

UNIVERSIDAD DE CUENCA



Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

Las transacciones laborales en los centros de mediación como ejercicio del principio de transigibilidad: control de legalidad y su impugnación para la vigencia del principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores actualmente en el Ecuador

Proyecto de investigación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales.

Autora:

María Verónica Vásquez Pesántez.

C.I. 0106972623

Director:

Dr. Fernando Teodoro González Calle.

C.I. 0103576864

Cuenca - Ecuador

2018



RESUMEN

El presente proyecto de investigación tiene por objeto determinar el origen, el concepto y la naturaleza jurídica de la mediación como método alternativo de solución de conflictos, a fin de desarrollar la problemática que nos ocupa, esto es, la renuncia de los derechos de los trabajadores en los centros de mediación, con ello analizaremos los posibles medios de impugnación de los acuerdos contenidos en las actas de mediación, y la solución adoptada por la legislación comparada, para en virtud de aquello exhortar a una reforma legal, y así adoptar medidas o medios de impugnación precisos en caso de existir renuncia de derechos de los trabajadores a través de acuerdos injustos en dichos centros.

Palabras clave: Medios Alternativos de Solución de Conflictos, Transacción, Conciliación, Mediación, Derechos Irrenunciables, Transigibilidad, Irrenunciabilidad, Renuncia, Impugnación.



ABSTRACT

The purpose of this research project is to determine the origin, concept and legal nature of mediation as an alternative method of conflict resolution, in order to develop the problem that concerns us, that is, the resignation of workers' rights in the mediation centers, which we will analyze the possible means of objection of the agreements contained in the mediation records, and the solution adopted by the comparative legislation, in order to exhort a legal reform, and that way embrace measures or ways of precise objection in the event of the resignation of workers' rights through unfair agreements in centers.

Keywords: Alternative Means of Solution of Conflicts, Transaction, Conciliation, Mediation, Irrenunciable Rights, Transigibility, Irrenunciability, Renunciation, Disputation.



INDICE

RESUMEN	2
ABSTRACT	3
CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL	6
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	6
DEDICATORIA.....	8
AGRADECIMIENTOS.....	9
INTRODUCCION.....	10
CAPÍTULO I.....	13
ASPECTOS GENERALES DE LA MEDIACIÓN	13
1.1. Antecedentes Históricos de la Mediación	13
1.2. Concepto e Importancia de la Mediación	18
1.3. Naturaleza Jurídica de la Mediación	23
1.3.1. El Acta de Mediación como Sentencia	23
1.3.2. Mediación como Negocio Jurídico	25
1.4. Efectos Jurídicos de la Mediación	27
Confidencialidad	30
1.5. Los Centros de Mediación en el Ecuador	30
CAPITULO II.....	35
DERECHOS DE LOS TRABAJADORES IRRENUNCIABLES Y TRANSIGIBLES	35
2.1. Irrenunciabilidad de Los Derechos.....	35
2.2. Transigibilidad de los Derechos.	37
2.2.1. Materia transigible	40



2.2.2. Materia no transigible	41
2.3. Conflicto entre Irrenunciabilidad y Transigibilidad de los Derechos.....	43
2.4. Solución al Conflicto	47
CAPITULO III	57
MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO EN MEDIACIÓN.....	57
3.1. Alegación de la Impugnación como Acción.....	57
3.1.1. Elementos de la Acción	58
3.2. Alegación de la Impugnación como Excepción	75
3.3. Tutela Jurisdiccional Constitucional	80
3.3.1. Acción de Protección	80
3.3.2. Acción Extraordinaria de Protección	85
CAPÍTULO IV	89
DERECHO COMPARADO.....	89
4.1. Legislación Comparada	89
4.1.1. La Mediación Laboral en España.	90
4.1.2. La Mediación Laboral en Colombia	102
4.1.3. La Mediación Laboral en Perú.....	106
CONCLUSIONES GENERALES	116
RECOMENDACIONES	119
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	121
Cuerpos Normativos	122
Artículos de Revista.....	123
Resoluciones Judiciales	124
Bibliografía Digital	124



CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

María Verónica Vásquez Pesántez en calidad de autora y titular de los derechos morales y patrimoniales del Proyecto de Investigación "Las transacciones laborales en los centros de mediación como ejercicio del principio de transigibilidad: control de legalidad y su impugnación para la vigencia del principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores actualmente en el Ecuador", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Así mismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el Repositorio Institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, julio 2018.

María Verónica Vásquez Pesantez
C.I: 010697262-3



CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Cláusula de Propiedad Intelectual

MARIA VERONICA VASQUEZ PESANTEZ, autora del Proyecto de Investigación "Las Transacciones Laborales en los Centros de Mediación como ejercicio del Principio de Transigibilidad: control de legalidad y su impugnación para la vigencia del principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores actualmente en el Ecuador", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, julio 2018.

María Verónica Vásquez Pesantez
C.I: 010697262-3



DEDICATORIA

A DIOS

Al forjador de mi vida, quien de la mano me levanta cuando la caída me pretende
socavar.

A MIS PADRES

Cuyo amor y consejo han sido instrumento esencial para mi formación.

A MIS HERMANAS

Quienes con su cariño y apoyo, me han enseñado a no claudicar.

A MIS MAESTROS

Cuyo tiempo invertido, y conocimientos impartidos,
son y serán el pilar fundamental de mi profesión.

A MIS AMIGOS

Su apoyo incondicional me demuestra,
que cuando de hermandad se trata
de lazos de sangre,
no se precisa



AGRADECIMIENTOS

Mi gratitud infinita a Dios, quien cada vez que siento tropezar, me enseña que rendirse no es una opción, lo verdaderamente satisfactorio es trabajar y perseverar en el camino hacia la meta.

Agradezco a la Universidad de Cuenca, particularmente a los docentes y personal administrativo de la Facultad de Jurisprudencia, quienes de una u otra forma han hecho posible este proyecto.

De igual manera, mi gratitud al Doctor Fernando T. González por acompañarme en esta travesía, quien me compartió sus valiosos conocimientos incondicionalmente, a más de brindarme su amistad.

A todas las personas que me han demostrado su apoyo y cariño, a quienes estuvieron día a día acompañándome, con aciertos y errores, en el desarrollo del presente trabajo.

“

"Después de escalar una montaña muy alta, descubrimos que hay muchas otras montañas por escalar" (Nelson Mandela)



INTRODUCCION

“Preferiría la paz más injusta a la más justa de las guerras” (Cicerón). La realidad en una frase expresada hace más de un siglo, no obstante en nuestros días tiene pleno vigor. La renuncia de los derechos de los trabajadores al suscribir actas en los centros de mediación es un problema constante, originada en la renuncia de ciertos “beneficios” para poder alcanzar la paz deseada, desde diferentes ámbitos de nuestra vida, sin embargo, debemos plantearnos las siguientes interrogantes ¿ Es justo que yo renuncie a algo, para tener paz?¿ Entonces a que definimos como justicia?, y si la justicia es dar a cada quien lo que le corresponde, ¿Hasta qué punto estoy dispuesto a renunciar lo que por justicia me correspondería?, y específicamente en nuestra materia, Derecho laboral, la renuncia de beneficios y derechos de los trabajadores se ha vuelto frecuente para resolver los conflictos con el empleador, llegando generalmente a acuerdos, mediante coacción o por temor de no conseguir nada por no aceptar lo que ofrece el empleador, aceptando así“ la paz más injusta” bien llamada por Cicerón.

Los derechos de los trabajadores plasmados, en la Carta Magna, en el Código del Trabajo ecuatoriano y en los Instrumentos Internacionales ratificados por el Ecuador, son prerrogativas irrenunciables, intangibles, sin embargo éstos son transigibles, ¿cómo poder entender esta contradicción que se nos presenta a simple vista?, es así que la problemática de nuestro proyecto de investigación se centra en la capacidad que tienen las personas, específicamente trabajador y empleador para acordar una solución a su “problema”, que lejos de ser un problema, se trata del incumplimiento por uno de los partícipes del conflicto; situación que se resuelve suscribiendo un acta en centros de Mediación independientes, “mucho más especializados”, que si bien tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, ¿qué sucedería si tranzo lo intransigible? ¿Si cedo lo que no debo ceder?,



recordemos que los derechos de los trabajadores son irrenunciables según nuestra legislación ecuatoriana.

Frente a este problema ¿Qué hacer? ¿Impugnamos hasta llegar a la “más justa de las guerras”, de acuerdo a aquel filósofo?; Considerando que aquel acuerdo, suscrito en un acta de mediación constituye una declaración de voluntades, que acarrea efectos jurídicos; es así pues que los Centros de Mediación y Arbitraje al emplear la resolución extrajudicial de los conflictos laborales mediante este mecanismo alternativo, desfavorece al trabajador, el que debe renunciar o ceder respecto a ciertos derechos establecidos en la ley para poder llegar a un acuerdo, vulnerando así los derechos irrenunciables consagrados en la carta magna.

Por lo tanto, el presente proyecto de investigación tiene como propósito desde un punto de vista doctrinario e interdisciplinario, el conocimiento claro del problema que genera la mediación en nuestra materia y centrarnos en una forma eficaz para proteger lo que la Constitución invoca, es decir la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, principio protegido por el mismo cuerpo normativo, a través de medios de impugnación a las actas de mediación o en su defecto en la reforma de la ley.

Por ello, el capítulo I desarrolla de manera global, los antecedentes históricos de la mediación y su crecimiento en el Ecuador así como su definición e importancia, los efectos jurídicos que acarrea el acta de mediación y la naturaleza jurídica, que tanto la doctrina como otras legislaciones han adoptado para la misma; finalmente, los centros de mediación en el Ecuador, su desarrollo, la determinación legal de sus responsabilidades y sanciones. En el capítulo II se analiza los principios de irrenunciabilidad y transigibilidad, el conflicto generado entre aquellos así como su solución.

El capítulo III determina los posibles medios de impugnación del acta de mediación, alegada como acción o como excepción, así como también analiza la procedencia de la acción de protección al igual que de la acción extraordinaria de protección para el reclamo de



la trasgresión de los derechos irrenunciables. Finalmente, el capítulo IV analiza y compara legislaciones como la española, colombiana y peruana en cuanto a la prevención de la presente problemática, las soluciones, medios de impugnación al acta de mediación, es decir, en definitiva la precisa regulación que se le da a la renuncia de los derechos de los trabajadores en dichos países.



CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA MEDIACIÓN

1.1. Antecedentes Históricos de la Mediación

Comenzaremos desarrollando el presente trabajo refiriéndonos al origen de la mediación como Método Alternativo de Solución de Conflictos en el mundo, para comprender su contenido y su alcance actualmente en el Ecuador, específicamente en la materia que nos concierne esto es, Derecho laboral.

Como conocemos, desde los inicios de la humanidad ha existido el conflicto en todo ámbito, desde la prehistoria hasta nuestros días, debido a que guardamos diferentes criterios, formas de pensar e intereses, sin embargo, a pesar de ello, el ser humano se ha ingeniado diferentes formas para resolver estas pugnas, ya que desde las épocas más antiguas se comenzó a desarrollar métodos similares a lo que actualmente conocemos como mediación, por ello cabe referirnos al Manual Operativo de Funcionamiento del Centro de Mediación de la PGE el cual desarrolla su origen alrededor del mundo.

Grecia: En Grecia se realizaba una labor disuasiva respecto a temas litigiosos por parte de los ciudadanos, buscando solucionar el conflicto para que se llegara a un acuerdo, los griegos otorgaban a estos acuerdos fuerza de ley.

Roma: En Roma por su parte fue Cicerón quien aconsejó la práctica de la conciliación para la solución de los conflictos es así que en la tabla I, de las XII tablas ya se hablaba de los acuerdos para resolver un conflicto.

A partir del siglo XVIII la conciliación fue incorporada como un medio de solución de conflictos, su acogida fue progresiva comenzó desde Holanda y se extendió por Europa.

España: Del mismo modo, encontramos antecedentes en lo que se denominó Fuero Juzgo, en el caso de los llamados “pacos adsertores” o “mandaderos de paz”, que enviaba



el Juez para que intervinieran en los conflictos buscando el acuerdo de las partes. Otro antecedente se encuentra en el tribunal de los obispos, en la época de la dominación visigótica en España y en las partidas, más concretamente en las ordenanzas de Burgos y de Sevilla.

Francia: Francia por su parte acogió la conciliación, la cual fue instaurada por la Asamblea Nacional en las leyes del 6 y 24 de 1790, lo que operaba como una etapa previa al nacimiento del proceso civil ante una oficina llamada “Bureau de paix et de conciliation” (Procuraduría General del Estado, 2007)

Santiago Miranzo de Mateo en la “Revista de Mediación” señala por su parte, que el ser humano siempre se ha encontrado en la plena búsqueda del avenimiento de los conflictos, encontrando varias formas para la solución de los mismos, siendo el sistema judicial el más conveniente por ser democrático, es así que en su publicación cita a la jurista Otero Parga, quien afirma que existe tres momentos en la evolución de los medios de resolución de conflictos, estos son: primero, la existencia de una tercera persona a la que se lo reconocía como autoridad para resolver tal conflicto, esta persona supliría al juez actual, y las personas que se sometían a su resolución se comprometían desde el principio a cumplir con la solución dada, en segundo lugar la existencia de foros a los cuales se acudía para resolver el conflicto, estos foros se dividían por jurisdicciones en base al principio de subsidiaridad y que se decidía de acuerdo a lugar, caso y juzgador y, tercero cuando aparece el poder judicial institucionalizado. (Miranzo de Mateo, 2010)

Existen varios autores, como las escritoras y especialistas en mediación Catherine Perelló Scherdel, Cristina Montero Bonilla y Milagros María Otero, quienes coinciden que no se puede establecer una fecha o época exacta en la cual se originó la mediación para solucionar conflictos, puesto que a decir de ellas existió desde siempre, sin embargo, la mediación como Método Alternativo de Solución de Conflictos se ha ido forjando con el pasar de los años.



Durante la historia encontramos Métodos Alternativos de Solución de Conflictos como la conciliación, mediación y el arbitraje los que han ido apareciendo por diferentes causas: *“la pérdida de confianza de las personas en el sistema judicial, la sobresaturación del mismo, la búsqueda de decisiones acordes con las necesidades de los participantes, el deseo de cercanía personal y social con la figura decisoria, etc.”* (Miranzo de Mateo, 2010)

Durante la historia, en diferentes tiempos y lugares se ha empleado la mediación como un Método Alternativo de Solución de Conflictos, principalmente acudiendo a una tercera persona a manera de autoridad reconocida por las partes que interviene y soluciona un conflicto de forma pacífica dentro del grupo en el cual interactúan.

Cabe indicar que Santiago Miranzo de Mateo, además señala que:

Durante la **Edad Moderna** la mediación se utilizó especialmente en el ámbito del Derecho Internacional, debido a la importancia del establecimiento de relaciones y al respeto de los pactos basados en la autoridad, respeto siempre difícil de conseguir en este ámbito del derecho.

Es decir, que la mediación desde sus inicios se utilizó para resolver conflictos pero principalmente desde el plano internacional, basándose en la confianza y el respeto a los pactos suscritos, es así como en la edad moderna la justicia entre los estados únicamente que puede alcanzar a través del arbitraje y la mediación.

Convención de la Haya: Según la doctrina, a mediados del siglo XX, aparece la mediación que se aplica en la actualidad. Además de lo expuesto sobre la Edad Media, uno de los antecedentes más importantes es la Convención de la Haya de 18 de octubre de 1907 sobre solución de controversias internacionales, pues esta convención reconoce a la mediación y al arbitraje como un método extrajudicial de solución de conflictos.

Es así que en la revista “Origen y Evolución del Concepto de Mediación” respecto a dicha convención se señala: *“Este texto recoge el reconocimiento de la mediación jurídica como*



institución distinta tanto de la jurisdicción como de otros medios alternativos de solución de conflictos, tales como el arbitraje y la conciliación”. (Miranzo de Mateo, 2010)

Consecuentemente, esta convención recoge a la mediación como un Método Alternativo de Resolución de Conflictos importante y preponderante en el ámbito internacional, a tal punto, que dicha convención señala el objeto de la misma como:

Art. 1.- Con el objeto de prevenir, tanto cuanto sea posible, el recurso a la fuerza en las relaciones entre Estados, las Potencias contratantes acuerdan emplear todos sus esfuerzos para asegurar la *resolución pacífica* de las diferencias internacionales.

Art. 2.- En caso de grave disentimiento o de conflicto, antes de convocar a las armas, las Potencias contratantes acuerdan recurrir, tanto cuanto las circunstancias lo permitan, a los buenos oficios o *a la mediación* de una o de varias Potencias amigas. (Convención de la Haya para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, 1907)

Igualmente según la doctrina, otro de los antecedentes importantes de la mediación es la creación del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya en 1921 por la Sociedad de Naciones, quien asume la mediación en primer plano a nivel mundial, este antecedente viene a ser relevante puesto que se comienza resolviendo problemas desde la índole laboral, lo cual se amplió en 1978.

Nos hemos referido de forma concisa a los antecedentes históricos de la mediación desde el plano internacional, sin embargo cabe referirnos a los antecedentes históricos de la mediación en el Ecuador, para comprender la importancia de la misma. Ante un sistema de administración de justicia deficiente con la lentitud en los trámites, falta de capacitación a los funcionarios judiciales, la transformación constante e inestable de la legislación ecuatoriana, la necesidad de que los conflictos sean solucionados de una forma ágil y segura, junto con la corrupción ha llevado a que las personas resuelvan sus conflictos de una manera rápida



mediante un medio de solución extrajudicial, lo narrado es una realidad en toda América Latina incluido el Estado ecuatoriano.

En el Ecuador tenemos antecedentes de conciliación y mediación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1931, en la Ley de Arbitraje Comercial 1963, Código del Trabajo de 1996, concretamente en el inciso tercero del art. 118.

A partir de la vigencia de la legislación procesal civil se ha reconocido la conciliación como una etapa obligatoria dentro de los procesos de conocimiento en la Función Judicial.

Por su parte Álvaro Galindo Cardona en la publicación denominada: “Origen y Desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador”, señala:

Como antecedente legislativo, en 1963 se dicta la primera Ley especial sobre la materia, llamada Ley de Arbitraje Comercial, la cual regulaba el sistema arbitral como medio idóneo para la solución de conflictos entre comerciantes. Se daba a las Cámaras de Comercio la prerrogativa de prestar el servicio de forma privativa. A pesar de ser una Ley bien concebida, no fue mayor el uso y aplicación de esa normativa por desconocimiento y falta de promoción, entre otras razones, sin embargo a partir de la vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el registro oficial Nro. 145 de 4 de septiembre de 1997, el estado reconoce de forma categórica a la mediación como Método Alternativo de Solución de Conflictos, en el cual incluye una normativa en base a conceptos doctrinarios y al derecho comparado que rigen la materia. (Galindo Cardona, 2001)

A partir de ello, el doctor Giovanni Criollo Mayorga señala:

Los Mecanismos Alternativos o Apropriados de Solución de Conflictos (MASC) en Ecuador, durante los últimos años, han sido desarrollados agresivamente como parte de la materialización del Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013 y 2013-2017, mediante su previsión en una serie de leyes, reglamentos y acuerdos ministeriales que por supuesto



genera la inmediata necesidad de realizar las investigaciones correspondientes sobre este desarrollo e impacto en la academia, la justicia y la sociedad. (Criollo Mayorga., 2017)

En la actualidad, la mediación como Medio Alternativo de Solución de Conflictos se encuentra debidamente regulado en la Ley de Arbitraje y Mediación, y reconocido en nuestra Carta Magna, sin embargo el desarrollo de esta materia ha traído la necesidad de comprender de manera adecuada esta institución jurídica, junto con la conciliación y el arbitraje, creadas por el legislador a través de la dogmática jurídica con el objeto de sistematizar los contenidos propios de estas instituciones; en nuestro país lamentablemente no existe estudios serios sobre los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, mucho menos de los problemas que la mediación pudiere originar, ya que generalmente a esta institución se la pinta con una variedad de ventajas mas no de complicaciones posteriores que pudieren generar, como el que analizaremos en este trabajo.

1.2. Concepto e Importancia de la Mediación

Para llegar a delimitar a la mediación, es preciso definir primeramente los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, a los que se los conoce con las siglas (RAC), que las mismas en el idioma ingles son (ADR, Alternative Dispute Resolution).

A los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, podemos definirlos como *“los ADR son mecanismos que permiten mejorar el acceso a la justicia de los ciudadanos, por ello su estudio debe encuadrarse dentro del llamado derecho de acceso a la justicia”* (Miranzo de Mateo, 2010)

Del mismo modo, como Métodos Alternativos de Solución de Conflictos debemos entender a: *“Los procedimientos diferentes a los jurisdiccionales que tiene como objeto resolver conflictos suscitados entre partes con un problema de intereses. Dentro de los MARC se encuentran la mediación, la conciliación y el arbitraje.”* (Marquez & De Villa, 2013)



La Constitución en su artículo 190 reconoce los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, en el cual señala:

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. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley. (Constitución de la República del Ecuador , 2008)

Ciertamente, como observamos en las definiciones ya descritas, los Medios Alternativos de Solución de Conflictos no son más que mecanismos, procedimientos reconocidos por la ley, los cuales asisten a las personas partícipes de un conflicto, para que aquel sea solucionado con la intervención de un tercero con el objeto del avenimiento del mismo, y alcanzar la paz de una manera rápida, sencilla y sobre todo útil.

A los Medios Alternativos de Solución de Conflictos se los denomina de diferente manera, Medios Alternativos de Justicia, Métodos de Solución Alternativa de Conflictos, Medios Alternativos de Resolución de Litigios, sin embargo todas aquellas denominaciones llevan al mismo fin, a la misma definición; entre ellos tenemos: la Conciliación, el Arbitraje, y la Mediación que cabe hacer énfasis por ser la que nos concierne.

La Ley de Arbitraje y Mediación (2006) vigente en nuestro país, en su artículo 43 define a la mediación como “*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*” (pág. 25)

Es así como a la mediación se la define de la siguiente manera:



Proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. (Folberg & Taylor, 1992)

Marinés Suarez, miembro de la comisión Directiva del Foro Mundial de Mediación y vicepresidenta de la fundación mediadores red Argentina, define a la mediación como:

La mediación es un método de resolución adecuada de disputas (RAD), en el cual un tercero neutral, asiste a las partes para que a partir de conversaciones, negociando colaborativa y distributivamente, los participantes lleguen a un acuerdo y/o a una modificación de la relación actual (Suarez, 1996)

Por su parte, Enrique Urquidi, (1999) señala:

La mediación es un proceso mediante el cual las partes en conflicto, asistidas por un tercero neutral, buscan identificar opciones reales y alternativas viables para dirimir su controversia y llegar a un acuerdo que ofrezca soluciones de mutua satisfacción (...) (pág. 19)

Por último, es preciso señalar la definición que nos proporciona Guillermo Cabanellas (2006), quien concluye de la siguiente manera: *“Participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados. Apaciguamiento, real o intentado, en una controversia, conflicto o lucha”*.

