

# LA CONSTANCIA DE IMPOSIBILIDAD DE MEDIACIÓN: UN INSTRUMENTO JURÍDICO DESNATURALIZANTE<sup>1</sup>

## THE IMPOSSIBILITY OF MEDIATION DECREE: A DENATURING LEGAL INSTRUMENT

Juan Esteban Espinel Reyna<sup>2</sup>  
jespinelusfq@gmail.com

### RESUMEN

El presente trabajo es un análisis sobre cuál es la naturaleza jurídica y la función de la constancia de imposibilidad de mediación. La antes mencionada es reconocida como una de las formas de darle fin al procedimiento de mediación en el ordenamiento ecuatoriano, ante la negativa de asistencia a mediar de una o más partes. Sobre la base de la jurisprudencia, normas, y doctrina, se desprende que la constancia de imposibilidad de mediación es una prueba en contra de las partes que hayan decidido no tratar una controversia a través de este método alternativo para la solución de conflictos. Como resultado, este instrumento jurídico puede llegar a imponer una sanción por la decisión de no comparecer, desnaturalizando a la voluntariedad: principio rector de la mediación. Además, se criticará brevemente ciertas facultades jurisdiccionales que atentan al pilar en cuestión, así como ofrecer remedios a estas problemáticas encontradas en el sistema estadounidense.

### PALABRAS CLAVE

Mediación, Constancia de imposibilidad de mediación, Voluntariedad, Prueba.

### ABSTRACT

The following paper is an analysis of what is the legal nature and the function of the impossibility of mediation decree. The aforementioned is recognized as one of the ways to end a mediation procedure in Ecuador's legal system, given the refusal to attend to mediate of one or more parties. Based on jurisprudence, norms, and doctrine, it follows that the impossibility of mediation decree is evidence against the parties that have decided not to address a conflict through this alternative dispute resolution method. As a result, this legal instrument could potentially impose a sanction due to the decision of not attending, denaturing willfulness: the founding principle of mediation. Furthermore, this essay will briefly criticize certain jurisdictional faculties that threaten the pillar in question, as well as offering solutions to these problems found in the American system.

### KEYWORDS

Mediation, Impossibility of mediation decree, Willfulness, Proof.

Fecha de lectura: XX de XXXXX de 2020

Fecha de publicación: XX de XXXXX de 2020

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Ximena Carolina Bustamante Vásquez.

<sup>2</sup> © 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 a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## **SUMARIO**

INTRODUCCIÓN. - I. LA MEDIACIÓN: UN MÉTODO ALTERNATIVO VOLUNTARIO PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS BASADO EN LA VOLUNTARIEDAD. - 1.1 Concepto y principios. - 1.1.1 Concepto. - 1.1.2 Principios de la mediación: liderados por la voluntariedad. - 1.2 Formas en las que la mediación puede iniciar. - 1.2.1 Iniciativa de una de las partes. - 1.2.2 Iniciativa de todas las partes involucradas. - 1.2.3 Iniciativa de un tercero. - 1.3 Formas en las que la Mediación puede terminar. - 1.3.1 Actas de mediación. - 1.3.2 Constancia de imposibilidad de mediación y otros resultados. - II. LA CONSTANCIA DE IMPOSIBILIDAD DE MEDIACIÓN: UN INSTRUMENTO JURÍDICO DESNATURALIZANTE. - 2.1 Naturaleza jurídica. - 2.1.1 Contenido y formalidades. - 2.1.2 Habilitante para otras vías. - 2.1.3 Prueba - 2.2 Efectos sancionatorios de la constancia de imposibilidad de mediación que surgen residualmente en las vías que habilita. - 2.2.1 Constancia de imposibilidad de mediación, una sanción ante la vía judicial. - 2.2.2 La no comparecencia a mediación, una sanción ante el arbitraje. - III LA FACULTAD JUDICIAL DE DERIVACIÓN OFICIOSA A MEDIACIÓN: OTRA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD. - 3.1 ¿Mediación obligatoria? - 3.1.1 Imposición a las partes por las normas generales. - 3.1.2 ¿Decisión de las partes por la norma especial? - 3.2 Remedio: sistema de persuasión basado en incentivos de Estados Unidos - CONCLUSIÓN.

## INTRODUCCIÓN

Al igual que los demás *Alternative Dispute Resolution*, o ADR, la mediación nace como una respuesta a las grandes falencias del sistema judicial de justicia. El método alternativo protagonista del presente artículo se distingue de vías como la de la justicia ordinaria y la del arbitraje por su propiedad autocompositiva, la cual busca empoderar a las personas permitiendo que ellas mismas resuelvan sus controversias a través de respuestas creativas, flexibles, y transformadoras.

Conforme a su objetivo de descongestionar la labor de los jueces, el MASC concede a sus usuarios el acceso a títulos de ejecución que gozan de efectos de sentencia de última instancia y de cosa juzgada llamados actas de mediación. En estos documentos, las partes plasman su voluntad de cumplir los acuerdos a los que se llegaron voluntariamente durante una reunión de mediación, compromisos que se formalizan mediante sus firmas y la del mediador. Sin embargo ¿qué ocurre si las partes no lograron suscribir acuerdos? En principio, nada.

Es decir, las partes involucradas en un procedimiento de mediación no están bajo obligación alguna de comprometerse en puntos que no consideren sensatos o viables. Es así cómo se evidencia uno de los principios rectores de la mediación: la voluntariedad. Este último es un pilar tan primordial que incluso faculta a que las partes estén en la total libertad de no asistir a la convocatoria a mediar. Dicho esto, uno de los posibles resultados de un procedimiento de mediación es la constancia de imposibilidad de mediación, la cual es un documento formal donde el mediador reconoce la inviabilidad de resolver un conflicto a través de mediación fundamentándose en la repetida falta de comparecencia de una o más partes.

En definitiva, por más imprescindible que sea el principio de voluntariedad en el Ecuador, resulta ser vulnerado por figuras como la constancia de imposibilidad de mediación y la mediación obligatoria, concepto contradictorio y abstraído de la facultad que permite a los jueces derivar casos judiciales a mediación oficiosamente.

En el primer capítulo se abordarán rápidamente conceptos generales propios de este MASC, así como las maneras en las que puede iniciar y terminar. En el segundo capítulo se ahondará en la naturaleza jurídica de la constancia de imposibilidad de mediación, sus funciones, y potenciales perjuicios que puede ocasionar de forma indirecta en las demás vías que habilita. Para terminar, el tercer capítulo criticará la mencionada facultad oficiosa de los jueces y propondrá una solución a esta contrariedad por medio del sistema de persuasión basado en incentivos estadounidense.

## **I. LA MEDIACIÓN: UN MÉTODO ALTERNATIVO PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS BASADO EN LA VOLUNTARIEDAD**

### **1.1 Concepto y principios**

#### **1.1.1 Concepto**

La mediación es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, o MASC, que ofrece a las personas un remedio constructivo y menos adversarial en cuanto al manejo y resolución de controversias. Se trata de una herramienta flexible que, además de descongestionar a la vía judicial y otorgar resultados más céleres, empodera a sus usuarios volviéndolos los protagonistas decisores de sus propios acuerdos en vista de terminar con sus disputas. En efecto, al compararlo con otros MASC como el arbitraje o la misma justicia ordinaria, una de las disparidades más marcadas de este sistema es su naturaleza autocompositiva: esto quiere decir que es ajena la figura de un tercero con la fuerza de sentenciar las obligaciones que cada involucrado tendrá que acatar para darle fin al conflicto en cuestión.

Por su lado, la Ley de Arbitraje y Mediación (a partir de ahora LAM) propone una definición en su artículo 43 como “un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”<sup>3</sup>. A pesar de las numerosas ventajas que brinda este método alternativo, es erróneo asumir que las partes llegarán a acuerdos totales y conclusivos para sus discrepancias: los involucrados no están bajo obligación alguna de convenir el uso de este camino, en el caso de convenirlo no están forzados de asistir, y mucho menos de llegar a compromisos.

Con el propósito de favorecer la llegada de acuerdos alcanzados a través de este MASC reconocido por la Constitución de la República<sup>4</sup>, los partícipes son asesorados por un tercero facilitador y sin poder de decisión llamado mediador, quien tiene la misión de instalar el ambiente idóneo para la negociación, facilitar el diálogo entre las partes, acercar sus puntos de vista, precautelar sus intereses, y, excepcionalmente, recomendar posibles arreglos.

