

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTA DE MEDIACIÓN

XIMENA BUSTAMANTE VÁSCONEZ

Tesis de grado presentada como requisito
para la obtención del título de Abogada

Quito, Mayo de 2007

© Derechos de Autor
Ximena Carolina Bustamante Vásquez
2007

*A mi Madre,
quien ha sido un soporte constante durante toda mi carrera.
A todos aquellos amigos, entre ellos, queridos profesores,
por su apoyo y paciencia en la realización de esta tesis.*

Resumen

El presente trabajo es un estudio sobre cuál es la naturaleza jurídica del acta de mediación. Sobre la base de la jurisprudencia y doctrina colombiana, se han distinguido al menos tres visiones sobre cuál es dicha naturaleza: la primera dota al acta de mediación del carácter de sentencia, la segunda le otorga la calidad de negocio jurídico y la última le concede una naturaleza original o autónoma. Así pues, este trabajo realiza un análisis de los objetos de estudio en base a la Teoría General del Proceso y al Derecho Civil, y concluye que el acta de mediación tiene una naturaleza distinta del de una sentencia y del de un negocio jurídico, constituyendo una institución original o autónoma cuyos efectos prácticos deben obedecer a criterios de referencia.

Abstract

This thesis studies the legal nature of the mediation agreement. According to Colombian doctrine and sentences, at least three hypothesis of the legal nature of the mediation agreement may be distinguished. The first hypothesis considers the mediation agreement as equivalent to a judicial sentence. The second conceives this agreement as equivalent to a legal act. Finally, the third hypothesis gives the mediation agreement an original nature. This thesis analyzes the objects of study under the General Theory of the Process and the Civil Law, concluding that the mediation agreement has an original nature, whose practical effects should obey to specific criteria.

Tabla de Contenidos

INTRODUCCIÓN	X
CAPÍTULO I LA MEDIACIÓN	1
1.1 Concepto	1
1.2 Género	2
1.3 Características de la Mediación	7
1.3.1 Procedimiento flexible e informal, estructurado en etapas	7
1.3.2 El mediador.....	8
1.3.3 Trabajo conjunto	10
1.3.4 Visión en el futuro	10
1.4 Principios de la mediación	10
1.4.1 Confidencialidad.....	10
1.4.2 Voluntariedad.....	11
1.5 Orientaciones de mediación	13
1.5.1 Lineal.....	13
1.5.2 Transformativa	14
1.5.3 Circular – Narrativa (Sistémica)	14
1.5.4 Québec.....	14
1.6 Fin del procedimiento de mediación	15
1.6.1 La constancia de imposibilidad de mediación	15
1.6.2 El Acta de Imposibilidad de Acuerdo	15
1.6.3 El acta de mediación	16
CAPÍTULO II EL ACTA DE MEDIACIÓN COMO SENTENCIA	19
2.1 Teorías que conciben al acta de mediación como sentencia	19
2.1.1 Teoría procesalista de la mediación	19
2.1.2 Teoría jurisdiccional de la mediación.....	21
2.2 El efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada	24
2.3 Efectos y requisitos del acta de mediación como sentencia	24
2.3.1 Ejecución del acta de mediación es el de una sentencia ejecutoriada de última instancia.....	25
2.3.2 No cabría la condición resolutoria tácita.....	27
2.3.3 El acta de mediación requiere de las solemnidades aplicables a las sentencias....	29

2.3.4	Cualquier vicio en el acta de mediación corresponderá a vicios procesales.....	31
2.3.5	Efectos de terceros.....	35
2.4	Críticas y conclusiones	36
CAPÍTULO III EL ACTA DE MEDIACIÓN COMO UN NEGOCIO JURÍDICO		39
3.1	Teoría negocial de la mediación	39
3.2	El caso de la transacción	41
3.2.1	Similitudes con el acuerdo contenido en el acta de mediación	43
3.2.2	Diferencias con el acuerdo contenido en el acta de mediación	43
3.2.3	Advertencia	45
3.3	Efectos del acta de mediación como negocio jurídico.....	46
3.3.1	Ejecución del acta de mediación es el de una sentencia ejecutoriada de última instancia.....	46
3.3.2	La posible aplicación de la condición resolutoria tácita.....	46
3.3.3	El acta de mediación se regirá por las solemnidades aplicables al negocio que contenga para que surta efectos.....	49
3.3.4	Cualquier vicio en el acta de mediación corresponderá a los vicios del negocio jurídico.....	55
3.3.5	Efectos frente a terceros	56
3.4	Críticas y conclusiones	57
CAPÍTULO IV EL ACTA DE MEDIACIÓN COMO UNA INSTITUCIÓN ORIGINAL O AUTÓNOMA.....		59
4.1	Teoría mixta de la mediación.....	59
4.2	Definición del acta de mediación	59
4.2.1	Documento auténtico	60
4.2.2	La mediación como un mecanismo alternativo de administración de justicia.....	62
4.2.3	Efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada	80
4.2.4	Negocio jurídico	86
4.3	Criterios para determinar los efectos y requisitos.....	98
4.3.1	Satisfacción de intereses	98
4.3.2	El pragmatismo	99
4.4	Efectos	101
4.4.1	Ejecución del acta de mediación	101

4.4.2	La condición resolutoria tácita	104
4.4.3	Solemnidades adicionales en el caso del acta de mediación	106
4.4.4	La nulidad del acta de mediación	111
4.4.5	Efectos frente a terceros	112
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....		114
TRABAJOS CITADOS		119

INTRODUCCIÓN

El procedimiento de mediación, al igual que los otros mecanismos alternativos de solución de controversias, surge como una respuesta a los graves problemas que ha enfrentado la administración de justicia formal, y constituye una oportunidad para los particulares de auto – impartirse justicia y tutelar sus propios derechos dentro del marco de los medios pacíficos reconocidos por la Constitución. La mediación está especialmente diseñada para buscar una resolución mutuamente satisfactoria y aceptable a un conflicto compartido por las partes, al tiempo que utiliza herramientas tendientes a empoderar o potenciar a las partes y guiarlas en el manejo de sus propios conflictos. A través de la mediación las partes comparten con el Estado la responsabilidad sobre la solución de controversias.

El acta de mediación que contiene un acuerdo es uno de los posibles resultados de un procedimiento de mediación, e implica que las partes han encontrado una solución adecuada para su problema. Esta acta está concebida para dar por terminado un conflicto a través de una solución satisfactoria y suplir en el conflicto concreto a una eventual sentencia judicial. Al tomar el lugar de una sentencia y estar derivada de un mecanismo alternativo de administración de justicia, la ley le dota de una fuerza especial: tiene efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

Más allá, el acta de mediación contiene un verdadero acuerdo que calza perfectamente en el concepto de negocio jurídico, en la medida en que constituye una declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos en el marco de relaciones privadas.

Esta doble función del acta de mediación genera confusiones y problemas en la práctica. ¿Tiene el acta de mediación la naturaleza de sentencia ejecutoriada? O, ¿tiene la naturaleza de negocio jurídico? La respuesta no es clara.

Igual problema se plantea con respecto a los efectos que puede surtir el acta de mediación. ¿Cómo debe hacerse cumplir un acta de mediación incumplida? ¿Cabe acción resolutoria en caso de incumplimiento? ¿Qué solemnidades adicionales debe tener un acta de mediación para surtir efectos? ¿Qué vicios podrían invalidar un acta de mediación? ¿Qué efectos tiene el acta con respecto a terceros?

Existen tres visiones para concebir al acta de mediación. La primera le dota de una naturaleza de sentencia, la segunda, al contrario, le da el carácter de negocio jurídico, la tercera le da una naturaleza autónoma, original o mixta.

En este trabajo se sostendrá que el acta de mediación es un documento auténtico que al surgir de un mecanismo alternativo de administración de justicia surte los efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y que contiene un negocio jurídico típico regulado por la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación. Su naturaleza es original o auténtica y por ello no puede ser considerada solamente una sentencia ejecutoriada o solamente un negocio jurídico.

Como resultado de la naturaleza original del acta de mediación, no cabe una generalización sobre sus efectos adoptando exclusivamente una de las teorías que se niegan en esta investigación. Esto ha dado lugar a confusiones en la práctica. El régimen para determinar los efectos del acta de mediación debe derivarse de criterios de referencia aplicables a cada supuesto.

Este trabajo parte de estudios realizados en Colombia con respecto a la naturaleza jurídica de la mediación y del acta de mediación. Así, los objetos de estudio se revisaron bajo la perspectiva de la Teoría General del Proceso y del Derecho Civil. Para intentar una sistematización de los conceptos y formular un planteamiento acerca de la naturaleza

jurídica del acta de mediación se revisaron el conjunto de normas jurídicas, doctrina y finalmente algunos procesos de ejecución de actas de mediación en Quito.

En el primer capítulo se expondrán los conceptos generales aplicables al procedimiento de mediación, en la medida en que este procedimiento es el antecedente inmediato del acta de mediación. Esta acta no puede ser concebida sin el procedimiento previo. El segundo capítulo estudiará al acta de mediación desde la perspectiva que la equipara a una sentencia ejecutoriada. El tercer capítulo estudiará al acta de mediación desde la visión que le dota de carácter negocial. Y el último capítulo revisará al acta de mediación como una institución original.

CAPÍTULO I

LA MEDIACIÓN

1.1 Concepto

La Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación¹ define a la mediación como un procedimiento de solución de conflictos:

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.

Pero más allá de esta definición, varios autores la definen también. Por ejemplo, Franco Sánchez la considera básicamente como una “negociación asistida, en la que un tercero imparcial ayuda a que dos partes encuentren una solución final a un conflicto o controversia”.² Christopher Moore, por otro lado, considera a la mediación básicamente como la “intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable”.³ Y, finalmente, Gladys Álvarez añade a esta definición algunas características importantes de la mediación de la siguiente forma:

¹ R.O. 417 de 14 de Diciembre de 2006

² F. SÁNCHEZ HIDALGO: “Solución Alternativa de Conflictos: La mediación”, en la obra colectiva dirigida por el CENTRO DE MEDIACIÓN DE LA CORPORACIÓN LATINOAMERICANA PARA EL DESARROLLO, *Resolución Alternativa de Conflictos*, CLD, Quito, 1997, p. 53.

³ C. MOORE: *El proceso de mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 1995, p. 44.

[L]a 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 a 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...⁴

En resumen, la mediación puede ser entendida como un procedimiento estructurado en etapas, informal y flexible guiado por un tercero aceptable, imparcial y neutral y sin poder de decisión llamado mediador; en donde dos o más partes en conflicto buscan, en conjunto y con visión hacia futuro, una solución adecuada a un problema que comparten; con la asistencia del mediador que, a través de técnicas, ayuda a restablecer la comunicación o simplemente facilitar el diálogo, permitiendo a las partes aclarar a la otra parte(s) y a sí mismas, todos los puntos de controversia, identificar los intereses y necesidades de cada uno y buscar, en base a ellos, una solución aceptable y, en lo posible, satisfactoria para todos.

1.2 Género

La mediación pertenece al grupo de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC o ADR por sus siglas en inglés), que engloban todo mecanismo de resolución de conflictos, distinto al del juicio ante Tribunales.⁵ Estos mecanismos renacieron en los Estados Unidos, y han crecido rápidamente a partir de 1960⁶ al tiempo que se han fomentado con gran acogida en varios países durante los últimos años.⁷

⁴ G. S. ÁLVAREZ: “Diferencias entre Conciliación y Mediación”, en la obra colectiva dirigida por el CENTRO DE MEDIACIÓN DE LA CORPORACIÓN LATINOAMERICANA PARA EL DESARROLLO, *Resolución Alternativa de Conflictos*, CLD, Quito, 1997, p. 82 – 83.

⁵ Cfr. C. AZAR MANSUR: *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 10.

⁶ Cfr. B. SPANGLER, BRAD: "Alternative Dispute Resolution (ADR)". *Beyond Intractability*. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Research Consortium, University of Colorado, Boulder. Posted: June 2003, disponible en <http://www.beyondintractability.org/essay/adr/> {10 de octubre de 2006}.

⁷ Sobre el desarrollo de los MASC, Caivano et al señalan: “El camino emprendido en la mayoría de los países hacia la descentralización y la utilización de sistemas más económicos, rápidos y eficaces de resolución de conflictos es inexorable y no se advierte voluntad de retorno” R. CAIVANO, M. GOBBI Y R. PADILLA: *Negociación...* op.cit. p. 19.

Los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias constituyen una búsqueda de alternativas más eficientes para la resolución de conflictos y representan una respuesta viable a los problemas que enfrenta la función judicial.⁸ Los MASC “son aquellos mecanismos extrajudiciales que las ciencias sociales y jurídicas ofrecen a los jueces y a las personas en general como alternativas viables para descongestionar su función y ayudarles en su importante tarea, desterrando la absurda creencia de que la solución de las controversias interpersonales deben ser atendidas con exclusividad por ellos”.⁹

Si bien la palabra ‘alternativos’, a decir de Stewart, quiere significar su característica de alternativos tanto a la violencia como a la litigación adversarial,¹⁰ hay quienes abogan por llamarlos Mecanismos **Adecuados** de Solución de Controversias, “puesto que se dice que en realidad estos modos diferentes de resolver los conflictos no son excluyentes del sistema judicial, sino que lo complementan”,¹¹ pero generan soluciones más satisfactorias. Parece acertada la utilización del concepto ‘adecuados’ porque estos mecanismos pueden aportar mucho a las partes, sobre todo en lo que se refiere al empoderamiento y al control

⁸ Caivano, Gobbi y Padilla resumen las dificultades que enfrenta el sistema judicial de la siguiente forma: la lentitud y morosidad con la que se desenvuelven los procedimientos judiciales; en un grado alarmante de congestión de los tribunales; en la rigidez de las normas procesales y en ocasiones su abuso por parte de los abogados; en un formalismo y ritualismo excesivo; en la imprevisibilidad de la sentencia bajo el esquema actual; y, en los costos que todo esto implica. R. CAIVANO, M. GOBBI Y R. PADILLA: *Negociación...* op.cit. p. 20, 35. La Comisión Andina de Juristas añade a los problemas citados, hasta cierto punto comunes de los sistemas judiciales de la región, aquellos problemas representativos del sistema judicial ecuatoriano: la politización de los órganos de la Función Judicial, la falta de capacitación de los funcionarios, la corrupción y la fragilidad de las instituciones COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: “Reforma y Modernización Judicial”, disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/reforma/ecu4.htm> {9 de octubre, 2006}.

Sobre el tema del congestionamiento de los tribunales un estudio realizado en el 2003 por Justice Studies Center of the Americas, señala que en el Ecuador se resolvieron el 16% de las causas ingresadas, dejando el 84% para ser resueltos en años posteriores, siendo los jueces civiles los que demostraron el porcentaje más bajo (13%). Añade que el porcentaje que sobre las causas pendientes al final del 2003 representaron las causas terminadas fue de apenas el 18%. Cada juez tuvo en promedio una carga de trabajo de 4.033 causas ese año y en materia civil de 5.819. Estas cifras son alarmantes y comparativamente peores que la de los otros países de la región Cfr. JUSTICE STUDIES CENTER OF THE AMERICAS: “Informe Comparativo: Carga trabajo Sistema Judicial”, disponible en: http://www.cejamericas.org/reporte/muestra_seccion.php?idioma=espanol&capitulo=ACJU-030&tipereport=REPORTE2&seccion=INST_235 y http://www.cejamericas.org/reporte/muestra_pais.php?idioma=espanol&pais=ECUADOR&tipereport=REPORTE2&seccion=INST_133 {9 de octubre de 2006}. Esta congestión causa también un mayor retardo en la administración de justicia, que de por sí es lenta.

⁹ J. VINTIMILLA Y S. ANDRADE: *Los Métodos Alternativos de Manejo de Conflictos y la Justicia Comunitaria*, CIDES, Quito, 2005, p. 9.

¹⁰ Cfr. S. STEWART, SUSAN: *Conflict Resolution: A foundation Guide*, Waterside Press, Winchester, 1998, p. 16.

¹¹ J. C. DUPUIS: *Mediación y Conciliación*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 20.

de sus propios problemas. Sin embargo, por una cuestión de convención el presente estudio los seguirá denominando ‘alternativos’.

En el Ecuador, la Constitución Política¹² y la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación reconocen la vigencia de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias insertando al país en esta gran corriente de los MASC. El Art. 191, párrafo 3 de la Constitución Política dispone que: “[s]e reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley”. La Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación se encarga de regular estos Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias conforme se detalla a continuación.

El primero de los MASC, es el arbitraje, definido en la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación de la siguiente manera:

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

Para Vado, el arbitraje es un procedimiento por el cual un tercer imparcial, nombrado por las partes de mutuo acuerdo resuelve, un litigio de manera vinculante y obligatoria.¹³ En el Ecuador, es un proceso convencional, pues nace de un convenio arbitral que celebran las partes antes del conflicto o una vez que éste ha surgido. En estructura, es semejante al proceso judicial, pero las partes, de mutuo acuerdo, pueden controlar el proceso.¹⁴ El arbitraje puede ser en Derecho cuando los árbitros deben decidir en virtud de la ley, los principios universales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina; o, puede ser en equidad, si los árbitros deben decidir de acuerdo a la sana crítica, según su leal saber y entender (Art. 3, Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación).

A más del arbitraje y la mediación, el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce también a la ‘transacción’ y a la ‘conciliación’ como alternativas a la decisión judicial para la

¹² Registro Oficial 1 del 11 de agosto de 1998

¹³ Cfr. L. O. VADO GRAJALES: “Medios Alternativos de Resolución de Conflictos: Mecanismos para acercar la justicia a la sociedad”, disponible en http://www.cejamerica.org/doc/documentos/marc_vado.pdf#search=%22crecimiento%20mecanismos%20alternativos%20resoluci%C3%B3n%20de%20conflictos%22 {10 de octubre de 2006}.

¹⁴ Cfr. J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 23.

resolución del conflicto, pero estas dos tienen una visión procesal. De acuerdo al Art. 2348 del Código Civil,¹⁵ la transacción “es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”. Por otro lado, la conciliación,¹⁶ conforme está contemplada por el Código de Procedimiento Civil,¹⁷ es parte de un proceso judicial, en donde las partes, con ayuda de un juez, alcanzan un acuerdo con respecto a la *litis* trabada, el mismo que es homologado por éste.¹⁸ Adicionalmente, se considera que la conciliación se diferencia de la mediación en que en la primera el conciliador evalúa la disputa, llega a sus propias conclusiones y propone fórmulas de arreglo para que las partes las acepten o las rechacen; en la segunda no se sugieren soluciones.¹⁹ Tanto la transacción como la conciliación son, a modo de ver de Dupuis, métodos anormales de terminar un proceso judicial, que tienen una visión eminentemente procesal.²⁰

Ahora bien, en los Estados Unidos se reconocen, además, otros métodos alternativos de resolución de conflictos, que son variaciones de la mediación y el arbitraje. Entre ellos, podemos mencionar la ‘Mediación – Arbitraje’, que consiste en una combinación secuencial de ambos procedimientos. El ‘Arbitraje – Mediación’, en el cual el árbitro guarda el laudo en un sobre cerrado que no da a conocer a las partes, las cuales tienen la opción de abrir el sobre y leer juntas lo decidido, o comenzar a negociar con el árbitro actuando como mediador. De llegar a una solución, el contenido del laudo no se da a conocer a las partes. Un tercer mecanismo es el ‘Medallo’, en el cual si la mediación no llega a acuerdo, el mediador actúa como árbitro y decide entre la última oferta de cada parte. Un mecanismo adicional es el ‘*Private Trial*’, o juicio privado, en el que se contrata a un abogado (generalmente un juez retirado) para que dirima un conflicto en derecho, su decisión puede ser apelada ante los tribunales de segunda instancia. Otro mecanismo es el

¹⁵ R.O. 46-S de 21 de Julio de 2005.

¹⁶ Otra definición común de ‘conciliación’ es recogida por Vado, según la cual la conciliación es el “[p]rocedimiento en el cual dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, que facilita la comunicación entre las personas enfrentadas para delimitar y solucionar el conflicto, y que además formula propuestas de solución” L. O. VADO GRAJALES: “Medios...” op.cit. Esto último, lo diferencia de la mediación.

¹⁷ R.O. 58-S de 12 de Julio de 2005.

¹⁸ Cfr. J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 27.

¹⁹ Cfr. G. S. ÁLVAREZ: “Diferencias entre Conciliación y Mediación”... op.cit. p. 84

²⁰ Cfr. J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 27.

'Mini – Trial' o pequeño juicio, que consiste en un procedimiento informal en el cual los abogados exponen sus posiciones con respecto al conflicto, introducen las pruebas que las sustentan y dan sus argumentos jurídicos. De este modo las partes o sus representantes, que deben estar presentes en las sesiones, adquieren un conocimiento más profundo del conflicto, de las argumentaciones y de las pruebas tanto propias como las de la contraparte, lo que les permite evaluar de manera más objetiva su situación y por lo tanto facilitar la negociación. Estas sesiones se celebran frente a un 'consejero neutral'. Una vez terminadas, las partes negocian directamente sin sus abogados. Si no alcanzan un acuerdo, el consejero neutral suele actuar como evaluador neutral, mediador o incluso árbitro, según lo hayan pactado las partes. Un 'evaluador neutral' se refiere a una persona que efectúa una evaluación de cómo el caso prosperaría en los tribunales.

Otros mecanismos en Estados Unidos son el de un 'oyente neutral', que escucha de manera privada la mejor oferta que las partes están dispuestas a ofrecer, y evalúa si dichas ofertas se acercan lo suficiente como para justificar reuniones con el fin de transar las diferencias. Así también, el 'experto neutral', es quien decide sobre cuestiones técnicas y cuya decisión puede ser vinculante o no según se haya pactado. El 'adjudicador' es quien recibe de cada parte individualmente sus posiciones junto con información que desean mantener en estricta confidencialidad (como en casos de secretos comerciales), el adjudicador evalúa y toma una decisión no vinculante que, si las partes no acatan, puede servir de base²¹ para las negociaciones.

La mediación pertenece a este gran grupo de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, que busca brindar a las partes en conflicto un procedimiento distinto del proceso judicial, para que puedan arreglar sus diferencias. Y, dentro de este grupo, la mediación pertenece a aquellos métodos de autocomposición, es decir, que la resolución final del conflicto se encuentra en manos de las propias partes.

²¹ Cfr. J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 28 – 35.

1.3 Características de la Mediación

Tomando en cuenta lo citado anteriormente, se abordan, a continuación, las características más importantes de la mediación.

1.3.1 Procedimiento flexible e informal, estructurado en etapas

Para reestablecer los canales de comunicación entre las partes, explorar sus intereses y proponer fórmulas de arreglo de forma cooperativa hace falta un procedimiento. Por regla general, este procedimiento no debe cumplir con ninguna solemnidad o formalidad como aquellas de un juicio, y debe ser **flexible** de tal manera que si el mediador ve la necesidad de volver a una etapa previa lo pueda hacer en aras de alcanzar el acuerdo o, por lo menos, mejorar la relación entre las partes, como lo cita Dupuis:

En el caso de la mediación, en cambio, el principio que rige es el de la informalidad relativa. Ello significa que si bien la mediación posee una estructura, cuyo aprendizaje el mediador habrá de hacer, como así también que se pueden reconocer distintas etapas, no necesariamente las partes se sujetarán a un procedimiento estricto. Ellas podrán obviar pasos, convenir la forma en que se desarrollará el procedimiento, incluso podrán avanzar en él y luego –de ser necesario- habrán de retroceder.²²

Doctrinalmente se han desarrollado algunas fases o etapas para el procedimiento de mediación, sin embargo y dada la flexibilidad del sistema, no todos los autores coinciden con éstas. A manera de ejemplo, se citan las planteadas por Moore:²³

1. Contactos iniciales con las partes en disputa;
2. Elegir una estrategia para orientar la mediación;
3. Recopilar y analizar la información de antecedentes;
4. Idear un plan detallado de mediación;
5. Creación de confianza y cooperación;
6. Comienzo de la sesión mediadora;
7. Definición de las cuestiones y elaboración de una agenda;
8. Revelación de los intereses ocultos de las partes en disputa;
9. Crear alternativas de arreglo;
10. Evaluación de alternativas de acuerdo;
11. Negociación definitiva; y,

²² J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 52.

²³ Cfr. C. MOORE: *El proceso...* op.cit. p. 68.

12. Obtención de un acuerdo formal.

1.3.2 El mediador

La intervención de un tercero, implica su incorporación en un sistema dinámico de relaciones. La mera presencia de un tercero independiente del conflicto, a decir de Rubin y Brown, ya altera la dinámica de las partes en la disputa.²⁴ Pero en el caso del mediador, su incorporación se la realiza precisamente para alterar dicha dinámica, influyendo sobre las creencias o las formas de comportamiento de las partes, y suministrando información o conocimientos.²⁵

El rol fundamental del mediador es facilitar la comunicación entre las partes para ayudarlas a llegar a un acuerdo.²⁶ Para hacerlo, el mediador suministra un procedimiento y lo preside; guía a las partes en técnicas de negociación;²⁷ alivia la carga emocional; estimula la salida de posiciones rígidas;²⁸ motiva a las partes a explorar los problemas desde distintos puntos de vista para ayudarlos a definir sus intereses y reconocer los de la otra parte;²⁹ invita al cambio de roles de las partes: de adversarios a socios en la negociación;³⁰ impulsa la creación de diferentes opciones mutuamente satisfactorias; actúa como agente de la realidad impulsando resoluciones viables y no extremas, ni poco realistas.³¹ En pocas palabras “facilita el paso de la discusión dialéctica al pensamiento creativo – alternativo”.³²

El mediador debe ser **aceptado** por las partes, es decir que éstas deben aprobar su presencia y estar dispuestas a escuchar seriamente sus sugerencias.³³ El mediador solamente está ahí por voluntad de las partes.³⁴

²⁴ Cfr. RUBIN Y BROWN citados en C. MOORE: *El proceso...* op.cit. p. 45.

²⁵ Cfr. C. MOORE: *El proceso...* op.cit. p. 45.

²⁶ Cfr. B. PICKER: *Guía Práctica para la Mediación: Manual para la Resolución de Conflictos Comerciales*, Paidós SAICF, Buenos Aires, 2001, p. 45.

²⁷ Cfr. C. MOORE: *El proceso...* op.cit. p. 50.

²⁸ Cfr. G. S. ÁLVAREZ, E. HIGHTON Y E. JASSAN: *Mediación y Justicia*, Desalma, Buenos Aires, 1996, p.134.

²⁹ Cfr. C. MOORE: *El proceso...* op.cit. p. 51.

³⁰ Cfr. G. S. ÁLVAREZ, E. HIGHTON Y E. JASSAN: *Mediación...* op.cit. p.134.

³¹ Cfr. C. MOORE: *El proceso...* op.cit. p. 51.

³² G. S. ÁLVAREZ, E. HIGHTON Y E. JASSAN: *Mediación...* op.cit. p.134

³³ Cfr. C. MOORE: *El proceso...* op.cit. p. 45

³⁴ Cfr. G. JALKH: “Aproximación a los métodos alternativos de resolución de conflictos”, en la obra colectiva dirigida por el CENTRO DE MEDIACIÓN DE LA CORPORACIÓN LATINOAMERICANA PARA EL DESARROLLO, *Resolución Alternativa de Conflictos*, CLD, Quito, 1997, p. 13.

El mediador debe ser **imparcial y neutral**. La imparcialidad significa que el mediador, al igual que el juez, no debe tener preferencia por ninguna de las partes, ni favorecer a ninguna de ellas.³⁵ Cualquier relación con las partes que le haga perder su imparcialidad afectará también la confiabilidad del mediador para con la otra parte y puede amenazar el proceso. La imparcialidad también debe manifestarse en un plano subjetivo, en el sentido en que el mediador debe mantenerse al margen de las influencias de la situación; es decir no debe hacer juicios de valor, ni experimentar las emociones propias del conflicto, ni hacer conjeturas con respecto a las partes.³⁶ La neutralidad, por otro lado, implica que el mediador no debe tener ningún interés personal en el resultado, no debe proponer fórmulas de arreglo, ni debe permitir que sus opiniones o criterios influyan en las decisiones tomadas por las partes sobre cómo debe solucionarse el conflicto.³⁷

Wheeler sostiene que los mediadores suelen distanciarse de los compromisos con resultados determinados y fundamentales –el monto de dinero de un arreglo, la hora exacta de actuación, y así por el estilo- pero mantienen compromisos con normas de procedimiento como la comunicación franca, la equidad y el intercambio justo, la perduración de un arreglo en el curso del tiempo, y la posibilidad de aplicación. Los mediadores son los defensores de un proceso equitativo, y no de determinado arreglo.³⁸

El mediador **no tiene poder de decisión**. Esto lo diferencia del árbitro o del juez, quienes buscan a la parte que tiene la razón o que le asiste el derecho. El mediador, por otro lado, busca reconciliar los intereses de las partes, generando en ellas una conciencia sobre los intereses y necesidades mutuas, y la capacidad de explorar diferentes opciones de arreglo. Pero serán las partes las que retengan el poder final de decisión.³⁹ “Este tercero no es ni juez ni negociador sino un planificador creativo”.⁴⁰

Para ser mediador, de acuerdo a Caivano, Gobbi y Padilla, se debe cumplir con algunas características. Entre las más importantes, se destaca una capacidad de análisis que le permita entender las circunstancias que llevaron al conflicto; saber escuchar y practicar la escucha activa; tener habilidad para expresarse; ser creativo y flexible; ser sensible;

³⁵ Cfr. C. MOORE: *El proceso...* op.cit. p. 46 y F. SÁNCHEZ HIDALGO: “Solución...” op.cit. p. 54.

³⁶ Cfr. R. CAIVANO, M. GOBBI Y R. PADILLA: *Negociación y Mediación. Instrumentos Apropriados para la Abogacía Moderna*, Ad – Hoc., Buenos Aires, 1997, p. 227.

³⁷ Cfr. C. MOORE: *El proceso...* op.cit. p. 46 y F. SÁNCHEZ HIDALGO: “Solución...” op.cit. p. 54.

³⁸ C. MOORE: *El proceso...* op.cit. p. 47.

³⁹ Cfr. C. MOORE: *El proceso...* op.cit. p. 49 – 50.

⁴⁰ G. JALKH: “Aproximación...” op.cit. p. 13.

disfrutar de estabilidad emocional; demostrar paciencia; ser respetuoso; gozar de credibilidad frente a las partes y poseer una capacidad de organización.⁴¹

1.3.3 Trabajo conjunto

Uno de los puntos esenciales del procedimiento de mediación es el motivar a las partes a trabajar en conjunto. Las coloca en la posición de enfrentar, en equipo, un problema compartido. La mediación busca alterar la concepción tradición de ‘tu contra mi’, para cambiarla por ‘tu y yo contra **nuestro** problema’, lo que obliga a entender e incluir las necesidades y aspiraciones de la otra parte en la búsqueda de una solución y a generar opciones de solución creativas para lograrlo.

1.3.4 Visión en el futuro

Jaime Vintimilla aclara que el acento en el futuro “asegura que se centre la solución en las oportunidades que brinda el futuro y el presente, en vez de esconderse en el pasado”.⁴² La visión hacia futuro implica que las partes se concentren en qué va a pasar con la situación y se motiven a buscar opciones de solución. Al contrario, una visión hacia el pasado coloca a las partes en la situación de buscar al culpable, enfrascándolas en argumentaciones ineficaces que solamente buscan responsables.

1.4 Principios de la mediación

La mediación está gobernada por ciertos principios legales, a saber la confidencialidad y la voluntariedad.

1.4.1 Confidencialidad

El Artículo 50 de la Codificación de Ley de Arbitraje y Mediación se refiere al carácter confidencial 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.

⁴¹ Cfr. R. CAIVANO, M. GOBBI Y R. PADILLA: *Negociación...* op.cit. p. 227 – 229.

⁴² J. VINTIMILLA: “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación”, Revista MASC Ecuador No. 1, Noviembre 2005, p. 13.

La confidencialidad, a decir de Dupuis, permite a las partes revelar información en confianza, misma que llevará a entender los verdaderos intereses y necesidades de las partes.⁴³ “De este modo, la comunicación se facilita, puesto que las partes podrán explayarse sobre lo sucedido, incluso reconociendo hechos que las desfavorecen, en la inteligencia de que en caso de no llegarse a una solución acordada, todo lo dicho no podrá ser alegado o esgrimido en su contra”.⁴⁴

La confidencialidad opera frente a terceros, por lo que el mediador no podrá revelar nada de lo que se dijo a ninguna persona, ni ser llamado a declarar frente a un proceso arbitral o judicial.⁴⁵ Esta es una de las razones por las cuáles el artículo 49 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación prohíbe que se llame al mediador a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación, y lo inhabilita para actuar como testigo.

La confidencialidad también opera frente a la contraparte, por tanto el mediador no puede relatar a la otra parte lo que le ha sido revelado en el marco de una sesión privada, a menos que cuente con una autorización expresa.⁴⁶

Finalmente, la confidencialidad opera también frente al propio mediador cuando no actúa como tal. “Es que conforme principios éticos – que las leyes suelen recoger – la persona que haya mediado en un asunto, no puede ser quien resuelva el conflicto como juez (...). Tampoco podrá actuar como letrado o apoderado de alguna de las partes en el conflicto, aún pendiente la solución”.⁴⁷ En este contexto el ya citado artículo 49 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación inhabilita al mediador para actuar como abogado, asesor, o apoderado de alguna de las partes.

1.4.2 Voluntariedad

La mediación tiene carácter voluntario, es decir, que las partes tienen la libertad de decidir si inician un procedimiento de mediación, a través de una solicitud; si acuden a

⁴³ Cfr. J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 49.

⁴⁴ J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 49.

⁴⁵ Cfr. J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 49.

⁴⁶ Cfr. J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 50.

⁴⁷ J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 50.

dicho procedimiento, una vez convocados; y, si permanecen en él. Del mismo modo, los acuerdos a los que se lleguen en una mediación serán también voluntarios.

En nuestra legislación el Art. 51 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación establece el carácter voluntario del ingreso a un proceso de mediación:

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 tanto, cualquiera de las partes, al ser convocada a una audiencia de mediación, puede no asistir y ante la segunda ausencia se expedirá un acta de imposibilidad de mediación.

El artículo 46 del mismo cuerpo legal establece que una vez que las partes voluntariamente decidan someterse a un procedimiento de mediación mediante convenio escrito, el hacerlo les será obligatorio. Este artículo, al parecer limitaría la libertad de las partes de no acudir al procedimiento de mediación:

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 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... (el énfasis es propio).

El artículo citado hace referencia al acta de imposibilidad del acuerdo (que es el acta que se otorga ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo en virtud del Art. 47 de la misma ley) y a la renuncia del convenio de mediación; pero omite por completo la constancia de imposibilidad de mediación. Así pues, puede entenderse que ante la existencia de un convenio de mediación debería celebrarse al menos una reunión de mediación tras la cuál (de no llegarse a acuerdo) debería firmarse el acta de imposibilidad de acuerdo antes de habilitar a los jueces para conocer la causa. Sin embargo, una interpretación semejante coartaría el derecho de acceso a la justicia garantizado por la Constitución, pues si una de las partes no quiere asistir a la reunión de mediación, la otra debe quedar habilitada para demandar por la vía judicial y los jueces para conocer la causa. De este modo, debe entenderse que ante un convenio de mediación existe efectivamente el deber de intentar un procedimiento de mediación; sin embargo, ante la no comparecencia de una de las

partes, la presentación de una constancia de imposibilidad de mediación, del acta de imposibilidad de acuerdo o de una renuncia (expresa o tácita) al convenio habilita a los jueces para conocer la causa.

