



Facultad de Derecho

**Tema:**

**ESTUDIO COMPARATIVO DE LA MEDIACIÓN ENTRE ECUADOR Y  
ESPAÑA**

**Trabajo de Titulación para la obtención del Título de Abogado/a**

**Presentada por:**

Ignacio Espinoza Brito

**Tutor:**

María Gabriela Rodríguez

**Quito, enero de 2024**

## RESUMEN

El presente trabajo pretende desarrollar un estudio comparativo entre Ecuador y España respecto a la mediación. Analizando las fases del proceso de mediación, sus principios, el desarrollo normativo y jurisprudencial en ambas legislaciones y la posibilidad de contar con un sistema obligatorio de mediación en ciertas materias. Analizando datos oficiales respecto a los procesos de mediación desarrollados en ambos países y su efectividad.

**Palabras clave:** acuerdo, conflicto, controversia, mediación, negociación, voluntariedad.

## **DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS**

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura dentro de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el cuarenta por ciento (40%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación.

Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee.



Ignacio Espinoza Brito

C.I. 1717529356

## **DEDICATORIA**

A mis padres, a quienes les debo todo, por su apoyo constante a lo largo de mi vida. Son mi ejemplo a seguir.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	8
<b>1. General</b> .....	8
<b>2. El Conflicto</b> .....	9
<b>3. Las alternativas de solución de conflictos</b> .....	10
LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	12
<b>1. Características de la mediación</b> .....	12
1.1. Confidencialidad .....	13
1.2. Voluntariedad.....	14
1.3. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores.....	16
<b>2. Características del mediador</b> .....	17
<b>3. Efectos de la mediación: acta de mediación</b> .....	19
3.1. El acta de mediación considerada como sentencia.....	20
3.2. El acta de mediación considerada como un negocio jurídico .....	21
3.3. El acta de mediación considerada como una institución original o autónoma	22
LA MEDIACIÓN EN ECUADOR.....	23
<b>1. Antecedentes</b> .....	23
<b>2. De la mediación</b> .....	26
2.1. El proceso de mediación .....	26
2.2. Fases del proceso de mediación.....	28
2.3. Efectos del acta de mediación .....	30
<b>3. Desafíos</b> .....	31
LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA.....	32
<b>1. Antecedentes</b> .....	32
<b>2. De la mediación</b> .....	33
2.1. El proceso de mediación .....	34

2.2. Fases del proceso de mediación .....	35
2.3. Efectos del acta de mediación.....	37
<b>3. Desafíos .....</b>	<b>40</b>
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	42
<b>1. Similitudes.....</b>	<b>42</b>
<b>2. Diferencias .....</b>	<b>44</b>
<b>3. Conclusiones .....</b>	<b>45</b>
<b>4. Recomendaciones .....</b>	<b>47</b>
Referencias.....	50

# ESTUDIO COMPARATIVO DE LA MEDIACIÓN ENTRE ECUADOR Y ESPAÑA

**Ignacio Espinoza Brito**

**iespinozab@estudiantes.uhemisferios.edu.ec**

## **Resumen**

El presente trabajo pretende desarrollar un estudio comparativo entre Ecuador y España respecto a la mediación. Analizando las fases del proceso de mediación, sus principios, el desarrollo normativo y jurisprudencial en ambas legislaciones y la posibilidad de contar con un sistema obligatorio de mediación en ciertas materias. Analizando datos oficiales respecto a los procesos de mediación desarrollados en ambos países y su efectividad.

**Palabras clave:** Acuerdo, conflicto, controversia, mediación, negociación, voluntariedad.

## **Abstract**

The present study aims to conduct a comparative analysis between Ecuador and Spain concerning the practice of mediation. This research involves an examination of the phases of the mediation process, its underlying principles, the normative and jurisprudential developments in both legal systems, and the potential implementation of a mandatory mediation system in specific subject areas. The investigation also encompasses an analysis of official data pertaining to the mediation processes undertaken in both countries and their respective levels of effectiveness.

**Key words:** Agreement, conflict, controversy, mediation, negotiation, voluntary.

## Introducción

### General

Para entender el origen de la solución de conflictos, resulta preciso identificar *a priori*, la naturaleza del hombre como ser social. Así lo estableció el filósofo Aristóteles, entre otros, cuando dijo: “el hombre es un ser social por naturaleza”. Por lo tanto, el hombre, como ser social, siempre ha necesitado relacionarse y participar en la comunidad a la que pertenece. Dicha participación no está exenta de oposición o conflicto. Estos comportamientos siguen presentes a lo largo del mundo y en todas las sociedades, motivo por el cual se han ido creando mecanismos de resolución de conflictos, entre otros la mediación. Así Kolb ha denominado a la mediación como “la segunda profesión más vieja del mundo”. Estableciendo que en el primer instante que surgió el primer conflicto, surgieron los primeros mediadores, con la intención de buscar una solución a un conflicto en el que prime la razón antes que la fuerza (Boqué Torremorell, 2003, pág. 19). Los sistemas alternativos de solución de conflictos no son algo novedoso, es así como la primera mediación documentada, data hace cuatro mil años en Mesopotamia, cuando un gobernador logró evitar una guerra por el litigio de unos territorios (Boqué Torremorell, 2003, págs. 15-16). A partir de ahí, se puede evidenciar rasgos y prácticas mediadoras a lo largo de la historia y de la mayoría de los territorios. En España, Torrego, considera como precedente de la mediación al Tribunal de las Aguas de Valencia, que data de 1239 y es considerada de las instituciones populares más sólidas y antiguas de regulación de conflictos, además de la única de carácter consuetudinario (Torrego Seijo, 2003, pág. 13)

Sin embargo, la mediación como se conoce nace del sistema anglosajón en Estados Unidos en los años treinta del siglo XX. Seguido por una grave crisis económica (el *crack* de 1929 y la Gran Depresión) uno de los momentos clave en la historia económica de Estados Unidos. Es así como se evidencia que el sistema jurídico ordinario busca resolver los conflictos entre las partes y trata de dar solución a los problemas sociales de su época, además de descubrir la verdad, pero no siempre logra su cometido. Son varios los factores que impiden la efectiva solución de conflictos, más aún en países en desarrollo en los que la corrupción y la desigualdad son factores clave al momento de resolver los pleitos por la vía ordinaria. Es por estos motivos, y con la intención de dotar a la gente de métodos alternativos, en los que la inmediatez y la igualdad sean aspectos fundamentales del proceso, que nace la mediación. Como una solución de conflictos autocompositiva en la que las partes llegan a un acuerdo con la ayuda de un tercero o

terceros imparciales que cumple una finalidad moderadora y de asistencia para que las partes en el conflicto encuentren una solución pacífica a su controversia.

### **El Conflicto**

El conflicto es un aspecto esencial e inevitable en la vida del hombre en una sociedad. Desde que la humanidad ha tratado de organizarse y convivir en sociedad, han surgido conflictos. La Real Academia Española define el término conflicto como “*combate, lucha, pelea; Enfrentamiento armado; apuro, situación desgraciada de difícil salida; problema, cuestión, materia de discusión*” (Real Academia Española, 2023). De esta definición, se desprende la percepción negativa del conflicto que se tiene hoy en día. Sin embargo, el conflicto es inevitable y necesario para la humanidad. Sin conflicto no habría la posibilidad de progresar, mejorar o cambiar y en consecuencia, la humanidad quedaría estática.

Como se ha visto, el conflicto en una sociedad es inevitable. Partiendo del hecho que el conflicto se origina con una discrepancia o una contraposición de intereses de dos o más partes sobre un hecho concreto. En ese sentido, y para efectos prácticos, se distinguirá entre conflictos negociables o no, y conflictos adversarios o no. Los negociables son aquellos conflictos que pueden ser resueltos por medio de una negociación entre las partes. Esto porque, estas están, al menos en principio, abiertas a llegar a un acuerdo cediendo en parte a su postura. En contraste, por conflicto no negociable se entiende a aquellos en los que las partes no estarían abiertas a ceder su postura para llegar a un acuerdo, por lo tanto, no cabría la posibilidad de negociar o transar para buscar una solución al conflicto. Por otra parte, los conflictos no adversarios, son aquellos en los que las partes buscan una solución por sus propios medios, así, no se somete el conflicto a la decisión de una tercera parte para su resolución. En este tipo de conflictos las partes involucradas lo resuelven directamente y se identifican con los métodos autocompositivos de resolución de conflictos. En cuanto a los adversarios, están aquellos conflictos resueltos por medio de un proceso judicial o arbitral en el que el conflicto se somete a la decisión de un tercero imparcial, ajeno al conflicto, que tiene la potestad de resolverlo según su criterio o mediante la aplicación del ordenamiento jurídico (Bustamante Vásquez, 2009). En este caso, la resolución del conflicto no nace de las partes involucradas en el mismo, sino del tercero con poder de decisión y, por lo tanto, se identifican con los métodos heterocompositivos de resolución de conflictos.

## Las alternativas de solución de conflictos

Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) son una serie de técnicas que se utilizan para resolver conflictos de manera colaborativa y pacífica, sin recurrir necesariamente a los tribunales. Los MASC pueden ser útiles en una amplia variedad de situaciones, incluyendo disputas familiares, conflictos laborales, disputas comerciales y problemas comunitarios.

La negociación es uno de los métodos (MASC) más comunes de resolución de conflictos. La negociación es un proceso en el que dos partes en conflicto intentan llegar a un acuerdo mutuo de manera directa. Los participantes discuten sus diferencias y tratan de encontrar una solución que les satisfaga. La negociación puede ser muy útil cuando ambas partes están dispuestas a comprometerse y cooperar. Sin embargo, si una o ambas partes son inflexibles, puede ser difícil llegar a un acuerdo.