---

<sup>3</sup> Artículo 43, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM]. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

<sup>4</sup> Artículos 190, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008: Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

### 1.1.2 Principios de la mediación: liderados por la voluntariedad

Naturalmente, este MASC requiere la aplicación de ciertos principios que permiten el desarrollo de sus propósitos deontológicos. Entre algunos de los principios más comúnmente aceptados se encuentran la buena fe, la flexibilidad, la confidencialidad, la imparcialidad, y la voluntariedad, En palabras de Jaime Vintimilla

sus características más recurrentes [son] la presunción de buena fe de las partes intervinientes, la flexibilidad en el procedimiento, la confidencialidad del resultado, la imparcialidad en la actuación de los mediadores y la voluntariedad de los usuarios, quienes jamás serán compelidos a su utilización.<sup>5</sup>

Nótese el uso del adverbio de negación *jamás* que sugiere la calificada imprescindibilidad del principio voluntariedad. Por su lado, el ordenamiento ecuatoriano parece recoger sutilmente ciertas de las directrices previamente enunciadas, aludiendo únicamente a la confidencialidad<sup>6</sup> de forma expresa en su artículo 50 e implícitamente a las demás. Primero, la confidencialidad es el principio necesario para que los involucrados estén en la posición de revelar información dentro de un espacio de confianza, y así expresar sus genuinos intereses en la elaboración de acuerdos. Cabe señalar que esta noción no solo afecta a las partes, sino que también alcanza al mediador y a cualquier otra persona que pudo llegar a conocer información de este procedimiento de mediación. Segundo, la flexibilidad es suavemente abstraída por el artículo 44 de la LAM cuando se refiere a que las personas “[p]odrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna”<sup>7</sup>, este eje es el que busca evitar las formalidades habitualmente dilatadas dentro de los procesos civiles. Tercero, la esencia de la imparcialidad se presenta en el artículo 43 de la misma Ley al momento de calificar al mediador como “un tercero neutral”<sup>8</sup>. En presencia de este adjetivo, vale la pena relucir el hecho que, si bien “neutralidad” e “imparcialidad” pueden sonar como sinónimos, estos son conceptos ampliamente diferentes tal como lo explica Jorge Zalles:

La palabra “neutralidad” puede sugerir ausencia de valores e indiferencia ante los sufrimientos que puedan padecer las partes, ante las atrocidades que otras puedan cometer y, en general, ante los posibles efectos del escalamiento intenso de un conflicto. En consecuencia, [algunos importantes

<sup>5</sup> Jaime Vintimilla, “RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS”. *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales* (2011), 3.

<sup>6</sup> Artículo 50, LAM: 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.

<sup>7</sup> Artículo 44, LAM.

<sup>8</sup> Artículo 43, LAM.

teóricos en el campo de la resolución de conflictos de la Universidad de Harvard] sugieren más bien describir la condición necesaria como “imparcialidad”, que significa que, aunque la tercera parte rechace moralmente las actitudes o los comportamientos de una o más de las partes, tenga preferencias entre ellas, o juzgue más favorablemente los derechos o las actuaciones de una que de otra, puede, no obstante *actuar* entre ellas o frente a ellas con igual cortesía y consideración, de manera que no favorezca ni parezca favorecer los intereses y las aspiraciones de ninguna de ellas.<sup>9</sup> Cuarto y último, el principio rector de voluntariedad se deduce del mismo artículo 43 al referirse al “acuerdo voluntario”<sup>10</sup> como el encaminado resultado de la mediación. Para muchos, incluyendo al autor de este ensayo, la voluntariedad es sin lugar a dudas el eje fundamental y más importante de este MASC el cual “tiene su fuente en la libertad y en la autonomía de la voluntad de las partes, quienes, por lo mismo, no están obligadas a someter sus asuntos a mediación y menos a llegar a un acuerdo en ese marco, como alternativa única de solución del conflicto”<sup>11</sup>. Esta divulgada opinión no pretende desmeritar a los demás principios de este método; al contrario, reconoce la trascendencia de cada uno de ellos que funcionan como engranajes perfectamente conjugados dentro de la estructura de mediación, siendo popularmente la voluntariedad la fuente de combustible fundamental que la permite operar. Sin embargo, a pesar de que la voluntariedad parece ser instintivamente un principio rector compartido de forma unánime en los diferentes ordenamientos, las coyunturas de Perú, Italia, Turquía, entre otros, sobresalen por establecer opuestamente el carácter obligatorio de la mediación mediante sus Leyes de Mediación, específicamente en el caso de Argentina: “[s]e establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se registrá por las disposiciones de la presente ley.”<sup>12</sup>.

## **1.2 Formas en las que la mediación puede iniciar**

### **1.2.1 Iniciativa de una de las partes**

La intervención de un mediador como tercera parte imparcial puede darse principalmente de tres maneras: por iniciativa de al menos una de las partes involucradas, por iniciativa de todas

---

<sup>9</sup> Jorje H. Zalles, *Teoría del conflicto: Orígenes, evolución, manejo y resolución*. Obra en preparación para publicación por *USFQ Press* en el segundo semestre de 2020, a cuyo manuscrito he tenido acceso por cortesía del autor, 241.

<sup>10</sup> Artículo 43, LAM.

<sup>11</sup> Eduardo Jequier, “La mediación obligatoria y el deber de colaboración en el ámbito de los conflictos comerciales y civiles en Chile. Una aproximación de lege ferenda”. *Ius et Praxis* 24 (2018), 553.

<sup>12</sup> Artículo 1, Ley 26.589 Mediación y Conciliación, Boletín Oficial 6 de mayo de 2020, Argentina.

las partes involucradas, o por iniciativa de un tercero<sup>13</sup>. De ahí que la LAM contemple los siguientes escenarios:

La mediación podrá proceder:

- a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación [...]
- b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y,
- c) Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.<sup>14</sup>

Primero, la intervención de al menos una de las partes es, efectivamente, la manera más frecuente en la que una mediación puede iniciar. Las razones que motivan a uno de los involucrados para realizar una solicitud de mediación son muchas. Deontológicamente hablando, el interés del solicitante surge por la necesidad solucionar su conflicto, escalado o no, a través del acompañamiento profesional e imparcial del mediador. Sin embargo, la voluntad de la parte solicitante puede, por otro lado, estar motivada por una falsa expectativa de que el mediador se incline a su favor durante la negociación: ilusión que evidentemente no será cumplida por el tercero profesional que tiene el deber de ser imparcial.

A continuación, el centro de mediación legalmente autorizado procederá a convocar a la o a las demás partes con el fin de desarrollar una reunión de mediación, quienes manteniendo siempre en mente el principio rector de voluntariedad, estarán en la libertad de comparecer o no a la invitación. El literal pertinente que faculta la posibilidad de iniciar una mediación por iniciativa de una de las partes es el b) “A solicitud de las partes o de una de ellas”<sup>15</sup>.

### **1.2.2 Iniciativa de todas las partes involucradas**

Segundo, otra manera menos común por la cual puede iniciar una mediación es por iniciativa de todas las partes involucradas. Es intuitivo asumir que esta hipótesis ocurre en casos donde las partes no se encuentran actualmente frente a una alta intensidad de escalamiento, pues, para solicitar la mediación conjuntamente, sería extraño que estén atravesando por hostilidad autística u otros elementos transformadores de conflictos. Por esta razón, es usual que en estos casos el conflicto haya surgido recientemente, no haya presentado mayores tácticas contenciosas,

---

<sup>13</sup> Jorje Zalles. Apuntes de la asignatura *Conflicto y Resolución*, impartida en el programa de pregrado del Colegio General de la Universidad San Francisco de Quito. 2019.

<sup>14</sup> Artículo 46, LAM.

<sup>15</sup> *Id.*

o se haya revertido su escalamiento por una u otra explicación<sup>16</sup>. Además, otro escenario frecuente para que se dé una iniciativa conjunta es en el cual los abogados de las partes involucradas evalúan la situación y se ponen de acuerdo en iniciar la mediación con el consentimiento de sus clientes, sin perjuicio del nivel de escalamiento del conflicto.

