



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

**TEMA: Pacto de Mediación y su efecto sobre el ejercicio del derecho de
acción**

LA AUTORA:

Genovesi Tinoco, Erika Skarleth

**Trabajo de Titulación previo a la Obtención del Título de
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA**

TUTOR:

Alava Loor, Juan Pablo

Guayaquil, Ecuador 22 de febrero del 2018



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y

POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Genovesi Tinoco, Erika Skarleth**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____

Alava Loor, Juan Pablo

DIRECTORA DE LA CARRERA

f. _____

Lynch de Nath, María Isabel

Guayaquil, al 22 del mes de febrero del año 2018



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE
JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Genovesi Tinoco, Erika Skarleth

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación **TEMA: Pacto de Mediación y su efecto sobre el ejercicio del derecho de acción**, previo a la obtención del Título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías.

Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, los 22 del mes de febrero del año 2018

LA AUTORA

f. _____

Genovesi Tinoco, Erika Skarleth



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y

POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, Genovesi Tinoco, Erika Skarleth

Autorizamos a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **TEMA: Pacto de Mediación y su efecto sobre el ejercicio del derecho de acción** cuyo contenido, ideas y criterios son de nuestra exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, los 22 del mes de febrero del año 2018

LA AUTORA

f. _____

Genovesi Tinoco, Erika Skarleth

REPORTE DEL URKUND

The screenshot displays the URKUND web interface. The browser address bar shows the URL: <https://secure.orkund.com/view/35298713-917099-148877#q1bKLVayijY0MTeXNDKN1VEqzKzPy0zLTE7MS05VjLQMzAwMTAzMDG3MLMwN7Uwt7Q0qQUA>. The document details on the left include:

- Documento:** TESIS Pacto de Mediación y su Efecto Sobre el Ejercicio de Derecho De Acción. doc (D35808974)
- Presentado:** 2018-02-24 15:38 (-05:00)
- Presentado por:** maritza.reynoso@analysis.orkund.com
- Recibido:** maritza.reynoso@analysis.orkund.com
- Mensaje:** Tesis Erika Genovesi Tutor Juan P. Alava [Mostrar el mensaje completo](#)

A yellow highlight indicates that 1% of the 14 pages are composed of text present in 1 source. On the right, the 'Lista de fuentes' (List of sources) is shown with the following entry:

Categoría	Enlace/nombre de archivo
	https://www.derechoecuatorador.com/tutela-judicial-efectiva

The interface also includes a 'Bloques' tab and a footer with navigation and utility icons.

TUTOR

f. _____

Alava Loor, Juan Pablo

LA AUTORA

f. _____

Genovesi Tinoco, Erika Skarleth



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

AGRADECIMIENTO:

Agradezco primero a Dios por haberme dado la oportunidad y sabiduría para poder estudiar, ya que sin él nada es posible, a mis padres por el esfuerzo que hicieron a lo largo de todos estos años con el afán de verme como profesional, a mis familiares que siempre estuvieron ahí cuando los necesite.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Dedicatoria:

A mis padres que fueron pieza fundamental para poder lograr esta meta, ya que sin ellos nada de esto sería posible, gracias por no abandonarme en ningún momento de este largo y duro camino, esto es por ustedes.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y

POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____
GARCIA BAQUERIZO, JOSE MIGUEL
DECANO DE LA CARRERA

f. _____
REYNOSO GAUTE DE WRIGHT, MARITZA REYNOSO
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____
NUQUES MARTÍNEZ, HILDA TERESA
OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

ACTA DE INFORME PARCIAL

Facultad: Jurisprudencia

Carrera: Derecho

Periodo: UTE B-2017

Fecha: 22 de Febrero del 2018

ACTA DE INFORME PARCIAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado “**Pacto de Mediación y su Efecto Sobre el Ejercicio de Derecho De Acción**” elaborado por la estudiante **Erika Skarleth Genovesi Tinoco**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de 10 (DIEZ), lo cual lo califica como **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN**.

