

07

EL PRINCIPIO

**DE VOLUNTARIEDAD DE LA MEDIACIÓN EN LOS ACTOS
NOTARIALES**

EL PRINCIPIO

DE VOLUNTARIEDAD DE LA MEDIACIÓN EN LOS ACTOS NOTARIALES

THE VOLUNTARY PRINCIPLE OF MEDIATION IN NOTARIAL ACTS

María Trinidad Mongón-Cepeda¹

E-mail: marytmongonc@hotmail.es

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-4767-1493>

Alfredo Fabian Carrillo¹

E-mail: alfredocarrillo@uti.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5197-8760>

¹ Universidad Tecnológica Indoamérica. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Mongón-Cepeda, M. T., & Carrillo, A. F. (2023). El Principio de Voluntariedad de la Mediación en los actos notariales. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 6(3), 58-66.

RESUMEN

El presente trabajo se propuso indagar en el principio de voluntariedad que rige al sistema de mediación, en tanto institución con efectividad para solucionar conflictos extrajudiciales. El enfoque metodológico fue sistémico, de tipo teórico – deductivo, de carácter socio – jurídico y con apoyo del derecho comparado. A través del método comparativo, principalmente el estudio de las normativas que contemplan la competencia de los notarios como mediadores en España, México y Alemania, se analizó la posibilidad que pueda ser factible su implementación dentro del sistema notarial ecuatoriano. Se definió conceptualmente el principio de voluntariedad, la mediación notarial y los actos notariales, para posteriormente proceder a realizar la respectiva discusión. Se concluyó que en la mediación son los mismos interesados quienes acogen de manera voluntaria la responsabilidad de solventar sus conflictos y conseguir acuerdos satisfactorios para la totalidad de las partes. Esto mediante un procedimiento sencillo y flexible, asistido por la presencia imparcial y confidencial del notario formado para tales efectos. En Ecuador, al igual que en países como España y México, los notarios en tanto funcionarios públicos del Estado y especialistas en Derecho, están en capacidad de asesorar resolver determinados conflictos que surjan entre las partes sin tener que acudir a juicio.

Palabras clave:

Principio de voluntariedad, notario, mediación.

ABSTRACT

The present work proposed to investigate the principle of voluntariness that governs the mediation system, as an effective device to solve extrajudicial conflicts. The methodological approach will be systemic, of a theoretical - deductive type, of a socio - legal nature and with the support of comparative law. Through comparative law, mainly the study of the regulations that contemplate the competence of notaries as mediators in Spain, Mexico and Germany, the possibility that its implementation within the Ecuadorian notarial system may be feasible was analyzed. The principle of voluntariness, notarial mediation and notarial acts were defined conceptually, to later proceed to carry out the respective discussion. It was concluded that in mediation it is the same interested parties who voluntarily accept the responsibility of resolving their conflicts and reaching satisfactory agreements for all parties. This through a simple and flexible procedure, assisted by the impartial and confidential presence of the notary trained for such purposes. In Ecuador, as in countries such as Spain and Mexico, notaries, as public officials of the State and specialists in Law, are able to advise on resolving certain conflicts that arise between the parties without having to go to trial.

Keywords:

Voluntary Principle, notary, mediation.

INTRODUCCIÓN

Las actividades del notario van más allá que únicamente producir documentos autenticados. Las novedosas tendencias de las funciones notariales envuelven la participación del notario en la totalidad de actos que históricamente se conocen como jurisdicción voluntaria (Aguilar, 2020).

En su investigación, Palma (2021), se planteó como objetivo dar fundamento jurídico a la viabilidad de la mediación notarial. Se demostró que los notarios cuentan con características, saberes y capacidades que pueden hacer posible que gocen de la competencia de mediación, en especial por su formación en derecho y su trayectoria. Posibilitar que los notarios cumplan funciones de mediación para resolver conflictos son recurrir a la vía judicial sería útil para descongestionar la cantidad de procesos de esa naturaleza.

A nivel internacional, en España el Consejo General del Notario (2020) manifiesta que la mediación notarial es una opción y una necesidad para la solución de conflictos. Esto porque se requería aliviar la carga de trabajo en los tribunales para resolver litigios de manera más eficiente entre personas naturales o jurídicas.

En ese sentido, sostienen Piedra & Polo (2022), que un proceso de mediación comienza cuando surge una determinada situación conflictiva, esto es, cuando existe un escenario con diferencias y disputas entre personas o grupos. La misma está relacionada a especificaciones tanto de estructurales como personal, de modo que el conflicto se origina cuando se presenta cualquier posición con la que se discrepe.