El ingreso a un proceso de mediación es voluntario, inclusive si el juez dispone que se realice una audiencia de mediación, pues de acuerdo al mismo Art. 46 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación para que esto suceda las partes deben aceptarlo.

Cabe mencionar que en otras legislaciones el ingreso a la mediación puede ser de carácter obligatorio. Así por ejemplo, la Ley de Mediación y Conciliación de Argentina establece:

Artículo 1º.- Instítuyase con **carácter obligatorio** la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia (el énfasis es propio).

Y a decir de Dupuis, la mediación constituye un presupuesto para iniciar un proceso judicial.⁴⁸

Se destaca que en Ecuador, tanto el concurrir a un procedimiento de mediación, cuanto permanecer en el, y llegar a un acuerdo es de carácter voluntario.

1.5 Orientaciones de mediación

A continuación se recogen varias orientaciones de mediación

1.5.1 Lineal

La mediación, de acuerdo a la orientación lineal, es, básicamente, una negociación asistida. La negociación se lleva a cabo en base al procedimiento sustentado en principios establecidos por Fisher, Ury y Patton, en el marco del proyecto de negociación de Harvard. Bajo esta perspectiva, el mediador trabaja, esencialmente, en la búsqueda de un acuerdo. En esta línea, Franco Sánchez define a la mediación como “una negociación asistida, en la que un tercero imparcial ayuda a que dos partes encuentren una solución final a un conflicto o controversia”.⁴⁹

⁴⁸ Cfr. J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 51.

⁴⁹ F. SÁNCHEZ HIDALGO: “Solución...” op.cit. p. 53.

1.5.2 Transformativa

La orientación transformativa de la mediación deja un tanto de lado la búsqueda del acuerdo y mira al conflicto como una oportunidad de crecimiento de las partes que debe ser aprovechada en la mediación. Así, el mediador debe movilizar el fortalecimiento del yo o revalorización, y la fuerza compasiva o reconocimiento. La revalorización “se obtiene mediante la comprensión y el fortalecimiento de la capacidad humana intrínseca de cada uno para afrontar las dificultades de toda clase comprometiéndose en la reflexión, la decisión y la acción como actos conscientes e intencionales.⁵⁰ En este contexto, la fuerza compasiva implica fortalecer la capacidad del individuo para relacionarse sintiendo una sincera preocupación por los demás.⁵¹ Esta orientación de la mediación busca ayudar a las partes a alcanzar un desarrollo pleno y una mayor madurez psicológica que les permita manejar mejor sus conflictos en el futuro, “el desarrollo ético pleno implica una integración de la autonomía individual y la preocupación por otros, de la fuerza y la compasión”.⁵²

1.5.3 Circular – Narrativa (Sistémica)

La orientación de mediación circular narrativa se encuentra en un punto medio entre el modelo lineal y el transformativo, de tal suerte que busca tanto el acuerdo como la modificación de las relaciones. Para lograrlo, se utilizan técnicas de la terapia sistémica y, específicamente, el abordaje de ‘terapias breves’. En esta orientación “no es necesario cambiar la totalidad del sistema: la introducción de un cambio, por pequeño que sea, si es mantenido, produce efectos en la totalidad del sistema”.⁵³ Esta orientación busca aumentar el protagonismo de las partes en todo momento.⁵⁴

1.5.4 Québec

Esta orientación de mediación busca la solución de problemas familiares, sobre todo después de separaciones de parejas y divorcios. Su objetivo es que las familias recuperen

⁵⁰ Cfr. R. BARUCH BUSH Y J. FOLGER: *La Promesa de la Mediación: cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*, Granica, Barcelona, 1996, p. 130.

⁵¹ Cfr. R. BARUCH BUSH Y J. FOLGER: *La Promesa...* op.cit. p. 130.

⁵² R. BARUCH BUSH Y J. FOLGER: *La Promesa...* op.cit. p. 130

⁵³ M. SUARES: *Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 167.

⁵⁴ Cfr. L. ALLIENDE, J. BURGOS, P. CORREA Y S. PÉREZ: *El Proceso de Mediación*, Editorial Jurídica Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 29.

su equilibrio aceptando las nuevas condiciones pero manteniendo roles como por ejemplo el de padres. La mediación, de acuerdo a este modelo es “la búsqueda de una solución justa y equitativa de un litigio, contando con un actor imparcial para llegar a un acuerdo satisfactorio de las partes”.⁵⁵ En esta visión, el mediador asume la representación de los intereses de los niños y se introduce la colaboración de especialistas que enriquezcan la visión del problema.⁵⁶

1.6 Fin del procedimiento de mediación

El procedimiento de mediación puede terminar a través de un ‘acta de imposibilidad de acuerdo’ o de un ‘acta de mediación’ con un acuerdo total o parcial.⁵⁷ Sin embargo, el procedimiento de mediación puede también terminar por una ‘constancia de imposibilidad de mediación’, como se verá más adelante.

1.6.1 La constancia de imposibilidad de mediación

La constancia de imposibilidad de mediación técnicamente no termina un procedimiento de mediación, sino que es una constancia de que el procedimiento no puede ser llevado a cabo por la inasistencia reiterada de una de las partes. Este documento habilitaría a los jueces a conocer del caso a pesar de la existencia de un convenio de mediación.

Así pues, el Art. 51 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación 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.

1.6.2 El Acta de Imposibilidad de Acuerdo

Según el Art. 47⁵⁸ de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, si las partes no alcanzan ningún acuerdo tras el procedimiento de mediación, deberá firmarse el Acta de

⁵⁵ L. ALLIENDE, J. BURGOS, P. CORREA Y S. PÉREZ: *El Proceso...* op.cit. p. 33.

⁵⁶ Cfr. L. ALLIENDE, J. BURGOS, P. CORREA Y S. PÉREZ: *El Proceso...* op.cit. p. 35.

⁵⁷ Conforme al Art. 47 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación “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”.

⁵⁸ La parte pertinente del Art. 47 dispone: “En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y ésta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse

Imposibilidad de Acuerdo. Esta acta puede suplir la audiencia de mediación en un proceso arbitral o la junta o audiencia de conciliación en un proceso judicial al ser presentada por la parte interesada.

1.6.3 El acta de mediación

Si el procedimiento de mediación ha permitido a las partes descubrir sus intereses, generar opciones creativas de solución, y si ellas están de acuerdo en una solución satisfactoria y posible para ambas que les permita resolver el conflicto, o al menos parte de él, este acuerdo se deberá recoger en el acta de mediación.

El acuerdo debe ser fruto del deseo de las partes y no del mediador. El papel del mediador es únicamente el de actuar como agente de la realidad y guiar a las partes para evaluar el posible acuerdo en base a criterios objetivos.

Si las opciones presentadas son irrazonables, excesivas o ilícitas, un buen mediador deberá reconducir la negociación para que las partes razonen sobre los riesgos de mantener esa orientación, de modo tal que éstas adviertan sobre tales aspectos, para que el acuerdo sea fruto de la convicción razonada de las partes y se sustente en bases sólidas.⁵⁹

Esta evaluación dará lugar a un acuerdo eficaz, de tal suerte que será cumplido voluntariamente o en el peor de los casos será ejecutado sin problemas.

Una vez que las partes han arribado a un acuerdo razonable y lícito, se debe redactar el acuerdo. “Uno de los trabajos más duros del mediador es plasmar en un documento el acuerdo. Las partes pueden estar de acuerdo en términos generales, pero en detalle es el documento escrito el que deberá ser discutido”.⁶⁰ Así pues, el mediador redacta el borrador, que contiene las decisiones adoptadas, las intenciones y el comportamiento futuro de las partes.⁶¹ Posteriormente, el mediador lee dicho borrador a las partes para que lo estudien y consideren su factibilidad; se realizan todas las correcciones y ajustes que sean necesarios y, finalmente, el mediador redacta el acuerdo final, el mismo que se vuelve a leer a las partes, y se firma por las partes y el mediador.⁶²

El acta de mediación que recoge este acuerdo “tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia

dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario”.

⁵⁹ J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 67.

⁶⁰ F. SÁNCHEZ HIDALGO: “Solución...” op.cit. p. 59.

⁶¹ Cfr. E. SPARVIERI: *Principios y Técnicas de Mediación*, Biblos, Buenos Aires, 1995, p. 46.

⁶² Cfr. E. SPARVIERI: *Principios...* op.cit. p. 46.

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” conforme lo dispone el Art. 47 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación. Si el acuerdo fuere parcial, éste también deberá recogerse en un acta de mediación que tendrá los mismos efectos, y sólo podrán ser debatidos en un proceso judicial o arbitral los puntos del conflicto sobre los cuales no existe acuerdo.

El acta de mediación debe ser redactada tomando en cuenta sus efectos, y el mismo Art. 47 dispone que el acta contenga “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”.

Así pues, el acta de mediación deberá contener, en primer lugar, la determinación clara de las partes. En un acuerdo de voluntades es necesario que existan, al menos, dos sujetos determinados, estableciendo la calidad por la cual actúan y suscriben el acuerdo. En este sentido se debe verificar si los poderes son suficientes para firmar el acta. Pero más allá, según entendidos en la materia el tema de la determinación de las partes tendría implicaciones procesales, pues solamente si las partes han sido claramente identificadas se puede alegar cosa juzgada en un proceso propuesto entre ellas en atención a la identidad subjetiva.⁶³

En segundo lugar, el acta deberá contener una relación a los hechos que originaron el conflicto, es decir, los antecedentes del mismo. Esto, en la medida en que estos hechos permitirán determinar la identidad objetiva necesaria para alegar cosa juzgada en un proceso judicial posterior.⁶⁴

Adicionalmente, el acta de mediación deberá contener el acuerdo, en el cual deberá plasmarse detalladamente las obligaciones de cada parte incluyendo el tiempo, lugar y forma de pago; y si no se pudieren determinar ciertos puntos, las partes deberán establecer la forma en la que se prevé dicha determinación. Esta claridad evitará futuras

⁶³ Entrevista personal Dr. Ramiro Salazar

⁶⁴ Cfr. F. SÁNCHEZ HIDALGO: “Solución...” op.cit. p. 59.

discrepancias sobre el acuerdo, ayudará a su cumplimiento voluntario y permitirá al juez saber cómo debe ejecutarse el acta de mediación.

Aunque la ley no lo requiere, es usual que las actas de mediación contengan declaraciones de las partes con respecto a los requisitos de validez de los contratos, y específicamente relacionados con su capacidad, su consentimiento, el objeto y la causa.

Finalmente, para que el acta sea válida se requiere la firma de las partes o sus huellas digitales y la firma del mediador.⁶⁵ En este contexto, el Art. 47 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que “por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas”.

⁶⁵ Cfr. F. SÁNCHEZ HIDALGO: “Solución...” op.cit. p. 59.

CAPÍTULO II

EL ACTA DE MEDIACIÓN COMO SENTENCIA

2.1 Teorías que conciben al acta de mediación como sentencia

Existen dos teorías estrechamente vinculadas, que concluyen que el acta de mediación tiene un carácter de sentencia. Éstas son la teoría procesalista y la teoría jurisdiccional, ambas desarrolladas en Colombia en relación a la conciliación (institución semejante a la mediación de nuestro sistema). A continuación se las menciona y se explora su posible aplicación en el marco de la legislación ecuatoriana.

2.1.1 Teoría procesalista de la mediación

Para la teoría procesalista el procedimiento de conciliación tiene una naturaleza eminentemente procesal. En Colombia la institución de la conciliación incluye tanto la conciliación judicial (llevada a cabo dentro de un proceso judicial) y la conciliación extrajudicial (llevada a cabo fuera del proceso judicial). Es más, en muchos casos se ha instaurado la conciliación como una etapa obligatoria previa al juicio, siguiendo experiencias similares en otros países.⁶⁶ Así pues, la teoría procesalista considera que si la

⁶⁶ En Colombia la ley 446 de 1998 estableció la conciliación como instancia previa y obligatoria al inicio de las acciones judiciales en materia de familia (Art. 88) y laboral (Art. 68). Sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucional la conciliación como requisito de procedibilidad en materia laboral por considerarse que se necesitaban ciertos requisitos de efectividad en la conciliación. La ley 640 de 2001 instauró nuevamente a la conciliación como requisito de procedibilidad de la siguiente manera: “En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa, laboral y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas...”. Nuevamente, la Corte Constitucional en sentencia C-893 de 2001 declaró inconstitucional la obligatoriedad de la conciliación en materia laboral por considerar que la Constitución declaraba la voluntariedad de la misma. J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación Extrajudicial y la Amigable Composición*, Temis, Bogotá, 2003, p. 41 – 46.

conciliación corresponde a una etapa del proceso, o constituye un requisito para iniciar un proceso judicial, entonces la naturaleza de la institución debe ser procesal.⁶⁷

Esta corriente da lugar a tres efectos principales. El primer efecto se refiere a que las normas que rigen la conciliación se deben entender como procesales, lo que implica que son de orden público y de obligatorio cumplimiento.⁶⁸ El segundo efecto es que el procedimiento de conciliación debe atenerse a un ‘debido proceso’ y así lo considera la sentencia C-592 de 1992 de la Corte Constitucional de Colombia que consagra el debido proceso conciliatorio.⁶⁹ En la parte relevante, dicha sentencia afirma que “se mantiene invariable el principio constitucional consagrado en el inciso 4º. del artículo 116, según el cual, hace parte del **debido proceso de los procesos de conciliación** y arbitramento el principio de la voluntariedad de las partes en su funcionamiento y en la decisión final tratándose del primero de los mismos, en los términos que determine la ley”. El tercer efecto, que más interesa para el presente estudio, es que el acta de conciliación tendría el carácter de sentencia al derivarse de un procedimiento de naturaleza procesal.⁷⁰

Ahora bien, en el sistema ecuatoriano no cabe una visión procesalista de la mediación. La Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación concibe a la mediación como un procedimiento ajeno al proceso judicial, de allí que el Art. 43 de dicha ley da al acuerdo un carácter extra – judicial y el Art. 55 considera a la mediación como sinónimo de conciliación extrajudicial, de tal suerte que aleja a la institución de la mediación del proceso judicial. Así pues, la mediación, ajena a un proceso arbitral no constituye una etapa del proceso, siendo más bien un procedimiento completamente independiente. Al no constituir la mediación una etapa procesal, el argumento más poderoso de la corriente citada se pierde. Tampoco puede decirse que la mediación adquiera una naturaleza procesal al estar concebida como parte de un proceso arbitral, pues la mediación no deja

De otra parte, en Argentina se ha instituido la mediación como instancia obligatoria. El Art. 1 de la Ley 2.573 determina: “Institúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley...”.

⁶⁷ Cfr. J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación Extrajudicial y la Amigable Composición*, Temis, Bogotá, 2003, p. 9.

⁶⁸ Cfr. J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 9.

⁶⁹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-592 de 7 de diciembre de 1992 citada en J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 9.

⁷⁰ Cfr. J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 9.

de ser un procedimiento en sí mismo con características propias y cuya inclusión en el proceso arbitral busca solamente una solución menos costosa y más ágil del conflicto. El hecho de que el acta de imposibilidad de acuerdo tenga la capacidad de suplir la audiencia de conciliación dentro de un proceso judicial no convierte a la mediación en una etapa del proceso; sino mas bien procura, simplemente, acelerar el proceso judicial, evitando una etapa que sería inútil en razón de que ya se ha intentado un arreglo entre las partes. Es más, la mediación en nuestro sistema es de carácter voluntario y en ningún caso constituye un requisito de procedibilidad, por lo que el segundo argumento de esta corriente también se desvirtúa. Finalmente, cabe añadir que, en principio, el procedimiento de mediación no se sujeta a normas de derecho público; pues las normas procesales, por lo general rígidas, buscan garantizar los derechos de las partes en el proceso; sin embargo, la mejor garantía de los derechos de las partes, en el procedimiento de mediación, está en el control que éstas tienen del resultado, por lo que no se requieren normas rígidas (de todas maneras existen casos donde sí se aplican normas procesales y de derecho público). Es más, la flexibilidad es trascendental para la efectividad de un procedimiento de mediación.

2.1.2 Teoría jurisdiccional de la mediación

Estrechamente vinculada a la teoría procesalista está la teoría jurisdiccional, la misma que sostiene que dentro de la mediación se ejercen verdaderas funciones jurisdiccionales. Esta teoría tiene especial acogida en el Derecho Colombiano, pues el Art. 116 de la Constitución colombiana otorga a los conciliadores la función de administrar justicia en los siguientes términos:

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 le ley (el énfasis es propio).

Así también, la jurisprudencia constitucional colombiana ha apoyado la tesis de que la función de administrar justicia ha sido investida en los conciliadores con un carácter transitorio. A modo de ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que “En cuanto al ejercicio de la administración de justicia por los particulares, cabe señalar que el referido artículo 116 constitucional prevé la posibilidad de encargarlos para cumplir esa labor en la condición de conciliadores (...). Resta agregar que, en estas situaciones, los

particulares, en aquellos casos no previstos por el legislador, pueden fijar sus propias reglas para el ejercicio de su labor de impartir justicia, siempre y cuando se ajusten a los parámetros establecidos en la Constitución y la ley”.⁷¹ Adicionalmente, ha sostenido que la conciliación “se trata de herramientas jurídicas a través de las cuales los ciudadanos son investidos de la función de impartir justicia, de manera ocasional, en calidad de conciliadores o árbitros”.⁷² En otro fallo dice “el arbitramento como la conciliación o la amigable composición, han de entenderse como institutos a los que el constituyente les reconoció una función fundamental **dentro de la administración de justicia**, pues son mecanismos a los que pueden recurrir opcionalmente las personas para poner término a sus controversias sin la intervención directa del Estado, lo que permite no solo la descongestión del aparato de justicia sino la participación activa de los particulares en la definición de sus conflictos”.⁷³

Esta visión extiende el concepto tradicional de jurisdicción,⁷⁴ al permitir a los conciliadores (particulares) ejercer de forma transitoria funciones jurisdiccionales y al concebir a la administración de justicia como un concepto más amplio que la mera aplicación estricta de las normas jurídicas al caso concreto.

Ahora bien, los conciliadores no tienen la posibilidad de definir los términos del acuerdo, pues esto corresponde exclusivamente a las partes en conflicto. Así pues, esta teoría considera que la potestad de administrar justicia de los conciliadores debe entenderse como su deber de realizar un control de legalidad del acuerdo, semejante a una homologación judicial.⁷⁵

La consecuencia lógica de esta teoría es que el acta tiene el carácter de sentencia y de cosa juzgada.

⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996 citada en J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 11.

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-330 de 22 de marzo de 2000 citada en J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 11.

⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-098 de 31 de enero de 2001 citada en J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 12, el énfasis es propio.

⁷⁴ “La jurisdicción es la función estatal destinada a dirimir los conflictos individuales e imponer el derecho” E. VÉSCOVI: *Teoría General del Proceso*, Segunda edición, Temis, Bogotá, 1999, p. 99.

⁷⁵ Cfr. J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 12.

Es cierto que la potestad jurisdiccional, en su máxima expresión, necesita de providencias dictadas por un juez con carácter obligatorio para las partes, pero en tratándose de conciliación **su firma en el acta respectiva es la que por mandato legal refrenda el acto dándole la calidad de cosa juzgada y con mérito ejecutivo.**⁷⁶

A continuación se analiza la posible aplicación de esta teoría en el Ecuador. La Constitución Política del Ecuador no tiene una disposición específica que otorgue a los mediadores una función jurisdiccional. Sin embargo, en el presente estudio sí se considera a la mediación como un mecanismo alternativo de administración de justicia, siempre que se acepte la posibilidad de ampliar el concepto de administración de justicia, conforme se verá más adelante. Además, la Constitución Política trata los temas del arbitraje y de la mediación dentro del Capítulo 1 del Título VIII que habla de los Principios Generales de la Función Judicial y, específicamente, dentro del Art. 191⁷⁷ que se refiere al ejercicio de la potestad judicial. De alguna manera la ubicación del tema dentro de la Constitución podría dejarnos pensar que también el constitucionalista ecuatoriano consideró a la mediación como una de las posibles maneras de administración de justicia.

A pesar de esto, no es posible llegar a considerar que el mediador tiene una verdadera “potestad jurisdiccional”. La jurisdicción es definida por nuestro Código de Procedimiento Civil como “la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes”. Si bien en la mediación se administra justicia (si se logra ampliar el concepto de administración de justicia), el mediador no tiene una potestad pública, no juzga (no dice el derecho en el caso concreto) y mucho menos tiene la potestad de hacer ejecutar lo juzgado. Por ello, no es técnicamente correcto sostener que los mediadores tengan potestades jurisdiccionales.

En este sentido, el acta de mediación no corresponde a una sentencia judicial sino mas bien a un ‘equivalente jurisdiccional’. Para Carnelutti el concepto de equivalente

⁷⁶ R. BASTIDAS DE RAMÍREZ: *La cultura de la conciliación Ley 640 de 2001*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 118, el énfasis es propio.

⁷⁷ 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.

jurisdiccional se refiere a aquellos medios por los cuales se puede componer el conflicto sin que implique ejercicio de jurisdicción, “puesto que mediante ellas no actúa el interés público en cuanto a la composición de los conflictos”.⁷⁸

2.2 El efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada

En todo caso, el argumento más contundente para considerar al acta de mediación como equivalente a una sentencia se encuentra en la misma Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, cuyo Art. 47 dispone que:

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 (el énfasis es propio).

Estos efectos pueden entenderse como una equiparación del acta de mediación a una sentencia judicial, ante lo cuál todos los efectos de la sentencia ejecutoriada y de la cosa juzgada deberían extenderse al acta de mediación.

Es importante reconocer que la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana da efectos más enérgicos al acta de mediación que la ley colombiana, pues mientras nuestra ley reconoce el efecto de sentencia ejecutoriada, aquella considera que el acuerdo conciliatorio presta mérito ejecutivo.⁷⁹ Esto, a pesar de la potestad reconocida constitucionalmente a los conciliadores colombianos de administrar justicia.

Los efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada atribuidos al acta de mediación se tratarán con más detalle en el capítulo cuarto.

2.3 Efectos y requisitos del acta de mediación como sentencia

A continuación se revisarán los efectos que tendrían el acta de mediación y los requisitos que eventualmente se le podrían exigir, si ésta tuviera un carácter exclusivo de sentencia.

⁷⁸ Cfr. F. CARNELUTTI: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1998, p. 183.

⁷⁹ El Art. 66 de la Ley 446 colombiana establece que “El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo”.

2.3.1 Ejecución del acta de mediación es el de una sentencia ejecutoriada de última instancia

El acta de mediación tiene una eficacia especial que protege a las partes del eventual incumplimiento de lo acordado, por una de ellas. Es así que el Art. 47 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación determina, en la parte pertinente, “y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación”.

En este punto, el acta de mediación adquiere toda la fuerza de una sentencia ejecutoriada, ya que ésta deberá ejecutarse mediante la misma vía de apremio de conformidad con los artículos 488 y 490 del Código de Procedimiento Civil que disponen que la ejecución de las sentencias será igual que el de las sentencias producto de trámite ejecutivo.

La vía de apremio se establece a partir del Art. 438 del Código de Procedimiento Civil. Una vez presentada la solicitud de ejecución de un acta de mediación, si ésta se refiere a una obligación de pagar una suma de dinero, el juez deberá disponer en su primera providencia que el deudor pague o dimita bienes en el término de 24 horas (mandamiento de ejecución). En todo caso, le es posible nombrar primero un perito que realice la liquidación de los intereses. Si el acta se refiere a una obligación de dar un cuerpo cierto “el ejecutado será compelido a la entrega” (Art. 440, Código de Procedimiento Civil), y si se trata de una obligación de hacer, el juez dispondrá que el hecho “se realice por cuenta del deudor” (Art. 440, Código de Procedimiento Civil). Sin embargo, si no se puede entregar la especie o cuerpo cierto o no se puede realizar el hecho el juez determinará la indemnización por incumplimiento y dispondrá el cobro (Art. 440, Código de Procedimiento Civil). Por último, si el acta contiene la obligación de otorgar o suscribir un instrumento, el juez lo hará por el ejecutado (Art. 440, Código de Procedimiento Civil).

La Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación expresamente señala que el juez no aceptará “excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación”. Estas posibles excepciones están contempladas en el Art. 489 del

Código de Procedimiento Civil. Así pues, el ejecutado puede alegar la extinción de la obligación. El Art. 489 menciona expresamente el pago efectivo, la compensación, la novación y la transacción; a pesar de lo cual se puede alegar cualquier otro modo de extinguir la obligación como la remisión, la confusión o la pérdida de la cosa que se debe (según la teoría del riesgo). Así también, el Art. 489 del citado cuerpo legal permite excepciones que impliquen arreglos que modifiquen de algún modo la obligación, como, por ejemplo, el compromiso en árbitros, el pacto de espera y el pacto de no pedir. Estas excepciones podrán ser admitidas solamente cuando consten en un documento público, un documento privado reconocido, o una confesión judicial (Art. 489, Código de Procedimiento Civil). A más de esto, cabe presentar la excepción de nulidad del título siempre que venga aparejada la sentencia que declare dicha nulidad. Si se presentan estas excepciones el juez deberá decidir inmediatamente, y su resolución causará ejecutoria.

En caso de que no se haya pagado o dimitido bienes, o no se haya pagado la indemnización por el incumplimiento de una obligación de dar un cuerpo cierto o realizar un hecho, se procederá al embargo de los bienes señalados por el ejecutante. En este punto cabe el embargo de los bienes hipotecados o prendados (Art. 439, Código de Procedimiento Civil). Cabe también el embargo de créditos o dineros (artículos 443 y 444, Código de Procedimiento Civil). Tras el embargo, se realizará el avalúo pericial (Art. 455, Código de Procedimiento Civil) y se rematará el bien conforme las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil. Por último, de la cantidad consignada por el precio de la cosa rematada se pagará al ejecutante (Art. 478, Código de Procedimiento Civil).

La Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación es clara con respecto a que el procedimiento a seguir para la ejecución de actas es la vía de apremio, y el Código de Procedimiento Civil reconoce que no es necesario iniciar juicio ejecutivo para la ejecución de una sentencia (Art. 490). Siguiendo estas disposiciones, los jueces han iniciado (por regla general) trámites de ejecución bastante acertados. Igualmente, han rechazado las excepciones propuestas por las partes en la medida en que no se adaptan a las citadas anteriormente.

Sin embargo, se advierten pequeñas confusiones con el juicio ejecutivo. Así por ejemplo, el juez vigésimo tercero de lo civil de Pichincha declara iniciar trámite ejecutivo aunque en realidad sigue los pasos del trámite de ejecución (causa 623–2006). Por otro lado, el juez 4to de lo civil de Pichincha en las causas 104-2003 y 173-2005, a pesar de iniciar un trámite de ejecución, el mandamiento de ejecución da a las partes la orden de pagar en tres días (como se pide en un juicio ejecutivo) y no en 24 horas conforme el Art. 438 del Código de Procedimiento Civil, aplicable para el trámite de ejecución. Más allá, varios ejecutantes solicitan al juez que ordene el embargo de inmuebles hipotecados en la primera providencia. Esta posibilidad está contemplada en el Art. 423 del Código de Procedimiento Civil para el juicio ejecutivo en el cuál en el auto de pago es posible ordenar el embargo; no obstante en el trámite de ejecución la ley guarda silencio a este respecto. La mayoría de los jueces esperan a que se cumpla el término de 24 horas en que los ejecutados deben pagar o dimitir bienes para iniciar el embargo, por considerar que en el mandamiento de ejecución no cabe solicitar embargo. No así el juez décimo de lo civil que en la causa 75-2006 ordena el embargo en la primera providencia. Finalmente, cabe mencionar que la mayoría de jueces citan al ejecutado, en lugar de notificarles del mandamiento de ejecución. El Dr. Edgar Terán Terán presenta una interesante alegación a este respecto en la causa 417 sustanciada ante el juzgado 7mo de lo civil de Pichincha referida a la ejecución de un acta de mediación que puso fin a un proceso arbitral iniciado. Dicha alegación se transcribe a continuación:

...el efecto de la citación con la demanda produce que se radique la competencia de la causa y que el demandado pueda ejercer su derecho de defensa. Este caso de ejecución de Acta de Mediación por incumplimiento en el pago a que se obligó la Cámara, es solo un acto procesal resultado de un proceso arbitral, donde ya se ejerció el derecho de defensa. Al ser el mandamiento de ejecución un auto lo que cabe es notificar a dicha Cámara con dicho auto, a fin de que conozca que en 24 horas tiene que pagar, y que en caso contrario, se procederá al embargo.

2.3.2 No cabría la condición resolutoria tácita

Un interrogante que gira en torno al acta de mediación, es qué sucedería en caso de que una parte incumpla su obligación cuando el acta contempla obligaciones bilaterales. Como se ha mencionado el acuerdo contenido en el acta de mediación tiene la aptitud de crear nuevas relaciones jurídicas como forma de resolución de un conflicto, y una de las posibilidades es crear obligaciones bilaterales. Ahora bien, en caso de incumplimiento de

una de las partes, cabe preguntarse si es posible que la parte afectada opte por la resolución del acuerdo o su cumplimiento a través de la ejecución del acta, en aplicación del Art. 1505 del Código Civil.⁸⁰

Desde la perspectiva que concibe al acta de mediación como una sentencia ejecutoriada no cabría pensar en esta posibilidad, pues al acta de mediación no se le podrían aplicar normas de derecho civil que rigen a los contratos. De tal suerte que la parte afectada solamente podrá pedir la ejecución del acta. De igual manera, si la parte incumplida solicita la ejecución, la otra parte no podría interponer excepción de contrato no cumplido y la única acción posible sería la de solicitar también la ejecución.

Este es el parecer del autor colombiano Jorge Hernán Gil Echeverry quien afirma que: Entonces, no es que el acta de conciliación produzca efectos de cosa juzgada sobre sí misma, sino que produce efectos de cosa juzgada respecto al litigio o diferencia compuesto. En este orden de ideas; si entre Pedro y Juan se presentó una diferencia en relación con la calidad de la mercancía vendida y en el proceso conciliatorio se acordó que Juan (comprador) recibirá la mercancía, pero a cambio Pedro le devolverá la suma de \$ 1'000.000, del dinero entregado a título de pago del precio; en el evento en que se presente el incumplimiento de Pedro en la devolución de la suma acordada de \$1'000.000, *Juan no podrá iniciar un proceso ordinario de resolución de compraventa, debido a que todo lo referente a este negocio jurídico quedó amparado por los efectos de la cosa juzgada* que la ley le otorga al acta de conciliación. *Podrá sí, iniciar el proceso correspondiente de ejecución por incumplimiento de una obligación contenida en el acta de conciliación, mas no intentar la resolución del acuerdo conciliatorio, pues, como ya se explicó, la conciliación no equivale a un contrato bilateral que se beneficie de la resolución tácita...*⁸¹

Este argumento se sostiene en los efectos de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada atribuidas al acta de mediación. En primer lugar, las sentencias ejecutoriadas no pueden resolverse. Más allá, el objetivo de la cosa juzgada es poner fin jurídicamente al conflicto, objetivo que se busca en el acuerdo contenido en el acta de mediación por disposición expresa de la ley. Así pues, la eventual resolución de un acta de mediación va en contra de este fin, en la medida en que una vez verificada la condición desaparece el acto o contrato y las partes deben ser restituidas al estado en que se encontraban con anterioridad a su celebración, fingiéndose que dichos actos nunca tuvieron lugar.⁸² Así pues, de resolverse el acta de mediación, desaparecería el efecto de cosa juzgada, y se reabría el conflicto original para su eventual discusión en una instancia judicial o arbitral (que en un inicio

⁸⁰ Art. 1505.- En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios (Código Civil).

⁸¹ J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 167 – 168.

⁸² Cfr. L. PARRAGUÉZ: *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*, Volumen 1, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 2000, p. 212.

quiso ser evitada). Estos efectos, evidentemente, serían atentatorios de la eficacia y estabilidad que la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación busca otorgar al acta de mediación.

Los argumentos mencionados reciben respuestas que serán analizados en el siguiente capítulo, y se intentará una solución en el cuarto capítulo.

2.3.3 El acta de mediación requiere de las solemnidades aplicables a las sentencias

Bajo la visión que equipara un acta de mediación a una sentencia judicial, se podría decir también que los requisitos formales del acta no pueden superar a aquellos de una sentencia.

En primer lugar, se debe recordar que las normas procesales que rigen la forma de una sentencia están contenidas en la sección 8a. del Título I del Libro II del Código de Procedimiento Civil: “De las sentencias, autos y decretos”. Si el acta de mediación tiene el carácter de sentencia es posible decir también que ésta debería cumplir con las normas formales de aquellas siempre que le sean razonablemente aplicables. Así pues, debería expresar con claridad los términos del acuerdo (Art. 275, Código de Procedimiento Civil) y, al igual que una sentencia, debería estar motivada de algún modo (Art. 276, Código de Procedimiento Civil). Para algunos entendidos en la materia, el deber de motivación del acta de mediación se lo cumple en las cláusulas que generalmente se insertan en las actas, las mismas que declaran el consentimiento libre y voluntario de las partes, su capacidad, el objeto transigible y el origen del conflicto.⁸³ Adicionalmente, el acta debería determinar la cantidad que se ha de pagar por concepto de frutos, intereses, daños y perjuicios o la forma de determinarla, de ser el caso (Art. 279, Código de Procedimiento Civil); el Acta debería establecer quién cubrirá los costos de la mediación (Art. 283, Código de Procedimiento Civil); y, por último, debería contener la fecha y hora de su expedición y la firma del mediador (Art. 287, Código de Procedimiento Civil).

Si bien estas normas son mandatorias en el caso de las sentencias judiciales, y pueden resultar de utilidad en el caso de actas de mediación, las actas de mediación no tienen la

⁸³ Ramiro Salazar, entrevista personal

obligación de cumplir con estos requisitos, pues éstas se rigen por disposiciones autónomas, debido a su naturaleza original.

En este punto, cabe el interrogante: ¿a qué solemnidades debe someterse el acta de mediación, si el acuerdo se refiere a un bien inmueble, como su transferencia o su partición? La respuesta es distinta según se vea al acta de mediación como una sentencia, como un negocio jurídico o como un instrumento original. En el presente capítulo se considera al acta de mediación como equivalente a una sentencia y desde ese punto de vista se responderá la pregunta.

El Art. 47 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, ya citado, establece que el acta de mediación “se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio...”. Bajo una visión extensiva de la norma, los efectos de sentencia ejecutoriada deberían extenderse a todas las formas en que deben cumplirse las obligaciones derivadas de éstas. Sea ya por la vía compulsiva (vía de apremio) como también por el cumplimiento voluntario.