La mediación es otro MASC que se utiliza con frecuencia. La mediación es un proceso en el que un tercero imparcial ayuda a las partes a resolver sus diferencias. El mediador no toma decisiones por las partes, sino que ayuda a facilitar la comunicación y a encontrar soluciones mutuamente satisfactorias. La mediación es un proceso voluntario, lo que significa que ambas partes deben estar de acuerdo en participar en él. La mediación puede ser muy útil para resolver conflictos familiares, problemas de vecindario y conflictos laborales.

El arbitraje es otro método de resolución de conflictos. El arbitraje es un proceso en el que una persona imparcial, el árbitro, escucha los argumentos de ambas partes y toma una decisión vinculante para ambas partes. La decisión del árbitro es final y no se puede apelar. El arbitraje puede ser útil para resolver disputas comerciales y problemas de construcción.

La conciliación es otro MASC que implica un proceso en el que una persona imparcial, el conciliador, se reúne con las partes en conflicto y ~~trata~~ trata de resolver la disputa mediante el diálogo y la negociación. El conciliador no toma decisiones por las partes, sino que ayuda a facilitar la comunicación y a encontrar soluciones mutuamente satisfactorias. La conciliación es útil para resolver conflictos laborales y disputas comerciales. Son varios los autores que consideran los términos mediación y conciliación como sinónimos, por lo que

proceso judicial y es promovida por el juez. Por lo tanto, si bien la doctrina suele utilizar a la mediación y la conciliación como sinónimos, la legislación ecuatoriana da un trato diferenciado a la mediación y la conciliación.

En general, los MASC ofrecen una serie de beneficios en comparación con la resolución de conflictos a través del sistema judicial tradicional. Por ejemplo, los MASC pueden ser más rápidos, más económicos y menos estresantes que la resolución de conflictos a través del sistema judicial. Además, los MASC ofrecen a las partes en conflicto un mayor grado de control sobre el resultado final. Sin embargo, estos métodos pueden no ser adecuados para todos los conflictos, especialmente aquellos en los que una de las partes se niega a cooperar o en los que el asunto en disputa es considerablemente complejo. Tampoco pueden ser utilizados cuando la materia no es transigible<sup>1</sup> como, de acuerdo con la legislación ecuatoriana, los conflictos penales que versan sobre la vida, la integridad física, la libertad; con excepción de la mediación intraprocesal para menores infractores. Por el contrario, la legislación española sí contempla la mediación penal. En la que las personas involucradas en una infracción penal buscan encontrar soluciones sobre la forma de reparación y el origen del conflicto. La reparación a la víctima puede constituir una atenuante.

Los MASC se pueden categorizar entre métodos autocompositivos o métodos heterocompositivos. Los primeros se caracterizan por el protagonismo de las partes en la resolución del conflicto. Siendo estas quienes llegan al acuerdo de manera directa. Puede darse con la intervención de un tercero, pero este no es quien toma la decisión. Los métodos heterocompositivos ceden el poder de decisión a un tercero imparcial, el cual tiene la potestad de resolver el conflicto e imponer su decisión. La mediación, la conciliación<sup>2</sup> y la negociación son métodos autocompositivos, mientras que el arbitraje y los procedimientos judiciales son métodos heterocompositivos.

---

<sup>1</sup> Se entiende por materia transigible aquella en la que las partes pueden negociar y acordar porque se la puede disponer libremente. Esta involucra derechos que pueden ser renunciados o cedidos de forma voluntaria.

<sup>2</sup> Se explicará más adelante que la conciliación en Ecuador, tiene un matiz diferente y es promovida por el juez dentro de los procesos judiciales, motivo por el cual, está en discusión su naturaleza autocompositiva.

## **La Mediación Como Método Alternativo De Resolución De Conflictos**

La Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) ecuatoriana define a la mediación como un procedimiento que pone fin de manera definitiva a un conflicto:

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 extra – judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.

Sumando a esta definición, Gladys Álvarez, añade algunas características importantes a la definición de la mediación:

La palabra 'mediación' se usa para designar un proceso no adversarial, estructurado en etapas, confidencial y en el cual participa un tercero neutral e imparcial que ayuda a las partes negociar cuestiones, no necesariamente jurídicas, para llegar a un resultado mutuamente aceptable. Constituye un esfuerzo sistematizado para facilitar la comunicación entre las partes y mediante la aplicación de técnicas específicas y despliegue de habilidades aprendidas. El mediador no actúa como juez, pues no puede imponer una decisión, es un facilitador y conductor del procedimiento que permite identificar los puntos de la controversia, descubrir los intereses y explorar las posibles vías de solución y bases de un pacto. Plantea la relación en términos de cooperación, con enfoque de futuro y con un resultado en el cual todos ganan, cambiando la actitud que adoptan en el litigio en que la postura es antagónica (...) (Álvarez, 1997)

En resumen, la mediación se trata de un proceso estructurado en etapas, en el cual las partes buscan poner fin al conflicto de forma voluntaria y asistidas por un tercero imparcial. Este tercero imparcial se trata del mediador, quien debe utilizar técnicas que faciliten la comunicación entre las partes. Lo que busca el mediador es que las partes logren delimitar de forma precisa sus necesidades e intereses y en base a esto, encontrar una solución que sea aceptable para ambas y si fuese posible, una que sea satisfactoria para todos.

### **Características de la mediación**

Aunque la mediación se caracteriza por ser un proceso flexible y sin formalidades, la Ley establece principios que la gobiernan. Es así como, en Ecuador, la LAM establece dos principios principales: la confidencialidad y la voluntariedad. Mientras que la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles de España (LM), establece como principios informadores de la mediación: la voluntariedad y libre disposición, la igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, neutralidad y confidencialidad. Por lo tanto, de forma general, se pueden destacar como características de la mediación: la confidencialidad, la voluntariedad, la igualdad de las partes y la neutralidad.

### ***Confidencialidad***

El artículo 50 de LAM ecuatoriana se refiere a la confidencialidad de la mediación:

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.

El artículo 9 de la LM española, se refiere sobre la confidencialidad de la mediación en lo siguiente:

Artículo 9. Confidencialidad.

1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

- a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.
  - b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.
3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

Como se desprende de los cuerpos legales citados, la confidencialidad también opera ante terceros. Motivo por el cual, el mediador no puede ser llamado a declarar en un procedimiento judicial o un arbitraje<sup>3</sup>. Esto permite que las partes participen y brinden información en total confianza, sin miedo a que los contenidos de sus conversaciones o la información aportada se haga pública. El ambiente de confidencialidad es propicio para poder entender los verdaderos intereses de las partes y sus necesidades (Dupuis, 1997).

La confidencialidad pasa a ser un atractivo para las partes que optan por este procedimiento, ya que toda información aportada, así como el acuerdo al que lleguen serán confidenciales. A diferencia de los procesos judiciales en los cuales toda la información aportada en el proceso y la sentencia dictada por el juez es pública.

### ***Voluntariedad***

La legislación española es muy clara en cuanto al carácter voluntario de la mediación. Es así como, el artículo 6 de LM, establece que:

Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición.

1. La mediación es voluntaria.
2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.

---

<sup>3</sup> Artículo 49 de la Ley de Arbitraje y Mediación (Ecuador). Y artículo 9 de la Ley 5/2012, de 6 de julio (España).

3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.

Por lo tanto, la mediación tiene carácter voluntario, es decir, las partes tienen la libertad de decidir si someten su controversia a un proceso de mediación; o si, una vez iniciado uno, continúan el proceso y llegan a un acuerdo.

A diferencia de España, la Ley ecuatoriana no declara de forma expresa la voluntariedad de la mediación. Sin embargo, en su artículo 51 la LAM establece que:

Art. 51.- Si alguna de las partes no comparece a la audiencia de mediación a la que fuere convocada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si en la segunda oportunidad alguna de las partes no comparece, el mediador expedirá la constancia de imposibilidad de mediación.

Por lo tanto, las partes tienen libertad, al ser convocadas a una audiencia de mediación, de asistir o no a la misma. En caso de que alguna de las partes decida no acudir, se expedirá una constancia de imposibilidad de mediación.

Resulta importante señalar la particularidad del sometimiento escrito a la mediación. Se trata de un escenario particular en el cual las partes acuerdan mediante pacto escrito el sometimiento de la controversia a un proceso de mediación. Tanto la legislación Ecuatoriana como la Española dan un tratamiento similar a este escenario.

El artículo 46 de la LAM ecuatoriana señala que, en caso de convenio escrito de las partes para someter su convenio a mediación, los jueces ordinarios no podrán conocer las demandas que versen sobre el conflicto sin la existencia de un acta de imposibilidad de acuerdo o que las partes renuncien al convenio:

Art. 46.- La mediación podrá proceder:

(a) Cuando exista un convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera que de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que

la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación (...).

Por su lado, el artículo 6 de la LM española, antes citada señala que cuando exista un pacto por escrito que someta a las partes a mediación, se deberá tratar de buena fe el procedimiento pactado antes de acudir a la jurisdicción ordinaria o a otra solución extrajudicial. En ese sentido, en España, el demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia o falta de jurisdicción por haber sometido a mediación la controversia<sup>4</sup>. Por lo tanto, ambas legislaciones dan el mismo trato al convenio escrito de mediación. Resulta importante tener en cuenta que, las partes pueden desistir del procedimiento en cualquier momento. Adicionalmente, se parte de la decisión voluntaria de pactar la controversia o futura controversia a la mediación. Es decir, las partes accedieron de forma voluntaria el someter su controversia a un procedimiento de tal naturaleza. Dicho esto, tanto el concurrir a un procedimiento de mediación, como mantenerse en el mismo y llegar a un acuerdo es de carácter voluntario.

