesar que la iniciativa propia de las partes en acudir a esta solución alternativa de conflicto no se somete a una competencia territorial, es imprescindible dejar por sentado el lugar donde aconteció la solución, así como la fecha de la suscripción del acuerdo, esto debido a la contabilidad del tiempo en caso de acordar obligaciones sujetas a plazo.
- **Identificación del mediador o centro de mediación.**- con la finalidad de tener eficacia jurídica el acta de mediación, debe esta contar con una mediadora o mediador, o centro de mediación debidamente autorizado y registrado en el Consejo de la Judicatura, conforme lo previsto en el artículo 48 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Por analogía al contenido de una sentencia, es necesario remitir a lo prescrito en el artículo 95.1 del Cogep, esto es, la mención del juzgador, y en caso de no ostentar jurisdicción o competencia es subsumible las causales establecidas en el art. 112.1 ídem.
- **Identificación de las partes.**- al igual como lo establece el Cogep, en su artículo 95 numeral tercero, es imprescindible proporcionar los datos que permitan la identificación de las partes suscribientes del acta de mediación. La falta de éste requisito resultaría casi imposible en la práctica, pero su omisión conforme al Cogep no constituye causal de nulidad.

Resulta causa de nulidad cuando las partes procesales no ostenten legitimación de personería, situación similar por analogía correspondería en caso de las partes del acta de mediación cuando no sean titulares del derecho o no actúen con la debida justificación de representación.

- **Base legal.-** a pesar que la ley de arbitraje y mediación no establece una obligación de identificar la normativa jurídica aplicable al caso en concreto; ciertos centros de mediación así como mediadores, en aras de justificar la certeza y respeto a normas jurídicas previas, claras, de cumplimiento de todos, han optado por incorporar como parte del contenido del acta de mediación la base legal aplicable, guardando armonía con el precepto constitucional de motivación establecido en el artículo 76 numeral 7 letra L de la Constitución de la República.
- **La relación de los Hechos.-** debe constar los antecedentes del conflicto que motivaron a las partes el concurrir ante la mediadora o mediador.
- **Descripción de obligaciones.-** dichas obligaciones deben ser posibles y realizables para las partes. Versaran sobre derechos propios y transigibles. La redacción ambigua, imprecisa, indeterminada conlleva a una ineficaz ejecución del acta de mediación.
- **Firmas o huellas.-** el artículo 47 de la ley de la materia, establece como presunción (cabe reflexionar si de hecho o de derecho), que la firma del mediador, de las partes y que el documento son auténticos.

Lo elementos expuesto aquí, se los ha brindado desde un enfoque de la Teoría que aprecia al acta de mediación con efectos de una sentencia.

### **1.9.3. Acta de Acuerdo Parcial**

Finalmente, un acta de acuerdo parcial se produce cuando las partes del conflicto arriban a una solución en ciertos puntos de debate, quedando otros pendientes a resolver sea por voluntad de los mismos o por actividad jurisdiccional del juzgador dentro de un proceso judicial. La ley de arbitraje y mediación (2006) establece que: “Art. 47.- (...) Si el acuerdo fuere parcial las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo.”

### **1.10. Teorías del acta de mediación**

Varias interpretaciones se han dado a los efectos y la forma de producción del acta de mediación que permiten distinguir posicionamientos en cuanto a la manera de concebirla como un negocio jurídico, como una sentencia, y, propiamente como una institución autónoma. En apego al ordenamiento jurídico nacional, a continuación se expondrán los puntos relevantes de cada teoría, realizando una comparación de cada de ellas con el texto normativo más afín, lo cual permitirá identificar a posteriori las causales de nulidad al acta de mediación desde cada una de las teorías.

#### **1.10.1. Como sentencia**

De manera preliminar se manifestó que la naturaleza jurídica del acta de mediación tiene un efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, motivo por el cual cierta parte de la doctrina se inclina a esta postura de concebir al acta de mediación como una sentencia. Lo manifestado tiene su sustento jurídico al remitirse al artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Hugo Suescún Pujols considera que el Acta al ser “equivalente a una sentencia, y no constituir, como considera la mayoría, un negocio jurídico, es improcedente su anulación por vicios del consentimiento” (Gil Echeverry, 2003, p. 10) Por ende, al sustraerse el ideario de un negocio jurídico corresponde darle un tratamiento similar como una sentencia, siendo pertinente realizar un análisis de comparabilidad entre el Acta de

Mediación en virtud de los requisitos para una sentencia, como lo determina el Código Orgánico General de Procesos, como norma adjetiva en procesos no penales.

Previo a ello, es necesario retomar como tema de debate a la Jurisdicción, alacual el Código Orgánico de la Función Judicial (2009) la define como “la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” (Art. 150) siendo una potestad de juezas y jueces. Ahora, la Constitución de la República del Ecuador, da un tratamiento jurídico a los métodos alternativos de solución de conflictos dentro del Título IV intitulado como la *Participación y Organización del Poder*, en su capítulo cuarto denominado “*Función Judicial y justicia indígena*”, reconoce a la mediación, el arbitraje y otros procedimientos. Esto permite apreciar la ruptura del paradigma tradicional de prevalencia de la justicia ordinaria, y destaca la existencia de otras formas de alcanzar la justicia, el pluralismo jurídico.

La Constitución de 2008, establece que la Función Judicial, se compone por órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares, y órganos autónomos. Además de reconocer que los únicos encargados de administrar justicia son los órganos jurisdiccionales y *otros con iguales potestades* (Constitución de la República, 2008, Art. 178). En armonía a éste presupuesto normativo, el Código Orgánico de la Función Judicial (2009) establece que la administración de justicia es un servicio público (Art. 17), por tanto la mediación, el arbitraje y otros medios alternativos de solución de conflictos constituyen *una forma de este servicio público*.

La Corte Constitucional en sentencia No. 302-15-SEP-CC, Caso No. 0880-13-EP de fecha 16 de septiembre de 2015, al abordar ejes temáticos como el acceso a la justicia y de la tutela efectiva, realiza una enumeración taxativa de aquellos órganos de la Función Judicial y de los demás órganos y funciones previstos en la Constitución que tienen la potestad de administrar justicia, siendo:

[e]stos órganos jurisdiccionales según la Norma Suprema, artículo 178, son los siguientes: 1) La Corte Nacional de Justicia. 2) Las Cortes Provinciales de Justicia. 3) Los tribunales y juzgados que establezca la ley. 4) Los juzgados de paz. 5) Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (artículo 171 ibídem). 6) Las juezas y jueces de paz (artículo 189 ídem). 7) Los árbitros y mediadores (artículo 190 ibídem). 8) La Corte Constitucional (artículo 429 ibídem). (Corte Constitucional, 2015, p. 18)

Estas premisas permiten entender que las actas de mediación conforme la Ley de Arbitraje y Mediación, tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, superando la concepción tradicional de jurisdicción, franqueando hacia la posibilidad de reconocer la potestad de los métodos alternativos de alcanzar soluciones justas y equitativas con una participación dinámica de las partes interesadas.

El Código Orgánico General de Procesos (2015) en su artículo 95 establece las partes indispensables que debe contener una sentencia, siendo:

Art. 95.- Contenido de la sentencia escrita.- La sentencia escrita contendrá:

1. La mención de la o del juzgador que la pronuncie.
2. La fecha y lugar de su emisión.
3. La identificación de las partes.

4. La enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa de la o del demandado.
  5. Decisión sobre las excepciones presentadas.
  6. La relación de los hechos probados, relevantes para la resolución.
  7. La motivación
  8. La decisión que se pronuncie sobre el fondo del asunto, determinando la cosa, cantidad o hecho al que se condena, si corresponde.
  9. La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas.
- Además de la emisión en idioma castellano, a petición de parte y cuando una de estas pertenezca a una comunidad indígena, la sentencia deberá ser traducida al kichwa o al shuar según corresponda.