En efecto, este es el caso donde se facilita más la introducción del mediador para la solución de un conflicto, al tratarse de partes que comparten un mismo objetivo y que, en la mayoría de los casos, estarán informadas acerca de las virtudes de este MASC y sobre las funciones del tercero imparcial. El literal pertinente para la iniciativa conjunta es nuevamente el b) del artículo 46: “[a] solicitud de las partes”<sup>17</sup>.

### 1.2.3 Iniciativa de un tercero

Tercero, la manera más anormal en la que puede iniciar un proceso de mediación es a través de la iniciativa de un tercero. Las Leyes ecuatorianas contemplan este supuesto en varios cuerpos legales, como los casos del Código Orgánico de la Función Judicial<sup>18</sup> (desde ahora COFJ), Código Orgánico General de Procesos<sup>19</sup> (desde ahora COGEP), y LAM<sup>20</sup> que otorgan la facultad al juez de derivar casos judiciales a mediación. Mientras que en la LAM se deja claro que debe haber aceptación de las partes, el COFJ y el COGEP presentan una cuestionable antinomia por medio de sus respectivas redacciones, las cuales permiten que el tercero realice dicha derivación oficiosa y unilateralmente.

---

<sup>16</sup> Jorje Zalles. Apuntes de la asignatura *Conflicto y Resolución*, impartida en el programa de pregrado del Colegio General de la Universidad San Francisco de Quito. 2019.

<sup>17</sup> Artículo 46, LAM.

<sup>18</sup> Artículo 130, Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ]. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009: FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES. - Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: [...]

11. Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto, pueden de oficio convocarlas a audiencia, a las que deberán concurrir las partes personalmente o por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir. De considerarlo conveniente los tribunales o juezas y jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal con la misma finalidad. Se exceptúan los casos en que se halla prohibida la transacción, y si ésta requiere de requisitos especiales previos necesariamente se los cumplirán, antes de que el tribunal, jueza o juez de la causa homologue el acuerdo transaccional [...].

<sup>19</sup> Artículo 294, COGEP: Desarrollo. La audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas: [...] 6. La o el juzgador, de oficio, o a petición de parte, podrá disponer que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido, para que se busque un acuerdo entre las partes. En caso de que las partes suscriban un acta de mediación en la que conste un acuerdo total, la o el juzgador la incorporará al proceso para darlo por concluido [...].

<sup>20</sup> Artículo 46, LAM: La mediación podrá proceder [...] c) Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.

Parece que, según las Leyes, el juez es el único tercero que tiene expresamente la facultad para iniciar una mediación a través de su iniciativa cuando considere oportuno derivar un caso judicial, sin embargo, ¿podrá haber otros terceros que cumplan este rol? Para Jorje Zalles cualquier persona independiente o no al conflicto puede proponer su intervención o la de otra persona a las partes sin esperar que se lo sea solicitado. Los motivos para que se dé esta circunstancia suelen variar: puede tratarse de una persona que se ve indirectamente perjudicada por el conflicto de las partes a las que se les propone mediar, una persona que teme las consecuencias que el conflicto escalado ocasionará a sí misma o a sus seres queridos, una persona interesada en el bien común, una persona incentivada por una remuneración, u otras razones<sup>21</sup>.

Si el caso donde ambas partes tienen la iniciativa de mediar es, en teoría, el escenario más ideal para la introducción del mediador en el conflicto, el tercer caso donde la motivación de todas las partes está ausente normalmente será el más complicado.

### **1.3 Formas en las que la mediación puede terminar**

#### **1.3.1 Actas de mediación**

Para la LAM, un “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”<sup>22</sup>, sin perjuicio de otras posibles formas de las que se hablarán más adelante. El acta de mediación es un título de ejecución<sup>23</sup> que “tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada”<sup>24</sup> donde el mediador en primer lugar determina a las partes, luego menciona los antecedentes que originaron el conflicto traído al centro, y, finalmente, redacta los acuerdos alcanzados por los comparecientes con el propósito de solucionar sus controversias. Dichos acuerdos son comúnmente escritos bajo la forma de obligaciones que las mismas partes se han comprometido a acatar autocompositivamente, las cuales se aconsejan plasmar con los detalles pertinentes en cuanto a los modos de cumplimiento y plazos para su fiel consumación. Además, este documento típicamente contendrá documentos

---

<sup>21</sup> Ver, Jorje H. Zalles, *Teoría del conflicto: Orígenes, evolución, manejo y resolución*. Obra en preparación para publicación por *USFQ Press* en el segundo semestre de 2020, a cuyo manuscrito he tenido acceso por cortesía del autor, 253-254.

<sup>22</sup> Artículo 47, LAM.

<sup>23</sup> Artículo 363, COGEP: Títulos de ejecución. - Son títulos de ejecución los siguientes: [...]

3. El acta de mediación.

<sup>24</sup> Artículo 47, LAM.

habilitantes, firmas de los involucrados y del mediador, cláusulas de incumplimiento, y otras formalidades.

Regresando al artículo 47 de la LAM, se distinguen 3 especies de actas de mediación: aquellas de acuerdo total “cuando las partes han resuelto el conflicto en todas sus partes”<sup>25</sup>, aquellas de acuerdo parcial “cuando las partes resuelvan parte del conflicto”<sup>26</sup>, y aquellas de imposibilidad de acuerdo “cuando realizado el procedimiento de mediación las partes no han resuelto el conflicto”<sup>27</sup>. Definitivamente el acta de acuerdo total es el resultado ideal de una mediación, puesto que soluciona al conflicto en su totalidad; no obstante, este último no ocurre en todos los casos. En efecto, por medio del principio de voluntariedad, las partes estarán en la libertad de no comprometerse en ciertas o en todas las cuestiones negociadas: llegando así a un desenlace que se formalice con un acta de acuerdo parcial o de imposibilidad de acuerdo. De hecho, la función de estos 2 tipos de actas sobresale por posibilitar a que las partes solucionen los temas que permanecieron controvertidos frente a un juez, un tribunal arbitral, u otra vía. Sin embargo, estos resultados no son los únicos posibles que le dan fin a una etapa de mediación, y las actas de acuerdo parcial y de imposibilidad de acuerdo no son los únicos documentos con la explicada facultad.

### **1.3.2 Constancia de imposibilidad de mediación y otros resultados**

La LAM contempla otro posible resultado que termina con la etapa de mediación en su artículo 51 al prescribir que “[s]i 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”<sup>28</sup>. Sin el ánimo de ahondar profundamente en la naturaleza y en las funciones de este documento, pues estos análisis se harán en el siguiente capítulo, la característica fundamental de este instrumento es que, tal como su nombre lo indica, reconoce la imposibilidad de solucionar un conflicto a través de mediación. A pesar de que esta verificación aparenta ser la misma que la de las actas de acuerdo parcial y las de imposibilidad de acuerdo, es pertinente explicar que el motivo de expedir la constancia de imposibilidad de mediación es absolutamente distinto a los antes aludidos.

---

<sup>25</sup> Artículo 29, Reglamento Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, Resolución de la Procuraduría General del Estado 37, Registro Oficial 673 de 20 de enero de 2016.

<sup>26</sup> *Id.*

<sup>27</sup> *Id.*

<sup>28</sup> Artículo 51, LAM.

Primero, mientras que un acta de acuerdo parcial reconoce la aceptación de ciertos compromisos que no han permitido solucionar las disputas en su totalidad, la constancia de imposibilidad de mediación no refleja pacto alguno. Segundo, a pesar de que tanto un acta de imposibilidad de acuerdo y una constancia de imposibilidad de mediación se asemejan por carecer de convenios, su disparidad se cimenta en que la primera recoge el hecho de que las partes comparecieron a las negociaciones de mediación sin éxito de formalizar acuerdos y la segunda recoge el hecho de que resultó imposible realizar negociación alguna ante la falta de comparecencia de una o más partes convocadas. Esto quiere decir 2 ideas principales: una constancia de imposibilidad de mediación no pertenece a una nueva categoría de acta, y se parece a las de acuerdo parcial e imposibilidad de acuerdo por ser prueba del hecho de que fue inalcanzable concluir una controversia a través de un procedimiento de mediación, habilitando otras vías. Anticipadamente, cabe señalar que la existencia de la constancia sugiere una consecuencia jurídica por la inasistencia a mediar por las 2 ocasiones que menciona el artículo 51 de la LAM.