ÁLAVA LOOR, JUAN PABLO

Docente Tutor

Índice

1. Resumen	XI
2. Introducción.....	2
3. ¿Qué es la mediación?	3
4. Objetivo del convenio de mediación	5
5. Principios de la mediación.....	5
5.1. Principio de Voluntariedad	5
5.2. Principio de confidencialidad	6
6. Efectos del convenio de mediación	7
1.1 6.1 Efecto positivo	7
1.2 6.2 Efecto negativo	7
7. Legislación comparada	9
8. ¿En qué consiste la tutela judicial efectiva?	10
9. ¿En qué consiste el derecho de acción?.....	13
10. Conclusiones.....	16
11. Referencia.....	17

1. Resumen

La presente investigación va encaminada a estudiar al convenio de mediación, sus efectos en cuando a su aplicabilidad, su naturaleza, así mismo analizaremos como se aplica la mediación en nuestro país y como se aplicada en otros países. También estudiaremos a la Tutela Judicial Efectiva y El Derecho de Acción.

La problemática motivo de mi investigación, se basa, en que cuando accedemos a los métodos alternativos de conflicto para la solución de una controversia los jueces quedan inhabilitados de poder conocer esa causa, el problema surge cuando las partes no han llegado a un acuerdo o cuando no asistieron a la mediación, entonces la Ley de Arbitraje y Mediación nos establece que para poder acceder a la justicia ordinaria debemos tener un acta de imposibilidad de acuerdo que es lo que faculta a las partes de poder solucionar la controversia en la justicia ordinaria.

Palabras claves: Convenio de Mediación, Tutela Judicial Efectiva, Derecho de Acción, Acta de Imposibilidad De Acuerdo, Acta De Imposibilidad de Mediación, Ley de Arbitraje y Mediación.

❖ **Abstrac**

The present investigation is aimed at studying the mediation agreement, its effects in terms of its applicability, its nature, and we will analyze how mediation is applied in our country and how it is applied in other countries. We will also study Effective Judicial Guardianship and The Right of Action.

The problematic motive of my investigation is based on the fact that when we access alternative methods of conflict for the solution of a controversy, the judges are unable to know this cause, the problem arises when the parties have not reached an agreement or when they did not attend the mediation, then the Arbitration and Mediation Law establishes that in order to access the ordinary justice we must have an act of impossibility of agreement that is what empowers the parties to be able to solve the controversy in the ordinary courts.

Keywords: Mediation Agreement, Effective Judicial Protection, Right of Action, Act of Impossibility of Agreement, Act of Impossibility of Mediation, Law of Arbitration and Mediation

2. Introducción

En el Ecuador además de tener a los órganos jurisdiccionales para solucionar los conflictos que se nos presentan a lo largo de nuestras vidas, también tenemos métodos no comunes a la justicia ordinaria, es decir tenemos métodos alternativos para la solución de conflictos, como lo son el arbitraje, la transacción y la mediación que es el eje central de mi tema de investigación.

Como ya sabemos la mediación es un método alternativo de solución de conflictos donde las partes son asistidas por un tercero neutral que los ayuda a solucionar su controversia, no dando alternativas, sino que guiándolas para que de esa manera las partes lleguen a un consenso donde todos queden beneficiados con la solución, todo esto de forma voluntaria y confidencial.

Los efectos que se desenlazan del convenio de mediación son que por una parte las partes como lo dije antes deciden dejar la justicia ordinaria y someterse a la mediación y otro es que inhabilita a los jueces de conocer la causa materia de la mediación.

Entonces como jueces no son hábiles de conocer las causas que son sometidas a mediación, ¿Qué pasa cuando una de las partes, quiere acceder a la justicia ordinaria? ¿Qué necesita para hacerlo? Eso es lo que estudiaremos en este trabajo de investigación

3. ¿Qué es la mediación?

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

Álvarez define a la mediación como algo que se usa participar dentro de un proceso controversial, que es confidencial, donde somos asistidos por un tercero neutral, que nos ayuda a negociar las posibles soluciones, para así llegar a un acuerdo mutuo y que sea aceptable.