En relación al contenido mínimo del Acta de Mediación que establece la Ley de Arbitraje y Mediación (2006), se observa que:

Art. 47.- (...) En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador.

Tanto la sentencia como el acta de mediación guardan similitudes al constatarse que participa un tercero neutral e imparcial: sea la juez o juez; o, la mediadora, mediador o centro de mediación. Se propende a dar solución a un conflicto latente de las partes. Tanto el juzgador como los mediadores gozan de reconocimiento constitucional, como órgano jurisdiccional y *otro de iguales potestades*, respectivamente. La sentencia y el acta de mediación son reconocidas como Títulos de Ejecución ante la normativa procesal Cogep.

En cuanto al efecto vinculante tanto de la sentencia como del acta de mediación, se hace mención que el Cogep (2015) en su artículo 97 exclama que “Art. 97.- Las sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el proceso sobre el que recayó en el fallo (...)” en similares expresiones encontramos en el artículo 47 inciso segundo de la Ley de Arbitraje y Mediación cuando hace alusión a la narración de los hechos que originan el conflicto así como de las obligaciones a cargo de cada una de las partes del conflicto, lo que lleva a entender que su efecto es exclusivo a las partes, más aún ante la presencia del principio de confidencialidad.

Del efecto de sentencia ejecutoriada, el Cogep (2015) determina en el artículo 101 que esta se da, cuando: “surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo proceso (...)” y la autoridad de cosa juzgada (Art. 99) ocurrirá cuando la sentencia no sea susceptible de recurso, o cuando las partes acordaron darle aquel efecto, o cuando se dejó transcurrir los términos sin interponer recurso alguno, o al momento de desistir, desertar, abandonar o resolver recursos impugnatorios. Dicho así tanto la sentencia ejecutoriada y con autoridad de cosa juzgada, y el acta de mediación con similares efectos que manda la ley, son inmutables.

### **1.10.2. Como negocio jurídico**

Otra de las teorías en torno a la naturaleza del acta de mediación consiste en atribuirle un carácter de negocio jurídico, justificándose que “El acuerdo al que llegan las partes como resultado de la mediación participa de la naturaleza de la transacción. (Y la ley de fondo no

exige que en ella deba intervenir un juez a los fines de su homologación)” (Dupuis, 1997, p. 200) Así, el acuerdo de voluntades por medio de la transacción donde no opera participación de un tercero, constituye un negocio de las partes.

En el contexto ecuatoriano, el Código Civil (2005) prescribe que la “Art. 2348.- 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”. Lo manifestado presupone la existencia de un litigio, por el cual mediante un acuerdo de voluntades llegan a culminarlo, o a su vez previenen de manera consensual un posible litigio.

Vale hacer hincapié, que la transacción al ser un contrato “es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa” (Codigo Civil, 2005, Art. 1454) es necesario que sean partícipes personas legalmente capaces, cuyo acto o declaración no adolezca de vicios en el consentimiento, al realizar el negocio sobre un objeto lícito y por una causa lícita.

La definición proporcionada por el Código Civil (2005), al contrato de transacción se advierte la presencia de tres elementos como lo son:

- 1) La existencia de un derecho. El derecho a transigir debe ser propio, “no vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen” (Art. 2354) por ende quien participe del contrato de transacción debe ser una persona capaz de disponer, o a través de mandatario con poder especial para transigir.
- 2) Voluntad de las partes de terminar o prevenir un litigio. Las partes concurrentes al contrato de transacción, deben acudir con una voluntad libre de vicios del consentimiento. Además que dicho contrato puede ser celebrado dentro de un proceso judicial con la intención de finalizar el litigio, así como puede ser celebrado dicho contrato sin la existencia de un proceso judicial para prevenir un litigio a futuro.
- 3) Concesiones mutuas. A pesar que el Código Civil no establece de manera clara este elemento del contrato de transacción, la doctrina a sido unánime en manifestar la existencia de este punto, por cuanto:

si las partes no procuran concesiones o sacrificios, sino sólo beneficios no se puede sostener que se está frente a una transacción sino que se gira en el ámbito de un negocio jurídico distinto, como la simple renuncia a un derecho, la remisión, el allanamiento a una demanda o cualquier forma indeterminada (Bonivento, 1992, p. 102)

Por lo tanto, la transacción será posible el tratamiento de las posiciones de las partes con la intención de finalizar o prevenir un litigio, con el debido sacrificio o concesiones de los contratantes.

El Código Civil dota al acta de mediación un efecto de cosa juzgada en última instancia, al cual se podrá pedir su declaración de nulidad o de rescisión conforme a determinadas causales específicas en la misma ley, y que serán objeto de estudio en el siguiente capítulo del presente trabajo. De esta manera, tanto el acta de mediación como la transacción conservan identidad de efectos de cosa juzgada.

Para su ejecución, el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 362 considera como títulos de ejecución a dos clases de transacción: la primera, aquella que ha sido presentada y aprobada por autoridad jurisdiccional dentro de un proceso judicial; y una segunda, cuando las partes de manera voluntaria la han realizada, sin que medie contienda judicial. Esto visualiza, la posibilidad de ejecución de la transacción al igual que el Acta de Mediación.

Frente a terceros, la Transacción surte efecto entre los contratantes conforme lo determina el artículo 2363 del Código Civil, lo cual guarda similitud con los efectos directos de las partes ante la presencia de una Acta de Mediación. Pero se advierte la inexistencia de la confidencialidad en la transacción, característica inherente de las actas celebradas ante mediadores.

A pesar de las semejanzas encontradas entre el Acta de Mediación y la Transacción, desde esta teoría de concebirla como un negocio jurídico, corresponde exponer las diferencias encontradas. El acta de mediación es elaborada ante la presencia de un mediador o centro de mediación autorizado y registrado por el Consejo de la Judicatura, por lo tanto es solemne; situación ajena a la Transacción, donde no se requiere la intervención de un tercero para su validez, por lo tanto no es un contrato solemne, sino consensual. Además, el acta de mediación ostenta la calidad de sentencia ejecutoriada; efecto no otorgado al contrato de transacción, por mandamiento expreso de la ley.

Recapitulando los criterios más relevantes, de la teoría que concibe al acta de mediación como una sentencia, ésta destaca las similitudes de los efectos de sentencia ejecutoriada y autoridad de cosa juzgada entre ambas; así como la presencia de un tercer sujeto neutral e imparcial, que permite a las partes arribar a la solución que pone fin al conflicto, con efectos directos a las partes. Quienes apoyan dicha teoría consideran que tanto el acta de mediación como la sentencia, deben contener elementos mínimos que permitan considerarla como tal, siendo susceptible de nulidad bajo determinadas causas establecidas en la ley, esto es, en el Código Orgánico General de Procesos.

Por otro lado, quienes apoyan la teoría que el acta de mediación es un negocio jurídico semejante a la transacción, consideran que ambas son expresiones de voluntad de las partes que se reduce a un contrato, que tiene efecto de cosa juzgada. Tanto la transacción como el acta de mediación, ponen fin al conflicto, pudiendo nacer ésta para prevenir una contienda legal, o dentro de la misma ante la presencia de una tercera persona que debe vigilar y aprobarla, cuyos efectos son directos para las partes. Quienes apoyan la teoría negocial y contractual del acta de mediación, sostienen la aplicabilidad del Código Civil, como norma de derecho privado que regula la actividad entre particulares de carácter contractual, siendo susceptible de nulidad bajo las causales propias de la transacción, así como de las causales generales a los contratos y actos declarativos de voluntad.

En este sentido se aprecia la confrontación de teorías toman como sustento el acto o negocio jurídico del acta de mediación en contraposición de la teoría que estima al acta de mediación el valor de una sentencia.