Comúnmente se protocolizan los autos y sentencias referidas a inmuebles antes de inscribirlas en el registro de la propiedad. No existe una norma de carácter general en ese sentido. Existen sentencias de las cuales no se exige su protocolización y otras de las cuáles sí. Por ejemplo, no requiere de protocolización la sentencia que declara la prescripción,⁸⁴ pues ninguna norma lo establece. La ley tampoco requiere la protocolización de la sentencia que fija los linderos, pero el acta que ejecuta dicha sentencia sí deberá protocolizarse previa inscripción (Art. 673, Código de Procedimiento Civil). No obstante, en muchos otros casos, nuestra legislación dispone la protocolización de sentencias y autos para que sirvan de justo título y puedan inscribirse. Así por ejemplo, es necesaria la protocolización del auto de adjudicación, conforme los artículos 1740 del Código Civil y 464 del Código de Procedimiento Civil. De igual modo, en la partición de bienes comunes, el acta que adjudica la propiedad, independientemente de si ésta nace de un acuerdo, un sorteo o una licitación entre los comuneros, debe protocolizarse antes de

⁸⁴ Art. 2413 (Código Civil).- La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; pero no valdrá contra terceros, sin la competente inscripción.

su inscripción conforme el Art. 648 del Código de Procedimiento Civil. Y más importante aún, en el juicio de expropiación la sentencia que decreta la expropiación deberá protocolizarse para poder inscribirse como título de propiedad conforme el Art. 793 del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, es una práctica común la protocolización de cualquier sentencia antes de inscribirla en el registro de la propiedad.

Se reitera la inexistencia de una norma general que imponga a los autos y sentencias relativos a inmuebles la necesidad de protocolizarse previa su inscripción. Sin embargo, siguiendo la misma lógica de nuestro sistema para los autos y sentencias, si un acta de mediación pretende ser título para la transferencia del dominio (como el auto de adjudicación o la sentencia de expropiación) debería protocolizarse antes de inscribirse; si, por otro lado, contiene un arreglo sobre la división de una propiedad indivisa, debería igualmente protocolizarse antes de inscribirse en el registro de la propiedad.

Tanto la aplicabilidad de las normas procesales que rigen una sentencia como la exclusiva necesidad de protocolizar el acta de mediación antes de su inscripción son relativas a la consideración del acta como sentencia.

2.3.4 Cualquier vicio en el acta de mediación corresponderá a vicios procesales

El considerar al acta de mediación como una sentencia tiene también importantes implicaciones en su validez. Así pues, Hugo Suescún Pujols considera que el Acta al ser “equivalente a una sentencia, y no constituir, como considera la mayoría, un negocio jurídico, es improcedente su anulación por vicios del consentimiento”.⁸⁵

Por tanto, los únicos vicios que podrían eventualmente invalidarla serían los vicios capaces de invalidar sentencias que sean razonablemente aplicables.

Una sentencia ejecutoriada se puede anular conforme al Art. 299 del Código de Procedimiento Civil:

Art. 299.- La sentencia ejecutoriada es nula:

- 1.- Por falta de jurisdicción o por incompetencia del juez que la dictó;
- 2.- Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio; y,
- 3.- Por no haberse citado la demanda al demandado, si el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía

⁸⁵ Salvamento de voto a la sentencia de 6 de julio de 1993 de la sala laboral de la Corte Suprema de Colombia citada en J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 10.

Por otro lado, el último inciso del Art. 350 del mismo código dispone: “Si llegare a ejecutoriarse una sentencia en la que se hubiere faltado a la primera, segunda, tercera o cuarta de las solemnidades determinadas en el Art. 346, la nulidad debe ser declarada, ya sea que se la proponga como acción o que se la alegue como excepción”. El Art. 346 del mismo cuerpo legal establece las solemnidades sustanciales comunes a todo juicio. La primera y segunda solemnidades contempladas en dicho artículo se refieren a la jurisdicción de quien conoce el juicio, y competencia del tribunal (y su violación coincide con la primera causal para anular una sentencia ejecutoriada contemplada en el Art. 299 del Código de Procedimiento Civil). La tercera solemnidad se refiere a la legitimidad de personería (cuya falta coincide con la segunda causal contemplada en el Art. 299 citado). Finalmente, la cuarta solemnidad se refiere a la citación de la demanda al demandado o a quién legalmente le represente (y su omisión coincide con la tercera causal prevista por el Art. 299 citado).

A continuación se revisarán, una por una, las causales.

A pesar de que se ha mencionado que la mediación puede ser entendida como un mecanismo alternativo de administración de justicia (siempre que el concepto de administración de justicia se amplíe) el mediador carece de poder jurisdiccional en nuestro sistema entendido como “la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada” (Art. 1, Código de Procedimiento Civil). Por lo que resulta difícil comprender que pueda anularse un acta de mediación “por la falta de jurisdicción”

Ahora bien, conforme a la teoría jurisdiccional, sostenida en países como Colombia, el mediador si tendría una potestad jurisdiccional y por ende su carencia podría eventualmente anular el proceso. Bajo esta visión, la falta de jurisdicción puede considerarse análoga a la falta de calidad de mediador de quién actúa como tal. En nuestro sistema es necesaria la certificación del mediador por un centro de mediación, conforme el Art. 48 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación:

Art. 48.- 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 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 a mediador.

...

Es difícil también pensar en un mediador incompetente para dirigir un determinado proceso de mediación que ha llegado a la firma de un acta de mediación. Pero si es preciso encontrar una analogía que trate al acta de mediación igual que una sentencia debería decirse que el mediador competente es aquel ante el cual se llevó a cabo la mediación, por prorrogación voluntaria de la competencia ya que las partes han asistido a las audiencias y han llegado a un acuerdo sin decir nada con respecto al lugar en donde se ha dado el procedimiento. Así pues, en el caso de un acta de mediación, no cabe considerar un mediador incompetente y por tanto no cabría una nulidad en este sentido.

Ahora bien, el acta de mediación podría anularse por 'ilegitimidad de personería' de quienes han intervenido en el procedimiento. Así, quién comparece a la audiencia de mediación deberá legitimar su personería y presentar prueba de la representación legal o poder suficiente que le permita firmar el acta de mediación.⁸⁶ El mediador debe asegurarse que se cuente con la representación o que el poder sea suficiente antes de firmar el acta de mediación, caso contrario se podría declarar la nulidad del acta por ilegitimidad de personería.

Por otro lado, el acta de mediación, en principio, no puede anularse por falta de citación. Es imposible considerar la hipótesis de un acta de mediación firmada tras un procedimiento donde una de las partes no ha concurrido a la audiencia. Si las partes firman las actas, independientemente de cómo o donde hayan sido notificadas del inicio del procedimiento, es en uso de su libertad y con plena autonomía. Sin embargo, con respecto a esta regla general, se puede al menos considerar una excepción: la contenida en el Art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado,⁸⁷ pues al inicio del procedimiento de mediación deberá citarse (si debe intervenir directamente) o notificarse (si no debe hacerlo) al Procurador General del Estado cuando la mediación se lleva a cabo con un organismo o entidad del sector público o cuando la ley exija contar con la

⁸⁶ Como se verá más adelante, parte de la doctrina asemeja el acta de mediación a un contrato de transacción, por tanto se debe tomar en cuenta que el procurador necesita de cláusula especial para transigir, conforme el Art. 44 del Código de Procedimiento Civil.

⁸⁷ R.O. 312 de 13 de Abril de 2004

presencia de dicho funcionario. La falta de citación o notificación dará lugar a la nulidad del acta de mediación.

Al parecer las otras violaciones de procedimiento no serían capaces de anular una sentencia ejecutoriada. De todas maneras, conforme los artículos 349 y 1014 del Código de Procedimiento Civil, para que la omisión de una solemnidad sustancial (con excepción de la falta de jurisdicción) o la violación del trámite, pueda derivar en una declaratoria de nulidad es necesario que la omisión pueda influir en la decisión de la causa. Esto en la medida en que “el respeto a las formas es la mejor garantía para evitar arbitrariedades y conculcaciones del derecho de defensa en juicio”.⁸⁸ Pero como se ha visto, un procedimiento de mediación es esencialmente flexible. No existen normas rigurosas de procedimiento y es difícil que la falta de alguna formalidad pueda influir en la decisión final, que corresponde a las partes en uso de la autonomía de la voluntad y en defensa de sus propios intereses.

Ahora bien, siguiendo la visión que equipara el acta de mediación a una sentencia ejecutoriada, el procedimiento para anularla debería ser el mismo que aquel establecido para las sentencias, al no existir uno especial (como si se ha dispuesto para los laudos arbitrales). Así pues, se podrá presentar una acción de nulidad solamente antes de que el acta haya sido ejecutada. Pero de faltar alguna de las solemnidades previamente señaladas (siempre que sea posible) es factible solicitar la nulidad del acta de mediación aún si dicha nulidad fue propuesta como una excepción en el trámite de ejecución, conforme el último inciso del Art. 350 del Código de Procedimiento Civil, según el cual:

Art. 350.- Si llegare a ejecutoriarse una sentencia en la que se hubiere faltado a la primera, segunda, tercera o cuarta de las solemnidades determinadas en el Art. 346, la nulidad debe ser declarada, **ya sea que se la proponga como acción o que se la alegue como excepción** (El énfasis es propio).

Lógicamente el efecto de la nulidad del acta de mediación eliminaría el efecto de cosa juzgada y se reabría el conflicto original para ser conocido eventualmente por un juez o árbitro conforme sea el caso.

⁸⁸ A. L. MAURINO: *Nulidades procesales*, Segunda Edición, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 220

2.3.5 Efectos de terceros

Finalmente, es interesante explorar los efectos que el acta de mediación puede tener con respecto a terceros que no han intervenido en el procedimiento, si se le da efectos de sentencia. En este punto, es importante destacar que “para algunos tratadistas la sentencia sólo obliga a las partes y otros sostienen que los terceros están sujetos a lo resuelto en la misma sentencia”.⁸⁹

En sentencia de 29 de mayo de 1962, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que:

...como todo hecho jurídico relativo a las partes entre quienes interviene, la sentencia existe y vale respecto de todos” (Chioyenda), la eficacia refleja de la cosa juzgada puede afectar a terceros jurídicamente interesados, ocasionándoles daño, lo cual obliga a señalar límites a la inmutabilidad del fallo, perjuicio tanto más injusto cuanto que deriva de un proceso en que tales terceros no han intervenido (*res inter alios iudicata*). Es decir, entonces que de los dos elementos de la autoridad de la cosa juzgada, la imperatividad de la sentencia es igual para las partes y para los terceros, la inmutabilidad en cambio, está limitada a las partes.⁹⁰

A los efectos que podría tener una sentencia definitiva con relación a terceros ajenos a la controversia se llama “eficacia refleja de la cosa juzgada”.⁹¹ La misma que eventualmente podría llegar a causarles perjuicios en función de la relación que ellos tengan con las partes del proceso sobre el que se ha fallado.

Por esta posibilidad es que la inmutabilidad de la sentencia no alcanza a los terceros (que no hayan intervenido en el proceso) que puedan verse eventualmente perjudicados. En ese sentido provee el Art. 297 según el cual “la sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho”. De acuerdo a Liebman esta enumeración es taxativa, en virtud de que no puede afectarse a terceros a través de un proceso en el que no pudieron ejercer su derecho de defensa.⁹² Más allá, nuestro Código de Procedimiento Civil ha limitado todos los efectos de las sentencias a las partes conforme el Art. 286 del Código de Procedimiento Civil según el cual:

⁸⁹ J. CASTILLO SANDOVAL: *La Cosa Juzgada y sus Secuelas*, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2003, p. 95.

⁹⁰ Gaceta Judicial. Año XLVII. Serie X No. 4 pag. 2266. Lamentablemente en la sentencia citada, la Corte consideró que para modificar la sentencia, las partes debían interponer algún tipo de “iniciativa judicial” y ganarlo, sin lo cual la decisión mantendría “en todo su vigor la fuerza imperativa de la sentencia” y obligaría “a las partes y a los terceros, aún cuando éstos hubiesen sido injustamente perjudicados por la acción refleja del fallo, porque el efecto es universal y sin discrimin (Gaceta Judicial. Año XLVII. Serie X No. 4 pag. 2266). El voto salvado, con el que se coincide, por otro lado rescata los efectos relativos a las partes que tienen las sentencias en la medida en que ellas “al igual que los contratos solo surten efecto obligatorio para las partes que han intervenido y no para terceros extraños a la discusión” (Voto Salvado, Gaceta Judicial. Año XLVII. Serie X No. 4 pag. 2266).

⁹¹ J. CASTILLO SANDOVAL: *La Cosa...* op.cit. p. 95.

⁹² Cfr. J. CASTILLO SANDOVAL: *La Cosa...* op.cit. p. 97.

Art. 289.- Las sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el juicio sobre que recayó el fallo, salvo los casos expresados en la Ley.

Si el acta de mediación se equipara a una sentencia, igualmente tendrá efectos relativos a las partes, y no podrá aprovechar ni perjudicar a terceros, ni será inmodificable por ellos.

2.4 Críticas y conclusiones

El presente capítulo se ha concentrado en la posibilidad de concebir al acta de mediación como equivalente a una sentencia y en describir los posibles efectos que podría producir.

En primer lugar se revisó la teoría procesalista que concibe a la conciliación (colombiana) con una naturaleza procesal, por ser ella parte del proceso judicial o por lo menos un requisito de procedibilidad. En base a estos argumentos se da al acta de conciliación una naturaleza procesal equivalente a una sentencia. Cómo se ha mencionado, esta visión no cabe dentro de nuestro sistema, pues la mediación no es parte de un proceso judicial. El procedimiento de mediación se lleva a cabo bajo normas flexibles distintas de las procesales que son rígidas. Más allá, constituye una instancia voluntaria que no se puede considerar como un requisito de procedibilidad. Por lo tanto, resulta difícil considerar que el acta de mediación tenga naturaleza de sentencia bajo los argumentos de la teoría procesalista.

Posteriormente, se revisó la teoría jurisdiccional, que sostiene que la Constitución de Colombia ha atribuido verdaderas funciones jurisdiccionales a los conciliadores. Bajo esta concepción, el concepto de administración de justicia debería ser ampliado y significar algo más que la potestad exclusiva del Estado de resolver los conflictos a través de la mera aplicación de la ley al caso concreto. La administración de justicia implica la verdadera resolución de conflictos y la probable realización real de la justicia. Y en este sentido otros mecanismos pueden entrar dentro del nuevo concepto de administración de justicia, como la mediación que tiene la especial ventaja de ser un mecanismo que tiende a resolver,

verdaderamente, los conflictos (sin dejarlos latentes en el mundo real y resueltos en el jurídico) y que promete alcanzar una justicia restaurativa.⁹³

Sin embargo, el concepto de administración de justicia ampliado lógicamente se aparta del concepto de potestad jurisdiccional. La potestad jurisdiccional es definida legalmente como “la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. Ni el mediador, ni las partes ejercen una potestad pública. El mediador no juzga y menos aún puede hacer ejecutar lo juzgado. La mediación es esencialmente un procedimiento privado basada en principios privados como la autonomía de la voluntad, y no en principios públicos como el de legalidad. Así pues, bajo esta visión tampoco puede decirse que el acta sea igual a una sentencia sino que es un ‘equivalente jurisdiccional’. Pero así también, como se deriva de un verdadero mecanismo de administración de justicia tampoco es igual a un contrato.

Más adelante se revisó el Art. 47 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, según el cual el acta de mediación tiene “efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada”. El argumento principal de esta visión es que el acta de mediación se beneficia de todos los efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. Sin embargo, la ley que da al acta de mediación “efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada” no llega a atribuirle “naturaleza de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada”. De todas maneras queda por definir hasta donde pueden extenderse en el acta de mediación los efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

Finalmente, se revisaron los posibles efectos que tendría el acta de mediación si se la equipara a una sentencia judicial. A saber, cuál sería el procedimiento de ejecución (del cuál no se discute su oportunidad por disposición expresa de la ley); la imposibilidad de resolver el acta por incumplimiento de una de las partes (tema discutible); la necesidad de que se añadan las formalidades requeridas a las sentencias para que pueda surtir efectos, como la protocolización del acta para inscribirse directamente en el registro de la

⁹³ Como se verá más adelante la justicia restaurativa nace en el Derecho Penal y considera que el conflicto del cual nace la infracción debe ser transformado mediante audiencias de mediación entre la víctima y el infractor. Para la justicia restaurativa, el infractor debe ser reintegrado en la sociedad, asumiendo la responsabilidad del daño cometido; y, las necesidades de la víctima deben ser tomadas en cuenta ya que se trata de una parte importante en el conflicto. Cfr. Cfr. M. L. ZAPATA: “Justicia restaurativa: Aproximación conceptual”, en la obra colectiva dirigida por E. ARDILA, *¿A dónde va la justicia en equidad en Colombia?*, Corporación Región, Medellín, 2006, p. 101 – 109.

propiedad (tema discutible); la posibilidad de anular el acta por vicios aplicables a la sentencia (tema discutible); y, sus efectos hacia terceros.

CAPÍTULO III

EL ACTA DE MEDIACIÓN COMO UN NEGOCIO JURÍDICO

3.1 Teoría negocial de la mediación

Así como existen dos teorías que conciben al acta de mediación como una sentencia una le da la categoría de negocio jurídico. Esta teoría se enfoca en el acuerdo contenido en el acta de mediación, acuerdo o convenio que encaja perfectamente en el concepto de ‘negocio jurídico’. Negocio jurídico es “la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos”.⁹⁴ Así pues, el acuerdo contenido en el acta constituye un verdadero negocio jurídico en la medida en que se trata de una manifestación de voluntad encaminada a producir un efecto jurídico.⁹⁵ El acta de mediación, en este caso, sería solamente el documento que contiene el acuerdo.

Esta es la opinión que parecen tener autores argentinos⁹⁶ como Caivano, Roque, Padilla y Dupuis. Para los primeros, “el resultado al que se llegue, más que la legitimación de la sentencia de un juez, tendrá la legitimidad que surge del consentimiento de las partes,

⁹⁴ G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA: *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Editorial Temis, Bogotá, 2000, p. 18.

⁹⁵ Cfr. J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 15.

⁹⁶ El Art. 12 de la Ley 24.573 de Argentina señala:

“Si se produjese el acuerdo, se labrará acta en el que deberá constar los términos del mismo, firmado por el mediador, las partes y los letrados intervinientes.

El mediador deberá comunicar el resultado de la mediación, con fines estadísticos, al Ministerio de Justicia.

En caso de incumplimiento, lo acordado podrá ejecutarse ante el juez designado, mediante el procedimiento de ejecución de sentencia regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En el supuesto de llegar a la instancia de ejecución, el juez deberá aplicar la multa establecida en el artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

lo que asimismo cuenta con la protección del ordenamiento jurídico que le da fuerza de ley”.⁹⁷ Para Dupuis, la fuerza del acuerdo surge del principio de la autonomía de la voluntad que está limitado por el orden público, las buenas costumbres y las leyes imperativas.⁹⁸ Pero este autor va más allá, y llega a dar al acuerdo la misma naturaleza de la transacción: “El acuerdo al que llegan las partes como resultado de la mediación participa de la naturaleza de la transacción. (Y la ley de fondo no exige que en ella deba intervenir un juez a los fines de su homologación)”,⁹⁹ de tal suerte que surtiría los mismos efectos que la transacción.¹⁰⁰

La tesis que da al acta de mediación un carácter estrictamente negocial tiene sentido en la medida en que el acta de mediación no contiene una declaración de derechos emanada por una autoridad competente en relación de jerarquía (sentencia) que se rige por normas de derecho público en función de dicha relación. El acta de mediación contiene un verdadero acuerdo de voluntades que cabe perfectamente en el concepto de negocio jurídico y que como tal puede ser distinguido y clasificado, como se verá más adelante. Es más, este acuerdo es alcanzado por particulares en el marco de relaciones privadas que se basan en la igualdad. Por ello, la ley limita la materia susceptible de resolución a través de un procedimiento de mediación a lo que es transigible por los particulares. Así, el área del Derecho que se encarga de regular las relaciones privadas es, por excelencia, el Derecho Civil. Y por ello, para la teoría negocial, el Derecho Civil debería aplicarse sin excepciones.

Ahora bien, desde esta perspectiva los efectos de cosa juzgada que la ley atribuye al acta de mediación serían equivalentes al del contrato de transacción. Y de una lectura restrictiva del Art. 47 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, el efecto de sentencia ejecutoriada debe limitarse a la ejecución del acta de mediación por la vía de apremio: “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

⁹⁷ R. CAIVANO, M. GOBBI Y R. PADILLA: *Negociación...* op.cit. p. 51.

⁹⁸ Cfr. J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 38.

⁹⁹ J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 200.

¹⁰⁰ Cfr. J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 198.

instancia siguiendo la vía de apremio...” (Art. 47, Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación).

Pero la concepción del procedimiento de mediación como un verdadero mecanismo alternativo de administración de justicia, sumada a los claros efectos de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, lleva a pensar que el acta tiene una naturaleza que va más allá de la meramente negocial, lo que implica que no solamente las normas del Derecho Civil la regirían, sino que eventualmente también lo harían las procesales. Más allá, la ley parece atribuir al acta todos los efectos de cosa juzgada y sentencia ejecutoriada, por lo que resultaría poco adecuado el limitarlos.

3.2 El caso de la transacción

Ahora bien, en este punto es importante hacer mención al contrato de transacción, pues guarda una estrecha semejanza con el acuerdo contenido en el acta de mediación. Para José Luí Cabezas, el contrato de transacción es el antecedente histórico del acta de mediación, ya que antes de la ley de arbitraje y mediación, un procedimiento de mediación con acuerdo terminaba en la celebración de un contrato de transacción.¹⁰¹ Y, así se debe reconocer que “[l]a institución jurídica más próxima a la figura de la mediación –bajo los preceptos de la actual Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAYM) – se encuentra en el Título XXXVIII del Libro Cuarto del Código Civil (CC): ‘De la Transacción’ (equivalente contractual a la sentencia)”.¹⁰² Por ello, vale la pena encontrar las semejanzas y diferencias estructurales en base a las cuales se podrá determinar cuáles de las normas que rigen al contrato de transacción, pudieran ser aplicables al acuerdo contenido en el acta de mediación.

Según el Art. 2348 del Código Civil la transacción “es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”. Para Bonivento, esta definición traída por el Código Civil es inadecuada en la medida en que

¹⁰¹ Cfr. J. L. CABEZAS GUERRA: *Naturaleza Jurídica y Efectos de los Instrumentos Utilizados en Procesos de Mediación*, Tesis de grado para la obtención del título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2001, p. 65.

¹⁰² ZURITA GIL, EDUARDO: “La mediación en la Constitución y en la Ley”, disponible en: www.petroecuador.com.ec/web04/proteccion/revista1/medicion.pdf {20 de octubre de 2006}.

solo menciona dos de los tres elementos de la esencia del contrato de transacción.¹⁰³ El primero sería la existencia de un derecho que puede ser materia de confrontación judicial futura o que actualmente se disputa;¹⁰⁴ el segundo sería la intención de las partes de superar sus diferencias sin necesidad de una decisión judicial (ya sea que se encuentren o no en un proceso judicial). Y el tercero se refiere a las concesiones o sacrificios recíprocos.¹⁰⁵ Este último no se encuentra en nuestra legislación, pero según el autor citado es un elemento universalmente aceptado por la doctrina y se encuentra reconocido en varias legislaciones. “[S]e tiene que admitir que es de su esencia porque si las partes no procuran concesiones o sacrificios, sino sólo beneficios no se puede sostener que se está frente a una transacción sino que se gira en el ámbito de un negocio jurídico distinto, como la simple renuncia a un derecho, la remisión, el allanamiento a una demanda o cualquier forma innominada”.¹⁰⁶ Este último requisito es, para Santiago Andrade Ubidia, lo que le distingue de otras figuras como el allanamiento o el abandono.¹⁰⁷

La doctrina ha discutido también sobre la naturaleza jurídica de la transacción, y una parte de la doctrina le otorga una naturaleza contractual (o al menos de convención), ya que surge dentro del marco de la autonomía de la voluntad para reglar las relaciones jurídicas privadas entre las partes.¹⁰⁸ Pero otra parte de la doctrina ubica a la transacción dentro de los actos procesales. Por ejemplo, Couture “[s]ostiene que este tipo de acto se refiere al derecho material cuestionado en el proceso. La transacción implica un doble juego de renunciaciones que, como acto jurídico procesal, se corresponde con su análogo contrato de derecho material”.¹⁰⁹ Canelutti la considera como un equivalente

¹⁰³ Cfr. J. BONIVENTO JIMÉNEZ: *Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los mercantiles*, Décima Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1992, p. 102.

¹⁰⁴ Para Canelutti la diferencia resuelta por la transacción debe versar sobre el “régimen jurídico de un conflicto de intereses, no en torno al acaecimiento o no de un hecho” F. CARNELUTTI: *Sistema...* op.cit. p. 201

¹⁰⁵ Para algunos autores, las concesiones o sacrificios recíprocos dan a la transacción un carácter de contrato bilateral Cfr. J. BONIVENTO JIMÉNEZ: *Los Principales...* op.cit. p.102; R. VALDÉS SÁNCHEZ: *La Transacción: Solución alternativa de conflictos*, Legis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1997, p. p. 29, aunque otros autores conciben a la transacción como una mera convención liberatoria o un acto meramente extintivo y no un contrato (Fornaciari, 3).

¹⁰⁶ J. BONIVENTO JIMÉNEZ: *Los Principales...* op.cit. p. 102.

¹⁰⁷ S. ANDRADE: *Derecho Civil: Obligaciones*, Apuntes para la clase de Teoría General de Obligaciones en la Universidad San Francisco de Quito, 2004, p. 367.

¹⁰⁸ Cfr. M. A. FORNACIARI: *Modos Anormales de Terminación del Proceso*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 3.

¹⁰⁹ COUTURE citado en M. A. FORNACIARI: *Modos...* op.cit. p. 7.

jurisdiccional, que logra poner fin al conflicto a través de la autocomposición.¹¹⁰ De todas maneras, Fornaciari hace notar que este sector de la doctrina no llega a otorgar a la transacción un carácter definitivamente procesal.¹¹¹ En nuestro sistema la determinación de la naturaleza jurídica de la transacción es más sencilla en la medida en que ha sido definida como un contrato. Así lo entiende Vodanovic, para quién se trata de un “acto bilateral, oneroso, consensual, principal, *intuitu personae*, en general conmutativo aunque por excepción puede ser aleatorio”.¹¹²

3.2.1 Similitudes con el acuerdo contenido en el acta de mediación

En primer lugar es menester reconocer que tanto el acuerdo de mediación cuanto el contrato de transacción buscan poner fin a un conflicto. Ambos se conciben como una solución alternativa (a la función judicial) del conflicto.

En segundo lugar, tanto la transacción como el acuerdo contenido en el acta de mediación son mecanismos de autocomposición. Es decir, que la solución del conflicto surge de la iniciativa de las propias partes y no de un tercero. Éstas tienen, en todo momento, la última decisión con respecto a la solución del conflicto.

En tercer lugar, tanto la transacción cuanto el acuerdo contenido en el acta de mediación pueden versar solamente sobre materia transigible.

Finalmente, tanto el contrato de transacción cuanto el acta de mediación que contiene el acuerdo tienen efecto de cosa juzgada. Así, el Art. 2362 del Código Civil dispone:

Art. 2362.- La transacción surte el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá pedirse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes.

3.2.2 Diferencias con el acuerdo contenido en el acta de mediación

A pesar de las múltiples semejanzas, el acuerdo contenido en el acta de mediación no equivale a un contrato de transacción, sino que se trata de un acuerdo distinto con características propias. Por esto es importante mencionar también las diferencias sustanciales para evitar cualquier confusión.

Se podría decir que la diferencia más clara entre estos dos tipos de actos es que la transacción surge de la negociación directa entre las partes, en donde no interviene un

¹¹⁰ Cfr. CARNELUTTI citado en M. A. FORNACIARI: *Modos...* op.cit. p. 8.

¹¹¹ Cfr. M. A. FORNACIARI: *Modos...* op.cit. p. 9.

¹¹² A. VODANOVIC citado en S. ANDRADE: *Derecho...* op.cit. p. 368.

tercero mientras que el acuerdo de mediación nace de un procedimiento de mediación con la intervención de un tercero denominado mediador.

La transacción – que acá denominaremos por su acepción más jurídica como contrato de transacción – es la alternativa para la solución de conflictos a través de la cual las mismas partes en conflicto, sin la intervención de nadie distinto a ellas mismas – salvo la participación de sus abogados, asesores de ellas en la negociación y en la formalización del acuerdo objeto del mismo – pueden, en el ámbito extrajudicial, precaver un litigio judicial o, si éste ya se hubiere entablado, terminarlo mientras no haya sido fallado por sentencia de primera instancia.¹¹³

Como se dijo, el acuerdo de mediación es alcanzado con la intervención del mediador, a quien le corresponde el actuar como agente de la realidad y controlar la legalidad del acuerdo con el propósito de que surta plenos efectos en la práctica. Más allá, el acta de mediación que contiene el acuerdo constituye la etapa final de todo un procedimiento expresamente reconocido por la Constitución y la ley.

Cabe destacar que la visión del conflicto que tiene el procedimiento de mediación (y por ende su acuerdo) va mucho más allá de aquel contenido en un contrato de transacción. El procedimiento de mediación, como se verá más adelante, trabaja con un concepto de conflicto mucho más amplio a aquel con el que trabaja el resto del Derecho. Por ello, el acuerdo de mediación no necesariamente debe estar relacionado a la existencia actual o futura de un litigio, sino con la existencia real de un conflicto.

Más adelante se verá que el acuerdo del que trata la ley de arbitraje y mediación es solemne, pues requiere estar contenido en un acta de mediación. La transacción, por otro lado, es consensual a menos que se refiera a inmuebles.¹¹⁴

Una diferencia adicional es que el acuerdo de mediación puede equivaler a una convención bilateral o unilateral, en la medida en que puede crear, modificar o extinguir o simplemente reconocer derechos y obligaciones; mientras que el contrato de transacción debe tener siempre la calidad de contrato bilateral “en cuanto ambas partes contraen obligaciones que se miden por los sacrificios y las concesiones recíprocas”.¹¹⁵ En este punto, cabe mencionar que como negocio jurídico, el acuerdo contenido en el acta de

¹¹³ R. VALDÉS SÁNCHEZ: *La Transacción: Solución alternativa de conflictos*, Legis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 29.

¹¹⁴ Cfr. J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 25.

¹¹⁵ J. BONIVENTO JIMÉNEZ: *Los Principales...* op.cit. p. 106.

mediación puede adoptar la forma de cualquier tipo de negocio,¹¹⁶ por otro lado la transacción es un contrato en sí mismo.¹¹⁷

El acuerdo contenido en el acta de mediación trabaja con una lógica muy distinta al del contrato de transacción. El contrato de transacción requiere de sacrificios recíprocos, lo que parece una aplicación de la teoría suma cero, en donde ambas partes deben perder algo para que el conflicto pueda resolverse. Por otro lado, el acuerdo de mediación opera bajo un esquema suma positiva en donde se considera que ambas partes pueden salir ganando de un conflicto y ver satisfechos sus intereses en una negociación sin que sientan que han hecho sacrificios; y para lograrlo los acuerdos de mediación intentan ser lo más creativos posibles. Así pues, va en contra del fin mismo de la mediación el decir que en el acuerdo arribado en mediación deben hacerse concesiones recíprocas. De esta forma, lo ha entendido la jurisprudencia colombiana para quienes “quizás la única diferencia perceptible resida en que el elemento sustancial de la transacción es la renuncia recíproca a pretensiones en aras del arreglo, la que no ocurre necesariamente en la modalidad que la ley denomina conciliación pues en esta es factible que una de las partes se pliegue íntegramente a las pretensiones de la otra”.¹¹⁸

Por último vale anotar las diferencias que existen entre la naturaleza jurídica de ambas instituciones. La transacción, al ser un contrato, es de naturaleza exclusiva negocial. El acta de mediación que contiene un acuerdo, por otro lado, se deriva de un procedimiento de administración de justicia, que tiene efectos de sentencia ejecutoriada (que le falta al contrato de transacción), y que por ello puede llegar a ser visto con mayor facilidad desde una perspectiva procesal.

3.2.3 Advertencia

Este trabajo no pretende, equiparar el contrato de transacción con el acuerdo contenido en el acta de mediación, sino más bien distinguirlo. Sin embargo, cabe advertir

¹¹⁶ Pero el acuerdo de mediación es un negocio en sí mismo independientemente de la forma que adopte. Gil Echeverry se pronuncia en este sentido: “la conciliación es un negocio jurídico muy distinto al medio escogido por las partes para llegar al acuerdo que se incorpore en ella y que generalmente consiste en un contrato, el cual, en todo caso, quedó subsumido por la conciliación” (16).

¹¹⁷ Cfr. J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 25.

¹¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA Sentencia de 12 de diciembre de 1991 citada en J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 27.

que más de una vez se aplicarán las normas del contrato de transacción al acuerdo contenido en el acta de mediación. Esta aplicación debe justificarse en función del limitado tratamiento que la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación da al acuerdo contenido en el acta de mediación, por lo que “A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos” conforme al numeral 7 del Art. 18 del Código Civil. Pero esta aplicación será restringida a las semejanzas que efectivamente tienen el acuerdo contenido en el acta de mediación y el contrato de transacción, y no podrá transgredir la naturaleza original que tiene el acta de mediación que contiene el acuerdo, ni los efectos especiales otorgados por la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación.

3.3 Efectos del acta de mediación como negocio jurídico

Al igual que en el capítulo anterior, a continuación se revisarán los efectos que tendría el acta de mediación y los requisitos que eventualmente se le podrían exigir, si ésta tuviera un carácter exclusivo de negocio jurídico.

3.3.1 Ejecución del acta de mediación es el de una sentencia ejecutoriada de última instancia

Por disposición expresa de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, la ejecución del acta de mediación debe ser por la vía de apremio conforme se detalló en el capítulo anterior. Sin embargo, se podría aceptar al menos una excepción adicional el momento de la ejecución dependiendo de la tesis que se asuma: la de contrato no cumplido.

Éste es el único efecto de sentencia que la tesis negocial reconocería sin debate al acta de mediación.

3.3.2 La posible aplicación de la condición resolutoria tácita

Si el acuerdo contenido en el acta de mediación crea obligaciones para ambas partes, se presenta una importante discusión sobre qué podría suceder en caso de incumplimiento. Como se vio en el capítulo anterior, si el acta de mediación tiene el carácter de sentencia no cabría la posibilidad de que se resuelva la misma por incumplimiento de una de las partes. Sin embargo, si el acta de mediación tiene una naturaleza negocial, entonces debe

pensarse en la posibilidad de que la parte afectada por el incumplimiento tenga a su favor la posibilidad de resolver el acuerdo.

Dentro de una visión estrictamente civil, se pueden encontrar dos tesis con respecto a este tema, la primera que impediría la resolución del acuerdo contenido en el acta de mediación por el efecto de cosa juzgada que tiene el acta de mediación, y la segunda que permitiría la resolución del acuerdo a pesar de dicho efecto.

Para entender ambas corrientes es importante mirar el tema desde la perspectiva del contrato de transacción, pues el debate planteado en torno a este contrato sería aplicable al acta de mediación que contiene el acuerdo. El Art. 2386 del Código Civil dispone que “[l]a transacción surte el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá pedirse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad con los artículos precedentes”.