### ***Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores***

La igualdad de las partes y la imparcialidad del mediador son aspectos fundamentales en el proceso de mediación. Esto en cuanto garantizan y facilitan el correcto desempeño de quienes conforman el proceso. Al tratarse de un procedimiento autocompositivo, son las partes, involucradas en el conflicto, quienes llegan a un acuerdo y, el mediador es un canalizador de la comunicación y un moderador del diálogo entre ellas. Por lo tanto, se debe partir de una situación de igualdad entre las partes. Esta igualdad se refiere al trato de equidistancia que debe mantener el mediador y la certeza de que las partes cuentan con las mismas oportunidades y condiciones dentro del proceso. Por otro lado, el mediador debe actuar con imparcialidad para garantizar el correcto desenlace del procedimiento.

El artículo 7 de la LM española, enmarca lo que implica la igualdad de las partes y la imparcialidad del mediador:

Artículo 7. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores.

---

<sup>4</sup> Artículo 39 Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

Evidenciando la importancia de la igualdad de oportunidades entre las partes para lograr un acuerdo entre ellas. Y el papel imparcial que debe tener el mediador como facilitador y canalizador de ese acuerdo.

Uno de los pilares fundamentales de la mediación, es la posibilidad de las partes de desistir en cualquier momento si así lo desean. Esto quiere decir que la mediación es un procedimiento flexible e informal con una estructura por etapas. Para lograr establecer los canales de comunicación entre las partes, y tratar de asegurar un resultado favorable para todos, el procedimiento de mediación debe ser flexible. Por regla general, la mediación no debe cumplir con ninguna solemnidad o formalidad como en un juicio. Por lo tanto, el mediador puede volver a una etapa previa del procedimiento si considera que es lo mejor en aras de alcanzar el acuerdo. En ese sentido, se podría considerar que el principio que rige a la mediación es la informalidad relativa. Esto quiere decir que, si bien la mediación cuenta con una estructura, el mediador puede reconocer varias etapas y manejar el proceso como considere pertinente para cumplir su cometido. Por lo tanto, las partes no se sujetan a un procedimiento estricto, ellas podrán saltarse pasos, acordar la forma del desarrollo de la mediación en incluso avanzar o retroceder (Dupuis, 1997, págs. 28-35).

### **Características del mediador**

El rol del mediador es el de actuar como un tercero imparcial dentro de un conflicto. Es esencial por parte del mediador fomentar la comunicación entre las partes, y en muchos casos, para poder fomentarla se debe cambiar la dinámica entre las partes opuestas. En consecuencia, es vital que el mediador permita a las partes explorar el conflicto desde distintas perspectivas y ayudarles a definir -a veces descubrir- sus intereses y los de la otra parte. Por lo tanto, el mediador debe ser reconocido por ambas partes. Esto es, que ambas partes estén de acuerdo de su presencia en el proceso y que ambas estén abiertas a escuchar las sugerencias del mediador con el fin de que se

desarrolle el proceso de mediación; lo que significa en otras palabras, que las partes reconozcan al mediador como un profesional competente.

El mediador debe mantener su neutralidad e imparcialidad, es decir, no puede mostrar preferencia hacia alguna de las partes en el conflicto, tampoco afinidad con las partes o sus posturas. Cualquier relación con las partes que afecte la imparcialidad o neutralidad del mediador podría vulnerar el adecuado desenlace del procedimiento. Esta neutralidad e imparcialidad trasciende al plano subjetivo también, así, el mediador debe mantenerse al margen de las influencias de las partes, no hacer juicios de valor ni involucrarse en las emociones de las partes (Bustamante Vásquez, 2009, pág. 33).

El artículo 43 de la LAM ecuatoriana define a la mediación y establece la neutralidad del mediador:

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. (resaltado fuera de texto).

En el mismo sentido, la LM española, determina la forma en la que el mediador debe actuar y su obligación a permanecer neutral durante el procedimiento de mediación:

Artículo 8. *Neutralidad.*

Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.

Artículo 13. *Actuación del mediador.*

1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes.
2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley.
3. El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste su renuncia.
4. El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad.

5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:

- a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.
- b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.
- c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

Como se desprende de los textos legales, la neutralidad del mediador es esencial para el correcto desenlace del procedimiento. Teniendo en cuenta que el mediador ocupa un rol de suma importancia en el proceso, y que su actuar debe apegarse a los principios que conforman la mediación. Resulta evidente que la legislación española desarrolla más a profundidad sobre el buen actuar del mediador, enumerando una serie de obligaciones que servirán como guía al mediador en el desarrollo del proceso de mediación.

Por último, el mediador no tiene poder de decisión. Esto quiere decir, que, a diferencia del juez, el mediador no puede decidir sobre el resultado de la mediación. Son las partes las que llegan a un acuerdo y son las partes quienes deciden el desenlace de la misma. El rol del mediador es únicamente guiar a las partes a explorar diferentes opciones para tratar de poner fin a su controversia.

### **Efectos de la mediación: acta de mediación**

Son varias las posturas sobre los efectos del acta de mediación. Entre las más importantes se pueden destacar las siguientes: el acta de mediación considerada como sentencia, como un negocio jurídico o como una institución original o autónoma. Para efectos del estudio pretendido, se hará una breve mención a las teorías y su contenido, sin profundizar en su aplicabilidad al ordenamiento jurídico ecuatoriano o español ni proporcionar una crítica a su naturaleza.

### *El acta de mediación considerada como sentencia*

Se pueden destacar dos teorías que consideran al acta de mediación como sentencia. Estas dos teorías nacen en Colombia, país en el que la conciliación puede constituir una etapa obligatoria en el proceso judicial. Estas son, la teoría jurisdiccional y la teoría procesalista.

**Teoría jurisdiccional de la mediación.** Ligada a la institución de la conciliación, la teoría procesalista sostiene que dentro del proceso de mediación se ejercen funciones jurisdiccionales. Por función jurisdiccional, se entiende como la administración de justicia o potestad jurisdiccional, esto es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado<sup>5</sup>. Por lo tanto, la teoría jurisdiccional, sostiene que el proceso de mediación como un ejercicio de la administración de justicia.

Esta teoría asienta sus bases en el artículo 116 de la Constitución colombiana, el cual establece:

Artículo 116. (...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Como se desprende del articulado citado, la constitución colombiana establece la investidura transitoria a los particulares para administrar justicia en la condición de conciliadores o jurados en las causas criminales. Por lo tanto, tiene sentido que se considere la posibilidad de que, mediante el proceso de mediación, se administre justicia. La consecuencia lógica de la investidura de potestad jurisdiccional al procedimiento de mediación es que el acta de mediación tenga carácter de sentencia (Bustamante Vásquez, 2009, pág. 50).

---

<sup>5</sup> El artículo 117 de la Constitución Española establece: “(...) 3. *El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes (...)*”.

El artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial de Ecuador establece que: “*La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia*”.

**Teoría procesalista de la mediación.** Para esta teoría, el procedimiento de conciliación tiene una naturaleza eminentemente procesal (Bustamante Vásquez, 2009, pág. 47). La conciliación en Colombia abarca la conciliación judicial y la conciliación extrajudicial. Llegando a darse que, en algunos casos la conciliación se ha consagrado como una etapa obligatoria previo al juicio<sup>6</sup>. Por lo tanto, esta corriente considera que la conciliación, constituye una etapa del proceso judicial. Por lo tanto, si el procedimiento de mediación constituye una etapa del procedimiento, este debe cumplir una serie de aspectos y procedimentales. El entender que las normas que rigen la conciliación son de carácter procesal, implica que estas son de cumplimiento obligatorio y de orden público. Esta consideración, conlleva a la obligación de que el procedimiento de conciliación respete un debido proceso. Considerando estos aspectos, el acta de conciliación, tendrá el carácter de sentencia. (Bustamante Vásquez, 2009).

### ***El acta de mediación considerada como un negocio jurídico***

Para poder entender a la teoría que considera al acta de mediación como un negocio jurídico, resulta necesario definir lo que constituye un “negocio jurídico”. En ese sentido, el Diccionario panhispánico del español jurídico define al concepto de “negocio jurídico” como: *acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico, y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece* (Real Academia Española, 2023). Considerando así, el acta de mediación constituye un negocio jurídico, entendida como una declaración de voluntad de quienes suscriben el acta, con la intención de producir un efecto jurídico. En este respecto, hay autores que equiparan la naturaleza del acta de mediación, con la transacción, estableciendo: *“El acuerdo al que lleguen las partes como resultado de la mediación participa de la naturaleza de la transacción* (Dupuis, 1997)”. El artículo 2348

---

<sup>6</sup> El artículo 35 de la Ley 640 de 2001 establece: *“Requisito de procedibilidad. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad”*.

del Código Civil ecuatoriano define a la transacción como: “Art. 2348.- *Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual*”. En su defecto, el artículo 1809 del Código Civil español señala: “*La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*”. De estas definiciones, y la naturaleza del contrato de transacción destacan varias similitudes y diferencias entre el contrato de transacción y el acta de mediación.

En cuanto a las similitudes, se puede destacar que tanto el acta de mediación como el contrato de transacción, son mecanismos autocompositivos, es decir, que las partes son quienes deciden poner fin al problema y establecen el desenlace de este. Adicionalmente, ambos buscan poner fin a un conflicto. Y, por último, ambos pueden versar únicamente sobre materia transigible.