Ambas teorías, conducen a una necesidad primordial consistente en “El respeto a las formas es la mejor garantía para evitar arbitrariedades y conculcaciones del derecho de defensa en juicio” (Maurino, 2001, p. 220) , garantizando así respeto al derecho de seguridad jurídica y del debido proceso establecidos en la Constitución de 2008, caso

contrario la omisión o inobservancia de alguna solemnidad sustancial (teoría del acta de mediación como sentencia) o el incurrir en un vicio sustancial (teoría del acta de mediación como negocio jurídico) provocaría un motivo de nulidad frente a las causales de nulidad que prevé nuestro ordenamiento jurídico.

### **1.10.3. Como institución autónoma**

Ante las dos teorías estudiadas, corresponde analizar una tercera posibilidad al que la doctrina a denominado como una teoría mixta, autónoma o independiente de la naturaleza jurídica del acta de mediación. Para lo cual se toma elementos de cada una de las teorías sumado a esto la característica de autonomía del acta de mediación prevista en el marco normativo constitucional y legal.

Si bien es cierto, la mediación constituye una “negociación asistida, en la que un tercero imparcial ayuda a que dos partes encuentren una solución final a un conflicto o controversia” (Sanchez Hidalgo, 1997, p. 53). Dicha actuación no resulta de un acto discrecional, sino consensuado y reglado en sentido formal. La mediación se rige por:

la informalidad relativa. Ello significa que si bien la mediación posee una estructura, cuyo aprendizaje el mediador habrá de hacer, como así también que se pueden reconocer distintas etapas, no necesariamente las partes se sujetarán a un procedimiento estricto. Ellas podrán obviar pasos, convenir la forma en que se desarrollará el procedimiento, incluso podrán avanzar en él y luego – de ser necesario- habrán de retroceder. (Dupuis, 1997, p. 52)

La Constitución de la República, realiza un reconocimiento expreso de los medios alternativos de solución de conflictos prescribiendo que “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.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008) En suma, el propio texto constitucional determina los órganos encargados de administrar justicia (Art. 178 ídem), tales como la Corte Nacional de Justicia, Cortes Provinciales, Juzgados y Tribunales, y de los jueces de paz, como órganos jurisdiccionales reconoce la existencia de *otros órganos con iguales potestades*.

Este criterio es desarrollado por la Corte Constitucional en sentencia No. 302-15-SEP-CC, Caso No. 0880-13-EP de fecha 16 de septiembre de 2015, cuando realiza una enumeración taxativa de los órganos de la Función Judicial y de los demás órganos y funciones previstos en la Constitución que tienen la potestad de administrar justicia, indicando que:

[e]stos órganos jurisdiccionales según la Norma Suprema, artículo 178, son los siguientes: 1) La Corte Nacional de Justicia. 2) Las Cortes Provinciales de Justicia. 3) Los tribunales y juzgados que establezca la ley. 4) Los juzgados de paz. 5) Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (artículo 171 íbidem). 6) Las juezas y jueces de paz (artículo 189 ídem). 7) Los árbitros y mediadores (artículo 190 íbidem). 8) La Corte Constitucional (artículo 429 íbidem). (Corte Constitucional, 2015, p.18)

Entonces así se amplía el concepto tradicional de la administración de justicia, cuyo monopolio lo ostentaba el Estado, permitiendo la participación de más actores en la solución de conflictos, como la justicia indígena, y en cuanto al tema de estudio, la

mediación, como un mecanismo alternativo, que permite de manera directa a las partes interesadas manejar el conflicto, abandonando los estamentos estatales como juzgados y tribunales y además de aquellos engorrosos procesos judiciales, que al final de una lid judicial, una posición sea aceptada y otra rechazada, sin amenizar la problemática de fondo.

Una apreciación más desarrollada de administrar justicia, permite que las partes a través de la mediación, traten al conflicto como una oportunidad de crear soluciones que contengan obligaciones recíprocas, así el acercamiento de las partes sin que medie imposición judicial producto de la autonomía de los interesados, es imbestida de autoridad de cosa juzgada y con efectos similares a una sentencia ejecutoriada. De esta manera, la concepción de justicia se aleja del ideario de determinar quién tiene la razón, o quién gana y quién debe perder; hacia una justicia construida y autoimpartida en manos de individuos en un procedimiento no adversarial bajo la asistencia de un tercero neutral e imparcial.

Por lo tanto “los particulares ahora comparten con el Estado la responsabilidad<sup>229</sup> de administrar justicia manejando su propia conflictividad y buscando la justicia en sus actuaciones”. (Bustamante, 2007, p. 79) publicitando el derecho hacia todos, hacia la comunidad, en un proceso paulatino por recuperar la confianza en la justicia, a través de los métodos alternativos de solución de conflictos.

El Código Orgánico de la Función Judicial (Art. 17) establece que la administración de justicia es un servicio público, por tanto la mediación, el arbitraje y otros medios alternativos de solución de conflictos constituyen *una forma de este servicio público*, haciéndose notorio la peculiaridad que la Ley de Arbitraje y Mediación no considera a los Mediadores como servidores públicos, pero la sola firma del mediador hace presumir que el acta de mediación es auténtica con los efectos ya conocidos de ejecutoriedad y cosa juzgada.

En este orden de ideas, el acta de mediación bajo la concepción de ésta teoría, se rige por su propia norma jurídica, distinguiéndose de la sentencia y de la transacción: la sentencia debe acontecer ciertos presupuestos para alcanzar ser una sentencia ejecutoriada y con autoridad de cosa juzgada, situación ajena del acta de mediación que nace con estos efectos al momento de ser suscrita por las partes y el mediador; y en cuanto a la transacción, como bien se ha indicado, únicamente goza de autoridad de cosa juzgada.

### **1.11. Ejecución del acta de mediación**

La ley ha previsto que el acta de mediación debe ser ejecutada siguiendo la vía de apremio. Tras la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, se establecido un Título dedicado a la *ejecución* de los denominados *títulos de ejecución*, como lo es para el presente estudio, el acta de mediación, según dispone el artículo 362, 363.3 y siguientes del Cogep.

A pesar que la ley de la materia, ley de Arbitraje y Mediación, no determina un procedimiento específico para ejecutar el acta de mediación, el Cogep establece dicha competencia a los jueces, quienes actuaran de manera concreta a lo establecido en el título de ejecución. Es así que el juzgador se limitará exclusivamente a un control de cumplimiento.

Se debe mencionar que el procedimiento de mediación termina con la suscripción del acta de mediación que contenga un acuerdo total o parcial, o una imposibilidad de mediación. Por lo tanto la fase de ejecución no corresponde a una competencia de un centro de mediación o de una mediadora o mediador. Al suscitarse el incumplimiento del acta de mediación, dicha controversia debe someterse al órgano judicial competente según la materia objeto de mediación, en aras del control de cumplimiento previa *solicitud* (art. 370 Cogep) que deberá ser redactado y contener los requisitos de una demanda (Arts. 142 y 143 ídem) realizando una identificación del acta de mediación, como título de ejecución habilitante para la acción legal.

Ingresada la solicitud y admitida a trámite por el juzgador, se procederá a la designación de un perito que realizará la liquidación de capital, interés, costas en un término a criterio de la jueza o juez. Previo al acto de liquidación, el juez conminará a la parte solicitante que proceda a adjuntar comprobantes de gastos que respalden las costas, en un término de 6 días. En materia laboral, en caso de condena en costas, así como el pago de indemnizaciones o del incumplimiento de obligaciones, el juzgador procederá de manera privativa a su cálculo.

A diferencia del mediador, el juzgador posee facultades coercitivas para el cumplimiento de sus decisiones. Se precisa en indicar que el acta de mediación no es una decisión del juzgador, pero si lo es el mandamiento de ejecución establecido en el artículo 372 del Cogep, a la cual el deudor podrá oponerse dentro del término de 5 días cuando alegue y justifique causas como: Dación en pago, o pago; transacción, remisión; novación; confusión; compensación; pérdida o destrucción de la cosa debida. La oposición no suspende la ejecución, situación que será resuelta en Audiencia de Ejecución.