En definitiva, todos los autores incluida la ley, ubican a la mediación como un Método Alternativo de Solución de Conflictos (MARC) o como una Resolución Alternativa de Disputas (RAD) en el que las partes del conflicto acuerdan la intervención de un mediador, para la solución del mismo, contribuyendo así a la paz en la sociedad, y además mejorando los procesos de socialización.



Además, los autores señalan que es un tipo especial, ya que incorpora a un tercero neutral quien no puede realizar propuestas, ni dar consejos ni siquiera aportar sugerencias, sin embargo en la realidad encontramos sugerencias explícitas, pese a ello la mayoría de autores concuerdan que el mediador debería abstenerse de dar propuestas de solución.

Más allá de la conceptualización de la Mediación, es imprescindible referirnos a los beneficios de ésta como método alternativo de solución de conflictos, para así enmarcar su importancia, dentro de las áreas del derecho pero principalmente en el Derecho Laboral.

Además de ser un método menos costoso y ocupar menos tiempo, según las “Directrices para una mediación eficaz” de las Naciones Unidas la mediación es *“uno de los métodos más efectivos de prevención, gestión y solución de conflictos... Es imparcial y potencia por igual el papel de todas las partes en la construcción de soluciones pacíficas y compartidas”* (Moon, 2012)

Autores consideran con unanimidad que con la mediación todos ganan, siendo lo contrario en un juicio, en el que uno pierde y otro gana, sin embargo consideramos que esto es relativo, ya que como veremos, con este mecanismo muchas veces una de las partes del conflicto es mayormente perjudicada.

Pese a ello, al realizar un breve análisis de la mediación frente a los problemas de solución de conflictos en la actual administración de justicia, podemos deducir que la importancia de la mediación radica en soluciones rápidas, económicas, con resultados duraderos, además de evitar la dilatación de los procesos y el desgaste de material y personal, es exclusivamente voluntaria y confidencial, y propicia la comunicación entre las partes del conflicto con la intervención de un tercero que se encarga de velar por los intereses y derechos de los protagonistas del conflicto.

Pero la mediación, únicamente se puede llevar a cabo en conflictos en los que las partes puedan de forma libre y voluntaria renunciar a una parte de sus intereses iniciales para poder



llegar a un acuerdo transaccional, mientras no sea contrario a la ley ni perjudique a terceras personas.

Es fundamental considerar que según Peter Lovenheim, citado en la obra Principios y Técnicas de Mediación de Elena Sparvieri (1995), señala:

El objetivo del juicio es la búsqueda de la verdad, pero que la búsqueda de la verdad y la solución del problema no son la misma cosa: lo que las personas en conflicto buscan no es necesariamente la verdad sino la solución al conflicto, lo más rápidamente, justamente, y menos costosamente posible. (pág. 16)

Sin embargo, una de las características importantes de la mediación que señalan algunos autores, es que la misma es *justa* basándose en que el arreglo que pretenden nace de la libertad de las partes, no se queda exclusivamente en la proclamación de los derechos según la ley, asunto que lo podría hacer un juez, así Teodoro Pozo (2000) afirma, que la mediación va más allá a lo equitativo, a lo honesto. No se detiene en analizar lo ocurrido para establecer responsables; sino de conocer la realidad actual como base de acuerdos satisfactorios.

No obstante la realidad es distinta, al ser el objeto principal de la mediación la solución del conflicto, mas no la búsqueda de la verdad, esta institución jurídica evidentemente no es justa, mucho menos si una de las partes que intervienen en la solución del conflicto desconoce sus derechos, contrariamente de quien si los conoce por estar asesorado por un abogado u otro asesor jurídico, contexto que se forma habitualmente en el ámbito laboral, entre trabajador y empleador, considerándose una desventaja el hecho de que en determinadas mediaciones se negocien derechos que son irrenunciables.

Por último, cabe citar nuevamente a Marinés Suárez quien al referirse a la mediación señala: “*soy una gran defensora de esta institución, y considero que puede ser uno de los caminos que permitan la construcción de una cultura de paz*” he allí donde surge la



importancia de la mediación el cual tiene como objeto primordial formar una cultura de paz (Suarez, 1996)

1.3. Naturaleza Jurídica de la Mediación

Para solventar la problemática de la irrenunciabilidad de los derechos en los centros de mediación, concretamente a través de la suscripción de actas de mediación en el cual se plasma la voluntad de las partes del conflicto, es indispensable analizar la naturaleza jurídica de la mediación.

Existen teorías, que conciben a la mediación de diferente naturaleza, las cuales analizaremos dos específicamente: el acta de mediación como sentencia y como un negocio jurídico.

1.3.1. El Acta de Mediación como Sentencia

Existen teorías que señalan que el acta de mediación tiene el carácter de sentencia, estas son: la teoría procesalista y la teoría jurisdiccional, las cuales fueron desarrolladas en Colombia teniendo como base, la conciliación como institución desarrollada en el Estado colombiano similar a la mediación en desarrollada en nuestro Estado ecuatoriano, por lo que cabe referirnos a ella.

A continuación analizaremos de forma sucinta las mencionadas teorías y haremos una comparación con la legislación ecuatoriana.

Teoría procesalista de la mediación

Según Jorge Hernán Gil Echeverry (2003), la conciliación tiene una naturaleza eminentemente procesal, puesto que en el Estado colombiano la conciliación incluye a la conciliación judicial y extrajudicial, y además este ha sido instaurado como una fase obligatoria previo al juicio en materias como familia y laboral, sin embargo cabe señalar que la Corte Constitucional colombiana mediante sentencia C-893 de 2001 declaró como inconstitucional la conciliación obligatoria como requisito de procedibilidad para acudir ante



instancias judiciales, en razón de que la constitución declaraba la voluntariedad de la conciliación, característica fundamental de la misma. Esta teoría considera que si la conciliación se presenta como una etapa procesal o constituye un requisito para iniciar un proceso judicial, entonces su naturaleza debe ser procesal.

Esto nos lleva a analizar uno de los principales efectos de esta teoría o corriente, que es: “(...) *el acta de conciliación tendría el carácter de sentencia al derivarse de un procedimiento de naturaleza procesal*” (Gil Echeverry, 2003, pág. 9)

Luego de realizar un breve análisis a esta teoría, es vital efectuar una comparación con la legislación ecuatoriana, ya que nuestra Ley de Arbitraje y Mediación vigente, plasma la mediación como un procedimiento extrajudicial y además se lo considera como sinónimo de conciliación extrajudicial por lo que no la podríamos mirar como una etapa procesal, como en la legislación colombiana, sino que está totalmente fuera del proceso judicial, ya que viene a ser una institución con características propias, con el objeto más bien de agilizar la solución de conflictos que muchas veces se vuelven interminables en la Función Judicial ecuatoriana, debido a ciertos problemas que ya lo habíamos comentado con anterioridad, es así como la mediación no podría adaptarse a esta teoría, por estas y otras razones como por ejemplo, la mediación dentro de la legislación ecuatoriana no constituye requisito de procedibilidad para iniciar un proceso judicial, considerando que es de carácter voluntario y que en nuestro país existe una diferenciación, aunque mínima, entre conciliación y mediación.

Teoría jurisdiccional de la mediación

Esta teoría sostiene que dentro de la mediación existen funciones jurisdiccionales, teoría aplicada en el Derecho colombiano, puesto que la Constitución otorga a todos los conciliadores la función de administrar justicia, así:

Art. 116.- (...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en



la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. (Constitucion Política de Colombia, 1991)

Ahora bien, en la legislación ecuatoriana no existe una norma específica en la que se otorgue una función jurisdiccional a los mediadores, sin embargo la mediación es considerada como un método alternativo de administración de justicia, por lo tanto se considera que dicha función de alguna manera forma parte de los mediadores.

Pese a ello, no podríamos considerar la mediación estrictamente como una forma de administrar justicia puesto que el mediador no juzga ni hace ejecutar lo juzgado, en base a lo que considera como jurisdicción nuestra legislación ecuatoriana:

Art. 150.- La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia (Código Organico de la Función Judicial, 2009)

La Ley de Arbitraje y Mediación (2006) desarrolla la mediación en los siguientes términos: “(...) *el acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio (...)*”

Esto significa que a diferencia de la mediación, o conciliación como se lo denomina en el Derecho colombiano, en el Ecuador se lo asemeja a una sentencia ejecutoriada y viene a tener los mismos efectos, sin embargo en estricto sentido el mediador no tiene una auténtica potestad jurisdiccional.

1.3.2. Mediación como Negocio Jurídico

Existe una segunda teoría que mantiene a la mediación como un negocio jurídico, esta es la Teoría Negocial, la que se fundamenta únicamente en el acuerdo contenido en el acta de mediación, lo cual encaja perfectamente a la definición de negocio jurídico, que no viene a



ser más que la declaración de la voluntad de forma directa encaminada a producir efectos jurídicos.

Se considera a la mediación como un negocio jurídico en el sentido que, el acta que contiene la mediación, no contiene una declaración de derechos por parte de una autoridad competente sino más bien es una clara manifestación de la voluntad libre de las partes, teniendo como base fundamental el principio de autonomía de voluntad, por el cual las personas tienen cierta libertad de actuar con las limitaciones que determina la ley, pero que al final el acuerdo que contiene el acta no es más que un negocio jurídico.

Al identificar al acta de mediación con un negocio jurídico, es preciso citar al artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el cual señala: “(...) *sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación (...)*”, esto daría la posibilidad, al asemejarla a un contrato o negocio jurídico, que el acuerdo que consta en el acta pueda ser anulado por ejemplo, por incumplimiento, no obstante más adelante veremos los posibles medios de impugnación al acta de mediación ya sea como acción o como excepción,

Sin embargo, la Ley de Arbitraje y Mediación en el mismo artículo señala que el acta de mediación tendrá los mismos efectos que una sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, por lo tanto se ejecutará del mismo modo que las sentencias siguiendo la vía de apremio.

Por último, la mediación ha sido considerada como una institución autónoma, que contiene características tanto de la teoría jurisdiccional, como de la teoría negocial, ya que la mediación como método alternativo, autónomo de solución de conflictos, contiene un negocio jurídico, y que el acta de mediación que lo contiene, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.



1.4. Efectos Jurídicos de la Mediación

Luego de haber analizado la naturaleza jurídica de la mediación, tenemos que referirnos a los efectos jurídicos es decir a las consecuencias, resultados de la mediación, concretamente del acta suscrita entre las partes del conflicto, los efectos que genera el acuerdo de mediación, para con las partes, y el resultado de su incumplimiento.

Una vez firmada el acta de mediación en el que consta el acuerdo total o parcial al que hubieren llegado las partes del conflicto, cabe señalar que el acuerdo debe constar por escrito para que sea considerado valido, como lo indica nuestra Ley de Arbitraje y Mediación (2006) vigente: “*Art. 47.- El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo (...)*” (pág. 27)

Es así, como a partir de ello se despliegan los efectos jurídicos propios del acta o acuerdo de mediación:

- 1.- Ser fuente de obligaciones, imponiendo a las partes el deber de observar lo pactado y, en particular, de abstenerse de plantear la controversia en sede litigiosa;
- 2.- Resolver de manera efectiva las cuestiones sometidas a mediación, de suerte que el acuerdo de mediación resulte oponible, mediante la correspondiente excepción, frente a la parte que pretenda resucitar cuestiones transigidas en virtud de aquél; y
- 3.- Gozar de eficacia ejecutiva, siempre que las partes ejerciten su facultad de configurarlo como título ejecutivo. (Lopez & Fernandez de la Mela , 2015)

Es así como la Ley de Arbitraje y Mediación (2006), indica que:

Art. 47.- (...) El acta de mediación en que conste *el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio*, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.



Es decir, que según nuestra legislación el acta en el que consta el acuerdo de las partes del conflicto tiene efecto de sentencia ejecutoriada, lo que se encuentra debidamente regulado en el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 101, sin embargo es indispensable señalar que sentencia ejecutoriada, de acuerdo a la Enciclopedia Jurídica Online del Derecho Chileno, (2015), no es más que:

Es la sentencia que ya no admite recurso judicial alguno, y se puede exigir el cumplimiento incidental o iniciar demanda ejecutiva en su caso. Se dice que la causa esta “ejecutoriada”, cuando ya han terminado todos los trámites legales y produce además el efecto de cosa juzgada, por consiguiente cosa juzgada es:

Es el estado procesal de un litigio, que ya ha sido resuelto por todas las instancias procesales y que por lo mismo, no puede nuevamente ser visto por los tribunales.

Consecuentemente, al acuerdo de las partes constante en el acta de mediación, ya no admite recurso alguno, esta no puede ser revisada, apelada, únicamente se hace exigible, como si se tratase de una sentencia ejecutoriada, ya que tiene efecto de cosa juzgada.

La institución de cosa juzgada se encuentra íntimamente ligada con el principio constitucional non bis in ídem contemplado en el artículo 76 numeral 7 literal I de la Constitución de nuestro país, el cual señala que nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia.

Habiéndonos referido a estas definiciones necesarias para la comprensión del tema que tratamos, podemos tener claro de cuál es el efecto jurídico que acarrea la mediación, concretamente el acta suscrita por el trabajador y empleador, por lo que podríamos sin lugar a duda considerar que este acto es portador de grandes responsabilidades no solo por las partes intervinientes sino también por el mediador como lo veremos más adelante, ya que si no se cumple el acuerdo, tal y como lo indica la ley “(...) se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución



accepte excepción alguna (...)” (Ley de Arbitraje y Mediación , 2006) ; esto es, a través del procedimiento de ejecución, al considerarse el acta de mediación como título de ejecución como lo determina el Código Orgánico General de Procesos (2015): “*Art. 363 Títulos de ejecución. Son títulos de ejecución los siguientes: 3. El acta de mediación.*” (pág. 50)

Art. 364. Facultades de la o del juzgador y de las partes. La ejecución se circunscribirá a la realización o aplicación concreta de lo establecido en el título de ejecución. Las partes actuarán en plano de igualdad, pero *se limitarán exclusivamente al control del cumplimiento del título de ejecución*, conforme con la ley. (Código Orgánico General de Procesos, 2015, pág. 51)

Es así como a consecuencia del art. 364 del Código Orgánico General de Procesos, podemos deducir que en la ejecución del acta de mediación en este caso, únicamente se velara por el cumplimiento del acuerdo y se ceñirá a lo que se hubiere concretado en él; lo cual no conlleva ninguna solución al conflicto que nos planteamos en nuestro proyecto desde un inicio.

En resumen, el acta con el que concluye el proceso de mediación, tiene efecto de “sentencia ejecutoriada, y cosa juzgada”. Lo que significa:

1. Que la voluntad expresada en el acta es irrevocable y que el asunto no podrá ser sometido ni a un nuevo proceso de mediación, ni a juicio.
2. Que por ser firme, es inmutable y no puede ser objeto de apelación o recurso. Solo en los casos de menores y alimentos “será susceptible la revisión por las partes” para efectos de actualizar el valor de las pensiones o modificar el periodo de visitas.
3. Que teniendo esta característica es una excepción perentoria que, en caso de demanda puede oponer el demandado;
4. Que la ejecución de lo acordado se podrá pedir a un juez, quien ordenara el cumplimiento de las obligaciones que se hayan contraído, compeliendo a que se lo



haga, aun por la vía de apremio. No se entrara a calificar el acuerdo, ni se pronunciara sobre el contenido, cuya validez está dada “por la sola firma del mediador”.

5. Que por economía procesal, el acta de mediación suple a la audiencia, o la junta de conciliación prevista en los procesos arbitrales o judiciales, en lo que a la cuestión discutida se refiere, pues ya no resultaría útil convocarla. (Pozo , 2000, pág. 135)

Confidencialidad

La mediación goza de la garantía de confidencialidad, esta garantía cubre a las partes y al mediador, ya que la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) señala que este último no podrá intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes. Además, tampoco podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación; asimismo el artículo 50 señala que la mediación tiene carácter confidencial, los que en ella participen deberán mantener la debida reserva.

1.5. Los Centros de Mediación en el Ecuador

Para referirnos a los centros de mediación en el Ecuador partimos, principalmente, de la Ley de Mediación y Arbitraje lo cual señala:

Art. 52.- Los gobiernos locales de naturaleza municipal o provincial, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro y, en general, las organizaciones comunitarias, podrán organizar centros de mediación, los cuales podrán funcionar previo registro en el Consejo Nacional de la Judicatura. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento, por parte de un centro de mediación dará lugar a la cancelación del registro y prohibición de su funcionamiento. El Consejo de la Judicatura podrá organizar centros de mediación pre procesal e intraprosesal.



Los centros de mediación en el Ecuador datan desde 1963, es decir desde la vigencia de la primera ley especial denominada Ley de Arbitraje Comercial, como lo habíamos señalado, es ya en 1997 año en el cual se aprueba la Ley de Arbitraje y Mediación en el Ecuador, el cual incorpora conceptos doctrinarios y del Derecho comparado que rigen la materia.

Es así como a partir de la época, según Galindo Cardona (2001), se moderniza la Función Judicial liderada por la Corte Suprema de Justicia a través de la unidad del programa de modernización de la administración de justicia, esta unidad con fondos provenientes de un préstamo otorgado por el Banco Mundial, ha contratado la ejecución de un plan piloto para la creación y puesta en funcionamiento de oficinas de mediación judicial en Quito, Guayaquil y Cuenca, este programa se toma en consideración, tomando en cuenta la legislación vigente a la época es decir al artículo 191 de la Constitución Política de ese entonces, el cual ya reconocía a la mediación, junto con la conciliación y el arbitraje como medios alternativos de solución de conflictos de igual manera Ley de Arbitraje y Mediación, lo cual ya lo regulaba. A partir de ellos fueron los jueces quienes comenzaron a registrarse para colaborar con la ejecución de este plan, los conflictos tratados inicialmente en estos centros fueron en materias civil, laboral, tránsito e inquilinato.

Al iniciar con este modelo en el Ecuador, existió ciertas diferencias en cuanto a la derivación que realizaba el Juez de ciertos casos a los centros de mediación, puesto que en la ciudad de Quito se dictaba una providencia denominada de aceptación, la cual se notificaba a las partes acerca de la derivación del proceso al centro de mediación, para lo cual tenían que pronunciar su aceptación en 72 horas si no lo hacían, se entendía como negación; mientras que en la ciudad de Guayaquil, la cuestión era distinta, porque se dictaba una sola providencia, si las partes no se pronunciaban en el término establecido se entendía como aceptado y por consiguiente se notificaba inmediatamente al centro para que lleve a cabo la mediación.



Sin desmerecer a los datos históricos señalados anteriormente, ya que son indispensables para conocer la historia de los centros de mediación en nuestro país y la realidad actual, es preciso indicar que el artículo 44 de Ley de Arbitraje y Mediación actual, como en aquel entonces, posibilita para que se lleve a cabo la mediación ante mediadores independientes y mediadores que formen parte de un centro de mediación legalmente registrado ante el Consejo Nacional de la Judicatura, lo que ha llevado a que las personas tengan preferencia de ir a un mediador autónomo e independiente que tenga prestigio y sobre todo confianza para con las partes, que acudir a un centro de mediación.

Los centros de mediación, quienes tienen que contar con el aval académico de una universidad, para otorgar la autorización a una persona para actuar como mediadora, deberán fundamentarse en los cursos académicos o pasantías que hubiere realizado el aspirante, es por ello que quien tenga la intención de ser mediador, al ser una responsabilidad real, tendrá que aprobar cursos teóricos prácticos, y cumplir con ciertos parámetros, que de acuerdo al Instructivo para el Funcionamiento de los Centros de Mediación del Consejo de la Judicatura (2018), son:

Art. 23.- Criterios mínimos para la formación de mediadores.- La formación teórico-práctica de mediadores que impartan los centros deberá responder a los siguientes criterios mínimos: a) Una duración mínima de *ochenta (80) horas*; b) La carga horaria destinada a *temas teóricos deberá representar al menos el 20%* y máximo el 30% del total de horas de la malla curricular, con base en los contenidos mínimos establecidos en el anexo 12; y, c) La formación a través del abordaje práctico de la mediación incluirá actividades como: simulaciones de casos, juegos de roles, taller de preguntas, estrategias comunicacionales y en general, desarrollo de habilidades para la mediación.

Al detenernos a analizar los requisitos para ser mediador, nos lleva a pensar en la problemática que hoy nos ocupa, es decir, que esta viene a ser una de las causas por las que



los trabajadores al acudir ante mediadores medianamente capacitados (pocas horas), renuncian a sus derechos ya que prestan toda su confianza al mediador y a la voluntad del empleador.

Para entender la gravedad de este problema, es necesario referirnos al Reglamento de los Centros de Mediación de la Función Judicial (2013), el cual en su artículo 21 y 22 señala las materias susceptibles a mediación:

Art 21.- Materias susceptibles de mediación. *La mediación se referirá a materia transigible y será de carácter extrajudicial y definitivo. En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicara la mediación.*

Art 22.- Normas comunes al procedimiento de mediación. Serán susceptibles al procedimiento de mediación las siguientes normas: 5. *No se requerirá el patrocinio de una abogada o abogado para someterse a un procedimiento de mediación.*

El hecho que una persona no requiera ser patrocinada por un abogado para acudir a los centros de mediación a resolver sus conflictos, ya conlleva una desproporción entre los partícipes del conflicto en todas las áreas y materias, sin embargo el problema es mucho más pronunciado cuando existe un conflicto en el área laboral, por ello, frente al desequilibrio existente entre el empleador y el trabajador, al tratarse de una relación de subordinación en la que la parte subordinada es el trabajador, y el empleador es quien tiene el poder de la relación, toma un mayor protagonismo el derecho del trabajo como derecho social, con el objeto de balancear y regular este desequilibrio, que ha conllevado constantemente la vulneración de los derechos de los trabajadores, por lo que es importante la regulación por parte del estado.