Finalmente, conviene destacar que una etapa de mediación puede terminar por más razones fundamentadas, otra vez, en el principio de voluntariedad. A modo de ejemplo, la parte que solicitó una mediación está en libertad de desistir de continuar con este procedimiento cuando el conflicto fue solucionado por las partes antes de recibir sus convocatorias o cuando evalúa que será inviable manejar su controversia por este MASC, así que opta por activar la vía ordinaria u otra que considere más adecuada.

## **II. LA CONSTANCIA DE IMPOSIBILIDAD DE MEDIACIÓN: UN INSTRUMENTO JURÍDICO DESNATURALIZANTE**

### **2.1 Naturaleza jurídica**

#### **2.1.1 Contenido y formalidades**

A diferencia de otros instrumentos jurídicos como el testamento, que entra en la categoría de título ejecutivo<sup>29</sup>, o los laudos arbitrales y las sentencias ejecutoriadas, que pertenecen a la

---

<sup>29</sup> Artículo 347, COGEP: Títulos ejecutivos. Son títulos ejecutivos siempre que contengan obligaciones de dar o hacer: [...] 6. Testamentos.

esfera de los títulos de ejecución<sup>30</sup>, la naturaleza de la constancia de imposibilidad de mediación no es determinada ni clara.

En un esfuerzo de resolver dicha incógnita, es pertinente recordar las funciones y contenidos de la constancia de imposibilidad de mediación. Para empezar, se trata de un documento formal que identifica a las partes involucradas en un procedimiento de mediación mencionando sus datos personales como nombres completos, cédula de identidad o de ciudadanía, estado civil, y domicilio. El motivo de este primer punto es el de no dejar duda alguna sobre la identidad y capacidad legal de las partes, y, de este modo, evitar inconvenientes de forma que podrían surgir en futuras etapas procesales.

A continuación, este escrito describe los antecedentes de cómo fue que la solicitud de mediación ingresó al centro, así como las ocasiones en las que se realizaron las debidas invitaciones formales a las partes junto con la convocatoria a la reunión asistida por el tercero mediador. Esta sección es en donde se señalan las fechas de no comparecencia de una o más partes por dos ocasiones, y, como resultado, es de suma importancia al tratarse de la condición *sine qua non* para expedir una constancia de imposibilidad de mediación<sup>31</sup>. A propósito del artículo 51 de la LAM previamente enunciado, es sensato señalar el uso del tono imperativo en su última oración “Si en la segunda oportunidad alguna de las partes no comparece, el mediador expedirá la constancia de imposibilidad de mediación”<sup>32</sup>, ¿qué ocurre si una parte compareciente desea que se coordine una tercera reunión? ¿está el mediador legalmente obligado a expedir la constancia incluso en contra de la voluntad del usuario? Cabe mencionar que la comparecencia o la no comparecencia de las partes queda plasmada en una hoja de asistencia, la cual es necesaria para que cada centro cuente con el respaldo adecuado a fin de expedir la respectiva constancia. Lo anteriormente mencionado no se encuentra prescrito por la LAM, sin embargo, queda a la discreción de cada centro de mediación y de su reglamento interno como lo evidencia el artículo 27 del Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado:

El mediador convocará a tantas audiencias cuantas sean necesarias para alcanzar el acuerdo total o parcial, de ser posible [...] Quienes participen en las audiencias dejarán constancia de su

---

<sup>30</sup> Artículo 363, COGEP: Títulos de ejecución. Son títulos de ejecución los siguientes: 1. La sentencia ejecutoriada. 2. El laudo arbitral.

<sup>31</sup> Artículo 51, LAM: 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.

<sup>32</sup> Artículo 51, LAM.

comparecencia en la hoja de registro de asistencia, proporcionada por el mediador, quien también firmará.<sup>33</sup>

### **2.1.2 Habilitante para otras vías**

En consecuencia de los contenidos anteriormente desarrollados, el último de los puntos rectores de la constancia de imposibilidad de mediación es la de servir como documento habilitante para otras vías. Frente a la falta de comparecencia de una o más de las partes, el mediador reconoce a través de este instrumento legal y de su firma la imposibilidad de resolver el conflicto por medio de mediación, habilitando a que los involucrados presenten las acciones legales que consideren pertinentes con el propósito de darle fin a su controversia de otra manera. Sin duda alguna, es de suma consideración mantener en mente que la emisión de una constancia de imposibilidad de mediación puede tener dos hipótesis principales: comparecencia de una o más partes sin la comparecencia de todos los convocados, y no comparecencia de ninguno de los convocados. Esta distinción es significativa, pues mientras en el primer escenario la constancia de imposibilidad de mediación tendrá las firmas de la o de las partes comparecientes y la del mediador, en el segundo escenario solo figurará la firma del mediador. Desde ahora en adelante, la primera hipótesis es en la que se concentrará el presente ensayo.

Esta certificación no es propiamente un acta de mediación: su propio nombre evidencia el hecho de que ha sido imposible manejar un conflicto a través de mediación. Nuevamente, a pesar de que tanto como en el acta de imposibilidad de acuerdo y en la constancia de imposibilidad de mediación no figuran ningún tipo de acuerdos, estos documentos son fundamentalmente distintos: mientras el primero refleja que los involucrados asistieron debidamente a la o a las reuniones convocadas sin llegar a formalizar compromisos para solucionar el conflicto, la segunda constituye la no comparecencia de una o más partes a las reuniones volviendo evidente la inviabilidad de negociar. En pocas palabras, la mencionada constancia exclusivamente deja en firme que una o más de las partes no mostró interés en asistir al mínimo de dos convocatorias. Por esta razón, lo único cierto sobre este documento es que faculta a que las partes continúen con las cláusulas escalonadas o manejen su conflicto a través de la intervención de un juez tras haber agotado la etapa de mediación.

---

<sup>33</sup> Artículo 27, Reglamento Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado.

### 2.1.3 Prueba

Si bien no existe artículo alguno que prescriba la naturaleza de la constancia de imposibilidad de mediación, a través de los contenidos esclarecidos en los subtítulos anteriores, es válido adecuar las funciones de dicho instrumento legal a cierta figura jurídica existente en el ordenamiento ecuatoriano. Como punto de partida, es idóneo entender el significado literal de la constancia de imposibilidad de mediación a través de las respectivas definiciones de las palabras que la componen. Por un lado, la “imposibilidad de mediación” resulta ser una pieza sencilla de entender: esta hace referencia al reconocimiento que realiza el mediador de solucionar la controversia traída al centro fundamentándose en la falta de comparecencia de una de las partes<sup>34</sup>. Por otro lado, el término “constancia” es más engorroso de asimilar, por lo que con el objetivo de dar más claridad a este concepto se cita la definición contemplada en el Diccionario de la Real Academia Española (a partir de ahora RAE) la cual explica que este vocablo se usa para referirse a un “escrito en que se ha hecho constar algún acto o hecho, a veces de manera fehaciente”<sup>35</sup>. Ello autoriza a concluir que la constancia de imposibilidad de mediación pretende ser un documento legal que evidencia el hecho de la falta de comparecencia de una o más partes a un procedimiento de mediación. No está de más recordar que la constancia solo tendrá validez si es que el centro de mediación se encuentra debidamente acreditado por el Consejo de la Judicatura, así como el mediador que formaliza el documento se halla inscrito para ejercer en el respectivo centro. Por consiguiente, la constancia de imposibilidad de mediación cumple con la función de dar fe de los hechos que figuran en ella, esto en concordancia con la definición propuesta por la RAE. En esta línea de pensamiento, sin duda es defendible alegar que la constancia de imposibilidad de mediación cumple, de manera derivada, con una función probatoria que se ajusta perfectamente al concepto de prueba documental prescrita por el COGEP en su artículo 193: “Prueba documental. Es todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho”<sup>36</sup>. Reiterando que la constancia habilita a que las partes procedan a manejar su conflicto por medio de un método de solución heterocompositivo, como lo es el arbitraje o la vía judicial, este escrito prueba que se cumplió con la etapa anterior de mediación

---

<sup>34</sup> Nuevamente, existen dos hipótesis principales para la emisión de la constancia de imposibilidad de mediación que fueron comentadas en el título 2.1.2, este artículo se enfoca en el supuesto de comparecencia de una o más partes que solicitan la constancia ante la inasistencia de una o más partes.