Entre las diferencias más notables, se encuentran: que, en la mediación, el proceso cuenta con la intervención de un tercero imparcial que ayuda a guiar y navegar el conflicto. En contraste, la transacción cuenta con la intervención exclusiva de las partes del conflicto, no hay un tercero que intervenga en la búsqueda de la solución del conflicto. De la definición que da la legislación española al contrato de transacción se evidencia otra diferencia. *La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado* (resaltado fuera de texto). Del articulado citado, sale en evidencia otra gran diferencia entre el acta de mediación y el contrato de transacción: en el proceso de mediación, se puede abarcar un concepto de conflicto más amplio que en la transacción. Este último, se encuentra limitado a transar con la entrega, promesa o retención de alguna cosa con la finalidad de evitar o dar por terminado a un pleito. En la mediación no se encuentra limitada a la bilateralidad. Es decir, la mediación no se encuentra limitada a la prevención o término de un pleito.

### ***El acta de mediación considerada como una institución original o autónoma***

Vásconez define al acta de mediación como: “*un documento auténtico que al derivarse de un mecanismo alternativo de administración de justicia surte los efectos de*

*sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y que contiene un negocio jurídico nuevo y distinto de otros negocios típicos* (Bustamante Vásconez, 2009, pág. 177)”. De esta definición, se desprende una serie de conceptos claves del acta de mediación. El primero es que esta deriva de un mecanismo alternativo de administración de justicia. Esto es, que no forma parte de un procedimiento judicial, ni pretende aparentarlo. El procedimiento de mediación constituye un proceso autónomo que busca poner fin a un conflicto, este conflicto no está limitado a la vulneración de derechos o pretensiones accionables ante un tribunal. El concepto de conflicto del procedimiento de mediación es un concepto más amplio. Cuyo acuerdo surte efectos de sentencia ejecutoriada, esto es, que es perfectamente ejecutable mediante la vía de apremio (en Ecuador) y con carácter de título ejecutivo (en España) surtiendo obligaciones para las partes.

En cuanto al negocio jurídico nuevo y distinto, Vásconez señala: “*Los elementos esenciales de este negocio son: que se deriva de un procedimiento de mediación; que versa sobre materia transigible; que es de carácter extra-judicial; que pone fin a un conflicto de forma definitiva; y, que se recoge en un acta de mediación* (Bustamante Vásconez, 2009, pág. 179)”. Es decir, se trata de un procedimiento autónomo que busca poner fin de manera definitiva a un conflicto.

## **La Mediación En Ecuador**

### **Antecedentes**

La existencia de una solución alternativa de conflictos tiene una larga trayectoria en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Es así como el Código Orgánico General de Procesos establece en su artículo 233 que: “*Las partes podrán conciliar en cualquier estado del proceso. Si con ocasión del cumplimiento de la sentencia surgen diferencias entre las partes, también podrán conciliar*”. Evidenciándose el inicio de una corriente que busca incorporar mecanismos de apoyo a una justicia ordinaria ahogada en procesos y trámites. La primera Ley especial en la materia, data de 1963, cuando se dicta la Ley de Arbitraje Comercial<sup>7</sup>, la cual establecía al arbitraje como la forma más idónea de solución de conflictos entre comerciantes. Y aunque dicha ley no fuese aplicada con mucha frecuencia, se fue abriendo paso a la aceptación en nuestro país de las soluciones

---

<sup>7</sup> Decreto Supremo No 735 de 23 de octubre de 1963, Registro Oficial No 90 del 28 de octubre de 1963.

alternativas de conflictos como medios idóneos para solventar las controversias y conflictos entre las partes.

Motivo por el cual, en 1997, se aprueba la Ley de Arbitraje y Mediación<sup>8</sup>. Que en su artículo 43, se establecía que:

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 extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto. (LAM, 1997, art. 43).

De la definición de la Ley se desprenden los principios antes mencionados, y la consideración que se hace desde entonces al proceso de mediación como un procedimiento de solución de conflictos de carácter voluntario y definitivo que pone fin al conflicto. Álvaro Galindo atribuye esta transformación acelerada de la legislación ecuatoriana a la carencia de un sistema de administración de justicia eficiente que brinde las mínimas garantías a los usuarios, así como la necesidad de que los conflictos puedan ser resueltos de una manera más ágil y segura (Galindo, 2001, pág. 123) Resulta lógico que ante un sistema judicial defectuoso y dilatado, las partes afectadas busquen métodos alternativos de solución de conflictos que sean más transparentes, expeditos y eficaces. Motivo por el cual hemos visto una tendencia creciente de la mediación como forma de resolución de conflictos.

Con la existencia de una Ley especial regulando la materia, la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, establecía:

Art. 191.-El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

---

<sup>8</sup> Registro Oficial No 145 del 4 de septiembre de 1997.

El 14 de diciembre de 2006, entra en vigor la Ley de Arbitraje y Mediación, norma que se encuentra vigente en la actualidad. La nueva LAM mantiene con exactitud lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997, con un único cambio. Se agrega al artículo 52 de la nueva LAM lo siguiente:

Los gobiernos locales de naturaleza municipal o provincial, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro y, en general, las organizaciones comunitarias, podrán organizar centros de mediación, los cuales podrán funcionar previo registro en el Consejo Nacional de la Judicatura. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento, por parte de un centro de mediación dará lugar a la cancelación del registro y prohibición de su funcionamiento. El Consejo de la Judicatura podrá organizar centros de mediación pre procesal e intraprocesal<sup>9</sup> (Resaltado fuera de texto).

El artículo 190 de la Constitución de la Republica del Ecuador<sup>10</sup> vigente reconoce a la mediación como método alternativo de solución de conflictos. Establece que estos procedimientos deberán estar sujetos a la ley, en materias transigibles.

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.

Remitiendo su aplicación a la Ley. Por lo tanto, se debe identificar lo que establece la nueva Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)<sup>11</sup> para analizar el proceso de mediación en el Ecuador.

No se puede considerar la Ley de Arbitraje y Mediación sin analizar su Reglamento. El Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, vigente desde el 26 de agosto de 2021. En primer lugar, introduce la posibilidad de que el Estado o una entidad del sector público pueda resolver cualquier disputa sobre hechos, actos o demás actuaciones administrativas que tengan relación o surjan con ocasión de la relación objeto

---

<sup>9</sup> Registro Oficial No 417 del 14 de diciembre de 2006.

<sup>10</sup> Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008.

<sup>11</sup> Registro Oficial No 417 del 14 de diciembre de 2006.

de la mediación. Se incluye la posibilidad de dejar sin efecto o modificar actos de terminación, caducidad, sancionadores o multas<sup>12</sup>. En segundo lugar, se establece la interrupción de los plazos de prescripción y caducidad con la presentación de la solicitud de mediación. Dichos plazos comenzarán a correr nuevamente una vez que termine el proceso de mediación<sup>13</sup>.

## **De la mediación**

### ***El proceso de mediación***

Como se ha señalado, la voluntariedad es el pilar angular de la mediación. La posibilidad de cualquiera de las partes de desistir del proceso en cualquier momento se ve reflejada en la facultad del mediador de expedir la constancia de imposibilidad de mediación, si una de las partes no comparece a la audiencia de mediación en una segunda oportunidad. Estableciéndose que la mediación podrá ser solicitada a los centros de mediación o mediadores independientes. Con la viabilidad de someterse al procedimiento, sin restricción alguna, las personas naturales y jurídicas, público o privadas, legalmente capaces para transigir. Abriéndose la oportunidad de que el Estado o las instituciones del sector público se sometan a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva<sup>14</sup>.

La solicitud de mediación debe cumplir una serie de requisitos de carácter obligatorio que son los siguientes: consignarse por escrito, la designación de las partes y una breve determinación de la naturaleza del conflicto. Y, si fuese posible, los números telefónicos de las partes solicitantes<sup>15</sup>.

En cuanto a su procedencia, el artículo 46 LAM establece tres supuestos en los cuales el proceso de mediación será procedente. Resulta relevante identificarlos y analizarlos. El primero es, la existencia de un convenio escrito entre las partes por el cual

---

<sup>12</sup> Artículo 16 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial Suplemento 524 del 26 de agosto de 2021.

<sup>13</sup> Art. 18 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación.

<sup>14</sup> Art. 44 Ley de Arbitraje y Mediación.

<sup>15</sup> Art. 45 Ley de Arbitraje y Mediación.

someten el conflicto a mediación. En este supuesto, los jueces no serán competentes para conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia de las partes del convenio de mediación. Resaltándose nuevamente el papel de la voluntad de las partes y la potestad del mediador de expedir la constancia de impedimento de llegar un acuerdo mediante mediación. Facultándose en ambos casos, a cualquiera de las partes a acudir con su reclamación al órgano jurisdiccional competente. Sin embargo, se considerará que existe renuncia cuando, una vez presentada demanda ante un órgano judicial, el demandado no oponga la excepción de existencia de un convenio de mediación. Operando así una aceptación tácita en caso de que, la parte actora demande por la vía judicial, y la parte demandada no oponga a la demanda aludiendo a la existencia del convenio de mediación. Por lo que, se asume que las partes han desistido al convenio de forma tácita. En caso de existir oposición por parte de la parte demandada, el órgano judicial deberá resolver corriendo traslado a la contraparte, exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días.

Sobre la oposición, si bien la parte demandada puede oponer la excepción, cuestión distinta es la obligación de las partes a llegar a un acuerdo. Por lo tanto, el convenio vincula a las partes a dar inicio a la mediación, más no, a llegar a un acuerdo. Motivo por el cual el mediador tiene la facultad de establecer la incapacidad de llegar a un acuerdo, y las partes pueden negarse a firmar el acta de mediación o continuar con el proceso.

La segunda causal de procedibilidad es la solicitud de mediación de las partes o de una de ellas. Dicha solicitud, si es hecho por una sola de las partes, debe ser trasladada a la contraparte para que esta decida si someterse o no al proceso de mediación. En caso de negativa de la otra parte, se levantará un acta de imposibilidad de acuerdo. Si la respuesta es afirmativa, se abre vía a la mediación. Por lo que, si se llega a un acuerdo, el proceso ordinario se vería frustrado y la controversia se vería ventilada por medio del proceso alternativo.