De esta manera Krostochin (1978), señala:

Así empezó a elaborarse el derecho del trabajo moderno como una respuesta a reclamaciones de un real equilibrio entre las partes sociales. En la medida en que el



derecho común (de entonces) se consideraba insuficiente o no apto para resolver los problemas de la relación de trabajo conforme a las necesidades materiales y espirituales de la época, se procedía a estructurar el nuevo derecho (pág. 7 y 8)

El protagonismo del Derecho social en el ámbito laboral, se basa en que la autonomía de la voluntad determinada en el Derecho civil, en el que las partes en un contrato son iguales, no puede ser aplicado en las relaciones de trabajo, caracterizadas como bien dijimos por la subordinación, en la que se excluye la igualdad, por lo tanto, el derecho social llamado también como el nuevo derecho, protege al trabajador a través de ciertos mecanismos, limitando así la autonomía negocial, basándose en la situación de desigualdad del trabajador, con respecto al empleador como bien lo señala Cristina Mangarelli en su publicación: *El Derecho del Trabajo y su Relación con el Derecho Civil*, (2008).



CAPITULO II

DERECHOS DE LOS TRABAJADORES IRRENUNCIABLES Y TRANSIGIBLES

2.1. Irrenunciabilidad de Los Derechos

La irrenunciabilidad es un principio trascendental consagrado en nuestra legislación especialmente en el área del Derecho Laboral, tanto en las relaciones individuales como en las relaciones colectivas de trabajo, por lo que requiere de un análisis exhaustivo para aclarar el tema en cuestión.

La doctrina define al principio de irrenunciabilidad como “*la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho Laboral en beneficio propio*” (Plá Rodríguez, 1998)

Llamamos a la irrenunciabilidad principio, porque nuestra Carta Magna como en otras legislaciones lo reconoce como tal, así nuestra Constitución de la República del Ecuador (2008) contempla lo siguiente:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía (...) 8. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos (...).

A la renuncia de derechos se la define como “*un negocio jurídico unilateral que determina el abandono irrevocable de un derecho, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico*” (de la Villa , 1970).

Es así como “La Revista Española de Política Social” la define, y además la doctrina se ha preocupado en determinar el origen del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, llegando a la conclusión de que “(...) *la prohibición de la renuncia ha de*



conectarse así al propio hecho de la subordinación, estimando que en tales circunstancias la renuncia puede no ser un acto libre” (de la Villa , 1970). Es decir, que ya desde España se llega a la conclusión de que el trabajador renuncia a sus derechos por falta de libertad, forzado por las circunstancias y además por la posición siempre dominante del empleador, es por ello que la renuncia de derechos en materia laboral se mira con tal prevención.

Solo como antecedente debemos anotar que en España a partir de 1904, existe ya una regulación diferenciada entre la transacción y la renuncia de derechos, mediante la siguiente determinación legal “(...) *no será válida la renuncia hecha por el obrero, antes o después de la celebración del contrato, de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidentes de trabajo, perjuicios ocasionados por incumplimiento del contrato o despido de la obra*”. Incluso el autor de la mencionada revista, hace énfasis que en el proyecto de contrato de trabajo de la Cierva, de 1908 España; añade que serán también cláusulas nulas “*las que impliquen la renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes generales o en las especiales de protección y tutela de los trabajadores*” (de la Villa , 1970, pág. 27)

Es por ello que generalmente se considera incompatible a la renuncia con la transacción en estricto sentido, en razón de que el trabajador está prohibido de renunciar sus derechos, si lo hace, dicha renuncia es nula; y además el autor señala que, si la renuncia es a favor del empleador ésta es nula, no por el hecho de renunciar sino más bien por ser un acto ilegal, claro está que todo acto de renuncia ilegal del trabajador se traduce en una “ (...) *violación de normas inderogables (...)*” es decir violación a la ley, sin embargo no todo acto ilegal implica una renuncia de un derecho, así lo explica De la Villa, no obstante lo que nos llama la atención es la nulidad, al ser la solución que asume la ley española ya desde esa época, sin embargo más adelante analizaremos la solución al problema en el Ecuador, ya que este no es el momento oportuno.



El principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores se encuentra debidamente consagrados con la Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 326 en el que señala: *“El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...) 2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario”*.

Además, se encuentra regulado en el Código del Trabajo (2018): *“Art. 4.- Irrenunciabilidad de derechos.- Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario.”*

El principio de irrenunciabilidad constituye un mecanismo que tiene por objeto evitar que el trabajador por motivos sociales, económicos u otra situación en desventaja se vea obligado a aceptar pactos que impliquen renunciaciones.

2.2. Transigibilidad de los Derechos.

Nuestra Constitución establece, como ya lo señalamos, que los derechos de los trabajadores son irrenunciables y que es nula toda estipulación en contrario, es decir queda limitada la autonomía de la voluntad del trabajador para disponer de sus derechos; a pesar de ello sin embargo, el mismo cuerpo legal asegura que la transacción en materia laboral es válida, como lo observamos:

El artículo 326 establece:

El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario (...) 11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente. (Constitución de la República del Ecuador , 2008)

La Ley de Arbitraje y Mediación (2006) dispone:



Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, *que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.*

Es así, que es imprescindible definir a la transacción para abordar el tema, el Código Civil ecuatoriano es ley supletoria al Código del Trabajo en nuestro país, como señala:

Art. 6.- Leyes supletorias.- En todo lo que no estuviere expresamente prescrito en este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil y Código Orgánico General de Procesos. (Código del Trabajo, 2018)

La doctrina establece que la aplicación de normas civiles en el ámbito laboral se realizará únicamente cuando exista un vacío en la norma laboral y siempre que las normas civiles que se pretende aplicar no el precepto civil que se pretende aplicar no transgreda las normas, derechos y principios del Derecho del trabajo.

El Código Civil desarrolla la transacción de manera detenida y pormenorizada, no obstante nos referiremos únicamente a aquellos artículos que consideramos relevantes para nuestro proyecto.

Señala:

Art. 1583.- Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte: (...) 4.- Por la transacción;

Art. 2348.- Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

Art. 2362.- La transacción surte el efecto de *cosa juzgada en última instancia*; pero podrá pedirse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes. (Codigo Civil, 2015)



Es decir que de acuerdo a este articulado la transacción viene a ser una forma de extinguir las obligaciones, específicamente se lo define como un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual y además tiene efecto de cosa juzgada tal como lo señala la Ley de Arbitraje y Mediación en el que se establece que *“El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia”*, no obstante a diferencia de ello el Código Civil prescribe que a la transacción : *“podrá pedirse la declaración de nulidad o la rescisión”*, por lo que resulta interesante que las disposiciones legales no son idénticas, como sabemos existen diferencias sustanciales entre el concepto de transacción y los acuerdos en mediación, como por ejemplo: el acuerdo en la transacción nace de la manifestación directa de las partes, sin la intervención de un tercero como en el caso de la mediación, así mismo la mediación es solemne porque tiene que estar contenida en un acta de mediación, mientras que la transacción generalmente es consensual, la transacción al ser un contrato es de naturaleza negocial, mientras que el acta de mediación se deriva de un procedimiento de administración de justicia que tiene efecto de sentencia ejecutoriada, lo que le falta al contrato de transacción susceptible de ser declarado nulo, como lo veremos más adelante.

Además, existen elementos particulares o limitaciones a la transacción que son requeridos en el ámbito laboral, los que surgen a partir de la vigencia del principio de irrenunciabilidad, como es la nulidad, ya que el acuerdo transaccional no puede vulnerar este principio constitucional y permitir una renuncia de derechos.

Así, de acuerdo a Cristina Mangarelli: *“La transacción para ser admitida en materia laboral debe reunir los siguientes requisitos: a) existencia de litigio pendiente o eventual, b) existencia de concesiones recíprocas, c) debe estar referida a derechos dudosos, d) el*



trabajador debe contar con el debido asesoramiento". (Mangarelli, La Transacción en el Derecho del Trabajo, 2004)

Por otra parte, Guillermo Cabanellas (2006) define a la palabra transigir como:

Concluir una transacción, sobre lo que no se estima justo, razonable o verdadero, para conciliar discrepancias, evitar un conflicto o poner término al suscitado; pero con la imprescindible circunstancia de que haya recíprocas concesiones y renunciaciones. Encontrar de mutuo acuerdo un medio que parta la diferencia en un trato o situación.

El Diccionario Enciclopédico Océano Uno, lo delimita como: "*Ceder ante los deseos, opiniones o acciones de otra persona en contra de los propios; convenir un acuerdo ante una cuestión en litigio o disputa*". (Montreal, Martí, & Gisbert, 1989)

2.2.1. Materia transigible

Materia transigible de acuerdo a la Enciclopedia jurídica OMEBA (2006) debe ser "*alguna cosa que esté en el comercio o un hecho que no sea ilícito, imposible o contrario a las buenas costumbres o que se oponga a la libertad de las acciones o de conciencia, o que perjudique a un tercero en sus derechos*".

Es decir, el problema o litigio tiene que concluir a través de una transacción, con el fin de evitar un conflicto posterior, esto por medio de renunciaciones y concesiones mutuas; sin embargo esta renuncia tienen que ser sobre materia, derechos que se encuentren dentro del comercio, es decir dicha concesión no puede ser ilícito, imposible u oponerse a la libertad de las acciones o de conciencia, o mucho menos perjudicar a un tercero en sus derechos.

Según Aguirre Marquez (2014) para identificar la materia transigible existe dos formas, la genérica y por exclusión:

La *genérica* es aquella que establece cuales son los derechos patrimoniales sobre bienes que estén en el comercio y que puedan ser objeto de transacción, países como Argentina, Panamá regulan de esta manera.



En cambio, por *exclusión* se hace referencia a aquellas materias que no son sujetas a transacción, países como Colombia, Chile la regulan de esta manera.

Por otra parte, la materia transigible se puede analizar desde dos puntos de vista: afirmativa o negativa. “*En cuanto a la afirmativa es cuando se expresan directamente que cosas o negocios pueden ser objeto de la misma; y, la negativa es cuando existen exclusiones o prohibiciones*” (Aguirre Marquez, 2014)

Según la doctrina ecuatoriana, los puntos que pueden ser tratados como materia transigible en una mediación se encuentran dispersos por toda la legislación, no obstante se ha rescatado los siguientes a manera de ejemplo:

La acción civil sobre la indemnización del daño causado por un delito.

Los intereses meramente pecuniarios.

Derechos patrimoniales.

Toda clase o suerte de derechos, cualquiera sea su especie o naturaleza, aun subordinados a condición, siempre que no estén prohibidos; lo cual requiere la adición de los objetos vedados en cuanto a transigir. (Aguirre Marquez, 2014)

2.2.2. Materia no transigible

La Doctrina junto al ordenamiento jurídico ecuatoriano, establecen prohibiciones para transar o transigir, sin embargo estas prohibiciones se encuentran dispersas en todo la legislación y no existe una norma o cuerpo legal que establezca cuales son, por lo que el Abg. Juan Carlos Aguirre en su publicación: *Materia Transigible: requisito para la mediación*, cita algunos de ellos que transcribiré con el objeto de tener claro lo que en el Ecuador es materia de transacción:

1. *La acción para acusar y pedir el castigo por delitos*: Los delitos de acción pública, sean de instancia oficial o de instancia particular, no son susceptibles de mediación,



porque atentarían al bien común y al orden público, las indemnizaciones surgidas por delitos penales de acción privada pueden ser tratados en una mediación.

2. *La validez o la nulidad del matrimonio:* El estado civil de las personas no son susceptibles de mediación, pero sí se puede transigir sobre las consecuencias derivadas de esa calidad, como los efectos de la sociedad conyugal.
3. *Las cosas que están fuera del comercio:* El Código de Comercio y demás leyes concordantes establecen que, lo que esta fuera de comercio no puede ser susceptible de transacción.
4. *Los derechos que no pueden ser objeto de una convención:* Esta es otra prohibición legal respecto a lo que no puede ser sujeto de cualquier acto jurídico.
5. *Los derechos eventuales a una sucesión:* Respecto a los pactos de sucesión futura, que no pueden ser transigibles tenemos a la renuncia a una sucesión futura, disposición de una sucesión futura; y, institución de un heredero.
6. *La sucesión de una persona viviente:* No se puede transar respecto de la sucesión de una persona que todavía se encuentra viva, además existen grados dentro de la sucesión, esto es legítimas, cuarta de mejoras y de libre disposición.
7. *La obligación de prestar alimentos:* La mediación puede recaer sobre el valor a pagarse por alimentos, más no sobre el derecho de reconocerlos o no.
8. *Los derechos irrenunciables de los trabajadores:* Hay expresa prohibición legal sobre los derechos de los trabajadores, los cuales son irrenunciables.
9. *Derechos ajenos o de terceros:* Uno puede disponer de un bien o derecho, siempre y cuando tenga dominio sobre el o la respectiva autorización del propietario, es decir si existe una representación válida se puede mediar respecto a derecho ajenos siempre y cuando sea materia transigible.



He citado algunos, ya que existen otros que las leyes especiales determinan para cada caso, el cual su negociación está prohibida, como ejemplos tenemos los bienes o derechos que no existan; litigios ya concluidos, etc.; sin embargo a nuestro proyecto de investigación lo que le interesa son los derechos laborales que no son susceptibles de transacción y que no pueden ser objeto de mediación, por cuanto conllevaría una renuncia que a más de ser prohibida por la ley, perjudicaría al trabajador en todo caso.

Más adelante al analizar el conflicto que se genera entre la irrenunciabilidad y la transmisibilidad de los derechos, haremos alusión a los asuntos conciliables en materia laboral que es lo que nos compete.

2.3. Conflicto entre Irrenunciabilidad y Transigibilidad de los Derechos.

A partir de las definiciones abordadas respecto al principio de irrenunciabilidad y el de transigibilidad de los derechos, comenzamos el análisis de este tema considerando que estos dos principios por sus definiciones doctrinales y legales se los considera contradictorios o contrapuestos. En nuestra legislación, los principios se encuentran plasmados y reconocidos en la Constitución de la Republica en el artículo 326 numeral 2 en el cual se dispone que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles, así mismo en el numeral 11 del mismo cuerpo legal se reconoce la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y que se realice ante una autoridad competente, aquí radica el problema, como esclarecer un conflicto que, como hemos dicho, aparentemente es contradictorio.

El conflicto de los principios tiene su razón de ser, ya que no existió desde siempre, por ello nos referiremos el origen del mismo, las circunstancias que coadyuvaron para que esta problemática aparezca.

Como conocemos, históricamente ha imperado el principio de autonomía de la voluntad, incluso en las relaciones laborales, causa por el cual existía un constante abuso por parte del empleador para con el trabajador, consecuencia de ello fue el nacimiento del Derecho del



trabajo por medio de un desprendimiento del Derecho civil, con el objeto de solucionar dicha problemática, porque a consecuencia de la autonomía de la voluntad, el empleador, la empresa no estaba en condiciones de regular adecuadamente. En efecto, “ (...) *el prestador del trabajo, dada su debilidad económica y su necesidad de obtener y asegurar un puesto de trabajo (...), no disfruta efectivamente de la posibilidad de concertar libremente y en igualdad de condiciones los términos de su trabajo, sino que se ve constreñido a aceptar las unilateralmente impuestas por el patrono (...)*” (Castellano , 2008)

Consecuencia de aquella realidad es la injusticia social, y la eventual renuncia de los derechos de los trabajadores, es así que, nace el Derecho del trabajo cuyo objeto fue la de compensar la situación de desventaja en que vivía el trabajador, para lo cual se dio la intervención del estado mediante la creación, aprobación de leyes que establecían las condiciones en que debe ser contratado el trabajador, así como la determinación de limitantes a la libertad de obrar en el derecho social, esto es en el derecho del trabajo como es la prohibición de que el trabajador pueda renunciar libremente a ciertos derechos que le otorga la Constitución y demás normas, así también como los Instrumentos Internacionales.

En este contexto, reconocemos que el conflicto parte del principio de autonomía de la voluntad; actualmente las personas gozan de cierta libertad para obrar, así el artículo 8 del Código Civil ecuatoriano indica que “*a nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley*”, lo que se ha interpretado de varias maneras, entre ellas que las personas pueden hacer lo que les plazca.

Por lo tanto, para no incurrir en interpretaciones equivocadas es importante tener en cuenta una premisa que no podemos dejar pasar:

Dicha premisa según el Doctor Coello García (2004), es la división del Derecho en Derecho privado, Derecho público y Derecho social, del cual a cada una le corresponde diversos caracteres y contenido, de este modo, se explica como en el derecho público la



Constitución de la Republica formula en el inciso primero del artículo 119, la siguiente regla *“las instituciones del estado, sus organismos y dependencias y funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la constitución y la ley”*; se explica también sin esfuerzo alguno como la misma Constitución, en el artículo 35 expresa que el trabajo se regirá por las normas que enuncia el precepto en el numeral 4 *“los derechos de los trabajadores son irrenunciables. Sera nula toda estipulación que implique su renuncia”*, principio que se halla reconocido en el Código del Trabajo que impone la regla relativa a la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores. De este modo, podemos afirmar que en el sistema ecuatoriano, cuando las normas aplicables correspondan al derecho público, el principio al que han de sujetarse los que deban aplicar la ley, es lo que la ley no permite se entiende que lo prohíbe, en cambio cuando corresponde al derecho privado el principio es el de que la ley no lo prohíbe se entiende que lo permite, y con respecto al derecho social, los derechos son irrenunciables, principio aplicable no solo en el ámbito laboral sino también en inquilinato a favor del inquilino, propiedad intelectual a favor del autor.

Por lo tanto, lo dicho explica que al principio de autonomía de la voluntad no se lo puede interpretar como la facultad que tienen las personas para hacer lo que les plazca, consiguientemente la ley nos trae normas para equilibrar la relación de la libertad de obrar de las personas con las limitantes que son indispensables, como lo anotamos, así como también ciertamente lo explica del Doctor Coello, quien señala que la libertad de obrar de las personas no queda fuera del derecho, ya que la libertad es la máxima expresión de la conquista al ordenamiento jurídico, por otro lado tenemos la existencia del deber, que no por ello debemos entenderlo como la eliminación de la libertad, a pesar de ser una restricción de la misma.

A pesar de ser la renuncia una derivación natural del principio de autonomía de la voluntad, el problema de la renuncia de los derechos y la transigibilidad de los mismos,



difiere si por un lado nos referimos al derecho público o al derecho social, como sucede con la renuncia de los derechos de los trabajadores, y por otro lado si nos referimos al derecho privado dentro del cual las personas tienen la facultad de renunciar a ciertos derechos, siempre que se trate de un derecho individual del renunciante, y que dicha renuncia no este prohibida.

Consecuentemente, podemos afirmar que el principio de irrenunciabilidad es un principio fundamental para la protección que otorga el Derecho del trabajo a los trabajadores, originado por la constante desigualdad histórica que ha existido en el mundo, reconociendo la existencia de una parte fuerte (empleador) y la existencia de una parte débil (trabajador), de allí que sería contradictorio que el sistema jurídico reconociese ciertos beneficios a los trabajadores para su eventual protección, y simultáneamente le otorgue la facultad de disponer del mismo, consecuencia de ello su renuncia.

El principio de irrenunciabilidad no es únicamente un principio esencial de protección al trabajador, sino un principio para garantizar la vigencia del Derecho del trabajo como lo determina:

Existen otros principios que son vitales para la existencia misma de esta rama del Derecho, (...) Esos principios esenciales, que son el protector y el de irrenunciabilidad, forman parte de los fundamentos profundos de la materia: el día que el ser humano pueda trabajar en pie de igualdad y libertad, no requerirá protección especial y podrá disponer libremente de su esfera de derechos patrimoniales. Mientras ello no ocurra, el amparo preferente del trabajador y la limitación de la autonomía privada de la voluntad, continúan siendo indispensables para evitar abusos e injusticias. (Castellano , 2008)

Por ello, en el Derecho del trabajo, el trabajador no tiene la posibilidad de renunciar, o privarse voluntariamente de los derechos que le son concedidos por las leyes, aquellos



derechos llamados irrenunciables, por tanto si aquella renuncia se hace efectiva contraviniendo las normas que lo prohíben, carecen de todo efecto y son absolutamente nulas.

2.4. Solución al Conflicto

Luego de analizar el conflicto existente entre la irrenunciabilidad de los derechos y la transigibilidad, respecto del cual la doctrina determina que es el principal cuestionamiento que se ha realizado respecto a la transacción en materia laboral, la solución parte del principio de irrenunciabilidad, principio trascendental en esta rama del derecho, por lo mismo en algunos países se hace referencia a la transacción de forma expresa señalando los requisitos y sus límites, mientras que en otros no existen disposiciones legales sobre la transacción, sino que la doctrina o jurisprudencia la admiten “siguiendo la posición de la doctrina laboral tradicional”.

Como habíamos señalado en el título precedente, uno de los requisitos para que sea válida la transacción en materia laboral de acuerdo a Cristina Mangarelli es: la existencia de concesiones recíprocas; en este sentido se cita a Juan Francisco Dieste quien sostiene que “*no puede hablarse, en rigor de concesiones ni, por tanto, de transacciones, cuando el empleador se limita a pagar rubros ciertos, de indiscutible procedencia legal o contractual*” (Dieste, pág. 73)

Es decir que no podríamos hablar de una concesión o de un acuerdo si el empleador paga al trabajador los *rubros ciertos* e indiscutibles de acuerdo a la ley, pero ¿Qué sucede con los llamados *derechos dudosos o discutibles*?

La doctrina ha señalado otro de los requisitos para que sea válida la transacción en materia laboral, esto es que se trate de derechos dudosos, la razón de ser de este requisito es el principio de irrenunciabilidad, es decir “*no se violenta dicho principio en la medida de que la transacción se refiera a derechos dudosos*”, con la explicación de que al tratarse de derechos dudosos no se hablaría de renuncia es decir, de un desprendimiento gratuito de los derechos



por parte del trabajador, porque al ser dudoso no hay un derecho reconocido a favor del trabajador, existiría renuncia cuando el sujeto abandona un derecho reconocido a su favor o llamado también derecho adquirido.

El tercer requisito para que la transacción en materia laboral sea válida, se refiere a que el trabajador debe contar con el debido asesoramiento tema al que nos referiremos más adelante.

Cabe señalar que estos requisitos son imprescindibles para comprender el conflicto entre los principios de irrenunciabilidad y transigibilidad de los derechos, ya que doctrinariamente se explica que con la existencia de estos requisitos la transacción en el Derecho del trabajo no contraviene al principio de irrenunciabilidad, en el sentido de que esta se refiere únicamente a derechos considerados dudosos, por lo que existiría el abandono de una esperanza y mas no de un derecho; es decir al existir estos requisitos mal podríamos hablar de conflicto entre estos dos principios, por cuanto existiría plena concordancia entre aquellos.

Sin embargo, a pesar que la legislación ecuatoriana de alguna manera adopta esta solución no obstante ni leyes, ni la doctrina laboral se ha preocupado en distinguir a lo que se lo llama derecho litigioso y dudoso con aquellos llamados beneficios concretos y ciertos, de los cuales está prohibida su renuncia.