Por otra parte, cuando el Estado de derecho se vio en la obligación de reglamentar las conductas de los grupos sociales con la finalidad de mantener la paz social, a través de la implementación del proceso judicial, se arriba al sistema actual, en el que casi exclusivamente la figura del juez tiene legitimidad para pronunciar un veredicto. No obstante, conserva una vía de resolución sustentada primordialmente en modelos jurídicos, lo que contribuye a la reproducción de un régimen jurídico rígido y forma.

Al respecto, Pérez & Cobas (2013), manifiestan que es preocupante que persista en ciertos casos el aforismo legal que señala que al retrasarse la justicia la misma se está denegando, porque es inaceptable. En una sociedad en pleno proceso de digitalización la burocracia legal y administrativa a un ritmo lento es injustificable. En opinión de los autores, se habla de un probable colapso judicial, no imputable a los juzgadores, sino al mismo sistema diseñado para una cantidad menor de procesos en los tribunales.

Por tanto, aunque resulta casi imposible, que la sociedad contemporánea funcione sin el tradicional proceso jurídico, es factible la búsqueda de mecanismos alternos al

mismo. Ello no tiene que significar una ruptura con dichos procesos, sino que se configurarían alternativas a los esquemas que en el pasado han concentrado o limitado la función judicial, buscando preservar los principios del orden jurídico.

Los seres humanos han tratado de organizar sus relaciones sociales a lo largo de la historia. Surge así el derecho como principal sistema social normativo, pues vincula a la totalidad de gente que es parte de dicha sociedad independientemente de su aceptación o voluntad de ser obligados o no por aquel. Sin embargo, entre las personas surge el conflicto sobre si determinada conducta es adecuada o no.

Es en este punto que el Estado se erige como juez que dirime los conflictos sociales e individuales, al tiempo que se constituye como un legislador que impone las normas de convivencia social y económica. Esto según la tradición desde Montesquieu, para evitar la anarquía en la totalidad de aspectos de la vida social. No obstante, con el aumento poblacional el sistema judicial se saturó por el ingreso de causas y la falta de personal para despacho eficiente.

Todos esos aspectos coadyuvaron para que el Estado y la sociedad buscaran nuevas formas de administrar justicia con la misma eficacia, con mayor eficiencia, más rápida y directa, lo que dio lugar a la aparición de la mediación y el arbitraje (Cobo & Mesías, 2018). Con estos mecanismos persiste la necesidad de obligatoriamente acudir al rigor y lentitud de los sistemas de justicia estatales.

La Mediación y el arbitraje se constituyen como la mejor alternativa a los sistemas judiciales ineficientes y burocratizados. De hecho, los precitados autores Pérez & Cobas (2013), plantean que, en el camino hacia una justicia modernizada, es relevante mantener la naturaleza de instituciones entre las que destacan la mediación y la jurisdicción voluntaria, resaltando la actuación del notariado latino.

Los modelos alternativos para solucionar conflictos han aparecido porque las partes, al ser poseedoras de sus conflictos, han perfeccionado procesos ajustados a sus necesidades. Como señalan Cobo & Mesías (2018), el principio de autonomía de la voluntad ha hecho posible que las partes empleen dichos mecanismos en diversas tradiciones legales. No obstante, advierten los autores, en Ecuador la Ley de Arbitraje y Mediación no contempla tales modelos e, inclusive, impide de forma expresa a quienes han actuado como mediadores, pasar a ser árbitros.

La mediación amerita de una voluntad de las partes para que sea posible alcanzar un resultado fructífero. Un aspecto característico del sistema para resolver conflictos es su voluntariedad. Por ello, es relevante el estudio del principio de voluntariedad dentro del sistema de mediación para la solución de conflictos de forma extrajudicial. De hecho, sin la voluntad de las partes o de una de ellas,

es imposible someterse a este sistema (Cobo & Mesías, 2018).

Asimismo, se busca inquirir en los aspectos que podrían determinar una posible inclusión del sistema notarial en el ámbito de la mediación. Cualquier clase de contrato o convenio o actos notariales requieren de fe pública, por lo cual en el momento en que el notario atestigua determinada solución entre las partes, lo concordado se ejecutará ante su control.

La presente investigación se justifica por su utilidad para difundir la importancia de la mediación, los beneficios tanto como para abogados y para los clientes de estos, para las personas que quieren resolver conflictos sin saturar más el sistema de administración de justicia.

