

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La mediación como método alternativo de
solución de conflictos y sus diferencias con el
contrato de transacción**

Paula Doménica Arturo Polanco
Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 23 de noviembre de 2023

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Paula Doménica Arturo Polanco

Código: 00211372

Cédula de identidad: 1721405874

Lugar y Fecha: Quito, 23 de noviembre de 2023

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y SUS DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN

MEDIATION AS AN ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION METHOD AND ITS DIFFERENCES FROM THE SETTLEMENT AGREEMENT¹

Paula Domenica Arturo Polanco²

parturopolanco@gmail.com

RESUMEN

El presente trabajo consiste en una investigación respecto a la mediación como método alternativo de solución de conflictos frente al contrato de transacción. La legislación ecuatoriana ha regulado a la mediación como un proceso facultativo de carácter extrajudicial que pretende la resolución pacífica de controversias mediante la intervención de un tercero que busca encaminar a las partes para llegar a un acuerdo que ponga fin a una controversia. Asimismo, la transacción es un contrato que busca precaver o poner fin a un conflicto de manera extrajudicial. Con el objetivo de encontrar las diferencias, se efectuó un análisis de los conceptos jurídicos y doctrinarios de la mediación, se identificaron sus características, pilares y las finalidades de la misma. Por otro lado, se identificó a la transacción bajo una perspectiva histórica que conlleva a revisar las normativas de diversos países para establecer los propósitos y alcance de ambas figuras.

ABSTRACT

The present work consists of a research on mediation as an alternative method of conflict resolution as opposed to the transaction contract. The Ecuadorian legislation has regulated mediation as an optional extrajudicial process that seeks the peaceful resolution of disputes through the intervention of a third party, outside the conflict that seeks to guide the parties to reach an agreement that puts an end to a dispute. Likewise, the transaction is taken as a contract that seeks to prevent or put an end to a conflict in an extrajudicial manner. In order to find the differences, an analysis of the legal and doctrinal concepts of mediation was carried out, its characteristics, pillars and the result of the same were identified. On the other hand, the transaction was identified under a historical perspective that leads to review the regulations of different countries to establish the purposes and scope of both figures.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Jaime Vintimilla Saldaña.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

PALABRAS CLAVES

Mediación, contrato de transacción, acta de mediación.

KEY WORDS

Mediation, settlement agreement, mediation record.

Fecha de lectura: 23 de diciembre de 2023

Fecha de publicación: XX de diciembre de 2023

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.-3. MARCO TEÓRICO.-4. MARCO NORMATIVO.-5.DESARROLLO.-6.CONCLUSIONES.

1. Introducción

En el Ecuador, muchas veces se consideran sinónimos a la mediación y la transacción debido a que no existe una especificación clara en la legislación, motivo por el cual, las personas confunden el alcance de dichas instituciones ya que ambas tienen por objeto materias transigibles y pretenden una solución a un conflicto. Cuando se habla de `materia transigible, se hace referencia a asuntos sobre los cuales las partes pueden llegar a un acuerdo o transacción mutua para resolver el conflicto. Al limitar la mediación a asuntos transigibles se refleja la intención de entrarse en disputas donde las partes tienen la capacidad de negociar y comprometerse para llegar a soluciones viables. Por ende, se puede acarrear confusiones y malentendidos acerca del alcance de la mediación como método alternativo de solución de conflictos.

Se debe hacer hincapié en que la Constitución de la República del Ecuador establece que la mediación es un método alternativo de solución de conflictos, el cual se puede ejercer sobre materias transigibles. En armonía con la norma constitucional, la Ley de Arbitraje y Mediación también la define como un procedimiento que se sustenta en la voluntad de las partes que son asistidas por un tercero neutral, el mediador.

Es pertinente considerar la naturaleza de la materia sobre la que versa la mediación, que es la transigibilidad de la misma; y, de otra parte, cabe señalar que la mediación tiene un carácter extrajudicial y definitivo para poner fin a dicho conflicto, aspectos que guardan similitud con la transacción. Nuestra legislación se refiere a ambas instituciones, pero no

especifica en ningún momento la diferencia entre la transacción y la mediación. Por ello, puede surgir la duda de por qué existe la mediación si ya existe la transacción, o viceversa.

Motivo por el cual, el presente trabajo busca evidenciar ¿cuáles son las diferencias entre las dos figuras y si es necesario que exista una distinción expresa?

Las secciones que va a tener el trabajo de investigación serán, en primer lugar, la definición de la mediación junto con sus características y principios que rigen dicho proceso; se hará mención sobre el alcance del acta de mediación, y derecho comparado acerca de la mediación.

En segundo lugar, se va a definir la transacción, se va a referir a la materia transigible en la mediación. Una vez definidos y aclarados ambos conceptos, se analizará mediante derecho comparado la figura de la transacción en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Para ello, se buscará responder a la pregunta de investigación mediante antecedentes históricos y evidenciando en una sección las diferencias más notables de las dos instituciones y se finalizará con las recomendaciones y conclusiones.

Se trata de un análisis sobre la base de la normativa, doctrina y jurisprudencia, para evidenciar la ventaja de que la mediación como método alternativo de solución de conflictos tiene un sentido más amplio, que no comprende únicamente la posibilidad de transigir.

2. Estado del arte

El presente apartado realiza una revisión literaria de los autores más representativos en cuanto al análisis de las diferencias entre la mediación y transacción. Principalmente, centrándose en la relación entre la transacción y mediación como un método alternativo de solución de conflictos, contemplado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Ximena Bustamante, menciona que el acta de mediación guarda una estrecha relación con el contrato de transacción, debido a ciertas características que tienen en común. Al abordar la naturaleza jurídica de la mediación, hace énfasis en sus similitudes y diferencias con el contrato de transacción.³ En este sentido, la autora expresa que el negocio jurídico contemplado en un acta de mediación no equivale a la transacción, sino que tiene una naturaleza jurídica diferente. Esto se debe a que la mediación implica la intervención de un tercero conocido como mediador, mientras que la transacción surge de la negociación directa inter-partes. Además, Bustamante destaca que los acuerdos que se alcanzan en la mediación

³ Ximena Bustamante, “*El acta de mediación*”, (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2020), 79-98.

deben constar en el acta de mediación, lo cual constituye una solemnidad. A diferencia de la transacción, donde esta formalidad no es necesaria, salvo que el objeto sea un bien inmueble.

Otro aspecto para destacar, según Bustamante es que la transacción, al ser un contrato, tiene una naturaleza completamente centrada en las negociaciones. En cambio, el acta de mediación, que incluye un acuerdo, surge de un proceso de administración de justicia, otorgándole efectos semejantes a una sentencia ejecutoriada. Esta característica, que falta en el contrato de transacción, hace que el acta de mediación pueda ser percibida de manera más accesible desde un punto de vista procesal⁴.

Respecto a las materias transigibles en el Ecuador, Durán, Égüez, Arandi, y Yancha, resaltan la importancia de garantizar la seguridad jurídica y evitar confusiones en cuanto a la materia transigible en la mediación, ya que aquello incide en la validez del acuerdo. En consecuencia, tiene importancia su catálogo, al enunciar las diversas ramas del Derecho y los asuntos transigibles dentro de cada una de ellas⁵, en la legislación ecuatoriana.

Por su parte, Folberg y Taylor, plantean un marco teórico y ético para que la mediación se desarrolle de manera efectiva mediante una guía dedicada al proceso de mediación. En la actualidad, la mediación ha cobrado fuerza y se puede aplicar a una variedad de problemas que se suscitan en la vida cotidiana. Así, los autores delimitan que el objeto de la mediación es la resolución de conflictos sin litigio, considerándolo el método más eficaz para resolver pacíficamente controversias. En ese sentido, la importancia de estos tratadistas radica en su capacidad para establecer las bases que facilitan la comprensión del proceso de mediación y su evolución⁶.

Arturo Alessandri y Manuel Somarriva analizan el contrato de transacción y como características principales señalan la existencia de un derecho dudoso entre las partes y la reciprocidad de concesiones, así como su efecto de cosa juzgada, aspectos importantes para conceptualizar a la transacción⁷.