Por último, se encuentra la posibilidad que el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten el artículo 294

del Código Orgánico General de Procesos que establece la posibilidad de que el juzgador disponga de oficio o a petición de parte que la controversia pase a un centro de mediación:

Art. 294.-Desarrollo. La audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas:

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

Del tenor literal de la Ley, resulta evidente una vez más, el protagonismo de la voluntariedad en el proceso de mediación. Al permitir que el juez ordinario ordene en cualquier momento de la causa, tanto de oficio o por petición de parte, que se realice la audiencia de mediación. Siempre y cuando las partes lo acepten. Evidenciándose la posibilidad de procurar que las partes den inicio al proceso de mediación, más no, la posibilidad de que lleguen a un acuerdo.

Si dentro del término de quince días desde la recepción por parte del centro de la notificación del juez, sin que se presente el acta que contenga un acuerdo, la causa continuara su tramitación, a menos que las partes soliciten por escrito al juez su decisión de que se amplie el término. Evitando así que el proceso ordinario se vea dilatado innecesariamente sin la intención de las partes a buscar un acuerdo por medio del proceso de mediación.

### ***Fases del proceso de mediación***

Ha sido abordada la primera fase de la mediación, la solicitud. Dicha solicitud puede efectuarse, por ambas partes en cualquier momento, incluyendo durante el proceso ordinario. Partiendo de la aceptación de las partes de someter su conflicto a mediación, se da paso a la siguiente etapa del proceso.

El artículo 48 de la LAM establece los siguientes requisitos relativos al nombramiento del mediador:

La mediación prevista en esta Ley podrá llevarse a cabo válidamente ante un mediador de un centro o un mediador independiente debidamente autorizado.

Para estar habilitado para actuar como mediador independiente o de un centro, en los casos previstos en esta Ley, deberá contarse con la autorización escrita de un centro de mediación. Esta autorización se fundamentará en los cursos académicos o pasantías que haya recibido el aspirante o mediador.

Por lo tanto, si bien la elección del mediador se mantiene a la discreción de las partes, este debe cumplir con lo establecido en la LAM, es decir, estar debidamente autorizado por un centro de mediación mediante escrito, fundamentada en los cursos académicos o pasantías recibidas por el mediador o aspirante. El artículo 49 de la LAM establece que quien actúe como mediador durante un conflicto, queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso posterior en cualquier calidad, sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes.

Una vez nombrado el mediador, las partes podrán pasar a la fase de contactos iniciales entre el mediador y las partes del proceso. Esta fase constituye la explicación por parte del mediador a las partes en que consiste el proceso de mediación y sus reglas básicas. Esto incluye una explicación del carácter confidencial del proceso, los costos del proceso si fuesen aplicables y las reglas pactadas en este momento. Como la delimitación del respeto al turno de palabra.

Finalizada esta etapa, las partes podrán pasar al intercambio de la información pertinente del caso y de sus posturas y opiniones sobre los asuntos que generaron el conflicto objeto del proceso. La finalidad de esta etapa es que las partes compartan con el mediador las razones de su enfrentamiento y señalen su posición al respecto. Como ha sido señalado, el proceso de mediación no es un proceso rígido, las partes tienen total autonomía para avanzar o retroceder en las etapas del proceso como sea necesario. En esta etapa, el mediador deberá procurar la conformidad de las partes respecto a los temas a tratar e identificar los puntos que puedan facilitar el desenlace favorable del conflicto.

Una vez que se ha aclarado el problema, se avanza hacia la fase de presentar posibles soluciones. En este punto, se destaca la importancia de facilitar la confianza y la creatividad entre las partes involucradas para abordar el conflicto. Durante esta etapa, la comunicación entre todas las personas implicadas, así como el facilitador del proceso, juega un papel crucial. El objetivo es explorar lo que cada parte está dispuesta a hacer y lo que solicita a las demás. El facilitador, como mediador imparcial, tiene la responsabilidad de guiar el diálogo constructivo sin influir en las decisiones. Además, se

busca mantener un ambiente propicio para que emerjan ideas y soluciones que satisfagan a todas las partes. El enfoque en una comunicación efectiva y la disposición a comprometerse resultan esenciales para alcanzar una resolución equitativa y satisfactoria para todos los implicados en el conflicto.

Por último, superadas las anteriores fases del proceso, se podrá dar paso al acuerdo entre las partes. En esta etapa el rol del mediador es el ayudar a las partes a delimitar claramente el acuerdo. Esto es, establecer que es el cómo, cuándo y dónde se cumplirán las obligaciones adquiridas por las partes. El procedimiento de mediación concluye y será válido con la firma de las partes y del mediador del acta en la que conste el acuerdo total o parcial, así lo establece el artículo 47 de la LAM:

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.

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.

### ***Efectos del acta de mediación***

El acta de mediación que contiene el acuerdo de las partes tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. Así lo establece el artículo 47 de la LAM “*El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación*”. Por otro lado, el artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos, establece que el acta de mediación constituye un título de ejecución. Por lo tanto, el acta de mediación tiene efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará siguiendo la vía de apremio. El Código Orgánico General de Procesos establece que el apremio es la medida coercitiva que aplican las o los juzgadores para que sus decisiones sean cumplidas<sup>16</sup>. Para entender

---

<sup>16</sup> Artículo 134 Código Orgánico General de Procesos.

los efectos del acta de mediación, resulta importante definir los efectos de la sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

La sentencia ejecutoriada aquella sentencia sobre la cual ya no caben recursos que podrían cambiar su contenido. Dando lectura al último párrafo del artículo 47 de la LAM se puede aducir que el acta de mediación no puede ser revisada por las partes con excepción de los asuntos de menores y alimentos, los cuales podrán ser revisados por las partes conforme las normas del Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos de estas materias.

Couture defiende que la cosa juzgada es irrevocable, ya que la ley prohíbe cualquier intento de revisar el mismo asunto “*non bis in idem*”. Esto se evidencia con la posibilidad de alegar la cosa juzgada como excepción. La cosa juzgada es también inalterable o invariable. Esta inalterabilidad se refiere a la imposibilidad de que otra autoridad, de oficio o por petición de parte, pueda modificar los términos del fallo, o en este caso, del acta (Couture, 1958, pág. 402). Que el acta de mediación tenga efecto de cosa juzgada quiere decir que el acta no podrá ser revisada por un juez y que se impide que, dentro de un proceso, se revisen los hechos que llevaron al conflicto. La cosa juzgada no es un efecto de la sentencia, es una cualidad que esta adquiere cuando no procede sobre este ningún recurso.

### **Desafíos**

Como se ha analizado, la mediación en el Ecuador ha ganado acogida en parte debido a las deficiencias del sistema judicial. Sumándose a la gran desconfianza de la población al sistema, la problemática se ve agravada por la alta carga de trabajo en la función judicial y la falta de personal para atender a las causas. Según datos oficiales de la Función Judicial (Consejo de la Judicatura, 2023), en el 2020 (últimos datos publicados) del total de audiencias instaladas, el 92,15% llegaron a un acuerdo. En el 2019, ese año llegó al 91.82%. Esto demuestra una gran efectividad de los procesos de mediación en el Ecuador. No obstante, resulta importante analizar otro dato relevante. En el 2020, las 14.607 audiencias de mediación instaladas son resultado de 25.336 casos atendidos. Es decir, solamente el 57.65% de los casos atendidos terminan en la instalación de una audiencia. Vemos aquí un primer problema en el Ecuador. Si bien el porcentaje de acuerdos logrados es extremadamente bueno (92.15% tomando en cuenta el número de audiencias instaladas), pero este número resulta inferior si se toma en consideración el

número de casos atendidos (53.13%). Es decir, un poco menos de la mitad de los casos de mediación que se atienden no terminan en un acta de mediación. Como se ha evidenciado, la mediación como un método alternativo de solución de conflictos es necesaria para descongestionar a la función judicial y permite que las partes, con la asistencia de un tercero imparcial, puedan llegar a un acuerdo que verse sobre materia transigible. La flexibilidad del proceso convierte a la mediación en un medio viable para dar por terminado de forma definitiva un conflicto. Sin embargo, para que este proceso sea efectivo, se requiere de la voluntad de las partes en llegar a un acuerdo. A diferencia del proceso judicial, en el que no existe opción de renunciar al proceso (con la excepción del desistimiento del actor). Por lo tanto, el éxito de la mediación radica en la voluntad de las partes de formar parte del proceso; en consecuencia, resulta necesario concientizar a la población, no solo en la posibilidad de optar por este medio alternativo de resolución de conflictos, sino en su viabilidad. Para lograr este cometido, es necesario una mejor difusión del proceso en el país; dotando al sistema con más centros de mediación y fomentando la capacitación de nuevos mediadores.

## **La Mediación En España**

### **Antecedentes**

En España, la presencia de regulación en materia de mediación se debe principalmente a la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia. La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su exposición de motivos señala:

(6) La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos.

(7) Para promover el uso más frecuente de la mediación y garantizar que las partes que recurran a ella puedan contar con marco jurídico predecible, es necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los aspectos fundamentales del procedimiento civil.

(8) Las disposiciones de la presente Directiva solo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, pero nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional.

Esta directiva sentó las bases para que la mediación se implemente en las legislaciones nacionales de los países miembros. Es por este motivo, que la Constitución Española de 1978 no reconoce a la mediación, y su primera mención es en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su artículo 87 ter.5 prohibiendo la mediación en los casos de violencia contra la mujer.