La mediación data de los años noventa, por lo que se trata de un mecanismo de solución de conflictos reciente, siendo el 04 de septiembre de 1997 cuando se promulga la Ley de Arbitraje y Mediación en el Ecuador. Los porcentajes de solución de conflictos, según el Centro de Mediación de la Universidad Espíritu Santo (2022) en el año 2021, el 94 % de las solicitudes de controversias sometidas a procesos de mediación llegaron a acuerdos satisfactorios para las partes, lo cual evidencia la eficacia de este mecanismo.

En este sentido, el principio de voluntariedad puede aplicarse dentro del sistema notarial al permitirles a los notarios tener las facultades de mediación. Esto conllevaría un cambio en la normativa tanto de mediación y arbitraje como en la notarial.

DESARROLLO

En la década de los noventa, acotan Cobo & Mesías (2018), como consecuencia del vasto adelanto internacional en materia de arbitraje, surgió el imperativo de diseñar legislación sobre los modelos alternativos para remediar conflictos en Ecuador. Específicamente en 1997 fue promulgada la LAM, con sus posteriores reformas (2006), bajo la premisa esencial privilegiar y dar garantía a metodologías alternativas de solución de litigios. Específicamente, la LAM (2006) reglamenta al arbitraje, la mediación y la mediación comunitaria como mecanismos de la esfera privada, capaces de conducir a acuerdos que brinden satisfacción las partes.

Además, se agrega un inciso en el artículo 59 respecto de la mediación comunitaria refiriéndose a los pueblos indígenas y afroecuatorianos. Adicionalmente se incluyen varias derogatorias en el Código de Procedimiento Civil, en la Ley Orgánica del Ministerio Público; entre ellas disposiciones respecto del sometimiento del Ecuador a jurisdicción de arbitraje internacional (Ecuador. Congreso Nacional, 2006). Más recientemente fue promulgado el respectivo Reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación (Ecuador. Asamblea Nacional, 2021), el cual conforma un compendio de las de las principales prácticas en arbitraje

ya consagradas en diversas decisiones de y tribunales y cortes de carácter arbitral.

Dicho Reglamento satisfizo una serie de necesidades sobre actualización de normas para llenar vacíos y subsanar inconsistencias. En el caso de los arbitrajes internacionales, el Reglamento (Ecuador. Asamblea Nacional, 2021) acomete en sus artículos 2 y 3 las situaciones en las cuales Ecuador es sede del arbitraje y cuando esta se establece en lugares foráneos. Con esto se clarifica lo referente a los artículos 41 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación y sus aplicaciones.

Con la Constitución Nacional (2008) se consagró el reconocimiento de los modelos alternativos para remediar conflictos y se instauraron un par de distinciones con respecto a la Constitución del 98. La primera de ellas limitó el ámbito de aplicación de los modelos alternativos para remediar conflictos a materias que, por sus características, sean susceptibles de transigir. Adicionalmente, se positivó la obligatoriedad poseer un pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado para la totalidad de casos en los que el ente estatal se someta a arbitraje.

En los años sucesivos, la institucionalización de los modelos alternativos para remediar conflictos se ha expandido. Con la entrada en vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), se consagró al arbitraje, a la mediación y demás modelos como un prototipo de servicio público. Ulteriormente, para el 2015, una vez promulgado el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) (2015), la regulación de los mencionados modelos logró un dilatado impulso legislativo en el marco del sistema procesal del país.

Para la elaboración del presente artículo, es necesario que exista una clara comprensión de los y conceptos ligados al mecanismo extrajudicial de solución de conflictos; así como definiciones tales como: principio de voluntariedad, actos notariales, mediación notarial; conceptos como voluntad, mediación, notario, notarías, mediador; deben estar claros y precisos para una mayor comprensión para estudio de estos en el presente artículo científico. A continuación, se enunciarán y explicarán las definiciones y conceptos mencionados, así como su delimitación por diferentes autores.

Principio de Voluntariedad. - Cuando se habla del campo de la mediación, es insoslayable no mencionar de ella su esencia misma sustentada en el principio de voluntariedad.

El principio de voluntariedad ha de entenderse, como *“aquel que dispone que todos cuantos intervengan en un proceso de mediación deben tener la libertad más absoluta para decidir si quieren o no ser partícipes de él. Esto se traduce en dos aspectos: primero, la voluntariedad para ingresar a una mediación, y segundo, la libertad para permanecer en ella o retirarse del proceso en cualquier momento de su desarrollo.”* (Bernal, 2008, p. 134)

De lo expuesto se colige que la mediación es una jurisdicción voluntaria, en la que todos los participantes en ella han de consentir previamente su concurrencia a esta, por lo que no son obligados ni por la ley ni por autoridad alguna a participar en este proceso. Siendo el elemento fundamental central de ella la voluntad, se ha de entender que, si una de las partes se niega a participar en la misma y, de haber una resolución en favor o en contra de alguna de ellas, esta no tendrá valor.