“La mediación es el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objetivo de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas.” (Folberg, 1996)

En cambio, Folberg la define como aquel proceso por el cual las partes, asistidas por personas neutrales, buscan opciones para así llegar a un mutuo acuerdo en base a sus necesidades, también dice que es responsabilidad de las partes las decisiones que tomen.

“Si las opciones presentadas son irrazonables, excesivas o ilícitas, un buen mediador deberá reconducir la negociación para que las partes razonen sobre los riesgos de mantener esa orientación de modo tal que estas adviertan sobre

tales aspectos, para que el acuerdo sea fruto de la convicción razonada de las partes y se sustente en bases sólidas.” (Dupuis)

Dupuis no dice que si las soluciones a las que llegaron las partes no son las más adecuadas en cuanto estas sean ilícita o poco razonable, el mediador deberá de la manera más acertada hacer que las partes entren en razón.

“La mediación es un procedimiento jurídico de resolución extrajudicial de conflictos entre las personas, caracterizado por la intervención de una tercera persona, neutral respecto de las partes en controversia, que aceptan que las auxilie en la búsqueda de una solución satisfactoria para ambas, dentro de los límites fijados por la ley”. (Soletto Muñoz, 2007)

Soletto Muñoz establece que la mediación es un procedimiento jurídico, no ordinario que ayuda a la solución de conflictos entre las partes, que se caracteriza porque interviene un tercero neutral, que auxilia a las partes en la búsqueda de una solución donde ambas partes sea beneficiadas, respetando los límites de la ley.

Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación la define en su artículo # 43:

“La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra - judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.” (Ley de Arbitraje y Mediación , 1997)

Nuestra Constitución también reconoce a la mediación al indicar en su Art. 190:

“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...” (Constitución de la República del Ecuador , 2008)

Y de la misma manera lo hace en el Art. 97 en el cual señala:

“Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley.....” (Constitución de la República del Ecuador , 2008)

En resumen, podemos definir a la mediación como, un proceso voluntario y confidencial que sirve para la solución de conflictos, donde las partes auxiliadas por un tercero neutral llamado mediador, trata de alcanzar acuerdos satisfactorios para ambas partes y de esa manera poner fin con el conflicto suscitado.

Debemos tener claro que el acuerdo debe ser iniciativa de las partes y no del mediador, ya que el papel que éste juega es solo de guiar a las partes para evaluar el acuerdo al que han llegado, basándose en criterios objetivos, por lo que si las partes llegasen a tener soluciones no adecuadas el mediador deberá orientar a las partes para que estas entren en razón y la solución que tomen sea la más acertada para ambas partes.

4. Objetivo del convenio de mediación

“La mediación tiene diversos objetivos como: facilitar que se establezca una nueva relación entre las partes en conflicto; incrementar el respeto y la confianza; corregir percepciones e informaciones equivocadas que se puedan tener con respecto al conflicto y entre los implicados de este; crear un marco que facilite la comunicación entre las partes y la transformación del conflicto.” (Valenciana)

El convenio de mediación por ende tiene el objetivo de darle una solución más ágil y rápida al conflicto, donde ambas partes queden satisfechas con la solución del conflicto, ya que son ellas las que dan las alternativas.

Es importante también hablar de los principios de la mediación y estos son: la voluntariedad y la confidencialidad.

5. Principios de la mediación

5.1. Principio de Voluntariedad

“Las partes aprueban someterse al acuerdo que ellas mismas alcancen, y a la ejecutividad de este. Los acuerdos adoptados por la voluntad de las partes son más justos, efectivos y duraderos, al tener presentes las necesidades, intereses, emociones y opiniones de personas directamente implicadas, que son las únicas que deciden.” (inter-nos)

Este principio versa sobre la libertad que tienen las partes de querer someterse a la mediación en el caso de que se les suscite un conflicto, así como los acuerdos a lo que se lleguen en la mediación.

En este principio tenemos que tener en cuenta algo muy importante y esto es cuando pasa a ser un proceso obligatorio y ya no voluntario, pues en el artículo 46 de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación nos manifiesta que una vez que las partes decidieron someterse voluntariamente a un proceso de mediación y esta consta por escrito para las partes ya es obligatorio.