<sup>35</sup> Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.3 en línea]. 3 de marzo de 2020.

<sup>36</sup> Artículo 193, COGEP.

y, de este modo, se evitan eventuales dilaciones como aquellas derivadas de las facultades mencionadas en el primer capítulo del presente ensayo donde el COFJ<sup>37</sup> y el COGEP<sup>38</sup> otorgan a los jueces la autorización para derivar casos a mediación oficiosamente. El poder de derivar casos de oficio a mediación será criticado más adelante.

## **2.2 Efectos sancionatorios de la constancia de imposibilidad de mediación que surgen residualmente en las vías que habilita**

### **2.2.1 Constancia de imposibilidad de mediación, una sanción ante la vía judicial**

Primero que todo, no está de más recordar que en Ecuador uno de los principios rectores de la mediación es la voluntariedad. Es a causa de este principio que, deontológicamente hablando, las partes involucradas en un procedimiento de mediación están en la absoluta libertad de acudir a la convocatoria o no. Dicho de otro modo, la no comparecencia plasmada formal y legalmente en una constancia de imposibilidad de mediación en principio no podría perjudicar de ninguna forma a la o a las partes que decidieron voluntariamente no asistir. Sin embargo, existe jurisprudencia que sugeriría lo contrario.

El 12 de noviembre de 2012 la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia resolvió el recurso de casación causa No. 381-2012 que involucraba a Walter Alfredo Pavón Avellán, gerente general de la empresa de tecnología electrónica especializada en el área de telecomunicaciones FIORMAC Cía. Ltda, y a la Municipalidad de Portoviejo. Las partes antes mencionadas habían suscrito un contrato oneroso el 3 de diciembre de 2003 en el cual FIORMAC Cía. Ltda se comprometía a realizar una obra pública para la Municipalidad de

---

<sup>37</sup> Artículo 130, COFJ: FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES. - Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: [...]

11. Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto, pueden de oficio convocarlas a audiencia, a las que deberán concurrir las partes personalmente o por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir. De considerarlo conveniente los tribunales o juezas y jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocésal con la misma finalidad. Se exceptúan los casos en que se halla prohibida la transacción, y si ésta requiere de requisitos especiales previos necesariamente se los cumplirán, antes de que el tribunal, jueza o juez de la causa homologue el acuerdo transaccional [...].

<sup>38</sup> Artículo 294, COGEP. Desarrollo. La audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas: [...] 6. La o el juzgador, de oficio, o a petición de parte, podrá disponer que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido, para que se busque un acuerdo entre las partes. En caso de que las partes suscriban un acta de mediación en la que conste un acuerdo total, la o el juzgador la incorporará al proceso para darlo por concluido [...].

Portoviejo a cambio de una cantidad determinada de dinero. En suma, las partes habían incluido una cláusula para que, en el caso de surgir divergencias relacionadas con el cumplimiento del contrato, ambas de común acuerdo puedan resolverlas a través de un procedimiento de mediación como alternativa a activar la vía judicial. Al finalizar la obra, el ingeniero Walter Alfredo Pavón Avellán demandó judicialmente a la Municipalidad de Portoviejo quien había incumplido parcialmente su obligación de pago, por lo que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No.4 con sede en Portoviejo resolvió lo siguiente:

Desechar las excepciones formuladas por la demandada, declarándose parcialmente con lugar la demanda, disponiéndose que la Ilustre Municipalidad del Cantón Portoviejo, a través de sus representantes legales paguen al actor los rubros señalados en su demanda, que ascienden a la cantidad de \$ 62.650,06 USD, los intereses legales a partir del mes de abril de 2007, hasta la cancelación de la deuda, el pago de los intereses de mora, a partir de la fecha en que la obligación se hizo exigible, esto es, a partir de los 10 días de la liquidación constante en la recepción definitiva de la obra, hasta la total cancelación de los valores adeudados. No se ordena el pago de daños y perjuicios, por no haber justificado el actor procesalmente, tener derecho a reclamar las mismas.<sup>39</sup>

Ante esta decisión, la Municipalidad de Portoviejo interpuso recurso de casación alegando que la justicia ordinaria contencioso administrativa no era quien debía resolver su controversia al existir convenio de mediación en el contrato. Sin embargo, mientras que la parte actora FIORMAC Cía. Ltda asistió a las convocatorias de mediación, la Municipalidad de Portoviejo no compareció en dos ocasiones; en efecto: el director del centro de mediación de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo expidió la respectiva constancia de imposibilidad de mediación, y FIORMAC Cía. Ltda la adjuntó como prueba en este proceso. Con este antecedente en mente, la Corte Nacional de Justicia rechazó el recurso de casación presentado por la Municipalidad de Portoviejo, ratificando la competencia del Tribunal y fundamentándose fuertemente en el siguiente argumento:

De la lectura y análisis integral de las disposiciones, tanto contractual como legales, textualmente transcritas, se concluye que las partes decidieron someter voluntariamente sus divergencias surgidas en la ejecución del contrato al arbitraje y a la mediación, sin que se pueda excluir de manera definitiva la jurisdicción ordinaria [...]. A la validez de este argumento ayuda el hecho de que el demandante intentó, tanto agotar la vía directa de arreglo con la entidad municipal, cuanto recurrir a la mediación para arreglar su conflicto, sin que la Municipalidad de Portoviejo acudiera positivamente a las solicitudes y convocatorias que se le hicieron, como se evidencia de las múltiples comunicaciones que obran a fojas 178 a 188 del proceso, enviadas por el demandante a las autoridades municipales; y la constancia de imposibilidad de mediación suscrita entre el actor y el Director del Centro de Mediación de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo, que corre a fojas 176 del proceso. No es aceptable jurídicamente, por tanto, que ahora la entidad demandada pretenda desconocer la jurisdicción ordinaria, en la que se radicó la competencia y se trabó la litis, argumentando la existencia de una vía alterna para solucionar los conflictos que, en su momento, desconoció expresamente. No cabe el beneficio de su propia culpa, negligencia o dolo. 3.3.

---

<sup>39</sup> Proceso No. 13801-2007-0123, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 28 de diciembre de 2009, párr. RESUELVE.

Finalmente, aunado al argumento anterior, no es posible aceptar los argumentos de los recurrentes, porque, como se vio, el demandante hizo los esfuerzos necesarios para llegar a un acuerdo y precautelar sus intereses y derechos desconocidos por la entidad municipal.<sup>40</sup>

Es más que claro que la razón para que la Corte Nacional de Justicia haya rechazado el recurso de casación interpuesto por la Municipalidad de Portoviejo fue que el argumento de esta última carecía completamente de sustento al pretender que se desconozca la jurisdicción ordinaria en la que se radicó la competencia y se trabó la litis, alegando la existencia de una vía alternativa que ella misma se rehúso a usar para resolver el conflicto junto a la parte actora. Empero, este precedente jurisprudencial es realmente curioso por algunas de las conclusiones que pueden extraerse del razonamiento de la Corte.

En un primer lugar, el tribunal reconoce abiertamente la función probatoria de la constancia de imposibilidad de mediación presentada por el demandante. Es un hecho que las pruebas son medios que típicamente favorecen a quienes las presentan con el fin de persuadir a un juez o a un tribunal, tal como lo explica Coloma:

Dependiendo de la posición del hablante, la función de la prueba como actividad será diversa. En el caso de los abogados, lo que preferentemente se busca es persuadir a un auditorio (el tribunal) en orden a que la conjetura sobre la que se discute sea acogida o rechazada. Así, el éxito o fracaso se mide principalmente por la influencia ejercida sobre el órgano decisor. En el caso de los tribunales esta actividad es eminentemente constitutiva, pues de lo que se trata es de pasar desde un estado conjetural hacia un estado de hecho probado o no probado.<sup>41</sup>

De acuerdo a la posición de cada parte adversarial en un proceso litigioso, una prueba servirá para dar veracidad o desmentir algún hecho relevante para la controversia; es así que presentar un medio probatorio tiene el propósito de fortalecer las conjeturas que benefician a quien pretende practicarla. Bajo la argumentación de que la constancia de imposibilidad de mediación goza de una función secundaria de prueba, es coherente llegar al razonamiento de que este documento podría llegar a favorecer a la o a las partes que comparecieron al procedimiento de mediación, o visto del lado contrario, podría llegar a perjudicar a la o las partes que optaron por no asistir a las convocatorias frente a un juez como sucedió en el caso analizado. No obstante, es imprescindible puntualizar que cada juez, en su calidad de ser humano, le asignará el valor que estime correcto a cada prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica<sup>42</sup>, incluyendo el mérito que decida darle a una constancia de imposibilidad de mediación.