Si bien es cierto que la jurisdicción de la mediación es voluntaria, puede haber casos puntuales en que la ley permita que sean derivados a mediación mediante disposición judicial, cuando se ha pasado de la controversia a la *litis* en un proceso legal. Esto en los casos de aplicación del principio de oportunidad dentro de una causa penal en la que el juez ordena que se resuelva el litigio en el fuero civil, abriendo esa posibilidad. También cuando un juez civil o de familia deriva a mediación la resolución de una controversia dentro de un juicio, siempre que no exista oposición de una de las partes.

Sin embargo, nunca ni la ley ni autoridad alguna pueden disponer a dos partes, ya sean personas naturales o jurídicas, a someterse a mediación. Esto a excepción de que se haya iniciado un proceso judicial civil en materia transigible, disponiendo el juez que las partes vayan a mediación siempre que no exista oposición de una de estas.

Adicionalmente, es necesario precisar que una vez que las partes han aceptado voluntariamente someterse a esta jurisdicción, no pueden (por principio doctrinal) ser obligados a permanecer en ella. Esto significa que si alguna de las partes, una vez iniciado el procedimiento de mediación desiste de continuar en él, no se le puede obligar a permanecer en este. La voluntad está ligada al consentimiento como se argumenta a continuación.

Concomitante con lo expuesto, Tarud (2013), argumenta que “las partes, y los demás intervinientes no pueden ser obligados a transitar el proceso de mediación. La esencia de la mediación pasa por la voluntariedad, es decir, por la decisión libre de realizar una negociación asistida por un profesional mediador”. (p. 119).

En ese mismo sentido, el Consejo de la Judicatura en su página web define al principio de voluntariedad dentro de la mediación *“es un proceso voluntario, es decir, las partes deciden si quieren someterse o no al procedimiento para resolver su conflicto por esta vía... En una audiencia de mediación, son las partes quienes proponen los acuerdos que pongan fin al conflicto, los mismo son de beneficio mutuo y [sic] por lo tanto, duraderos en el tiempo”*. (Ecuador. Consejo de la Judicatura, 2021).

En esta última definición se puede observar que el principio de voluntariedad tiene como su esencia la voluntad de las partes y que esta, no solo está relacionada al hecho de que estas consientan en someterse a un proceso de mediación, sino que tengan la voluntad de llegar

a acuerdos, a posibles soluciones a la controversia, que no haya la intención de controvertir sino de transigir para beneficio propio de ellas; esto claramente se diferencia de la *litispendencia* en la que existe una posición irreconciliable entre las partes y por su propia naturaleza no existe el ánimo de conciliar, por lo que tiene que ser un juez quien dirima una solución en favor de una parte en perjuicio de otra. Se hace esta diferenciación porque tanto en el proceso judicial como en el arbitraje, un tercero resuelve a través de una sentencia en el primer caso y en un laudo en el segundo la controversia; normalmente en favor de uno o en perjuicio de otro. En la mediación, el mediador únicamente es un facilitador que, procura establecer mecanismos para que las partes encuentren ellas mismas una solución o soluciones en beneficio de ambas, esto último ligado al principio de imparcialidad del que debe estar investido el mediador.

Se puede entender entonces que, por su propia naturaleza, la mediación no puede existir sin el principio base de la voluntariedad; pero: ¿Por qué hemos de entender que este principio tenga tanta relevancia? Pues en ellas recae el ánimo de iniciar un proceso en esta jurisdicción con la asistencia de un mediador. Es necesaria la voluntad de las dos partes tanto para iniciarlo como para mantenerse en el mismo. El principio de voluntariedad hace que las partes encuentren una solución por ellas mismas y esto les devuelve la libertad.

Finalmente, respecto del mentado principio, es necesario mencionar que este se encuentra contenido en la Ley de Arbitraje y Mediación, en el Título II de la mediación, en su artículo 43; de la siguiente manera: “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”. (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006).

No existe una definición jurídica establecida por la doctrina o por la misma norma respecto al significado de lo que es un acto notarial. Si nos remitimos a la Ley Notarial, podríamos considerar una definición aproximada al hecho de que los actos notariales son aquellos actos jurídicos puestos a consideración del notario, para que este pueda dar fe pública de ellos y aprobar a petición del interesado los documentos que el marco jurídico ecuatoriano permite, así como todo tipo de contratos; esto de conformidad con el artículo 6 de la norma *ibidem* (Ley Notarial; Decreto Supremo 1404, 1966).