5.2. Principio de confidencialidad

Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad.

Este principio permite revelar a las partes información de confianza, cosa que así se puede establecer cuáles son las verdaderas intenciones y necesidades de las partes en conflicto.

En nuestra ley de Arbitraje y Mediación en su art. 50 hace referencia a la confidencialidad de la mediación y establece:

“Art. 50. La mediación tiene carácter confidencial.

Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva.

Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar.” (Ley de Arbitraje y Mediación , 1997)

Con este principio también se precautela a las partes frente a terceros, por lo que el mediador no podrá ventilar nada de solo que se trató en la mediación a ninguna persona, tanto es así que tampoco podrá ser llamado a declarar frente a un proceso arbitral o judicial.

Después de haber definido y analizado varios conceptos de mediación puedo rescatar que la naturaleza del pacto de mediación es:

- La voluntariedad de las partes de querer solucionar un conflicto que se les presente en el futuro por medios alternativos de conflicto como la mediación.
- El querer dejar atrás a la jurisdicción ordinaria por otros métodos no comunes.

- La posibilidad de poder escoger ellos mismo quienes quieren que sea el tercero neutral que les ayude con mecanismos para poder solucionar un conflicto.
- El hecho de que las soluciones que se dan en su mayoría son satisfactorias para ambas partes.

“El convenio de mediación es un acuerdo de voluntades donde concurren las intenciones con las necesidades, y al igual que en el contrato, el consentimiento se manifiesta como elemento existencial.” (Tirado, 2007)

“El convenio de mediación en sentido amplio es la reunión de varias declaraciones y reconocimientos en una concordante voluntad, que determina relaciones de hecho y de derecho.” (Tirado, 2007)

Por lo tanto, podemos entender que el convenio de mediación es un acto formalmente jurídico y de naturaleza moral y ética, donde en su contenido se establece la solución, de los conflictos que se hayan suscitado entre las partes, así mismo sus efectos deberán de ser tutelados por el derecho debido su fuerza vinculatoria, ya que el convenio de mediación está representado por un conjunto de normas de conducta por parte de quien es lo celebran, las mismas que necesitan de un fundamento jurídico.

6. Efectos del convenio de mediación

El convenio de mediación tiene dos efectos uno positivo y otro negativo.

6.1 Efecto positivo

Cuando hablamos del efecto positivo del convenio de mediación nos referimos a que las partes deciden tomar métodos alternativos de conflicto en este caso, deciden que si tienen algún conflicto lo resolverán por medio de la mediación, es decir rechazan la justicia ordinaria.

6.2 Efecto negativo

En cuanto al efecto negativo nos referimos a la imposibilidad que tiene los jueces de conocer de la causa que ha sido sometida a la mediación, en el artículo 46, literal a de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación nos lo establece.

“Art. 46.- La mediación podrá proceder:

- a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales.” (Ley de Arbitraje y Mediación , 1997)

Aquí es preciso que nos hagamos una pregunta y esta es: **¿Qué pasa cuando tomamos alternativas de solución de conflicto y queremos llevar el conflicto a la justicia ordinaria?**

Pues para poder responder a esta interrogante debemos analizar un punto muy relevante del artículo antes citado y esto es que nos menciona que para poder acudir a la justicia ordinaria es preciso tener un acta de imposibilidad de acuerdo o la renuncia escrita de las partes, entonces vamos a proceder a revisar cuando obtenemos un acta de imposibilidad de acuerdo.

En el artículo 35 del reglamento del centro de mediación de la función judicial nos indica cuando obtenemos un acta de imposibilidad de acuerdo.

“artículo 35.- Acta de imposibilidad de acuerdo. – si efectuada la audiencia las partes no llegaran a un acuerdo se suscribe un acta de imposibilidad de acuerdo, donde se hace constar el resultado de la mediación.