⁴ Ximena Bustamante, *El acta de mediación*, 99-104.

⁵ Durán et al., "*Catálogo de Materias Transigibles y Asuntos Transigibles en Mediación en la República del Ecuador*", (Quito: Revista Científica Multidisciplinaria de la Universidad Metropolitana del Ecuador, 2020), 73-79.

⁶ Jay Folberg y Alison Taylor, "Mediación resolución de conflictos sin litigio", (México: Editorial Limusa Grupo Noriega Editores, 1996), 135-168.

⁷ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, "*Contratos Tomo I*", (Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1992), 559-567.

En armonía con Alessandri, Mangarelli, al referirse a la transacción laboral señala los requisitos que deben cumplirse para que se admita la transacción en materia laboral y entre ellos, trata la necesidad de concesiones recíprocas, sin perjuicio del principio de irrenunciabilidad del Derecho Laboral. Estos aspectos tienen interés para el presente estudio, que busca examinar la posibilidad de que, para el proceso de mediación, no se requiera tener dichas concesiones.⁸

Por otro lado, Cabezas, manifiesta que antes de la existencia de la mediación como un método de resolución de conflictos, incorporado a un cuerpo normativo como la Ley de Arbitraje y Mediación, el contrato de transacción como precedente del acta de mediación, constituía el mecanismo para terminar un conflicto, puesto que dicha institución, desde su origen tuvo una aplicación intrajudicial y extrajudicial. En tal virtud, se considera que la importancia del autor radica en el análisis de la evolución que ha tenido el conflicto en la legislación, con la incorporación de los métodos alternativos para la solución de los mismos, que aportan un nuevo enfoque al tratamiento del conflicto, desde una perspectiva más amplia.⁹

3. Marco teórico

Esta sección busca exponer distintos enfoques acerca del propósito de la mediación y de la finalidad de la transacción, con el objetivo de entender mejor el funcionamiento de ambas figuras y establecer sus diferencias.

Existe la teoría en la cual la mediación es considerada como sinónimo de la transacción, puesto que el propósito de ambas figuras es dar por terminado un conflicto de manera pacífica, por medio de la voluntariedad de las partes y sin la necesidad de acudir ante un juez, ya que la institución más próxima a la mediación es el contrato de transacción¹⁰, si no se establece una diferencia estructural, de origen o efectos entre ambas figuras, sucede como en nuestro país que en muchos casos se tome a ambos procedimientos como iguales, lo que puede acarrear confusiones.

⁸ Cristina Mangarelli, “La Transacción en el Derecho del Trabajo”, (Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2004), 507-514.

⁹ 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.

¹⁰ Eduardo Zurita Gil, “La mediación en la Constitución y en la Ley”, citado en Ximena Bustamante, *El acta de mediación*, 76

Por otro lado, se parte de una visión en la cual, la transacción y la mediación desde el punto de vista procedimental, así como por sus efectos, son diferentes. De esta manera, se sostiene que ambas figuras tienen un origen distinto con características y propósitos diversos¹¹. Asimismo, esta teoría establece que, para llegar a un acuerdo de transacción, lo que impera es la manifestación de la voluntad de las partes; es decir que surge de la negociación, mientras que, en el caso de la mediación, es necesaria la intervención de un tercero, el mediador que guía a las partes para encontrar una solución sin que el mismo emita una decisión sobre el resultado de la mediación.

La presente investigación se centrará en la antedicha teoría, puesto que se considera que aún cuando la diferencia entre ambos conceptos no sea totalmente visible para las personas, cada proceso tiene su propósito propio y sustentos de existencia. De este modo, se buscará aclarar esta ambigüedad y establecer por qué el proceso de mediación es más amplio que la transacción.

4. Marco normativo y jurisprudencial

El presente apartado aborda la mediación como un método alternativo de solución de controversias, reconocido en la Constitución de la República del Ecuador y la normativa legal nacional de este método y del contrato de transacción. Asimismo, se estudia la jurisprudencia que resulta pertinente para conceptualizar y determinar el alcance de estas instituciones.

En el ámbito internacional, la Carta de las Naciones Unidas¹² que fue aprobada el 24 de octubre de 1945, establece que, para el arreglo de conflictos, se utilizarán los medios pacíficos de solución de controversias. También se puede mencionar la Convención de Singapur, acerca de los acuerdos de transacción internacionales que resulten de la mediación, instrumento aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que tiene la finalidad de agilizar el proceso de los acuerdos comerciales internacionales de mediación¹³. La Asamblea toma en cuenta que la mediación es utilizada con mayor frecuencia en el ámbito mercantil nacional e internacional y trata en su mayor parte sobre mediación comercial internacional.

¹¹ Ximena Bustamante, *El acta de mediación*, 79.

¹² Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945, ratificada por el Ecuador el 21 de diciembre de 1945.

¹³ María Del Carmen Chéliz, “La Convención de Singapur y los acuerdos de mediación comercial internacional”, REEI: Revista electrónica de estudios internacionales, núm. 41 (2021), 1-7.

Por último, si bien este trabajo se relaciona con la mediación en el ámbito del derecho privado, es importante señalar que la mediación constituye un mecanismo de solución de conflictos también para derecho internacional privado, como se ha señalado en el acápite anterior, sino también en el derecho internacional público, como se observa en la Resolución A/RES/68/303 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el fortalecimiento de la mediación¹⁴. La mencionada resolución busca enfatizar en la importancia de la figura de mediación y de facilitar la interacción de los mediadores para resolver los conflictos de sus miembros y reitera que los Estados Miembros deben cumplir estrictamente las obligaciones establecidas en la Carta de las Naciones Unidas, incluidos el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución. Adicionalmente, invita a los Estados Miembros, así como a las Organización de las Naciones Unidas y las organizaciones regionales y subregionales, según corresponda, a que sigan utilizando de manera óptima la mediación y otros instrumentos mencionados en el Capítulo VI de la Carta para el arreglo pacífico de las controversias, la prevención de conflictos y su solución.

Desde un ámbito nacional, se emplea también el Código Civil¹⁵, pues en este cuerpo normativo se regula el contrato de transacción y sus efectos; el Código Orgánico General de Procesos¹⁶ en el cual se señala que tanto la transacción como el convenio de mediación constituyen excepciones previas dentro del procedimiento judicial. Pues, el convenio de mediación, en ese contexto, se refiere a aun acuerdo entre las partes en disputa para someterse a un proceso de mediación previo a la judicialización del conflicto.

De otra parte, se recurre a la Ley de Arbitraje y Mediación¹⁷ para establecer los lineamientos de la mediación y, se topa el tema de la materia transigible.

Por otro lado, se comentará el Código Tributario¹⁸ que se refiere a la mediación como un mecanismo para alcanzar la transacción extraprocesal, con relación a las obligaciones tributarias y actos administrativos que emanen de la administración tributaria.

¹⁴ Fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución. Resolución, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/68/303, 13 de agosto de 2014.

¹⁵ Artículo 2348, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R.O. 526 de 14 de marzo de 2022.

¹⁶ Artículo 153 No. 9 y 10, Código Orgánico General de Proceso [COGEP], R.O. Suplemento 506, de 22 de mayo de 2015, reformado por última vez R.O. 245 de 07 de febrero de 2023.

¹⁷ Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R.O. 417, de 14 de diciembre de 2006, de 22 de mayo de 2015, reformado por última vez el 526 de 21 de agosto de 2018.

¹⁸ Artículo 56.7, Código Tributario, R.O. Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009, reformado por última vez 20 de mayo de 2023.

Adicionalmente, se tendrá en cuenta el Código de la Niñez y Adolescencia, para examinar los ámbitos susceptibles de transacción en materia de niñez y adolescencia.

Por último, se considera la sentencia 2326 del 12 de diciembre de 1991 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia¹⁹ en la cual se señalan diferencias entre el proceso de mediación con la transacción.