La realidad de la gran mayoría de países en la región es la de un sistema judicial saturado, poco eficiente y lento. Por este motivo, se promulga la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. La cual señala en su exposición de motivos:

La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia.

Asimismo, esta Ley incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. (...).

Como se desprende de la exposición de motivos de la Ley, la implementación de la mediación en España pretende reducir la carga de trabajo del sistema judicial. Con la finalidad de que la vía judicial sea la última opción para la resolución de los conflictos.

### **De la mediación**

El artículo 2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LM) establece el ámbito de aplicación de la norma a los asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos (cumpliendo con la

Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo), siempre que no afecten derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable<sup>17</sup>. El mismo artículo excluye del ámbito de aplicación a la mediación penal, la mediación con las administraciones públicas y la mediación laboral.

### ***El proceso de mediación***

El título IV de la LM trata sobre el procedimiento de mediación. En el artículo 16 se establece:

Artículo 16. Solicitud de inicio.

1. El procedimiento de mediación podrá iniciarse:

a) De común acuerdo entre las partes. En este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones.

b) Por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas.

2. La solicitud se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas.

3. Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal.

La ley establece dos supuestos en los que el proceso de mediación podrá iniciar, y ambos contemplan el carácter voluntario del proceso. El articulado citado establece que la solicitud de mediación deberá presentarse ante las instituciones de mediación o ante el mediador asignado por las partes. Incluyendo la posibilidad de que las partes, con un proceso judicial en curso, puedan someter la controversia a mediación. Con lo cual podrán solicitar que se suspenda el proceso.

---

<sup>17</sup> Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En ese sentido, el artículo 19 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), reformada por la disposición final 3.1 de la LM, establece:

Artículo 19. Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto de este, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.

Con esta reforma, se evidencia la intención del legislador, el consagrar a la mediación como una vía efectiva para la resolución de conflictos. Cuestión que resulta más evidente si se analiza el artículo 39 de la misma Ley. El cual señala:

Artículo 39. Apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte.

El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia.

Estableciéndose la posibilidad de denunciar mediante declinatoria, la falta de jurisdicción por haber sometido la controversia a mediación.

### ***Fases del proceso de mediación***

El proceso de mediación inicia con la solicitud presentada ante las instituciones de mediación o el mediador designado. Una vez recibida la solicitud, salvo pacto en contrario, el mediador o la institución deberá comunicar a las partes para que se celebre la primera sesión informativa. Si una o ambas de las partes no asisten a la sesión informativa se entenderá desistido el proceso de mediación<sup>18</sup>.

En la sesión informativa, el mediador o mediadores<sup>19</sup> deberán informar a las partes de las posibles causas que puedan afectar su imparcialidad, de su profesión, formación y

---

<sup>18</sup> Artículo 17 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación de asuntos civiles y mercantiles.

<sup>19</sup> Artículo 18 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación de asuntos civiles y mercantiles.

experiencia. Adicionalmente, deberán informar a las partes de las características del proceso, los costos asociados, la forma en la que estará organizado el proceso, las consecuencias jurídicas del eventual acuerdo y el plazo para firmar el acta de sesión constitutiva<sup>20</sup>.

En la sesión constitutiva, las partes deberán dejar constancia de los siguientes aspectos: a) la identidad de las partes; b) la designación del mediador, y de ser aplicable, la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes; c) el objeto del conflicto que se somete al proceso; d) la programación del proceso y la duración del mismo, sin perjuicio que este pueda ser modificado; e) desglose de los gastos del proceso diferenciando entre los honorarios del mediador y otros gastos aparejados; f) la declaración de la aceptación voluntaria por las partes de la mediación en la que asuman las obligaciones derivadas del procedimiento; g) designación del lugar y la lengua del desarrollo del proceso<sup>21</sup>. Estos aspectos deberán ser recogidos en un acta la cual deberá ser firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores.

Una vez firmada el acta constitutiva del procedimiento, con los datos necesarios para su celebración, se podrá dar paso al desarrollo de las sesiones con las partes. El mediador deberá convocar a las partes para cada sesión con suficiente antelación. El rol del mediador en estas fases es de orientar y dirigir y facilitar la comunicación entre las partes de forma igualitaria y equilibrada<sup>22</sup>. Considerando la esencia adaptable del proceso de mediación, nada impide que el mediador mantenga comunicaciones con cualquiera de las partes sin la presencia de la otra. Siempre y cuando el mediador comunique a las partes de la celebración de las reuniones que desarrolle por separado. Sin perjuicio del carácter confidencial del proceso, el mediador no podrá compartir con la otra parte, ningún documento o información que la otra parte haya aportado, sin su consentimiento expreso para hacerlo.

La terminación del procedimiento se podrá dar con un acuerdo o sin acuerdo. La renuncia del mediador del procedimiento solo acarreará la terminación de este, si las

---

<sup>20</sup> Artículo 17 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación de asuntos civiles y mercantiles.

<sup>21</sup> Artículo 19 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación de asuntos civiles y mercantiles.

<sup>22</sup> Artículo 21 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación de asuntos civiles y mercantiles.

partes no logran nombrar a un remplazo. La falta de acuerdo se podrá dar por cuatro supuestos: i) porque todas o una de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones; ii) por haber transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del proceso; iii) por la apreciación motivada del mediador que las partes son irreconciliables; o, iv) que concurra otra cause que determine la imposibilidad de continuar con el proceso.

Con la terminación del proceso, el mediador deberá devolver todos los documentos aportados por las partes. Los documentos no devueltos, formarán un expediente que deberá ser custodiado por el mediador o la institución de mediación por un plazo de cuatro meses.

Si las partes logran un acuerdo, este deberá ser plasmado en un acta la cual deberá ser firmada por todas las partes y el mediador o mediadores, cuando fuera aplicable. En el acuerdo firmado por las partes, deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe y las obligaciones.

### ***Efectos del acta de mediación***

El proceso de mediación exitoso concluye con el acta de mediación. El acuerdo podrá versar sobre una parte o la totalidad de la materia sometida al proceso. Un aspecto importante para tener en cuenta en la regulación española de la mediación es que, una vez terminado el proceso, se podrá ejecutar la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. El artículo 23 de la Ley 5/2012 establece una serie de requisitos de se tendrán que cumplir para que esta sea válida y surta efectos:

Artículo 23. El acuerdo de mediación.

4. El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación.

En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

5. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes.
6. Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación.

El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo.

7. Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

La Ley configura al acuerdo mediación como título ejecutivo, exigiendo para su formalización, la firma de las partes y del mediador. Este acuerdo tendrá además eficacia de cosa juzgada. Al ser un auténtico contrato, el acuerdo fruto de la mediación es vinculante para las partes que lo suscriben. Sin embargo, para que este adquiriera eficacia ejecutiva, tendrá que cumplir una serie de requisitos dependiendo si se trata de una mediación extrajudicial o intrajudicial.

Para el acuerdo de mediación intrajudicial (acuerdo de mediación alcanzado tras el inicio de un proceso judicial), la LM, faculta a las partes a solicitar que se homologue el acuerdo conforme a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En ese sentido, el artículo 415.2 LEC señala:

2. El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.

La competencia para la homologación se atribuye al tribunal que estuviese conociendo la causa cuando está fue suspendida por el proceso de mediación<sup>23</sup>. Dotándose al acuerdo homologado de fuerza ejecutiva<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Artículo 25 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y artículo 19.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>24</sup> Artículo 517.1.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Por el otro lado, el acuerdo de mediación desarrollado en un procedimiento extrajudicial tendrá fuerza ejecutiva cuando las partes lo hayan elevado a escritura pública. Para esto, las partes deberán presentar ante un notario pública, el acuerdo de mediación, acompañado de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento<sup>25</sup>. El artículo 517.2.2 LEC establece que los acuerdos de mediación deberán ser elevados a escritura pública para que constituyan título ejecutivo. Por lo tanto, para que el acuerdo de mediación tenga fuerza ejecutiva, las partes deberán ponerse de acuerdo para que se homologue el acuerdo si se trata de una mediación intrajudicial, o se eleve a escritura pública si se trata de una mediación extrajudicial.

Una vez el acuerdo de mediación adquiera fuerza ejecutiva, se podrá solicitar la ejecución forzosa. La competencia para la ejecución corresponderá al juzgado que lo haya homologado (para los acuerdos intrajudiciales) o el juzgado de primera instancia del lugar en donde se firmó el acuerdo (para los acuerdos extrajudiciales)<sup>26</sup>.

El artículo 545 LEC establece que cuando el título sea un acuerdo de mediación, el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se haya firmado el acuerdo, podrá denegar o autorizar la ejecución:

Artículo 545. Tribunal competente. Forma de las resoluciones en la ejecución forzosa.

(...)

2. Cuando el título sea un laudo arbitral o un acuerdo de mediación, será competente para denegar o autorizar la ejecución y el correspondiente despacho el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo o se hubiera firmado el acuerdo de mediación.

(...)

Del tenor literal del articulado citado, se desprende la posibilidad de que el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya firmado el acuerdo de mediación, niegue la ejecución del acuerdo homologado o elevado a escritura pública. En ese sentido, la denegación de la ejecución podrá ser por consecuencia del incumplimiento de alguno de los requisitos de forma del título señalados en el art. 551 LEC y que el acuerdo sea

---

<sup>25</sup> Artículos 23 y 25 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles

<sup>26</sup> Artículo 26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles

contrario a Derecho<sup>27</sup>. Llama la atención que, para la ejecución del acuerdo de mediación, se dota al juez de una nueva fiscalización del contenido del acuerdo. Considerando que este para adquirir fuerza de ejecución, se sometió a un control por parte del juez que lo homologó o el notario que elevó a escritura pública. Adicionalmente, el artículo 551 LEC, obliga que se adjunte a la demanda ejecutiva una copia de las actas de sesión constitutiva y final del procedimiento.