Con relación al artículo citado, el Dr. Luís Parraguez menciona que la jurisprudencia ecuatoriana “ha negado sistemáticamente la resolución de las transacciones, argumentando que el efecto mencionado es propio de las sentencias y que éstas no pueden resolverse, siendo susceptible solamente de nulidad absoluta o relativa”.¹¹⁹

Sin embargo, la mayoría de la doctrina se pronuncia en contra de la apreciación de nuestra jurisprudencia. Así Bonivento considera que

Se ha querido sostener que este precepto, consagratorio del fenómeno similar de cosa juzgada, solamente permite la declaración de nulidad o rescisión de la transacción, dejándose a un lado la posibilidad de la resolución. Pensamos que el fenómeno resolutorio tiene plena acogida cuando alguno de los contratantes incumple el contrato, si se sigue, como es procedente, las reglas generales previstas en los artículos 1546 del Código Civil. Ni la identificación de cosa juzgada, ni la mención a la nulidad y rescisión puede significar que, si en un contrato alguna de las partes no atiende su deber negocial derivado de la transacción, no tenga otra vía para aniquilarla. La resolución, emerge de la característica bilateral de este contrato.¹²⁰

Con la doctrina coincide Luís Parraguez, para quién el hecho de que la transacción tenga efecto de cosa juzgada no altera la naturaleza contractual de la misma y por lo tanto cabe la aplicación de la condición resolutoria tácita. Es más, considera que la palabra rescisión utilizada por el Código Civil es muchas veces confundida con el término

¹¹⁹ L. PARRAGUÉZ: *Manual...* op.cit. p. 238.

¹²⁰ J. BONIVENTO JIMÉNEZ: *Los Principales...* op.cit. p. 111.

resolución.¹²¹ De igual manera Roberto Valdés Sánchez considera que en la transacción va envuelta la condición resolutoria tácita por tratarse siempre de un contrato bilateral.¹²²

Ahora bien, si el acuerdo que contiene el acta de mediación tiene una naturaleza negocial, se debe reconocer la estrecha vinculación entre las obligaciones recíprocas asumidas por las partes. Así pues, si se sigue la teoría de la causa “las obligaciones a cargo de una de las partes encuentran siempre su causa en las obligaciones correlativas a cargo de la otra parte”.¹²³ Inclusive, la corriente anticausalista reconoce la interdependencia de las obligaciones en los contratos sinalagmáticos y la explica a través del consentimiento de las partes del siguiente modo:

Desde el momento mismo en que dos personas celebran un contrato sinalagmático, quieren que éste produzca obligaciones para ambas partes y no solamente para una de ellas. Está pues, en su consentimiento mismo que el contrato se forme como sinalagmático y que genere efectos como tal. Si se trata, por ejemplo, de la compraventa de una casa, el vendedor, mediante un acto único e indivisible de su voluntad, consciente en contraer la obligación de transferir la propiedad de esa casa a cambio del precio estipulado, y es arbitrario suponer en él dos actos intelectuales distintos e independientes, a saber: uno encaminado a la enajenación de la casa (consentimiento) y otro encaminado a la consecución del precio (causa).¹²⁴

Y de este modo, si una de las partes no cumple sus obligaciones, la obligación de la otra parte queda huérfana de causa. Así pues, la parte que ha visto traicionada su confianza tiene la opción de exigir la resolución del contrato o su ejecución. Esto responde a un criterio de equidad y ética negocial y constituye una protección que otorga el Derecho a la parte afectada.

La Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 22 de noviembre de 1999 aplicó, sin restricciones, la condición resolutoria tácita al acta de conciliación. En aquel caso, las partes terminaron el litigio incluyendo como fórmula de avenimiento una promesa de compraventa, que constaba en el acta de conciliación. La parte afectada con el incumplimiento presentó una acción resolutoria del contrato de promesa de compraventa junto con la indemnización de perjuicios. En primera y en segunda instancia se negó la resolución por considerar que el efecto de cosa juzgada del acta impedía su resolución. Sin embargo, la Corte Suprema de dicho país resolvió el

¹²¹ Cfr. L. PARRAGUÉZ: *Manual...* op.cit. p. 238 – 239.

¹²² Cfr. R. VALDÉS SÁNCHEZ: *La Transacción...* op.cit. p. 65.

¹²³ G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA: *Teoría...* op.cit. p. 259.

¹²⁴ G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA: *Teoría...* op.cit. p. 267.

acuerdo como si se tratara solamente de una promesa de compraventa.¹²⁵ Para Gil Echeverry, dicha sala “de manera inexplicable, omitió toda consideración respecto a la sustancia y fondo del problema consistente en determinar si frente a un acuerdo conciliatorio era procedente la solicitud de resolución del contrato contenido en el acta”.¹²⁶

Pero si se acepta la posibilidad de solicitar la resolución del acuerdo, se debe aceptar también la excepción de contrato no cumplido que se basa en los mismos principios. Siguiendo la lógica contractual, cabría perfectamente plantear esta excepción. Es más, en virtud del Art. 47 de la Codificación de Ley de Arbitraje y Mediación las actas de mediación se ejecutarán “sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, **salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación**” (el énfasis es propio), y el incumplimiento se origina con posterioridad a la suscripción del acta. Así pues, si cabe la acción resolutoria debería caber también la excepción de contrato no cumplido, y no se identificaría en la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación un argumento que impida la interposición de esta excepción en un trámite de ejecución. Esta excepción sería fatal para una ejecución ágil y eficaz del acta de mediación, conforme busca el cuerpo legal citado.

3.3.3 El acta de mediación se regirá por las solemnidades aplicables al negocio que contenga para que surta efectos

En el capítulo anterior quedó pendiente la pregunta sobre las solemnidades a las que debe someterse el acta de mediación si el acuerdo se refiere a un bien inmueble como su transferencia o partición, y en este apartado deberá resolverse desde la perspectiva que otorga al acta de mediación un carácter negocial.

Para el Derecho Civil, la tradición, como modo de adquirir el dominio, requiere de un título válido. En el caso de bienes inmuebles el título traslativo deberá constar por escritura pública.¹²⁷ A pesar de que no existe una norma general que disponga que todos los títulos traslativos de dominio deben constar por escritura pública, esta tesis se

¹²⁵ Cfr. J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 162 – 163.

¹²⁶ J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 162.

¹²⁷ “En los contratos que determinan obligaciones de hacer tradición de bienes inmuebles como en la compraventa, la permuta o la donación se requiere del otorgamiento de escritura pública”. G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA: *Teoría...* op.cit. p. 230.

encuentra sustentada por todos los artículos del Código Civil que se refieren a títulos traslaticios sobre bienes inmuebles. Entre ellos, el Art. 1740 dispone:

Art. 1740.- La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes:

La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras **no se ha otorgado escritura pública**, o conste, en los casos de subasta, **del auto de adjudicación debidamente protocolizado** e inscrito (El énfasis es propio).

Y el Art. 1838 del Código Civil establece:

Art. 1838.- El cambio se reputa perfecto por el mero consentimiento; excepto que una de las cosas que se cambian o ambas sean bienes raíces o derechos de sucesión hereditaria, en cuyo caso, para la perfección del contrato, será necesaria escritura pública.

Es más, para el caso de la transacción se ha considerado que si ella transfiere la propiedad de bienes raíces, debe celebrarse con arreglo a todas las formalidades prescritas para la transferencia del dominio. “Si no fuere así, carecería de justificación el distingo que hace la ley con el propósito de impedir que, por medio de una transacción puedan violarse las garantías requeridas para el perfeccionamiento y eficacia de cada contrato, según su esencia y naturaleza. La circunstancia de que la transacción sea un contrato especial, con características propias, no significa que por cumplirse sus condiciones de existencia y validez puedan omitirse las formalidades inherentes a los demás contratos que, a través de diversas cláusulas, forman el contexto transaccional”.¹²⁸

¿Qué sucedería con un acta de mediación si el acuerdo genera la obligación de tradir un bien inmueble? O simplemente ¿si el acuerdo contenido en el acta es de aquellos que la ley califica de solemne y requiere de escritura pública para su perfeccionamiento? Para José Luís Cabezas “El Acta de Mediación no es un contrato, pero sí un documento de acuerdo que necesita del cumplimiento de formalidades como será en el caso que se estipule sobre derechos reales o en la misma sobre la **propiedad de inmuebles en los que se deben cumplir con los requisitos de escritura pública**”.¹²⁹ Y más adelante sostiene que “si para un contrato o acto contenido en un acta de mediación la ley requiere que se celebre mediante escritura pública, el Acta de Mediación aunque ya tenga una presunción de autenticidad, deberá obligatoriamente ser elevada a escritura pública e

¹²⁸ A. VODANOVIC citado en S. ANDRADE: *Derecho...* op.cit. p. 369.

¹²⁹ J. L. CABEZAS GUERRA: *Naturaleza...* op.cit. p. 38, el énfasis es propio.

incorporada en el Registro Público”. (64) Visión que otorga al acuerdo un efecto similar al de los contratos de transacción sobre inmuebles.

Sin embargo, cabe preguntarse si es posible ‘elevar el Acta de Mediación a escritura pública’. Conforme a los artículos 1716 del Código Civil y 164 del Código de Procedimiento Civil, la escritura pública es el instrumento público otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público. La ley notarial aclara que la escritura pública es el documento matriz que **contiene** los actos y contratos que se **otorgan ante notario, que son autorizados por éste** e incorporados al protocolo (Art. 26, Ley Notarial). De tal suerte que corresponde al notario verificar la capacidad de los otorgantes, la libertad con que proceden, el conocimiento con que se obligan y el pago de los impuestos fiscales y municipales al que el acto o contrato está sujeto para poder autorizar el otorgamiento o la celebración del negocio (Art. 27, Ley Notarial). El acta de mediación como tal no puede ‘elevarse a escritura pública’ porque ésta no es ‘otorgada’ ante notario ni ‘autorizada’ por éste, sino que debe “otorgarse” ante el mediador y será éste último quién verificará la capacidad de los otorgantes, su libertad y el conocimiento con qué se obligan.

Por otro lado, se debe dejar sentado que la protocolización del acta no equivale a convertirla en escritura pública.¹³⁰

Bajo esta visión nos encontramos ante la posibilidad de que el acuerdo contenido en el acta de mediación no surta ningún efecto jurídico. Y tenemos un ejemplo de esto en el juicio 272 – E.C – 1982 presentado ante el juzgado 10mo de lo civil de Pichincha. Después de declarada la disolución de una sociedad conyugal y fallecido uno de los cónyuges, se firmó un acta de mediación con fecha 6 de julio del 2003. Dicha acta contiene la liquidación de la sociedad conyugal e incluye la partición de un bien raíz. Una parte sustancial del acta establece que una de las partes se compromete a “ceder como en efecto lo hacen sus derechos como herederos de su padre XXX, sobre el bien indicado en

¹³⁰ Cfr. A. ALESSANDRI, M. SOMARRIVA, Y A. VODANOVIC: *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Tomo II, Editorial Jurídica Chile, Santiago de Chile, 1998, p. 451.

los antecedentes de la presente Acta, acrecentando en parte iguales los derechos de sus hermanos XXX”.

El acta de mediación en cuestión fue protocolizada el 25 de julio del 2003 y presentada ante el Registrador de la Propiedad para su inscripción. El Registrador negó dicha inscripción en base al actual Art. 819 del Código de Procedimiento Civil, según el cual:

Art. 819.- Los cónyuges, excónyuges, según el caso podrán convenir, mediante escritura pública, en la liquidación de la sociedad conyugal. Este convenio será aprobado por el juez, si estuviere ceñido a la ley, y se inscribirá en el registro de la propiedad correspondiente cuando la liquidación comprendiere inmuebles...

Así pues, se presentó el acta ante el juez para que se apruebe la liquidación y éste limitó gravemente los efectos del acta de mediación ya que en la parte resolutive de la sentencia dijo:

[S]e aprueba la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal existente entre los cónyuges XXX, a **excepción del acuerdo que tiene relación a la cesión de los derechos hereditarios que hacen unos herederos a favor de otros, por recaer sobre un bien inmueble que debe realizarse mediante escritura pública de conformidad con lo que establece la norma del Art. 1767¹³¹ del Código Civil vigente** (El énfasis es propio).

De este modo, el acuerdo al que se arribó después de un proceso de mediación y que se recogió en un acta con fuerza de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada quedó en el limbo. Todo porque el juez consideró que en esta parte el acuerdo requería de escritura pública, solemnidad que no fue cumplida ni puede ser cumplida en un acta de mediación, toda vez que las actas de mediación no se celebran ante notario ni se autorizan por él. Es más, ante esta lógica el juez desvinculó los diferentes compromisos asumidos por las partes.

Ésta solución no es la que más se ajusta al objetivo de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación. Pues esta ley busca un acuerdo que efectivamente ponga fin a un conflicto y que esté contenido en un acta con efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

Una segunda interpretación tendiente a dar efectos al acta de mediación pero que no se aparta de una teoría estrictamente negocial, puede ir en el sentido de que el acta de mediación que contenga un acuerdo de transferir la propiedad sobre un inmueble, incluya la obligación implícita de celebrar la escritura pública con dicho acuerdo. Así, esta escritura servirá de justo título y será inscrita en el Registro de la Propiedad. El efecto en

¹³¹ Se trata del actual Art. 1740 citado previamente.

este caso sería semejante al de la promesa, y las partes deberán concurrir ante notario para elevar a escritura pública el acuerdo al que han arribado en el acta de mediación.

Sin embargo, en nuestro sistema civil inclusive la promesa de celebrar un negocio solemne requiere ser solemne. Es más, no se observan negocios típicos que puedan generar la obligación de celebrar una escritura pública. Así también, el Art. 1718 del Código Civil establece que:

Art. 1718.- La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; **y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno.** Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del empleado o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado, si estuviere firmado por las partes. (El énfasis es propio).

Así que considerar al acuerdo contenido en el acta de mediación como un negocio capaz de generar la obligación de celebrar una escritura pública, a pesar de que esta obligación no conste expresamente, podrá siempre ser rebatida dentro de un proceso.

Más allá, el concurrir ante notario para acordar nuevamente sobre lo que ya se ha acordado implica una traba jurídica que no tiene un sentido social. El acta de mediación ha pretendido convertirse en un mecanismo ágil, eficaz y sencillo por el que las partes pueden resolver sus conflictos sin tener que realizar nuevos trámites legales que implican costos, tiempo y el riesgo implícito del incumplimiento de obligaciones que aún no serían exigibles.

Otros casos como la liquidación de sociedad conyugal o la partición de bienes donde están involucrados derechos de incapaces también presentan un interés particular. Si se tratan de acuerdos estrictamente negociales deberían, en principio, cumplir con las normas del Código de Procedimiento Civil para estos casos. Así por ejemplo, el Art. 819 del Código de Procedimiento Civil determina:

Art. 819.- Los cónyuges, excónyuges, según el caso podrán convenir, mediante escritura pública, en la liquidación de la sociedad conyugal. Este convenio será aprobado por el juez, si estuviere ceñido a la ley, y se inscribirá en el registro de la propiedad correspondiente cuando la liquidación comprendiere inmuebles. Previamente a la aprobación, el juez dispondrá que mediante aviso, que se publicará por una vez en la prensa en la forma prevista por el Art. 82, se haga conocer la liquidación de la sociedad conyugal para los efectos legales consiguientes. Transcurridos veinte días desde la publicación pronunciará sentencia.

En principio no se presentan inconvenientes conceptuales con el tema de la escritura pública, pues se permite que la liquidación de la sociedad conyugal se encuentre en un acta de mediación, como vimos en el caso anterior. Esto tiene lógica en la medida en que

muchas veces se requiere la intervención de un tercero, como un mediador, que ayude a las partes a encontrar un acuerdo satisfactorio. Y el fin de este procedimiento, si se alcanza un acuerdo, será mediante acta de mediación. Sin embargo, sí se han presentado problemas con respecto a si se requiere o no de aprobación judicial, como quedó evidenciado en el ejemplo citado.

Si el acuerdo contenido en el acta equivaldría a aquel celebrado ante notario, sería necesario obtener también de éste la aprobación judicial. Pero el acuerdo del acta de mediación es distinto, los cónyuges o ex – cónyuges han atravesado un verdadero procedimiento tendiente a encontrar una solución satisfactoria que más se ajuste a la justicia de su caso en concreto. El mediador ha debido verificar ya el conocimiento y capacidad con que las partes llegan al acuerdo. Más allá, la ley no exige de modo expreso aprobación judicial de la liquidación contenida en un acta de mediación, sino en una escritura pública (y por tanto derivadas de negociación directa). Requerir de una aprobación judicial resulta inútil y constituiría una pérdida de tiempo y un riesgo implícito que no trae consigo ninguna utilidad práctica. Sin embargo, es importante dejar a salvo los derechos de terceros, por lo que el acuerdo debería ser publicado en la prensa conforme las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, en cuanto a la partición de bienes donde actúan incapaces, el Art. 657 del Código de Procedimiento Civil dispone:

Art. 657.- Si alguno de los partícipes no tiene la libre administración de bienes, la partición necesariamente será judicial, para su validez.

Este caso tal vez debe suscitar menor debate dado que el artículo citado deja claro que un acuerdo entre las partes en materia de partición de bienes donde intervienen incapaces requiere ser judicial so pena de nulidad. Así la intervención de un juez, en este caso, es un requisito de validez de la partición a la que se arribe. Por tanto esto llega a convertirse en materia intransigible, y no puede ser objeto de un acta de mediación con plenos efectos. Sí podrá, sin embargo, alcanzarse un acuerdo dentro de un procedimiento de mediación que deberá ser presentado ante el juez para su aplicación jurídica.

3.3.4 **Cualquier vicio en el acta de mediación corresponderá a los vicios del negocio jurídico**

Al otorgar al acta de mediación una naturaleza negocial, los vicios que pueden afectarla serán aquellos previstos para los negocios jurídicos.

Así pues, conforme al Art. 1461 del Código Civil, para que el acuerdo contenido en el acta de mediación sea válido es necesario 1) que los contratantes sean legalmente capaces, 2) que su consentimiento no esté afectado por vicios, 3) que el acuerdo tenga un objeto lícito y 4) que exista una causa lícita.

Las personas son generalmente capaces de obligarse a sí mismas (Art. 1461, Código Civil), y por excepción la ley establece casos de incapacidad como una protección a las personas que carecen del discernimiento necesario para obligarse. Así pues, son incapaces absolutos los impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Si ellos celebrasen un acta de mediación, ésta sería absolutamente nula y no dará lugar ni aún a obligaciones naturales (Art. 1462, Código Civil). Por otro lado, son incapaces relativos los menores adultos, las personas declaradas en interdicción y las personas jurídicas. El acta de mediación celebrada por incapaces relativos dará lugar a la nulidad relativa de la misma. Los incapaces requerirán de la actuación de su representante legal.

Las partes que celebran el acuerdo contenido en el acta de mediación deben prestar su consentimiento libre de vicios. Así pues, la existencia de error será un vicio del consentimiento que dará lugar a la nulidad relativa, si éste recayere sobre la sustancia o calidad esencial del objeto, sobre una calidad accidental elevada a sustancial por las partes, e inclusive si se trata de error sobre la persona. Esto último en la medida en que el acuerdo del que tratamos, al igual que la transacción, se entiende hecha en relación a la persona (*intuitu personae*). El error sobre el tipo de negocio que se celebra (es decir, si una de las partes no entiende celebrar un acuerdo de mediación que al ser recogido por el acta causará efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada) será causal de inexistencia, al igual que si existiere error sobre la identidad de la cosa. El error sobre una calidad accidental de la cosa no viciará el consentimiento (Arts. 1469, 1470, 1471 y 2358, Código

Civil). El error de derecho no viciaría el consentimiento. Al igual que el caso de la transacción, si este error recae sobre la nulidad del título en consideración al cual se celebra el acuerdo, el acuerdo será también nulo. Finalmente, el error de cálculo, al igual que en el caso de la transacción, dará solamente derecho a que se rectifique el cálculo (Art. 2360, Código Civil).

Por otro lado, el dolo podrá ser causal de nulidad relativa siempre que sea determinante y obra de una de las partes (Art. 1474, Código Civil). Así, al igual que la transacción, será nulo el acuerdo celebrado en base a títulos falsos o por dolo (Art. 2355, Código Civil).

Finalmente, la fuerza podrá ser causal de nulidad relativa siempre que sea grave (capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio), injusta y determinante (1471 y 1472, Código Civil).

Igual que en cualquier negocio, el acuerdo contenido en el acta de mediación deberá contener un objeto real, posible y lícito en los términos de los artículos 1476 al 1482 del Código Civil. La falta de objeto dará lugar a la inexistencia del acuerdo y la ilicitud a su nulidad absoluta. Además y más importante, debe versar sobre materia transigible conforme las disposiciones relativas al contrato de transacción, las mismas que se tratarán con mayor detenimiento en el capítulo cuarto.

El acuerdo deberá tener una causa real y lícita conforme el Art. 1483 del Código Civil. Se considera también que debe existir un conflicto, al igual que en el caso de la transacción.

3.3.5 Efectos frente a terceros

Al igual que las sentencias judiciales, los negocios jurídicos surten efectos relativos hacia las partes, así pues las partes en el acta no podrán obligar a terceros. Al igual que la transacción, el acta de mediación surtirá efectos solamente entre los contratantes (Art. 2363, Código Civil).

Sin embargo, igual que en el caso de las sentencias, el acuerdo arribado por las partes puede causar perjuicios a terceros en función de las relaciones que ellos tengan con una de las partes.

En principio, los terceros están obligados a respetar los actos ajenos¹³² lo que se traduce en el principio de oponibilidad. Sin embargo, “tal principio no es absoluto, pues puede ocurrir que un acto, sin imponer derechos u obligaciones a los terceros, sí pueda lesionar indebidamente otros derechos legítimos de éstos, caso en el cual deben ser protegidos, permitiéndoles desconocer y hasta impugnar el mencionado acto”,¹³³ lo que significa que los actos jurídicos son inoponibles a terceros.

3.4 Críticas y conclusiones

Este capítulo ha analizado el acta de mediación desde una perspectiva negocial, pretendiendo aplicar ampliamente las normas del Derecho Civil.

Como se mencionó, la teoría negocial cataloga al acuerdo contenido en el acta de mediación como negocio jurídico, al que se le aplicarían sin restricciones los principios del Derecho Civil. Los efectos de cosa juzgada y sentencia ejecutoriada que la ley atribuye al acta de mediación serían análogos al contrato de transacción y limitados a la ejecución del acta por la vía de apremio. Está claro que el acuerdo contenido en el acta de mediación se adapta fácilmente al concepto de negocio jurídico, pero el procedimiento de mediación ha sido concebido como un mecanismo alternativo a la función judicial para la resolución de conflictos y que, como tal, la ley pretende dotar al acta de una fuerza especial acercándola a la sentencia judicial. La ley tampoco limita los efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada del acta de mediación.

Posteriormente, se revisó el contrato de transacción, que en muchos aspectos se acerca al acuerdo contenido en el acta de mediación, sobre todo por su finalidad de poner fin a un conflicto y su efecto de cosa juzgada. Sin embargo, quedó claro que el acuerdo contenido en un acta de mediación no equivale a un contrato de transacción y que, por el contrario, tienen diferencias sustanciales. Por ello, no es posible aplicar las normas que rigen al contrato de transacción sin detenerse primero a revisar si éstas no se contraponen a la naturaleza y efectos del acta de mediación. De todas maneras, la mayoría de los

¹³² Cfr. G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA: *Teoría...* op.cit. p. 396

¹³³ G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA: *Teoría...* op.cit. p. 397.

artículos aplicables a la transacción pueden ser aplicados en el caso de las actas de mediación.

Finalmente, se revisaron los posibles efectos que puede tener el acta de mediación desde una visión estrictamente negocial. En primer lugar se dijo que la ejecución del acta será igual al de la sentencia dada la disposición expresa de la ley. En segundo lugar, se exploró la posibilidad de aplicar la condición resolutoria tácita y la excepción de contrato no cumplido en el caso de actas de mediación y se dijo que, desde la perspectiva civil, existen dos corrientes. Una que tiende a evitar la resolución del acuerdo por su efecto de cosa juzgada, la misma que ha sido aplicada por nuestra jurisprudencia en el caso de la transacción. La otra corriente que se atiene a los principios más puros del derecho civil y que pretenden aplicarla sin excepciones, de la cual participa la mayoría de la doctrina en el caso de la transacción, habiéndose visto un caso, en Colombia, con relación al acta de conciliación. En tercer lugar, se examinaron las solemnidades adicionales que los acuerdos de mediación requerirían para surtir efectos en la práctica desde la tradición civil formalista en la que se encuentra nuestro sistema jurídico. Más adelante, se enumeraron los posibles vicios aplicables al acta de mediación, entre los que se cuentan básicamente los del negocio jurídico. Y finalmente, se mencionó la imposibilidad de que a través de un acta de mediación se perjudiquen derechos legítimos de terceros.

Solamente resta decir que los efectos que surten de darle al acta de mediación una naturaleza de negocio jurídico resultan atentatorios contra la eficacia y agilidad que la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación parece querer dar al acta de mediación (esto es especialmente cierto en el caso de la condición resolutoria tácita y las solemnidades legales). Esto nos lleva a cuestionarnos si el acta de mediación en verdad tiene una naturaleza contractual o si mas bien puede tener una naturaleza compartida o distinta. Esperamos responder este interrogante en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO IV

EL ACTA DE MEDIACIÓN COMO UNA INSTITUCIÓN ORIGINAL O AUTÓNOMA

4.1 Teoría mixta de la mediación

Antes de pasar a revisar la definición propuesta para el acta de mediación, se hará mención de la teoría mixta de la mediación que es la que más se acerca a la visión expuesta en esta tesis. Para esta doctrina colombiana, “la conciliación constituye un verdadero proceso cuya finalidad primordial es la de componer el litigio o diferencia, mediante un acuerdo de voluntades de carácter sustantivo y negocial. De esta forma, la teoría procedimental y la negocial, constituyen elementos que conviven de manera indisoluble”.¹³⁴ Para el autor colombiano citado, el acuerdo no puede ser concebido sin el trámite que le precede o sin el control de la legalidad que el conciliador debe hacer de él.¹³⁵ Tanto el trámite, cuanto la intervención del tercero en el acuerdo, limitan, de cierta forma, el carácter contractual del acuerdo y contribuyen a dotarle de una fuerza especial.

4.2 Definición del acta de mediación

El acta de mediación, como ha sido establecida por la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, contiene una naturaleza original. La mediación es un verdadero

¹³⁴ J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 17.

¹³⁵ Cfr. J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 17.

procedimiento que devuelve a los particulares la posibilidad de autoimpartirse justicia, y la forma en que lo hacen es a través de un acta de mediación que suple la sentencia dictada por un juez en un procedimiento de administración de justicia formal. Pero el acta de mediación también contiene un verdadero negocio jurídico, que se distingue de otros negocios típicos y que, a su vez, puede adoptar la forma de cualquiera de ellos. Así pues, tanto la visión que equipara el acta de mediación a una sentencia como la visión que la convierte en el documento contentivo de un negocio jurídico, tienen algo de verdad. En esta tesis se definirá el acta de mediación como un **documento auténtico que, al surgir de un mecanismo alternativo de administración de justicia, tiene efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y que contiene un negocio jurídico nominado por la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación.**

4.2.1 Documento auténtico

El acta de mediación es antes que todo un “Acta”. De acuerdo a Luis Parraguez, la palabra ‘acta’ en nuestro sistema se utiliza para designar un documento o un instrumento, que para Planiol y Ripert tiene generalmente un fin probatorio.¹³⁶

El inciso tercero del Art. 47 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación determina que: “Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas”. De acuerdo al Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas, ‘documento auténtico’ es el “[e]scrito, papel o instrumento autorizado en forma tal que de fe y haya de ser creído, por extendido ante fedatario público o por estar legalizado por autoridad competente”.¹³⁷ Del mismo modo, el diccionario electrónico Lexjuridica considera al documento auténtico a “aquel que se tiene por cierto y ha de ser creído. El que está autorizado o legalizado”.¹³⁸

Sin embargo, la legislación ecuatoriana no se refiere de forma independiente del documento auténtico, sino que hace referencia al instrumento auténtico (que para Guillermo Cabanellas sería sinónimo de documento auténtico) junto con el instrumento

¹³⁶ Cfr. L. PARRAGUÉZ: *Tercer Borrador del Manual de Negocio Jurídico*, Inédito, p. 9.

¹³⁷ G. CABANELLAS DE TORRES: *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, p. 134.

¹³⁸ LEX JURÍDICA: “Diccionario Jurídico” disponible en: <http://www.lexjuridica.com/diccionario/e.htm> {2 de noviembre de 2006}.

público. Y así, el Art. 1716 del Código Civil establece que el “Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado”.

A pesar de que el Art. 1716 del Código Civil parece tratar como sinónimos al instrumento público y al instrumento auténtico, no se puede decir que el acta de mediación se constituya en un instrumento público. Instrumento público sería aquel otorgado por un funcionario público, y el mediador por lo general no lo es. De hecho, la mayoría de los Centros de Mediación son administrados por el sector privado, y los mediadores son particulares autorizados por dichos centros.

Sin embargo, sí se puede afirmar que la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación da a los mediadores debidamente autorizados la calidad de fedatarios públicos, de tal suerte que por su sola firma se considera que el documento (acta de mediación) y las firmas son auténticos.

De todas maneras, las reglas por las que ha de regirse este documento auténtico son las mismas que las del instrumento público, pues no existen en nuestra legislación normas particulares con respecto al documento auténtico y el artículo antes citado parece querer darles un solo tratamiento. Así pues el Art. 1717 del Código Civil establece:

Art. 1717.- El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes.

Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos por título universal o singular
(El énfasis es propio).

En este punto cabe hacerse la pregunta de si la presunción de que las firmas contenidas en el acta de mediación y el documento son auténticos, constituiría una presunción de derecho (que no admite prueba en contrario) o de hecho (que sí la admite). En principio, podría decirse que es una presunción de hecho que admitiría prueba en contrario, conforme con las normas de los artículos 180 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que permiten, demandar y probar la falsedad de un instrumento público.

Ahora bien, ya dentro del trámite de ejecución del acta de mediación, no se aplica la disposición del Art. 182 que permite alegar la falsedad del instrumento como incidente o excepción dentro de un juicio. Esto es así porque en este trámite, conforme el Art. 47 párrafo 4 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación (norma especial), no se le

permite al juez aceptar excepción alguna (salvo las que se originen con posterioridad). Esta disposición busca una ejecución rápida y que sobre todo evite la alegación de excepciones que tiendan a dilatar el proceso y que, generalmente, se las alega de cajón. Así pues, si el acta se lleva a ejecución no existe un momento procesal para alegar la falsedad de la misma y deberá hacerse por juicio aparte.

4.2.2 La mediación como un mecanismo alternativo de administración de justicia

Algunos autores han sugerido la posibilidad de ampliar el concepto de ‘administración de justicia’. Bajo esta nueva concepción se devuelve a las partes el poder sobre sus propios conflictos, que en la concepción del Estado Moderno ha sido un verdadero monopolio del Estado. La nueva administración de justicia pretende alcanzar una verdadera resolución de conflictos vistos desde una óptica más realista y menos jurídica y busca alcanzar una justicia sustantiva que va más allá de la mera aplicación de la ley. Bajo esta nueva visión, que a continuación se detalla cabe fácilmente la mediación como mecanismo alternativo de administración de justicia.

Sin embargo, cabe reiterar lo dicho previamente. Este nuevo concepto de ‘administración de justicia’ se aleja del concepto legal de jurisdicción. Así pues, nada de lo que a continuación se dice pretendería implicar que los mediadores tengan potestades jurisdiccionales. A pesar de que autores como José Luís Cabezas sí consideran que la mediación es una forma de jurisdicción convencional,¹³⁹ la mediación no ha sido prevista como tal aún por la ley.

A continuación se detalla la nueva visión de la administración de justicia:

4.2.2.1 Concepción tradicional de la administración de justicia

La concepción del Estado Moderno otorga a éste el monopolio de la administración de justicia. La potestad jurisdiccional tiene la función de controlar los conflictos surgidos en la sociedad a través de la aplicación de las normas legales, de tal suerte que evitaría el uso

¹³⁹ Cfr. J. L. CABEZAS GUERRA: *Naturaleza...* op.cit. p. 29.

de la fuerza¹⁴⁰ por los particulares. Para Vescovi, el Estado prohíbe la justicia por parte de los particulares, y “reconoce” que la autocomposición es un escenario excepcional para la resolución de conflictos.¹⁴¹ Tras esta restricción, compete únicamente al Estado la solución de los conflictos. Para Ardila, la gestión de los conflictos por parte de la función jurisdiccional es vista como un ejercicio de soberanía, correspondiendo al Estado el monopolio de la administración de justicia, y arrebatando de la comunidad la calidad de espacio natural para la discusión de los conflictos.¹⁴² “Una sentencia, la palabra del juez, se define como la voz del poder detentador del monopolio de la violencia”.¹⁴³

Al ser al Estado quien crea el Derecho, le corresponde también el tutelarlos. De este modo, el juez tiene una doble función: la función inmediata de control del conflicto para evitar el caos social y, la función mediata de tutela del ordenamiento jurídico emanado por el poder legislativo a través de la aplicación del derecho en el conflicto traído a su conocimiento. “A la función de dictar las normas se agrega esta otra que tiene por objeto la conservación del orden jurídico cuando es desconocido y el particular reclama protección, que es la función jurisdiccional”.¹⁴⁴ Así pues, el juez está en la obligación de aplicar las normas pertinentes a la situación en controversia eliminando la posibilidad de acudir a otros criterios que puedan resultar más justos en el caso concreto.¹⁴⁵

El modelo de administración de justicia del que venimos hablando tiene dos características centrales que deben considerarse aquí: de un lado, el monopolio de la administración de justicia por parte del Estado y, de otro, su definición como una función subalterna a la de la legislación.¹⁴⁶

¹⁴⁰ De acuerdo a Enrique Vescovi, la fuerza es el método más antiguo y hasta ‘natural’ para ‘solucionar’ conflictos, empleado por el hombre E. VESCOVI: *Teoría General del Proceso*, Segunda edición, Temis, Bogotá, 1999, p. 1.

¹⁴¹ Cfr. E. VESCOVI: *Teoría General del Proceso*, Segunda edición, Temis, Bogotá, 1999, p. 5.

¹⁴² Cfr. E. ARDILA: “Hacia un nuevo contexto en la administración de justicia”, en la obra colectiva dirigida por E. ARDILA, *¿A dónde va la Justicia en Equidad en Colombia?*, Corporación Región, Medellín, 2006, p. 26 – 27, 52.

¹⁴³ E. ARDILA: “Hacia...” op.cit. p. 28.

¹⁴⁴ E. VESCOVI: *Teoría...* op.cit. p. 5.

¹⁴⁵ Cfr. E. ARDILA: “Hacia...” op.cit. p. 28.

¹⁴⁶ E. ARDILA: “Hacia...” op.cit. p. 52.

4.2.2.2 Hacia una nueva visión de la administración de justicia

Sin embargo, empieza a perfilarse un cambio de paradigma en cuanto a la administración de justicia. Para comprender esta posibilidad es necesario reconocer que el sistema que conocemos no ha existido siempre, ni es universal.