5. Desarrollo

5.1. La mediación.

Este proceso no es una invención reciente, ya que, desde el inicio de los tiempos, ha existido el conflicto y el ser humano ha buscado diversos medios y recursos para resolverlo. En tal virtud, se han ido desarrollando técnicas de manejo pacífico de controversias para llegar hasta lo que en la actualidad denominamos métodos alternativos de solución de conflictos, entre los que se incluye a la mediación. Este método ha tomado fuerza en la medida que el sistema judicial en diversos países ha ido colapsando debido a la cantidad de casos pendientes en litigio, así como por la ventaja de la intervención de las partes en la solución del mismo, versus el veredicto emitido por la autoridad judicial que es ajena al conflicto.

Al tenor de la carta fundamental de la República del Ecuador, se reconoce a la mediación como un método alternativo de solución de conflictos, el cual se deberá aplicar de conformidad con la ley. Además, la norma suprema dispone que se llevará a cabo en materias transigibles²⁰. A su vez, la Ley de Arbitraje y Mediación define a esta última como “Un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas de un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.

Adicionalmente, varios autores dan una definición acerca de este concepto, así Folberg y Taylor consideran a la mediación como “un proceso que trasciende el conflicto que se pretende resolver”²¹. De esta manera, la mediación es una posibilidad de encontrar

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia de 12 de diciembre de 1991 citada en Ximena Bustamante Vascones, *El acta de mediación* (Quito: Editorial Cevallos, 2009), 81.

²⁰ Artículo 190, CRE.

²¹ Jay Folberg y Alison Taylor, *Mediación resolución de conflictos sin litigio*, 21-23.

una solución pacífica a una controversia en la cual un tercero imparcial guía a las partes en todo el proceso. Por otro lado, Moore²² entiende a la mediación como la participación de una persona ajena en una controversia. Pero, el tercero, no es una parte, ya que no puede decidir sobre el conflicto, pues solamente ayuda a que las partes encuentren un arreglo de manera voluntaria y en consecuencia forma parte del grupo de mecanismos alternativos de solución de conflictos distintos a la justicia ordinaria²³.

A lo largo del tiempo estos mecanismos se han ido fomentando ya que constituyen alternativas más eficaces para precaver o resolver litigios que la vía de juicio ante tribunales, que como conocemos se encuentran saturados, lo que dilata e impide una adecuada y diligente administración de justicia, por lo que los referidos métodos alternativos se han constituido en una opción más conveniente que ahorra tiempo y recursos a las partes.

Sin perjuicio de lo expuesto, se pueden señalar como desventajas de la mediación que los acuerdos de mediación no establecen precedentes legales, lo que significa que no se pueden utilizar como referencia en futuros casos similares. Esto puede ser una desventaja si se desea establecer un estándar o jurisprudencia en el área de conflicto.

Si bien es cierto que por regla general la mediación es más rápida y económica que la administración de justicia tradicional, al evitar largos procedimientos legales y cuantiosos honorarios de abogados, en ocasiones ésta también puede dilatarlo en cuanto a que, si el conflicto es complejo o las partes no están dispuestas a ceder, el proceso puede prolongarse sin llegar a una solución satisfactoria.

Asimismo, algunos tratadistas indican que hay una brecha entre el poder que puedan tener las partes ya que, en desmedro del más débil, se podría llegar a un acuerdo. Lo cual, a criterio de muchos en la justicia ordinaria no ocurre esta situación.

Es importante tener en cuenta que la mediación no es adecuada para todos los tipos de conflictos y situaciones. En algunos casos, puede ser más apropiado recurrir a un proceso judicial.

5.2. Características de la mediación.

²² Christopher Moore, *El proceso de mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, (Barcelona: Granica, 1995), 44.

²³ Cecilia Azar Mansur, *Mediación y conciliación en México: dos vías de solución de conflictos a considerar*, (México: Editorial Porrúa, 2003), 10.

A continuación, se explicarán las características más notables de este procedimiento, establecidas en el artículo 43 de la LAM.

5.2.1 Es un procedimiento que pretende la solución del conflicto. - Este procedimiento por regla general, este proceso tiene menos formalidades que un juicio, puesto que las partes son quienes deciden la manera en que se va a llevar a cabo y surge y se construye mediante un acuerdo voluntario. Para Bustamante, el procedimiento de mediación debe ser `flexible'²⁴ en cuanto el tercero, también llamado mediador, puede retroceder o avanzar etapas si lo considera necesario para alcanzar la mejoría de relación entre partes. En cuanto a la informalidad, Dupuis²⁵ habla de obviar pasos en el proceso. Por ende, no es necesario acatar etapas rígidas o ritualidades para desarrollar la mediación.

5.2.2. Intervención de un tercero. - La mediación requiere la asistencia de un tercero neutral llamado mediador, quien cumple un rol único y fundamental cual es actuar como un facilitador entre las partes con el objetivo de que lleguen a un acuerdo. El tercero, ya sea elegido por las partes o designado mediante sorteo, es admitido por ellas por lo que están abiertas a su intervención. La imparcialidad es el requisito primordial del mediador, Sin embargo, esta persona imparcial en todo momento no tiene cómo decidir sobre el asunto²⁶. Aquí cabe la distinción más evidente entre un proceso de mediación y un proceso de arbitraje o judicial, ya que, en ningún momento el tercero mediador da un veredicto o solución como sí compete al arbitro o al juez.

5.2.3. La mediación pretende arribar a un acuerdo voluntario. - La voluntad de las partes es la que da forma al acuerdo y es el eje sobre el que se desarrolla la mediación. Esta característica da legitimidad al acuerdo, ya que al emanar de las partes no es una imposición, sino una construcción.

5.2.4. Versa sobre materia transigible. - Esta calidad del asunto o materia sobre la que se desarrolla la medicación, está determinada tanto en la Constitución como en la Ley, y se relaciona con la naturaleza de la materia, y con la posibilidad de decidir sobre aquella. En este punto procede señalar que, si bien nuestra legislación no tiene un listado de materias

²⁴ Ximena Bustamante, *El acta de mediación*, 30.

²⁵ Juan Carlos Dupuis, *Mediación y conciliación: Mediación patrimonial y familiar. Conciliación laboral*, (Buenos Aires: Abeldo-Perrot, 1997), 20.

²⁶ Ximena Bustamante, *El acta de mediación*, 33.

transigibles, hay algunas que están determinadas como no transigibles, como ejemplo, no se puede transigir sobre el estado civil de las personas²⁷.

5.2.5. **Pone fin al conflicto.** - Con la suscripción del acta de mediación, se llega a un acuerdo ya sea total o parcial, que pone fin al conflicto que originó la mediación.

5.3. Principios que rigen a la mediación.

5.3.1 Confidencialidad

La confidencialidad prevista en la Ley de Arbitraje y Mediación²⁸ otorga a las partes un sentimiento de seguridad y confianza en virtud de la reserva que deben mantener los intervinientes y el hecho de que los posibles acuerdos que se propongan o ventilen no inciden en el proceso arbitral o judicial subsecuente, lo que permite entender los intereses reales o verdaderos²⁹ de ellas. La confidencialidad opera inter-partes, ante el mediador y frente a terceros, sin perjuicio de que, en la codificación de la mencionada Ley, se admite la renuncia a la confidencialidad mediante acuerdo común de las partes.

Es pertinente puntualizar que la confidencialidad puede perderse en tres casos: por razones orden público, por protección del interés superior del menor o por prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona³⁰. En nuestro país, el artículo 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación³¹, referido en líneas anteriores, permite la renuncia de las partes a la confidencialidad, por temas de transparencia o cuando se requiere la ejecución por la vía judicial del acta de mediación, donde la misma se pone en conocimiento del juez.

Al partir del principio de confidencialidad, Los procedimientos de mediación generalmente se llevan a cabo en privado y la información compartida no es divulgada, generando que las partes puedan comprender mejor las preocupaciones de cada una, lo que permite un tratamiento más integral del conflicto.

5.3.2 Voluntariedad

²⁷ Artículo 2352, Código Civil, R.O. Suplemento 58 de 12 de julio de 2005, reformado por última vez R.O. 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁸ Artículo 50, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R.O. 417, reformado por última vez 21 de agosto de 2018.

²⁹ Ximena Bustamante, *El acta de mediación*, 35.