El resto del trámite de ejecución se rige por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 518 LEC se refiere al ámbito de la caducidad de la acción ejecutiva, señalando que la acción ejecutiva fundada en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución<sup>28</sup>.

### **Desafíos**

La primera falencia de la legislación española respecto a la mediación es, como se mencionó anteriormente, respecto a la doble fiscalización al momento de ordenar la ejecución del acuerdo de mediación con fuerza ejecutiva. El acuerdo de mediación adquiere fuerza ejecutiva con su homologación ante el juzgado en el que se haya iniciado el procedimiento judicial (mediación intrajudicial) o con su elevación a escritura pública (mediación extrajudicial). Sin embargo, con la demanda de ejecución, el juez encargado de la ejecución del acuerdo podrá rechazar su ejecución cuando considere que este no cumple con los preceptos del artículo 551 LEC. Por lo tanto, el acuerdo se ve sometido a dos controles de fondo y forma. El primero, al momento de elevar el acuerdo a escritura pública por el notario encargado; o con la homologación del acuerdo efectuado por el Juez de Primera Instancia que conocía el procedimiento judicial interrumpido por el proceso de mediación. La segunda por el juez encargado de la ejecución. Por lo tanto, se establece un segundo control innecesario que entorpece la ejecución del procedimiento.

El segundo problema radica en los plazos de caducidad de la acción ejecutiva. La LEC establece: *“la acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del Tribunal o*

---

<sup>27</sup> Artículo 28 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles.

<sup>28</sup> Artículo 518 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

*del Secretario judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución<sup>29</sup>*. Se podría argumentar que ese plazo empieza a correr desde la firma del acuerdo de mediación por las partes. O, por el otro lado, que este término empieza a correr desde que el acuerdo de mediación adquiere fuerza ejecutiva. Esta imprecisión podría acarrear problemas de interpretación que afectarían la ejecución de los acuerdos de mediación. Parecería correcto que, el término debe contarse desde que el acuerdo adquiere fuerza ejecutiva. Es decir, desde la homologación judicial del acuerdo o su elevación a escritura pública. Teniendo en cuenta que, no se podrá interponer una demanda ejecutiva si el acuerdo no ha adquirido fuerza ejecutiva. De esta falta de claridad respecto al momento en el que se deben contar los términos de la LEC, se encuentra otro problema. Respecto al plazo de espera de la ejecución del acuerdo de mediación. El artículo 548 LEC establece: *“no se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firma, o la resolución de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado”*. Por lo tanto, la norma señala que el plazo de espera a los veinte días posteriores a la firma del acuerdo. Llama la atención que el legislador no contemple que la firma del acuerdo por las partes no dota de fuerza ejecutivo al mismo. La firma constituye un requisito constitutivo del acuerdo, esta no dota de fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación. Por lo tanto, el término de veinte días deberá ser considerado desde que el acuerdo adquiere fuerza ejecutiva. Es decir, con la homologación judicial o su elevación a escritura pública.

Según datos publicados por el Consejo General del Poder Judicial, en el 2022 se derivaron 8308 casos de mediación intrajudicial, de los cuales 2385 finalizaron en acuerdos y 4621 sin acuerdo. Eso quiere decir que únicamente el 28.70% de los casos derivados resultaron en acuerdo. Considerando que la función judicial recibe aproximadamente 9 millones de casos al año, resulta evidente que la mediación no tiene la acogida que se pretendía con la publicación de la LM. La falta de adopción generalizada de la mediación se puede dar por la concepción que tiene la población española a la función judicial. Esto es, que la gran mayoría de los españoles consideran la vía judicial,

---

<sup>29</sup> Artículo 518 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



*demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación”.*

Como se desprende del articulado citado, ambas legislaciones establecen que, cuando se haya pactado someterse a mediación, la justicia ordinaria no podrá conocer el pleito hasta que las partes den inicio al procedimiento. Esto es, por lo menos acudir a la primera sesión del procedimiento. Considerando que se trata de un proceso voluntario, en ningún momento se podrá obligar a las partes a mantenerse en este o llegar a un acuerdo. Por lo tanto, en ambas legislaciones, la mediación es un proceso totalmente voluntario.

Respecto a la confidencialidad, el artículo 9 de la Ley 5/2012 española establece: *“el procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial”*. Por su parte la legislación ecuatoriana, establece en el artículo 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación: *“la mediación tiene carácter confidencial, los que en ella participen deberán mantener la debida reserva”*. El carácter de confidencial resulta uno de los aspectos más llamativos del procedimiento de mediación. A diferencia de los procedimientos judiciales, la mediación tiene carácter confidencial. Por lo tanto, solo el mediador o mediadores y las partes tendrán acceso a la documentación y demás información que constituya el procedimiento.

Otra característica compartida en ambas legislaciones es la flexibilidad del procedimiento. Esta posibilidad de saltarse etapas o volver a otras hace que el procedimiento sea tan exitoso. Ambas legislaciones se abstienen de regular el desarrollo del procedimiento de mediación, en la medida en que se identifican las fases, pero no se establecen términos o plazos para llevarlas a cabo. Esta característica es una de las más influyentes al momento de lograr un acuerdo entre las partes. el hecho de que no se establezcan plazos para presentar prueba, o reglas de cómo desarrollar cada fase del proceso, trasladan el poder de decisión a las partes en cuanto al funcionamiento y desarrollo de la mediación. Por lo tanto, el mediador, analizando las necesidades particulares de las partes, podrá omitir fases, o volver a otras con la intención de conseguir un resultado favorable.

Vistas las similitudes en ambas legislaciones, se dará paso a identificar las mayores diferencias entre ambos países, las cuales son significativas.

## Diferencias

A diferencia de España, Ecuador tiene un historial sustancial relativo a la mediación. Esta misma viene recogida en la constitución de la Republica del Ecuador desde 1926. Que decía: “**Art. 151.-** La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los siguientes derechos: 24. (...) *Tanto los obreros como los patronos o empresarios tendrán derecho para asociarse (...). Para la solución de los conflictos de capital y el trabajo, se constituirán tribunales de conciliación y arbitraje”.* el profesor Álvaro Galindo atribuye la fuerte presencia de la mediación en Ecuador a la desconfianza de los ciudadanos hacia los tribunales y la carencia de un sistema de administración de justicia eficiente. Estos problemas y esta desconfianza van de la mano con los problemas típicos de los sistemas de justicia en los países latinoamericanos: lentitud en el trámite de las causas, ausencia de instrumentos tecnológicos, falta de capacitación de los funcionarios judiciales, y en algunos casos, corrupción (Galindo, 2001, pág. 123). En contraste, en España, la presencia de regulación en materia de mediación se debe principalmente a la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>30</sup>. Lo que explica que la mediación no se reconoce en la constitución y la primera vez que es nombrada es en el art. 87 ter 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto prohíbe la mediación en los casos de violencia contra la mujer.

La mayor diferencia entre ambos países se da respecto a los efectos del acta de mediación. Como hemos visto, la legislación ecuatoriana dota al acta de mediación de efectos de cosa juzgada y sentencia ejecutoriada Así lo establece el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación: “*El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada (...)*”. Vemos aquí la primera gran diferencia entre ambas legislaciones. A diferencia del ordenamiento jurídico ecuatoriano, España concede un tratamiento diferente al acta de mediación, siendo este vinculante al ser un auténtico contrato. La legislación española no dota al acuerdo de mediación efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. El tratamiento del acuerdo de mediación en España se regirá

---

<sup>30</sup> María Victoria Sánchez Pos, La Ley de Medidas de Agilización Procesal y la Ley de Mediación: Exposición de las Reformas Recientes de la Justicia Civil.

por los requisitos de validez de los contratos. Esta diferencia tendrá una fuerte incidencia en la ejecución del acuerdo.

Si bien en ambas legislaciones el acuerdo de mediación podrá considerarse como título de ejecución, una exige que se cumplan una serie de formalidades. El artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano establece que el acta de mediación constituye un título de ejecución. Por su lado, en España el artículo 415.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil establece: *“El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados”*. Del tenor literal del artículo se desprende la necesidad de homologar judicialmente el acuerdo de mediación para que este adquiera eficacia ejecutiva. La legislación española establece dos procedimientos para la adquisición de eficacia ejecutiva dependiendo si se trata de una mediación desarrollada en un procedimiento extrajudicial o intrajudicial. En ese sentido, para que el acuerdo de mediación extrajudicial adquiera eficacia ejecutiva, las partes deberán elevarlo a escritura pública. Por otro lado, si se trata de un procedimiento intrajudicial, este deberá ser homologado por el juzgado que haya tramitado la causa previa a la solicitud de mediación.

La mediación en Ecuador tiene una presencia más generalizada, principalmente debido a la desconfianza de la población hacia la justicia ordinaria. Sumándose a un sistema caótico, desbordado de causas y hundido en corrupción. Esos factores han incidido en el reconocimiento de la mediación como una solución alternativa de conflictos, regulada por la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997 y reconocida por la Constitución de 2008.