Dependiendo de los méritos procesales: oposición o incumplimiento de mandamiento de ejecución, deriva los efectos del encausamiento de ejecución. Así, por falta de cumplimiento al mandamiento de ejecución (Art. 375 Cogep), el juzgador ordenará la publicación en el portal web institucional, para conocimiento de terceros interesados sobre el mandamiento de ejecución, posibilitando que concurren a la audiencia de ejecución. En caso de oposición, se atenderá en su orden: la justificación de la oposición; de ser procedente, la aprobación de fórmulas de pago; conocer las observaciones el informe pericial; señalar los bienes que serán objeto de remate; y, resolver sobre tercerías y reclamos de terceros perjudicados. De proseguir la ejecución, la jueza o juez señalará día y hora para la realización del remate electrónico.

Este procedimiento de ejecución, que se encuentra reglado en el Código Orgánico General de Procesos, facilita a la parte acreedora del acta de mediación, el garantizar el cumplimiento de obligaciones que contrajo de manera voluntaria la parte deudora del conflicto. Dicho así, el procedimiento de ejecución, no trata de revisar los hechos que dieron origen al acta de mediación, sino exclusivamente el control de cumplimiento.

### **1.12. Derechos transigibles**

La Ley de Arbitraje y Mediación no ofrece una lista o catálogo de aquellas materias transigibles, labor que le corresponde al legislador. En razón de aquello, es necesario remitirse a todo el ordenamiento jurídico con la intención de identificar aquellos derechos o bienes jurídicos que puedan ser transigibles. Por lo tanto, en el presente apartado, más allá de ofrecer una enumeración taxativa de aquellos asuntos transigibles, que pueda quedar obsoleta debido a reformas legales en diversos cuerpos normativos, se procederá a

identificar en los textos legales aquellos derechos que no son transigibles, lo cual permitirá luego de un análisis inductivo (de lo particular a lo general) determinar que derechos son susceptibles a la aplicación del método alternativo de solución de conflictos, como la mediación.

Cabe destacar que la ley de ésta materia, no exige que los usuarios/requirentes de Mediación sean acompañados o patrocinados por abogados, y tampoco preve como requisito que los mediadores sean profesionales del derecho, lo cual puede generar actas de mediación en la que se transiga derechos intransigibles, y por ende a posterior acciones judiciales de nulidad.

En cuanto se refiere al estado civil de las personas, el Código Civil en su artículo 2352 señala como una situación intransigible. En igual sentido, en el mismo texto normativo, en su artículo 2353 precisa en indicar que no es posible la transacción sobre alimentos futuros cuando se persiga la renuncia de los mismos, compensación, cesión, venta o transmitirse por causa de muerte, conforme prescribe los artículos 362 y 363 ídem. En materia comercial, como principio general, no es susceptible de transacción aquellas cosas que se encuentren fuera del comercio. En materia laboral, existen derechos irrenunciables por mandato expreso de la ley y de la constitución, lo cual difiere de privilegios o bonificaciones acordadas de manera privada entre los sujetos de la relación laboral. En materia tributaria, los impuestos o actuaciones estatales en función de sus potestades no son susceptibles de mediación.

Estas breves consideraciones expuestas, permiten entender que la labor de identificar qué materias son transigibles, corresponde al mediador o centro de mediación, a través de un análisis intergal del ordenamiento jurídico. Con propósito de dotar y facilitar un check list de aquellos derechos transigibles, se menciona los siguientes, según la materia:

En materia civil: es susceptible de mediación todo asunto relacionado a Bienes, como servidumbre, linderos, obra ruinoso, adjudicación/administración de bienes, daño patrimonial, etc. Por Sucesiones, lo referente a partición de herencia, pago por deudas hereditarias o mortuorias, partición entre otras. En materia contractual, una amplia variedad desde contrato de servicios, de compraventa, hipoteca, traslativos de dominio, promesas de compra venta, mutuo, comodato, entre otros.

En materia inquilinato, es transigible asuntos como deudas por pago de cánones de arrendamiento; de la garantía y su devolución; restitución del bien inmueble; reparaciones y cobro de mejoras, y otros. En materia familia, es susceptible de transigir la fijación de alimentos y sus incidentes; regimen de visitas; tenencia; de los asuntos de la sociedad conyugal. En materia laboral, es transigible siempre que no implique renuncia de derechos.

En materia mercantil, asuntos como convenio de pago por letra de cambio; deudas por incumplimiento de títulos ejecutivos; y otros actos y operaciones contempladas en el Código de Comercio. En materia societaria, temas como conflicto entre socios; conflictos en la constitución, liquidación, fusiones, aumento de capital; extinción de sociedades o quiebra, en consonancia con la Ley de Compañías, y leyes conexas como la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, y la Ley del Sector Financiero Popular y Solidario.

En materia de propiedad intelectual, son asuntos transigibles los conflictos sobre la discusión de titularidad de derechos de autor y conexos; sobre la propiedad industrial y

otros. En materia de defensa del consumidor, aquellos asuntos sobre reclamos y quejas presentados por usuarios o consumidores siempre que no constituya infracción penal. En materia tránsito, es posible transigir aquellos delitos de tránsito como daños materiales, que no impliquen muerte culposa, ni aquellas en que existan lesiones que causen incapacidad permanente o pérdida de algún órgano.

En materia penal, el Código Orgánico Integral Penal, prevé la posibilidad de transigir en aquellas situaciones jurídicas donde el delito no conlleve una pena privativa de libertad de más de cinco años; en aquellos delitos contra la propiedad que no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general. Se prohíbe la mediación penal en infracciones contra la eficiente administración pública o cuando afecten los intereses del Estado; así como aquellos delitos contra la vida, la integridad y la libertad personal con resultado de muerte; en delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; y, en aquellos delitos contra la integridad sexual u reproductiva.

En materia de adolescentes infractores, siempre que no signifique vulneración de derechos irrenunciables previstos en el Código de la Niñez y Adolescencia, procede transigir en aquellas infracciones penales sancionadas con multa o cuya pena privativa no supere los 5 años.

## **2. LAS NULIDADES**

### **2.1. Concepto**

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (1981) de Guillermo Cabanellas define a la nulidad como:

NULIDAD. Carencia de valor. II Falta de eficacia. II Incapacidad. II Ineptitud. II Persona inútil. II Inexistencia. II Ilegalidad absoluta de un acto.

1. *Apreciación técnica.* Dentro de la técnica jurídica, nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos. La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto; lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto. Puede resultar también de una ley. Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las expresamente establecidas en los códigos. (p. 587)

De la definición de Cabanellas se avizora que una nulidad tiene como presupuesto la carencia de eficacia o valor de un acto, cuyas causas son de diversa índole. Es menester del presente trabajo la identificación de las causas de nulidad en las que puede incurrir el acta de mediación tanto en su procedimiento de elaboración, como su materialización en el acto de suscripción, con intervención de las partes interesadas en resolver el conflicto y del mediador.

### **2.2. Nulidad de acta de mediación**

La ley de Arbitraje y Mediación de manera explícita y taxativa no contempla una enumeración de las posibles causas de nulidad que pueda erigirse frente a un acta de mediación, bien sea porque el legislador busca prevalecer el efecto de sentencia ejecutoriada y autoridad de cosa juzgada de la solución adoptada por las partes en conflicto.

Esta problemática no encuentra armonía de criterio entre la Corte Nacional de Justicia, como máximo tribunal de justicia ordinaria, frente a la Corte Constitucional, como máximo órgano de justicia constitucional y guardián de la Constitución y de los derechos proclamados en ella. Dicha posibilidad de iniciar acciones judiciales por la nulidad del acta de mediación es habilitada por estos dos organismos, como se verá a continuación en sentencias y abosluciones de consultas.