Buscando una definición aproximada del significado de los actos notariales, se puede recurrir a la doctrina, para tener clara primero la definición de lo que es un acto jurídico. Se puede entender como acto jurídico aquellos que *“envuelven una manifestación de voluntad. Si esa expresión se produce dentro de los requerimientos de la ley y sus efectos se encuentran tutelados jurídicamente, el hecho toma la designación de lícito y es conocido como*

acto jurídico. La doctrina, indica que existen 8 de los actos jurídicos propiamente dichos y que están referidos a la declaración de la voluntad de los hombres, actos de voluntad traducidos en acciones como los contratos”. (Ortiz, 2020)

Por lo expuesto, se entiende que los actos notariales vienen a ser actos jurídicos que, por disposición de la ley o por iniciativa y a petición del interesado, son examinados por un notario con la finalidad de formalizarlos, aprobarlos, protocolizarlos, o dar fe de ellos.

La mediación notarial es la capacidad o aptitud legal de la que están investidos los notarios para ejercer como mediadores dentro de un proceso de mediación como mecanismo alternativo para solucionar conflictos. En la actualidad países como España y México cuentan con esta modalidad. Al momento en el Ecuador, ni la Ley de Arbitraje y Mediación, así como la Ley Notarial autorizan para que el notario tenga esta facultad para ejercer como mediador en un proceso de mediación en tanto dispositivo para solucionar conflictos alternativamente.

En el Ecuador la actividad notarial está supervisada en su parte administrativa por el Consejo de la Judicatura que comprende la función judicial; forma de organización distinta a las de otros países, en la que esta actividad se rige por organismos autónomos como lo es en el caso de España el Consejo General de Notariado.

El notario al adquirir la facultad legal para intervenir como mediador, lo debe hacer con los conocimientos necesarios y las reformas legales que le permitan tomar esta actitud. Al respecto, Cabrera (2017), *“adquiere y hace propias la mayoría de cualidades [sic] y habilidades que para ser mediador conciliador se requieren”* (p. 244). En esa misma línea argumental, Palma (2021), manifiesta que *“las técnicas las podrá aprender con las capacitaciones respectivas [sic] pero, lo más importante, ya lo tiene intrínsecamente en su ser y en su –ser notario”*. (p. 13)

Como corolario de lo expuesto, para que los notarios en el Ecuador puedan desarrollar actividades como mediadores debe existir primero una reforma legal, debido a que actualmente el marco jurídico nacional no lo permite. Una reforma legal puede hacer viable esta posibilidad y probablemente las unidades judiciales civiles se vean descongestionadas de causas que son susceptibles de transacción y estas recaigan sobre el sistema notarial.

No obstante, es necesario observar la viabilidad de esta posibilidad porque a pesar de lo manifestado *ut supra*, de alguna manera puede verse debilitado el sistema nacional de mediación y, el sistema notarial puede verse represado por asuntos de transacción que no son propios de su naturaleza y motivo de existencia. Aspectos como estos serán analizados y ampliados más adelante.

Se puede entender a la voluntad como el ánimo de hacer alguna actividad, de ejecutar una idea en forma práctica

y por iniciativa propia. El elemento en negativo de este concepto es la falta de coacción y, en positivo es el consentimiento. No se considera voluntad si una persona ha ejercido un acto en contra de su propia iniciativa o deseo de hacerlo, habiendo presión de un tercero o terceros para ejecutar dicha acción mediante coacción.

Se puede definir a la voluntad como una *“función psíquica con arreglo a la cual las personas tienen el propósito de conseguir un fin consciente explícito, voluntario, planeado y proyectado. Las actividades del individuo se expresan en tres formas de acciones: voluntarias, instintivas y automáticas”*. (Mensías, 2005)

La voluntad viene a ser el elemento principal para la validez de un acto jurídico y jurídicamente se entiende a la voluntad como el consentimiento. Para que todo acto jurídico tenga validez legal y no tenga vicios de nulidad debe basarse en el consentimiento de las partes participantes en este; de existir vicios el acto jurídico no es reconocido por el derecho, no solo eso, sino que al existir estos demostrados judicialmente generan consecuencias negativas. Se consideran vicios del consentimiento a la fuerza, el error y el dolo, cuyo tratamiento y análisis podrá observarse más adelante a lo largo del desarrollo de este artículo de investigación.

La mediación es un mecanismo alternativo para solucionar controversias distinto a los contemplados por la Función Judicial y al arbitraje. Se diferencia de estos en el hecho de que para que opere la mediación tiene que existir la voluntad de las dos partes para acudir a este proceso, tal y se explicó *ut supra* en el principio de voluntariedad.