Cabe hacer referencia a jurisprudencia ecuatoriana la cual ha establecido los lineamientos referentes a la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, cuyas sentencias señalan:

En el juicio verbal sumario que por indemnizaciones de trabajo sigue Marieta Arias contra Editorial Volcán S.A, en su parte pertinente se indica:

En cuanto al concepto "transacción" es menester que previamente se recuerden ciertos principios del derecho civil y del derecho social para compaginarlos y dilucidar sus contradicciones. Si por el artículo 4o del Código del Trabajo "los derechos del trabajador son irrenunciables y será nula toda estipulación en contrario", parecería que la transacción en el campo laboral no es posible desde luego que toda transacción, por esencia implica reciprocidad de concesiones y por ende renuncia de derechos y aceptación de obligaciones que están en tela de



juicio pero el artículo 594 del Código del Trabajo posibilita expresamente la transacción, pues "un arreglo judicial o extrajudicial entre las partes" para determinar el valor de las reclamaciones es, mírese por donde se mire, una transacción. La antinomia se resuelve admitiendo que al iniciar la relación laboral y durante esta, no cabe transacción en que el trabajador deje a un lado sus amparos legales, como salario mínimo, límite de jornada, descanso semanal, vacaciones, estabilidad etc., pero, una vez terminada la relación laboral cabe la transacción, desde luego, no para renunciar derechos, sino para reconociéndolos determinar su valor en dinero; de allí que sea imprescindible que claramente se precisen en la transacción los derechos sobre los que transige, y de modo tal que siendo efectivos y justificados no se renuncie a ellos; o se indique que habiéndose reclamado no se han justificado y por ello no se valoran, sin que ello sea renuncia a derecho; o que siendo dudosa o imposible la justificación se transige en tal valor; así por ejemplo, no se podrá transigir en una suma global que reemplace a la pensión jubilar patronal si consta el derecho a ella, porque va contra la naturaleza de lo que es jubilación; o admitido que durante la relación se pagó menos por el salario mínimo vital, no se puede eludir el pago de la diferencia; ni el trabajador dirigente sindical podrá transigir respecto de la indemnización del artículo 188 del Código del Trabajo, porque la mitad de ella corresponde a la organización a que pertenece, y además tal disposición legal entraña una garantía más que un beneficio personal del dirigente, para la vigorización del movimiento sindical; pero sí se podrá transigir para valorar los haberes por horas suplementarias o jornadas extraordinarias si no hay prueba del mínimo de horas diarias o semanales, porque no hay renuncia de derechos, sino reconocimiento de un derecho dudoso, posible, por lo mismo de transacción. (Gaceta Judicial, 1985, pág. 2323)

Es así como en sentencia, existe ya una idea clara del conflicto existente entre la irrenunciabilidad y la transigibilidad de los derechos laborales y de la solución al mismo, reconociendo primeramente que toda transacción se traduce en reciprocidad de concesiones, y por ende renuncia de derechos, sin embargo la jurisprudencia lo resuelve diferenciando si la renuncia es al iniciar la relación laboral y durante esta no cabe transacción en que el trabajador renuncie sus derechos, como salario mínimo, límite de jornada, descanso semanal,



vacaciones, estabilidad, sin embargo una vez terminada la relación laboral cabe la transacción; es importante señalar que la transacción no tiene por objeto la renuncia de los derechos sino al contrario, reconocerlos mediante la determinación de su valor en dinero, por lo que es preciso determinar cuáles con los derechos sobre los que se va a tranzar.

Además, en otra sentencia respecto al mismo conflicto en el juicio verbal sumario que por indemnizaciones de trabajo sigue Luis Ronquillo Cepeda contra La Universal S.A, se indica:

La Sala hace hincapié en el precepto constitucional que protege los derechos del trabajador, los mismos que son irrenunciables e intangibles, por lo que cualquier modalidad de acuerdo entre las partes o contrato colectivo que afecte o implique renuncia de los derechos del trabajador no tiene ningún valor jurídico. (Gaceta Judicial, 1996, pág. 1261)

Por último, hacemos referencia al juicio verbal sumario que por indemnizaciones de trabajo sigue Manuel Deleg contra el CREA, se indica:

El Código del Trabajo ampara a los trabajadores, según el Art. 4 sus derechos son irrenunciables y es nula toda estipulación en contrario; pero, ello no impide que celebre una transacción con su empleador; pues, si el trabajador transige sobre sus derechos concretos que le pertenecen y forman parte de su patrimonio encontrándose en libertad para hacerlo, la transacción no puede tomarse como opuesta al principio de la irrenunciabilidad de los derechos, criterio que ha sido observado en algunas resoluciones de la Corte Suprema (Gaceta Judicial, 1998, pág. 3162)

Hemos citado un extracto de la jurisprudencia laboral, concluyendo que estas resoluciones junto a la doctrina, generalmente sostienen que la transacción no puede considerarse opuesta al principio de irrenunciabilidad, pues parecería un tema sencillo de resolver, sin analizar el tema de fondo, ya que creemos que es imprescindible delimitar que derechos son transigibles por considerarse dudosos o meras esperanzas, aquellos que requieren prueba, de los que no pueden ser objeto de transacción y que como consecuencia vulneraría el principio de irrenunciabilidad, al ser derechos que se encuentran dentro del patrimonio del trabajador, derechos adquiridos como por ejemplo, el salario mínimo, vacaciones, décimo tercero y



décimo cuarto sueldo, entre otros, no obstante aquellos derechos que les hace falta reconocimiento judicial o hace falta ser probado en un juicio laboral, al no existir la certeza de su existencia, pueden ser objeto de mediación como son: la indemnización por despido intempestivo, horas extraordinarias y suplementarias, comisiones, por consiguiente, estaría bien pactar dentro de una mediación que no se pague la indemnización por despido intempestivo y a cambio de ello reconocer otro rubro que también se encuentre en disputa como las horas extraordinarias.

Por ello, el problema realmente grave, es el estado, la realidad en la que se encuentra el trabajador al acudir al centro de mediación, situación de incertidumbre, duda y temor, tal vez de lo que pueda acontecer, generalmente ignorando sus derechos, es decir aquellos que sí puede tranzar y aquellos que no, con la idea de que el empleador le ofrecerá “algo”, que no tendrá más remedio que aceptar, ya que tal vez, -no decimos que todos los empleadores lo hagan- existió chantaje o le conminó a que acepte su “generosa oferta”, pues si van a juicio no recibiría nada y sería el perjudicado; situación descrita que no tiene ningún parecido con la realidad del empleador, debido a la posición de desigualdad de los trabajadores respecto del patrono, impedidos de mantener sus derechos frente a las exigencias impuestas, realidad en la que, el empleador al acudir al centro de mediación a diferencia del trabajador va seguro de lo que desea y de lo que va a perder y a ganar, con el asesoramiento de su abogado, su poder de persuasión, la ignorancia del trabajador, todo esto unido a la falta de preparación del mediador y su ineptitud en ciertos aspectos, logrará que el trabajador acepte lo que le promete que no es ni la mitad a lo que tiene derecho. Por lo que consideramos que el problema mucho más grave es la mediación en sí.

Efectivamente, nace un nuevo conflicto, y por lo tanto una nueva interrogante ¿Qué hacer cuando se han vulnerado derechos del trabajador en los centros de mediación y los mismos se



encuentran contenidos en un acta de mediación que tiene efecto de cosa juzgada? ¿Qué hacer con el acta de mediación que vulnera derechos?

La solución al problema va más allá de una reforma legal, se requiere encontrar una solución actual previa a dicha reforma -si la hubiera- con el objeto de que no se sigan conculcando los derechos, y que los ya vulnerados sean reparados, o resarcidos, por ello en el siguiente capítulo nos referiremos a ciertos medios de solución que podrían adoptarse en este caso de forma ágil.

Análisis de Sentencia Colombiana

Si bien, en nuestro país no han existido abundantes investigaciones respecto a la mediación en materia laboral y la irrenunciabilidad de los derechos, antes de continuar con el análisis de los medios de solución, cabe hacer alusión a la Corte Suprema de Justicia Colombiana, a través del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga dentro del proceso 77136 en Recurso de Casación, quien decide sobre la aprobación de actas transaccionales, en el proceso entre la CONSTRUCTORA CONCRETO S.A y DORA ROCÍO OCAMPO, cuyos antecedentes son:

“Dora Rocío Ocampo actuando en nombre propio y en representación de su hijo Anthony Terán Ocampo, demandó a la Constructora Concreto S.A., para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre ésta y Luis Alfonso Terán Toro entre el 12 de mayo de 2010 y el 11 de febrero de 2012, en el marco del cual ocurrió un accidente de trabajo, cuya culpa es imputable al empleador, y por el cual perdió la vida; que en consecuencia, se dispusiera el pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios materiales y morales en sus diferentes modalidades de lucro cesante, la indexación de las sumas de dinero adeudados, junto con la indexación y las costas procesales. En sentencia de primera instancia, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, el 29 de septiembre de 2015, absolvió a la empresa demandada y a la sociedad ACE SEGUROS S.A, llamada en garantía y gravó con costas a la parte demandante; La Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del distrito Judicial de Medellín Tribunal, al resolver el



grado jurisdiccional de consulta, en fallo del 6 de octubre de 2016, revocó el proferido por el Juzgado y en su lugar accedió a las pretensiones, al estimar comprobada la culpa patronal en el accidente y por ello dispuso las siguientes condenas, por lucro cesante consolidado en favor de: Dora Rocío Ocampo Ríos la suma de \$58.018.758; Anthony Terán Ocampo \$14.397.224; Cristian Terán Saldarriaga \$14.397.224; Luis Felipe Terán Morales \$10.831.938 y Jonathan Leonardo Terán Morales \$10.831.938; por concepto de lucro cesante futuro a : Dora Rocío Ocampo Ríos la suma de \$190.138.153; Anthony Terán Ocampo \$81.898.130; Cristian Terán Saldarriaga \$25.963.992 , y en favor de cada uno de los integrantes de la parte activa por perjuicios morales la suma de \$10.000.000.” (Recurso de Casación, 2017)

Es así como la Constructora Conconcreto S.A. en el término legal, interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el Tribunal en providencia del 18 de noviembre de 2016, sin embargo, la demandada recurrente presentó tres acuerdos transaccionales, antes de que sea admitida a la Corte, solicitando que se ordene la terminación del proceso, y el archivo de la causa previa la desanotación en el registro, el magistrado a través de un auto con fecha 18 de julio de 2017, solicitó aclarar la petición *“en el sentido de que indique si lo que pretende es el desistimiento del recurso extraordinario de casación, toda vez que, por tratarse de la parte accionada, le está vedado poder desistir de las pretensiones de la demanda”* (Recurso de Casación, 2017)

Posteriormente, el apoderado de la demanda recurrente, sostiene que el pedido fue realizado conforme al artículo 312 del Código General de Procesos Colombiano, y que por consiguiente se acepte y apruebe los acuerdos transaccionales habiendo sido celebrado con los demandantes y sobre todas sus pretensiones, y como consecuencia se declare concluido el proceso. (Recurso de Casación, 2017)

Cabe analizar de manera minuciosa la decisión de la Corte Suprema, haciendo los siguientes razonamientos; inicialmente ambas partes, empleador y trabajador, renuncian al recurso extraordinario de casación mediante la presentación de actas transaccionales



suscritos por los mismos, es así que la corte traduce, dicha actuación de las partes, en desistimiento del recurso, haciendo referencia a la Gaceta del Trabajo (1946), la cual manifiesta:

“En cuanto a la transacción que, según el memorial, han celebrado las partes, la Corte advierte que por ser irrenunciables los derechos que confieren las leyes sociales, el trabajador no puede celebrar una transacción que implique esa renuncia. Como se desconocen los términos del acuerdo y tampoco se sabe cuáles son los derechos ciertos del actor, por cuanto la Corte no puede en este momento hacer un estudio de fondo que solo corresponde verificar en la sentencia, no es del caso examinar si la transacción está ajustada a aquella norma de derecho social”. (Citado en Recurso de Casación, 2017, p. 5)

Otra de las consideraciones a analizar, es que por regla general las personas tenemos la libertad de transar y llegar a acuerdos para poder evitar un litigio futuro, sin embargo en el derecho social existe una limitación esencial a la autonomía de la voluntad de las partes, dicha limitación tiene como fin proteger al trabajador que, por su escasez económica acceda a un acuerdo lesivo a sus intereses, y por consiguiente afecte sus derechos y al principio de irrenunciabilidad de los derechos, es precisamente por este principio que la Corte Suprema, en sede de casación, no puede admitir la transacción sino solo un desistimiento del recurso, puesto que al contrario se debe determinar si el acuerdo es válido a la luz de las concesiones recíprocas, si el trabajador tuvo conocimiento para aceptarlo y *“ (...) si en realidad se está frente a derechos dudosos o, mejor decirlo, frente a pretensiones de dudosa certidumbre, cuya manera más idónea es hacerlo de fondo, en el recurso, y de esa forma establecer ante los jueces y tribunales los parámetros que deben concretarse para su validez, es decir, se insiste, a través de su papel como unificadora de la jurisprudencia (...)”* (Recurso de Casación, 2017).



Es importante tener conocimiento de la voluntad y el conocimiento del trabajador de lo que está acordando y sobre si existe validez de renunciar un derecho que, aunque no esté en firme, viene reconocido a su favor, es así como es ineludible señalar lo que manifiesta la Gaceta del Trabajo Colombiana N. 17 a 28. Tomo III:

Tratándose de una legislación como la del trabajo, que es considerada como ya se ha dicho, de orden público, toda estipulación contractual que vaya en menoscabo de los derechos del trabajador, que la ley ampara, es nula. De suerte que no hay dificultad cuando se trata de examinar la cuestión al momento anterior a la ejecución del contrato; Pero, una vez terminado el contrato respectivo, cuando el trabajador ha recobrado su total independencia ¿puede efectuar arreglos o transacciones que menoscaben sus derechos? ¿La autonomía de la voluntad que en los contratos de trabajo está restringida por ley cuando los derechos emanados de su ejecución se han fijado ya en cabeza del trabajador, puede ser objeto de concesiones, de renuncia total o parcial?

Es esta una de las más arduas discusiones en el derecho laboral y en la cual no se hallan de acuerdo los expositores (...). Algunos autores, partiendo de la base de que la transacción envuelve una renuncia parcial del derecho de cada una de las partes, que por lo que respecta al trabajador equivale a la remisión de una deuda, cuando con posterioridad a la prestación del servicio celebra aquel contrato, hacen la distinción conveniente, según el momento en que opera la transacción.

Podría hacerse una distinción, dice Castorena, entre la renuncia y la remisión de la deuda. La renuncia es la aceptación de la extinción de un derecho establecido por la ley en favor de una de las partes; su característica es la de que ese sacrificio se produce antes de que nazca el derecho, precisamente al celebrarse el contrato; se sabe que ese derecho tendrá que derivarse del acto jurídico que celebran, de allí que las partes, anticipándose al nacimiento de ese derecho, que indiscutiblemente es un efecto del contrato, previenen su invalidez.

Por lo que va del segundo problema, se admite la transacción siempre que no se encuentre establecido el derecho del trabajador; es decir siempre que el Tribunal del Trabajo no haya establecido en su favor la percepción de algún beneficio, pues si tal hubiere sucedido, la transacción simplemente ocultaría una remisión de deuda parcial y la remisión de deuda, hemos



dicho, no opera en nuestro derecho. La transacción consistiría, en ese caso, en sacrificar una porción del derecho del trabajador, ya dilucidado y plenamente establecido, y ello sería contrario al propósito de la ley; Según las tesis que quedan expuestas, forzoso es para el fallador examinar en cada caso si el arreglo o transacción respectivo es de aquellos que conllevan necesariamente una evidente renuncia de los derechos del trabajador que se hallan amparados en la ley. (Citado en Recurso de Casación, 2017, p. 7-8).

Con todo lo anteriormente relatado, la resolución de la Corte no pudo ser otra que, no aceptar la transacción suscrita por las partes, y admitir el recurso extraordinario de casación al ser determinante la diferenciación entre el Derecho procesal civil y el Derecho procesal laboral, esta última, al encontrarse estrechamente vinculada con temas sociales, y además determinada por el principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ratifica lo dispuesto por la jurisprudencia como fuente de la ley, para que a través de ella se unifiquen los criterios en todos los distritos judiciales.

Además, conforme la gaceta del trabajo ya citada, todo acuerdo que implique renuncia de derechos de los trabajadores es nula, sin embargo basándose en que los acuerdos entre los trabajadores y patronos implican la renuncia parcial de un derecho, se hace una diferenciación conforme el momento de la suscripción del acuerdo, es así que la Corte Suprema colombiana manifiesta que si dicho acuerdo es realizado antes del nacimiento del derecho a través de la celebración del contrato, es válido pues anteriormente han prevenido su invalidez, al contrario si el acuerdo se realiza después del nacimiento del derecho, cuando el Tribunal del Trabajo haya establecido a favor del trabajador algún beneficio, consistiría en la remisión de una deuda por parte del mismo lo cual es contrario a la ley, y a la vez nulo.



CAPITULO III

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO EN MEDIACIÓN

3.1. Alegación de la Impugnación como Acción

El acta de mediación no es susceptible de impugnación ya que ley lo asemeja a una sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, consecuentemente con los mismos efectos; sin embargo, a pesar de no encontrarse regulada su impugnación, es nuestro deber reconocer posibles medios de impugnación, en caso de existir renuncia de derechos de los trabajadores que se encontraren contenidos en dichos acuerdos u actas de mediación, por lo que es trascendental comenzar definiendo a la acción:

Según Guillermo Cabanellas acción se deriva del latín *agere*, hacer, obrar, además de precisarlo de la siguiente manera:

Acción denota el derecho que se tiene a pedir alguna cosa o la forma legal de ejercitar éste. En cuanto derecho, consta en las leyes substantivas (códigos civiles. de comercio, penales y demás leyes, reglamentos, etc.): en cuanto modo de ejercicio, se regula por las leyes adjetivas (códigos procesales, leyes de enjuiciamiento o partes especiales de textos substantivos también) (Cabanellas, 2006)

Es decir, que para ejercitar una acción tiene que existir un derecho afectado o vulnerado, por consiguiente cada derecho tiene su acción, conocida ésta como la facultad de reclamar un derecho en un juicio, es decir, la facultad de demandar.

De la definición transcrita podemos deducir, que el ser humano está dotado de ciertos derechos desde antes de nacer por su capacidad adquisitiva, los mismos encuentran protegidos por garantías determinadas en el ordenamiento jurídico, es decir en el derecho objetivo.



Consecuentemente, si una persona viola o lesiona los derechos subjetivos de otra, lesiona también la norma de derecho objetivo que le protege, y esto dota al afectado de un derecho denominado acción, que mediante el planteamiento de una demanda buscará que dicho derecho sea reparado.

3.1.1. Elementos de la Acción

Conforme el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos referente al contenido de la demanda, se desprende que los elementos de la acción son los siguientes:

1. *Sujeto activo:* Titular del derecho lesionado y titular de la acción, es aquel que tiene la facultad de ejercer dicha acción.
2. *Sujeto pasivo:* Aquel que está llamado a reparar la lesión de aquel derecho.
3. *Objeto:* La existencia de un derecho subjetivo lesionado tutelado o amparado por la ley, que al momento de exigirse se lo denomina pretensión
4. *Causa:* Es el antecedente de hecho, el hecho violatorio del derecho subjetivo y objetivo que dentro del proceso se lo denomina causa petendi.

Para iniciar una acción, es necesario que se cumplan con estos elementos, y en nuestro caso, al impugnar el acta de mediación en vía judicial como acción analizaremos ciertas normas para aclarar el tema.

Impugnar según Guillermo Cabanellas es objetar, refutar, contradecir.

Según la legislación ecuatoriana, el legislador no le ha concedido al trabajador el derecho, o la facultad de impugnar el acuerdo contenido en el acta de mediación, porque tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

No obstante, la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) concede únicamente la revisión cuando se trate de asuntos de menores o alimentos, así lo determina:

Art. 47.- (...) En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes,



conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de Menores y otras leyes relativas a los fallos en estas materias.

Es decir, únicamente los asuntos de menores y alimentos serán susceptibles a la revisión por las partes, sin embargo en cuanto a los asuntos laborales la ley ecuatoriana no se ha manifestado, como lo hacen otras legislaciones conforme lo veremos más adelante, no obstante, es imprescindible hacer referencia una vez más el principio de irrenunciabilidad, principio constitucional y legal, que no puede pasar desapercibido frente a los abusos originados por los motivos que ya anotamos.

La Constitución de la República del Ecuador (2008) señala:

Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...) 2. *Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.* 3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras. (...)11. *Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.*

Así mismo, el Código del Trabajo señala:

Art. 4.- Irrenunciabilidad de derechos.- *Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario.*

Además del Código Civil, señala:

Art. 11.- *Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.*

Tanto la Constitución, el Código del Trabajo y el Código Civil determina que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, además que será nula toda estipulación que contradiga este principio. Es válida la transacción en materia laboral como lo vemos, siempre



que no exista renuncia de derechos y que sea celebrada dicha transacción ante una autoridad competente.

Aquello que hemos manifestado es elemental, en razón de que la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) dispone:

Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, *que verse sobre materia transigible*, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.

A pesar que la Constitución y la Ley determinan que los derechos de los trabajadores son irrenunciables y que aquella estipulación en contrario es nula, además de definir a la mediación como un procedimiento que versa sobre materia transigible; dicho de otro modo, a pesar de existir bases constitucionales y legales para anular las actas de mediación que violen derechos, existen vacíos legales para su impugnación.

Sin embargo es preciso hablar de la nulidad con profundidad:

Acción de Nulidad

Como lo habíamos manifestado la nulidad según Guillermo Cabanellas (2006) es: *“Ilegalidad absoluta de un acto. La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto; lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto. Puede resultar también de una ley. Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las expresamente establecidas en los códigos.”*

Además, según el diccionario de la Real Academia Española, la nulidad es: *“1. Cualidad de nulo. (...) 3. Vicio que disminuye o anula la estipulación o validez de algo. 4. Incapacidad, ineptitud.”* (Española, 2014)



Sin embargo, al ser el acta de mediación similar a una sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, cabe referirnos al pasado Código de Procedimiento Civil art. 350, el cual señala “*si llegara a ejecutoriarse una sentencia en la que se hubiera faltado a la primera, segunda, tercera o cuarta de las solemnidades determinadas en el artículo 346, la nulidad debe ser declarada, ya sea que se proponga como acción o que se la alegue como excepción*” es decir, que en el antiguo Código de Procedimiento Civil, existía la probabilidad de que cuando una sentencia ejecutoriada no cumpla con las solemnidades determinadas en la ley, se declare la nulidad ya sea propuesta como acción o excepción.