---

<sup>40</sup> Causa No. 381-2012, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 12 de noviembre de 2012, párr. 3.

<sup>41</sup> Rodrigo Coloma, "La Prueba y sus Significados". *Rev. Chil. Derecho* vol.46 n.2 (2019), 429.

<sup>42</sup> Art. 164, COGEP: Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

En un segundo lugar, parecería que la Corte Nacional de Justicia no solo valora a la constancia de imposibilidad de mediación como una prueba de la no comparecencia de una de las partes, sino que también plasma esfuerzos de la parte actora y desinterés de la demandada por resolver su conflicto a través de una vía alternativa, llegando incluso a apoyarse en este instrumento legal para declarar la actitud dolosa de la Municipalidad. En este punto es idóneo reiterar que uno de los propósitos de los MASC es el de descongestionar el sistema judicial y alivianar la labor de los jueces, objetivo claramente no alcanzado en este proceso. No se trata de afirmar que la presencia de una constancia de imposibilidad es la que *per se* haya persuadido la decisión a favor del accionante, aunque sí fue el instrumento que permitió plasmar la actitud dolosa de la accionada: punto determinante para el fallo. Como conclusión, llevando el razonamiento de esta Sala al extremo, la constancia de imposibilidad de mediación es una prueba en contra de la parte que optó por no asistir a mediar, pudiendo incluso llegar a perjudicarla bajo los ojos del juez habilitado para darle fin al conflicto heterocompositivamente no solo por los hechos que evidencia, sino también por las valoraciones subjetivas que posibilita abstraer.

### **2.2.2 La no comparecencia a mediación, una sanción ante el arbitraje**

El arbitraje es un MASC que se caracteriza por permitir a las partes someter disputas que versen sobre materia transigible frente a un tribunal arbitral parcialmente designado por los interesados: es una especie de juicio voluntario, privado, y especializado<sup>43</sup>. Mientras que la mediación es un método autocompositivo donde las partes son quienes llegan a los acuerdos voluntarios para poner fin a su conflicto, el arbitraje se diferencia por ser esencialmente heterocompositivo; es decir que es el tribunal arbitral quien resuelve las controversias discutidas a través de un título de ejecución llamado laudo, el cual debe ser cumplido inmediatamente por las partes<sup>44</sup>.

---

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.

<sup>43</sup> Jaime Vintimilla. Apuntes de la asignatura *Introducción a los Métodos Alternativos para la Solución de Conflictos*, impartida en el programa de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. 2018.

<sup>44</sup> Artículo 32, LAM: 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.

Una manera usual de acceder al arbitraje es por medio del mismo contrato que estampa los compromisos de las partes. Este negocio jurídico podrá contener una cláusula que dicte la manera en que las partes resolverán las eventuales controversias de origen contractual o no derivadas de él, ya sea a través de un convenio arbitral<sup>45</sup> o de cláusulas escalonadas. En el caso de un convenio arbitral, las partes estarán facultadas para acudir a dicho método inmediatamente, no obstante, en el caso de existir cláusulas escalonadas, las partes tendrán que normalmente cumplir primero con un “escenario autocompositivo, ya sea por medio de negociación, conciliación, mediación, *minitrial*, entre otras. Fracasada esta etapa, se pasará a la fase arbitral, que como resultará obvio, consistirá en iniciar un proceso arbitral de acuerdo con lo pactado en la cláusula de resolución de conflictos<sup>46</sup>”. Véase como las cláusulas escalonadas típicamente dirigen a que los contratantes resuelvan sus conflictos primeramente con la ayuda de métodos autocompositivos y negociables, los cuales, en caso de no resultar exitosos, direccionan a la aplicación de métodos gradualmente más adversariales y heterocompositivos.

Habiendo explicado estas nociones preliminares cabe preguntar, ¿cuál es la relevancia de la constancia de imposibilidad de mediación para el arbitraje? A lo que se responde con que este es el documento que, como lo califica Brito, señala simultáneamente el fracaso de la fase prearbitral y, a pesar de que suene contradictorio, indica el cumplimiento de la etapa escalonada. Nótese la manera en la que la constancia de imposibilidad de mediación satisface los propósitos defendidos en este artículo: función probatoria que da fe sobre el hecho de no haber podido darle fin a determinado conflicto por medio de mediación, y función habilitante que permite a las partes activar siguientes etapas, como la arbitral.

Ahora bien, incluso si atribuir un carácter sancionatorio a la constancia de imposibilidad de mediación puede sonar como una interpretación increíblemente extremista, es difícil defender lo contrario tras analizar el artículo 15 de la LAM:

Art. 15.- Una vez contestada o no la demanda o la reconvenición, 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

---

Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán 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 expedición del laudo.

<sup>45</sup> Artículo 5, LAM: El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual [...].

<sup>46</sup> Luisa Brito, "El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia", *Revista de derecho (Valdivia)* 32 (2019), 6.

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 de 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.

Si concurriere una sola de las partes será escuchada y se anotará la ausencia de la otra, a la que se declarará en rebeldía, lo que será tomado en cuenta para la condena en costas.<sup>47</sup>

Esta norma puede llegar a ser algo confusa por dos motivos: en primer lugar, por su ubicación en el cuerpo legal y, en segundo lugar, por los momentos a los que hace referencia. Por una parte, el aparente desorden de esta ley se evidencia por describir el funcionamiento de la audiencia de mediación en una norma perteneciente al Título I de la LAM, el cual es el articulado concerniente al arbitraje. Sin embargo, es pertinente que la Ley incluya una disposición como esta dentro del régimen arbitral, pues la mediación, o mejor dicho la etapa de mediación, es relevante para el arbitraje en el sentido de que es un momento que debe ser cumplido con el propósito de habilitar el sistema heterocompositivo. De ahí que se instale una directriz sobre la audiencia de mediación en un título que intuitivamente no parece ser el adecuado, pero que sí lo es y adquiere claridad al momento de discernir que la norma manda que es el árbitro quien notifica y señala día y hora de la reunión asistida por el tercero facilitador. Por otra parte, la oscuridad del artículo 15 brota por referirse a dos etapas escalonadas en un mismo enunciado. Esto quiere decir que la norma expone inicialmente el desarrollo de la audiencia de mediación y, posteriormente, apunta a conceptos ajenos al régimen autocompositivo y compatibles con el arbitraje: esta dualidad de métodos alternativos se acentúa por la división que hay entre ellos mediante el cambio de inciso.

Y es sin lugar a dudas que el segundo inciso deja de referirse a la etapa de mediación a partir de la cláusula condicional “Si concurriere una sola de las partes será escuchada y se anotará la ausencia de la otra<sup>48</sup>”, puesto que tanto la noción de declarar a una de las partes en rebeldía como la de condenarla en costas repugna a la mediación. Lo antes afirmado se fundamenta en que, aplicando el principio rector de voluntariedad, son los involucrados en un procedimiento de mediación quienes llegan a los acuerdos de quién o quiénes pagarán por este servicio y en qué proporción. Ciertamente, el centro de mediación podrá a través de su reglamento interno establecer la gratuidad

---

<sup>47</sup> Artículo 15, LAM.