³⁰ Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicada el 24 de mayo de 2008, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-80899>

³¹ Artículo 50, LAM.

De conformidad con nuestra legislación, podrán someterse al procedimiento de mediación³², las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir y el Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución.

Las partes pueden voluntariamente someter el conflicto a una mediación o por disposición de autoridad competente puede remitirse el caso a mediación³³ y esa voluntad se atribuye a la asistencia a la audiencia de mediación.³⁴, no obstante, la voluntariedad se traduce principalmente en el hecho de que, en mediación, las partes construyen la solución al conflicto. Cabe advertir que, en cualquier caso, ya sea que la mediación se suscite por voluntad de las partes o por disposición de autoridad competente, el acuerdo al que arriban las partes de manera voluntaria será obligatorio para ellas³⁵.

La mediación va dirigida con aras al futuro ya que, las partes no deben centrarse únicamente en el pasado porque así no van a poder encontrar una solución a sus problemas. Motiva más a encontrar un desenlace al conflicto que a buscar un culpable del asunto sobre el cual se está mediando, lo que preserva la relación de las partes y da fluidez al proceso.

5.3.3. Imparcialidad

La mediación es un procedimiento revestido de imparcialidad, ya que el tercero que la dirige, el mediador, debe ser imparcial y no tener intereses sobre el asunto o resultado del proceso, para poder guiar adecuadamente a las partes para lograr el acuerdo que ponga fin a sus discrepancias. El mediador fomenta el respeto entre las partes, puesto que contribuye a desarrollar el diálogo y a mejorar las habilidades de comunicación, con el fin de llegar a un acuerdo. Permite a los involucrados abordar sus diferencias de manera directa, evitando que las tensiones escalen, lo que puede llevar a resultados más duraderos y satisfactorios. Asimismo, ofrece a las partes mantener el control de la solución, al participar activamente en el proceso, las partes se sienten más empoderadas y comprometidas con los acuerdos que alcanzan.

Es pertinente advertir que la eventual falta de experiencia del mediador debido a que la efectividad de la mediación a menudo depende en gran medida de la habilidad y

³² Artículo 44, LAM.

³³ Artículo 238 CNA, Artículo 294 No. 6 COGEP.

³⁴ Artículo 51, LAM.

³⁵ Artículo 46, LAM.

conocimiento del mediador. Si el mediador no es lo suficientemente competente o imparcial, el proceso podría no ser equitativo.

5.4. El acta de mediación

Existen dos teorías que consideran al acta de mediación como sentencia.

5.4.1. Teoría Procesalista

Sobre esta teoría, analiza Ximena Bustamante, que “(...) 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. (...) Al no constituir la mediación una etapa procesal, el argumento más poderoso de la corriente citada se pierde”³⁶. Por ende, se entiende que la mediación es un mecanismo con características y fines propios y, al ser incluida en un proceso judicial, su objetivo es agilizar el proceso, pero no es una etapa procesal del mismo.

En este punto, es relevante señalar que el artículo 55 de la Ley de Arbitraje y Mediación prescribe que la conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos y que, para efectos de dicho cuerpo legal, se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos y, toma a estos procesos como equivalentes.

5.4.2. Teoría Jurisdiccional

La misma afirma que en el proceso de mediación los particulares pueden ejercer la función de administrar justicia de manera transitoria; sin embargo, no pueden establecer los términos del arreglo ya que ello depende de las partes. Esta teoría aplicada en el caso del Derecho colombiano³⁷, considera que la potestad de administrar justicia de los conciliadores se equipara a la obligación de efectuar un control legal acerca del mencionado arreglo, que se asemeja a la homologación judicial y, por ende, se da al acta el carácter de sentencia y de cosa juzgada³⁸.

Esta teoría no es del todo correcta en Ecuador, ya que la Constitución del país no detalla explícitamente que los mediadores posean una función jurisdiccional. En este contexto, el acta de mediación se considera más como un método para resolver disputas, sin

³⁶ Ximena Bustamante, *El acta de mediación*, 49.

³⁷ Ximena Bustamante, *El acta de mediación*, 50.

³⁸ Ximena Bustamante, *El acta de mediación*. 52.

que conlleve el ejercicio jurisdiccional, dado que no involucra el interés público en la resolución de conflicto³⁹.

5.4.3. Teoría mixta del acta de mediación

La teoría mixta que es la que se utilizará en esta investigación, considera que el acta de mediación es un documento originado en uno de los métodos alternativos de solución de conflictos. Posee una naturaleza original y provoca efectos tanto de sentencia ejecutoriada como de cosa juzgada⁴⁰.

En el sistema ecuatoriano, la Ley de Arbitraje y Mediación⁴¹, considera a la mediación como un proceso con carácter extrajudicial, cuya acta 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 apremio⁴² y en dicho contexto, el Código Orgánico General de Procesos incluye al acta de mediación como un título de ejecución⁴³. En consonancia con lo expuesto, el acta de mediación constituye un “documento auténtico⁴⁴” que como se ha manifestado previamente, tiene efectos de cosa juzgada, lo que implica que no se puede llevar la controversia a alguna instancia judicial ni a un juicio arbitral, así como tampoco puede un juez revisarla. Por ello, se puede decir que surte efectos irrevocables que son capaces de dar por terminado de manera definitiva el conflicto.

Por su parte, los efectos de sentencia ejecutoriada que surgen con la suscripción del acta de mediación, implican que existen efectos vinculantes e inalterables para ambas partes 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 de la misma y al tener la calidad de título de ejecución, goza de las prerrogativas que confiere el Código Orgánico General de Procesos a este tipo de instrumentos.

Bajo esta perspectiva, el acta de mediación se rige por las disposiciones establecidas en el Código Orgánico General de Procesos. Se puede percibir como un documento que sirve para llevar a cabo un acuerdo que se alcanza durante el proceso de mediación. En este

³⁹ Cfr. F. Carnelutti: Sistema de Derecho Procesal Civil (México: Cárdenas Editor Distribuidor, 1998), 183.

⁴⁰ Ximena Bustamante, *El acta de mediación*, 100.

⁴¹ Artículo 46, LAM.

⁴² Artículo 47, LAM.

⁴³ Artículo 363.3 COGEP.

⁴⁴ Ximena Bustamante, *El acta de mediación*, 100.

contexto, una vez que las partes han llegado a un acuerdo y este ha quedado registrado en el acta de mediación, dicho acuerdo puede ejecutarse de manera análoga a un título de ejecución, facilitando su cumplimiento.

Ahora en cuanto a sentencia de última instancia según la Ley de Arbitraje y Mediación, el acta de mediación no solo es un registro del acuerdo, sino que también tiene la fuerza de una decisión final y vinculante. Aunque las leyes específicas pueden atribuir al acta de mediación diferentes características y funciones, la esencia fundamental es la misma: proporcionar un registro formal de los acuerdos alcanzados durante el proceso de mediación. La aparente dualidad de funciones podría reflejar la diversidad de enfoques legales y la flexibilidad que se otorga a la mediación como método de resolución de conflictos.

Conforme lo analizado, se evidencia que su bien el acta de mediación al contener un acuerdo de voluntades, concuerda perfectamente en el concepto de negocio jurídico, no todas las normas del Derecho Civil propias del negocio jurídico le son aplicables, en la medida que los efectos especiales que tiene el acta constituyen un negocio jurídico distinto de otros previstos en nuestro ordenamiento, por lo que cabe decir que se trata de un negocio atípico.

Según el pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia, el artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos es aplicable a los casos de nulidad de sentencia ejecutoriada, mientras que el acta de mediación es el documento en el que consta el acuerdo de las partes luego de un proceso voluntario de mediación, añade la corte “que para tales efectos además constituye un título de ejecución, de acuerdo con el artículo 363.3 del Código Orgánico General de Procesos⁴⁵”. Con este razonamiento, concluye la Corte que al no ser el acta de mediación una sentencia, no son aplicables las causales de nulidad señaladas en el referido artículo 112 y que al ser el acta de mediación, por ser el instrumento en el que constan los acuerdos de las partes en un proceso de mediación; se encasilla en la definición de transacción prevista en el artículo 2348 del Código Civil y le son aplicables las reglas del Código Civil, en especial la de los artículos 2349, 2354, 2356, 2357 y 2359 del Código Civil sobre la validez de la transacción.