El art. 107 del Código Orgánico General de Procesos, señala las solemnidades sustanciales a todos los procesos, aquello de lo que se refería el art 346 del antiguo Código de Procedimiento Civil.

Art. 107.- Solemnidades sustanciales. Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos:

1. Jurisdicción.
2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila.
3. Legitimidad de personería.
4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente.
5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias.
6. Notificación a las partes con la sentencia.
7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

La ley como ya anotamos, asemeja al acta de mediación a una sentencia ejecutoriada, así lo establece la Ley de Arbitraje y Mediación (2006).

Art. 15. (...) 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 sentencia de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez ordinario acepte excepción alguna ni sea necesario iniciar un nuevo juicio

El Código Orgánico General de Procesos define a la sentencia como:

Art. 88.- Clases de providencias. Las o los juzgadores se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos.

La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso. (...).

Pese a no estar regulada la impugnación del acta de mediación, una de las soluciones que plantea la doctrina para esta problemática, es nada menos que la impugnación del acta como si se tratase de una sentencia ejecutoriada, a pesar de no existir una norma que lo regule como sucede con los laudos arbitrales, sin embargo, sería injustificable dejar que los derechos de los trabajadores específicamente, se vean vulnerados por este tipo de acuerdos.

Por lo tanto el art 107 coincide con el art. 112 del Código Orgánico General de Procesos que señala lo siguiente:

Art. 112.- Nulidad de sentencia. La sentencia ejecutoriada que pone fin al proceso es nula en los siguientes casos:

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



Las nulidades comprendidas en este artículo podrán demandarse ante la o el juzgador de primera instancia de la misma materia de aquel que dictó sentencia *mientras esta no haya sido ejecutada*. No podrán ser conocidas por la o el juzgador que las dictó. La presentación de la demanda de nulidad no impide que se continúe con la ejecución.

La nulidad de la sentencia no podrá demandarse cuando haya sido expedida por las salas de la Corte Nacional de Justicia y se dejará a salvo las acciones que franquee la Constitución de la República. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Así, el numeral 1 del mencionado artículo tiene plena relación con el art. 48 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el cual señala que el mediador tiene que obligatoriamente encontrarse autorizado por un centro de mediación registrado en el Consejo de la Judicatura.

Art. 48.- *La mediación prevista en esta Ley podrá llevarse a cabo válidamente ante un mediador de un centro o un mediador independiente debidamente autorizado.*

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

El centro de mediación o el mediador independiente tendrá la facultad para expedir copias auténticas del acta de mediación. (Ley de Arbitraje y Mediación , 2006)

Cabe indicar que, en base al art 107 del Código Orgánico General de Procesos en el cual consta la jurisdicción como una de las solemnidades sustanciales a todos los procesos, es preciso definir la misma como:

Art. 150.- Jurisdicción.- *La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia. (Código Organico de la Función Judicial, 2009)*



La mediación es un método alternativo de solución de conflictos que se caracteriza por la intervención de un tercero neutral, que agiliza la resolución del conflicto entre las partes de forma equitativa, por esta razón no podríamos hablar de jurisdicción propiamente dicha, porque como señalamos el mediador no juzga ni ejecuta lo juzgado, sin embargo es función de aquel tutelar de forma efectiva los derechos de las personas, así el artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial señala que la mediación es un servicio público que tiene el “*deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución*” en el avenimiento de un conflicto.

La mediación tiene que llevar a cabo un mediador autorizado por un centro de mediación inscrito en el Consejo de la Judicatura, caso contrario los actos que emanen de estos mediadores y de estos centros serian nulos, a pesar que la ley específicamente no lo regule.

La segunda solemnidad sustancial es la competencia, pero no podemos hablar de competencia en temas de mediación, ya que la ley no ha diferenciado a los mediadores en razón de territorio, materia, ni grado. La mediación forma parte de un mismo cuerpo, y todos los mediadores y centros de mediación tienen las mismas responsabilidades y funciones como ya lo manifestamos en los capítulos anteriores.

Sin perjuicio de lo que dispone el art. 102 del Código Orgánico General de Procesos (2015) en el que señala la competencia de la ejecución de actas de mediación expedidas en el extranjero.

Art. 102.- Competencia. Para el reconocimiento y homologación de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación con efecto de sentencia en su legislación de origen, expedidos en el extranjero, corresponderá a la sala de la Corte Provincial especializada del domicilio de la o del requerido.



La ejecución de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero, corresponderá a la o al juzgador de primer nivel del domicilio de la o del demandado competente en razón de la materia.

Si la o el demandado no tiene su domicilio en el Ecuador, será competente la o el juzgador de primer nivel del lugar en el que se encuentren los bienes o donde deba surtir efecto la sentencia, laudo arbitral o acta de mediación.

El tercer requisito sustancial es la legitimidad de personería, el cual está estrechamente vinculada con una de las causales de la nulidad de sentencia como lo señala el art. 112 numeral 2 del Código Orgánico General de Procesos referente a la falta de personería el cual se lo define como: *“Carencia del vínculo jurídico que habilita para actuar en juicio a nombre y representación de otro.”* (LEXIS. S.A, 2016)

El art. 44 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) señala:

Art. 44. (...) Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.

El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder.

Es decir, quien interviene en un proceso de mediación tiene que tener capacidad para transigir, como lo señala el Código Civil: *“Art. 2350.- Todo mandatario necesitará de poder especial para transigir. En este poder se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir.”*

Por consiguiente, el acto proveniente de una persona incapaz, a pesar que en la ley no señala nada al respecto, sin embargo, de acuerdo al Código Civil, norma supletoria a la Ley de Arbitraje y Mediación, tendría efecto de nulidad.



Otra de las solemnidades sustanciales que señala la ley, es la citación con la demanda al demandado o a quien legalmente lo represente, en este caso cabe nuevamente hacer referencia al artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el cual en su parte pertinente señala que:

Art. 6- De las citaciones y notificaciones.- *Toda demanda o actuación para iniciar un proceso judicial, procedimiento alternativo de solución de conflictos y procedimiento administrativo de impugnación o reclamo contra organismos y entidades del sector público, deberá citarse o notificarse obligatoriamente al Procurador General del Estado. De la misma manera se procederá en los casos en los que la ley exige contar con dicho funcionario. La omisión de este requisito, acarreará la nulidad del proceso o procedimiento.*

Se citará al Procurador General del Estado en aquellas acciones o procedimientos en los que deba intervenir directamente, y se le notificará en todos los demás de acuerdo con lo previsto en esta ley.

Las citaciones y notificaciones se harán en la persona del Procurador General del Estado o de los delegados distritales o provinciales del organismo (...) (Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, 2004)

Cuando intervenga en un proceso de mediación una entidad u organismo del sector público o cuando la ley exija, deberá notificarse o citarse según sea el caso al Procurador General del Estado, caso contrario este incumplimiento acarrearía la nulidad del acta según el artículo transcrito.

Así, el artículo 107 del Código Orgánico General de Procesos señala: *“solamente se podrá declarar la nulidad de un acto procesal en los casos en los que la ley señale expresamente tal efecto.”*



Una vez analizada la nulidad del acta de mediación como sentencia, es importante referirnos brevemente a la legislación española en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles artículo 23 numeral 4 contempla: “ *Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.*”

Es decir que, con esta norma se da una remisión analógica directa al ámbito contractual, equiparando la mediación a un contrato, generando la posibilidad de poder ejercer la acción de nulidad del acuerdo de mediación únicamente en los supuestos que permite la nulidad de los contratos, como por ejemplo cuando el consentimiento fuere prestado por error, violencia, intimidación o dolo de acuerdo al Código Civil español.

Siguiendo la línea del derecho español, cabe referirnos a las normas del Derecho Civil ecuatoriano:

Art. 1697.- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

Asemejando al acta de mediación con un contrato, podría caber la nulidad conforme a las reglas de la nulidad de los contratos en materia civil.

El Código Civil señala:

Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.



La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

Los requisitos para la validez de un acto o contrato constan en el artículo precedente, por consiguiente requisitos para la suscripción de un acta de mediación, por lo cual analizaremos sucintamente uno a uno para mayor comprensión.

Capacidad:

La capacidad es uno de los requisitos para la validez de los contratos, así según Cabanellas es: *“La aptitud general para ser sujeto de derechos y obligaciones en la esfera del Derecho Privado; y, más comúnmente, en el ámbito tradicional del Derecho Civil, en las relaciones jurídicas familiares, reales, contractuales, obligatorias y sucesorias. DE OBRAR La capacidad de hecho, el poder de realizar actos con eficacia jurídica.”*

El Código Civil señala: *“Art. 1462.- Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”.*

La capacidad es un requisito indispensable para la validez de los actos y contratos, lo que se resume en poderse obligar por si misma sin la autorización de otra como lo define el Código Civil en su artículo 1461.

Al equiparar el acta de mediación con un contrato, la acción de nulidad del mismo, podrá ejercitarse a través por las causas que invalidan los contratos, es así que quien intervenga en la mediación tiene que ser legalmente capaz, o tener un poder para intervenir, caso contrario el acto tendría efecto de nulidad absoluta o relativa según se trate de incapaces absolutos y relativos de acuerdo con el Código Civil.

Art. 1463.- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas.

Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.



Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

Art. 1698.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato. (Codigo Civil, 2015)

Consentimiento:

De acuerdo a Guillermo Cabanellas (2006) el consentimiento es:

Acción y efecto de consentir; del latín consentire, de cum, con, y sentire, sentir; compartir el sentimiento, el parecer. Permitir una cosa o condescender a que se haga. Es la manifestación de la voluntad conforme entre la oferta y la aceptación, y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos.

Es decir, para que el acta de mediación sea válida, es necesario que esta sea voluntaria, es decir que exista una manifestación libre de las partes que suscriben el acta, en otras palabras que no exista coacción, violencia, amenaza, etc. Por ello es necesario precisar los vicios del consentimiento según el Código Civil: *“1467.- Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo.”*



Error: “(...) *al error se lo define como el vicio del consentimiento originado por un falso juicio de buena fe, que en principio anula el acto jurídico cuando versa sobre el objeto o la esencia del mismo*” (Cabanellas, 2006)

El error causa nulidad o no según sea el caso por ejemplo, si existe error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, sin embargo, si el mismo recae sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o se celebra, o si recae en la identidad de la cosa por el cual se contrata vicia el consentimiento, por ejemplo: error sobre el tipo de negocio, si una persona no tiene conocimiento que está celebrando un acta de mediación que suerte efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, será causal de inexistencia.

Si el error recae en la calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato y es diversa de lo que se cree si una persona piensa que es una barra de plata y en realidad ha sido una barra de otro material semejante vicia el consentimiento, no obstante, el Código Civil señala que el error acerca de cualquier otra calidad de la cosa no vicia el consentimiento, salvo la calidad sea el motivo principal por el cual se contrata y el motivo hubiere sido conocido por la otra parte.

Así mismo, el código señala que el error acerca de la persona con quien se contrata no vicia el consentimiento sino cuando la consideración de la persona sea la causa principal del contrato.

Fuerza:

La Fuerza para los efectos legales, se encuentra definido en el Código Civil el cual indica:

Art. 1472.- *La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.*



El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

Art. 1473.- Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza el que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona, con el fin de obtener el consentimiento.

Más que existir error como vicio del consentimiento al momento de la suscripción del acta de mediación, es probable que se haya ejercido la fuerza, como lo determina el Código Civil ecuatoriano “*Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.*” si se cumple con aquellas determinantes, no cabe duda que el acta de mediación es nula, ya que cabe recordar que en la realidad existen ocasiones en los que el empleador usa la fuerza descrita con el trabajador para que acepte el acuerdo, que más allá de ser un acto voluntario de “las partes” es una decisión unilateral del empleador, es por ello que a pesar de no encontrarse regulada la impugnación del acta, en este caso sería nula y no tendría ningún valor si se llegare a probar el uso de la fuerza.

Dolo: al dolo se lo define como:

Voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena; pero sin intervención ni de fuerza u de amenazas, constitutivas una y otra de otros vicios jurídicos. Incumpliendo malintencionado de las obligaciones contraídas, ya sea por omisión de prestaciones, mora en el pago o innovaciones unilaterales. (Enciclopedia Jurídica Online, 2018)

No obstante el Código Civil en su artículo 29 lo define de la siguiente manera: “*el dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro*”



El dolo vicia el consentimiento únicamente cuando una de las partes ha obrado de tal manera y cuando se compruebe claramente que sin él no se hubiere contratado, como lo establece el Código Civil: *“Art. 1474.- El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.”*

El dolo es una voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato valiéndose de la ignorancia ajena, esto es sin el uso de la fuerza. Una de las características fundamentales es que el dolo debe provenir de una de las partes únicamente que, a diferencia de la fuerza puede provenir de una de las partes o de un tercero además el dolo debe existir al momento de la celebración del contrato, que en este caso sería al momento de la suscripción del acta de mediación, y además que se mostrare claramente que sin él no se hubiere contratado.

Por consiguiente, el empleador que valiéndose de la ignorancia del trabajador, es decir del desconocimiento de sus derechos irrenunciables, lograre llegar a un acuerdo, y que este constare en un acta de mediación que se torne perjudicial para el trabajador, debido a la mala fe del empleador viciando así la buena fe contractual, acarrearía la nulidad al igual que el uso de la fuerza, o la existencia del error como vicios del consentimiento, y daría derecho al trabajador para demandar la nulidad del acta de mediación de acuerdo a estas normas.

Debemos indicar que el acta de mediación tiene vicios propios, estos son que el centro de mediación no este registrado en el Consejo de la Judicatura de acuerdo al art. 52 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que el mediador no esté autorizado por ningún centro de mediación conforme el art. 48 de la misma ley, o que el acta de mediación no cumpla con las solemnidades establecidas en la respectiva ley, así como la respectiva citación o notificación al Procurador General del Estado como lo señala la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.



Causa lícita: la causa se encuentra definida en el Código Civil como:

Art. 1483.- No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita. (Codigo Civil, 2015)

Dicho de otro modo, la causa es el motivo que induce a la celebración de un acto o contrato, en consecuencia, la mediación tiene que versar sobre materia transigible, caso contrario de acuerdo a estas normas el acta tendría el efecto de nulidad y daría derecho al trabajador de demandar o impugnar el acta.

Objeto lícito:

Por último, el objeto lícito es otro de los requisitos para la validez de un acto o contrato. El Código Civil en su artículo 1476 señala que el objeto es una o más cosas que se trata de dar, hacer, o no hacer algo.

Art. 1477.- No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; *pero es menester que las unas y las otras sean comerciabes, y que estén determinadas*, a lo menos en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público. (Codigo Civil, 2015)



Para que un acto o contrato sea válido de acuerdo a la ley, es necesario que el mismo recaiga sobre un objeto lícito, que no se encuentre prohibido por la ley, que no sea contrario a las buenas costumbres o al orden público, así lo determina el Código Civil: “**Art. 1478.-** *Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.*”

Caso contrario, acarrearía la nulidad del acto o contrato, en este caso del acta de mediación, puesto que al existir renuncia de derechos, es contrario a la ley y al derecho, por lo tanto nulo.

Por último, consideramos necesario precisar que las cláusulas de renuncia a la acción de nulidad que se introduzcan en los contratos, no valdrán: “**Art. 1485.-** *Los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie la acción de nulidad*” (Codigo Civil, 2015)

Si equiparamos al acta de mediación con la transacción determinada en el Código Civil, sería factible demandar la nulidad del acta conforme a la ley, basándonos en que la transacción y el acuerdo de mediación tienen similitudes, como por ejemplo los dos buscan poner fin un litigio, constituye una decisión que nace de las partes mas no es la decisión de un tercero, versan únicamente sobre materia transigible, y por último los dos tienen efecto de cosa juzgada, no obstante tienen diferencias substanciales como por ejemplo el acuerdo en la transacción nace de la manifestación directa de las partes, sin la intervención de un tercero como en el caso de la mediación, así mismo la mediación es solemne porque tiene que estar contenida en un acta de mediación, mientras que la transacción generalmente es consensual, la transacción al ser un contrato es de naturaleza negocial, mientras que el acta de mediación se deriva de un procedimiento de administración de justicia que tiene efecto de sentencia ejecutoriada, que le falta al contrato de transacción susceptible de ser declarado nulo.



Además, como ya indicamos existen limitaciones a la transacción que son requeridos en el ámbito laboral, los que surgen a partir de la vigencia del principio de irrenunciabilidad, como es la declaración de nulidad, ya que el acuerdo transaccional no puede vulnerar este principio constitucional y permitir una renuncia de derechos.

Sin embargo, la transacción puede ser declarada nulo de acuerdo a lo que determina el Código Civil: *“Art. 2362.- La transacción surte el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá pedirse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes.”*

En este sentido, existen varias hipótesis para proponer una acción de nulidad al acta de mediación, ya sea asemejándola a una sentencia mientras esta no se ejecute, por falta de solemnidades sustanciales, o por vicios propios del acta de mediación, ya sea por las causas que invalidan los contratos, sin embargo la ley no determina un procedimiento propio para la nulidad de las actas de mediación, haciendo necesaria la regulación de la misma con la reforma de la ley.

3.2. Alegación de la Impugnación como Excepción

Para comenzar a analizar el tema en cuestión, es necesario que tengamos clara la definición de excepción:

Según Guillermo Cabanellas (2006), excepción es:

Título o motivo que por medio de defensa, contradicción o repulsa, alega el demandado para excluir, dilatar o enervar la acción o demanda del actor; por ejemplo el haber sido juzgado el caso, el estar pagada la deuda, el haber prescrito la acción, el no ser el la persona contra la cual pretende demandarse (...).

Además, para Francesco Carnelutti dice que la excepción es: *“Una razón especial de la oposición del demandado o la pretensión del demandante, manifestada en forma activa y por*



tanto una contra razón frente a la razón de la pretensión del demandante” (García Falconi, 2016)

El Código Orgánico General de Procesos indica que se podrá plantear únicamente las excepciones que establece la ley.

Art. 153.- Excepciones previas. Solo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes:

1. Incompetencia de la o del juzgador.
2. Incapacidad de la parte actora o de su representante.
3. Falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda.
4. Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones.
5. Litispendencia.
6. Prescripción.
7. Caducidad.
8. *Cosa juzgada*.
9. *Transacción*.
10. *Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.* (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Una vez suscrita el acta de mediación por el empleador y el trabajador, la ley de Arbitraje y Mediación, determina que dicha acta tiene efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada por lo que no es susceptible de impugnación según las leyes ecuatorianas, esto, omitiendo la posibilidad de impugnar cuando existe renuncia de derechos del trabajador, entre otras causas.



En los capítulos anteriores habíamos estudiado el objetivo de la mediación, que no es otra cosa que solucionar de forma rápida, económica y sencilla los conflictos, obtener resultados duraderos, además de evitar la dilatación de los procesos y el desgaste de material y personal.

Por consiguiente, una vez suscrita el acta de mediación, no podría el trabajador demandar al empleador el pago de los beneficios laborales a través de trámite sumario en los juzgados, porque si lo hace, el empleador podría servirse de las excepciones previas como cosa juzgada y existencia de un convenio de mediación.

El tema de las excepciones se encuentra vinculada con el principio constitucional de contradicción señalado en las siguientes disposiciones de la Constitución:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) h) *Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.*

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. (Constitución de la República del Ecuador , 2008)

Así, una de las excepciones a analizar en nuestro trabajo es la cosa juzgada, pese a que en capítulos anteriores ya nos referimos a ella muy brevemente, ahora nos detendremos a analizar de forma detallada la cosa juzgada como excepción:



La cosa juzgada, como lo habíamos mencionado, de acuerdo a la doctrina chilena se lo define como: *“Es el estado procesal de un litigio, que ya ha sido resuelto por todas las instancias procesales y que por lo mismo, no puede nuevamente ser visto por los tribunales”*.

(Gonzalez Maldonado, Enciclopedia Juridica Online del Derecho Chileno, 2015)

Sin embargo, cabe referirnos a ciertos autores quienes lo han definido de la siguiente manera:

El jurista italiano Giuseppe Chiovenda define a la cosa juzgada como: *“La afirmación indiscutible y obligatoria para los jueces de todos los futuros juicios, de una voluntad concreta de ley que reconoce o desconoce un bien de la vida a una de las partes”*.

Así mismo, para el jurista Alfredo Rocco es: *“Eficacia obligatoria de la sentencia con respecto a otro proceso”*

Por último, *“Carnelutti define la eficacia de la sentencia como la autoridad de cosa juzgada”*

El Código Orgánico General de Procesos no define a la institución de cosa juzgada, no obstante, nos muestra los casos que se consideran en este estado:

Art. 99.- Autoridad de cosa juzgada de los autos interlocutorios y de las sentencias.

Las sentencias y autos interlocutorios pasarán en autoridad de cosa juzgada en los siguientes casos:

1. *Cuando no sean susceptibles de recurso.*
2. *Si las partes acuerdan darle ese efecto.*
3. *Si se dejan transcurrir los términos para interponer un recurso sin hacerlo.*
4. *Cuando los recursos interpuestos han sido desistidos, declarados desiertos, abandonados o resueltos y no existen otros previstos por la ley.*



Sin embargo, lo resuelto por auto interlocutorio firme que no sea de aquellos que ponen fin al proceso, podrá ser modificado al dictarse sentencia, siempre que no implique retrotraer el proceso. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Al suscribir el acta de mediación entre las partes, acuerdan entre ellos darle el efecto de cosa juzgada, cumpliéndose lo que determina el artículo 99 numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos, es decir que aquel acta de conformidad con la ley no puede ser modificada por ningún motivo, a consecuencia de su característica de irrevocabilidad.

Por consiguiente, quienes suscribieron el acta de mediación pueden hacerla valer desde dos puntos de vista: mediante la ejecución como acción, u oponiéndola como excepción, a consecuencia de la irrevocabilidad, como lo mencionamos, característica fundamental de la cosa juzgada.

La institución de cosa juzgada, como señalamos, se encuentra vinculada con el principio constitucional non bis in ídem por el cual nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia; consecuentemente cuando la cosa juzgada sea alegada como excepción, al no ser una excepción subsanable por su calidad de irrevocable e inmodificable, el juez declarará sin lugar la demanda del actor, y ordenará su archivo.