<sup>48</sup> *Id.*

de sus servicios en ciertos<sup>49</sup> o en todos los casos<sup>50</sup> así como definir el cálculo de sus tarifas<sup>51</sup>, pero esto no significa que el mediador tenga la facultad de condenar el pago de costas a una de las partes o la de declarar rebeldía bajo ningún escenario, estas son propiamente las facultades de un árbitro. Posterior a haber aclarado la razón de la ubicación del artículo 15 de la LAM, así como a los momentos que hace referencia, solo resta hacer la lectura del presupuesto jurídico y de la consecuencia jurídica que emanan de la norma. Primero, el árbitro o el director del centro convoca a las partes a una etapa prearbitral de mediación designando a un mediador con el propósito de que las partes puedan evitar un desenlace de suma 0 mediante un acuerdo negociado y autocompositivo. A partir de aquí, el artículo plantea 2 escenarios centrales: la comparecencia de todos los convocados, y la comparecencia de solo una de las partes. Segundo, frente a la asistencia de los convocados, el mediador tendrá la función de facilitar el diálogo con la meta de llegar a un acta de acuerdo total que solucione el conflicto traído al centro, y, en el caso de llegar a suscribir un acta de acuerdo parcial o de imposibilidad de acuerdo, tratar los puntos controvertidos mediante arbitraje. Tercero, bajo el supuesto de que concurre una sola de las partes, a esta se la escucha mientras se declara a la parte ausente en rebeldía, y es una cuestión relevante para la condena de costas. En resumen, en nuestro ordenamiento hay una sanción expresa por la no comparecencia a una etapa prearbitral de mediación.

---

<sup>49</sup> Artículo 45, Reglamento Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. Exoneraciones de costos administrativos iniciales y/o finales por servicios de mediación en razón de las personas y la materia.

Se exoneran del pago de costos administrativos iniciales y finales en los siguientes casos:

a) A los asuntos solicitados por personas de la tercera edad y/o personas con capacidades especiales calificados por el CONADIS; asuntos amparados por el Código de la Niñez y la Adolescencia, el Código del Trabajo y la Ley Orgánica de Servicio Público; así como, los que se inician por derivación judicial;

b) A los organismos o dependencias del sector público de los señalados en el artículo 225 de la Constitución de la República; se incluye en dicha exoneración a las personas jurídicas de derecho privado cuyo capital esté integrado con recursos públicos, cualquiera sea su monto. Si la contraparte es una persona natural o jurídica de derecho privado, le corresponderá a ésta el pago del 50% de los costos finales.

c) A las conciliaciones en asuntos de tránsito requeridas por el fiscal respectivo.

Se exonera del pago de costos administrativos iniciales a las peticiones cuya cuantía sea determinada por un monto igual o menor a USD 5.000 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América); si la cuantía del acuerdo resulta superior, se incluirá en los costos finales los USD 100 correspondientes a costos administrativos iniciales;

Se exonera del pago de costos finales a aquellos procedimientos en los que la cuantía del acuerdo no supere los USD 5.000 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América).

<sup>50</sup> Artículo 20, Reglamento del Centro de Mediación de la Función Judicial, Resolución del Consejo de la Judicatura 209, Registro Oficial Suplemento 165 de 20 de enero de 2014. Gratuidad. Los servicios que presta el Centro de Mediación de la Función Judicial, sus sedes y oficinas son gratuitos.

<sup>51</sup> Artículo 42, Reglamento Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. De la tarifa. - Si la cuantía del acuerdo es determinada, los costos finales por servicios de mediación se calcularán en base a la siguiente tabla: Nota: Para leer Tabla, ver Registro Oficial 673 de 20 de Enero de 2016, página 28.

Cuando la cuantía del acuerdo total o parcial de mediación sea indeterminada, las partes pagarán cincuenta dólares de los Estados Unidos de América (USD 50,00), por cada hora o fracción del servicio prestado.

Ante esta conclusión, es lógico hacerse las preguntas a continuación: ¿el artículo 15 de la LAM establece un nuevo supuesto para la emisión de constancias de imposibilidad de mediación? ¿a qué se refiere la norma con “se anotará la ausencia de la otra”? ¿a partir de cuántas faltas de concurrencias se penaliza al convocado? En efecto, la elección del subtítulo de esta sección fue pensado cuidadosamente para no afirmar con certeza que este artículo establece un nuevo supuesto donde procede una constancia de imposibilidad de mediación, puesto que hay argumentos para debatir ambas posiciones. A pesar de que a primera vista parecería que el mediador está facultado para suscribir la constancia junto a la parte compareciente, no es claro si la ausencia es marcada en una hoja de asistencia formal del centro o no, y de la misma manera, resulta cuestionable el hecho de otorgar dicha autoridad al mediador cuando la redacción del artículo 15 sugiere que la parte no ha concurrido únicamente por una ocasión: esto sería contradictorio con el artículo 51 del mismo cuerpo legal que establece la obligatoriedad de expedir la constancia ante la no comparecencia por dos ocasiones<sup>52</sup>. Sin embargo, el presente ensayo sugiere que sí se trata de la firma de una constancia de imposibilidad de mediación, pues no hay figura alguna en el ordenamiento que permita reconocer la inviabilidad de resolver una controversia por mediación ante la ausencia de las partes involucradas más que la antes mencionada; además, aparenta ser intuitivo que la norma declara formalmente cumplida la etapa de mediación en aras de poder continuar con el arbitraje. Sea que se trate de un supuesto de constancia de imposibilidad de mediación, de un supuesto de mera inasistencia por una de las partes, o de un supuesto libremente reglamentado por cada centro de arbitraje, de todos modos, se desprenden graves consecuencias por no comparecer a la audiencia prearbitral mediación, violando el principio de voluntariedad de este MASC.

---

<sup>52</sup> Artículo 51, LAM.

### III. LA FACULTAD JUDICIAL DE DERIVACIÓN OFICIOSA A MEDIACIÓN: OTRA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD

#### 3.1 ¿Mediación obligatoria?

##### 3.1.1 Imposición a las partes por las normas generales

A pesar de que la mediación obligatoria sugiere ser un ejemplo perfecto de oxímoron, es una figura posible de acuerdo con las leyes ecuatorianas. Tal como lo explica Vargas, al ser la voluntariedad un principio fundante de este método alternativo “la expresión ‘mediación obligatoria’ no parece del todo feliz. Aparentemente lleva implícita una contradicción: ¿cómo puede obligarse a una persona a participar en la mediación si uno de los pilares básicos de este proceso es precisamente la voluntariedad?”<sup>53</sup> En efecto, como se insinuó en el primer capítulo de este artículo, el procedimiento de mediación puede suscitarse por la iniciativa de un tercero: por el juez para ser más preciso. El sustento legal para esta facultad judicial se encuentra primero en el COGEP al prescribir que “La o el juzgador, de oficio, o a petición de parte, podrá disponer que la controversia pase a un centro de mediación”<sup>54</sup> y segundo en el COFJ al atribuir que

[e]s facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con [...] las leyes; por lo tanto deben: procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto, pueden de oficio convocarlas a audiencia, a las que deberán concurrir las partes personalmente o por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir<sup>55</sup>

En paréntesis, es preciso señalar que la norma del COFJ puede estar refiriéndose a la conciliación judicial, sin embargo, podría admitirse una interpretación amplia que tome a la *audiencia* en una de mediación fundamentándose análogamente en la norma del COGEP. Ciertamente, esta atribución no supondría vulneración alguna a la voluntad de los involucrados bajo el supuesto que la derivación a mediación requiera ser consentida por las partes; sin embargo, salta a la vista que además del uso de un tono imperativo, ambos artículos denotan que se trata de una imposición oficiosa del juez. Otro aspecto de suma importancia en esta crítica es el hecho de que las citadas Leyes son de carácter general y formalmente de alta jerarquía, trazos que facilitan su aplicación. Sintetizando, esta facultad jurisdiccional es, sin duda, más dañina que la constancia de imposibilidad de mediación para este MASC debido a que “[l]a mediación obligatoria constituye

<sup>53</sup> Macarena Vargas, “Mediación Obligatoria. Algunas Razones para Justificar su Incorporación”. *Revista de Derecho* 21 (2008), 192.

<sup>54</sup> Artículo 294, COGEP

<sup>55</sup> Artículo 130, COFJ

un contrasentido al concepto mismo de voluntariedad, la alejan de los fundamentos y finalidad propia del mecanismo”<sup>56</sup>.