En este punto, cabe comentar que el razonamiento de la Corte Nacional no es acertado en cuanto a que tanto las sentencias, los laudos y las actas transaccionales y de mediación

⁴⁵ Artículo 363 COGEP.

son títulos de ejecución⁴⁶, pero tiene importancia para este trabajo en cuanto la Corte señala que el acta de mediación no se equipara a una sentencia y que la mediación se asemeja a la transacción y por lo tanto le son aplicables las normas antes referidas del Código Civil.

5.5. Derecho comparado acerca de la mediación.

En la legislación italiana, la mediación es tomada como una actividad desarrollada por un ajeno al conflicto, este tercero debe ser imparcial. Toma a la conciliación como sinónimo de mediación. Por ende, no hace la diferencia entre estas dos figuras que, no son instituciones iguales.⁴⁷

Según la Revista de Mediación, a decir de María Zato Etcheverría, la legislación italiana iba más allá en su afán de implantar la mediación, posibilitando al mediador a formular una propuesta de acuerdo moto propio, en el caso de que las partes no lo alcanzasen por sí mismas, y establece ventajas fiscales, al ofrecer una deducción de impuestos equivalente a los honorarios pagados al mediador hasta un máximo de 500 euros, en caso de haber alcanzado un acuerdo.

La autora señala también sobre la eficacia como título ejecutivo del acuerdo de mediación, que la norma italiana exige que el procedimiento de mediación se realice en una institución inscrita en un Registro específico del Ministerio de Justicia italiano y por un mediador formado con arreglo a ciertos criterios, previa homologación por parte del Tribunal donde resida la institución a la que se ha encomendado la mediación⁴⁸.

En el mismo artículo se indica que en Italia, con el objetivo de disminuir la cantidad de casos judiciales, se implementó la mediación obligatoria con el riesgo de que la demanda fuera inadmisibile si no se había intentado llegar a un acuerdo mediante la intervención de un mediador. Esta obligatoriedad estuvo en vigor desde marzo del 2011, hasta que en un la *Corte Costituzionale*, declaró la `ilegitimidad constitucional´ de la mediación obligatoria el 24 de octubre 2012. La obligatoriedad se aplicó a diversas materias como derechos reales, divisiones, sucesiones, alquiler y comodato, alquiler de una empresa, pactos de familia, responsabilidad médica, difamación por la prensa, contratos de seguro, bancarios y

⁴⁶ Artículos 235 COGEP.

⁴⁷ Aldona María Ziaja, “La implantación de la mediación en España”, Universidad de Valladolid. Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación (2017), 18.

⁴⁸ María Zato Etcheverría “Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea”, Revista de Mediación Volumen 8 Nº 1, Pág. 76.

financieros y que durante la vigencia de esta imposición las mediaciones voluntarias experimentaron un notable crecimiento, incrementándose el número de mediaciones de 45.000 hasta más de 220.000⁴⁹.

Por otro lado, en España la mediación se ha ido implementando a raíz del incremento de conflictos más complejos que requieren de una solución inmediata. Se sustenta en los principios de voluntariedad, igualdad, imparcialidad y confidencialidad, busca la sencillez del procedimiento, así como su flexibilidad con el objetivo de que los implicados determinan sus etapas. También contempla la debida ejecución de los acuerdos resultantes del proceso de mediación⁵⁰.

Al analizar el caso español María Zato Etcheverría⁵¹ comenta que está dándose un aumento de litigios en los últimos años que repercute en el funcionamiento de la Justicia, por lo que se buscan alternativas a la resolución de conflictos, siendo la mediación uno de ellos, (las otras dos serían el arbitraje y la conciliación).

En este orden de ideas, es muy común la mediación en el ámbito laboral, pero es en el familiar donde la mediación se encuentra más arraigada y desarrollada, sin embargo, los servicios que se ofrecen son muy distintos según la comunidad autónoma de que se trate, ya que en España hay diecisiete comunidades autónomas, de las que trece tienen su propia ley autonómica sobre mediación, a saber, y enumerando por orden cronológico: Cataluña, Galicia, Valencia, Canarias, Castilla la Mancha, Castilla y León, Islas Baleares, Madrid, Asturias, País Vasco, Andalucía, Aragón y Cantabria. Tanto Cataluña como Islas Baleares han dictado ya su segunda ley sobre mediación⁵².

En Colombia es un método alternativo de solución de conflictos, permitiendo que un particular o tercero ayude como guía para la solución de controversias, promoviendo el diálogo y la paz entre las partes⁵³. De igual forma, como ya se ha mencionado, en Ecuador y Colombia, no se hace una diferencia entre la mediación y la transacción en sus cartas supremas, pero la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha sido pionera en que si menciona

⁴⁹ María Zato Etcheverría “Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea”, Vol. 8 N° 1, 77.

⁵⁰ Aldona María Ziaja, “La implantación de la mediación en España”, 26.

⁵¹ María Zato Etcheverría “Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea”, Vol. 8 N° 1, 75.

⁵² García Villanluenga y Vázquez de Castro, 2013 citado en María Zato Etcheverría, “Una aproximación al mapa de la mediación en la mediación en la Unión Europea”, 75.

⁵³ María Fernanda Pérez, “La mediación en la Ley 906 de 2004”, s.f. <https://repository.ucc.edu.co/bitstreams/c5394bb7-a9c4-46d2-a072-2d00e51ecdb0/download>

la existencia de una distinción entre ambas figuras. Cabe recalcar que toma a la conciliación como un sinónimo de mediación.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia menciona que,

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 en la modalidad que la ley denomina conciliación [o mediación] pues en esta es factible que una de las partes se pliegue íntegramente a las pretensiones de la otra⁵⁴.

Desde este punto de vista, el procedimiento de mediación opera bajo una perspectiva optimista, asumiendo que ambas partes tienen la posibilidad de lograr beneficios mutuos al resolver un conflicto. Busca la satisfacción de los intereses de ambas partes mediante una negociación que no genere la sensación de haber realizado sacrificios. Por ende, no está bien afirmar que en el acuerdo resultante del proceso de mediación deben hacerse concesiones recíprocas ya que contradice el propósito fundamental de la mediación⁵⁵.

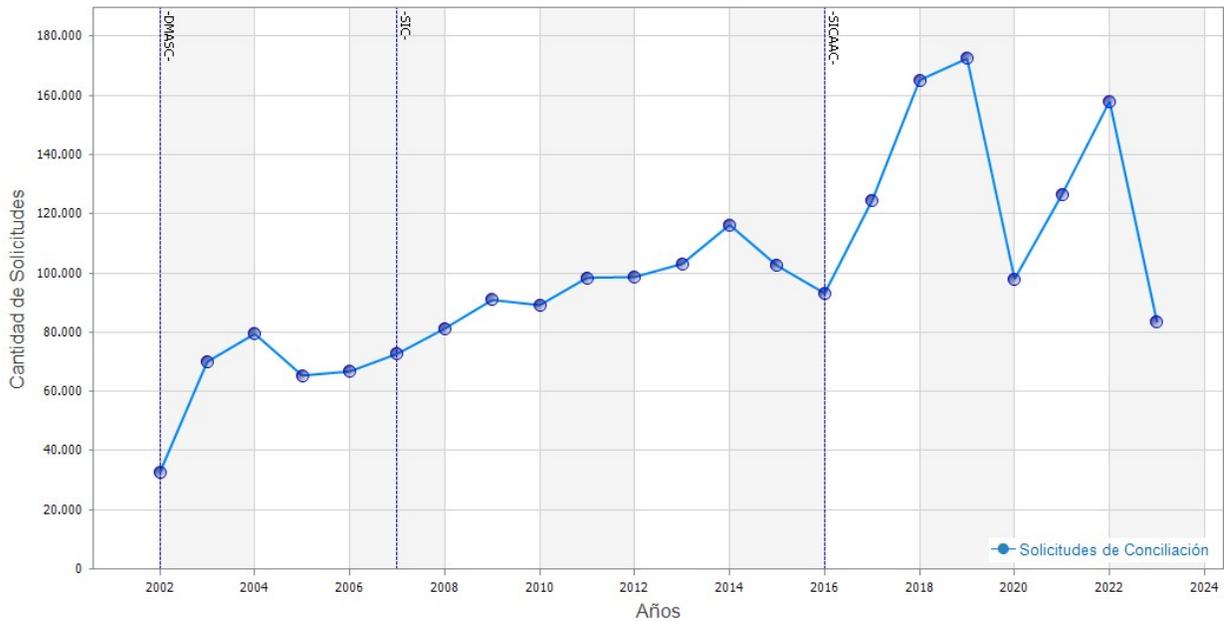
Según el Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición de Colombia, SICAAC, en el cuadro que consta a continuación, a través de los años se puede evidenciar un incremento sostenido de los casos que se resuelven por estas vías, salvo en el año 2020, que existe una baja que seguramente obedece a la pandemia del Covid 19⁵⁶.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia de 12 de diciembre de 1991 citada en Ximena Bustamante, *El acta de mediación*, 81.