Con la sola firma de la o el mediador correspondiente se presume que el documento y las firmas contenidas en este son auténticas de conformidad con

los dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente.” (Reglamento del Centro de Mediación de la Función Judicial , 2013)

En nuestra Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 47 inciso quinto nos establece:

“En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos.” (Reglamento del Centro de Mediación de la Función Judicial , 2013)

Los artículos antes citados nos hacen referencia de cuanto obtenemos un acta de imposibilidad de acuerdo y en resumen podemos decir que es cuando las partes no se pusieron de acuerdo en las posibles soluciones que le podían dar al conflicto, por lo que el mediador en base a este no acuerdo hace el acta de imposibilidad de acuerdo que servirá para una de las partes interesadas pueda activar a la justicia ordinaria y le dé una solución al conflicto.

Hay que tener en claro que para que haya un acta de imposibilidad de acuerdo, ambas partes tuvieron que asistir a la audiencia, ya que, esa sería la única forma de poder obtener el acta, porque ahí queda la constancia que ninguna de las dos partes se puso de acuerdo en la solución del conflicto; si solo asiste una de las partes, la única acta que obtendrá es el acta de imposibilidad de mediación.

7. Legislación comparada

La legislación española es un poco parecida a la nuestra en cuanto a los efectos del convenio de mediación, en la ley 5/12 de mediación en su art. 6.2 indica:

“2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.” (Fernandez, 2015)

Leyendo este artículo nos podemos dar cuenta que nos está hablando del efecto positivo del convenio de mediación, donde establece que se renuncia a la justicia ordinaria para tomar métodos alternativos de conflictos.

El art. 10.2 segundo párrafo dice:

"Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.

El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria." (Fernandez, 2015)

Este segundo artículo en cambio nos habla del efecto negativo del convenio de mediación, en cuanto que también inhabilita a los tribunales de conocer las causas que se han sometido a mediación.

Nos podemos dar cuenta que nuestra legislación y la legislación española tienen una similitud en cuanto a sus efectos positivos y negativos.

Después de haber analizado los efectos del convenio de la mediación y en especial de efecto negativo, es preciso analizar el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Derecho de Acción, ya que al momento de acceder a métodos alternativos de solución de conflicto dejamos a un lado la justicia ordinaria y cuando analizamos el efecto negativo vimos que los jueces están privados de conocer la causa y que la única manera de conocerla es teniendo un acta de imposibilidad de acuerdo, entonces **¿En el caso de no tener ese acta estamos afectando nuestro derecho a la tutela judicial efectiva y a nuestro derecho de acción?**

8. ¿En qué consiste la tutela judicial efectiva?

"El derecho a la tutela efectiva consiste en la posibilidad jurídica que tiene un sujeto de Derecho de acceder, en condiciones de igualdad con otro sujeto de similares

características, a la administración de justicia o a órganos relacionados en forma directa con ella, y a conseguir de dicha administración en tiempo razonable y en el marco de un debido proceso, una resolución motivada y justa que debe cumplirse, en forma integral y real en forma inmediata, salvo que por la materia de la decisión o por otra circunstancia su ejecución exija un tiempo posterior.” (G, 2007)

“La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de defensa o de protección de toda persona, con capacidad o sin ésta, contra la injerencia de cualquier extraño, fundamentalmente el Poder público, en su ámbito jurídico. Aquí no se trata de proteger derechos fundamentales, sino cualquier derecho. Es un derecho fundamental de todo ente con personalidad reconocida por el Derecho exigir tutela judicial para que sus derechos no sean amenazados con lesión o sean efectivamente vulnerados.” (Egas, 2010)

En nuestra Constitución de la República del Ecuador en su art. 75 indica que:

“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; sin que en ningún caso quede en indefensión”. (Constitucion de la Republica del Ecuador , 2008)

Nuestro Código Orgánico de la Función Judicial en su art. 23 también contempla la tutela judicial efectiva y nos dice:

“La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigidos. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los méritos del proceso.

La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso.

Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles.” (Codigo Organico de la Funcion Judicial , 2009)

La tutela judicial efectiva en el COFJ es manejada como el deber que tiene los jueces y tribunales de dar una respuesta a los requerimientos expresados a través de los cauces respectivos, la “garantía” de la tutela judicial efectiva se basa, primero, en la obligación de responder a las pretensiones de las partes, de una manera sustentada.