The medieval perspective is well expressed by the quotation from the Laws of Henry I already set out at the beginning of this chapter: ‘Agreement prevails over law and love over judgment.’ Medieval disputants had a choice and were well aware of it. They could take a dispute to law and judgment or they could use alternative solutions ‘to proceed by love, if the parties wish to have perfect freedom of friends to come and go’.¹⁴⁷

Ardila señala que en la edad media los conflictos se resolvían, principalmente, de dos formas: la primera, a través de torneos que medían la fuerza de los contrincantes, ganando el conflicto el más fuerte; la segunda, a través de asambleas en las cuales por sobre todo se buscaban los consensos. Durante el siglo XIX va levantándose el Estado, y éste asume la responsabilidad de resolver los conflictos que antes se resolvían en la comunidad, se fortalecen las cortes y se centra el protagonismo en jueces y abogados. El proceso judicial tiene mucho más parecido con los torneos que maximizaban el enfrentamiento, que con las asambleas que buscaban la conciliación.¹⁴⁸

En este contexto, Ardila manifiesta que el sistema de administración de justicia nació en Europa y se fue expandiendo a medida que la cultura occidental lo fue haciendo, de tal suerte que a mediados del siglo XX ya funcionaba en casi todo el globo.¹⁴⁹ Esta idea de que el conflicto, la decisión y el problema eran del juez y no de las partes logró que se desvanezca la autonomía de las partes, su protagonismo, su capacidad, su habilidad y su responsabilidad en el manejo de sus diferencias. “Las partes ceden así un espacio vital para mantener el control del caso”.¹⁵⁰

De todas maneras, el sistema no se ha instaurado por completo, y durante las últimas décadas ha enfrentado problemas que no han encontrado solución. “Esta expansión, aunque haya extendido geográficamente su vigencia política y cultural, no se ha convertido

¹⁴⁷ S. STEWART, SUSAN: *Conflict...* op.cit. p. 15.

¹⁴⁸ Cfr. E. ARDILA: “Hacia...” op.cit. p. 24 – 26.

¹⁴⁹ Cfr. E. ARDILA: “Hacia...” op.cit. p. 40.

¹⁵⁰ R. CAIVANO, M. GOBBI Y R. PADILLA: *Negociación...* op.cit. p. 41.

en universal. Sigue siendo, la propia de un contexto particular: el de las sociedades occidentales”.¹⁵¹

En la actualidad, empieza a expandirse el concepto de administración de justicia, negando los dos principios básicos mencionados previamente, pues ni el Estado ostenta ya el monopolio en la administración de justicia; ni administrar justicia implica la aplicación automática de las leyes a los casos concretos.

Se podría decir que el concepto de soberanía central para comprender el monopolio del Estado en la administración de justicia, se encuentra afectado.¹⁵² En este sentido, se advierte una creciente aparición de instituciones que van desgastando la concepción del Estado soberano administrador de justicia. Aparecen nuevas cortes internacionales con jurisdicción sobre los Estados, al mismo tiempo que a nivel local surgen nuevos actores que comparten con el Estado la potestad de resolver conflictos y administrar justicia (como ejemplo en Ecuador se podría citar a la justicia indígena reconocida ya por la Constitución de 1998, o el arbitraje). A este fenómeno Ardila llama la globalización y la localización de la administración de justicia.¹⁵³ “Entonces, resulta evidente que los fenómenos sociales de regulación y manejo de conflictos difícilmente podrán ser comprendidos **si no trascendemos la idea del monopolio** del Estado en la producción del derecho y la **administración de justicia**”.¹⁵⁴

La localización de la administración de justicia surge a raíz de los significativos problemas que enfrenta la justicia formal. Éstos han provocado insatisfacción y descreimiento en la ciudadanía y han movido a los usuarios a buscar nuevas formas para solucionar los problemas que la administración de justicia formal ya no está en la capacidad de enfrentar.¹⁵⁵ El Estado, a su vez, reconoce sus límites en el manejo del conflicto social de tal suerte que replantea su declarado monopolio y permite la intervención de otros actores en el manejo de la conflictividad.¹⁵⁶ La aparición de nuevos

¹⁵¹ E. ARDILA: “Hacia...” op.cit. p. 40 – 41.

¹⁵² Cfr. E. ARDILA: “Hacia...” op.cit. p. 72.

¹⁵³ Cfr. E. ARDILA: “Hacia...” op.cit. p. 58.

¹⁵⁴ E. ARDILA: “Hacia...” op.cit. p. 50, el énfasis es propio.

¹⁵⁵ Cfr. J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 15.

¹⁵⁶ Cfr. E. ARDILA: “Hacia...” op.cit. p. 60, 66.

actores, contribuye también a la eficacia de la administración de justicia formal; pues ésta podrá concentrarse en aquellos conflictos que no pueden ser resueltos en otras instancias.

El Estado (...) otorga reconocimiento jurídico a la actuación de mecanismos de justicia no estatales dentro de su territorio, en dinámicas que se conocen como de informatización, descentralización y alternatividad judicial. El aparato judicial se concentra en el manejo de **cierto tipo de conflictos, en los cuales despliega con la mayor eficacia el potencial de su discurso jurídico, su poderosa capacidad operativa y su fuerza coercitiva.**¹⁵⁷

Al mismo tiempo, el concepto de seguridad jurídica, básico para considerar a la administración de justicia como la aplicación de la ley, empieza a perder terreno frente a la búsqueda real de la justicia. La aplicación automática de las normas jurídicas al caso concreto debiera significar alcanzar la justicia, como valor que informa todo el Derecho. Sin embargo, como infiere Ardila, la administración de ‘justicia’ no necesariamente ha buscado realizar justicia, sino que su verdadero objetivo es “regular una situación de conflicto para garantizar la convivencia dentro del orden social”.¹⁵⁸ Esta regulación la alcanza a través de la aplicación del Derecho. En cambio, los nuevos mecanismos de resolución de conflictos, y específicamente la mediación, prometen no solamente manejar la conflictividad y garantizar el orden social; sino también, alcanzar de manera más efectiva una justicia sustantiva dejando de lado la aplicación directa de las normas jurídicas a los conflictos presentados.¹⁵⁹

Ante un concepto de administración de justicia más amplio, como el que parece irse perfilando, se podría calificar a la mediación como un mecanismo alternativo (a la función judicial) de administración de justicia. En este contexto, la Constitución de Colombia faculta a los particulares a administrar justicia de modo transitorio y en calidad de conciliadores. La Corte Constitucional de Colombia se refiere a los MASC como

¹⁵⁷ E. ARDILA: “Hacia...” op.cit. p. 61, el énfasis es propio.

¹⁵⁸ E. ARDILA: “Justicia comunitaria y justicia en equidad. Los conceptos y su sentido en Colombia”, en la obra colectiva dirigida por E. ARDILA, *¿A dónde va la Justicia en Equidad en Colombia?*, Corporación Región, Medellín, 2006, p. 78.

¹⁵⁹ Es importante aclarar que la no aplicación de la ley al caso concreto significa solamente concebir la posibilidad de que existe más de una solución (la que trae la ley) a un conflicto dado. Pero de ningún modo se quiere pretender que estos procesos deban desconocer el derecho, pues es indispensable reconocer y dar vigencia a ciertas normas de derecho que no pueden ser alteradas. Entre éstas podemos mencionar aquellas normas de Derecho Público y derechos fundamentales.

mecanismos de administración de justicia y a la conciliación como justicia consensual o informal, la misma que complementa la justicia estatal formal.¹⁶⁰

Como un mecanismo de administración de justicia alternativo, la mediación tiene la función de controlar la conflictividad. Sin embargo, la concepción de conflicto con la que trabaja es mucho más amplia. Al mismo tiempo, la mediación tendrá la función de buscar la realización de la justicia, perfilando un concepto de justicia mucho más amplio y tal vez más comprensible que el de justicia distributiva que suele ser manejado en las cortes.

4.2.2.3 El tratamiento del conflicto

Se ha dicho ya que es función de la administración de justicia, tanto formal como alternativa, controlar la conflictividad. A continuación se revisará la visión del conflicto bajo la perspectiva de la administración de justicia formal, para luego contraponerla con la amplitud con que la mediación concibe al conflicto.

Conflicto en sentido restringido

Desde el punto de vista clásico, el conflicto se define como “una contraposición intersubjetiva de derechos y obligaciones, como un fenómeno que se produce cuando respecto de un mismo bien coexisten dos pretensiones encontradas o bien una pretensión por un lado y una resistencia por el otro”.¹⁶¹

Bajo esta concepción el conflicto se asume como una anomalía. El Derecho prevé la coexistencia de dos intereses contrapuestos y a través de la norma jurídica, toma partido por uno de ellos. Se considera que el comportamiento normal iría acorde con estas normas jurídicas. Sin embargo, el momento en que coexisten dos pretensiones confrontadas, o una pretensión y una resistencia se estaría ante una conducta que probablemente vulnera la norma jurídica y que por lo tanto es de excepción.¹⁶² “Los

¹⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Sentencia C-893 de 2001, p. 20 – 21, 25. El voto salvado de dicha sentencia rechaza la denominación de justicia “informal” o justicia “consensual” por considerar que “[a]demás de estar previstos en la Constitución (art. 116), existe un procedimiento mínimo, se capacita a los conciliadores en técnicas apropiadas, se levanta un acta, y el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo” (50) lo que da un carácter mucho más formal a la conciliación.

¹⁶¹ R. CAIVANO, M. GOBBI Y R. PADILLA: *Negociación...* op.cit. p. 117.

¹⁶² Cfr. E. ARDILA: “Hacia...” op.cit. p. 28.

conflictos, pues, de ordinario no se producen”.¹⁶³ De este modo, corresponderá a la administración de justicia formal, el perseguir estos comportamientos irregulares para colocarlos acorde con la norma jurídica.

Ya en del proceso, el conflicto debe adecuarse al Derecho Procesal que constituye “un complejo entramado conceptual que se basa en un modelo de debate adversarial”.¹⁶⁴ Este Derecho es muchas veces difícil de entender para quienes no tienen formación jurídica, pues opera con una lógica muy distinta que la de la gente común.

Dentro del litigio los intereses de las partes (el conjunto de expectativas) se estandarizan en base a reglas. Más allá, las partes en conflicto pierden su protagonismo e interponen entre ellos a abogados para que los representen; éstos manejan información distinta y, algunas veces, tienen objetivos diferentes al de las partes en conflicto.¹⁶⁵

En la administración de justicia formal el conflicto se considera resuelto el momento en que el juez decide quién tiene el derecho de su lado y por tanto la razón en el conflicto.¹⁶⁶ De acuerdo a Meter Lovenheim, el objetivo del juicio es la búsqueda de la verdad lo que no es lo mismo que la solución del problema.¹⁶⁷ Queda claro que el dar la razón a una de las partes, muchas veces no resolverá el conflicto.

Bourdieu plantea que el escenario judicial es en realidad un terreno de batalla entre sujetos dotados de “competencias técnicas y sociales desiguales”; que disponen y movilizan recursos jurídicos de manera desigual; que exploran y se valen desigualmente de reglas “posibles”. Al interior del debate procesal hay una correlación de fuerzas en la cual la desigualdad que allí se da en buena medida reproduce la que se da en la sociedad. Y la decisión reflejará esa correlación de fuerzas. Sin embargo gracias a su forma neutral, el proceso desactiva el conflicto que está realmente en juego: se convierte en una confrontación entre normas e intermediarios. Los conflictos parecieran perder su complejidad, se convierten en intercambio aparentemente equitativo de argumentos racionales dentro de unas reglas entre sujetos iguales y se gestionan por funcionarios que se ocupan de dar trámite a la parte “pública” de los conflictos sociales hacia soluciones que se pretenden imparciales, porque aplican normas aparentemente desligadas del conflicto inmediato. Y que tienen una pretensión metodológica que cambia la lógica política de los intereses antagónicos por la lógica pretendidamente “científica” de lo verdadero y lo falso, con la enorme ventaja de que las decisiones se toman contando con la aquiescencia de la parte perdedora, que muchas veces ha sido la primera en reconocerle eficacia a tales decisiones al someterse a sus procedimientos.¹⁶⁸

¹⁶³ E. VÉSCOVI: *Teoría...* op.cit. p. 1.

¹⁶⁴ C. PEÑA GONZÁLES: “Notas sobre la Justificación del Uso de Sistemas Alternativos”, en la obra colectiva dirigida por el CENTRO DE MEDIACIÓN DE LA CORPORACIÓN LATINOAMERICANA PARA EL DESARROLLO, *Resolución Alternativa de Conflictos*, CLD, Quito, 1997, p. 22.

¹⁶⁵ Cfr. C. PEÑA GONZÁLES: “Notas...” p. 37.

¹⁶⁶ Cfr. C. PEÑA GONZÁLES: “Notas...” p. 24.

¹⁶⁷ Cfr. LOVENHEIM citado en E. SPARVIERI: *Principios...* op.cit. p. 16.

¹⁶⁸ E. ARDILA: “Hacia...” op.cit. p. 36.

En realidad, el conflicto es algo mucho más amplio que la mera coexistencia de pretensiones que pueden ser ‘resueltas’ a través de la aplicación de la ley y mucho menos excepcional de lo que presupone el Derecho. “Si el litigio es igual a conflicto, el aparato judicial es eficiente para resolver el conflicto. Pero si el conflicto es sensiblemente mayor que el litigio, el aparato judicial no lo puede resolver”.¹⁶⁹

Conflicto en sentido amplio

El conflicto no es lo que los abogados o quienes participan de la dogmática jurídica suelen creer.¹⁷⁰ De hecho, el concepto de conflicto es visiblemente más amplio que aquel mencionado previamente, lo que da la posibilidad de que éste pueda ser resuelto de muchas más formas que a través de la aplicación de la ley. Es más, el conflicto deja de ser considerado un problema para convertirse en una verdadera oportunidad para quienes lo enfrentan en conjunto. Desde esta perspectiva del conflicto trabaja la mediación.

El conflicto ha sido entendido de diversas formas. Rubin, Pruitt y Kim afirman que el conflicto originalmente significaba una pelea, una batalla o una lucha, lo que implicaba siempre una confrontación física entre partes. Este concepto fue ampliado para incluir un desacuerdo u oposición cortante entre las partes, dejando de lado la necesidad de que incluya acción física.¹⁷¹ En la actualidad existen diversas formas de comprender el conflicto.¹⁷² Se destaca la visión de Rubin, Pruitt y Kim, de que el conflicto es la percepción de intereses divergentes, o la creencia de que las aspiraciones actuales de las partes no pueden ser alcanzadas simultáneamente.¹⁷³ Esta definición se centra en las percepciones y deja de lado la necesidad de una acción para la existencia del conflicto.¹⁷⁴

¹⁶⁹ E. ARDILA: “Hacia...” op.cit. p. 57.

¹⁷⁰ Cfr. C. PEÑA GONZALES: “Notas...” p. 31.

¹⁷¹ Cfr. J. RUBIN, D. PRUITT Y S. KIM: *Social Conflict: Stalemate, and Settlement*, Segunda Edición, McGraw Hill, Nueva York, 1994, p. 5.

¹⁷² Wallensteen lo considera “a social situation in which a minimum of two actors (parties) strive to acquire at the same moment in time an available set of scarce resources” P. WALLENSTEEN: *Understanding Conflict Resolution: War, Peace and the Global System*, SAGE, Londres, 2002, p. 16. En la misma línea Folger, Scout y Randall consideran que el conflicto es la interacción de personas interdependientes que perciben metas incompatibles entre ellas, y la interferencia mutua en el logro de estas metas Cfr. J. FOLGER, M. SCOUT POOLE Y R. STUTMAN: *Working Through Conflict. Strategies for relationships, groups and organizations*, Tercera edición, Longman, New York, 1997, p. 4.

¹⁷³ Cfr. J. RUBIN, D. PRUITT Y S. KIM: *Social...* op.cit. p. 5.

¹⁷⁴ El conflicto podría seguir distintos caminos. El primero es que el conflicto no se manifieste pero permanezca latente. En este caso, las partes involucradas tienden a ignorar su existencia y a evitarlo. S. STEWART, SUSAN: *Conflict...* op.cit. p. 11; pero el conflicto puede provocar una explosión posterior, algunas veces violenta, o puede

Posiciones, Intereses y Necesidades

Ahora bien, el concepto de intereses frente a aquel de posiciones permite concebir la posibilidad de que exista más de un ganador y, por ende, se busque utilizar una estrategia cooperativa. “Esta es la columna vertebral sobre la que habrá de apoyarse la actuación del mediador”.¹⁷⁵

De acuerdo a Fisher, Ury y Patton, la negociación generalmente se basa en un regateo de posiciones.¹⁷⁶ Esto significa que “cada una de las partes declara lo que desea lograr (su ‘posición’) generalmente en términos de una variable específica – por ejemplo, posesión de un bien, precio de compra o de venta”.¹⁷⁷ Y posteriormente van haciendo concesiones sucesivas hasta encontrar un acuerdo. Los acuerdos producidos bajo una negociación en base a posiciones dejan de lado los intereses y necesidades subyacentes, y pueden reflejar simplemente una partición mecánica de la diferencia entre las posiciones finales.¹⁷⁸ Fisher, Ury y Patton agregan que la discusión sobre posiciones pone en peligro la relación entre las partes ya que se convierte en una contienda de voluntades, una batalla en la que cada uno busca hacer al otro cambiar de posición a través de la fuerza de voluntad, y el resultado es la ira y el resentimiento.¹⁷⁹

Por otro lado, los intereses constituyen los verdaderos deseos y preocupaciones de las partes, aquello que las motiva y que está detrás de sus posiciones.¹⁸⁰ Constituyen todo

manifestarse en problemas actuales como en el caso laboral donde representa ausentismo o baja productividad Cfr. E. VINYAMATA: *Conflictología. Teoría y Práctica en Resolución de Conflictos*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 29. El segundo camino, es que entre en un proceso de escalamiento temporal que no deja consecuencias en la psicología de las partes ni en su relación y tiende a desescalar en el corto plazo Cfr. J. H. ZALLES: “Suma Cero, la Tradición Contenciosa y las Teorías Contemporáneas de Resolución de Conflictos”, *Juris Dictio*, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Vol. 1, No. 2, julio 2000, p. 69. El tercero es que siga un proceso de escalamiento mucho más severo cuyas consecuencias permanecen en el tiempo J. H. ZALLES: “Suma...” op.cit. p. 69. Este escalamiento, para Caivano et al, consiste en un aumento de intensidad y carga negativa, R. CAIVANO, M. GOBBI Y R. PADILLA: *Negociación...* op.cit. p. 122, y suele modelarse por una espiral, según la cual el conflicto resulta en un círculo vicioso de acción y reacción Cfr. J. RUBIN, D. PRUITT Y S. KIM: *Social...* op.cit. p. 74. El último camino que puede seguir es que sea materia inmediata de negociación y resolución. La mediación busca que el conflicto siga este último camino.

¹⁷⁵ J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 39.

¹⁷⁶ Cfr. R. FISHER, W. URY Y B. PATTON: *Obtenga el Sí: El arte de negociar sin ceder*, Gestión 2000 S.A., Barcelona, 2002, p. 22.

¹⁷⁷ J. H. ZALLES: “Un Análisis de la Negociación por Principios”, en la obra colectiva dirigida por el CENTRO DE MEDIACIÓN DE LA CORPORACIÓN LATINOAMERICANA PARA EL DESARROLLO, *Resolución Alternativa de Conflictos*, CLD, Quito, 1997, p. 162.

¹⁷⁸ Cfr. R. FISHER, W. URY Y B. PATTON: *Obtenga...* op.cit. p. 23.

¹⁷⁹ Cfr. R. FISHER, W. URY Y B. PATTON: *Obtenga...* op.cit. p. 24.

¹⁸⁰ Cfr. R. FISHER, W. URY Y B. PATTON: *Obtenga...* op.cit. p. 60.

aquello que la parte desea o anhela.¹⁸¹ Los intereses se suelen descubrir haciéndose las preguntas de ¿por qué? o ¿para qué? cada parte ha asumido una determinada posición, y por qué no han aceptado la de la contraparte.¹⁸²

Las necesidades, de acuerdo a Dupuis, “son los intereses básicos cuya satisfacción representa el mínimo imprescindible a obtener, ya sea material o espiritualmente por cada parte”.¹⁸³ Para Fisher, Ury y Patton, se trata de las necesidades humanas básicas: seguridad, bienestar económico, sensación de pertenencia, reconocimiento o el control sobre la propia vida. Estos son los intereses más poderosos y lastimosamente suelen ser pasados por alto en una negociación.¹⁸⁴

De acuerdo a Fisher, Ury y Patton, “detrás de las posturas opuestas residen intereses compartidos y compatibles, así como otros que se hallan enfrentados o en conflicto y son estos intereses en conflicto los que verdaderamente definen el problema”.¹⁸⁵

Una vez que se han descubierto los verdaderos deseos es más fácil conciliarlos para alcanzar acuerdos satisfactorios. De acuerdo a Fisher, Ury y Patton, conciliar intereses en lugar de posiciones funciona por dos razones, la primera porque para satisfacer cada interés existen varias posiciones diferentes e inclusive puede encontrarse aquella posición alternativa que no solamente satisface sus intereses sino también los de los demás. La segunda razón es que además de los intereses en conflicto hay muchos otros que se comparten o que son compatibles, y una vez que se comparan los intereses compartidos y divergentes, aquellos que son opuestos parecen más manejables.¹⁸⁶

De acuerdo a Dupuis, es tarea del mediador efectuar un replanteo del conflicto, descendiendo desde las posiciones hasta los intereses y necesidades, de tal suerte que puedan explorarse soluciones positivas para todas las partes.¹⁸⁷

Una vez que se ha revisado la teoría del conflicto que informa la mediación se puede comprender cómo este procedimiento es capaz de ser mucho más efectivo que la función

¹⁸¹ Cfr. J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 42.

¹⁸² Cfr. R. FISHER, W. URY Y B. PATTON: *Obtenga...* op.cit. p. 63

¹⁸³ J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 43.

¹⁸⁴ Cfr. R. FISHER, W. URY Y B. PATTON: *Obtenga...* op.cit. p. 67.

¹⁸⁵ R. FISHER, W. URY Y B. PATTON: *Obtenga...* op.cit. p. 61.

¹⁸⁶ Cfr. R. FISHER, W. URY Y B. PATTON: *Obtenga...* op.cit. p. 61 – 62.

¹⁸⁷ Cfr. J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 44.

judicial en el manejo de la conflictividad. Pues, si se llega a un acuerdo, es mucho más probable que éste responda a una verdadera resolución del conflicto y no simplemente a una desactivación formal de un conflicto que, en la práctica, seguirá existiendo. Inclusive, la perspectiva transformativa de la mediación promete educar a las personas en la resolución de sus propios conflictos, probablemente generando la reducción de la conflictividad a una mayor escala.

De todas maneras, se debe reconocer que las partes en conflicto no siempre alcanzarán acuerdos, por lo que la mediación también encuentra sus límites al manejo de la conflictividad en la voluntad de las partes y las circunstancias alrededor del caso concreto. En estos casos, no se puede desconocer la importancia de la administración de justicia formal.

4.2.2.4 Realizar la justicia

Para la Corte Constitucional de Colombia la conciliación, independientemente de si se ha arribado o no a un acuerdo, “permite el acercamiento de las partes en un encuentro **que tiende hacia la realización de la justicia**, no como imposición judicial, sino como búsqueda autónoma de los asociados”.¹⁸⁸

A continuación se analiza cómo podría la mediación realizar el principio de justicia (axiológica).

Tradicionalmente, el Derecho trabaja con los conceptos de justicia distributiva¹⁸⁹ y conmutativa.¹⁹⁰ Sin embargo, ambos conceptos resultan inaplicables dentro de un

¹⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-893 de 2001, el énfasis es propio.

¹⁸⁹ La justicia distributiva considera que a cada quién debe dársele lo que le corresponde. Conforme el pensamiento de Kelsen se considera que la falla principal de este concepto radica en que queda por definir qué es lo que corresponde a cada uno. Por lo general, esta definición quedaría en manos del ordenamiento jurídico. Y si el ordenamiento jurídico define qué es lo que a cada uno corresponde, podría considerarse justo cualquier sistema político - jurídico. Esta amplitud explicaría “que haya tenido una tan general aceptación y demuestra a la vez que es una definición de justicia totalmente insuficiente, ya que ésta debe fijar un valor absoluto que no puede asimilarse a los valores relativos” Cfr. H. KELSEN: *¿Qué es la justicia?*, Editorial Leviatán, Buenos Aires, 1984, p. 67 – 68.

¹⁹⁰ La justicia conmutativa se enfoca en la igualdad de las personas por su simple carácter de tales. Para Aristóteles la justicia conmutativa es aquella que mide impersonalmente la ganancia o el daño desde su valor objetivo y sin tomar en cuenta méritos personales, de tal suerte que determina la formación de las relaciones de cambio según una cierta medida. “Esta especie de justicia tiende a lograr que cada una de las partes de una relación se encuentre con respecto a la otra en una condición de paridad, de tal suerte que ninguna dé ni reciba más ni menos”. M. PACHECO: *Teoría del Derecho*, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990, p. 485. Para Santo Tomás es la justicia

procedimiento de mediación; por lo que se busca un concepto de justicia más amplio, sin pretender perfilar un nuevo concepto, pues, como Kelsen afirma, ni los más grandes filósofos han logrado responder a la pregunta de ¿qué es justicia?

Para Kelsen, la justicia se manifiesta principalmente ante la existencia de un conflicto.¹⁹¹

Una vez surgido el conflicto, el sistema formal de administración de justicia ha pretendido alcanzarla a través de la aplicación de la ley. Como lo señala Kelsen, el ordenamiento jurídico busca objetivizar los conceptos de justicia que tiene la sociedad, de tal suerte que la justicia pueda convertirse en una categoría social. “De igual modo, la idea de justicia se transforma, de un principio que garantiza la libertad individual de todos, en un orden social que salvaguarde determinados intereses, precisamente aquellos reconocidos como valiosos y dignos de protección por la mayoría de los súbditos”.¹⁹² Así pues, se asume que las normas jurídicas recogen las reglas sociales,¹⁹³ lo que daría como resultado un ordenamiento jurídico justo. De este modo, nace una acepción de justicia como un orden objetivo que se identifica con el ordenamiento jurídico.¹⁹⁴ La justicia, entonces, se alcanzaría a través de la aplicación de las normas al conflicto en concreto.

Históricamente la [administración de] justicia se ha considerado como un instrumento de represión o de castigo, que **somete a los asociados a la voluntad de la ley**, o en tiempos más remotos a la voluntad del monarca o del déspota, y luego en épocas más recientes al régimen político imperante, pero cada vez se hace más necesario cambiar su imagen, acomodándola a la situación cambiante de la sociedad, enfatizando que la justicia estará siempre por encima del momento histórico, en constante evolución, para en esta forma estarle dando un **uso alternativo al derecho**.¹⁹⁵

Sin embargo, la aplicación de la ley no equivale a la justicia. La sociedad crea su propia escala de valores y determina lo que se considera justo a través de normas sociales. Muchas veces estas percepciones sociales no están representadas por las normas jurídicas.¹⁹⁶ Y en ciertos casos la aplicación de la ley no dará a lugar a un resultado justo. “[D]adas ciertas circunstancias, el recurso a la norma jurídica pueda ser contraproducente

que se deben los particulares entre sí. M. PACHECO: *Teoría del Derecho*, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990, p. 485.

¹⁹¹ Cfr. H. KELSEN: *¿Qué es la justicia?*, Editorial Leviatán, Buenos Aires, 1984, p. 21.

¹⁹² Cfr. H. KELSEN: *¿Qué...?* op.cit. p. 20.

¹⁹³ Cfr. E. VÉSCOVI: *Teoría...* op.cit. p. 1.

¹⁹⁴ Cfr. M. PACHECO: *Teoría del Derecho*, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990, p. 483.

¹⁹⁵ P. CONTRERAS HERRERA: *Justicia de Paz y Conciliación: Gran Problema Nacional*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002, p. 25, el énfasis es propio.

¹⁹⁶ Cfr. E. ARDILA: “Justicia...” op.cit. p. 76 - 83.

frente a lo que se considera justo en el contexto donde tendrá eficacia una decisión”.¹⁹⁷ Más allá, la mera aplicación de la ley como método para alcanzar la justicia, confunde la virtud de justicia con el valor de la obediencia.¹⁹⁸

Ahora bien, lo que es justo no ha podido ser determinado objetivamente, de tal suerte que no existe ni ha existido un concepto de justicia que se adapte a todas las personas, y a todos los tiempos.

Si hay algo que podemos aprender de la historia del conocimiento humano es lo estériles que resultan los esfuerzos por encontrar a través de medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, vale decir, una norma que excluya la posibilidad de encontrar justa la conducta opuesta. Si hay algo que puede aprenderse de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana puede concebir sólo valores relativos; en otras palabras, que el juicio con que juzgamos algo justo no puede osar jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta configura una perfección suprema irracional. Desde la perspectiva del conocimiento racional sólo existen intereses humanos y, por consiguiente, **conflictos de intereses**. Zanjear los mismos supone dos soluciones posibles: o satisfacer a uno de los términos a costa del otro o establecer un equilibrio entre ambos.¹⁹⁹

Así también, hay varios ejemplos de sistemas que valorados desde una época distinta o desde una sociedad distinta se miran injustos, cuando dentro de esa época o de esa sociedad han sido considerados justos. Se advierte, entonces, que el concepto de justicia es bastante relativo, cambia de una sociedad a otra e inclusive de una persona a otra.²⁰⁰ “Son intensas dinámicas culturales y sociales las que moldean el sentimiento colectivo”.²⁰¹

Ahora bien, la justicia empezaría por ser una percepción en la mente de cada persona, percepciones que están ampliamente influenciadas por la escala de valores existente en las sociedades a las que se pertenecen. Ahora bien, para que se alcance un acuerdo en un procedimiento de mediación, es necesario que éste sea considerado justo por ambas partes, para que éstas puedan aceptarlo. Y si el acuerdo refleja la percepción de lo que es justo para las partes, es probable también que refleje las escalas de valores de las sociedades en que éstas se desenvuelven.

¹⁹⁷ E. ARDILA: “Justicia...” op.cit. p. 92.

¹⁹⁸ Cfr. T. CASARES: *La Justicia y el Derecho*, Tercera edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 19.

¹⁹⁹ H. KELSEN: *¿Qué...?* op.cit. p. 109, el énfasis es propio. Ya se ha dicho que desde la perspectiva de la mediación se busca conciliar los intereses de las dos partes para que ambas logren un resultado satisfactorio.

²⁰⁰ De estas premisas parte el concepto de justicia en equidad, la misma que “se explica como la confluencia del derecho estatal con las dinámicas regulativas, factiblemente extrajurídicas de la sociedad” E. ARDILA: “Justicia...” op.cit. p. 76.

²⁰¹ Cfr. E. ARDILA: “Justicia...” op.cit. p. 86.

Como una nota, si se equipara el concepto de justicia al de felicidad, como lo hace Platón,²⁰² el resultado sería más justo mientras más satisfechas (o felices) estén las partes. La mediación, a diferencia del procedimiento judicial encuentra resultados más satisfactorios para las partes.²⁰³ La sentencia impuesta por un juez “debe pronunciarse sobre las pretensiones y defensas esgrimidas, respetando el principio de congruencia y en base a las pruebas producidas, **sin juzgar sobre la conveniencia de la solución**”.²⁰⁴ En esta decisión habrá un ganador y un perdedor. Aún cuando cabe la posibilidad de que ambas partes queden satisfechas con el resultado, el perdedor casi nunca lo estará, “aun el ‘ganador’ casi nunca obtiene lo que necesita, en el momento que lo necesita”.²⁰⁵ Ante esto, se obtiene un resultado que, a decir de Caivano, Gobbi y Padilla, es generalmente insatisfactorio.²⁰⁶

Quando un tribunal los resuelve [los conflictos] –v. gr. Adjudicando derechos a alguna de las partes y negándoselos a la otra – se obtiene una tasa de beneficio menor que la que se lograría de alcanzar la solución cooperativa y a un costo mucho mayor que a veces se hace inútil cuando las partes, luego de la adjudicación judicial, deciden abandonarla por ineficiente o porque el conflicto, en vez de acabar, se exacerbó.²⁰⁷

Por otro lado, en procedimientos de mediación, las partes se unen en una búsqueda conjunta para la resolución de su disputa dando lugar a resultados probablemente más convenientes ya que las mismas partes buscarán y aceptarán el resultado que mejor satisfaga sus necesidades e intereses, lo que genera una mayor probabilidad de que los compromisos adquiridos sean cumplidos espontáneamente.²⁰⁸ Al encontrarse resultados satisfactorios, éstos podrían incluso considerarse más justos.²⁰⁹

De todas formas, la justicia no debería equipararse a la satisfacción que logre en cada individuo sino que se refiera más bien a “la perfección que establece en la relación

²⁰² Cfr. PLATÓN en H. KELSEN: *¿Qué...?* op.cit. p. 11.

²⁰³ De acuerdo a Ury, Brett y Goldberg la satisfacción que obtienen ambas partes con el resultado, es un criterio importante para evaluar la calidad del método de resolución del conflicto utilizado W. URY, J. BRETT Y S. GOLDBERG: *Cómo Resolver las Disputas: diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1995, p. 15.

²⁰⁴ J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 14, el énfasis es propio.

²⁰⁵ R. CAIVANO, M. GOBBI Y R. PADILLA: *Negociación...* op.cit. p. 38.

²⁰⁶ Cfr. R. CAIVANO, M. GOBBI Y R. PADILLA: *Negociación...* op.cit. p. 38.

²⁰⁷ C. PEÑA GONZALES: “Notas...” p. 38.

²⁰⁸ Cfr. R. CAIVANO, M. GOBBI Y R. PADILLA: *Negociación...* op.cit. p. 41.

²⁰⁹ Es probable también que una persona considere justo un resultado que le perjudica, si está convencida que esto es simplemente una consecuencia de sus propias acciones, y que dichas consecuencias serían adecuadas.

jurídica”.²¹⁰ En este sentido la mediación, a diferencia del proceso judicial convencional, promete alcanzar mayor armonía en las relaciones de las partes. El sistema judicial por lo general deteriora la relación de las partes. “La determinación de quién tiene razón (...) que pone el énfasis en quién gana y quién pierde, normalmente hace que la relación sea más hostil y tensa. Además, es frecuente que el perdedor no se dé por vencido, sino que apele a un tribunal más alto o planee una venganza”.²¹¹ Y es común ver relaciones afectadas seriamente tras un proceso judicial adversarial, en el cual algunos abogados inclusive se atreven a insultar a la contraparte a nombre de su cliente. “[M]uchas veces, por el mecanismo del litigio, los letrados también se ven inmersos en esa lucha sin cuartel y avivan el fuego de la discordia y el resentimiento entre sus propios clientes”.²¹² Mientras que, los procedimientos de mediación ponen énfasis en replantear la relación y buscar la cooperación de las partes para alcanzar la satisfacción mutua de intereses.