Otra de las excepciones que nos interesa conocer, aunque es un tema ya tratado, es la existencia de un convenio de mediación; porque al existir el acuerdo suscrito en un acta de mediación, no cabría la posibilidad de que el trabajador demande al empleador el pago de sus obligaciones patronales, sin embargo de existir dicha demanda, el empleador tiene derecho de hacer valer la misma, y al ser una excepción no subsanable, el juez declarará sin lugar la demanda y ordenara el archivo, al igual que si se tratara de la excepción de existencia de transacción o cosa juzgada, que son las que nos interesan.



3.3. Tutela Jurisdiccional Constitucional

3.3.1. Acción de Protección

La Constitución del Ecuador de 2008 se caracteriza por ser garantista por lo que ha creado una serie de acciones jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos, como:

1. La Acción de Protección.
2. La Acción de Hábeas Corpus.
3. La Acción de Hábeas Data.
4. La Acción por Incumplimiento.
5. La Acción de Acceso a la Información Pública y,
6. La Acción Extraordinaria de Protección.

La Convención de los Derechos Humanos o Pacto de San José en su artículo 25, de protección judicial señala:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Es decir en base a la convención, los estados parte tienen el deber de adoptar un proceso rápido, sencillo contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, por la ley, y las convenciones como la ya citada.



Es así, que en caso de que los derechos se encuentren vulnerados y estos ya consten en un acta de mediación es aplicable la acción de protección, por lo que cabe referirnos a ella, la Ley de Garantías Jurisdiccionales señala:

Art. 39.- Objeto. *La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.*

Art. 40.- Requisitos. *La acción de protección se podrá presentar cuando concurran los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.*

La Ley de Garantías Jurisdiccionales señala los requisitos para presentar una acción de protección y para que esta sea válida, entre ellos tenemos: *1. Violación de un derecho constitucional*, puesto que la acción de protección es una garantía constitucional, que tiene por objeto el amparo de la vulneración de los derechos reconocidos en la constitución y que como lo veníamos analizando en base a la doctrina, jurisprudencia, y concretamente al artículo 326 de la Carta Magna los derechos laborales son irrenunciables e intangibles, el derecho al trabajo y todos los derechos laborales son prerrogativas constitucionales, y conforme a ello irrenunciables.

La Ley de Garantías Jurisdiccionales como segundo requisito señala: *2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente*; por lo que necesariamente tenemos que referirnos al artículo siguiente:



Art. 41. Procedencia y legitimación pasiva.- La acción de protección procede contra:

1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.

2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.

3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías. 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:

a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;

b) Presten servicios públicos por delegación o concesión;

c) Provoque daño grave;

d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.

5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

Considerando que los centros de mediación prestan un servicio público al que se lo define como aquel que “(...) *a de satisfacer una necesidad colectiva por medio de una organización administrativa o regida por la administración pública*” (Cabanellas, 2006)

Nuestra Constitución en su artículo 85 señala que los servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir así como todos los derechos reconocidos en la Constitución, y se formularán a partir del principio de solidaridad, no obstante aquello y sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando la prestación de los servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, *ésta deberá reformularse o, en su defecto, se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto* (Constitución de la República del Ecuador , 2008)



Considerando que el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 17, indica que el arbitraje, la mediación, como medios alternativos de solución de conflictos, constituyen una forma de servicio público, la doctrina ha señalado que:

Como servicio público impropio, el actuar de los centros de arbitraje y mediación es objeto de acción de protección al tenor del Artículo 88 de la Carta Magna donde se establece que la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales (...) (Criollo Mayorga, 2012)

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales señala como último requisito, para la validez de la acción de protección, *la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado*, por lo que podríamos aseverar, como lo hicimos en las páginas anteriores, que la problemática que nos lleva a realizar este proyecto de investigación es la inadecuada legislación frente a la violación de los derechos laborales en los centros de mediación, ya que como hemos dicho no existe una preocupación al respecto, mucho menos investigaciones serias que traigan a la luz una solución oportuna al conflicto; así, una de las formas o medidas que se podría adoptar a la vulneración de los derechos laborales en estos centros es la acción de protección, sin embargo hay quienes critican que no cabe la acción de protección en este caso, porque los centro de mediación carecen de responsabilidad en caso de violación, vulneración o en que se cause algún daño, así lo establece el reglamento del centro de mediación del Colegio de Abogados de Pichincha (2004)

Art. 14. Responsabilidades: El colegio de abogados de Pichincha y el centro de mediación *no asumen ningún tipo de responsabilidad* por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones los mediadores y peritos ocasionen a las partes o a terceros.



Igualmente el reglamento de los centros de mediación de la Superintendencia de Compañías (2008), señala: “**Art. 11.-** *Los acuerdos de mediación, son de exclusiva responsabilidad de las partes*”

Así mismo, el reglamento del centro de mediación de la Procuraduría General del Estado (2016), señala:

Art. 31.- Responsabilidad del Acuerdo- Las partes declararán que los documentos, informes y certificaciones por ellos aportados como base del acuerdo de mediación son fiables y auténticos. Así también, se dejará constancia que *los acuerdos que constan en el acta son de exclusiva responsabilidad de las partes.*

Con estos ejemplos claros, constatamos que los reglamentos de los centros de mediación siempre llevan en sí normas en las cuales se eximen de cualquier responsabilidad por los perjuicios por cualquier acción u omisión en el ejercicio de las funciones de los mediadores, a pesar que la doctrina señala que “*Que la ejecución de lo acordado se podrá pedir a un juez, quien ordenara el cumplimiento de las obligaciones(...) No se entrara a calificar el acuerdo, ni se pronunciara sobre el contenido, cuya validez está dada por la sola firma del mediador*” (Pozo , 2000, pág. 135)

Así, la Ley de Arbitraje y Mediación señala: “**Art. 47.** (...) *Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas.*”

En razón de aquello, es necesario que las responsabilidades de los centros de mediación estén completamente determinadas, ya que las funciones que cumplen son muy importantes sobre todo si consideramos que su actuación tiende a resolver la conflictividad social, corregir la desintegración social y forma parte, aunque no en estricto sentido, de la administración de justicia, es decir existe de por medio el ejercicio de una función pública, como ya lo habíamos señalado.



Así los centros de mediación responderían a su inadecuada prestación del servicio público, por medio de una acción de protección, al vulnerar derechos constitucionales del trabajador.

3.3.2. Acción Extraordinaria de Protección

En la actualidad todos los derechos constitucionales son directamente aplicables, exigibles y justiciables, para lo cual la Constitución establece diversas garantías constitucionales que tienen por objeto precisamente garantizar el cumplimiento y la vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Es decir que al existir violación de los derechos en el acta de mediación una de las medidas que se podría adoptar para resolver el conflicto, es el planteamiento de la acción extraordinaria de protección conforme la Constitución y la Ley de Garantías Jurisdiccionales en sus artículos 94 y 58 respectivamente, los cuales señalan:

Art. 94.- *La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.*

La acción extraordinaria de protección tiene por objeto al igual que la acción de protección, la de tutelar los derechos constitucionales que hayan sido vulnerados con la única diferencia que se refiere a la violación de derechos contenidos en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia.

Por lo que cabe referirnos a la Ley de Arbitraje y Mediación (2006):

Art. 47 (...) El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última



instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.

Al tener el acta de mediación el mismo efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, es necesario examinar si existe la posibilidad de plantear la acción extraordinaria de protección para el reclamo de un derecho que hubiere sido vulnerado en centros de mediación y que consta en dicha acta, consecuentemente en primer lugar tendría que cumplir con los siguientes requisitos:

Art. 61.- Requisitos.- La demanda deberá contener:

1. La calidad en la que comparece la persona accionante.
2. Constancia de que la sentencia o auto está ejecutoriada.
3. Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado.
4. Señalamiento de la judicatura, sala o tribunal del que emana la decisión violatoria del derecho constitucional.
5. Identificación precisa del derecho constitucional violado en la decisión judicial.
6. Si la violación ocurrió durante el proceso, la indicación del momento en que se alegó la violación ante la jueza o juez que conoce la causa. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

Sin embargo, es preciso analizar si el acta de mediación es de naturaleza jurisdiccional para que proceda la presente acción. Tanto la ley como la doctrina señalan que la jurisdicción es la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a los jueces y tribunales de acuerdo a ley.

Conforme a la definición, la jurisdicción está compuesta por dos funciones: la función de juzgar, que hace referencia a un proceso de declaración por medio de los órganos



jurisdiccionales, y la función de ejecutar lo juzgado, por medio del cual el órgano jurisdiccional valiéndose de su potestad coercitiva ejecuta lo dispuesto en un título ejecutivo, sin embargo, como lo señala la doctora Susana San Cristóbal no siempre hay un proceso de ejecución luego de un proceso declarativo, ya que en ocasiones se dará cumplimiento voluntario de una sentencia, por lo que se excluye a la ejecución forzosa. Así mismo, no siempre un proceso de ejecución es precedido por un proceso declarativo, por ejemplo en caso de títulos de ejecución que homologan transacciones, mediaciones o conciliaciones, los cuales permiten la ejecución forzosa si no existe el cumplimiento voluntario. (San Cristobal Reales , 2012)

Por tanto, los mecanismos alternativos de solución de conflictos como lo es la mediación, resuelven únicamente el conflicto en una fase o proceso declarativo, por lo que requieren ser complementados por la jurisdicción a través de la ejecución forzosa, cuando el cumplimiento no es voluntario.

Por lo dicho, la doctora San Cristobal Reales señala: *“se podría decir que el arbitraje, la mediación y la conciliación, más que sistemas alternativos a la jurisdicción, son sistemas complementarios a la misma (...)”*. Por lo tanto, *“estos otros mecanismos de resolución de controversias no vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva, (...) sino que forman parte de ella, porque tienen la misma finalidad de resolver conflictos entre particulares para obtener la paz social.”*

De la misma manera, conforme a la doctrina existen diferencias sustanciales entre la función jurisdiccional y la mediación como método alternativo de solución de conflictos; así, las personas para acudir a la jurisdicción, no requieren haber pactado el mecanismo al cual se van a someter, es decir no requieren un convenio previo, porque la jurisdicción al ser una potestad atribuida por la Constitución a los órganos jurisdiccionales, es un derecho de las personas.



Por otra parte, dentro de la función jurisdiccional está incluida la potestad declarativa, ejecutiva y cautelar, mientras que en el método alternativo de solución de conflictos, como ya dijimos, conlleva únicamente una fase o proceso declarativo; además, en un proceso jurisdiccional se impone una decisión, en cambio el mediador no impone una decisión sino que ayuda a las partes a llegar a un acuerdo a través de una solución negociada. Por otra parte, en un proceso jurisdiccional, contra la sentencia generalmente caben recursos ordinarios y extraordinarios, mientras que la mediación es de única instancia, además de la jurisdicción estar caracterizada generalmente por el principio de publicidad. El proceso jurisdiccional y la mediación tienen en común, que la decisión ya sea que conste en una sentencia o en un acta de mediación constituye cosa juzgada.

Por ello la doctora San Cristóbal indica:

(...) Si partimos de los principios constitucionales de libertad y de autonomía de la voluntad, y tenemos en cuenta que la justicia no se consigue en exclusiva por la jurisdicción, sino a través de estos otros mecanismos de solución de controversias, podemos considerar estos métodos de solución de conflictos como mecanismos autónomos de pacificación social, y por tanto, como sistemas independientes de acceso a la justicia.

Así los doctrinarios, concluyen que los mediadores no tienen potestad jurisdiccional, a diferencia de la legislación colombiana en la que el legislador otorga a los conciliadores la potestad de administrar justicia. Si bien, la mediación es un método complementario a la administración de justicia, debemos concluir que la mediación no tiene naturaleza jurisdiccional, pues la doctrina lo ha definido como un sistema independiente de acceso a la justicia, por lo tanto a nuestro criterio no cabe la acción extraordinaria de protección como una forma de impugnación al acta de mediación, contrariamente a la acción de protección que si cabe por considerarse a la mediación como un servicio público impropio.



CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO

4.1. Legislación Comparada

Al derecho comparado se lo define como: *“Rama de la ciencia general del derecho, que tiene por objeto el examen sistematizado del derecho positivo vigente en los diversos países, ya con el carácter general o en alguna de sus instituciones, para establecer analogías y diferencias”* (Cabanellas, 2006)

Partiendo del concepto y de acuerdo a doctrina chilena, podemos indicar que una de las funciones más importantes del derecho comparado en la actualidad, es la de constituir un *“auxiliar del derecho interno propiciando su reforma”*. (González , 1999) Por ello la legislación comparada cuenta con un presupuesto esencial que tiene que ver con la preexistencia de diferentes derechos nacionales objeto de comparación jurídica, así como el interés por la unificación de soluciones.

Una de las obras más importantes citada en la obra chilena, es la de F Von Liszt, quien le atribuye al derecho comparado la función de servir de *“medio para la reforma legislativa del propio derecho interno”*, por ello cabe referirnos muy brevemente a algunos datos históricos, para un mayor alcance:

Durante el siglo XIX el derecho comparado fue entendido como un medio para obtener las leyes de evolución del derecho de la humanidad, por medio del estudio de los distintos pueblos del mundo, cabe destacar que en esta época lo importante era obtener a través del derecho comparado el descubrimiento de las leyes de la historia universal del hombre y del derecho, ya que mediante el estudio de las diferentes partes del mundo podría alcanzarse el de a su totalidad. Uno de los antecedentes más importantes es el congreso de París de 1900, lo característico de este acontecimiento es considerar al derecho comparado



“al servicio de la realización de un derecho universal común a los estados” además en dicho congreso se consideró al derecho comparado como una *“ciencia jurídica autónoma destinada a la reforma de los derechos nacionales”*. (González , 1999)

Es decir que una de las funciones más importantes del derecho comparado es la reforma del derecho interno tanto sobre la legislación, como sobre la jurisprudencia y la doctrina, ya que el derecho comparado no es menos que *“un medio de control de la corrección de reglas jurídicas de un determinado ordenamiento jurídico”* (González , 1999)

Finalmente, el derecho comparado nos permite tener una noción de las instituciones que aspiramos conocer o de los ordenamientos jurídicos que se cotejan, además de permitirnos comprender el alcance de los conflictos y obtener mayores conocimientos de otros ordenamientos jurídicos, puesto que es difícil resolver un conflicto sin considerar al derecho comparado.

Por tal motivo, finalmente acudiremos al derecho comparado para obtener mayores soluciones al problema que se ha generado en la actualidad como es la renuncia de derechos de los trabajadores en los centros de mediación a través de la suscripción de un acta irrevocable según las leyes ecuatorianas, veremos además las medidas que toman otras legislaciones para evitar este problema a más de resolverlo.

4.1.1. La Mediación Laboral en España.

La normativa ecuatoriana al ser relativamente joven en algunos aspectos, necesita nutrirse con la experiencia, y las normas de diferentes países que de alguna manera han prevenido y resuelto la problemática que nos ocupa actualmente.

Así, la legislación española ha logrado remediar esta problemática; iniciaremos refiriéndonos a Helena Santor Salcedo, de nacionalidad Española, escritora y profesora de la asignatura Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad de Zaragoza en España, quien plasma su obra: “Los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos



como instrumentos alternativos al proceso laboral: su implantación en España” (Salcedo, 1999) en el cual realiza un breve análisis del tema que nos compete, por lo que brevemente me referiré a ello:

Según Salcedo (1999), en España los conflictos de trabajo han sido solucionados por los tribunales de justicia, ya que la resolución de conflictos de forma extrajudicial era inexistente, el sistema de ese entonces caracterizado por una eficaz resolución de conflictos, la rapidez, gratuidad y economicidad del mismo, la debilidad de la autonomía colectiva, junto con la insuficiencia normativa sobre la materia explican esta realidad, sin embargo a raíz de las reformas laborales de 1994, el fortalecimiento de la negociación colectiva, viene a formar una vía adecuada para la creación de los medios alternativos de solución de conflictos en el proceso laboral, es decir, la negociación colectiva toma un protagonismo esencial, no solo como un medio de solución de conflictos laborales en sí mismo, sino como un modelo para el diseño de los medios alternativos de solución de conflictos, he allí su importancia. (pág. 165)

Es así que uno de los antecedentes importantes es el hecho en el cual: *“se dicta la resolución de 29 de enero de 1996 de la Dirección General del Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y la posterior publicación del Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales.”* (Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos, 2012)

Esto ocurre, como ya manifestamos en el año de 1996, el Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos celebrado de una parte por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO.) y por la Unión General de Trabajadores (UGT) y de otra por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME); la solución extrajudicial de



conflictos al que se refiere, incluye la conciliación, mediación y arbitraje como medios efectivos para solventar los intereses opuestos.

Como lo manifiesta el Preámbulo del Acuerdo, desde la firma del primer acuerdo de solución extrajudicial de conflictos (ASEC), el 25 de enero de 1996, en el que se plasma la voluntad de desarrollar el mismo, basándose en el artículo 37.2 de la Constitución, en los Convenios Internacionales de la OIT, en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores y en el Estatuto de los Trabajadores, cuerpos normativos a los que nos referiremos más adelante, ya que la solución autónoma de conflictos laborales en España se ha ido desarrollando de manera progresiva ya que cuenta con una amplia experiencia de la aplicación de estos procedimientos.

Art. 37 (...) 2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a *adoptar medidas de conflicto colectivo (...)* (Constitución Española, 2018)

Cabe señalar que, al ser los conflictos de trabajo muy complejos y de distintos tipos: individuales, colectivos, de derecho, de interés, etc., se ha concebido a la Solución Extrajudicial de Conflictos como un instrumento alternativo al proceso judicial para la solución de conflictos entre trabajadores y empresarios o sus representantes, con la intervención de uno o varios mediadores: los mecanismos de solución de conflictos laborales en España se han ido fortaleciendo mediante la actualización y la adaptación de mejoras de los procedimientos de acuerdo a la experiencia que se ha ido formando.

El 02 de febrero de 2011 se firma el Acuerdo Social y Económico (ASE) entre las mismas organizaciones sindicales y empresariales que han suscrito los sucesivos acuerdos estatales de solución de conflictos. Este se centraba en establecer criterios básicos para la reforma de la negociación colectiva para una mejor gestión y administración de los convenios durante su ámbito temporal potenciando sus instrumentos de consulta, interpretación, solución de discrepancias, propuestas de mejora para el convenio y



propiciando que los medios de solución extrajudicial de conflictos aporten asistencia activa. (Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos, 2012)

Es así que, el Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales conforme al artículo 1 del mismo, tiene por objeto *“el mantenimiento y desarrollo de un sistema autónomo de solución de los conflictos laborales surgidos entre empresarios y trabajadores o sus respectivas organizaciones representativas”* (Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos, 2012)

Cabe señalar que una de las partes más importantes de este convenio, es que cualquier mecanismo que se elija para la solución de conflictos laborales, contempla la obligatoriedad de someter estos conflictos de interpretación y aplicación ante la Comisión Paritaria del Convenio, se establece así un trámite que otorga mayor protagonismo a las Comisiones Paritarias de los Convenios Colectivos, como lo determina el artículo 10 del Acuerdo, además, dentro de la solicitud de mediación deberá contener la acreditación de la intervención de la Comisión Paritaria, o de haberse dirigido a ella sin efecto, y el dictamen emitido en su caso, una vez realizado aquello el conflicto podrá someterse a cualquier mecanismo de solución de conflicto; la eficiencia del resultado obviamente dependerá de que concurren los requisitos de legitimidad que exige el Estatuto de los Trabajadores en su Título III referente a la negociación colectiva y los convenios colectivos – Actualmente, Código Laboral y de Seguridad Social, en el cual se encuentran consolidadas todas las normas, incluso el Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre - cumplido estos requisitos, el acuerdo tendrá eficacia general, frente a terceros, sin embargo la solución extrajudicial de conflictos, será aplicada únicamente en las materias o casos que determine la ley, la cual se encuentra taxativamente enumerada, consecuentemente de esta lista se excluye conflictos que versen sobre seguridad social y además se exceptúa la solución de conflictos individuales de trabajo.



Así, el numeral 2 del artículo 1 señala que se excluye del acuerdo: “1. *Los conflictos que versen sobre Seguridad Social (...)*” (Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos, 2012). Sin embargo, el artículo 4 del mismo acuerdo señala que no serán susceptibles de someterse a este acuerdo los conflictos individuales de trabajo, ni cubre los conflictos y ámbitos distintos a los previstos en el mismo.

Existe una diferencia importante, en cuanto a la designación de mediadores y árbitros porque según la normativa española, una institución denominada Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje tendrá que elaborar una lista de mediadores y árbitros, que serán quienes intervengan en el conflicto, la lista deberá estar compuesta por mediadores y árbitros propuestos y consensuados por las partes firmantes del Acuerdo, por consiguiente corresponde a las partes del conflicto designar al mediador o mediadores que se encontraren en la lista elaborada por el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, no obstante las partes podrán designar de mutuo acuerdo un mediador que no se encuentre dentro de las listas de dicho servicio, pero deberá ajustarse a las normas de funcionamiento y al procedimiento del mismo.

Una vez designado el mediador o mediadores comenzaran sus actividades, primeramente recabando toda la información que creyere necesaria para el ejercicio de sus funciones además de garantizar en todo momento, la confidencialidad de la información; una de las funciones del Sistema Interconfederal de Mediación es la de facilitar la comunicación entre los mediadores. Sin embargo, antes de seguir analizando la forma en la que se lleva a cabo la mediación en esta legislación, es necesario tener una idea de lo que es el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, y brevemente alguna de sus características y funciones, efectivamente el artículo 5 lo define como:

Una Institución paritaria constituida a partes iguales por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas firmantes del Acuerdo. Tiene personalidad jurídica y



capacidad de obrar y reviste, desde el punto de vista jurídico-formal las características de una Fundación tutelada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Sus recursos tienen naturaleza pública y sus actuaciones tienen carácter gratuito, se encuentra compuesto en número igual por representantes de las partes firmantes de este Acuerdo y por un Presidente que podrá formar parte de dichas representaciones o ser designado de mutuo acuerdo para facilitar la composición de sus decisiones por consenso (...). Constituye el soporte administrativo y de gestión de los procedimientos de solución de los conflictos, a quien se encomienda la aplicación de las disposiciones de este Acuerdo. (Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos, 2012)

Una de las funciones de este servicio es la de recibir los escritos para el respectivo procedimiento, efectuar citaciones y notificaciones, registrar y certificar los documentos, y de todas las tareas que sean precisas para posibilitar y facilitar el adecuado desarrollo de los procedimientos, además solo recibirá las solicitudes de mediación y arbitraje que se deriven de lo pactado en el Acuerdo.

El Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos, determina que los procedimientos son:

- a) *La mediación*, que será obligatoria en los supuestos que posteriormente se determinan y siempre que la demande una de las partes del conflicto, salvo en los casos en que se exija acuerdo entre ambas partes (...)
- b) *El arbitraje*, que sólo será posible cuando ambas partes, de mutuo acuerdo, lo soliciten por escrito.