⁵⁵ Ximena Bustamante, *El acta de mediación*, 81.

⁵⁶ SICAAC. (s.f). SICAAC-Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición. <https://www.sicaac.gov.co/Informacion/Estadistica>

Gráfico No.1 Solicitudes de Conciliación por Año.



Fecha de actualización: 30 de junio de 2023

Fuente: Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable
Composición [SICAAC].

5.6. La transacción.

Resulta imperativo mencionar al contrato de transacción debido a que, tiene una gran semejanza con el acuerdo llevado a cabo por el proceso de mediación. Según el Código Civil⁵⁷ es un contrato mediante el cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Añade la misma norma que no constituye transacción la mera renuncia de un derecho que no se disputa.

Para Bonivento⁵⁸, esto es erróneo puesto que no menciona un elemento de la esencia del contrato en cuanto al tema de concesiones o renunciaciones de las partes.

Arturo Alessandri y Manuel Somarriva⁵⁹ señalan idéntica definición, pero además analizan el carácter de este contrato, que es consensual porque se perfecciona con el consentimiento de las partes; bilateral ya que engendra obligaciones recíprocas; oneroso

⁵⁷ Artículo 2348, Código Civil, R.O. Suplemento 58 de 12 de julio de 2005, reformado por última vez R.O. 506 de 22 de mayo de 2015.

⁵⁸ José Bonivento Fernández, “Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales”, *Librería Ediciones del Profesional 16* (1992), 102.

⁵⁹ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, “Contratos Tomo I”, (Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1992), 559-562.

porque las partes se gravan una en beneficio de la otra; generalmente conmutativo porque se tienen como equivalentes las prestaciones que de él nacen; es un contrato principal porque no depende de otro y además puede ser un título translativo o declarativo de dominio.

Para Bustamante, es importante conocer que existen similitudes entre el contrato de transacción y el acuerdo al que se llega gracias al proceso de mediación. Entre sus similitudes, concibe a ambos procesos como una opción frente a los tribunales que permite un desenlace para la controversia.

Además, contempla que ambos son medios de `autocomposición⁶⁰, refiriéndose a que las partes del proceso son quienes deciden sobre el problema y llegan a una solución consensuada y voluntaria. De otra parte, las dos figuras solamente pueden tratar respecto a materia transigible⁶¹. Por último, menciona que ambos surten una suerte de cosa juzgada, así, el Código Civil lo dispone en su artículo 2362, respecto de la transacción⁶².

Para San Cristobal⁶³, es un requisito fundamental del contrato de transacción las concesiones recíprocas de las partes. Pero, también menciona que se puede acarrear una brecha entre ellas puesto que una parte puede terminar triunfando respecto a la otra. Esto resulta bastante interesante desde la perspectiva de que no necesariamente este contrato busca una situación de equidad mas sí de conformidad y voluntariedad entre quienes están en conflicto.

Asimismo, menciona que la transacción conlleva la creación de nuevos lazos u obligaciones, en reemplazo de los que han sido extinguidos, o la modificación de los existentes. En ese sentido, le da un `carácter novatorio, ya que sustituye la situación en disputa por otra que es clara e incuestionable. Es importante destacar que, aunque puedan surgir controversias con respecto a lo acordado en la transacción, estas deben centrarse en las obligaciones o derechos derivados de dicho acuerdo. Este acuerdo representa el nuevo contrato entre las partes para resolver sus diferencias. Por lo tanto, no se pueden plantear disputas que afecten a las situaciones anteriores a la transacción que ya han sido alteradas por esta última.

⁶⁰ Ximena Bustamante, *El acta de mediación*, 78.

⁶¹ “*Ibidem*, 78”

⁶² Artículo 2362, Código Civil, R.O. Suplemento 58 de 12 de julio de 2005, reformado por última vez R.O. 506 de 22 de mayo de 2015.

⁶³ Susana San Cristobal, “La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIV (2001), 279-280.

5.6.1. Transacción en materia tributaria

La Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal, tras la Pandemia COVID-19⁶⁴, introdujo reformas al Código Tributario ecuatoriano. Estas reformas incluyen la adición de una Sección Sexta sobre transacción tributaria, clasificada como `intraprocesal` o `extraprocesal`, según la existencia de impugnaciones judiciales. Ahora bien, la Administración Tributaria puede usar la transacción para prevenir disputas, realizando un análisis costo-beneficio durante la misma⁶⁵. La transacción intraprocesal⁶⁶ ocurre en la audiencia preliminar o única, siguiendo las reglas del Código Tributario y del Código Orgánico General de Procesos. Sobre la transacción extraprocesal, es aplicable a obligaciones tributarias en actos administrativos de determinación tributaria firmes o ejecutoriados no impugnados judicialmente⁶⁷.

Asimismo, se podrán los temas relativos a la determinación y recaudación de obligaciones fiscales, sus intereses, recargos y multas, así como aspectos fácticos en disputa⁶⁸. Como normas supletorias a la mencionada Sección Sexta para la transacción, están contempladas las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos, Código Orgánico de la Función Judicial; y la Ley de Arbitraje y Mediación. Por último, las Actas Transaccionales pueden ejecutarse al día siguiente de su suscripción, y, en caso de obligaciones por cobrar, constituyen título válido para iniciar el proceso coactivo. Y, en caso de incumplimiento, el acuerdo transaccional puede resultar en un título de crédito para el proceso coactivo.

5.7. Materias transigibles en mediación.

Cabe señalar que nuestra legislación no ha establecido materias taxativa o naturalmente transigibles, puesto que, en una misma materia o rama del derecho, existen asuntos que son transigibles y otros que no.

⁶⁴ Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal, [LODES], Tercer Suplemento del R.O. No.587 de 29 de noviembre 2021; última reforma publicada en la Edición Constitucional del R.O. No. 160 de 11 de enero de 2023.

⁶⁵ Artículo innumerado añadido a continuación del artículo 70 CT por la LODES, publicada en el Tercer Suplemento del R.O. No.587 de 29 de noviembre 2021; última reforma publicada en la Edición Constitucional del R.O. No. 160 de 11 de enero de 2023.

⁶⁶ Artículo 56.13, CT.

⁶⁷ Artículo 56.7, CT.

⁶⁸ Artículo 56.2, CT.

En consecuencia, ha de entenderse que es materia transigible aquella en la que las partes pueden negociar y acordar; y, que involucren los derechos que pueden ser renunciados con voluntariedad, de conformidad con la ley.

En este punto hay que considerar que en Derecho Público rigen los principios de legalidad⁶⁹ y juridicidad⁷⁰, mientras que en el ámbito del Derecho Privado, puede hacerse lo que no está prohibido en la Ley, lo que permite colegir que lo transigible no siempre debe estar en la Ley y por lo tanto en cada caso deben existir requisitos como no contravenir normas de orden público, no causar daño a terceros, la facultad de disposición, los límites que establece la legislación tal como la renunciabilidad de los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia⁷¹.