Se le define a la mediación, en cuanto institución, como medio extrajudicial para resolver conflictos en el cual intercede un mediador para intentar aproximarse a los puntos de vista de las partes involucradas en la controversia de manera que les permita obtener un acuerdo.

Tal como expresa la Ley del Arbitraje y Mediación (2006) en su artículo 43, a diferencia de como acontece cuando se da un arbitraje, el mediador no tiene a su cargo resolver el conflicto a través de una decisión obligatoria para las partes. Ley de Arbitraje y Mediación. La mediación se diferencia del arbitraje en el hecho de que en esta el mediador solo constituye un agente neutral que funge de facilitador para buscar mecanismos que solucionen la controversia, sin ponerse de lado de ninguna parte; en cambio el árbitro hace las veces de un juez y sí toma una decisión por ellos. Se parece al arbitraje en el aspecto de que para comparecer a resolver un conflicto en ambos mecanismos es necesaria la voluntariedad de las partes.

La mediación difiere con el sistema ordinario de justicia en el sentido de que este último es de carácter obligatorio la comparecencia de las partes. De manera que, una vez que una parte demanda a la otra, la demandada al ser citada está obligada a comparecer a juicio y defenderse.

En primer término, se coincide con Palma (2021), respecto a que la mediación en tanto opción para solucionar conflictos, constituye un procedimiento extrajudicial que, en la actualidad del contexto ecuatoriano, puede ayudar al aumento de personas que decidan establecer acuerdos por esta vía. Esto para evitar acudir a procesos judiciales que saturan los tribunales, causando insatisfacción en la ciudadanía por los dilatados tiempos que conllevan.

Se concuerda con Milán et al. (2015), que la mediación es una fórmula de resolución extrajudicial de conflictos que conlleva una metodología que desarrolla un tercero con imparcialidad y neutralidad, con la correcta capacitación profesional para tratar que las partes lleguen a un acuerdo y superen sus desavenencias. Por tal motivo, la mediación se concibe como un sistema voluntario, confidencial y flexible. De hecho, al mediar, el notario intercede e interviene en determinado asunto entre diferentes personas con el cometido de ponerlas de acuerdo en torno a cierta desavenencia.

A pesar de no encontrarse estipulado como competencia notarial en el sistema jurídico ecuatoriano, el derecho comparado evidencia que en países como España la mediación como procedimiento extraprocesal, permite resolver conflictos en forma pacífica mediante un funcionario que funge como mediador, en este caso sería el notario, animando el diálogo (Consejo General de Notariado en España, 2020).

En el sistema jurídico español, según la Ley 5/2012 de mediación en materia civil y mercantil, los notarios pueden ejercer como mediadores luego de aprobar un curso de formación específica, según el Consejo General del Notariado (2020). Por tanto, si se concreta el proyecto de la mediación notarial en Ecuador, es necesario que los notarios se formen de manera adecuada para tales funciones mediadoras, además que tal formación se acredite debida en instituciones académicas o de perfeccionamiento profesional.

En dicho país ibérico, la mediación es susceptible en conflictos civiles como, por ejemplo, entre propietarios, o por contratos hipotecarios o bancarios, en la compraventa de inmuebles o con los alquileres. Adicionalmente, en áreas mercantiles es posible mediar en conflictos entre compañías y clientes, o entre éstas y sus proveedores, en asuntos familiares, por herencias, desacuerdos de pareja o en las empresas familiares.

De cualquier modo, para que el notario logre mediar el requisito básico es el requerimiento de parte, lo cual supone que pueden actuar siempre y cuando exista la voluntariedad de la o las personas que participan. Entre las grandes directrices y propósitos contemplados por la Ley 5 / 2012, se tiene en cuenta la primacía para autonomía de la voluntad de las partes, por encima del protagonismo de la de la norma. Esto conlleva una concepción amplia de la voluntariedad, pues en el anteproyecto de dicha

Ley el sometimiento a mediación se contemplaba como voluntario, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la norma o la legislación procesal.

La voluntariedad se da de principio a fin, siendo las personas las que escogen participar desde el inicio, teniendo la posibilidad de abandonarla en cualquier momento u ocasión, como señalan Milán et al. (2015). De manera que no obligatoriamente es necesario que pueda llegarse a un determinado acuerdo. En este sentido, las partes tienen protagonismo, pues poseen el control y el poder sobre su situación conflictiva, siendo quienes van a construir su acuerdo. Esto se contraponen con la vía judicial, menos pacífica y más de carácter litigante, donde el juez es a quien le corresponde resolver el conflicto.