Necesariamente el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje deberá ser notificado por cualquiera de las partes, por cuanto deberá conocer la mediación para los efectos correspondientes. El procedimiento de mediación, conforme al acuerdo, es



requisito pre-procesal para la interposición de demandas de conflicto colectivo por cualquiera de las partes y por lo tanto sustituye a la conciliación administrativa previa.

El acuerdo conseguido en mediación, siempre que cumpla con los requisitos legales, *tendrá la misma eficacia que lo pactado en el acuerdo tras el periodo de consultas al que se refieren los artículos 40, 41, 47, 44.9, 51 y 82.3 de texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y artículo 64.6 de la Ley Concursal.* En los demás conflictos laborales tendrá la misma eficacia que lo pactado en Convenio Colectivo, y será objeto de depósito y registro y publicación en los términos previstos en el artículo 90 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos, 2012)

No olvidemos que el presente acuerdo nace en base a la extensa normativa española, por ello no podría contradecirla, es así que se remite a diferentes normas para resolver algunos aspectos, como en este caso el tema de la eficacia de la mediación, y claramente el Estatuto de los Trabajadores señala que cuando se tenga que efectuar un periodo de consulta a los trabajadores en temas que afecten sus derechos, como en cuanto a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, como son jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, entre otros, así como lo que se refiere a la movilidad geográfica, suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, la sucesión de empresa, despido colectivo, entre otros, se determina que : *“Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas (...) y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”.* (Código Laboral y de Seguridad Social , 2018)



Además, el Acuerdo señala que en cuanto a la ejecutividad e impugnación del acuerdo de mediación se estará a lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por lo tanto es necesario remitirnos a esta ley, la cual indica:

Art 67. Impugnación del acuerdo de conciliación o de mediación. 1. El acuerdo de conciliación o de mediación podrá ser impugnado por las partes y por quienes pudieran sufrir perjuicio por aquél, ante el juzgado o tribunal al que hubiera correspondido el conocimiento del asunto objeto de la conciliación o de la mediación, mediante el ejercicio por las partes de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad (...)

Art 68. Ejecutividad del acuerdo de conciliación o de mediación y de los laudos arbitrales firmes. 1. Lo acordado en conciliación o en mediación constituirá título para iniciar acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal, y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos en el Libro Cuarto de esta Ley. 2. Se entenderán equiparados a las sentencias firmes a efectos de ejecución definitiva los laudos arbitrales igualmente firmes, individuales o colectivos, dictados por el órgano que pueda constituirse mediante los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, los laudos arbitrales establecidos por acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes conforme al apartado 4 del artículo 18 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo, así como los laudos recaídos en materia electoral, los que pongan fin a la huelga o a conflictos colectivos u otros cuyo conocimiento corresponda al orden social, exclusivamente en los concretos pronunciamientos de condena que por su naturaleza sean susceptibles de dicha ejecución y salvo los pronunciamientos que tengan eficacia normativa o interpretativa. (Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, 2011)



“En los demás conflictos laborales tendrá la misma eficacia que lo pactado en Convenio Colectivo, y será objeto de depósito y registro y publicación en los términos previstos en el artículo 90 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos, 2012)

Por ello, cabe referirnos al artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores, el cual indica:

Art. 90. Validez. 1. Los convenios colectivos a que se refiere esta ley han de formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad. 2. Los convenios deberán ser presentados ante la autoridad laboral competente, a los solos efectos de registro, dentro del plazo de quince días a partir del momento en que las partes negociadoras lo firmen. Una vez registrado, el convenio será remitido al órgano público competente para su depósito. 3. En el plazo máximo de veinte días desde la presentación del convenio en el registro se dispondrá por la autoridad laboral su publicación obligatoria y gratuita en el “Boletín Oficial del Estado” o en el correspondiente boletín oficial de la comunidad autónoma o de la provincia, en función del ámbito territorial del convenio. (Código Laboral y de Seguridad Social , 2018)

Por último para tener mayor seguridad al suscribir un convenio entre las partes, el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 90 numeral 5 determina:

Si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente, o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción competente, la cual adoptará las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías, previa audiencia de las partes. (Código Laboral y de Seguridad Social , 2018)

En consecuencia a lo manifestado, podemos indicar que la legislación española ya desde esa época hasta la actualidad, ha tenido varios parámetros en cuanto a métodos alternativos para la solución de conflictos, con el fin de evitar que se menoscaben los derechos de los trabajadores, mediante acuerdos ilegales e injusto, para lo cual se ha creado el Acuerdo sobre



Solución Extrajudicial de Conflictos quien enumera las materias susceptibles de acuerdos conciliatorios como son los conflictos colectivos de trabajo, excluyendo los individuales, y adoptando medidas para corregir irregularidades que se presenten, como por ejemplo: que dentro de la solicitud de mediación deba contener la acreditación de la intervención de la Comisión Paritaria, o de haberse dirigido a ella sin efecto, y el dictamen emitido en su caso; además deberá cumplir con los requisitos establecidos en la ley para que sea eficaz, la existencia del Servicio Interconfederal de Mediación para que ejerza una función de supervisión de los acuerdos, además que la eficacia del acuerdo de mediación se encuentra supeditado, en ciertos casos que vulnera los derechos de los trabajadores, a la realización de periodos de consultas a los mismos, sin embargo a pesar de existir dicha consulta, el acuerdo podrá ser impugnado por fraude, dolo, coacción y abuso del derecho. La ley ha manifestado que en otros casos tendrán la misma eficacia que un convenio colectivo bajo pena de nulidad, el cual deberá ser debidamente registrado de acuerdo con la ley.

Más adelante, la normativa española determina que el acuerdo de mediación podrá ser impugnado mediante el ejercicio de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad, lo que no se encuentra regulado en la legislación ecuatoriana por consiguiente existe un vacío normativo respecto al tema.

Ahora bien, cabe referirnos a la Ley de Mediación española denominada como la *“Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”* a pesar de no regular la mediación laboral, es preciso mencionarlo, para tener claro el tema de mediación en España, la ley define a la mediación como: *“Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.”* (Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, 2012)



Como manifestábamos, quedan excluidos, del ámbito de aplicación de esta Ley:

- a) La mediación penal.
- b) La mediación con las Administraciones públicas.
- c) *La mediación laboral.*

De forma resumida, podemos rescatar que la presente ley se basa en el principio de lealtad, buena fe y respeto mutuo de quienes intervienen en la mediación; el mediador será aquel que se halle en ejercicio de sus derechos civiles, deberá estar en posesión del título universitario, de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional; disposiciones iguales a las ecuatorianas, sin embargo la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (2012) tiene una particularidad, ya que señala: *“El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga”*

Es decir que de acuerdo a la legislación española, el mediador es responsable de las actuaciones que tuviere en ejercicio de sus funciones, además de indicar que *“la aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren”*, inversamente a lo que se determina en nuestro país, como lo habíamos verificado, en diferentes reglamentos de nuestros centros de mediación existen cláusulas en las que se deslindan de toda responsabilidad.

Siguiendo la línea del Derecho español, el artículo 14 de la ley además determina:

El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a



ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben. (Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, 2012)

Otra de las cuestiones relevantes de esta ley es que, una vez recibida la solicitud por el mediador deberá citar a las partes para una sesión informativa, en la cual deberá dar a conocer acerca de las posibles causas que puedan afectar su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.

Además las instituciones de mediación, es decir los centros de mediación podrán organizar sesiones informativas para aquellas personas que estén interesadas en acudir a este medio de resolución de conflictos; es decir la legislación española a cuidado que las partes de un conflicto tengan conocimiento de todo aquello que podría afectar al procedimiento de mediación, así como también la formación que tiene el mediador, lo que tampoco se encuentra regulado en nuestro país.

Otra circunstancia importante es que la mediación en España, como ya lo manifestamos puede ser llevada a cabo por uno o varios mediadores cuando el tema es complejo, la pluralidad de mediadores ayuda a que la mediación sea llevada de buena fe, y de forma imparcial, ya que será de forma coordinada.

El artículo 23 de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (2012), determina otra cuestión relevante en el cual se indica que *“El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo”*, además determina que *“Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.”*



Por último es preciso citar el siguiente artículo de la misma ley:

Art 25. Formalización del título ejecutivo. 1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador. 2. *Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho.* (Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, 2012)

Finalmente, la legislación española regula ciertos temas que nuestra legislación no lo ha hecho, por lo que es necesario que la legislación ecuatoriana, apoyándose de la realidad y la experiencia española pueda reformar sus leyes, para que de esta manera, la problemática se vea superada y para que la renuncia de los derechos de los trabajadores en los centros de mediación sea una situación pasada, y pueda existir la transacción en materia laboral sin vulnerar el principio de irrenunciabilidad.

4.1.2. La Mediación Laboral en Colombia

El Código Sustantivo Laboral colombiano, en su capítulo III referente a la mediación determina lo siguiente: “*Art. 437. Mediación. Derogado por el art. 116 de la ley 50 de 1990*”, por lo que necesariamente cabe referirnos a la ley 50 de 1990 el cual indica: “*Art. 116. Quedan derogados los artículos 358 ordinal 2, 379 literal a), 395, 427, 437, 438, 439, 440, 440 y 442 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 1 de la Ley 65 de 1966 y demás disposiciones que sean contrarias a la presente ley.*”

Sin embargo, a través de decreto número 1818 de 1998 se expide el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, considerando que la ley 446 de 1998 señala:



Art. 166. Se faculta al Gobierno Nacional para que, dentro de los dos 2 meses siguientes a la expedición de esta ley, compile las normas aplicables a la conciliación, al arbitraje, a la amigable composición y a la conciliación en equidad, que se encuentren vigentes en esta ley, en la Ley 23 de 1991, en el Decreto 2279 de 1989 y en las demás disposiciones vigentes, sin cambiar su redacción, ni contenido, la cual será el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

Es decir la legislación colombiana ya no mantiene a la mediación como medio alternativo de solución de conflictos, como vemos fue derogada, no obstante se refiere únicamente a la conciliación y al arbitraje como medios alternativos de solución de conflictos, por lo que de ahora en adelante nos referiremos a la conciliación.

La Constitución Política Colombiana (1991) en su artículo 53 establece:

(...) La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales (...) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho (...).

El Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos es una compilación de normas de diferentes cuerpos normativos referentes a la conciliación y el arbitraje, primeramente la ley 446 de 1998 define a la conciliación como: *“un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”*

Además, la ley indica que serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellas materias que expresamente determine la ley. La conciliación de acuerdo a la legislación colombiana puede ser judicial y extrajudicial, así mismo la



conciliación extrajudicial puede ser institucional cuando se realice en los centros de conciliación y administrativa cuando se lleve a cabo ante autoridades administrativas en cumplimiento de sus funciones conciliadoras, y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad, de acuerdo con la ley.

En cuanto a la conciliación extrajudicial la ley determina: “*Art. 6. En los centros se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento o conciliación.*” (Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos , 1998)

Conforme a la legislación colombiana, son considerados conciliables todos aquellos derechos considerados inciertos y discutibles, exceptuando aquellos derechos ya determinados y además que ya han sido declarados judicialmente por los tribunales laborales.

La conciliación prevista en materias laboral, de familia, civil, contencioso-administrativa, comercial, agraria y política: “*podrá surtirse válidamente ante un Centro de Conciliación autorizado o ante el funcionario público que conoce del asunto en cuestión, cuando este no sea parte. (...)*” (Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos , 1998)

La ley determina que al tratarse de conciliación en materia laboral y familia, el centro de conciliación debe tener conciliadores autorizados por la Dirección General de Prevención y Conciliación del Ministerio de Justicia y del Derecho, quienes deberán estar capacitados en la materia en la que van actuar como conciliadores, además de tener obviamente capacidad legal, los conciliadores deben tener el título de abogado, excepto los conciliadores de las facultades de derecho del país.

Igual que la legislación española, otra de cuestiones importantes que nos trae esta legislación es la sanción a los centros de mediación, así la ley señala que la Dirección General de prevención y conciliación del ministerio de justicia y del derecho, una vez que comprueben la infracción a la ley o sus reglamentos, podrá imponer a dichos centros las siguientes sanciones:



a) Amonestación escrita; b) Multa hasta de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en cuenta la gravedad de la falta y la capacidad económica del Centro de Conciliación, a favor del Tesoro Público; c) Suspensión de la autorización de funcionamiento hasta por un término de seis (6) meses; d) Revocatoria de la autorización de funcionamiento. Cuando a un Centro de Conciliación se le haya revocado la autorización de funcionamiento, sus representantes legales o administradores quedarán inhabilitados para solicitar nuevamente dicha autorización, por un término de cinco (5) años. (Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos , 1998)

Por último, la ley determina que el procedimiento de conciliación concluye con la firma del acta de conciliación *“el cual tiene tránsito de cosa juzgada y presta mérito de ejecutivo”*

Otra de las cuestiones importantes del Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, es que al tratar el tema de la conciliación lo ha dividido por materias es así, que lo clasifica en conciliación en materia civil, penal, familia, laboral, administrativo, entre otros. En el apartado de la conciliación laboral el Estatuto establece, que esta deberá intentarse ante la autoridad administrativa del trabajo o ante los centros de conciliación:

Art. 42. La audiencia de conciliación podrá ser solicitada por el empleador o el trabajador, quienes pueden participar por sí o por medio de apoderado. Las personas jurídicas deberán determinar su representación legal de acuerdo con las normas que rigen la materia.

El Estatuto de los Mecanismos de Solución de Conflictos colombiano, establece las obligaciones del funcionario conciliador aquello que no se encuentra regulado en la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, el estatuto señala: Artículo 46. *Obligaciones del funcionario.* El funcionario ante quien se tramite la conciliación administrativa tendrá las siguientes obligaciones: (...) 5. Velar porque en la conciliación no se menoscaben los derechos mínimos e intransigibles del trabajador.



Finalmente, del acuerdo que hubieren logrado las partes, se dejará constancia en el acta de conciliación, que deberá contener las sumas líquidas y el concepto al que corresponden y en especial el término fijado para su cumplimiento, además las el estatuto determina que dicho acuerdo deberá ser aprobado por el Inspector de Trabajo, por medio de auto que no es susceptible de recursos.

En conclusión, la legislación colombiana tiene aspectos similares con la legislación ecuatoriana pero también existen aspectos que difieren, y por consiguiente aspectos importantes, por ejemplo, los conciliadores que se ocupen de conflictos en materia laboral deberán acreditar que están capacitados en la materia, y autorizados por la Dirección General de Prevención y Conciliación del Ministerio de Justicia y del Derecho; otro de los asuntos importantes regulados en el estatuto, es la sanción a los centros de mediación regulado también en la legislación española, con la diferencia que en Colombia se la ha clasificado por el tipo de sanción, consecuencia de aquello es la regulación de las responsabilidades de los conciliadores, entre las cuales está la de velar que no se menoscaben los derechos mínimos del trabajador. Así, el acta que conste el acuerdo es cosa juzgada y tiene mérito ejecutivo, sin embargo, dicho acuerdo deberá ser aprobado por el Inspector de Trabajo que, posterior a ello dicha acta no podrá ser impugnada; es decir, la legislación colombiana al igual que la española a pesar de no regular la mediación, tiene una serie de parámetros con el fin de que los derechos de los trabajadores no se vean vulnerados por dichos acuerdos conciliatorios.

4.1.3. La Mediación Laboral en Perú

La mediación y la conciliación forman parte de los denominados Medios Alternativos de Solución de Conflictos, caracterizados por la intervención de un tercero llamado mediador o conciliador para conducir el proceso, con el objeto de que las partes puedan encontrar la solución de un conflicto.



Desde el punto de vista doctrinario ha existido varios criterios al respecto de las diferencias entre la conciliación y la mediación, sin embargo, esta distinción no es universal, ya que los países que han fortalecido la conciliación laboral como medio alternativo de solución de conflictos son Colombia, como ya anotamos, Perú, Honduras y Bolivia. Así, la legislación peruana no regula la mediación, únicamente regula la conciliación y el arbitraje, ya que a la conciliación y a la mediación se los considera sinónimos.

En Perú la conciliación se encuentra regulada en la Ley de Conciliación (Extrajudicial) 26872 de 1997 que fue modificada en junio del 2008 por el Decreto Legislativo 1070, y en su reglamento.

La Ley de Conciliación Extrajudicial (2008) define a la conciliación como: *“La Conciliación es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación extrajudicial a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto”*.

El reglamento a la Ley de Conciliación Extrajudicial también define a la conciliación, no obstante a partir de la definición, señala que aquella se funda en el principio de autonomía de la voluntad que, conforme al reglamento se encuentra limitado con el hecho de que se puede disponer de los derechos siempre que no se afecten con ello normas de carácter imperativo, ni contraríen el orden público ni las buenas costumbres.

Entre los principios en los que se basa la conciliación peruana, el principio de buena fe es trascendental, puesto que el reglamento lo puntualiza de la siguiente manera:

Principio de buena fe.- En la Audiencia de Conciliación, las partes deben proceder de manera honesta y leal. Cuando el Conciliador tenga duda de la viabilidad de un acuerdo, tiene conocimiento o, al menos un indicio de que está basado en información falsa o de mala fe, deberá recomendar a los conciliantes, que se apoyen en expertos de la materia relacionada con dicho acuerdo antes de finalizarlo, cuidando que tal intervención no



perjudique o entorpezca el procedimiento de Conciliación o, en su caso, a alguno de los conciliantes. (Reglamento a la Ley de Conciliación , 2005)

El artículo 7 de la Ley de Conciliación peruana determina:

Art. 7. Materias conciliables. Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables *que versen sobre derechos disponibles de las partes.*

En materia de familia, son conciliables aquellas pretensiones que versen sobre pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, así como otras que se deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición. El conciliador en su actuación deberá aplicar el Principio del Interés Superior del Niño.

La conciliación en materia laboral se llevará a cabo respetando el carácter irrenunciable de los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución Política del Perú y la ley. *La materia laboral será atendida por los Centros de Conciliación Gratuitos del Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y por los Centros de conciliación privados para lo cual deberán de contar con conciliadores acreditados en esta materia por el Ministerio de Justicia,* En la audiencia de conciliación en materia laboral las partes podrán contar con un abogado de su elección o, en su defecto, deberá de estar presente al inicio de la audiencia el abogado verificador de la legalidad de los acuerdos (...) (Ley de Conciliación Extrajudicial, 2008)

La conciliación extrajudicial peruana se lleva a cabo sobre materias disponibles, o como lo llama nuestra legislación sobre materia transigible, sin embargo la legislación peruana en su norma indica que cuando se trate de conciliación en materia laboral, los conciliadores deberán estar acreditados en la materia, es decir capacitados exclusivamente en materia laboral, además, en las audiencias de conciliación las partes podrán contar con un abogado o estar presente el abogado encargado de verificar la legalidad del acuerdo, circunstancias interesantes que, nuestra legislación no las regula.



De acuerdo al artículo 20 de Ley de Conciliación peruana el conciliador es:

El conciliador es la persona capacitada, acreditada y autorizada por el Ministerio de Justicia, para ejercer la función conciliadora. Dentro de sus funciones está promover el proceso de comunicación entre las partes y, eventualmente, proponer formulas conciliatorias no obligatorias. *En materia laboral o de familia se requiere que el Conciliador encargado del procedimiento conciliatorio cuente con la debida especialización, acreditación y autorización expedida por el Ministerio de Justicia (...)* (Ley de Conciliación Extrajudicial, 2008)

Es preciso mencionar los requisitos para ser conciliador, los cuales se detalla a continuación:

- a. Ser ciudadano en ejercicio.
- b. Haber aprobado el Curso de Formación y Capacitación de Conciliadores dictado por entidad autorizada por el Ministerio de Justicia.
- c. Carecer de antecedentes penales.
- d. *Cumplir con los demás requisitos que exija el Reglamento.*

Conforme al literal d, es necesario referirnos al reglamento, que en su artículo 41 determina los requisitos para ser acreditado como conciliador, a más de los ya señalados:

1. Constancia que acredite la asistencia a la fase lectiva y de afianzamiento del curso de formación y capacitación de Conciliadores, conforme a lo dispuesto por el artículo 35 del Reglamento.
2. Constancia que acredite la aprobación de la fase lectiva y la fase de afianzamiento por cada una de las fases en las que se divide el curso de formación y capacitación de Conciliadores. Ello podrá acreditarse mediante la presentación de las constancias de notas, debidamente firmadas por el representante legal del Centro de Formación y Capacitación de Conciliadores.



3. Declaración Jurada simple de no contar con antecedentes penales y judiciales.
4. Copia legible del documento de identidad.
5. Ficha de información personal, según formato autorizado por el Ministerio de Justicia.
6. Certificado de salud mental, expedida por un centro de salud público.
7. Dos fotografías tamaño pasaporte a color con fondo blanco.

Sin embargo para ser acreditado como conciliador especializado, se deberá presentar los requisitos comunes además de cumplir con los siguientes requisitos:

Art.-43. Requisitos para la acreditación como Conciliador Especializado en asuntos de carácter familiar o laboral. Para acreditarse como conciliador en asuntos de carácter familiar o laboral respectivamente, se deberá aprobar un curso de especialización, adicional al señalado en el Artículo 34° del Reglamento, que contará con un mínimo de 60 horas lectivas y una fase subsiguiente de afianzamiento de habilidades conciliatorias, según lo señalado en el Artículo 35° del Reglamento.

Los participantes de estos cursos de especialización, serán Conciliadores acreditados ante el Ministerio de Justicia, quienes además de aprobar la capacitación adicional, deberán acreditarse como Conciliadores Especializados sea en asuntos de carácter familiar o laboral respectivamente; de acuerdo a lo que establece el Reglamento.

La Secretaría Técnica de Conciliación, progresivamente, luego de efectuados los estudios de factibilidad correspondiente iniciará, a través de la Escuela Nacional de Conciliación Extrajudicial, un proceso de capacitación de Capacitadores en Conciliación Especializada. (Reglamento a la Ley de Conciliación , 2005)

Es esencial señalar, que de los requisitos que se debe adjuntar para llevar a cabo el trámite de autorización de funcionamiento de los centros de conciliación, dos son los trascendentales de acuerdo a la legislación peruana: primero, la justificación de que los conciliadores están acreditados ante el Ministerio de Justicia como ya lo señalamos y segundo, el nombre del



abogado verificador de la legalidad de los acuerdos conciliatorios, indicando también el número de colegiatura.