Con estas consideraciones se podría inferir que la mediación tendría la capacidad de alcanzar la justicia para las partes, en un conflicto concreto. Sin embargo, se debe reconocer que el concepto de justicia no debe limitarse a las partes involucradas en una situación determinada, pues es un concepto principalmente social. Así, la mediación promete alcanzar una justicia mucho más amplia, una justicia que Ardila la califica como ‘Justicia Constructiva’. La justicia constructiva busca soluciones que sostengan y reconstruyan vínculos sociales rotos por los conflictos para garantizar la paz social. “Entonces, la decisión no se ocupa tanto de identificar cuál es la regla aplicable como de encontrar el camino más adecuado para que las partes sostengan su vínculo y para que la comunidad en su conjunto reciba el máximo beneficio con la resolución, o el mínimo perjuicio”.²¹³ Ardila explica que la justicia constructiva busca producir decisiones de cara a los valores más altos de cada comunidad.²¹⁴

²¹⁰ T. CASARES: *La Justicia...* op.cit. p. 19.

²¹¹ W. URY, J. BRETT Y S. GOLDBERG: *Cómo Resolver las Disputas: diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1995, p. 19

²¹² J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 15.

²¹³ E. ARDILA: “Justicia Comunitaria, Claves para su comprensión”, agosto de 1999, disponible en: http://reddejusticia.atarraya.org/article.php3?id_article=24 {15 de Febrero de 2007}.

²¹⁴ Cfr. E. ARDILA: “Justicia Comunitaria, Claves...” op.cit.

Tal vez uno de los mejores ejemplos de justicia constructiva es la “justicia restaurativa” que empieza a tener aplicación dentro del Derecho Penal a través de procedimientos de mediación. La justicia restaurativa nace en contraposición a la actual concepción de justicia penal. Es decir, que ya no considera como justicia la aplicación de una sanción a quien ha violado un interés considerado relevante por el Estado. Según la justicia restaurativa, la mera aplicación de una sanción olvida que la infracción surge de un conflicto, y que el sistema actual de administración de justicia penal arranca de la víctima su calidad de parte en el conflicto para que el Estado tome su lugar.²¹⁵ “[Este sistema puede tener resultados en el corto plazo, pero al largo plazo contribuye al escalamiento del conflicto”.²¹⁶ La concepción de la justicia restaurativa es una respuesta comunitaria al crimen y propone la transformación del conflicto a través del manejo de los daños infligidos a las víctimas y comunidades, permitiendo a los ofensores asumir su responsabilidad por el daño cometido. La forma en que lo hacen es a través de procedimientos de mediación entre la víctima y el agresor. El objetivo de esta justicia es la creación de comunidades seguras, en donde existen oportunidades para que las necesidades de las víctimas sean tenidas en cuenta y en donde los ofensores son integrados en la comunidad como ciudadanos positivos y proactivos²¹⁷ y lo hace a través del empoderamiento de los actores involucrados para que el hecho no vuelva a suceder.²¹⁸ Como ejemplo, en Colombia la cultura ‘paez’²¹⁹ y la ‘kichwa’ en el Ecuador creen que la función de la justicia es la de sanar a la comunidad a la vez que reintegra al agresor a la comunidad.

Tras haber rechazado con energía la fórmula racionalista del Antiguo Testamento “ojo por ojo y diente por diente” –el principio de represalia- **Jesús proclama la nueva y verdadera justicia**, el principio de amor: **el mal no debe devolverse con mal sino con bien, hay que rechazar al mal, no al delincuente, y amar al enemigo.**²²⁰

Los procedimientos de mediación son capaces de alcanzar una verdadera justicia de construcción, aplicable en cualquier área del Derecho. De este modo, la mediación puede

²¹⁵ Cfr. M. L. ZAPATA: “Justicia restaurativa: Aproximación conceptual”, en la obra colectiva dirigida por E. ARDILA, *¿A dónde va la justicia en equidad en Colombia?*, Corporación Región, Medellín, 2006, p. 101 – 108.

²¹⁶ M. L. ZAPATA: “Justicia...” op.cit. p. 101 – 108.

²¹⁷ Cfr. M. L. ZAPATA: “Justicia...” op.cit. p. 109.

²¹⁸ Cfr. M. L. ZAPATA: “Justicia...” op.cit. p. 113.

²¹⁹ Comunidad indígena colombiana.

²²⁰ H. KELSEN: *¿Qué...?* op.cit. p. 62, el énfasis es propio.

llegar a una justicia que satisfaga a las partes; que reconstruya las relaciones sociales y jurídicas que hayan sido afectadas por las dinámicas del conflicto; que eduque a las partes en resolución de conflictos cambiando sus propias percepciones sobre lo que es y cómo debe manejarse el conflicto; y, que implante patrones sobre las respuestas adecuadas (siempre pacíficas) a los conflictos sociales, para que, finalmente, puedan ser vistos como oportunidades. Los mediadores reciben entrenamiento para comprender las dinámicas del conflicto y para guiar a las partes en importantes procesos de aprendizaje. Así, estos procedimientos, podrían inclusive llegar a generar sociedades más pacíficas con individuos psicológicamente más maduros.

En esta forma, debemos grabarnos en la conciencia de que cuando se habla de justicia; cuando se cree en la justicia; cuando se exige justicia; o se protesta contra alguna injusticia, siempre tenemos la idea de un orden de pertenencia que se coloca por encima de toda predisposición humana (...) **porque siendo la justicia un principio de armonía; de igualdad proporcional de las relaciones sociales; aplicada con moralidad sin límites, se podrá predicar que reinará la paz.** De ser lo contrario se puede afirmar categóricamente que sin justicia no hay reino, ni provincia, ni ciudad, ni aldea, ni casa, ni familia, ni sociedad que pueda perdurar.²²¹

De todas maneras, se debe destacar que la administración de justicia formal sigue y seguirá teniendo vigencia y puede complementarse con estos nuevos enfoques de justicia. Sobre todo, deberán aplicarse cuando las partes no están dispuestas a explorar una solución conjunta, o no quieren someterse a la solución acordada, o cuando se busca obtener una declaración de derechos, un precedente²²² o simplemente la materia no es transigible y, por ende, no puede llevarse a cabo una mediación. La sentencia judicial busca interpretar los textos legales, explicitar sus valores, guiar al público sobre qué comportamientos son socialmente valiosos y cuáles son perjudiciales y cómo deben resolverse estos conflictos en el resto de la sociedad; mientras que los MASC al ser generalmente confidenciales no pueden suplir estos roles.²²³

4.2.2.5 Los administradores de justicia

Como se ha mencionado, la mediación es un mecanismo alternativo de administración de justicia. Cabe aquí la pregunta de ¿quién es el administrador de justicia? Corresponde a

²²¹ P. CONTRERAS HERRERA: *Justicia...* op.cit. p. 24 – 25, el énfasis es propio.

²²² Cfr. J. C. DUPUIS: *Mediación...* op.cit. p. 15.

²²³ Cfr. R. CAIVANO, M. GOBBI Y R. PADILLA: *Negociación...* op.cit. p. 50.

las partes en conflicto la potestad de autoimpartirse justicia, pues son éstas quienes tienen las decisiones finales en sus manos. El mediador cumple un papel de control de legalidad de los acuerdos alcanzados, más que una función de administración de justicia. “No puede dejar de reconocerse a los individuos la capacidad para repartirse justicia pacíficamente, por sí o con la asistencia de terceros, en procedimientos no adversariales”.²²⁴ De este modo, las partes pueden acceder a procedimientos efectivos en donde a ellas mismas les compete la tutela de sus propios derechos.²²⁵

La posibilidad de que las partes lleguen a decisiones con respecto a su conflicto da lugar a resultados probablemente más convenientes que aquellos alcanzados por la vía judicial. Estas formas de resolución de conflictos son mucho mejores desde el punto de vista interno, pues atienden el componente emocional de las partes y tratan el conflicto con un menor grado de agresividad.²²⁶ Adicionalmente, es posible estimular la actividad creativa, tener una creciente percepción de uno mismo y los demás, y un fortalecimiento de la interacción.²²⁷

... el hombre se lanza a vivirla [su vida], a sumergirse en la experiencia arriesgando su propio juicio de lo que es bueno o malo para él, y asumiendo las consecuencias de su decisión. El proceso judicial y de arbitraje son eficaces en cuanto a la redistribución del poder y la riqueza, pero no toman en cuenta la dimensión emocional del hombre. La mediación ressignifica al hombre en situación de crisis interpersonal, atendiendo simultáneamente a sus necesidades prácticas y emocionales, a la vez que lo asume en su dimensión de ser racional y responsable.²²⁸

Así pues, se concluye que los particulares ahora comparten con el Estado la responsabilidad²²⁹ de administrar justicia manejando su propia conflictividad y buscando la justicia en sus actuaciones. Caivano, Gobbi y Padilla reconocen que bajo la cultura adversarial las partes se suelen comportar como si la solución de su conflicto no fuera su responsabilidad, sino únicamente del juez; de esta forma, se escapan del problema e intentan transferirlo. Sin embargo, no han logrado comprender que las únicas personas

²²⁴ R. CAIVANO, M. GOBBI Y R. PADILLA: *Negociación...* op.cit. p. 51.

²²⁵ Cfr. C. PEÑA GONZALES: “Notas...” p. 28.

²²⁶ Cfr. C. PEÑA GONZALES: “Notas...” p. 24.

²²⁷ Cfr. R. CAIVANO, M. GOBBI Y R. PADILLA: *Negociación...* op.cit. p. 120.

²²⁸ E. SPARVIERI: *Principios...* op.cit. p. 103

²²⁹ “Dado que en la mediación por lo general, el cliente tiene una participación más directa, es preciso que el abogado lo prepare, análogamente a lo que se hace antes de las audiencias judiciales, pero de manera mucho más intensa. El cliente tendrá así un conocimiento completo y continuo de la marcha de la negociación y podrá controlar tanto el proceso como el resultado”. R. CAIVANO, M. GOBBI Y R. PADILLA: *Negociación...* op.cit. p. 241.

capaces de resolver plenamente el conflicto son las propias partes.²³⁰ Bajo el modelo de la autocomposición “[l]a justicia y el derecho se convierten así en un asunto de todos, y poco a poco la comunidad va asumiendo su responsabilidad perdida en el proceso de administración de justicia. Alain decía: “la justicia será cuando la practiquemos. He ahí el problema humano””.²³¹ La participación de las partes en la resolución cooperativa de controversias disminuye las causas tramitadas en sede judicial y, por ende, su congestión y lentitud en la administración de justicia; y puede aumentar la calidad de las decisiones judiciales.²³² Una de las más grandes ventajas de los Métodos Alternativos de Solución de Controversias es, precisamente, la búsqueda de una cultura menos litigiosa, y su intento de generar una sociedad capaz de encontrar soluciones propias a sus problemas.

4.2.3 Efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada

4.2.3.1 Sentencia

La sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio (Art. 269, Código de Procedimiento Civil). Y representa la voluntad del Estado en determinado conflicto.²³³ El acta de mediación, sin contener la voluntad del Estado sino el de las mismas partes, surtiría todos los efectos de una sentencia. El principal es que contiene disposiciones vinculantes para las partes.²³⁴

Ahora bien, cabe la pregunta de si el acta de mediación tiene la potestad de constituir nuevas relaciones jurídicas, o debería limitarse a aclarar las anteriores situaciones. En el caso de las sentencias, éstas son esencialmente declarativas en la medida en que no constituyen nuevos derechos a aquellos que se hicieron valer al ejercerse la acción o derecho transgredido antes de iniciarse el proceso,²³⁵ sobre todo en la medida en que el conflicto de intereses “se halla ya compuesto por una norma material”,²³⁶ la misma que señala al juez cómo debe actuar para seguir la voluntad del legislador y “decir cuál es el

²³⁰ Cfr. R. CAIVANO, M. GOBBI Y R. PADILLA: *Negociación...* op.cit. p. 142.

²³¹ G. JALKH: “Aproximación...” op.cit. p. 16.

²³² Cfr. R. CAIVANO, M. GOBBI Y R. PADILLA: *Negociación...* op.cit. p. 40.

²³³ Cfr. CHIOVENDA citado en J. CASTILLO SANDOVAL: *La Cosa...* op.cit. p. 36.

²³⁴ Cfr. F. CARNELUTTI: *Sistema...* op.cit. p. 319.

²³⁵ Cfr. J. CASTILLO SANDOVAL: *La Cosa...* op.cit. p. 149.

²³⁶ F. CARNELUTTI: *Sistema...* op.cit. p. 157.

derecho”. Como excepción, Carnelutti, contempla la existencia de sentencias constitutivas “donde el conflicto no está previsto por una norma material, sino por una norma instrumental, que atribuye al juez el poder de componerlo mediante un mandato concreto” en cuyo caso al juez le compete constituir un estado jurídico que todavía no existe, dando lugar a una sentencia constitutiva o dispositiva.²³⁷ Al contrario, las actas de mediación (declarativas) cuya función es la de reconocer situaciones jurídicas previas en un documento auténtico y con una fuerza especial pretenden ser la excepción (aunque son bastante comunes, por ejemplo, en casos de reconocimiento de deudas). Al buscar soluciones creativas y satisfactorias, las partes tienen la potestad de crear, mediante acuerdo, nuevas situaciones jurídicas (actas de mediación constitutivas), obviando inclusive las soluciones previstas por la norma jurídica. Esto, en la medida en que las partes están tratando con derechos transigibles, ante los cuales cabe pensar en soluciones distintas que se ajusten mejor a los intereses y necesidades de las partes. De tal suerte, que las actas de mediación sí pueden constituir nuevas situaciones jurídicas.

4.2.3.2 Sentencia ejecutoriada

La sentencia ejecutoriada es aquella sobre la cual ya no caben recursos tendientes a cambiar su contenido.

En la opinión de la Procuraduría General del Estado en referencia a la consulta elevada por la Cámara de la Construcción de Quito y publicada en el Registro oficial 646 del 22 de agosto de 2002, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado en el sentido de el acta de mediación en que consta el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada. Posteriormente, menciona los efectos de las sentencias ejecutoriadas, al parecer aplicándolas directamente al acta de mediación. Estos efectos, de acuerdo al Código de Procedimiento Civil son: a) surten efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron en el juicio o de sus sucesores en el derecho; b) un juez o tribunal puede valerse de medidas coercitivas o apremios para hacer obedecer las providencias a los incumplidores;

²³⁷ Cfr. F. CARNELUTTI: *Sistema...* op.cit. p. 157.

c) que no pueden alterarse en ninguna de sus partes, ni por ninguna causa; pero se puede corregir el error de cálculo.

Así pues, conforme el artículo 295 del Código de Procedimiento Civil “la sentencia ejecutoriada **no puede alterarse en ninguna de sus partes, ni por ninguna causa**; pero se puede corregir el error de cálculo” (el énfasis es propio). Y conforme al artículo 297 del mismo cuerpo legal “[l]a sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho...”.²³⁸ Esto tiene relación con la inmutabilidad de una sentencia judicial. Cabe preguntarse si la inmutabilidad que se aplica al acta de mediación alcanza a las partes. La legislación ecuatoriana parecería clara al decir que las sentencias no pueden ser alteradas “en ninguna de sus partes, ni por ninguna causa”, por lo tanto las actas de mediación tampoco podrían serlo. Es más, una lectura del último inciso del artículo 47 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación podría llevar a la conclusión de que las partes no pueden revisar el acuerdo contenido en el acta de mediación. Este artículo dispone que el acuerdo contenido en el acta de mediación que trate sobre asuntos de menores y alimentos “será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos en estas materias” *Contrario Sensu* los acuerdos contenidos en actas de mediación, que no tratan sobre asuntos de menores o alimentos, no podrían ser revisados ni alterados por las partes.

Sin embargo este trabajo concuerda con la doctrina que se opone a la idea de que la inmodificabilidad de las sentencias alcance al acuerdo de las partes. Así, Castillo Sandoval sostiene que “en materia de Derecho privado siempre pueden las partes, de común acuerdo, modificar los términos de la cosa juzgada”.²³⁹ Y en el caso de la mediación esto adquiere especial importancia en la medida en que el procedimiento busca la satisfacción total de los intereses de las partes, a través de la flexibilidad. Así pues, la rigidez del acta de mediación debe alcanzar su fin cuando las partes, de común acuerdo y mediante el mismo

²³⁸ El resto del artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, recogido también por el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, establece los efectos de cosa juzgada de la sentencia ejecutoriada, mismos que serán detallados en el acápite siguiente.

²³⁹ J. CASTILLO SANDOVAL: *La Cosa...* op.cit. p. 87.

procedimiento a través del cual alcanzaron dicha acta, la modifiquen. De tal suerte que las partes tienen total libertad para iniciar un nuevo procedimiento de mediación ante un mediador certificado, y alcanzar un nuevo acuerdo que modifique un acta de mediación anterior.

En este punto cabe una aclaración que distingue el acta de mediación de una sentencia y que ha suscitado problemas prácticos. Las sentencias no nacen ejecutoriadas, sino que se ejecutarían conforme a las disposiciones del artículo 296 del Código de Procedimiento Civil (1. Por no haberse recurrido de ella dentro del término legal; 2. Por haberse desistido del recurso interpuesto; 3. Por haberse declarado desierto el recurso; 4. Por haberse declarada abandonada la instancia o el recurso; y, 5. Por haberse decidido la causa en última instancia). Las actas de mediación, por otra parte, nacen ejecutoriadas. Al momento de la firma aparece el efecto de ‘sentencia ejecutoriada’ y no solamente el de sentencia que al verificarse una condición habría de ejecutoriarse. Para José Luis Cabezas esto es “como si las partes hubieran renunciado expresamente al derecho de impugnar el contenido del Acta al firmarla”.²⁴⁰

Sin embargo, este aspecto que parece tan evidente, ha generado confusiones en varios de los juzgados. Así por ejemplo, en el trámite de ejecución de acta de mediación 055 tramitado ante el juzgado noveno de lo civil de Pichincha, el juez pidió a la parte actora en su primera providencia que “cumpla con lo dispuesto por el Art. 32 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación”. Dicho artículo establece:

Art. 32.- Ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato.

Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente **con la razón de estar ejecutoriada**.

... (el énfasis es propio).

El artículo invocado se refiere a los laudos arbitrales y los contratos de transacción que terminan un proceso arbitral, para cuya ejecución se requiere una razón del centro correspondiente de que el laudo está ejecutoriado.²⁴¹ En el presente caso, el juez parece confundir el acta de mediación con un laudo arbitral o con un contrato de transacción.

²⁴⁰ J. L. CABEZAS GUERRA: *Naturaleza...* op.cit. p. 51 – 52.

²⁴¹ El laudo arbitral se ejecutoria en el término de tres días de realizada la notificación a las partes, conforme lo dispone el Art. 30 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Sin embargo, el acta de mediación no debe esperar el paso del tiempo para ejecutoriarse, ya que nace ejecutoriada; por lo que no cabe ninguna razón del centro en el sentido de confirmar su ejecutoria. En el trámite citado, las partes debieron insistir tres veces en estos argumentos y conseguir un pronunciamiento del Director del Centro de Arbitraje y Mediación donde se realizó la mediación, antes de que el juez acepte la imposibilidad de cumplir con su providencia. Esta confusión jurídica demoró el proceso durante 414 días. En igual error se incurre en el proceso 623 ante el juzgado vigésimo tercero de lo civil de Pichincha, donde las partes fundan su demanda en el Art. 32 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación. El juez en su primera providencia también pide dar cumplimiento a lo estipulado en ese artículo, y las partes hacen todo lo posible por cumplir dicha providencia. Finalmente, la Subdirectora del Centro de Arbitraje y Mediación señala que “no es dable conferir razón de ejecutoria de las actas de mediación, pues no se trata de providencias judiciales, sino de acuerdos ante partes,” lo que juez y partes entendieron como cumplimiento de la providencia.

4.2.3.3 Cosa juzgada

La cosa juzgada o *res iudicata* es el litigio juzgado o el juicio dado sobre el litigio (lo que se ha decidido después del litigio), pero al mismo tiempo se refiere al efecto que tiene dicha decisión.²⁴² La cosa juzgada es “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”.²⁴³ Así pues, el acta de mediación viene a constituir una decisión final sobre un conflicto con una eficacia especial.

Al equiparar el acta de mediación a una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, esta acta adquiere ambos efectos de cosa juzgada formal y material, impidiendo la revisión del acta de mediación por un juez, y al mismo tiempo impidiendo tratar dentro de un proceso los hechos que llevaron al conflicto.²⁴⁴

²⁴² Cfr. F. CARNELUTTI: *Sistema...* op.cit. p. 316.

²⁴³ COUTURE citado en J. CASTILLO SANDOVAL: *La Cosa...* op.cit. p. 88 – 89.

²⁴⁴ La cosa juzgada, tradicionalmente se ha distinguido, entre cosa juzgada formal y material. Cosa juzgada formal se refiere a “la fuerza de la sentencia que impide su ataque, revisión o discutibilidad, o sea que es la inatacabilidad de la

“La doctrina, de manera unánime, estima que la cosa juzgada es una sentencia definitiva, inatacable e inmutable y coercible”.²⁴⁵ Así pues, el acta de mediación que contiene un acuerdo que pone fin al conflicto al tener el efecto de cosa juzgada, debe ser también obligatoria, definitiva, inatacable, inmutable y coercible.

El efecto práctico más importante de la cosa juzgada y, por tanto del acta de mediación, es el poner fin jurídicamente a un conflicto. En este sentido, se impide el inicio de un nuevo proceso judicial tendiente a revisar lo que ya se ha resuelto (*non bis in idem*).²⁴⁶ De acuerdo a Hugo Alsina, el fin perseguido por las partes en un proceso judicial es una declaración que decida **definitivamente** la cuestión litigiosa de tal suerte que no pueda volver a ser discutido.²⁴⁷ Así, es posible hablar del procedimiento de mediación, en el cual las partes también procuran una solución definitiva de la controversia a través de un acuerdo voluntario que “ponga fin al conflicto” (Art. 43, Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación).

El acta de mediación también es inatacable dado que no caben ataques ulteriores que busquen la revisión del conflicto resuelto, dando seguridad a la relación jurídica; es inmodificable en el sentido de que el juez no puede cambiar su contenido; y, es coercible en la medida en que es susceptible de ejecución forzada, aún en contra de la voluntad de una de las partes.

Así, Castillo Sandoval, reconoce dos funciones básicas a la cosa juzgada, una negativa que impide la existencia de juicios distintos que se opongan a los efectos de la sentencia, en este caso del acta de mediación, y una positiva que “constríne al juez a reconocer la

sentencia a través de un nuevo proceso” J. CASTILLO SANDOVAL: *La Cosa...* op.cit. p. 105, y aparece una vez que se han agotado o han precluido todos los recursos con que las partes cuentan para atacar una sentencia. Por otro lado, la cosa juzgada material o sustancial consiste en que “la causa petendi o hecho generador del derecho ejercitado en el primer juicio, no puede ser nuevamente examinado porque el hecho sentenciado resulta indiscutible y respecto a él, no es posible reabrir nueva discusión”. J. CASTILLO SANDOVAL: *La Cosa...* op.cit. p. 114.

²⁴⁵ J. CASTILLO SANDOVAL: *La Cosa...* op.cit. p. 87.

²⁴⁶ La cosa juzgada “[e]s la imposibilidad jurídica de resolver un litigio, que previamente ya fue sentenciado en definitiva.

La imposibilidad jurídica nace debido a que si la causa que origina un litigio, pudiera juzgarse más de una ocasión, generaría inseguridad jurídica, la cual pondría en grave peligro el orden público y la seguridad social” CHIOVENDA citado en J. CASTILLO SANDOVAL: *La Cosa...* op.cit. p. 79.

²⁴⁷ Cfr. ALSINA citado en J. CASTILLO SANDOVAL: *La Cosa...* op.cit. p. 86.

existencia de la cosa juzgada en todos su pronunciamientos”.²⁴⁸ José Roberto Junco Vargas mira este efecto negativo a través de la pérdida por parte del Estado de la potestad jurisdiccional por voluntad de la ley “bien sea porque ya tuvo la oportunidad de agotar un procedimiento (caso de las sentencias ejecutoriadas), ora porque la ley impide la procedibilidad de conocimiento (caso de la transacción y la conciliación)”.²⁴⁹

Ahora bien, un nuevo litigio no puede conocer sobre aquello que ya fue resuelto con autoridad de cosa juzgada. Por tanto, si una de las partes demandara a la otra sobre aquello que ya se resolvió en un acta de mediación, cabe siempre la excepción de cosa juzgada. El Art. 297 del Código de Procedimiento Civil dispone que:

Art. 297.- La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho.

Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no sólo la parte resolutive, sino también los fundamentos objetivos de la misma.²⁵⁰

De ahí, la importancia de que el acta de mediación determine con claridad las partes, y establezca una relación de los hechos que originaron el conflicto, conforme lo dispone el Art. 47 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, pues del análisis de estos puntos se podrá determinar si cabe o no la excepción de cosa juzgada.

Finalmente, cabe añadir que si la cosa juzgada se construye sobre dolo o falsedad ésta pierde su intangibilidad.

4.2.4 Negocio jurídico

El acta contiene un verdadero acuerdo de voluntades que, en principio, calza perfectamente en el concepto de negocio jurídico. Sin embargo, no todas las normas del Derecho Civil podrían aplicarse al acta de mediación en la medida en que ésta tiene unos

²⁴⁸ Cfr. en J. CASTILLO SANDOVAL: *La Cosa...* op.cit. p. 128.

²⁴⁹ JUNCO VARGAS citado en J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 137.

²⁵⁰ Este artículo delinea la triple identidad característica de la excepción de cosa juzgada: identidad subjetiva, objetiva y de causa. La identidad subjetiva se refiere a la intervención de las mismas partes actuando dentro de la misma calidad jurídica. En el caso de representación “la cosa juzgada dada contra el representante alcanza al representado, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que pudieran surgir entre ambos” COUTURE citado en en J. CASTILLO SANDOVAL: *La Cosa...* op.cit. p. 140. Adicionalmente, se consideran personas idénticas a los causahabientes en el derecho sobre el cual se decidió el pleito, a los codeudores solidarios y codeudores de cosa indivisible en J. CASTILLO SANDOVAL: *La Cosa...* op.cit. p. 156. La identidad objetiva se refiere al derecho subjetivo en juego en J. CASTILLO SANDOVAL: *La Cosa...* op.cit. p. 143. Y, la causa se refiere a la razón de la pretensión aducida en juicio, al fundamento inmediato del derecho, y para comprenderla se debe entrar a analizar la motivación de la sentencia en J. CASTILLO SANDOVAL: *La Cosa...* op.cit. p. 143 – 147.

efectos especiales traídos por la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación y constituye una forma de administración de justicia por parte de los particulares.

Tomando en cuenta que es importante reconocer que del procedimiento de mediación surge un verdadero negocio jurídico, distinto de otros negocios previstos en nuestro ordenamiento, este trabajo procurará diferenciarlo, reconociendo sus elementos esenciales y al mismo tiempo clasificándolo.

4.2.4.1 Elementos de la esencia

Conforme el Art. 1460 del Código Civil,²⁵¹ un contrato (puede extenderse a un negocio jurídico) tiene cosas que son de su esencia, de su naturaleza y puramente accidentales. Los elementos de su esencia son aquellos sin los cuales o no surte ningún efecto, o degenera en otro contrato diferente. Así pues, si el acuerdo del que tratamos es un negocio jurídico distinto de otros es menester que tenga elementos esenciales que le diferencien, los mismos que se analizan a continuación.

El Dr. José Luís Cabezas, quién analizó el tema en su tesis de grado, define al acuerdo de mediación como “una simple correspondencia de voluntades entre las partes con la asistencia de un mediador”.²⁵² Para él cualquier acuerdo que surja de un procedimiento de mediación merece la calificación de “acuerdo de mediación”. Así, los elementos esenciales de este tipo de acuerdo serían simplemente: 1) La intervención de un mediador; 2) La comparecencia personal de ambas partes a la audiencia; y, 3) La existencia de una oferta y una aceptación satisfactorias.²⁵³

Sin embargo, la mención que trae la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación de este acuerdo no coincide con la visión expuesta. Esta ley llega a configurar un negocio

²⁵¹ Art. 1460.- Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

²⁵² J. L. CABEZAS GUERRA: *Naturaleza...* op.cit. p.19.

²⁵³ Cfr. J. L. CABEZAS GUERRA: *Naturaleza...* op.cit. p.18.

jurídico con elementos esenciales específicos y que, por lo mismo, puede diferenciarse de otro tipo de negocios. Conforme al Art. 43 de dicha ley

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.

Ahora bien puede afirmarse que los elementos de la esencia de dicho acuerdo, sin los cuales o no surte ningún efecto o realmente degenera en otro tipo de negocio serían: 1) Que se derive de un procedimiento de mediación; 2) Que verse sobre materia transigible; 3) Que sea de carácter extra – judicial; 4) Que busque poner fin a un conflicto previo sostenido por las partes de forma definitiva; y, 5) Que esté recogido en un acta de mediación.

Que se derive de un procedimiento de mediación.- Realmente no hace falta decir nada con respecto a este punto. El negocio jurídico que trae la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación debe nacer en virtud de un procedimiento de mediación. Así, es necesaria la intervención de un mediador autorizado por un centro registrado en el Consejo Nacional de la Judicatura, que ha intentado, a través de una audiencia de mediación (que puede realizarse en una o más reuniones), acercar a las partes en conflicto a través de la aclaración mutua de las percepciones, la visión clara de los intereses y las opciones de arreglo mutuamente satisfactorias.

Que verse sobre materia transigible.- Al igual que en cualquier negocio jurídico, el acuerdo contenido en el acta de mediación debe versar sobre un objeto real, determinable, posible y lícito.

Pero más allá, este objeto debe ser transigible. La materia transigible es generalmente estudiada en relación al contrato de transacción, pues es transigible aquello sobre lo cual puede versar este contrato.

En principio “se puede transigir sobre toda clase de derechos cualquiera sea su especie y naturaleza...”.²⁵⁴ Valdés Sánchez considera que la materia objeto de transacción “está representada por todos aquellos bienes y servicios, de contenido patrimonial, sobre los cuales las partes están en capacidad legal de celebrar el acuerdo transaccional, bienes y

²⁵⁴ S. ANDRADE: *Derecho...* op.cit. p. 376.

servicios éstos cuya existencia e intercambio no deben ser contrarios a la ley, al derecho público de la Nación ni a las buenas costumbres”.²⁵⁵ Y, para José Luís Cabezas se trata de “bienes y derechos que son renunciables y transmisibles por acto entre vivos”.²⁵⁶

Pero al igual que la mayoría de legislaciones,²⁵⁷ la nuestra no dice claramente qué materia es susceptible de transacción, y más bien establece casos (no taxativos) sobre las cuales no procede la transacción (materia no transigible). Nuestro Código Civil menciona los siguientes:

1.- Conforme al Art. 2351 del Código Civil, no es posible transigir sobre acciones penales. Sin embargo, sí se lo puede hacer sobre la acción civil que se deriva del delito.

2.- Conforme al Art. 2352 del Código Civil, tampoco se puede transigir sobre el estado civil de las personas. Sin embargo es interesante verificar, como lo hace Valdés Sánchez, que sí se podría transigir sobre los deberes patrimoniales derivados del estado civil.²⁵⁸

3.- Merece especial atención el Art. 2353 del Código Civil, según el cual “La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los artículos 362 y 363”. De la lectura de este artículo podría entenderse que los alimentos futuros no constituyen materia transigible. Sin embargo, lo que verdaderamente quiere decir este artículo es que el contrato de transacción sobre alimentos requiere de aprobación judicial para surtir efectos. Norma que no es aplicable al acuerdo contenido en el acta de mediación, pues este acuerdo no es igual a un contrato de transacción. Inclusive, la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación se encarga de aclarar la posibilidad de que exista un acta de mediación sobre derechos alimentarios, pues el último párrafo del Art. 47 dispone que

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

Artículo que deja claro la posibilidad de que el acuerdo de mediación verse sobre alimentos y que, además, no exige ningún requisito adicional para que el acta de mediación

²⁵⁵ R. VALDÉS SÁNCHEZ: *La Transacción...* op.cit. p. 110.

²⁵⁶ J. L. CABEZAS GUERRA: *Naturaleza...* op.cit. p. 25.

²⁵⁷ Cfr. R. VALDÉS SÁNCHEZ: *La Transacción...* op.cit. p. 109.

²⁵⁸ Cfr. R. VALDÉS SÁNCHEZ: *La Transacción...* op.cit. p. 111.

en que conste este acuerdo surta plenos efectos. Pues bien, otorga al acta los mismos efectos que las sentencias en esta materia (su no ejecutoría), sin necesidad de aprobación judicial.

Sin embargo, cabe advertir, que si bien es posible llegar a un acuerdo de mediación sobre alimentos; el derecho a percibir alimentos no es transigible, conforme los términos del Art. 362 del Código Civil según el cual:

Art. 362.- El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse.

Así pues, el acuerdo podrá versar sobre el monto de los alimentos, la forma de pago y otras condiciones y sobre las pensiones alimenticias atrasadas, conforme el Art. 364 del Código Civil; pero en este acuerdo jamás se podrá renunciar, transigir, vender o ceder el derecho de percibir alimentos en sí mismo.

Cabe destacar que ya que el acta de mediación que versa sobre alimentos no debe ser aprobada por un juez, le correspondería al mediador controlar la legalidad de esta acta. De este modo se evita que el acta de mediación se vuelva ineficaz.

4.- Por último, para el Art. 2354 no vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen. En el primer caso podríamos encontrarnos frente a un interesante caso de materia intransigible. Y, es interesante, en la medida en que nuestro sistema generalmente permite que se celebren contratos sobre derechos ajenos. Para Valdés Sánchez esto se explica por cuanto la transacción es un contrato que pretende definir la controversia de tal suerte que resulta imprescindible que las partes que transen tengan la capacidad de disposición sobre los bienes transigidos,²⁵⁹ argumento que es perfectamente aplicable al acuerdo contenido en el acta de mediación.

En el segundo caso (derechos que no existen) nos encontramos simplemente ante la falta de objeto que es una causal de inexistencia de cualquier acto o negocio y que nada tiene que ver con la materia intransigible.

Que sea de carácter extra - judicial.- El acuerdo de mediación debe ser extra-judicial en la medida en que no surge de un proceso judicial, sino de un mecanismo alternativo. Esto lo diferencia significativamente de las actas de conciliación de Colombia.

²⁵⁹ Cfr. R. VALDÉS SÁNCHEZ: *La Transacción...* op.cit. p. 126.

Inclusive en casos de remisión judicial la resolución del conflicto se aleja de la decisión del juez para asentarse en las propias partes. Este carácter también refuerza la idea de que este acuerdo surge de un procedimiento esencialmente privado, llevado a cabo en función de la autonomía de la voluntad.

Que busque poner fin a un conflicto previo sostenido por las partes de forma definitiva.- El acuerdo contenido en el acta de mediación tiene como antecedente un conflicto, y su objetivo principal es poner fin a dicho conflicto de forma definitiva.

Este objetivo de poder terminar un conflicto de forma definitiva puede ser considerado el “fin directo e inmediato perseguido”²⁶⁰ por las partes el momento de celebrar el negocio. Es decir, que podría ser considerado su causa. Algunos autores como Vodanovic han considerado que este objetivo es causa del contrato de transacción. “La causa de la transacción, el fin que persiguen ambos contratantes, es la eliminación de la controversia, sea terminando el litigio pendiente o precaviendo uno eventual”.²⁶¹ Y en la medida en que el objetivo coincide con el acuerdo contenido en el acta de mediación, podría extenderse este concepto.