Por tanto, la mediación persigue unos objetivos concretos y estructurales que institucionalmente pueden organizarse en: definición intereses, identificación de puntos en común, generación de ideas, aportarte soluciones, formulación de acuerdos (Consejo General de Notariado en España, 2020). La finalidad esperada consiste alcanzar un acuerdo entre quienes fungen como partes, el cual sería redactado por el mediador mediante acta final en la cual reflejará de manera diáfana y comprensible los pactos establecidos. Deberá firmarse por la totalidad de las partes y el mediador, quien en este caso es el notario.

Luego de firmar acta el notario que media o los representantes legales de las partes plasmarán los acuerdos acopiados en el acta en un acuerdo de mediación, que rubricarán del mismo modo todas las partes o sus quienes las representen. El funcionario notarial informa a los involucrados del carácter vinculante del acuerdo conseguido y de la posibilidad de llevarlo a escritura pública, que sería un documento ejecutivo que brinda la mayor seguridad jurídica en el sistema jurídico español (Consejo General de Notariado en España, 2020).

Para la Ley Notarial ecuatoriana, el artículo 19 contempla como parte de los deberes de los notarios, receptor, dar forma legal e interpretar y las voluntades de las personas que soliciten sus servicios, lo cual está relacionado con la mediación. De manera que la voluntariedad de las partes se constituye en requisito sine qua non para la actuación mediadora en general, y del notario en particular.

También en Alemania, Jequier (2016), señala la función de los Notarios como funcionarios que gestionan soluciones con mediación y en calidad de árbitros, ha tenido un adelanto extendido. La legislación denominada Introducción a la Ley alemana sobre Enjuiciamiento Civil, del año 1999, en su artículo 15 autoriza a cada estado federal alemán para incorporar la mediación obligatoria preliminar para cuestiones patrimoniales de baja cuantía, la que de cualquier modo debe ventilarse ante un cuerpo conciliatorio extrajudicial. Dicha autorización, acopiada por diferentes estados, ha devenido por ejemplo en técnicas innovadoras como la aplicada por Baviera, donde

a las notarías como organismos que tienen a su cargo realizar tales procedimientos

Conforme al artículo 8, párrafo 3, del Reglamento del Notariado alemán (Bundesnotarordnung), como titulares de una función pública los notarios tienen potestad para intervenir bajo la figura de mediadores o árbitros sin que sea necesaria otra autorización. Esto con la finalidad de neutralizar y solucionar conflictos a través del asesoramiento y la disputa imparcial.

Consiste, como expresa Geimer citado por Jequier (2016), en una de las áreas de actividad característica de los notarios, quienes por ello pueden cumplir funciones colindantes a las judiciales con la finalidad de aligerar la justicia. A tal efecto, el Colegio Notarial en Alemania ha preparado un Reglamento para ser aplicado en la conciliación por medio de los notarios, mientras que la Asociación de Notarios alemana diseñó un tribunal de institucional de arbitraje y conciliación.

Otro de los regímenes legales en donde está permitida la participación del notario en tanto mediador es el mexicano. Así lo establece la Ley del Notariado del Estado de México promulgada por la Legislatura del Estado de México (Gobierno del Estado de México, 2002). El artículo 5 del mencionado instrumento jurídico expresa manifiestamente que los notarios tienen potestad para tramitar procedimientos de arbitraje o mediación. A tales efectos, el artículo 129 establece que para su ejercicio deberán conocer los aspectos solicitados por los interesados.

En México se considera que las leyes deben prever mecanismos alternativos de solución respecto a las controversias, en el sentido de que no sea una tercera persona con potestad quien pueda definir sobre el conflicto de las personas. Por ello, se consideran opciones diferentes al proceso jurisdiccional, como lo es la mediación, la cual surte plenos efectos legales. La mediación no necesariamente es un paso previo antes de llegar a los tribunales, pues se trata de una figura que provee de mecanismos para resolver la circunstancia conflictiva.

Para poder desempeñar la función de mediador y conciliador notarial en México, es necesario cumplir con una serie de requisitos establecidos en el Reglamento del Centro Mediador y Conciliador Notarial del Estado Mexicano (Consejo de la Judicatura del Estado de México, 2022):

- Ser Notario Público en funciones del Estado mexicano.
- Disponer de certificado, autorización y registro como mediador notarial por parte del Centro Estatal. En caso de refrendo es obligatorio que se cumplan las exigencias que instituya la legislación vigente.
- No encontrarse bajo suspensión en el ejercicio de sus funciones.
- Contar con la vigencia de la garantía contemplada en la Ley del Notariado.