La Ley de Conciliación Extrajudicial así como su reglamento, determinan claramente los requisitos para ser conciliador, a diferencia de la legislación ecuatoriana, los conciliadores tienen responsabilidad en el ejercicio de sus funciones como lo indica el artículo 14 de la ley: *“Es responsabilidad del centro de conciliación verificar la autenticidad de los documentos presentados al procedimiento conciliatorio y la vigencia de los poderes, en su caso.”*

Además el artículo 29 de la Ley de Conciliación Extrajudicial, como ya lo habíamos señalado, indica que los centros de mediación deberán contar al menos con un abogado para supervisar la legalidad de los acuerdos, lo que se encuentra íntimamente relacionado con el artículo 21 del reglamento a la misma ley, el cual indica: *“La verificación de la legalidad del acuerdo conciliatorio deberá efectuarla el abogado encargado de la supervisión de la legalidad de los acuerdos conciliatorios en el Centro de Conciliación.”* Además el reglamento determina que si el conciliador es abogado, podrá ejercer doble función en la audiencia de conciliación: *“(...) la de Conciliador y abogado verificador de la legalidad de los acuerdos. Para ello, el Centro de Conciliación deberá comunicar la adscripción en doble función del Conciliador al Ministerio de Justicia, según los trámites que para estos casos señale la Administración”* (Reglamento a la Ley de Conciliación , 2005)

Es decir, la supervisión es una característica esencial de la conciliación en Perú, además de ser una función del Ministerio de Justicia ejercida a través de la Secretaria Técnica de conciliación, será función de una persona, que mantenga el título de abogado y conciliador acreditado ante el Ministerio de Justicia quien podrá contar con auxiliares, cuyas constataciones y verificaciones serán registradas en un documento denominado acta de supervisión, de acuerdo al reglamento a la Ley de Conciliación.



Por consiguiente, el Ministerio de Justicia de Perú tiene a su cargo entre otras funciones la sanción a los operadores del sistema conciliatorio que, de acuerdo con la ley no son otros que:

- a) Conciliadores Extrajudiciales
- c) Capacitadores.
- d) Centros de Conciliación Extrajudicial.
- e) Centros de Formación y Capacitación de Conciliadores.

El Ministerio de Justicia tiene a su cargo los Registros Nacionales Únicos por operador del sistema conciliatorio. (Ley de Conciliación Extrajudicial, 2008)

Como decíamos, éste Ministerio de Justicia podrá imponer a los operadores del sistema conciliatorio ya anotados, las siguientes sanciones por infracciones a la ley o al reglamento de acuerdo al artículo 19 de la Ley de Conciliación:

- a. Amonestación.
- b. Multa.
- c. Suspensión o cancelación del Registro de Conciliadores.
- d. Suspensión o cancelación del Registro de Capacitadores.
- e. Suspensión o desautorización definitiva del Centro de Conciliación.
- f. Suspensión o desautorización definitiva del Centro de Formación y Capacitación de Conciliadores.

(...)El Director, el Secretario General, el Conciliador Extrajudicial y el Abogado verificador de la legalidad de los acuerdos conciliatorios de los Centros de Conciliación Privados son responsables de los daños y perjuicios que ocasionen en el ejercicio de sus funciones que señale el Reglamento.

La sanción de desautorización impuesta aún Centro de Conciliación Extrajudicial o Centro de Formación y Capacitación de Conciliadores produce la cancelación de su



registro. Las actas que sean emitidas por un Centro de Conciliación Extrajudicial con posterioridad a su desautorización son nulas. (Ley de Conciliación Extrajudicial, 2008)

Otra de las cuestiones importantes de la conciliación en Perú, es que las partes en la audiencia de conciliación pueden ser asesoradas por personas de confianza, quienes pueden ser abogados u personas con otra especialidad profesional con el objeto de: *“(...) brindar información especializada a la parte asesorada para que ésta tome una decisión informada. El asesor no deberá interferir en las decisiones de las partes ni asumir un rol protagónico durante las discusiones que se promuevan en la Audiencia de Conciliación (...)”* (Reglamento a la Ley de Conciliación , 2005)

Conforme a la legislación peruana, el acta que contiene el acuerdo de conciliación, constituye título de ejecución y por ello las obligaciones que consten en el mismo, se ejecutarán a través del proceso de ejecución de las resoluciones judiciales, por el cual, como lo indica el artículo 23 del reglamento, cualquiera de las partes podrá solicitar e cumplimiento siguiendo el proceso previsto en el Código Procesal Civil peruano, no obstante, se inadmitirá la demanda de ejecución si el acta adolece de alguna formalidad establecida en la Ley de Conciliación, como es: *“El nombre, registro de colegiatura, firma y huella del Abogado del Centro de Conciliación Extrajudicial, quien verificará la legalidad de los acuerdos adoptados, tratándose del acta con acuerdo sea este total o parcial.”* (Ley de Conciliación Extrajudicial, 2008)

Así mismo, la ley determina que, si en el acta se omitiere alguno de siguientes requisitos: Lugar y fecha en la que se suscribe, nombres, número del documento oficial de identidad y domicilio de las partes o de sus representantes y, de ser el caso, nombre y número del documento oficial de identidad del conciliador, los hechos expuestos en la solicitud de conciliación, así como la descripción de la o las controversias correspondientes en ambos casos, el acuerdo conciliatorio, sea total o parcial, detallando de manera clara y precisa los



derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles acordadas por las partes; o, en su caso, la falta de acuerdo, la inasistencia de una o ambas partes a la audiencia o la decisión debidamente motivada de la conclusión del procedimiento por parte del conciliador, y la firma del conciliador, de las partes intervinientes o de sus representantes legales, la falta de uno de estos requisitos, dará lugar a la nulidad del acta, el cual no podrá ser considerada como título de ejecución, no obstante la parte que se creyere afectada podrá acudir al centro para que el mismo convoque a las partes para informarle aquello y para expedir una nueva acta con las formalidades de ley que sustituya a la anterior. Igualmente el acta no deberá contener en ningún caso, enmendaduras, borrones, raspaduras ni superposiciones entre líneas, todo ello bajo la sanción de nulidad.

Como lo determina el artículo 16 de la ley conjuntamente con el reglamento: *“El acto jurídico contenido en el Acta de Conciliación sólo podrá ser declarado nulo en vía de acción por sentencia emitida en proceso judicial”*.

Por último, la Ley Procesal del Trabajo, conocida también como ley nro. 26636 en su artículo 23 determina que al presentarse la excepción de transacción en un proceso laboral, el juez lo apreciara atendiendo el principio de irrenunciabilidad de derechos.

En conclusión, la legislación peruana a pesar de no regular la mediación laboral, regula la conciliación extrajudicial dentro del cual tiene una serie de parámetros con el objeto de delimitar la autonomía de la voluntad principio esencial conjuntamente con el principio de buena fe, respecto al cual la ley determina que si el conciliador constata la existencia de mala fe, instará a las partes a ser asesoradas por un especialista en la materia, a más de determinar que cuando se trate de conciliar asuntos laborales, el conciliador tendrá que estar acreditado en la materia, y si eso no fuera poco, cada centro contará con un abogado quien tendrá que verificar la validez del acta. La ley determina sanciones a los conciliadores como a los centros de conciliación, además de declarar la nulidad del acta cuando se ha omitido



solemnidades sustanciales, entre otras cuestiones, que nos hemos permitido señalar, cuestiones que, como ya dijimos, la legislación ecuatoriana no regula, o es medianamente regulado, existiendo ciertos vacíos.



CONCLUSIONES GENERALES

- La mediación como método alternativo de solución de conflictos, nace en razón del conflicto en sí, motivo por el cual a sido acogido por los países del mundo ya sea como conciliación extrajudicial o como mediación, con el único objeto de llegar a un acuerdo voluntario afianzando la comunicación entre las partes intervinientes, y precaviendo un litigio futuro.
- La naturaleza jurídica de la mediación se concibe desde diferentes teorías, ya sea el acta de mediación como sentencia, como negocio jurídico, como transacción o contrato, consecuentemente, en atención a cada uno el acta de mediación podrá tener diferentes efectos jurídicos.
- La mediación en el Ecuador, puede llevarse a cabo tanto con mediadores independientes debidamente autorizados, como también en centros de mediación adecuadamente registrados en el Consejo de la Judicatura, sin embargo, cada centro tiene un reglamento por medio del cual se deslinda de toda responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.
- La renuncia de derechos en los centros de mediación es una realidad innegable en el Ecuador; el conflicto entre los principios de irrenunciabilidad y transigibilidad, contemplados en la Carta Magna como en el Código del Trabajo, se origina de la histórica y constante injusticia social, por parte de empleadores para con los trabajadores, razón por la cual la irrenunciabilidad es el principio fundamental para la protección de los trabajadores, y en general para la vigencia del Derecho del trabajo.
- El conflicto entre el principio de irrenunciabilidad y el de transigibilidad, se ha solucionado a partir de criterios doctrinales y jurisprudenciales, indicando que no se vulnera el principio de irrenunciabilidad mientras la transacción se refiera a



derechos dudosos, aquellos que necesitan ser probados, y son susceptibles de ser tranzados conforme a la ley, no obstante el sistema ecuatoriano no realiza una distinción entre los derechos que pueden ser renunciados y los que no.

- Es preciso entonces impugnar el acta que contiene aquella renuncia de derechos, ya sea por medio de una acción de nulidad de sentencia por falta de solemnidades sustanciales, de contrato por vicios de consentimiento, entre otros; como excepción, que conforme a la legislación comparada, el Juez para admitir dicha excepción deberá verificar que exista renuncia de derechos en el acta.
- Considerando a la mediación como un servicio público impropio, a nuestro criterio es objeto de acción de protección, ya que la misma tiene como fin el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, es decir, esta acción podrá interponerse cuando exista vulneración de derechos constitucionales, sin embargo para ello las responsabilidades de los centros de mediación debe estar claramente determinadas en la ley.
- Al considerar a la mediación como un sistema independiente de acceso a la justicia, además de ser un mecanismo autónomo de pacificación social, el acta de mediación no tiene naturaleza jurisdiccional, a pesar de que la ley otorga a dicha acta efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, el mediador no tiene potestad jurisdiccional a diferencia de la legislación colombiana, por lo que concluimos que en el Ecuador no procede la acción extraordinaria de protección como una forma de impugnación al acta de mediación.
- La comparación de la legislación Ecuatoriana con otras legislaciones, concretamente con España, Colombia y Perú, nos ha permitido constatar las medidas que se toman para resolver la problemática de la renuncia de derechos.



- La legislación española enumera las materias susceptibles de mediación, determina la existencia del Servicio Interconfederal de Mediación para que ejerza una función de supervisión de los acuerdos, además, en ciertos casos en que se vulneran los derechos de los trabajadores, la eficacia de los acuerdos está supeditado a la realización de periodos de consultas a los mismos, el acuerdo que contiene la mediación podrá ser impugnado por fraude, dolo, coacción, además podrá ser impugnado mediante el ejercicio de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos, entre otras causas.
- Colombia regula la conciliación extrajudicial, el cual determina que los conciliadores que se ocupen de conflictos en materia laboral deberán acreditar que están capacitados en esta materia, regula además la sanción a los centros de mediación clasificando por tipo de sanción, regula también las responsabilidades de los conciliadores, entre las cuales está la de velar que no se menoscaben los derechos mínimos del trabajador. El acta que conste el acuerdo es cosa juzgada y tiene mérito ejecutivo, sin embargo, dicho acuerdo deberá ser aprobado por el Inspector de Trabajo que, posterior a ello dicha acta no podrá ser impugnada.
- La legislación peruana regula la conciliación extrajudicial, que tiene por objeto delimitar la autonomía de la voluntad. La ley determina que si el conciliador constata la existencia de mala fe, instará a las partes a ser asesoradas por un especialista en la materia, a más de determinar que cuando se trate de conciliar asuntos laborales, el conciliador deberá estar acreditado en la materia, además cada centro contará con un abogado quien tendrá que verificar la validez del acta. La ley determina, sanciones a los centros de conciliación, además de declarar la nulidad del acta cuando se ha omitido solemnidades sustanciales.



RECOMENDACIONES

Una vez concluido nuestro trabajo, no está de más dar las siguientes recomendaciones con el objeto de permitir el ejercicio del principio de transigibilidad sin vulnerar el principio de irrenunciabilidad:

- La Ley de Arbitraje y Mediación deberá enumerar las materias susceptibles de mediación, además de adecuar un título que trate únicamente de la mediación en materia laboral, determinando los derechos que puedan ser mediados y los que no, en virtud del principio de irrenunciabilidad.
- En el proceso de mediación, se deberá requerir la intervención de las partes con el asesoramiento de un abogado y cada centro de mediación deberá contar con un abogado independiente a las partes para verificar que en dicha acta no se vulneren derechos de los trabajadores.
- Siguiendo la línea del sistema español, los centros de mediación contarán con sesiones informativas para que las partes tengan conocimiento de la identidad del mediador, así como del procedimiento de mediación conjuntamente con sus efectos, y particularmente de sus derechos irrenunciables.
- La existencia de un Organismo de Control del Sistema Judicial, que tenga por objeto verificar que las actas de mediación no contengan vulneración de derechos de los trabajadores, antes de ser ejecutadas.
- La Ley de Arbitraje y Mediación deberá determinar, dentro de las funciones de los mediadores y centros de mediación, la de velar que no se menoscaben los derechos irrenunciables del trabajador, y por consiguiente determinar las responsabilidades, y las sanciones a los mismos cuando no cumplan con sus funciones.



- Se deberá instituir una norma, en el Código del Trabajo o en la Ley de Arbitraje y Mediación, mediante el cual se determine el método exacto para impugnar un acta de mediación cuando exista renuncia de derechos de los trabajadores, ya que ante la falta de aquello, es preciso aclarar para evitar debates al escoger un medio de impugnación en perjuicio de los derechos de los trabajadores.



REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Doctrina

- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Juridico elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Castellano , A. (2008). Vigencia y Alcance del Principio de Irrenunciabilidad. *Derecho y Sociedad*, 44-58.
- Coello García , H. (2004). *Epítome del Título Preliminar del Código Civil y sus Principales Relaciones con la Legislación Ecuatoriana*. Cuenca : Universidad de Cuenca .
- Dieste, J. (s.f.). *La transacción en el derecho del trabajo, con especial referencia a la impugnación de las actas transaccionales celebradas en el MTSS*. La Justicia Uruguaya.
- Enciclopedia juridica OMEBA. (2006). Buenos Aires: OMEBA.
- Folberg, I., & Taylor, A. (1992). *Mediación*. Mexico: Editorial Limusa.
- Galindo Cardona, Á. (2001). Origen y Desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador. *Iuris Dictio*, 2-4.
- Gil Echeverry, J. H. (2003). *La Conciliación Extrajudicial y la amigable Composición* . Bogotá: Temis .
- Gomez Bengoechea, B., & Vidal Fernandez, F. (2011). *Horizontes de la Familia ante el S. XXI*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas .
- Instituto Nacional de Educacion Laboral. (1987). *Los Conflictos Colectivos en el Ecuador una Vision Sindical*. Quito: INEL.
- Krostochin, E. (1978). *Tratado práctico del derecho del trabajo* . Buenos Aires : Depalma .
- Marquez, G., & De Villa, J. (2013). *Medios Alternativos de Solucion de Conflictos*. Mexico.
- Montreal , José; Martí, José; Gisbert, Carlos;. (1989). *Diccionario Enciclopedico Oceano Uno*. Barcelona: Oceano.
- Moon, B. K. (2012). *Directrices Para una Mediación Eficaz* . New York: Naciones Unidas.
- Plá Rodriguez, A. (1998). *Los principios del derecho del trabajo* . Buenos Aires : Depalma.
- Pozo , T. (2000). *Resolucion Alternativa de Conflictos* . Cuenca: Talleres Graficos de la Universidad del Azuay.
- Salcedo, H. (1999). Los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos como instrumentos alternativos al proceso laboral. *Proyecto social: Revista de Relaciones Laborales*, 170-171.



San Cristobal Reales , S. (2012). *Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos: Negociación, Conciliación, Mediación, Arbitraje en el Ambito Civil y Mercantil* . *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 39-62.

Sparvieri, E. (1995). *Principios y Tecnicas de Mediación* . Buenos Aires: Biblos.

Urquidi, E. (1999). *Solucion de conflictos sin litigio*. Queretaro: Centro Resolución de Conflicto.

Cuerpos Normativos

Convención de la Haya para la Resolucion Pacifica de Controvercias Internacionales. (18 de Octubre de 1907). *Convención de la Haya para la Resolucion Pacifica de Controvercias Internacionales*. La Haya , Países Bajos.

Constitución de la República del Ecuador . (20 de Octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador* . Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones .

Constitución Política Colombiana. (20 de Julio de 1991). *Constitución Política Colombiana*. Colombia: Gaceta Constitucional nro. 116.

Costitución Española. (14 de Marzo de 2018). *Costitución Española*. Madrid, España: Boletín Oficial del Estado.

Codigo Civil. (Junio de 2015). *Codigo Civil*. Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código del Trabajo. (2018). *Código del Trabajo*. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones .

Código Laboral y de Seguridad Social . (07 de Marzo de 2018). *Código Laboral y de Seguridad Social* . Madrid, España: Boletin Oficial del Estado.

Codigo Organico de la Funcion Judicial. (09 de Marzo de 2009). *Codigo Organico de la Funcion Judicial*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones .

Codigo Organico General de Procesos. (22 de Mayo de 2015). *Codigo Organico General de Procesos*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial N 506.

Ley de Arbitraje y Mediación . (8 de Junio de 2006). *Ley de Arbitraje y Mediación* . Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley de Conciliación Extrajudicial. (27 de Junio de 2008). *Ley de Conciliación Extrajudicial*. Lima, Perú.

Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. (06 de Juio de 2012). *Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*. Madrid, España: Boletín Oficial del Estado.



Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (22 de Octubre de 2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito, Ecuador: Registro Oficial.

Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. (10 de Octubre de 2011). *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*. Madrid, España: Boletín Oficial del Estado.

Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos . (07 de Septiembre de 1998). *Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos* . Cali, Colombia: Diario Oficial.

Reglamento a la Ley de Conciliación . (27 de Febrero de 2005). *Reglamento a la Ley de Conciliación* . Lima, Perú.

Reglamento de los Centros de Mediación de la Función Judicial . (27 de Diciembre de 2013). *Resolución del Consejo de la Judicatura 209*. Quito, Ecuador: Consejo de la Judicatura.

Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos. (10 de Febrero de 2012). *Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos*. Madrid, España: Boletín Oficial de Estado.

Procuraduría General del Estado. (2016). Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. *Registro Oficial 673*, 26.

Procuraduría General del Estado. (2007). Manual Operativo del Centro de Mediación de la PGE. *Manual Operativo del Centro de Mediación de la PGE*, 3-4.

Instructivo para el Funcionamiento de los Centros de Mediación. (27 de Marzo de 2018). *Instructivo para el Funcionamiento de los Centros de Mediación*. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 209.

Artículos de Revista

de la Villa , L. E. (1970). El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales. *Revista de Política Social*, 9-10.

González , S. (1999). Presente, Pasado y Futuro del Derecho Comparado. *Revista Chilena de Derecho*, 649-685.

Mangarelli, C. (2008). El Derecho del Trabajo y su Relación con el Derecho Civil. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 105-123.

Miranzo de Mateo, S. (2010). Origen y Evolución del Concepto Mediación. *Revista de Mediación*, 1-3.



Resoluciones Judiciales

Gaceta Judicial. (29 de Noviembre de 1985). Quito, Pichincha, Ecuador: Gaceta Judicial Serie XIV. No. 10.

Gaceta Judicial. (13 de Marzo de 1996). Quito, Pichincha, Ecuador: Gaceta Judicial Serie XVI. No. 5.

Gaceta Judicial. (14 de Julio de 1998). Quito, Pichincha, Ecuador: Gaceta Judicial Serie XVI. No. 12.

Recurso de Casación, 77136 (Sala de Casación Laboral 06 de Diciembre de 2017).

Bibliografía Digital

Aguirre Marquez, J. C. (24 de Septiembre de 2014). *Derecho Ecuador*. Obtenido de: <https://www.derechoecuador.com/materia-transigible-requisito-para-la-mediacion>

Arenas Benavides, S. (28 de Febrero de 2017). *¿Es posible anular un acuerdo celebrado por mediación en familia?* Obtenido de: <https://sergioarenasabogado.wordpress.com/2017/02/28/es-posible-anular-un-acuerdo-celebrado-por-mediacion-en-familia/>

Criollo Mayorga, G. (17 de Septiembre de 2012). *Derecho Ecuador*. Obtenido de: <https://www.derechoecuador.com/los-centros-de-arbitraje-y-mediacion-como-un-servicio-publico-0>

Criollo Mayorga., G. (15 de Mayo de 2017). *Derecho Ecuador*. Obtenido de: <https://www.derechoecuador.com/mediacion-en-el-cogep-0>

Enciclopedia Juridica Online. (06 de 2018). *Enciclopedia Juridica Online*. Obtenido de: <http://diccionario.leyderecho.org/dolo/>

Española, R. A. (octubre de 2014). *Real Academia Española*. Obtenido de: <http://dle.rae.es/?id=RU1938s>

García Falconi, J. (14 de Marzo de 2016). *Derecho Ecuador*. Obtenido de: <https://www.derechoecuador.com/las-excepciones-contempladas-en-el-cogep>

Gonzalez Maldonado, R. A. (17 de Abril de 2015). *Enciclopedia Juridica Online del Derecho Chileno*. Obtenido de: <http://chile.leyderecho.org/sentencia-ejecutoriada/>

LEXIS. S.A. (2016). *LEXISFINDER*. Obtenido de: <http://www.silec.com.ec.v.ucuenca.edu.ec/Webtools/LexisFinder/Search/HerramientasJuridicas/DiccionarioJuridico.aspx>

Lopez , A., & Fernandez de la Mela , J. M. (16 de Enero de 2015). *El Acuerdo de Mediación*. Obtenido de: http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4481/documento/20150116_um.pdf?id=5651



Mangarelli, C. (2004). *La Transacción en el Derecho del Trabajo*. Obtenido de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1090/28.pdf>

Reglamento del Centro de Mediación del Colegio de Abogados de Pichincha. (Febrero de 2004). Obtenido de: <http://www.colabpi.pro.ec/index.php/centro-de-mediacion/reglamento-del-centro-de-mediacion>

Suarez, M. (1996). *La importancia de la Mediación*. Obtenido de: <http://www.proyectohombre.es/archivos/45.pdf>

Superintendencia de Compañías. (19 de Noviembre de 2008). *reglamento de los centros de mediación de la Superintendencia de Compañías*. Obtenido de: http://www.supercias.gob.ec/bd_supercias/descargas/lotaip/a2/Centro-mediacion.pdf