Es trascendental que el COFJ no solo haga referencia a nuestro ordenamiento jurídico nacional, sino que también contemple las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano.

En resumen, podemos definir el derecho a la tutela judicial efectiva como aquel derecho que tenemos de poder acudir a órganos jurisdiccionales, para que a su vez estos órganos nos otorguen una respuesta basada en derecho a las pretensiones que presentemos, y que se dirige por medio de una demanda, no necesariamente la respuesta deberá ser positiva en cuanto a las pretensiones.

En consecuencia, podemos establecer que es un derecho de carácter autónomo e independiente del derecho sustancial, que se expone en el derecho que tiene una persona para obligar al Estado que preste servicios de administración de justicia, y así obtener una sentencia, independientemente de que utilice o no al derecho material.

La tutela judicial efectiva necesita que el Estado haga todo lo posible para que de esa manera pueda garantizar su ejercicio y así poder instituir todos aquellos procedimientos que se necesiten para su ejercicio efectivo. Todo esto ya sea desde el entorno normativo o en el establecimiento de órganos y procedimientos oportunos.

El objeto de la tutela judicial efectiva versa sobre los múltiples derechos que una persona logra hacer proteger en un proceso judicial, así debiéndose pedir la prestación de la tutela únicamente de los tribunales de justicia.

9. ¿En qué consiste el derecho de acción?

“La acción es la facultad que corresponde a una persona para requerir la intervención del Estado a efecto de tutelar una situación jurídica material”. (Hugo, 1957)

“La acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica” (ALSINA, 1963)

“Es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, consistente en la facultad de acudir ante los órganos de la jurisdicción, exponiendo sus pretensiones y formulando la petición que afirma como correspondiente a su derecho” (COUTURE, 1997)

En resumen, el derecho de acción es el poder abstracto que permite el acceso a un derecho completo para poder reclamar frente un tribunal. Todas las personas que pertenecen a una sociedad que se encuentra organizada tienen la facultad para poder acudir ante los órganos jurisdiccionales para que así, se establezca la seguridad jurídica frente a un derecho.

La acción es aquella facultad que tenemos de poder reclamar la intervención de la justicia en cuanto se nos está vulnerando derechos en particular. “La pretensión es la concreción de esa potestad. La demanda es el instrumento material que plasma el poder abstracto (la acción) y el derecho concreto (la pretensión). La demanda es la presentación escrita de esos dos aspectos ante órgano jurisdiccional.” (ILLANES, 2010)

Como nos podemos dar cuenta tanto el derecho de acción como el derecho a la tutela judicial efectiva consisten en proteger a las personas de la indefensión, son aquellos derechos que facultan a todo ciudadano de poder acceder a la justicia, es la obligación que tiene todo Estado de proveer a sus ciudadanos de armas para que se pueden proteger jurídicamente.

Son derechos fundamentales de los ciudadanos, de estos derechos parte el hecho de que una persona sea juzgada justamente, cumpliendo con las normativas legales, otorgándoles a los ciudadanos sentencia motivadas y justas, haciendo que los jueces actúen en derecho.

Al haber analizado estos dos derechos muy importantes que nos ayudan a garantizar el derecho que tenemos todos los ciudadanos de poder defendernos frente a un conflicto, y como ya sabemos por lo estudiado anteriormente, que cuando estamos frente a la mediación los jueces quedan inhabilitados para conocer de causas que estén en la misma, y que para poder acceder a la justicia ordinaria se necesita del acta de imposibilidad de acuerdo, es de mucha importancia hacernos la siguiente pregunta:

¿Qué ocurre cuando una de las partes no va a la mediación?