La Corte Constitucional en sentencia No. 302-15-SEP-CC, Caso No. 0880-13-EP de fecha 16 de septiembre de 2015, al resolver el problema jurídico sobre la falta de motivación como causal de nulidad de un laudo arbitral, se pronunció sobre las causales de nulidad establecidas en la ley de Arbitraje y mediación, precisando que:

la temática relacionada a la nulidad no se agota únicamente en una determinada disposición legal sino a través de la labor interpretativa teleológica y sistemática del ordenamiento jurídico se incluyen y vinculan otras, tal como se desprende con lo identificado en el artículo 76 numeral 7 literal I de la Constitución de la República, esto es, la nulidad de la sentencia por falta de motivación, como en efecto se alega en el presente caso. Entonces, el operador de justicia jamás puede someter a la literalidad de las causales del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, sin serias reflexiones en el bloque normativo referido en este párrafo. (Corte Constitucional, 2015, pp. 22-23)

El tribunal constitucional destaca así que a través de una interpretación teleológica y sistemática del ordenamiento jurídico, permitirá identificar las causales de nulidad en el bloque normativo ecuatoriano. Esto abre el camino a no emplear únicamente las causales de nulidad prevista en una ley, y corresponde al operador de justicia realizar *serias reflexiones* del bloque normativo, recordándose que el artículo 1699 del Código Civil (2005) establece que “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato...”

La labor del juez garantista de derechos y el cambio de paradigma de un estado legal de derecho a un estado constitucional de derechos y justicia, permite superar aquellas taras de índole positivista hacia una visión iusnaturalista, donde el juez y el Estado están en el deber de satisfacer la justiciabilidad de los derechos, justificándose así la búsqueda de soluciones para garantizar los derechos al debido proceso y seguridad jurídica ante casos de nulidades del acta de mediación, con el fin de guardar coherencia y certeza con el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la Corte Nacional de Justicia, mediante sentencia de fecha 17 de febrero de 2022, dentro del juicio No. 17371-2019-00575, a brindado criterios en cuanto a la posibilidad de proponer acciones judiciales que pretenden nulitar actas de Mediación, manifestando que:

el acta de mediación, en el caso, ha sido celebrada ante autoridad competente, derivando en un acuerdo originado en la autonomía de las partes, en consecuencia, **en la actual controversia, el convenio constante en el acta de mediación es inmutable, siendo que el juez/a de trabajo está imposibilitado de revisar y cuestionar su contenido.** Lo contrario, implicaría desconocer la autonomía de la voluntad de las partes, la mediación como un método alterntivo de solución de conflictos constitucionalmente reconocido, los efectos de sentencia ejecutoriada y

cosa juzgada; y, alterar una situación consolidada en detrimento del derecho a la seguridad jurídica. Es decir, supondría infringir, en su orden, los artículos 66 numeral 16, 190, 76 numeral 7 letra i) y 82 de la Constitución de la República. (Corte Nacional de Justicia, 2022).

Lo manifestado por la Corte Nacional de Justicia supondría no existir posibilidad de entablar la acción de nulidad al acta de mediación, en estricto respeto de los efectos de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, pero en la misma sentencia:

este tribunal no descarta en forma absoluta que el acuerdo constante en un acta de mediación pueda ser revisado. Esta excepcionalidad podría presentarse en casos especialísimos. Por ejemplo, en lo relacionado con derechos atribuibles a personas que pertenecen a grupos de atención prioritaria como los referentes a la jubilación patronal o que involucren a quienes se encuentren en situación de discapacidad, es decir, casos en los que es imprescindible un tratamiento constitucional prioritario y especial en favor de esta clase de personas. (Corte Nacional de Justicia, 2022).

Por lo tanto, con el criterio expuesto se abre la posibilidad de proponer acciones de nulidad a las actas de mediación cuando el derecho transigido merezca atención especial vinculándose a los grupos de atención prioritaria reconocidos en la Constitución, como por ejemplo las personas adultas mayores, los jóvenes, personas en situación de movilidad humana, a las mujeres embarazadas, a las niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de la libertad, personas usuarias y consumidoras. Interpretación válida desde una óptica de respeto, tutela y protección de derechos, propendiendo a su progresividad y no regresión.

A posterior la Corte Nacional de Justicia, en Absolución de Consulta, mediante oficio No. 1575-2022-P-CNJ de fecha 11 de octubre de 2022, identificó la teoría que concibe al acta de mediación como un negocio jurídico <transacción>, manifestando que:

El acta de mediación no es una sentencia judicial, por tanto, no es aplicable al caso las nulidades del artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos; al ser una transacción son aplicable las reglas del Código Civil, en especial la de los artículos 2349, 2354, 2356, 2357 y 2359 del Código Civil sobre la validez de la transacción.(Corte Nacional de Justicia, 2022)

A continuación se procederá a identificar las causales de nulidad que contempla el ordenamiento jurídico ecuatoriano, realizando un análisis deductivo desde el Código Civil, Código Orgánico General de Procesos, la Ley de Arbitraje y Mediación, relacionando en lo posible su aplicación al Acta de Mediación siguiendo cada una de las teorías estudiadas, en virtud de alcanzar *serias reflexiones* del bloque normativo ecuatoriano.

### **2.2.1. Nulidades en el Código Orgánico General de Procesos**

El Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 112 establece casos susceptibles de nulidad de sentencias que aún no han sido ejecutadas, teniendo a consideración que se exceptúa aquellas sentencias dictadas por la Corte Nacional de Justicia, a las que prevé la acción extraordinaria de protección cuya competencia radica ante la Corte Constitucional.

De esta manera se propondrá la demanda de nulidad de sentencia, ante el juzgador de primera instancia de la materia que verse la sentencia, cuando incurra en:

1. Por falta de jurisdicción o competencia de la o del juzgador que la dictó, salvo que estas se hayan planteado y resuelto como excepciones previas.
2. Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, salvo que esta se haya planteado y resuelto como excepción previa.
3. Por no haberse citado con la demanda a la o el demandado si este no compareció al proceso.
4. Por no haberse notificado a las partes la convocatoria a las audiencias o la sentencia, siempre y cuando la parte no haya comparecido a la respectiva audiencia o no se haya interpuesto recurso alguno a la sentencia. (Código Orgánico General de Procesos, 2015, Art. 112)

De la enumeración taxativa realizada en el Cogep, resulta imperioso identificar los supuestos facticos que habilitarían alegar causa de nulidad al acta de mediación desde la Teoría que la concibe como una sentencia. Por lo tanto, merece recordar que el procedimiento de mediación termina con la firma voluntaria de las partes interesadas en solucionar el conflicto, conjuntamente con el mediador, por ende los casos 3 y 4 del artículo 112 del Cogep, son inaplicables, ya que la falta de comparecencia al proceso o a la audiencia por omisión de citación y notificación respectivamente, no se subsumen al procedimiento de mediación. Su respuesta es sencilla, ante la no comparecencia de la parte a la audiencia de mediación, no es posible que nazca un acta de mediación con acuerdo de las partes; esto, a diferencia de los diversos procedimientos contemplados en el Cogep, donde la no comparecencia del demandado, *legalmente citado*, faculta a la o el juzgador a continuar el proceso “entendiéndose que pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos”. (Código Orgánico General de Procesos, 2015, Art. 87 numeral 2)

Cabe por tanto entrar en análisis del Caso 1 establecido por el Cogep, falta de jurisdicción o competencia. Como bien se señaló con anterioridad, los mediadores no tienen competencia por territorio, personas, materia, grados. En cuanto a la jurisdicción, se ha dicho que bajo una concepción amplia de administrar justicia, los mediadores cumplen el servicio público de administrar justicia, sin ser servidores públicos, en el caso de Centros de Mediación Particulares. Bajo una interpretación sistemática y teleológica del bloque normativo, la Ley de Arbitraje y Mediación establece que para ser mediadora o mediador deben encontrarse autorizados y registrados por el Consejo de la Judicatura. La omisión de éste requisito se subsume por analogía a la causal de falta de jurisdicción.