### 3.1.2 ¿Decisión de las partes por la norma especial?

A propósito de la facultad de derivación oficiosa a mediación, la LAM ofrece un tratamiento a primera vista más razonable y compatible con los lineamientos del MASC en cuestión al establecer que puede proceder “[c]uando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten”<sup>57</sup>. La voluntariedad aparenta ser respetada en principio por la presencia de una necesaria aceptación de las partes, no obstante, la facultad oficiosa del juez está presente igualmente en esta Ley, lo cual provoca que la derivación no suene del todo armónica con el principio rector. Ante esta formulación, cabe preguntarse si el consenso indispensable hace referencia al caso donde el procedimiento de mediación es solicitado por una de las partes dentro de un trámite judicial, dicho de otro modo, la disyuntiva *o* admite el planteamiento de 2 hipótesis: por un lado, un supuesto donde el juez hace uso de su facultad oficiosa, y, por otro lado, un supuesto diferente en el que la derivación es solicitada y aceptada por los involucrados. Después de todo, para que la facultad sea realmente oficiosa como la califica la Ley, esta no debería depender de las partes al entenderse este concepto como la atribución para “entrome[terse] en asuntos ajenos”<sup>58</sup>.

Desde otro ángulo, incluso si el artículo pertinente de la LAM admitiera una interpretación por su espíritu que haga prevalecer la obligatoria aceptación de las partes para derivar su caso a mediación, el conflicto de Leyes con el COGEP y el COFJ es un inconveniente que no se puede eludir. Las normas generales dejan en firme que esta es una atribución de los jueces eminentemente oficiosa así que, aunque la LAM goce de jerarquía especial, no sería inaudito invocar al COGEP o el COFJ para legitimar el traslado unilateral del juzgador al tratarse no solamente de Leyes orgánicas y posteriores, sino que el COGEP menciona específicamente a la mediación. Sea cual sea la interpretación que se decida hacer al artículo 46 de la LAM, es innegable que una facultad

---

<sup>56</sup> Diego Palomo y Valenzuela Williams, “Descarte de la Inconstitucionalidad de la Obligatoriedad de la Mediación Prejudicial que Establece Ley N190966: Lectura Crítica de la Sentencia del Tribunal Constitucional”, *Ius et Praxis* 18 (2012), 395.

<sup>57</sup> Artículo 46, LAM.

<sup>58</sup> Guillermo Cabanellas, *Diccionario jurídico elemental* (Buenos Aires: Heliasta, 2008), 268.

como esta la cual autoriza a un tercero imponer el uso de un método voluntario es, sin lugar a dudas, desnaturalizante para la mediación y sus pilares.

### **3.2 Remedio: sistema de persuasión basado en incentivos de Estados Unidos**

Las problemáticas que exteriorizan la constancia de imposibilidad de mediación y la facultad de derivación oficiosa de los jueces son apenas un par de los numerosos desafíos que presenta el deontológico funcionamiento de este MASC en Ecuador. Estos limitantes a la voluntad de las partes pueden ocasionar varios efectos perniciosos como presión por asistir, falta de cooperación y de confianza, dificultades en el diálogo, fracaso en la llegada de acuerdos, o lo que es peor, acuerdos viciados; todo esto sin mencionar una pérdida irrecuperable de eficiencia para los centros de mediación. Ante estas consecuencias y a modo de apertura, sería interesante implementar algunos de los remedios del sistema de Estados Unidos, el cual tiene la dicha de contar con un establecido procedimiento de mediación que, además de no reconocer a la constancia de imposibilidad de mediación, brinda eficiencia y confianza a sus usuarios que se evidencia por su alto ratio de actas con acuerdo total.

Mientras que en Ecuador los jueces pueden, y deben, derivar casos a mediación unilateralmente cuando lo consideren adecuado, el juez estadounidense contribuye a la celeridad del sistema de justicia persuadiendo a que las partes opten por recurrir voluntariamente a mediar basándose en los altos incentivos que esta vía facilita:

El juez insta a que las partes estimen los costos asociados con manejar su caso a lo largo de un juicio. Ya que la legislación fomenta el uso de mediación en la etapa más temprana posible, incluso antes de que las partes hayan empezado a considerar la idea de iniciar un juicio, el ahorro de costos puede ser sustancial.<sup>59</sup>

Aquí es importante precisar que los costos no son solo aquellos que representen un detrimento en los patrimonios de los involucrados, sino que también son relevantes aquellos que estén asociados con la dilación en obtener una sentencia o hasta las potenciales afectaciones en las relaciones cuando las partes hayan tenido un vínculo de amistad o familiar. Ambas partes son incentivadas por el juez a realizar proyecciones de costo-beneficio, las cuales permiten obtener considerables beneficios frente al litigio si la mediación logra resolver el caso. Como lo explica Eric Van Ginkel, en California “los beneficios de mediar están tan bien establecidos que no se requieren incentivos

---

<sup>59</sup> Eric Van Ginkel, “Mediation under National Law: United States of America”, *MEDIATION COMMITTEE NEWSLETTER* (2005), 45-46 (traducción no oficial).

adicionales”<sup>60</sup>. Si bien este contraste en la labor de los jueces no es el único factor para explicar el triunfo del sistema de Estados Unidos, es un buen punto de partida que se podría aplicar en Ecuador: no solo se encaminará a las partes hacia una mediación transformadora, sino que también se respetará su voluntad al ser ellas mismas quienes deriven su caso tras hacer un análisis de sus incentivos.

Para finalizar, los resultados de este modelo persuasivo son realmente sorprendentes y hablan por sí mismos: “el sistema de la Corte Superior de Los Ángeles reporta que hasta el 97 por ciento de todos los casos civiles presentados no van a juicio. Estos se retiran, se liquidan mediante negociaciones, o son resueltos por mediación”<sup>61</sup>. Si bien no se trata de resaltar únicamente el éxito de la mediación, pero también el de otros métodos autocompositivos como la negociación, la mediación parece ser el ADR más recomendado por California pues de acuerdo a la oficina de ADR de la misma Corte, “31,628 de los 36,579 casos manejados fueron referidos a mediación, de estos se completaron 17,421 casos de los cuales 11,001 (o 63 por ciento) terminaron en acuerdo total”<sup>62</sup>, rendimiento altamente interesante y bienvenido para Ecuador en un futuro.

## CONCLUSIÓN

La mediación es, al día de hoy, una herramienta jurídica irracionalmente infravalorada en Ecuador. Al momento de calcular los sobresalientes beneficios que brinda a sus usuarios y los asombrosos resultados que tiene en países como Estados Unidos, se vuelve una alternativa realmente interesante que merece más atención.

No obstante, es incoherente aspirar que este sistema prospere cuando una de sus piedras angulares está fundamentalmente vulnerada. Por un lado, la constancia de imposibilidad de mediación es un documento que, en principio, no representa perjuicio alguno para la o las partes que hayan decidido voluntariamente no asistir a un procedimiento de mediación; sin embargo, es paradójica la forma en la que suele llegar a afectar a quienes no comparecieron a la etapa de mediación por medio de las valoraciones subjetivas que el tercero pueda inferir en instancias heterocompositivas o por norma expresa en el caso del arbitraje. Por otro lado, la facultad jurisdiccional para derivar casos a mediación por oficio es indudablemente una afectación directa al principio de voluntariedad.

---

<sup>60</sup> *Id.*, 45 (traducción no oficial).

<sup>61</sup> *Id.* (traducción no oficial).

<sup>62</sup> *Id.* (traducción no oficial).

Bajo ningún concepto las personas deberían estar obligadas a emplear un método voluntario por orden de un tercero. Los efectos de esta arbitrariedad pueden ser significativos a pequeña y gran escala: empezando por dificultar la labor del mediador en facilitar la llegada de acuerdos, y terminando por una pérdida de confianza en este MASC ante las dilaciones y fracasos que personas que no consintieron estar en mediación tendrán que soportar por esta imposición.

El corazón de la mediación está en la cooperación y en el alineamiento de intereses entre las partes involucradas, se encuentra en la voluntad de aspirar y ceder posiciones en aras de resolver una incomodidad mayor. Esta visión será innecesariamente más difícil de alcanzar ante la conculcación de la libertad de las personas, quienes deben estar envueltas en una atmósfera de armonía, comodidad, y confianza para favorecer el intercambio de diálogos, la formalización de acuerdos, y, más profundamente, el desarrollo de una sociedad más empática y consciente.