Nuestra Ley de Arbitraje Y Mediación en su artículo 51 establece:

“Alguna de las partes no comparece a la audiencia de mediación a la que fuere convocada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si en la segunda oportunidad alguna de las partes no comparece, el mediador expedirá la constancia de imposibilidad de mediación.” (Ley de Arbitraje y Mediación , 1997)

A su vez nuestro Reglamento Del Centro De Mediación De La Función Judicial en su artículo 36, nos dice:

“si la audiencia de mediación no se realiza por incomparecencia de una o ambas partes, por dos ocasiones consecutivas, se expedirá la constancia de imposibilidad de mediación”. (Reglamento del Centro de Mediación de la Función Judicial , 2013)

Entonces respondiendo a nuestra pregunta podemos decir que a falta de una o ambas partes el mediador procederá a expedir el acta de imposibilidad de mediación, que será aquella en la que consta que las partes no se presentaron a la audiencia de mediación para así poner fin al conflicto.

Cuando analizamos que se necesitaba para poder acceder a la justicia ordinaria, ahí nos pudimos dar cuenta que la Ley de Arbitraje y mediación en su artículo # 46, literal a, establece:

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

reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales” (Ley de Arbitraje y Mediación , 1997)

Entonces uno de los requisitos que establece es que tengamos un acta de imposibilidad de acuerdo y la dicha acta se la obtiene solamente cuando las partes no llegaron a un acuerdo en la audiencia de mediación.

En base a esto podemos darnos cuenta de que el acta de imposibilidad de mediación, no nos sirve para poder activar a los órganos jurisdiccionales y poder dar una solución al conflicto.

Como consecuencia de lo último dicho, surge una gran problemática y esta es **¿Qué pasa si quiero acceder a la justicia ordinaria pero solo tengo el acta de imposibilidad de mediación?**

Respondiendo a esta pregunta, se puede establecer que no se podría acceder a los órganos jurisdiccionales ya que el requisito para poderlo hacer es tener el acta de imposibilidad de acuerdo, por lo que en el caso de que una de las partes quisiera darle solución al conflicto que tuviere no podría hacerlo, porque no cumple con el requisito que la ley establece.

Viéndolo así, se estaría yendo en contra del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de acción que tiene toda persona de acceder a órganos jurisdiccionales para poderse defender frente a un conflicto, está limitando su derecho a la defensa y a tener una sentencia motivada en derecho ya que no se le permite presentar su causa ante jueces ordinarios.

Por lo que según este análisis estaríamos frente a una norma inconstitucional, ya que limita el ejercicio de derechos fundamentales que están consagrados en la Constitución de la República.

A mi parecer se debería reformar el artículo 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación, permitiendo también que, para poder acceder a la justicia ordinaria, sea válida el acta de imposibilidad de mediación, porque no sería justo que una persona no se pueda defender por el simple hecho de que la otra parte no asiste a la audiencia de mediación.

10. Conclusiones

- En síntesis, podemos decir que el convenio de mediación es un acuerdo voluntario donde las partes deciden resolver su controversia asistidos por un tercero neutral que los ayudara a guiar para que las posibles soluciones a las que lleguen sean las más adecuadas y beneficiosas para ambas partes.
- Que el convenio de mediación tiene dos efectos, uno positivo en cuanto deja a un lado la justicia ordinaria, prefiriendo la mediación y el negativo es que limita a los jueces en cuanto no pueden conocer las causas que estén sometidas a arbitraje.
- Que la Ley de Arbitraje y Mediación, nos establece, que para poder acceder a la justicia ordinaria en el caso de que las partes no logren solucionar su conflicto en la mediación, es tener un acta de imposibilidad de acuerdo, que se la obtiene cuando las partes no llegaron a ningún acuerdo.
- Que la Ley de Arbitraje y Mediación, limita nuestro derecho a la tutela judicial efectiva y nuestro derecho de acción, ya que, si una o ambas partes no comparecen en la audiencia de mediación, solo nos otorgan el acta de imposibilidad de mediación que no nos sirve para poder activar a los órganos jurisdiccionales.
- Como consecuencia de esto podemos concluir que nuestra ley de arbitraje y mediación en su art # 46 es inconstitucional porque vulnera nuestro derecho fundamental como lo es el derecho a la tutela judicial efectiva que es nos faculta a poder acceder a órganos jurisdiccionales que solucionen nuestros conflictos con base en derecho y de manera motiva, por lo que sería muy factible que reformaran este artículo, en cuando también se debería establecer que para poder acceder a la justicia ordinaria no solo es necesaria el acta de imposibilidad de acuerdo, sino también el acta de imposibilidad de mediación.