En relación a la ilegitimidad de personería de las partes, la mediadora o mediador tiene el deber de verificar que las partes del conflicto sean los titulares de los derechos a transigir, o presenten suficiente acreditación que justifique su representación en el procedimiento de mediación. La suscripción de un acta de mediación de quién no ostente titularidad del derecho, es decir, no se encuentre legitimado, constituye una causa de nulidad, por cuanto mantener en vigencia lo convenido perjudica a una de las partes y beneficia a la otra sin justo derecho.

### **2.2.2. Nulidades en el Código Civil**

Desde la Teoría que concibe al acta de mediación como un negocio jurídico a través del contrato de Transacción, y en concordancia a la Absolución de Consulta de la Corte Nacional de Justicia (2022), donde manifestó que:

El acta de mediación no es una sentencia judicial, por tanto, no es aplicable al caso las nulidades del artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos; al ser una

transacción son aplicable las reglas del Código Civil, en especial la de los artículos 2349, 2354, 2356, 2357 y 2359 del Código Civil sobre la validez de la transacción.

se procede a un análisis de dichos enunciados jurídicos tomando a consideración la institución de la Transacción y sus reglas, así como los requisitos indispensables en los actos/contratos o declaraciones de voluntad, previsto en el artículo 1461 del Código Civil, y siguientes.

#### **a) Capacidad para transigir**

El artículo 2349 del Código Civil (2005), establece: “No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.”. Esto guarda relación con el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación cuando se requiere un relato de los hechos que originaron el conflicto, ya que de esta manera el mediador puede dilucidar que las partes presentes son titulares del derecho, y ostentan la capacidad para mediar.

En caso de constatar el mediador que el ciudadano presente no tenga capacidad legal para suscribir el acta de mediación, sea por ser un incapaz relativo o un incapaz absoluto, requerirá se justifique y comparezca su representante, con la finalidad de evitar la nulidad por no ser legalmente capaz.

#### **b) Existencia de un derecho**

De la misma manera, el mediador debe constatar por los medios justificativos necesarios y suficientes, que las partes del procedimiento de mediación sean los titulares del derecho, o que el derecho sea real, presente y existente. El artículo 2354 del Código Civil (2005) considera que: “No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen.”

Un ejemplo de esto, sucedería en el caso que dos personas, marido y mujer, acuerden en reconocer un derecho de alimentos y procedan a fijar una pensión alimenticia de un hijo/a que no a nacido; o que no a sido concebido. El mediador debe constatar la existencia del derecho, y en el caso en concreto, la existencia del beneficiario, siendo causal de nulidad la existencia de dicha acta de mediación.

Igual efecto de nulidad procedería cuando una tercera persona procede a mediar un derecho ajeno, sin acreditar representación. Siendo inaplicable la estipulación a favor de un tercero, como regla establecida en el artículo 1465 del Código Civil.

#### **c) Error, fuerza y dolo**

La transacción es susceptible de nulidad cuando adolece de los vicios del consentimiento: error, fuerza y dolo, recordando que la transacción es un contrato, por ende debe cumplir con los requisitos mínimos exigidos en los actos/contratos o declaraciones de voluntad, previsto en el artículo 1461 del Código Civil, y siguientes.

El artículo 2355, establece que es: “Es nula en todas las partes la transacción obtenida por títulos falsificados, y en general, por dolo o violencia.” (Código Civil, 2005) Siendo de manifiesto que los sujetos suscribientes del acta de mediación no pueden conservar vigente este instrumento en el que a operado uno de los vicios del consentimiento expresados en la norma.

De igual manera ante el error de las partes en atribuir validez a un título nulo, procede su declaratoria de nulidad al tenor de lo dispuesto en el artículo 2356 que considera que “Es nula en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos

que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título.” (Código Civil, 2005) La excepción a ésta regla, procede cuando las partes conocen de la nulidad del título empleado para la mediación, esto debido a que el mismo Código Civil, establece que no podrá alegar nulidad quién sabe o debía saber el vicio que lo invalidaba.

También es susceptible de declaratoria de nulidad cuando procede un “error acerca de la identidad del objeto sobre que se quiere transigir” al tenor de lo dispuesto en el artículo 2359 que guarda conexidad con lo dispuesto en el artículo 1470 idem, ya que el error de hecho sobre la sustancia o calidad esencial del objeto, vicia el consentimiento.

#### **d) Existencia de sentencia en autoridad de cosa juzgada**

Una de las causas de nulidad de la transacción se establece en el artículo 2357 del Código Civil (2005), que establece que “Es nula, asimismo, la transacción, si al tiempo de celebrarse estuvieren ya terminado el litigio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y de que las partes o alguna de ellas no hayan tenido conocimiento al tiempo de transigir.”

Lo antes dicho permite reflexionar que: 1) el litigio a terminado, y 2) que aquella sentencia goza de autoridad de cosa juzgada; por tanto se convierte en un título de ejecución conforme lo determina el Código Orgánico General de Procesos. De igual manera, el Cogep preve como causa de oposición al mandamiento de ejecución, la presentación de una Transacción, según lo dispuesto en el artículo 373 numeral 2. De esta manera, no resulta incompatible la coexistencia de una sentencia que a resuelto la controversia, y la de una transacción que dé por terminado el conflicto.

La situación descrita en párrafo anterior, no se circunscribe al presupuesto jurídico del artículo 2357 del Código Civil (2005), ya que el enunciado jurídico es claro en manifestar que es posible alegar nulidad cuando “las partes o alguna de ellas no hayan tenido conocimiento al tiempo de transigir”, Ante el desconocimiento de una o ambas partes del contrato de transacción y por analogía del acta de mediación, de la existencia de una sentencia que dio por terminado el litigio y que goza de autoridad de cosa juzgada, bien es procedente demandar la nulidad del acta de mediación en aras de respetar una decisión jurisdiccional, y no volver a dar tratamiento jurídico a lo ya resuelto. Mayor comprensibilidad se da a este argumento, cuando se verifica que el juez de ejecución de un acta de mediación no acepta excepción alguna, conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 47 de la ley de Arbitraje y Mediación.

#### **2.2.3. Nulidades en la Ley de Arbitraje y Mediación**

La ley de Arbitraje y Mediación, no establece de manera textual cuales son las causales de nulidad del acta de mediación. Esta ley proporciona causales de nulidad ante el laudo arbitral, que por su naturaleza jurídica dista del objeto de estudio del presente trabajo, por lo que no es pertinente un análisis de dichas causales en relación al acta de mediación. Sin embargo, el Título Segundo de esta norma jurídica permite extraer posibilidades de nulidad en las que puede incurrir un acta de mediación.

La Ley de Arbitraje y Mediación define el procedimiento de mediación de la siguiente manera:

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. (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)

Las posibles causas de nulidad del acta de mediación operarían cuando una persona a fungido de la calidad de mediadora o mediador de un centro de mediación, donde no se encuentre autorizado y debidamente registrado por el Consejo de la Judicatura; o ante la eventual situación que un mediador independiente no se encuentre habilitado.

Además, podría incurrir en nulidad si el acta de mediación no es voluntaria, y adolezca de uno de los vicios del consentimiento previsto en la normativa civil. De igual manera, cuando la materia no es transigible, sea por prohibición expresa de la ley, por ser un derecho ajeno, por ser un derecho inexistente o adolecer de objeto y causa ilícita.

## Metodología

El desarrollo de la investigación tiene un enfoque mixto (cualitativo-cuantitativo) por cuanto se investigó y analizó desde la doctrina así como una matriz de datos, sobre las causales de nulidad del acta de mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

A través de una investigación exploratoria, en las causas judiciales por acciones de nulidad relativas al presente trabajo, se procedió a indagar en las Unidades Judiciales Civiles las causales de nulidad alegadas a las actas de mediación; lo cual permite dar una descripción del administrador de justicia frente al vicio encontrado, teniendo como un resultado final una explicación de la decisión jurisdiccional ante el acta de mediación y frente al derecho del debido proceso y seguridad jurídica.