## **Conclusiones**

A lo largo del trabajo se han abordado las principales características del procedimiento de mediación en Ecuador y España. Analizando las similitudes y diferencias de la legislación en ambos países respecto a esta solución alternativa de resolución de conflictos. La voluntariedad y la confidencialidad son principios angulares en el procedimiento de mediación. Siendo la confidencialidad en muchas ocasiones, uno de los puntos dirimientes al momento de elegir el procedimiento de mediación para

solventar una controversia. Se analizaron las fases del procedimiento de mediación en la legislación de cada país, evidenciándose la flexibilidad del procedimiento y su intención de facilitar la comunicación entre las partes y asegurar un resultado favorable. Alineadas con el rol del mediador, el de facilitar la comunicación entre las partes y asegurarse que tengan la información necesaria y el asesoramiento suficiente para lograr un resultado favorable. Dicho esto, llama la atención las estadísticas respecto a la mediación en Ecuador, y la incidencia de este procedimiento en este país. En Ecuador en 2020 se realizaron 14.607 audiencias de mediación de las cuales el 92.15% culminaron en acuerdo. En contraste, España en 2020 registró 8.044 casos de mediación intrajudicial derivados, de los cuales solo el 27.70% de los casos resultaron en acuerdo (Consejo General del Poder Judicial , 2023). Una diferencia abismal en el número de procesos iniciados y el porcentaje de acuerdos logrados más aún si se considera la diferencia de población entre Ecuador y España (17.510.643 (Consejo Nacional para la Igualdad de Género, 2023) vs. 47.318.050 (Instituto Nacional de Estadística, 2023)). Estos datos demuestran el protagonismo que ha adquirido la mediación entre los ecuatorianos y el largo camino que deberá recorrer este método alternativo de solución de conflictos en España. Sin perjuicio de lo anterior, la diferencia en procedimientos entre ambos países no se debe únicamente a la desconfianza de los ecuatorianos con el sistema judicial. Sumando a esa realidad, vale destacar que la legislación ecuatoriana se encuentra más desarrollada que la española. Partiendo que la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 190 reconoce a la mediación y a otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Adicionalmente, el Consejo de la Judicatura, órgano de gobierno y administración de la Función Judicial, señala en el artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial: “(...) *el arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades*”. Por lo tanto, la mediación no solo se encuentra reconocida por la constitución y la ley como un procedimiento de solución de conflictos, además, el Consejo de la Judicatura, establece que la mediación constituye una forma de la administración de justicia siendo un servicio público accesible a todos los ciudadanos. Estos factores inciden en la generalización en la ciudadanía de la mediación como un proceso efectivo y accesible para la solución de conflictos. Resaltando la importancia de los procedimientos alternativos de resolución de conflictos como un método idóneo para dar un alivio necesario al sobrecargado sistema judicial de nuestros países.

## Recomendaciones

El presente trabajo busca resolver la siguiente premisa: la conveniencia o no de que la mediación sea voluntaria.

La voluntariedad es un principio fundamental para el procedimiento de mediación. Como se ha señalado, la voluntariedad del procedimiento se plasma con la posibilidad de desistir del proceso en cualquier momento si así lo convienen las partes. La legislación española declara de forma expresa que la mediación es de carácter voluntario: “*Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición. 1. La mediación es voluntaria. 2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo*<sup>31</sup>”. En contraste, en la legislación ecuatoriana no se establece de forma expresa la voluntariedad del procedimiento, sin embargo, señala: “*Art. 51.- Si alguna de las partes no comparece a la audiencia de mediación a la que fuere convocada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si en la segunda oportunidad alguna de las partes no comparece, el mediador expedirá la constancia de imposibilidad de mediación*”. Evidenciándose el carácter voluntario del procedimiento, por cuanto las partes tienen libertad, al ser convocadas, de asistir o no a la audiencia de mediación.

Ambas legislaciones contemplan la imposibilidad de la jurisdicción ordinaria de conocer la causa si existiese un acuerdo de mediación escrito entre las partes. En España por medio de la declinatoria y en Ecuador como excepción previa. Por lo tanto, en cierta medida, ambas legislaciones obligan a las partes que hayan pactado someterse a mediación, a por lo menos, a llamar a las partes a comparecer en el procedimiento. La cuestión es la viabilidad de la adopción de la mediación obligatoria en ciertos asuntos.

Esta obligatoriedad no es un tema novedoso, países como Italia ya han adoptado legislación que establece la obligatoriedad de iniciar, para ciertas materias, un

---

<sup>31</sup> Ley 5/2012 de 6 de julio

procedimiento de mediación previo a optar por la vía judicial. Estas materias son: derechos reales, divisiones o particiones de herencias, indemnización de daños derivados de responsabilidad médica o sanitaria, banca, seguros, arrendamientos de vivienda o negocios y contratos financieros. Sin perjuicio de lo anterior, esta obligatoriedad guarda relación con la obligación de las partes de presentarse y llevar a cabo la primera sesión del procedimiento de mediación y no al desarrollo completo de todo el procedimiento. Cuestión que hace sentido, considerando que, al tratarse de un procedimiento autocompositivo, en el cual son las partes quienes llegan al acuerdo, y el mediador cumple un rol de guía y moderador, resulta impensable forzar a las partes a llegar a un acuerdo cuando este no sea posible por cualquier motivo.

La Unión Europea planteó en el 2014, en su estudio: “REINICIAR” LA DIRECTIVA DE MEDIACIÓN: EVALUACIÓN DE SU IMPACTO LIMITADO Y PROPONIENDO MEDIDAS PARA AUMENTAR EL NÚMERO DE MEDIACIONES EN LA UE (‘REBOOTING’ THE MEDIATION DIRECTIVE: ASSESSING THE LIMITED IMPACT OF ITS IMPLEMENTATION AND PROPOSING MEASURES TO INCREASE THE NUMBER OF MEDIATIONS IN THE EU (European Parliament, 2023) en inglés) la apuesta por parte del Parlamento Europeo por la mediación obligatoria para ciertas materias, usando como ejemplo el modelo italiano (el único país europeo con más de 200.000 mediaciones al año). En ese sentido, la UE analiza los altos costes de los juicios en comparación con la mediación: los costes más altos de un juicio pueden alcanzar 25.000 euros en Suecia, los precios más altos de la mediación ascienden a 10.000 euros en Austria. Estos datos dan luz a un grave problema en Europa, los países miembros (con excepción de Italia) no han logrado implementar de forma eficaz el procedimiento de mediación.

Esta opción es viable en Ecuador. Partiendo del reconocimiento de la Constitución a la mediación como método alternativo de solución de conflictos y la actual legislación la cual establece como excepción previa la existencia de convenio de mediación. Ecuador país se encuentra ahogado en causas judiciales, con un poder judicial saturado y con un financiamiento deficiente. Los métodos alternativos de solución de conflictos son una solución viable y eficaz para la resolución de controversias. Por este motivo, parece lógico que se adopte el sistema de mediación obligatoria para las controversias más comunes, recurrentes y las cuales serían más fácil de resolver mediante mediación, estas son: divisiones o particiones de herencia, arrendamientos de vivienda o negocios y juicios

de alimentos. Un primer paso importante es empezar a familiarizar a la población con el procedimiento. Buscando que se considere a la mediación como un primer paso lógico para la resolución del conflicto dejando a los procedimientos judiciales como segunda opción.

Ecuador ha logrado importantes avances en la regulación y fomento de la mediación, pero en gran medida esta sigue siendo un procedimiento desconocido para muchas personas. Por este motivo, resulta necesaria una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997, no solo para actualizarla a la realidad actual del país, sino para establecer al proceso de mediación como requisito de procedibilidad en los procesos de: divisiones o particiones de herencia, arrendamientos de vivienda o negocios y juicios de alimentos. La mediación obligatoria con opción de exclusión es una gran alternativa para lograr una mayor incidencia de la mediación en el Ecuador y dotar a los ciudadanos con un método alternativo de solución de conflictos eficaz, ágil y accesible.

## Referencias

- Boqué Torremorell, M. C. (2003). *Cultura de mediación y cambio social*. Barcelona : Gedisa.
- Torrego Seijo, J. C. (2003). *Mediación de Conflictos en instituciones educativas. Manual para la formación de mediadores*. Madrid: Narcea.
- Real Academia Española. (25 de Septiembre de 2023). *Real Academia Española*. Obtenido de Real Academia Española: <https://dle.rae.es/conflicto>
- Bustamante Vásquez, X. (2009). *El acta de mediación*. Quito: Cevallos Librería Jurídica.
- Álvarez, S. G. (1997). Diferencia entre Conciliación y Mediación. En C. d. Desarrollo, *Resolución Alternativa de Conflictos* (págs. 82-83). Quito: CLD.
- Dupuis, J. (1997). *Mediación y Conciliación*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Galindo, Á. (2001). Origen y desarrollo de la solución alternativa de conflictos en Ecuador. *Iuris Dictio*, 123.
- Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque de Palma Editores.
- Consejo de la Judicatura . (25 de octubre de 2023). *Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial* . Obtenido de Función Judicial : <https://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/index.php/2015-04-13-21-21-55/datos-estadisticos#ingreso-de-causas-2020>
- Consejo General del Poder Judicial . (2023 de octubre de 2023). *Medios alternativos de resolución de conflictos* . Obtenido de Poder Judicial España: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Medios-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/Mediacion-Intrajudicial/>
- Consejo Nacional para la Igualdad de Género. (23 de octubre de 2023). *Población del Ecuador*. Obtenido de Igualdad de Género: <https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2022/08/POBLACION-DEL-ECUADOR.pdf>

Instituto Nacional de Estadística. (20 de octubre de 2023). *Estadística continua de población. Últimos datos*. Obtenido de Instituto Nacional de Estadística: [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736177095&menu=ultiDatos&idp=1254735572981](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177095&menu=ultiDatos&idp=1254735572981)

European Parliament. (10 de octubre de 2023). *REBOOTING THE MEDIATION DIRECTIVE: ASSESSING THE LIMITED IMPACT OF ITS IMPLEMENTATION AND PROPOSING MEASURES TO INCREASE THE NUMBER OF MEDIATIONS IN THE EU*. Obtenido de European Parliament: <https://s01.s3c.es/imag/doc/2014-03-11/40.arbitraje.pdf>