En cada materia existen conceptos medulares que permiten que proceda la mediación y/o la transacción, a la vez que existen disposiciones legales que impiden la transacción, como se mencionó previamente en el caso del estado civil, en Derecho Penal, no son materia transigible las indemnizaciones que nacen de delitos contra la seguridad del Estado.

Si bien no es el objeto del estudio delimitar las materias transigibles, cabe resaltar la clasificación de las materias de Durán, Égüez, Arandi, y Yancha⁷², sobre las que cabe transigir y que consideran asuntos de derecho civil, temas de menores, tales como alimentos, régimen de visitas, entre otros, ya que según el Código de la Niñez y Adolescencia⁷³ es admisible la mediación en todos los ámbitos, siempre que no se vulneren derechos de los menores; mediación laboral que puede llevarse a cabo cuando no se vulneren derechos irrenunciables de los trabajadores, puesto que nuestra legislación coloca al trabajador como una parte vulnerable en el conflicto ya que, arraigado al principio protector, viene el principio de irrenunciabilidad que busca la seguridad del trabajador.

⁶⁹ Artículo 226, CRE.

⁷⁰ Artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, [COA], Segundo Suplemento del Registro Oficial No.31 de 7 de julio 2017; última reforma publicada en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 268, 14 de marzo de 2023.

⁷¹ Artículo 11, Código Civil,

⁷² Durán et al., "*Catálogo de Materias Transigibles y Asuntos Transigibles en Mediación en la República del Ecuador*", 79-80.

⁷³ Artículo 294, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. R.O. Suplemento 737 del 03 de enero de 2003.

A manera de comentario, se puede mencionar, que Durán, Égüez, Arandi, y Yanchar, señalan en su catálogo, temas de índole mercantil, societario, de propiedad intelectual, derechos del consumidor, tributario, ambiental, temas relacionados con propiedad horizontal, asuntos educativos, tránsito en asuntos que no causen lesiones graves ni muerte, delitos de pena privativa de libertad menores a cinco años y delitos que contengan una pena salarial máxima de treinta salarios básicos unificados, entre otros, así como la exclusión de infracciones que afecten al Estado⁷⁴, lo que evidencia el amplio espectro en el que son aplicables la mediación y la transacción.

5.8. Derecho comparado acerca de la transacción.

Ya en la antigua Roma, las partes en conflicto podían resolver el mismo acudiendo ante un juez que decida y evite vulneraciones de derechos. Asimismo, podían llegar a una solución pacífica en la cual se daba la alternativa de realizar concesiones recíprocas con el objetivo de evitar acudir a un juicio. Por ejemplo, una parte podía prometer cesar las hostilidades con la otra y, la contraparte podía prometer pagar lo acordado⁷⁵.

La obligación se extingue una vez que el deudor paga lo debido y el acreedor obtiene aquello a lo que tenía derecho o, cuando el obligado es liberado por una causa diferente de su deuda. Es decir, se extingue la obligación cuando se acaba la relación entre los sujetos y la consecuencia jurídica.

Existen ciertos modos antiguos de extinguir las obligaciones y en derecho romano producían diversos efectos. Algunas veces el deudor quedaba liberado *ipso iure* (de pleno derecho) por lo que la obligación desaparecía de manera definitiva y total. Otras veces, la obligación permanecía, pero era ineficaz. Dicha privación de eficacia *exceptionis ope* se daba cuando se atribuía al deudor un derecho de impugnación para prescindir de la relación que lo obligaba y vinculaba. Este derecho se hacía valer mediante vía de excepción en contra del acreedor⁷⁶.

La transacción es uno de los modos de extinción *exceptionis ope* reconocidos en la legislación romana. Fue considerada como un pacto en el que las partes en disputa daban por

⁷⁴ Durán et al., "Catálogo de Materias Transigibles y Asuntos Transigibles en Mediación en la República del Ecuador", 80.

⁷⁵ Silvia Tamayo Haya, "El contrato de transacción: principales líneas de su evolución histórica", Anuario de derecho civil, Vol. 57, N° 3 (2004), 1106.

⁷⁶ Luis Rodolfo Argüello, *Manual de derecho romano Historia e instituciones* (Bogotá: Editorial Astrea Srl, 2017), 385-395.

terminado un conflicto o evitaban un futuro litigio mediante concesiones recíprocas que se tratase de obligaciones o derechos extracontractuales. La transacción inicialmente justificaba la pérdida o ganancia de obligaciones y derechos reales, pero ya no producía más que excepciones, servía para extinguir un crédito de manera parcial o total.

El derecho clásico propuso dos defensas para que la transacción sea efectiva: la *exceptio doli* que impedía que una de las partes revise acerca del asunto controvertido y de la obligación ya extinguida, y la *exceptio pacti* cuya función era tutelar el cumplimiento del acuerdo. Después, la transacción tomó la suerte de contrato innominado en el derecho justinianeo. Asimismo, existían ciertos requisitos para que la transacción opere como extinción *exceptionis ope*. En primer lugar, que la obligación de la cual se estuviese tratando, fuese susceptible de litigio o insegura para las partes. Segundo, que ambas partes realizaran concesiones o renunciaciones recíprocas⁷⁷.

Como se mencionó anteriormente, el efecto producido por la transacción era la extinción de las obligaciones a las cuales las partes habían concedido mediante el acuerdo de transacción. Por ende, se producía una consecuencia similar a la de la cosa juzgada, poniendo fin a la controversia. Debido al carácter accesorio de las garantías que acompañaban a las obligaciones objeto de la transacción, éstas también se extinguían. La transacción es un modo de extinguir obligaciones y un contrato.

De ese modo, nace la transacción y era considerada una señal de buena fe. Igualmente, finalizada la mencionada transacción, la fase *in iure* quedaba interrumpida. De manera general, las partes por iniciativa y voluntad propia eran quienes llegaban a un acuerdo, pero el Magistrado podía igualmente hacerlo. Algunas veces, el magistrado debía a manera de oficio incentivar a las partes a llegar a una solución pacífica en la fase *in iure*.

Actualmente, en España, el contrato de transacción busca dar por terminado un proceso arbitral o judicial siempre que el conflicto sobre el cual las partes buscan encontrar una solución de manera voluntaria sea disponible. Dicho contrato está integrado por tres elementos. El primero es el `derecho discutido o *res dubia*, que implica una situación de incertidumbre o duda en la relación jurídica entre las partes. Esta incertidumbre puede generar litigios, independientemente de si se ha iniciado un proceso judicial o arbitral. El segundo elemento se refiere a la intención compartida por las partes en conflicto de alcanzar

⁷⁷ Luis Rodolfo Argüello, *Manual de derecho romano Historia e instituciones*, 395.

una situación de certeza en la relación jurídica. La falta de claridad en este aspecto puede dar lugar a problemas adicionales. El tercer elemento involucra concesiones recíprocas entre las partes para llegar a un acuerdo. Estas concesiones no siempre son equitativas, ya que una de las partes puede ceder más o menos que la otra⁷⁸. En este contexto, la figura de la transacción ha tenido relevancia jurídica tanto en el Derecho romano como en el derecho español.

En ambas tradiciones legales, la transacción se concibe como un contrato, aunque en el derecho romano adopta la forma de un contrato innominado. Este acto jurídico fundamental requiere el consentimiento mutuo y libre entre las partes involucradas. Además, en ambas tradiciones, la transacción surge en situaciones de incertidumbre que demandan una solución. Otro aspecto común a ambas es que implica que las partes realicen concesiones mutuas en pos de llegar a un acuerdo y resolver la disputa. Es relevante destacar que la influencia del derecho romano ha dejado una huella significativa en el desarrollo del derecho civil en España.

A diferencia con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no se toma a la transacción de manera expresa como un mecanismo de carácter extrajudicial. Es por lo que muchos creen que el ordenamiento español está retrasado respecto a este ámbito.

En Colombia, se toma a la transacción como un contrato en el cual las partes impiden o dan por terminado un litigio pendiente de manera extrajudicial⁷⁹. Asimismo, se aclara que solamente renunciar a derechos que no se encuentran en la controversia, no significa una transacción. Por otro lado, su Código Civil señala que no es válida la transacción de derechos que son ajenos⁸⁰.