La presente investigación tomó una posición de investigación documental y de campo, por cuanto se analizó libros, normativa jurídica, tesis investigativas previas, artículos científicos, entre otros, además de la respectiva matriz de datos dentro de un lugar delimitado.

## Presentación y discusión de resultados

En el presente apartado se procede con la presentación de los resultados obtenidos de la investigación documental de los procesos judiciales que se han iniciado por nulidad de acta de mediación en la ciudad de Quito “Complejo Judicial Norte” en las materias de Familia, Civil-Cogep, Trabajo desde enero de 2018 hasta junio de 2023.

Mediante solicitud de información en Trámite Externo CJ-EXT-2023-09813, el Director Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadísticas Judicial procede en oficio-CJ-DNEJEJ-2023-0035-OF a informar de la existencia de un total de 23 procesos judiciales por acción de nulidad de acta de mediación distribuidos de la siguiente manera: **En materia Civil:** 1 causa para el año 2018; 5 causas ingresadas en el año 2019; 4 causas para el año 2020; 6 procesos de nulidad en el año 2021; 5 acciones judiciales en el año 2022, y ninguna para el presente año. **En materia Laboral:** ninguna acción judicial de nulidad de acta de mediación para los años 2018, 2019, 2020, 2022; para los años 2021 y 2023 se presentan una demanda de nulidad respectivamente.

Los procesos judiciales investigados son: 17230201818997; 17230201900946;  
17230201902108; 17230201909469; 17230201913919; 17230201918809;  
17230202001194; 17230202002588; 17230202011909; 17230202014529;  
17230202109517; 17230202109857; 17230202111371; 17230202114097;  
17230202114226; 17230202115561; 17230202210363; 17230202212358;

17230202213624; 17230202218108; 17230202220854; 17371202101463; 17371202300568 de los cuales se desprenden que únicamente un proceso judicial tuvo sentencia con ejecutoria; un proceso judicial en que se dictó sentencia y a posterior el tribunal de alzada decidió declarar nulidad procesal por competencia; y, los demás procesos judiciales en diferentes momentos procesales desde: calificación de demanda; calificación de reforma de demanda; en diligencia de citación; inadmisión por competencia; archivos por no completar la demanda; abandonos tanto en audiencia preliminar como en audiencia de juicio.

El administrador de justicia para la causa No. 17230-2020-11909 sustanciada ante la Unidad Judicial Civil con sede en la Parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, decidió desechar la demanda por falta de prueba. De la revisión de los hechos alegados la parte accionante expone, que al momento de suscribir el acta de mediación se cometió un error de cálculo para la fijación de una pensión alimenticia, así como además el convenir que el derecho por alimentos sea sufragado hasta la edad de 24 años a favor de su hijo. La parte demandada, alegó que el accionante suscribió el acta de mediación en pleno uso de sus capacidades con conocimiento y entendimiento de lo que firmaba y de las obligaciones que estaba contrayendo.

A pesar que el Juez de la causa, decidió desechar la demanda por falta de pruebas, ya que tanto la parte actora como la parte demandada, tuvieron como único medio probatorio documental el Acta de Mediación objeto de litis, sin que exista otro medio probatorio que puedan justificar los hechos alegados, el juzgador motivó su sentencia (numeral 5.4) argumentando que la demanda de nulidad del acta de mediación no existe motivo para declarar su nulidad, por cuanto se ha cumplido con los requisitos necesarios que establece la Ley de Arbitraje y Mediación, así como además que el acta de mediación fue realizada sin fuerza, dolo, mala fe, o algún vicio que pueda declarar su nulidad.

En este sentido, la autoridad jurisdiccional de la causa No. 17230-2020-11909 acogió como aplicables al problema jurídico las teorías que conciben al acta de mediación como negocio jurídico, y, como institución autónoma; remitiéndose al Código Civil, y la Ley de Arbitraje y Mediación, respectivamente.

Del análisis de la causa judicial No. 17230-2020-14529, ante juez de primer nivel resolvió en rechazar la demanda por falta de prueba, identificándose que en el numeral 6.7 de la sentencia en mención se realiza una argumentación jurídica de inmutabilidad de las decisiones adoptadas en actas de mediación, así como también del efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, en el que se debe respetar la voluntad de las partes, en atención al artículo 190 y 82 de la Constitución de la República. Así, se identifica que el juzgador de ésta causa judicial adopta frente al acta de mediación, la teoría de concebir al acta como sentencia.

En merito del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, se eleva el proceso y avoca conocimiento el Tribunal Cuarto de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, quienes al examinar la materia del acta de mediación, por unanimidad declaran la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de calificación de demanda, ya que debió asumir competencia un Juez de materia Familia, Niñez y Adolescencia, y no un juez de lo civil.

En la causa judicial No. 17230-2018-18997 a pesar que culminó con archivo por no completar la demanda, se aprecia que en el auto inicial, en el que se ordena completar/aclarar a la parte actora su demanda de nulidad de acta de mediación, el juzgador dispone se aclare y complete el vicio de consentimiento alegado. Por lo dicho, el administrador de justicia para ésta causa judicial derivó en considerar al acta de mediación como un negocio jurídico, susceptible de verificar los vicios del consentimiento conforme normativa de derecho civil.

Del proceso judicial No. 17230-2021-11371 la parte actora en su libelo de la demanda, manifiesta que al momento de suscribir el acta de mediación se encontraba con un diagnóstico de trastorno afectivo bipolar con episodio mixto CIE 10 F13.77 con severos síntomas maniaco-depresivos que denotaron en ser hospitalizado en un Centro Psiquiátrico, por lo tanto la parte actora no estaba con facultades psíquicas, basando su demanda en la normativa de derecho civil, en cuanto a la regulación de la conciencia, voluntad y consentimiento. Esta demanda fue declarada inadmisibles en razón de la competencia, ya que debió sustanciarse ante el Juez de Familia, Niñez y adolescencia y no ante un Juez Civil.

Dentro del juicio 17230-2022-18108, la parte actora alegó desconocer la existencia del acta de mediación en la que aparece su firma así como sus documentos habilitantes, ya que señala que firmó unos documentos en su vivienda a petición de su cónyuge, sin la presencia de un mediador, ni la comparecencia ante un Centro de Mediación. El Juez, en auto de inadmisión procede a motivar el mismo, indicando que el acta de mediación tiene el mismo efecto de una sentencia, por lo que sería aplicable el artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos; sin embargo, al no tener competencia por la materia, inadmite a trámite.

En cuanto al expediente judicial No. 17371-2023-00568 demandando nulidad de acta de mediación ante la Unidad Judicial de Trabajo con sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, el juzgador en auto inicial dispone a la parte actora que complete y aclare su demanda, señalando cuales son los vicios del acta de mediación conforme se prescribe en los artículos 107 y 112 del Código Orgánico General de Procesos, en concordancia con el Art. 1461 del Código Civil, es decir, acogiendo la teoría del acta de mediación como sentencia y como negocio jurídico a la vez. Y, finaliza el proceso judicial con auto de inadmisión, al determinar que no es competente por la materia –laboral- ante un acta de mediación laboral, por cuanto el artículo 332 del Cogep establece que los asuntos litigios en ésta materia únicamente se tramitarán en procedimiento sumario, mas no procedimiento ordinario como demanda la nulidad la parte actora.

Contrario al proceso judicial anteriormente señalado, en el juicio de nulidad de acta de mediación por materia laboral, signado con el número de juicio 17371-2021-01463, en primera instancia en auto de inadmisión de demanda, sostiene el mismo criterio del proceso judicial No. 17371-2023-00568, sin embargo, por mérito del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, desarrolla el criterio jurídico de competencia de los jueces de trabajo, indicando además que sí tienen competencia para conocer las acciones de nulidad de actas de mediación en procedimiento ordinario, y no solamente litigios en procedimientos sumarios.