11. Referencia

- ALSINA, H. (1963). *Tratado Teórico Practico De derecho Procesal, Civil*. Buenos Aires: Ediar.
- Alvarez, G. (1997). *Diferencia entre Conciliacion y Mediacion* . Quito.
- Codigo Organico de la Funcion Judicial . (2009). Ecuador .
- Constitucion de la Republica del Ecuador . (2008). Ecuador .
- COUTURE, E. J. (1997). *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires : DePalma.
- Dupuis, J. (s.f.). *Mediacion* .
- Egas, Z. (2010). *Derecho Costitucional Neocostitucionalismo*. Guayaquil: Edilex.
- Fernandez, S. (9 de abril de 2015). *Legal Today* . Obtenido de <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/arbitraje/el-compromiso-de-mediacion>
- Folberg, J. y. (1996). *Mediacion, Resolucion de conflictos sin litigio* . Mexico : Limusa.
- G, H. (2007). *Prespectivas del derecho procesal Constitucional*. Bogota: Universidad del Rosario.
- ILLANES, F. (2010). "*La Acción Procesal*". Obtenido de <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/03/accpro.html>
- inter-nos. (s.f.). *centro de mediacion andaluz de mediacion: características de la mediacion* . Obtenido de <http://www.inter-nus.org>
- Ley de Arbitraje y Mediacion . (1997). Ecuador.
- Reglamento del Centro de Mediacion de la Funcion Judicial . (2013). Ecuador .
- Soletto Muñoz, y. O. (2007). *Mediacion y solucion de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente* . Madrid: Coords.
- Tirado, H. H. (2007). *El convenio de mediacion* . Mexico .
- Valenciana, G. (s.f.). *Orientados* . Obtenido de <http://edu.gva.es/orientados/profesorado/descargas/la%20mediacion%en%20la%20resolucion%20de%20conflicto.pdf>

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Genovesi Tinoco, Erika Skarleth** con C.C: # 075014017-0 autora del trabajo de titulación: **TEMA: Pacto de Mediación y su Efecto Sobre el Ejercicio del Derecho de Acción** previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

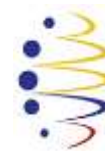
2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **22 de febrero de 2018**

f. _____

Nombre: **Genovesi Tinoco, Erika Skarleth**

C.C: **0750140170**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA			
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN			
TEMA Y SUBTEMA:	TEMA: Pacto de Mediación y su Efecto Sobre el Ejercicio del Derecho de Acción		
AUTOR(ES)	Erika Skarleth, Genovesi Tinoco		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Juan Pablo, Álava Loor		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia		
CARRERA:	Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	22 de febrero de 2018	No. DE PÁGINAS:	31
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Procesal Civil, Derecho Constitucional, Derecho Civil.		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Convenio de Mediación, Tutela Judicial Efectiva, Derecho de Acción, Acta de Imposibilidad De Acuerdo, Acta De Imposibilidad de Mediación, Ley de Arbitraje y Mediación		
RESUMEN/ABSTRACT			
<p>La presente investigación va encaminada a estudiar al convenio de mediación, sus efectos en cuando a su aplicabilidad, su naturaleza, así mismo analizaremos como se aplica la mediación en nuestro país y como se aplicada en otros países. También estudiaremos a la Tutela Judicial Efectiva y El Derecho de Acción.</p> <p>La problemática motivo de mi investigación, se basa, en que cuando accedemos a los métodos alternativos de conflicto para la solución de una controversia los jueces quedan inhabilitados de poder conocer esa causa, el problema surge cuando las partes no han llegado a un acuerdo o cuando no asistieron a la mediación, entonces la Ley de Arbitraje y Mediación nos establece que para poder acceder a la justicia ordinaria debemos tener un acta de imposibilidad de acuerdo que es lo que faculta a las partes de poder solucionar la controversia en la justicia ordinaria.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0985875236	E-mail: erika081194@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute Maritza		
	Teléfono: 0994602774		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			