En este contexto, se puede observar como bajo el principio dispositivo, desde un inicio, ha existido el afán de evitar la intervención judicial en controversias. La sola renuncia de una pretensión era considerada en la antigua Roma como un instrumento capaz de dar por terminado un conflicto de manera pacífica. Como se puede ver, se daba una especie de celebración de pacto inter-partes en donde se buscaba obtener una indemnización a cambio de venganza⁸¹.

⁷⁸ Susana San Cristobal, “La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles”, 3.

⁷⁹ Artículo 2469, Código Civil de los Estados Unidos de Colombia, Diario Oficial No. 2867 de 31 de mayo de 1873.

⁸⁰ Artículo 2475, Código Civil de los Estados Unidos de Colombia.

⁸¹ Silvia Tamayo Haya, “El contrato de transacción: principales líneas de su evolución histórica”, 1107.

Por ende, la transacción existía ya en el Derecho romano, como un contrato innominado, ha dado paso a la codificación de su figura en diversos Estados sirviendo como instrumento de los modos de solución pacífica de controversias en la actualidad; y, buscando la certeza en las relaciones jurídicas entre las partes hasta evolucionar como el contrato que se conoce hoy en día.

5.9. Diferencias entre la mediación y la transacción.

El contrato de transacción nace de la voluntad y autonomía de las partes, surge de una negociación, diferente a la mediación en cuanto no interviene un tercero, mientras que, en el proceso de mediación, es necesaria la intervención de quien se conoce como mediador⁸².

Según la Ley de Arbitraje y Mediación, el acuerdo al que se llega es solemne debido a que se encuentra en el acta que se suscriben las partes al final del procedimiento, mientras que el contrato de transacción no requiere solemnidades ya que es consensual, a menos se verse sobre inmuebles caso en el que está sujeto a las solemnidades propias para este tipo de bienes.

Otra de sus diferencias viene a ser que el contrato de transacción es un contrato bilateral y el acuerdo de mediación puede ser una convención unilateral o bilateral⁸³.

Según Bustamante, el acta de mediación puede variar a un negocio distinto⁸⁴, como por ejemplo un cuasicontrato, mientras que la transacción es siempre un contrato. La autora también señala que el proceso de mediación funciona según un enfoque positivo, donde se supone que ambas partes pueden obtener beneficios mutuos al resolver un conflicto y ver cumplidos sus intereses en una negociación sin la sensación de haber realizado sacrificios.

Existen dos realidades, lo transigible y lo permitido por la ley. En el marco de la ley ecuatoriana, lo `transigible´ es aquel ámbito sobre el cual las partes tienen la libertad y capacidad para negociar, acordar y llegar a un entendimiento mutuo. Este concepto está vinculado a la autonomía de la voluntad de las partes, siempre y cuando no viole disposiciones legales imperativas o principios éticos fundamentales.

Por otro lado, lo `permitido por la ley ecuatoriana hace referencia a aquellas acciones, acuerdos o transacciones que están en conformidad con las leyes del país. La legalidad es un

⁸² Ximena Bustamante, *El acta de mediación*, 79.

⁸³ Ximena Bustamante, *El acta de mediación*, 80.

⁸⁴ *Ibidem*, 80.

factor fundamental en la determinación de lo que es permitido o no, y cualquier acuerdo o transacción que contravenga las disposiciones legales puede ser considerado inválido o nulo.

A pesar de ello, la mediación tiene una visión más extensa que el contrato de transacción pues no necesariamente debe estar sujeta a la existencia de un conflicto actual o futuro. Es por lo que se parte de una lógica completamente diferente, mientras que la mediación busca el ganar-ganar y que las partes no sientan que han comprometido sus intereses, la transacción requiere necesariamente de concesiones recíprocas en donde mutuamente deben sacrificar algo para dar por terminada la controversia⁸⁵.

6. Conclusiones

Del análisis previamente efectuado sobre la mediación como método alternativo de solución de conflictos y el contrato de transacción se pueden llegar a las siguientes conclusiones:

La mediación presenta ventajas procesales al contar necesariamente con la intervención de un tercero, denominado mediador. Esta participación facilita el proceso, permitiendo un tratamiento integral del conflicto. En este contexto, el acuerdo resultante de la voluntad de las partes es único y auténtico, y el negocio jurídico contenido en él se considera atípico. En contraste, en cuanto a la naturaleza y origen, el contrato de transacción surge de la voluntad y de la autonomía de las partes pues se desarrolla a partir de una negociación directa sin la intervención de un tercero, a diferencia de la mediación que requiere la participación activa de un mediador. Asimismo, la mediación y la figura de la transacción, a pesar de tener similitudes, como referirse a materias transigibles y tener como objetivo evitar un litigio, son figuras distintas. Entre ellas es que se trata de una institución más amplia, ya que el acta de mediación constituye un acuerdo hecho a medida por las partes, proporcionando un medio de acceso a la justicia. Este proceso implica un procedimiento menos costoso y más flexible que la justicia ordinaria desde una perspectiva procesal. En contraste, en una transacción, las partes acuerdan comprometerse y renunciar a ciertos derechos con el fin de resolver la disputa de manera amigable.

A partir del de lo mencionado, se pudo determinar que, a diferencia del contrato de transacción, la mediación no está necesariamente ligada a la existencia de un conflicto actual

⁸⁵ Ximena Bustamante, *El acta de mediación*, 81.

o futuro. Busca un enfoque ganar-ganar sin comprometer los intereses de las partes, mientras que la transacción implica necesariamente concesiones recíprocas. De este modo, la transacción tiene un carácter plenamente negocial en el cual se busca llegar a sacrificios mutuos para evitar el litigio. Esta figura que ha venido evolucionando desde la existencia del Derecho Romano, implica una renuncia de pretensiones de ambas partes. Esto nos lleva a indicar que, se puede ver que existen realidades distintas en el ámbito de la transacción, lo transigible y lo permitido por ley. Por otro lado, a medida que el mundo y el Derecho evolucionan, se observa en Ecuador la tendencia de ampliar la materia transigible mediante la ley. La legislación permite que ciertos temas sean objeto de mediación y no necesariamente estén sujetos a la transacción.

El objeto de investigación presentó algunas limitaciones en el ámbito normativo, jurisprudencial y doctrinario. En el ámbito normativo, la Constitución y la Ley de Arbitraje y Mediación no establecen una diferencia entre las dos figuras, considerándolas sinónimos. En el ámbito jurisprudencial, tanto en Colombia como en Ecuador, no se evidencia una distinción clara entre mediación y transacción en sus cartas supremas. La Corte Suprema de Justicia de Colombia reconoce una diferencia entre ambas figuras (transacción y mediación), aunque considera la conciliación como sinónimo de mediación.

Esta diferencia, señalada por la jurisprudencia colombiana, no es del todo acertada y es solo una de las muchas diferencias mencionadas. Aunque es una diferencia significativa, también se deben tener en cuenta las disparidades en la naturaleza y el origen de ambas figuras, así como en las solemnidades. Según la Ley de Arbitraje y Mediación, el acuerdo de mediación es solemne, quedando registrado en un acta al final del procedimiento. Por el contrario, el contrato de transacción es consensual y no requiere solemnidades, a menos que involucre bienes inmuebles, en cuyo caso estaría sujeto a las formalidades correspondientes.

Con el fin de establecer una diferencia clara entre la mediación y la transacción como mecanismos de resolución pacífica de controversias y evitar el litigio, se recomienda la incorporación de un artículo en la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM). Este artículo debería hacer una distinción explícita entre ambos conceptos, proporcionando límites precisos para evitar confusiones en la interpretación legal. Además de brindar claridad jurídica, esta distinción promovería la eficiencia y efectividad al permitir que las partes tomen decisiones informadas para acelerar la resolución y reducir la carga en los tribunales. Es importante

destacar que la implementación de normas que diferencien entre mediación y asuntos transigibles puede alinearse con prácticas internacionales, facilitando la cooperación global y la gestión de acuerdos transfronterizos.