Ahora bien, en la medida en que la teoría de la causa no es el área más clara del Derecho Civil, podrían existir discusiones con respecto a la catalogación de este objetivo como la causa del contrato. Así, algunos autores consideran que este objetivo corresponde más bien al objeto²⁶² en el contrato de transacción,²⁶³ lo que por analogía podría extenderse al acuerdo contenido en el acta de mediación.

Pero más allá de la discusión relativa a la teoría de la causa, es indispensable reconocer que el acuerdo contenido en el acta de mediación debe buscar poner fin a un conflicto de manera definitiva. Este es un elemento esencial de dicho acuerdo. Así pues, se requiere la existencia de un conflicto previo.²⁶⁴ El acuerdo debe poner fin a la totalidad del conflicto, o al menos a una parte del mismo (distinguiéndose entre acuerdo total y parcial) con una

²⁶⁰ Cfr. G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA: *Teoría...* op.cit. p. 257.

²⁶¹ A. VODANOVIC citado en S. ANDRADE: *Derecho...* op.cit. p. 376.

²⁶² “El objeto de los actos jurídicos se *identifica con el contenido jurídico específico de ellos (objeto específico)*, o sea, con los efectos de dicha índole que están llamados a producirse, bien sea en razón de la voluntad de los agentes, o bien por ministerio de la ley”. G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA: *Teoría...* op.cit. p. 238.

²⁶³ Cfr. S. ANDRADE: *Derecho...* op.cit. p. 376.

²⁶⁴ La existencia del conflicto no deberá evaluarse desde una perspectiva legal, sino más bien desde una sociológica.

solución definitiva. La única manera de que la solución sea definitiva desde el punto de vista legal es que el acuerdo sea recogido en un acta de mediación con efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

Que esté recogido en un acta de mediación.- Es el criterio de José Luis Cabezas considera que “el redactar lo convenido en un Acta no es un elemento esencial del acuerdo, porque entre el acuerdo de mediación y el Acta que pide la Ley, existe una relación de causa y efecto...”.²⁶⁵ Y más adelante, el autor citado considera que el acuerdo al ser voluntario le permite ser verbal, o constar por escrito en un documento que no cumpla los requisitos del acta de mediación.²⁶⁶ A su modo de ver, estos acuerdos son jurídicamente válidos y deben surtir efectos jurídicos (aunque no los mismos que tiene el acta de mediación). Sin embargo, aquellos acuerdos verbales, dice, no podrán ser probados en juicio por razones de confidencialidad; mientras que los documentos que consten por escrito podrán surtir plena prueba ya que “lleva implícita la renuncia de las partes a la reserva o confidencialidad (...) el redactar un contrato escrito en la audiencia de mediación implica que las partes quisieron que exista prueba material de su acuerdo y este acuerdo pueda ser presentado en juicio de incumplirlo alguna de las partes”.²⁶⁷

En el presente estudio se coincide con José Luis Cabezas en la posibilidad de que a raíz de un procedimiento de mediación surjan acuerdos de voluntades que, por una u otra razón, no estén recogidos en un acta.²⁶⁸ Sin embargo estos acuerdos de voluntades no equivalen al negocio jurídico regulado por la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación. Cualquier acuerdo que se derive de un procedimiento de mediación y que no

²⁶⁵ J. L. CABEZAS GUERRA: *Naturaleza...* op.cit. p. 19.

²⁶⁶ J. L. CABEZAS GUERRA: *Naturaleza...* op.cit. p. 30.

²⁶⁷ J. L. CABEZAS GUERRA: *Naturaleza...* op.cit. p. 32. En este punto se debe tomar en cuenta el Art. 50 de la Codificación Ley de Arbitraje y Mediación según el cual “[l]as fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar”. Así que resulta discutible si un contrato escrito celebrado durante las audiencias de mediación puede significar una renuncia tácita a la confidencialidad y, ciertamente, es discutible si dicho contrato podría influir en un proceso judicial o arbitral posterior a la mediación, inclusive si se trata del cumplimiento de este contrato.

²⁶⁸ José Luis Cabezas se refiere expresamente a la posibilidad de alcanzar acuerdos que contienen “obligaciones legales generales” o más exactamente deberes, y los que contienen obligaciones morales. Se trataría de acuerdos que no cumplirían las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación, como versar sobre materia intransigible, derechos irrenunciables o ser verbales. Acuerdos que pueden ser alcanzados como herramientas de trabajo por psicólogos, trabajadores sociales, abogados o practicantes de leyes con la finalidad de acercar a las partes en conflicto. Cfr. J. L. CABEZAS GUERRA: *Naturaleza...* op.cit. p. 26.

conste en un acta de mediación, podrá llegar a ser absolutamente ineficaz en el mundo jurídico (si por ejemplo se trata sobre materia intransigible), o podrá eventualmente degenerar en algún negocio jurídico típico (si se adapta a los requisitos esenciales de dicho negocio) o eventualmente, en algún negocio atípico. Ello demuestra el hecho de que el acuerdo conste en un acta de mediación, es un elemento de su esencia.

Lo dicho por el autor citado podría llevar a la equívoca conclusión de que ‘acuerdos voluntarios’ equivale a ‘contratos consensuales’. No es posible afirmar que el acuerdo de mediación puede ser verbal debido a ‘su naturaleza voluntaria’. Todos los negocios jurídicos son voluntarios, lo que no implica que se perfeccionen por el simple consentimiento (contratos consensuales). El acuerdo de mediación del que trata la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación es voluntario (como cualquier acuerdo) pero es solemne (la voluntad de las partes se debe expresar en un acta de mediación). Este negocio jurídico tiene una forma determinada.

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 (Ley de Arbitraje y Mediación).

Más allá, el objetivo de este acuerdo es poner fin jurídicamente al conflicto (que también es un requisito de su esencia). Y la única forma de alcanzar este fin en la práctica es que el negocio sea recogido por un acta de mediación con efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. De tal suerte que si el acta fuese nula o inexistente, cualquier acuerdo no podrá surtir los efectos que la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación busca.

Adicionalmente, se puede decir que existe un verdadero deber jurídico de recoger el acuerdo en un acta de mediación. La Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación establece en los artículos 15 y 16 que el acuerdo al que se arribe en mediación se recoja en un acta a través de disposiciones imperativas:

Art. 15.- Una vez contestada o no la demanda o la reconvencción, el director del centro de arbitraje o el árbitro o árbitros independientes notificarán a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación a fin de procurar un avenimiento de las partes. En la audiencia podrán intervenir las partes, sus apoderados o representantes y podrán concurrir con sus abogados defensores. Esta audiencia se efectuará con la intervención de un mediador designado por el director del centro de arbitraje o el tribunal independiente, quien escuchará las exposiciones de los interesados, conocerá los documentos que exhibieren y tratará que lleguen **a un acuerdo que ponga término a la controversia, lo cual constará en un acta que contendrá exclusivamente lo convenido por las partes y no los incidentes, deliberaciones o propuestas realizadas en la audiencia.** El acta en la que conste la

mediación total o parcial de la controversia tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez ordinario acepte excepción alguna ni sea necesario iniciar un nuevo juicio (El énfasis es propio).

Y el artículo siguiente enfatiza el deber de recoger el acuerdo en un acta al disponer:

“Los acuerdos parciales a que arriben las partes en la audiencia de mediación **serán aprobados conforme a lo previsto en el artículo anterior**” (El énfasis es propio).

Finalmente, cabe decir que también hay un deber moral de las partes de firmar el acta de mediación si el servicio suministrado por el centro de mediación ha sido suficientemente efectivo como para alcanzar un acuerdo. Lamentablemente algunos abogados que prefieren generar un documento privado con el acuerdo alcanzado, y así evadir los costos del servicio de mediación prestado. Esta conducta no es ética en la medida en que el centro de mediación ha prestado un servicio que debe ser pagado.

4.2.4.2 Clasificación

Principal.- Conforme el Art. 1458 del Código Civil, el acuerdo contenido en el acta de mediación es principal en la medida en que no requiere de otras convenciones para subsistir y habitualmente genera obligaciones principales; tampoco está concebido para asegurar el cumplimiento de una obligación principal de tal suerte que no pueda vivir sin ella.

A pesar de esto, Gil Echeverry considera que el acuerdo conciliatorio no es una relación jurídica autónoma y principal “sino que forma parte del proceso conciliatorio. (...) Así como el precio es apenas uno de los elementos y corresponde a una cláusula del contrato de compraventa, la *fórmula de avenimiento (transacción, compraventa, mutuo)* también corresponde a uno sólo de los elementos o cláusulas que debe contener toda acta de conciliación”.²⁶⁹ En este sentido el acuerdo formaría parte del acta de mediación y correspondería solamente a una parte de dicha acta, en una suerte de relación accesoria a principal: “Existiendo una íntima conexión entre la conciliación o acuerdo conciliatorio y el contrato recogido como

²⁶⁹ J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 145.

fórmula de avenimiento para zanjar las diferencias, y sin perjuicio de la dependencia entre lo principal (el acta de conciliación) y lo accesorio (el contrato incluido en el acta)".²⁷⁰

Pero la relación de accesorio a principal de la que se trata es de un negocio jurídico a otro, no de un negocio jurídico a un acta que es el documento que lo contiene. El negocio jurídico contenido en el acta es principal, en principio, pues puede subsistir por sí mismo. La necesidad de que el acuerdo no se empape de los beneficios del acta de mediación (cosa juzgada y sentencia ejecutoriada) si el acta carece de algún requisito que la anule (como busca el autor citado) no se resuelve por la relación de accesorio a principal, sino por la formalidad que requiere este negocio jurídico de estar contenido en un acta de mediación válida.

De libre discusión.- El acuerdo que contiene el acta de mediación es de libre discusión, es decir que ambas partes tienen libertad de negociar las cláusulas del contrato por igual. De hecho, este es el objetivo del procedimiento de mediación, en el cual las dos partes puedan ver satisfechos sus respectivos intereses a través de la creación de acuerdos personalizados.

Bilateral.- El acuerdo que se recoge en el acta de mediación es un negocio jurídico bilateral por lo menos. Es decir, que "se deriva de las declaraciones de voluntad de dos partes".²⁷¹ Y puede ser plurilateral si contiene la declaración de voluntad de tres o más partes.²⁷² De allí que este acuerdo, al ser un negocio bilateral, recibe el nombre de convención ya que se trata de "el acuerdo de las voluntades de dos o más partes con el objeto sea de crear obligaciones, sea de modificar o extinguir otras preexistentes".²⁷³

Puede ser un Contrato.- Si esta convención en lugar de extinguir o modificar obligaciones, las crea recibirá el nombre de contrato,²⁷⁴ esto en la medida en que el contrato es una convención que crea obligaciones. A pesar de ello, Gil Echeverry considera que "el acuerdo conciliatorio no trastoca su condición en contractual, cuando la

²⁷⁰ J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 163.

²⁷¹ A. ALESSANDRI, M. SOMARRIVA Y A. VODANOVIC: *Tratado...* op.cit. p. 175.

²⁷² Cfr. A. ALESSANDRI, M. SOMARRIVA, Y A. VODANOVIC: *Tratado...* op.cit. p. 175.

²⁷³ A. ALESSANDRI, M. SOMARRIVA Y A. VODANOVIC: *Tratado...* op.cit. p. 176.

²⁷⁴ Cfr. A. ALESSANDRI, M. SOMARRIVA Y A. VODANOVIC: *Tratado...* op.cit. p. 176.

fórmula de avenimiento establecida por las partes, por sí misma, constituya un contrato. Podría afirmarse que la conciliación recoge un acuerdo contractual, pero no que corresponde a un contrato...”.²⁷⁵ Probablemente esta confusión del autor se debe a su intención, con la que coincide este trabajo, de distinguir entre el acuerdo derivado de un proceso de mediación con el contrato típico que probablemente dicho acuerdo asuma (por ejemplo, el acuerdo al que se llega en el contrato de mediación puede tener la forma de un mutuo, sin que por eso pueda decirse que se trate de un mutuo pues se trata de un acuerdo de mediación). Dejando a salvo la necesidad de distinguir lo uno de lo otro si el acuerdo crea obligaciones recibirá el nombre de contrato, pues calza perfectamente en dicha definición.

A su vez, este contrato podrá ser unilateral, si crea obligaciones para una sola parte; o bilateral si las crea para ambas partes, lo que lo diferencia significativamente de la transacción.

Solemne.- El acuerdo que contiene el acta de mediación es solemne. Se perfecciona al ser recogido por escrito en un acta de mediación que cumpla con todos los requisitos de ésta. Estos requisitos están determinados por el segundo inciso del Art. 47 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación. Así, el acta deberá contener 1) una relación de los hechos que originaron el conflicto; 2) una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes; 3) las firmas o huellas digitales de las partes; y, 4) la firma del mediador.

Como se ha mencionado, esta solemnidad es un elemento de la esencia del acuerdo de mediación, sin ella podrá degenerar en cualquier otro tipo de negocio jurídico a cuyos requisitos se adapte (Art. 1460, Código Civil). Más allá, el acuerdo del que se trata aquí, solamente podrá cumplir su objetivo de poner fin jurídicamente al conflicto (que también es un elemento de su esencia), si es recogido por un acta de mediación con el efecto de cosa juzgada:

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

²⁷⁵ J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 15.

carácter extra – judicial y **definitivo, que ponga fin al conflicto.** (Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, el énfasis es propio).

De allí que este negocio jurídico se perfeccionará por la solemnidad del acta.

4.2.4.3 Derecho que regirá al negocio

Dada la flexibilidad otorgada a las partes para resolver sus conflictos de la forma que consideren mejor, el acuerdo contenido en el acta de mediación podrá adoptar la forma de cualquier negocio típico. Pero siempre que este acuerdo cuente con los elementos esenciales anteriormente detallados se tratará de un verdadero acuerdo de mediación, y no recibirá el nombre del contrato típico cuya forma asuma.

Así lo ha entendido Gil Echeverry, para quien, el acuerdo es una parte del acta de conciliación y puede adoptar la forma de cualquier negocio típico, como una compraventa, un mutuo, una transacción, etc. con tal de que tenga la virtud de poner fin al conflicto. “[E]l acuerdo conciliatorio siempre constituye un negocio jurídico nominado, autónomo, revestido de las más diversas formas, solo limitadas por la imaginación de los abogados o de las partes”.²⁷⁶

Ahora bien, el derecho que rige el negocio típico deberá también regir el acuerdo al que se ha arribado mediante mediación.

Pero la ley del acuerdo solamente rige en cuanto a la determinación, alcance, validez, eficacia e interpretación de la fórmula compositiva y en relación con los derechos y obligaciones que esta supone, pero no rige como la ley marco o rectora del negocio jurídico denominado acta de conciliación. Se repite, solamente se tiene como términos de referencia para la aplicación e interpretación de la “cláusula” que la ley denomina “acuerdo”.²⁷⁷

Esta remisión a las normas propias del negocio que contienen debe entenderse también bajo el numeral 7 del Art. 18 del Código Civil. Pero las normas propias del negocio típico deberán aplicarse en tanto en cuanto no afecten las características esenciales del acuerdo de mediación.

²⁷⁶ J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 16.

²⁷⁷ J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 146.

4.3 Criterios para determinar los efectos y requisitos

Dada la naturaleza original del acta de mediación, que de alguna forma mezcla características procesales y civiles, resulta algo confuso determinar sus efectos. En los capítulos anteriores se ha evidenciado la dificultad que existe para dotarle de uno u otros efectos en la práctica, pues todos ellos parecen tener sentido según se conciba al acta como sentencia o como negocio jurídico. Tratándose de un instrumento original, tampoco resultará siempre sencillo determinar cómo debe operar el acta de mediación.

Pero más allá de la naturaleza del acta, se conciben al menos dos criterios que pueden ayudar a determinar los efectos prácticos que el acta de mediación debería tener. El primero es la función que cumple el procedimiento de mediación, que es básicamente el de acercar a las partes en conflicto en la búsqueda de soluciones que satisfagan de mejor manera los intereses de éstas. De allí que la satisfacción de los intereses será el primer criterio a considerar. El segundo criterio es tomado del Doctor Eduardo Silva Romero, para quien el arbitraje (y aquí se hace extensivo a todos los MASC) se ha concebido bajo la corriente filosófica del pragmatismo, por lo cual se busca su eficacia y aplicación práctica sin ninguna dilación.²⁷⁸

4.3.1 Satisfacción de intereses

La mediación es antes que nada una respuesta al conflicto. Surge desde la teoría del conflicto y busca acercar a las partes, reestablecer relaciones y educarlas en cómo manejar por sí mismas sus problemas. Concebida así, la mediación llega a ser una especie de tratamiento grupal que ofrece resultados interesantes.

El éxito de la mediación no se mide en función de si se ha alcanzado o no un acuerdo. Pero en la hipótesis de que se alcance un acuerdo, éste debe reflejar un procedimiento en donde se ha reestablecido la confianza y ha mejorado de alguna forma la relación entre las partes. Como acuerdo, debe sobre todo satisfacer a ambas partes, tomando en cuenta sus intereses.

²⁷⁸ Cfr. E. SILVA ROMERO: *El Vínculo del Sistema Arbitral Internacional y la Contratación Estatal: El Papel del Estado y la Competencia Arbitral*, Seminario organizado por la Cámara de Comercio de Quito el 27 de Octubre del 2006.

Si es así, el acuerdo se cumplirá voluntariamente y sin que las partes presenten problemas.

En caso de que el acuerdo deba cumplirse por la vía coactiva, sin embargo, podríamos llegar a pensar que existieron deficiencias en el procedimiento de mediación, pues el acuerdo no ha alcanzado a reflejar los objetivos del mecanismo.

Los efectos que se apliquen al acuerdo de mediación no deben perder de vista que este acuerdo es sobre todo una solución conjunta en función de los intereses de ambas partes.

4.3.2 El pragmatismo

El pragmatismo es una corriente filosófica que tuvo su máxima fuerza a mediados del siglo XIX y a inicios del XX, en Estados Unidos, entre cuyos expositores más destacados se encuentran Charles S. Pierce y William James.²⁷⁹ Bajo la corriente del pragmatismo, las ideas son concebidas como planes de acción consideradas verdaderas siempre que las acciones derivadas de estas ideas, funcionen en la práctica y logren cambios en la realidad.²⁸⁰

El Pragmatismo se caracteriza por la insistencia en las consecuencias, utilidad y practicidad como componentes esenciales de la verdad. El pragmatismo se opone a la visión de que los conceptos humanos y el intelecto representan la realidad, y por lo tanto se contraponen a las escuelas filosóficas del formalismo y el racionalismo. (...) El pragmatismo no sostiene, sin embargo, que todo lo que es útil o práctico deba ser considerado como verdadero, o cualquier cosa que nos ayude a sobrevivir meramente en el corto plazo; los pragmáticos argumentan que aquello que debe ser considerado como verdad es lo que más contribuye al mayor bienestar humano en el más largo plazo.²⁸¹

Para William James, el pragmatismo “se aleja de abstracciones e insuficiencias, de soluciones verbales, de malas razones *a priori*, de principios inmutables, de sistemas cerrados y de pretendidos “absolutos” y “orígenes”. Se vuelve hacia lo concreto y adecuado, hacia los hechos, hacia la acción y el poder. (...) Significa el aire libre y las posibilidades de la Naturaleza contra los dogmas, lo artificial y la pretensión de una finalidad en la verdad”.²⁸² El pragmatismo implica la actitud de alejarse de las categorías,

²⁷⁹ ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN HISTORY: “Pragmatism” disponible en: <http://www.answers.com/topic/pragmatism> {14 de abril de 2007}.

²⁸⁰ ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN HISTORY: “Pragmatism...” op.cit.

²⁸¹ WIKIPEDIA: “Pragmatismo”, disponible en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Pragmatismo> {14 de abril de 2007}.

²⁸² W. JAMES: *Pragmatismo*, Aguilar Argentina S.A., Buenos Aires, 1975, p. 56.

los dogmas, las supuestas necesidades y busca más bien mirar hacia los resultados, las consecuencias y los frutos.²⁸³

Han surgido ya algunas críticas al pragmatismo, que no es adecuado tratar en esta tesis. Solamente rescataremos que lo que es útil y provechoso no necesariamente es verdad.²⁸⁴

A finales del siglo XX el pragmatismo revivió en disciplinas distintas de la filosofía.²⁸⁵ Y ahora parece tener aplicación en los MASC. Para el Dr. Eduardo Silva Romero, las teorías aplicables al arbitraje internacional se derivan de esta corriente filosófica. En este sentido, estas teorías se han apartado fuertemente de importantes dogmas jurídicos, convirtiéndose en respuestas jurídicas a problemas prácticos que buscan crear nuevos dogmas que logren resultados eficaces.²⁸⁶

La brillante exposición del Dr. Eduardo Silva Romero aplicable al arbitraje internacional, puede también extenderse a todos los MASC. Estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre los que fácilmente cabe la mediación, buscan alcanzar soluciones eficientes y rápidas para las partes; alejándolas de resoluciones judiciales que tienden a demorar, implicar grandes gastos y ser poco satisfactorias.

Conforme a la corriente pragmática, los efectos no deberían surgir de dogmas previos, o ideas preexistentes; sino que deberían concebirse en función de lo que resulte eficaz y logre verdaderos cambios en la realidad. Así por ejemplo, los efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, en conjunto con la especial fuerza que la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación dota al acta de mediación parecen tener esta visión: alcanzar resultados eficaces y rápidos en la práctica. De otro modo, ¿cómo puede entenderse que la ejecución de las actas de mediación sea igual que el de las sentencias? De la misma forma deben entenderse los demás efectos propios del acta de mediación, buscando siempre soluciones eficaces y prácticas para las partes en conflicto que, de cierto modo, les alejen del mundo jurídico formal en el que vivimos y que no todos pueden comprender.

²⁸³ Cfr. W. JAMES: *Pragmatismo...* op.cit. p. 58.

²⁸⁴ G. TORROELLA: "El Pragmatismo", Revista cubana de filosofía, Vol. 1, No. 1, junio - julio de 1946, disponible en: <http://www.filosofia.org/hem/dep/rcf/n01p024.htm> {6 de mayo de 2007}.

²⁸⁵ ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN HISTORY: "Pragmatism" disponible en: <http://www.answers.com/topic/pragmatism> {14 de abril de 2007}.

²⁸⁶ Cfr. E. SILVA ROMERO: *El Vínculo del Sistema Arbitral Internacional y la Contratación Estatal: El Papel del Estado y la Competencia Arbitral*, Seminario organizado por la Cámara de Comercio de Quito el 27 de Octubre del 2006.

4.4 Efectos

4.4.1 Ejecución del acta de mediación

Como se ha mencionado ya, el Art. 47 de la Codificación de Ley de Arbitraje y Mediación establece que las actas de mediación deberán ejecutarse del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio. El trámite deberá ser entonces conforme se detalló en el capítulo II.

No obstante, se advierte algo de confusión sobre cómo deben ejecutarse actas de mediación sujetas a condición, o si pueden siquiera ser ejecutadas como sentencia. Se iniciará señalando que los acuerdos de mediación arribados por las partes pueden estar sujetos a una condición suspensiva sin ningún problema. Esto es resultado de la flexibilidad del acuerdo y de la opción que las partes consideren mejor para la satisfacción de sus intereses. Sin embargo, es obligación del mediador el alertar a las partes con respecto a la dificultad conceptual y práctica que podrá traer en los tribunales la existencia de una condición al momento de la ejecución del acta. Se han visto al menos dos casos contrapuestos. El primero es la causa 055 – 2006²⁸⁷ ante el juzgado 19 de lo civil de Pichincha. En este caso el juez siguió el trámite de ejecución del acta de mediación a pesar de que ésta contenía una condición suspensiva, en la medida en que el ejecutante adjuntó a la solicitud de la ejecución pruebas del cumplimiento de la condición que daba lugar a la verificación del hecho. El segundo es la causa 828 – 2005 presentada ante el juzgado 24 de lo civil de Pichincha. En este caso la exigibilidad de las obligaciones estaba condicionada a un informe pericial que no se adjuntó a la solicitud de ejecución. El juez se abstuvo de dar trámite. En ambos casos, al parecer, los jueces han actuado correctamente. Ahora bien, de lo que parece estar sucediendo en los juzgados, referente a la ejecución de este tipo de actas, sería necesario aparejar a la solicitud de ejecución, pruebas del cumplimiento de la condición para verificar que las obligaciones son exigibles.

²⁸⁷ El acta de mediación llevada entre Ecuatoriana de Aviación y Exxonmobil establecía que Ecuatoriana de Aviación mantenía una deuda con Exxonmobil, pero la exigibilidad de la misma se hizo depender de el reinicio de operaciones de Ecuatoriana de aviación dentro de los 180 días siguientes a la firma del acta (condición). Si se verificaba el hecho, Ecuatoriana debía presentar una propuesta de pagos de la deuda. Si el hecho no se verificaba, la deuda sería inmediatamente exigible. Efectivamente Ecuatoriana no inició sus operaciones.

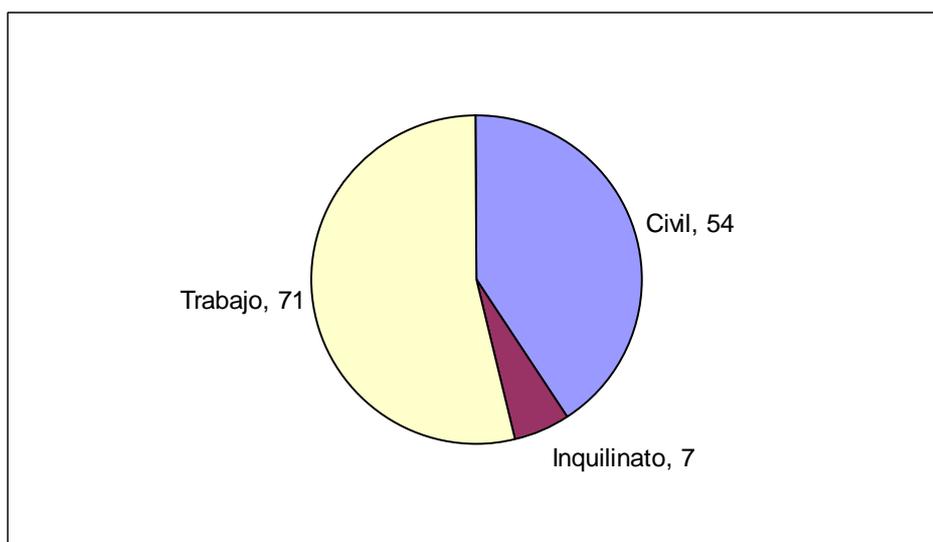
La Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación también establece que las únicas excepciones aceptables en este trámite serán las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación. Conforme se citó en el Capítulo II, estas excepciones se refieren a la extinción de la obligación o modificación de la misma, siempre que se prueben en la contestación a través de documento público, documento privado reconocido o confesión judicial, conforme las disposiciones del Código de Procedimiento Civil aplicables a las sentencias.

Bajo el espíritu de la actual Codificación de Ley de Arbitraje y Mediación no cabe la excepción de contrato no cumplido, a pesar de que ésta se origine con posterioridad al acta de mediación. Esto lo detallaremos más adelante.

En cuanto a la nulidad del acta de mediación, la excepción de nulidad será pertinente siempre que se apareje a ella una sentencia que haya declarado la nulidad. Sin embargo, queda por preguntarse si el ejecutado podría alegar que el acta está viciada de nulidad en el trámite de ejecución.

Del registro que se mantiene en el área informática de la Función Judicial de Pichincha se desprende que entre el 29 de agosto de 2001 y el 29 de septiembre de 2006 se habían presentado un total de 132 solicitudes de ejecución de actas de mediación en Quito. Estas ejecuciones se distribuyen entre civiles, inquilinato y trabajo conforme el siguiente cuadro:

Gráfico 1
Solicitudes de ejecución de actas de mediación
29 Agosto 2001 – 29 Septiembre 2006



Fuente: Función Judicial de Pichincha

Elaboración: Propia

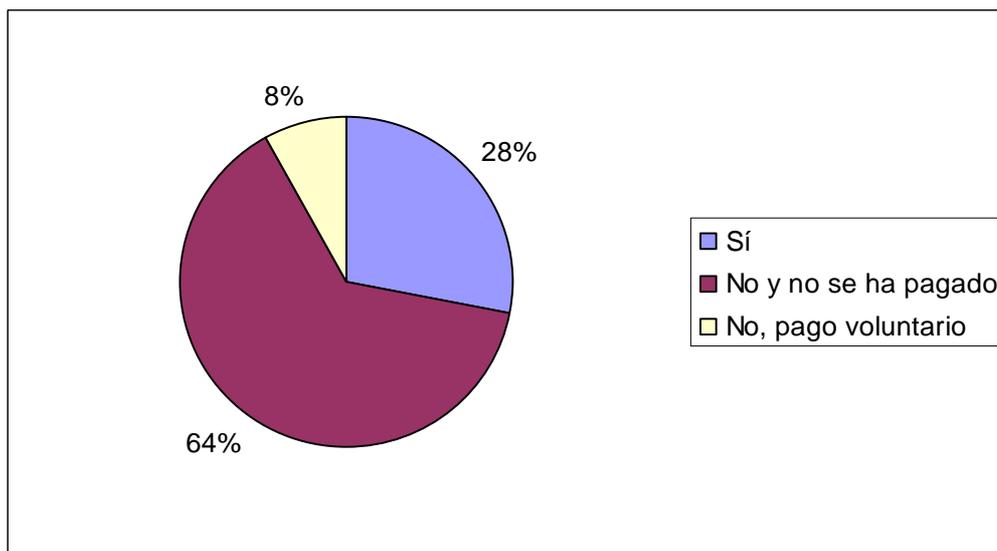
De un total de 54 casos de ejecución de actas de mediación en materia civil, se analizaron 26, las mismas que corresponden a un 48.14% del total de ejecuciones de actas de mediación en esta materia, y al 19.7% del total de ejecuciones de actas de mediación. De estos 26 casos se obtuvieron los siguientes datos: Un 69% de los casos contenían un mandamiento de ejecución, el restante 31% no lo contenía, la principal causa de esta falta fue el no haber completado la solicitud conforme el requerimiento de la primera providencia del juez. La media de días transcurridos entre la solicitud y el mandamiento de ejecución es 61.05 (desviación estándar: 99.01), el mayor número de días fue de 414 y el menor de 3. La media de días transcurridos entre la solicitud y la última providencia es de 188.23 (desviación estándar: 199.79), el mayor número de días es de 802 y el menor es de 1.

Estos datos no tienen gran valor descriptivo debido a las grandes desviaciones estándares y los grandes rangos. Pero vale decir que la mayoría de los jueces sí inicia bien

los procedimientos dictando mandamientos de ejecución. Igualmente, en la mayoría de casos el tiempo del trámite de ejecución es relativamente corto. En los pocos casos que los períodos se extienden preocupantemente se deben a errores graves de los jueces (como solicitar el certificado de ejecutoría del acta de mediación) o incidentes inútiles de las partes (como por ejemplo impugnar decisiones acertadas del juez en cuanto a la nulidad en lugar de sustanciar el caso desde donde se declaró la nulidad).

Por último, en un 8% de los casos las partes pagaron de manera voluntaria, en un 28% se obtuvo embargo y en un 64% no se ha obtenido ni un embargo ni un pago conforme se desprende del siguiente cuadro:

Gráfico 2
Embargo
29 Agosto 2001 – 29 Septiembre 2006



Fuente: Función Judicial de Pichincha

Elaboración: Propia

Algunos de los casos, sin embargo, continúan sustanciándose y otros han sido abandonados.

4.4.2 La condición resolutoria tácita

Tal vez el punto con respuesta más difícil sea precisamente el de la condición resolutoria tácita.

Por un lado, no se debe olvidar que el acta de mediación, al surgir de un mecanismo alternativo de administración de justicia, tiene efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. Como tal se convierte en la decisión final que las partes han dado a un conflicto, surte efectos irrevocables y no puede ser alterada de ninguna forma por un juez. Su eventual resolución, al igual que en el caso de las sentencias, atentaría gravemente contra la seguridad jurídica consagrada por la institución de la cosa juzgada. Es más, si la jurisprudencia ecuatoriana se niega a resolver contratos de transacción por su efecto de cosa juzgada, con mayor razón deberá negarse a resolver actas de mediación que tienen además el efecto de sentencia ejecutoriada. Más allá, uno de los elementos esenciales del acuerdo de mediación es que éste sea definitivo en la resolución del conflicto, la inclusión en el acuerdo de cualquier tipo de condición resolutoria (ordinaria o tácita) significaría un atentado grave contra un elemento esencial del mismo. La excepción de contrato no cumplido, contraparte de la acción resolutoria, atentaría además contra el procedimiento de ejecución establecido para las actas de mediación, pues convertiría a dicho procedimiento casi en un trámite ordinario. Así pues, la aplicación de la condición resolutoria tácita y la excepción de contrato no cumplido parecen contradecir al espíritu de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación que busca otorgar al acta una fuerza y una eficacia especial, duradera en el tiempo.

Por otro lado, también es importante reconocer que la institución de la condición resolutoria tácita no busca otra cosa que la protección de intereses de la parte afectada. Y es que puede suceder que el cumplimiento tardío del acuerdo sea ya inútil para la otra parte; de este modo, limitar sus acciones a la ejecución del acuerdo pierde de vista los posibles intereses legítimos de esta parte. Más allá, es posible que la parte afectada simplemente quiera salir del acuerdo por haber visto traicionada la confianza reconstruida en el procedimiento de mediación y en virtud de la cual firmó el acuerdo. Así, la posibilidad de que se aplique la condición resolutoria tácita constituye una protección de los intereses de quién ha visto, en su perjuicio, vulnerada el acta de mediación.

Si el acta de mediación no se cumple, es posible que de alguna manera no haya satisfecho los intereses y necesidades de las partes, dejando mucho que desear del

procedimiento de mediación del cual surgió dicha acta. Más allá, si se solicita la resolución en lugar del cumplimiento, se podría decir que no satisfizo los intereses de al menos una de las partes y que no ha servido para terminar realmente el conflicto.

No es sencillo determinar qué resulta más conveniente para las partes y para la institución de la mediación en sí misma. Del contenido de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación parece imposible considerar actualmente la aplicación de la condición resolutoria tácita y cabría solamente su ejecución.

Pero la ley también debería prever la posibilidad de que el procedimiento de mediación falle en la satisfacción de los intereses de las partes y que la ejecución del acuerdo en un momento dado resulte mucho más perjudicial que su resolución. Y de allí que tal vez valga la pena que la ley contemple, de forma excepcional, la posibilidad de aplicar la condición resolutoria tácita en circunstancias en las cuales el cumplimiento literal del acta no satisface ya los intereses de la parte afectada por el incumplimiento (debiendo probarse este particular). Como contraparte, si se demanda la ejecución, al ejecutado le tocará demandar, a su vez, la ejecución. La presentación de la excepción de contrato no cumplido deberá tener, al igual que la condición resolutoria tácita, un tratamiento particular. Así, la ley debería establecer un término sumario (que podría ser, por ejemplo, de tres días) para que se pruebe tanto el incumplimiento cuanto el interés del excepcionante en la resolución; y de no probarse el particular en este tiempo, se debería establecer una multa a la parte que impuso la excepción por retardar la justicia.