## **Discusión**

De los procesos judiciales por acción de nulidad de acta de mediación presentado ante las Unidades Judiciales de Familia, Civil y Laboral en el Complejo Judicial Norte del Cantón Quito, por el periodo de enero de 2018 a junio de 2023, se constató 23 juicios, de los cuales únicamente 1 proceso concluyó por sentencia que desecho la demanda por falta de puebas.

Existen procesos judiciales que a pesar de haber iniciado en el año 2018-2019 aún se encuentran en fase de citación de demandados, audiencia preliminar o en convocatoria de audiencia de juicio, sin que tengan sentencia de primer nivel. Un proceso judicial concluyó con sentencia desechando la demanda, pero por recurso de apelación subió de instancia siendo declarada la nulidad de todo lo actuado desde auto de calificación de demanda, por causal de incompetencia por la materia.

A este criterio de proponer las acciones judiciales de nulidad de acta de mediación, los jueces de primer nivel observan la materia transigible que ha sido tratada en el acta de mediación, para delimitar su competencia por la materia, debido a ello existen procesos judiciales que no han prosperado del auto de inadmisión por incompetencia.

A pesar que no existen varias sentencias que resuelvan el fondo de la litis, la labor hermética de los juzgadores de primera instancia, en cuanto a identificar las causales de nulidad del acta de mediación, al momento de solicitar que se aclare/amplie la demanda, se logró evidenciar que los accionantes proponen sus demandas alegando vicios del consentimiento haciendo alusión al Código Civil; por otro lado, existen demandas que fundamentan sus hechos en virtud de las nulidades de sentencias contempladas en el Código Orgánico General de Procesos; y, finalmente, demandas en la que el presupuesto fáctico alegado consiste en la falta de requisitos en la emisión del acta de mediación conforme la Ley de Arbitraje y Mediación, esto permite entender que los procesos judiciales por nulidad de acta de mediación, son tramitados en procedimiento ordinario, ante el juez de la materia, donde la parte actora ejerciendo la carga de la prueba, debe justificar los hechos alegados desde las diversas teorías que han sido estudiadas en el presente trabajo académico, sin que exista uniformidad de criterio o una teoría predominante para la resolución de éstas causas.

## **Conclusiones**

Por mandato constitucional se prescribe que la Mediación es un método alternativo de solución de conflictos, tratamiento jurídico que data no solamente desde la Constitución de 2008, sino que tiene sus antecedentes desde la Constitución de 1998, y otros cuerpos legales en la historia del estado ecuatoriano. Por lo tanto se precisa en indicar que la mediación es método idóneo para la solución de conflictos, sin la necesidad de abogados, y sin un debido proceso formal y riguroso, sustentado en la voluntariedad de las partes, y los derechos transigibles permitidos por el ordenamiento jurídico.

El estado ecuatoriano a través de diversos cuerpos normativos establece presupuestos jurídicos de procedibilidad para acciones judiciales de nulidad, como lo es el Código Civil, así como el Código Orgánico General de Procesos. Ya en materia de Mediación, la Ley de Arbitraje y Mediación, no contempla causales de nulidad, pero afirma la existencia de requisitos mínimos para la validez de las actas de mediación, así como de su procedimiento de suscripción y posterior valor jurídico.

De la revisión de la doctrina, en referencia a la naturaleza del acta de mediación, existen 3 teorías que la consideran o dan el valor de: a) una sentencia; b) un negocio jurídico; y c) de naturaleza autónoma. Ante dichas concepciones es aplicable el Cogep y sus causales de nulidad de sentencia, para la teoría que considera que el acta de mediación tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada. En cuanto a la teoría que considera al acta de mediación un negocio jurídico, se circunscribe su regulación con la normativa civil, y de los requisitos de los actos y declaraciones de voluntad contemplados desde el artículo 1461 del Código Civil, ante eventuales vicios que produzcan nulidades. Y, finalmente, el acta de mediación, como una institución autónoma, es regulada por su propia ley de arbitraje y mediación, en la que se debe de cumplir con los requisitos exigidos por la norma, para su validez.

De la investigación documental, por procesos judiciales de acción de nulidad del acta de mediación, en el periodo 2018-2023 en las Unidades Judiciales de lo Civil, Familia, y Laboral del Complejo Judicial Norte del cantón Quito, provincia de Pichincha, se evidenció la existencia de 23 procesos judiciales, en la que se destaca que los accionantes proponen sus demandas acogiendo cada una de las teorías (como sentencia; como negocio jurídico; como institución autónoma) e incluso existen autos iniciales en la que los juzgadores requieren se complete/aclare la demanda en virtud de las nulidades contempladas en el Código Civil (vicios del consentimiento) y de las nulidades de una sentencia (nulidades previstas en el Cogep) de manera acumuladas en el mismo litigio.

Se identificó además, que de los 23 procesos judiciales por procesos judiciales de acción de nulidad del acta de mediación, en el periodo 2018-2023 en las Unidades Judiciales de lo Civil, Familia, y Laboral del Complejo Judicial Norte del cantón Quito, provincia de Pichincha, en su gran mayoría han terminado por: auto de inadmisión de competencia; por abandono al no comparecer a audiencias; por archivo al no completar la demanda; por desistimiento, y sólo 1 por sentencia que rechaza por falta de prueba, lo cual evidencia la novedad de la investigación al ser un tema de poco tratamiento jurídico, lo cual constituye de gran relevancia, al no existir causales de nulidad al acta de mediación taxativamente expresadas en la ley de la materia.

## **Referencias bibliográficas**

Asamblea Constituyente. (1998). *Constitución Política de la República*. Quito: Asamblea Nacional

Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República*. Quito: Asamblea Nacional.

Asamblea Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito: Lexis.

Asamblea Nacional. (2006). *Ley de Arbitraje y Mediación*. Quito: Lexis.

Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Lexis.

Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*. Quito: Lexis.

Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Lexis.

- Atienza Manuel, y Manero Ruiz. (2012) *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Bonivento Jiménez, J. (1992). *Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los mercantiles*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Bustamante, X. (2007). *La naturaleza jurídica del acta de mediación*. Quito: Universidad San Francisco de Quito.
- Cabanellas G. (1981). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L
- Cabanellas, G. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.
- Corte Constitucional. (2014). *Sentencia No. 099-14-SEP-CC, Caso No. 0120-13-EP*. Quito: CCE. 04 de junio de 2014.
- Corte Constitucional. (2015). *Sentencia No. 302-15-SEP-CC, Caso No. 0880-13-EP*. Quito: CCE. 16 de septiembre de 2015.
- Corte Nacional de Justicia. (2013). *Memorias del I seminario internacional: el recurso de casación en el estado constitucional de derechos y justicia*. Quito: Comité Académico de la Corte Nacional de Justicia.
- Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Laboral.(2022). *Juicio No. 17371-2019-00575*. Quito: Lexis. Sentencia de fecha 17 de febrero de 2022.
- Corte Nacional de Justicia. (2022) Absolución de Consulta mediante oficio No. 1575-2022-P-CNJ. Quito: CNJ. 11 de octubre de 2022
- Dupuis, J. C. (1997). *Mediación y Conciliación*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Gil Echeverry, J. H. (2003). *La Conciliación extrajudicial y la amigable oposición*. Bogotá: Temis.
- La Hora. (2019). La mediación es efectiva para resolver conflictos. *La Hora*.
- Maurino, A. L. (2001). *Nulidades Procesales, Segunda Edición*. Buenos Aires: Astrea.
- Pleno de la Corte Nacional de Justicia. (2017). *Resolución No. 012-2017*. Quito: CNJ.
- Sanchez Hidalgo, F. (1997). Solución Alternativa de Conflictos: La Mediación. En Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, *Resolución Alternativa de Conflictos* (pág. 53). Quito: CLD.
- Vintimilla Saldaña, J; y Andrade Ubidia, S.(2005). *Los métodos alternativos de manejo de conflictos y la justicia comunitaria*. Quito: Centro sobre Derecho y Sociedad.