4.4.3 Solemnidades adicionales en el caso del acta de mediación

Para la existencia y validez del acta de mediación no se requiere ningún elemento adicional a los contemplados por la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación. El acta debe contar con los antecedentes que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes, las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador, conforme el Art. 47 de dicha ley. Con estos elementos el acta de mediación tendrá ya los efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada que le otorga la ley. El acuerdo, además, debe contar con los elementos de la esencia previamente descritos y los requisitos de validez aplicables a cualquier negocio.

Así pues, formalidades requeridas a las sentencias por el Código de Procedimiento Civil no deben ser incluidas de forma mandatoria en el acta de mediación. Aunque pueden eventualmente resultar útiles, su omisión no acarreará ninguna consecuencia jurídica.

Por otro lado, el acta de mediación y el acuerdo contenido en ésta tampoco requieren de las solemnidades previstas para los contratos para su existencia o validez (dependiendo de la línea de pensamiento que se siga). Así por ejemplo, si el acuerdo contenido en el acta establece la obligación de tradir un bien inmueble, el acuerdo existe y es válido. Hay una imposibilidad jurídica de que el acta se eleve a escritura pública en sí misma. El acuerdo será, por tanto, siempre válido.

Igualmente será válido el acuerdo contenido en el acta de mediación con respecto a la liquidación de la sociedad conyugal, sin necesidad de que éste cuente con la aprobación del juez; pues, como se ha citado previamente, este caso constituye un acuerdo distinto del celebrado mediante escritura pública, sobre el cual no se exige aprobación judicial.

Ahora bien, es una cosa distinta el hecho de que si un acuerdo de este tipo podrá o no surtir efectos en la práctica. Para comprender mejor estos efectos pasaremos a ver como funcionan en Colombia, y cómo están funcionando estos casos en el Ecuador.

4.4.3.1 Doctrina colombiana

La ley colombiana no da al acta de conciliación el efecto de sentencia ejecutoriada como lo hace la legislación ecuatoriana. Así pues, el autor colombiano Gil Echeverry ha encontrado una vía alternativa para decir que el acta de conciliación no requiere de ninguna solemnidad adicional para ser inscrita en el Registro de la Propiedad en caso de inmuebles. Él considera que la ley 640 colombiana, ha dado a los conciliadores una función ‘notarial’ ya que ellos están habilitados para expedir copias auténticas de las actas de conciliación. Estas copias prestan mérito ejecutivo y producen efecto de cosa juzgada. Esta función notarial puede ser también atribuida a los mediadores y centros de mediación

en el Ecuador.²⁸⁸ Esto, sumado al hecho de que en Colombia los conciliadores tienen potestad jurisdiccional, otorga al acta de conciliación el carácter de instrumento público.

La calidad de instrumento público del acta de conciliación expedida por un conciliador de centro privado, o por un funcionario público en ejercicio de sus funciones de conciliador, tiene la virtud de **reemplazar la formalidad de la escritura pública o documento privado autenticado que la ley requiere para determinadas convenciones**. De esta forma, aunque la ley establezca como principio general que se requiere la escritura pública para la transferencia de inmuebles, si en el acuerdo conciliatorio se acordó el traspaso de la casa a favor de uno de los conciliantes, o se decidió la división de una comunidad sobre una finca, el acta de conciliación será el instrumento idóneo para ser inscrito en la oficina de registro de instrumentos públicos competentes. (...) La **Superintendencia de Notariado y Registro ya se ha pronunciado favorablemente en este sentido**, según la siguiente doctrina: “La conciliación es un acuerdo en el que las partes interesadas, con la intervención y autorización de un funcionario conciliador, toman una decisión definitiva en torno a una disputa por sus intereses. El acuerdo conciliatorio se plasma en un acta de conciliación. Esta acta es la providencia que tiene la constancia escrita de la manera en que dos o más personas han compuesto sus conflictos ante una autoridad habilitada como tal por las partes.

De esta forma, la diligencia de conciliación es el trámite realizado ante una persona investida de una potestad pública orientada a poner fin a un conflicto entre particulares. Tal actuación constará en un acta que tendrá el carácter de una providencia extendida por las partes interesadas en solucionar sus controversias, con la intervención del funcionario conciliador quien propone fórmulas de arreglo y autoriza su legalidad.

El acta de conciliación es entonces el documento público en el cual se provee a la solución de un conflicto por intermedio de un conciliador habilitado por las partes”.²⁸⁹

4.4.3.2 Criterio del registro de la propiedad de Pichincha

El Registro de la Propiedad de Pichincha no es tan progresista, pero tiene una concepción interesante sobre cómo deben surtir efectos las actas de mediación. En una consulta realizada al Registro de la Propiedad sobre este tema el día 24 de noviembre del 2006 se obtuvieron las siguientes conclusiones por parte del Dr. Guido Mantilla. Ante el interrogante de si el acta de mediación requiere de una solemnidad adicional para ser inscrita en el Registro de la Propiedad se señaló que dependería del tipo de acuerdo que dicha acta contenga. Así por ejemplo, si se trata de una liquidación de una sociedad conyugal, o una partición de inmuebles, en donde una sentencia podría servir de título adecuado, el acta debería ser protocolizada (conforme la práctica común con las sentencias), contar con los documentos habilitantes adicionales (entre los que incluyen la aprobación judicial para el caso de liquidación de sociedad conyugal) y sería inscrita

²⁸⁸ La Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana tiene normas, que a semejanza con la ley colombiana, pueden llevar a la conclusión que los mediadores y los Centros de Mediación tienen una función ‘notarial’. Así, el Art. 47 de dicha ley, conforme se analizó anteriormente, establece que la firma del mediador da el carácter de documento auténtico al acta de mediación. Así mismo, el Art. 48 del mismo cuerpo legal dispone que “El centro de mediación o el mediador independiente tendrá la facultad para expedir copias auténticas del acta de mediación”. Conforme la interpretación mencionada, la función ‘notarial’ del mediador y del centro, podría suplir la necesidad de escritura pública del acuerdo, si éste versa sobre bienes inmuebles.

²⁸⁹ J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 146 – 147, el énfasis es propio.

directamente en el Registro de la Propiedad. Esto en virtud del efecto de sentencia ejecutoriada que tiene el acta de mediación. Por otro lado si el acuerdo que contiene el acta de mediación no podría estar contenido en una sentencia, el acta en sí misma no serviría de título adecuado. Así por ejemplo, si el conflicto se resuelve mediante una compraventa, se requeriría que el acuerdo se celebre por escritura pública nuevamente. Esta escritura pública serviría de título adecuado para ser inscrito en el Registro de la Propiedad.

La interpretación dada se basa en que el acta de mediación solamente podrá ser inscrita en el Registro de la Propiedad en sí misma cuando tiene como antecedente un conflicto. Sin embargo esta visión del conflicto es eminentemente jurídica, conforme se citó previamente. Y bajo esta visión del conflicto, la solución debería adaptarse a la prevista por el ordenamiento jurídico. Esta interpretación no da mucho espacio a la creatividad, propia de los procedimientos de mediación, y que nacen de una perspectiva del conflicto mucho más amplia y de la concepción de que es posible imaginar incontables posibilidades de solución.

4.4.3.3 Necesidad de regulación

De lo dicho anteriormente ha quedado evidenciado que el tratamiento que debe recibir el acta de mediación en esta clase de acuerdos no está para nada claro. Más allá, la tradición predominantemente formalista, tarde o temprano, dejará sin efecto los acuerdos a los que se han arribado en mediación, sobre la base de que deberían constar por escritura pública. Inclusive se puede llegar a desvirtuar la fuerza que la ley quiso darle al acta de mediación requiriendo requisitos adicionales que no cumplen ninguna función práctica y que significan mayor tiempo y costos adicionales para la gente que busca procedimientos ágiles y sencillos. Más allá, la interpretación del registro de la propiedad citada tiende a coartar la creatividad del acuerdo al que se puede arribar.

Por otro lado, el acta de mediación no puede convertirse en un instrumento utilizado por las partes para evitar ciertas normas de orden público, como es el pago de impuestos en ciertos acuerdos.

Así pues, se considera importante que la ley aclare taxativamente todas las solemnidades adicionales que pueden requerirse a las actas de mediación para cada caso. En principio se debería permitir al acta de mediación sea instrumento en sí mismo para la inscripción en el Registro de la Propiedad. Pero en función de los derechos de terceros sería necesario que al acta se adjunten documentos habilitantes para la inscripción (siempre que ellos tengan una razón práctica). Así por ejemplo, en caso de acuerdos que causen impuestos debería presentarse fe del pago de los impuestos, y en el caso de la liquidación de la sociedad conyugal debería publicarse por la prensa el acuerdo antes de su inscripción para lograr su oponibilidad.

Podría ser el notario quien de fe de la existencia de estos documentos, en la medida en que el mediador no es, necesariamente, abogado. Sin embargo, cabría la posibilidad de que el acta se inscriba en sí misma sin necesidad de la fe del notario, siempre que exista un departamento legal en el centro de mediación que verifique la legalidad del acta y la existencia de documentos habilitantes, o que un mediador independiente cuente también con la asesoría de un abogado. (El establecer un departamento legal adicional tiene que ver con la importancia de que los mediadores no sean necesariamente abogados, ya que profesionales de otras áreas aportan importantes contribuciones a los procedimientos de mediación).

Mientras la ley no sea reformada, las actas de mediación que contengan acuerdos tendientes a transferir el dominio, deberán redactarse en el sentido de generar la obligación de celebrar escritura pública (obligación semejante al de la promesa) pues esta resulta probablemente la mejor manera de que el acta de mediación surta plenos efectos en la práctica.

Finalmente, se considera que bajo la normativa actual no es posible que se realice la partición de bienes raíces donde intervengan incapaces a través de un acta de mediación. Por disposición expresa del Código de Procedimiento Civil, esta partición debe ser necesariamente judicial. En la actualidad, el procedimiento de mediación puede resultar muy útil para alcanzar acuerdos entre las partes que posteriormente sean recogidos por un juez. Sin embargo, se debe considerar la posibilidad de una reforma legal que permita a la

mediación ser un mecanismo suficiente para la partición de inmuebles en donde intervengan incapaces debidamente representados por un curador ad litem y sin necesitar después de una aprobación judicial.

4.4.4 La nulidad del acta de mediación

El acta de mediación puede dejar de surtir efectos en el mundo jurídico debido a la nulidad en tres hipótesis:

1. No se ha citado o notificado al Procurador General del Estado conforme el Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Este es el único vicio que correspondería a un vicio procesal.

2. El acuerdo que contiene el acta de mediación está viciado conforme las disposiciones del Código Civil que rigen a los negocio jurídicos (como se estableció en el capítulo tercero). En este caso, se hace referencia a vicios comunes a todos los actos y declaraciones de voluntad.

3. El acta de mediación tiene vicios propios, a saber: 1) El centro de mediación que autoriza al mediador que actúa en el caso no está registrado en el Consejo Nacional de la Judicatura (Art. 52, Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación). 2) El mediador no está autorizado por ningún centro de mediación (Art. 48, Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación). 3) El acta incumple con alguno de los elementos esenciales traídos por la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Por último, es importante determinar la oportunidad para plantear la acción de nulidad. En el caso de las sentencias, ésta cabe únicamente mientras la sentencia no haya sido ejecutada. Por otro lado, en los negocios jurídicos cabe en cualquier momento dentro de cuatro años en casos de nulidad relativa y de quince años en casos de nulidad absoluta. Nuevamente, la ley no es clara al respecto y se necesita una aclaración.

En principio, parece posible aplicar el procedimiento dado a las sentencias en casos de vicios procesales, nulidad relativa del acuerdo y vicios propios del acta de mediación; es decir, que la nulidad podría plantearse solamente antes de que el acta se encuentre ejecutada y por ello cabría alegarla como excepción. Pero en casos de nulidad absoluta del negocio, donde existe, por ejemplo, objeto ilícito o la actuación de un demente, parecería

conveniente aplicar en todas las disposiciones civiles en la materia. Es decir, que puede ser alegada por todo el que tenga interés en la anulación, inclusive por el Ministerio Público, y podrá ser declarada por el juez, aún de oficio, si aparece de manifiesto en el acta, dentro de un periodo de quince años (Art. 1699, Código Civil). Se advierte que falta una aclaración de la ley en este sentido.

4.4.5 Efectos frente a terceros

El acuerdo al que se arribe en un procedimiento de mediación y que sea contenido en un acta deberá versar sobre materia transigible. Ya se ha mencionado que no se puede transar sobre derechos ajenos, de tal suerte que resulta imposible obligar a terceras personas a través de un acta de mediación. Así pues, el acta de mediación tiene efectos relativos a las partes, al igual que un negocio jurídico.

Así también, para que una persona obligue a otra, en calidad de representante, en un acta de mediación, es necesario que cuente con un poder especial y suficiente para la celebración del acta que contiene el acuerdo. Al igual que en el caso de la transacción, el acuerdo contenido en el acta de mediación va más allá del giro ordinario de los negocios y puede implicar actos de disposición, por lo que el poder especial exigido para transigir debe también exigirse para celebrar este acuerdo. Es más, la consecuencia que tiene el acta de mediación de dar por terminado un conflicto impidiendo en todo caso la resolución del mismo por los tribunales, debe ser tomada con mucho cuidado. En este sentido, solamente quien tiene poder suficiente y especial debe poder aceptar una consecuencia semejante. Si el representante no cuenta con este poder, al igual que cualquier negocio, el acta de mediación será inoponible a la persona a quien se pretendió comprometer.²⁹⁰ Sin embargo, el acta podrá ser posteriormente ratificada por el supuesto representado.²⁹¹

Ahora bien, a diferencia de un proceso judicial, es posible que en la mediación comparezcan solamente parte de los interesados (en caso de litisconsorcio necesario) y suscriban un acuerdo. En esto es aplicable lo dicho en el Art. 2363 del Código Civil con respecto al contrato de transacción en virtud del cual:

Art. 2363.- La transacción no surte efecto sino entre los contratantes.

²⁹⁰ Cfr. A. ALESSANDRI, M. SOMARRIVA Y A. VODANOVIC: *Tratado...* op.cit. p. 403.

²⁹¹ Cfr. A. ALESSANDRI, M. SOMARRIVA Y A. VODANOVIC: *Tratado...* op.cit. p. 404.

Si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por uno de ellos, no perjudica ni aprovecha a los otros; salvo, empero, los efectos de la novación, en el caso de solidaridad.

Así pues, el acuerdo celebrado con parte de los interesados será inoponible a los otros.

De todas maneras, el mediador está en el deber de advertir a las partes sobre los efectos relativos de este acuerdo.²⁹²

De igual modo, el acta de mediación será inoponible a terceros afectados ilegítimamente por los acuerdos, y a ellos se les permitirá desconocer el acuerdo y hasta impugnarlo. Como se ha mencionado también en el capítulo II, la inmodificabilidad de la cosa juzgada no alcanza a terceros que no hayan intervenido en el proceso.

Para que un acta de mediación pueda afectar derechos de terceros es necesario que se permita la intervención de dichos terceros en las audiencias de mediación. Nada se dice en la ley sobre la intervención de terceros interesados en audiencias de mediación de tal suerte que en este punto “queda sujeta a lo que disponga el reglamento del respectivo centro, o al buen criterio del conciliador”.²⁹³ De todas maneras, conforme se ha propuesto previamente, sería posible que el acta afecte derechos de terceros, en el caso de la liquidación de la sociedad conyugal, siempre que el acuerdo haya sido publicado en la prensa y los terceros interesados hayan tenido la oportunidad de intervenir en las reuniones de mediación.

²⁹² Cfr. J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 73.

²⁹³ J. H. GIL ECHEVERRY: *La Conciliación...* op.cit. p. 75.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El acta de mediación que contiene el acuerdo al que han arribado las partes es una de las posibles maneras concebidas por la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación para dar por terminado un procedimiento de mediación. Pero dada la característica alternativa a la función judicial que tiene el procedimiento de mediación, los efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada atribuidas al acta de mediación, y la inclusión de un acuerdo de voluntades, surgen dudas con respecto a la naturaleza jurídica que el acta de mediación puede tener en nuestro sistema. Una corriente tiene una visión estrictamente procesal, dotando al acta de mediación de la naturaleza de una sentencia. La segunda corriente concibe al acta de mediación como un documento que contiene un negocio jurídico que debe regirse por el Derecho Civil o Mercantil, dependiendo del caso. La tercera le dota de una naturaleza mixta. Después de haber estudiado la naturaleza jurídica del acta de mediación se arriba a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

La naturaleza jurídica del acta de mediación es original o autónoma. Al acta se la puede definir 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.**

Como documento auténtico: el mediador actúa como el fedatario público ante quién se celebra el acta; el acta hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha; el acta no llega a ser un instrumento público pero se rige por las normas relativas a este tipo de instrumentos en la medida en que la ley les otorga el mismo tratamiento.

El acta de mediación surge de un mecanismo alternativo de administración de justicia, siempre que se convenga en extender este concepto. El concepto de administración de justicia enfrenta un cambio de paradigma que lo aleja de la visión tradicional en donde la resolución de conflictos corresponde al Estado, quién a través de la función jurisdiccional aplica la ley al caso concreto para alcanzar la justicia. El nuevo paradigma propone devolver a los particulares la posibilidad de solucionar sus propias disputas como regla general, pretende alcanzar una resolución real de los conflictos sociales e intenta realizar una justicia aplicable al caso concreto (dependiendo de las percepciones y el contexto social), que devuelva la armonía a las relaciones sociales entre las partes y en la medida de lo posible, en la comunidad. Esto no implica que la mediación sea ejercicio de potestad jurisdiccional, pues no es una “potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. El único elemento que se puede reconocer de esta definición es la posibilidad de las partes de juzgar sobre su propio conflicto

El acta de mediación tiene efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. Como sentencia, el acta de mediación tiene disposiciones vinculantes para las partes y puede reconocer situaciones jurídicas previas o crearlas. Como una sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes y no puede ser alterada en ninguna de sus partes (pudiendo solamente las partes hacerlo de mutuo acuerdo). La ejecutoría del acta de mediación, a diferencia del de las sentencias, surge con la suscripción del acta. Como cosa juzgada, un juez no puede revisar el acta (cosa juzgada formal); tampoco es posible llevar el conflicto, resuelto en el acta de mediación, a una instancia judicial o arbitral (cosa juzgada material), de tal suerte que pone fin jurídicamente al conflicto. El acta de mediación, sin adquirir la naturaleza de una sentencia judicial, tiene el efecto de ser vinculante, irreversible, inmodificable y capaz de resolver definitivamente el conflicto; que son los efectos propios de la sentencia, sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

Finalmente, el acta de mediación contiene un negocio jurídico también nominado por la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, por lo que se distingue de otros negocios jurídicos típicos. 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 recoja en un acta de mediación. Así también, este negocio jurídico puede considerarse principal, de libre discusión, bilateral y solemne. Por la flexibilidad del acuerdo, éste puede adoptar la forma de cualquier negocio jurídico típico, de tal suerte que deberá regirse por las normas sustanciales de ese negocio típico en cuanto no afecte la naturaleza y efectos del acuerdo regulado por la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación. El contrato más parecido al acuerdo del acta de mediación es el de transacción, sin que sea equivalente; así, las normas aplicables a este contrato regirán sobre el acuerdo contenido en el acta de mediación en la medida en que estos acuerdos sean análogos, y sin desvirtuar la naturaleza y efectos que la ley busca dar al acta de mediación.

Dada la naturaleza original del acta de mediación, ésta comparte algunas características propias de las sentencias, como también características de los negocios jurídicos. Por ello no es sencillo determinar los efectos que el acta debe tener en la práctica por lo que se propone tomar como criterios determinantes la satisfacción de los intereses de las partes y el pragmatismo como corriente filosófica que infunde los MASC. En muchas ocasiones se necesitan reformas legales que establezcan con claridad la forma en que el acta de mediación debe surtir efectos.

El acta de mediación debe ejecutarse al igual que una sentencia ejecutoriada, por la vía de apremio. Caben solamente las excepciones posteriores a la suscripción del acta de mediación, entre las que se encuentra la extinción de la obligación, su modificación o nulidad siempre que se aparejen pruebas de dichas excepciones. La ley requiere aclarar si procedería la excepción de que el acta se encuentra viciada de nulidad. En la práctica los jueces han acertado al utilizar la vía de apremio para la ejecución de actas de mediación, a pesar de lo cuál aún se advierten problemas conceptuales que no han llegado a generar problemas prácticos.

La aplicación de la condición resolutoria tácita y la excepción de contrato no cumplido bajo la actual legislación desvirtuarían el espíritu de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación en cuanto implicaría la aplicación de largos procesos ordinarios concebidos bajo normas del Derecho Civil. Sin embargo, se considera importante regular este tema

para eliminar el debate suscitado. Se propone que bajo dicha regulación quepa la aplicación de ambas instituciones en cuanto ellas se han concebido como una protección de los intereses de las partes, siempre que dicha aplicación no implique largos procesos que reduzcan la eficacia del acta. Así, podría concebirse que ante una acción resolutoria se deba probar que la ejecución ya no satisface los intereses de la parte afectada. Ante la excepción de contrato no cumplido en procedimiento de ejecución, debe probarse en un término sumario tanto el incumplimiento y el interés del excepcionante en la resolución.

El acta de mediación existe y es válida al cumplir únicamente las solemnidades exigidas específicamente a ella. Así también debe ser instrumento suficiente para surtir efectos en la práctica. La ley debe establecer taxativamente qué solemnidades adicionales deben exigírsele al acta de mediación para surtir efectos, y estos requisitos deberán establecerse en la medida en que tengan algún sentido práctico, como la protección de derechos de terceros. La ley también debe reformarse para permitir que por medio de un acta de mediación se acuerde la partición de un bien inmueble en donde está involucrado el derecho de un incapaz debidamente representado, pues bajo la legislación actual un acta de mediación no puede contener esta clase de particiones.

No existe claridad sobre si el acta de mediación está sujeta a solemnidades adicionales para su eficacia. Así, bajo la visión que la equipara a una sentencia, el acta debería contener los requisitos formales que se requieren a una sentencia: para convertirse en justo título en caso de transferencia de dominio sobre inmuebles se requeriría su protocolización y, en caso de liquidación de sociedad conyugal no requeriría ninguna solemnidad adicional. Bajo la visión que da al acta de mediación una categoría negocial el acta no puede surtir efectos sin las solemnidades propias del negocio que contiene: si se trata de transferencia de un inmueble debería celebrarse escritura pública para que exista justo título, y dado que el acta no puede elevarse en sí misma a escritura pública, entonces debería limitarse a generar la obligación de celebrar escritura pública; en el caso de liquidación de sociedad conyugal se requeriría la aprobación del juez. Por esta diferencia de criterios y en virtud de la práctica del Registro de la Propiedad de Pichincha, los mediadores deberían redactar las actas de mediación que buscan la tradición de un

inmueble en el sentido de generar la obligación de celebrar escritura pública, y debería advertir a las partes sobre la posibilidad que requieran autorización judicial para la inscripción de una liquidación de sociedad conyugal.

El acta puede ser anulada por vicios propios como falta de autorización del mediador, y falta de registro del Centro de Mediación que autoriza al mediador. Puede también anularse por vicios de los negocios jurídicos. Finalmente podría anularse por falta de citación o notificación (dependiendo del caso) al Procurador General del Estado.

No existe claridad en cuanto al momento ni a la forma en que se debe solicitar la nulidad del acta: considerando la visión que equipara el acta a la sentencia, solamente cabría antes de que el acta de mediación esté ejecutada, y eventualmente, podría ser solicitada como excepción en virtud del Art. 350 del Código de Procedimiento Civil si no se ha citado al Procurador; bajo la visión que le da una naturaleza negocial, la nulidad puede requerirse aun después de ejecutada el acta, siempre que no haya prescrito la acción, y tendría efectos retroactivos. Se requiere una norma expresa que aclare el procedimiento a seguir en caso de nulidad de un acta de mediación. Se propone que en casos de nulidad relativa del acuerdo, vicios propios del acta de mediación y falta de citación al Procurador se sigan las normas procesales; de tal suerte que pueda alegarse solo mientras no esté ejecutada y puedan ser alegadas como excepción (perturba la posibilidad de que se ejecute un acta con un vicio sin que exista la oportunidad de la contraparte de alegar este vicio). En caso de nulidad absoluta del acuerdo deberían aplicarse las normas civiles, de tal suerte que la nulidad puede ser alegada en cualquier momento aún después de la ejecución y por cualquiera que tenga interés en ello, incluyendo el Ministerio Público.

El acta de mediación surte efectos relativos a las partes. Los terceros no pueden ser obligados por un acta de mediación. Si terceros ven afectados derechos legítimos podrán oponerse a los efectos del acta de mediación, impugnarla y aún modificarla.

TRABAJOS CITADOS

ALESSANDRI, ARTURO, SOMARRIVA, MANUEL Y VODANOVIC, ANTONIO.: *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Tomo II, Editorial Jurídica Chile, Santiago de Chile, 1998.

ALLIENDE, LEONOR; BURGOS, JORGE; CORREA, PAULA Y PÉREZ, SANDRA: *El Proceso de Mediación*, Editorial Jurídica Chile, Santiago de Chile, 2002.

ÁLVAREZ, GLADYS STELLA: “Diferencias entre Conciliación y Mediación”, en la obra colectiva dirigida por el CENTRO DE MEDIACIÓN DE LA CORPORACIÓN LATINOAMERICANA PARA EL DESARROLLO, *Resolución Alternativa de Conflictos*, CLD, Quito, 1997.

ÁLVAREZ, GLADYS STELLA; HIGHTON, ELENA Y JASSAN ELÍAS: *Mediación y Justicia*, Desalma, Buenos Aires, 1996.

ANDRADE, SANTIAGO: *Derecho Civil, Obligaciones*, Apuntes para la clase de Teoría General de Obligaciones en la Universidad San Francisco de Quito, 2004.

ARDILA, EDGAR: “Hacia un nuevo contexto en la administración de justicia”, en la obra colectiva dirigida por E. ARDILA, *¿A dónde va la Justicia en Equidad en Colombia?*, Corporación Región, Medellín, 2006.

ARDILA, EDGAR: “Justicia comunitaria y justicia en equidad. Los conceptos y su sentido en Colombia”, en la obra colectiva dirigida por E. ARDILA, *¿A dónde va la Justicia en Equidad en Colombia?*, Corporación Región, Medellín, 2006.

ARDILA, EDGAR: “Justicia Comunitaria, Claves para su comprensión”, agosto de 1999, disponible en: http://reddejusticia.atarraya.org/article.php3?id_article=24 {15 de Febrero de 2007}.

AZAR MANSUR, CECILIA: *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Editorial Porrúa, México, 2003.

BARUCH BUSH, ROBERT Y FOLGER, JOSEPH: *La Promesa de la Mediación: cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*, Granica, Barcelona, 1996.

BASTIDAS DE RAMÍREZ, RAQUEL: *La cultura de la conciliación Ley 640 de 2001*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002.

BONIVENTO JIMÉNEZ, JAVIER: *Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los mercantiles*, Décima Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1992.

CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO: *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001.

CABEZAS GUERRA, JOSÉ LUÍS: *Naturaleza Jurídica y Efectos de los Instrumentos Utilizados en Procesos de Mediación*, Tesis de grado para la obtención del título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2001.

CAIVANO, ROQUE; GOBBI, MARCELO Y PADILLA, ROBERTO: *Negociación y Mediación. Instrumentos Apropriados para la Abogacía Moderna*, Ad – Hoc., Buenos Aires, 1997.

CARNELUTTI, FRANCISCO: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1998.

CASARES, TOMÁS: *La Justicia y el Derecho*, Tercera edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

CASTILLO SANDOVAL, JESÚS: *La Cosa Juzgada y sus Secuelas*, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2003.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: “Reforma y Modernización Judicial”, disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/reforma/ecu4.htm> {9 de octubre, 2006}.

CONTRERAS HERRERA, PUBLIO: *Justicia de Paz y Conciliación: Gran Problema Nacional*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: “Sentencia No. C-592/92”, disponible en: http://cac.ccb.org.co/documentos/2006_12_5_14_25_28_s_592_1992.pdf {4 de marzo de 2007}.

DUPUIS, JUAN CARLOS: *Mediación y Conciliación*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1997.

ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN HISTORY: “Pragmatism” disponible en: <http://www.answers.com/topic/pragmatism> {14 de abril de 2007}.

FISHER, ROGER; URY, WILLIAM Y PATTON, BRUCE: *Obtenga el Sí: El arte de negociar sin ceder*, Gestión 2000 S.A., Barcelona, 2002.

FOLGER, JOSEPH; SCOUT POOLE, MARSHALL Y STUTMAN, RANDALL: *Working Through Conflict. Strategies for relationships, groups and organizations*, Tercera edición, Longman, New York, 1997.

FORNACIARI, MARIO ALBERTO: *Modos Anormales de Terminación del Proceso*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1988.

GIL ECHEVERRY, JORGE HERNÁN: *La Conciliación extrajudicial y la amigable composición*, Temis, Bogotá, 2003.

JAMES, WILLIAM: *Pragmatismo*, Aguilar Argentina S.A., Buenos Aires, 1975.

JALKH, GUSTAVO: “Aproximación a los métodos alternativos de resolución de conflictos”, en la obra colectiva dirigida por el CENTRO DE MEDIACIÓN DE LA CORPORACIÓN LATINOAMERICANA PARA EL DESARROLLO, *Resolución Alternativa de Conflictos*, CLD, Quito, 1997.

JUSTICE STUDIES CENTER OF THE AMERICAS: “Informe Comparativo: Carga trabajo Sistema Judicial”, disponible en: http://www.cejamericas.org/reporte/muestra_seccion.php?idioma=espanol&capitulo=A-CJU-030&tiporeporte=REPORTE2&seccion=INST_235 y http://www.cejamericas.org/reporte/muestra_pais.php?idioma=espanol&pais=ECUADOR&tiporeporte=REPORTE2&seccion=INST_133 {9 de octubre de 2006}.

KELSEN, HANS: *¿Qué es la justicia?*, Editorial Leviatán, Buenos Aires, 1984.

LEX JURÍDICA: “Diccionario Jurídico” disponible en: <http://www.lexjuridica.com/diccionario/e.htm> {2 de noviembre de 2006}.

MAURINO, ALBERTO LUÍS: *Nulidades procesales*, Segunda Edición, Astrea, Buenos Aires, 2001.

MOORE, CHRISTOPHER: *El proceso de mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 1995.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO Y OSPINA ACOSTA, EDUARDO: *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Editorial Temis, Bogotá, 2000.

PACHECO, MÁXIMO: *Teoría del Derecho*, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990.

PARRAGUEZ, LUÍS: *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*, Volumen 1, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 2000.

PARRAGUEZ, LUÍS: *Tercer Borrador del Manual de Negocio Jurídico*, Inédito.

PEÑA GONZÁLES, CARLOS: “Notas sobre la Justificación del Uso de Sistemas Alternativos”, en la obra colectiva dirigida por el CENTRO DE MEDIACIÓN DE LA CORPORACIÓN LATINOAMERICANA PARA EL DESARROLLO, *Resolución Alternativa de Conflictos*, CLD, Quito, 1997.

PICKER, BENNETT G.: *Guía Práctica para la Mediación: Manual para la Resolución de Conflictos Comerciales*, Paidós SAICF, Buenos Aires, 2001.

RUBIN, JEFFREY Z.; PRUITT, DEAN G. Y KIM, SUNG HEE: *Social Conflict: Stalemate, and Settlement*, Segunda Edición, McGraw Hill, Nueva York, 1994.

SÁNCHEZ HIDALGO, FRANCO: “Solución Alternativa de Conflictos: La mediación”, en la obra colectiva dirigida por el CENTRO DE MEDIACIÓN DE LA CORPORACIÓN LATINOAMERICANA PARA EL DESARROLLO, *Resolución Alternativa de Conflictos*, CLD, Quito, 1997.

SILVA ROMERO, EDUARDO: *El Vínculo del Sistema Arbitral Internacional y la Contratación Estatal: El Papel del Estado y la Competencia Arbitral*, Seminario organizado por la Cámara de Comercio de Quito el 27 de Octubre del 2006.

SPANGLER, BRAD: "Alternative Dispute Resolution (ADR)". *Beyond Intractability*. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Research Consortium, University of Colorado, Boulder. Posted: June 2003, disponible en <http://www.beyondintractability.org/essay/adr/> {10 de octubre de 2006}.

SPARVIERI, ELENA: *Principios y Técnicas de Mediación*, Biblos, Buenos Aires, 1995.

STEWART, SUSAN: *Conflict Resolution: A foundation Guide*, Waterside Press, Winchester, 1998.

SUARES, MARINÉS: *Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Buenos Aires, 1996.

TORROELLA, GUSTAVO: “El Pragmatismo”, Revista cubana de filosofía, Vol. 1, No. 1, junio - julio de 1946, disponible en: <http://www.filosofia.org/hem/dep/rcf/n01p024.htm> {6 de mayo de 2007}.

URY, WILLIAM L.; BRETT, JEANNE M. Y GOLDBERG, STEPHEN B.: *Cómo Resolver las Disputas: diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1995.

VADO GRAJALES, LUÍS OCTAVIO: “Medios Alternativos de Resolución de Conflictos: Mecanismos para acercar la justicia a la sociedad”, disponible en http://www.cejamerica.org/doc/documentos/marc_vado.pdf#search=%22crecimiento%20mecanismos%20alternativos%20resoluci%C3%B3n%20de%20conflictos%22 {10 de octubre de 2006}.

VALDÉS SÁNCHEZ, ROBERTO: *La Transacción: Solución alternativa de conflictos*, Legis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1997.

VÉSCOVI, ENRIQUE: *Teoría General del Proceso*, Segunda edición, Temis, Bogotá, 1999.

VINTIMILLA, JAIME Y ANDRADE, SANTIAGO: *Los Métodos Alternativos de Manejo de Conflictos y la Justicia Comunitaria*, CIDES, Quito, 2005.

VINTIMILLA, JAIME: “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación”, *Revista MASC Ecuador* No. 1, Noviembre 2005.

VINYAMATA, EDUARD: *Conflictología. Teoría y Práctica en Resolución de Conflictos*, Ariel, Barcelona, 2001.

WALLENSTEEN, PETER: *Understanding Conflict Resolution: War, Peace and the Global System*, SAGE, Londres, 2002.

WIKIPEDIA: “Pragmatismo”, disponible en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Pragmatismo> {14 de abril de 2007}.

ZALLES, JORJE H.: “Suma Cero, la Tradición Contenciosa y las Teorías Contemporáneas de Resolución de Conflictos”, *Iuris Dictio*, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Vol. 1, No. 2, julio 2000.

ZALLES, JORJE H: “Un Análisis de la Negociación por Principios”, en la obra colectiva dirigida por el CENTRO DE MEDIACIÓN DE LA CORPORACIÓN LATINOAMERICANA PARA EL DESARROLLO, *Resolución Alternativa de Conflictos*, CLD, Quito, 1997.

ZAPATA, MARÍA LUCÍA: “Justicia restaurativa: Aproximación conceptual”, en la obra colectiva dirigida por E. ARDILA, *¿A dónde va la justicia en equidad en Colombia?*, Corporación Región, Medellín, 2006.

ZURITA GIL, EDUARDO: “La mediación en la Constitución y en la Ley”, disponible en: www.petroecuador.com.ec/web04/proteccion/revista1/medicion.pdf {20 de octubre de 2006}.