Los anteriores requisitos proporcionan un marco institucional a nivel de la legislación comparada que demuestra cómo es posible la mediación notarial, teniendo como pre requisitos la capacitación de los funcionarios. Es viable entonces que se confiera fe pública a la mediación mediante la figura del notario, con unos efectos jurídicos que se traducen tanto en presunciones de veracidad y rectitud como en juicios de legitimidad, capacidad y legalidad, para permitir operar en el tráfico jurídico respecto a una gran diversidad de asuntos sociales con disenso entre determinadas personas.

Introduciendo la mediación como función notarial, el Estado ecuatoriano puede ofrecer la opción de estar presente desde el instante mismo en que surgen las relaciones jurídicas al reconocer instrumentos dispositivos que cumplan un doble fin esencial. Por una parte, eliminar los obstáculos para el desarrollar plenamente la autonomía de la voluntad, dando garantía a los individuos respecto a la posibilidad de tomar sus decisiones libremente y con el total conocimiento de su importancia, pues únicamente de esa forma se pueden asumir con plena voluntariedad y de manera consciente; de esta manera es posible contar con certeza de lo que se hace.

Por otra parte, tales figuras extra judiciales deben dispensar la confianza de que lo que de manera libre se dispone está adecuado a la ley y, por ende, va a ser reconocido por el sistema, garantizando la eficacia de las propias disposiciones y dando certeza del documento de las que otros realicen.

CONCLUSIONES

Se concluye que, con la mediación es posible ahorrar tiempo, pues la duración promedio de un proceso de mediación pudiera ocupar unas pocas semanas. Por otro lado, los plazos son mucho más largos a través de la tradicional vía judicial. Además, se propicia una reducción de costes, pues se evita incurrir en gastos como probables condenas en costas.

Al relacionar la mediación, el principio de voluntariedad y los actos notariales, se concluye que, en la mediación son los mismos interesados quienes acogen de manera voluntaria la responsabilidad de solventar sus conflictos y conseguir acuerdos satisfactorios para la totalidad de las partes. Esto mediante un procedimiento sencillo y flexible, asistido por la presencia imparcial y confidencial del notario formado para tales efectos.

Se infiere además que, es fundamental introducir la mediación desde los actos notariales como mecanismo para aliviar de trabajo al sistema de Justicia. De hecho, la mediación puede configurar una oportunidad muy importante para las personas tras el escenario creado como consecuencia de la pandemia.

En Ecuador, al igual que en países como España, los notarios en tanto funcionarios públicos del Estado y

especialistas en Derecho, están en capacidad de asesorar respecto a la mediación. Inclusive, en determinadas circunstancias es factible que los notarios cumplan funciones como árbitros o mediadores, contribuyendo a resolver determinados conflictos que surjan entre las partes sin tener que acudir a juicio. Por tanto, se concluye que es factible la inclusión en el conjunto de las normativas jurídicas que regulan las actividades notariales, la institución del arbitraje.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, L. (2020). *La función notarial: antecedentes, naturaleza y nuevas tendencias*. (Tesis de Doctorado). Universidad de Salamanca.
- Bernal, T. (2008). *La mediación, una solución a los conflictos de pareja*. Colex.
- Cabrera, R. (2017). *La Mediación como Método para la Resolución de Conflictos*. Midac, SL.
- Cobo, A., & Mesías, M. (agosto de 2018). Med-arb, arb-Medyarb-Med-arb a la luz de la legislación ecuatoriana. *USFQ Law Revie*, 5(1), 36-60.
- Consejo de la Judicatura del Estado de México. (2022). Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación Notarial del Estado de México. <https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/2022/octubre/oct061/oct061g.pdf>
- Consejo General de Notariado en España. (2020). *Mediación: resolución de conflictos*. <https://www.notariado.org/portal/mediaci%C3%B3n-ante-notario>
- Ecuador. Asamblea Nacional Cosntituyente. (2009). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/registro-oficial/item/download/3671_b4a5b490daeca82939d7d-0479cec8c37
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2021). Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. Decreto Ejecutivo No. 165. <http://www.pge.gob.ec/images/2022/Normativa-Mediacion/MERCANTI REGLAMENTO A LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION.pdf>
- Ecuador. Congreso Nacional. (2006). Ley del Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 417. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediación.pdf>
- Ecuador. Consejo de la Judicatura. (2021). Beneficios de la mediación. <http://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/index.php/2015-04-13-21-21-25/beneficios-de-la-mediacion>
- Gobierno del Estado de México. (2002). Ley del Notariado del Estado de México. <https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig019.pdf>
- Jequier, E. (2016). La mediación como alternativa de solución de los conflictos empresariales en Chile: Razones y mecanismos para su regulación. , 29(1),. *Revista de derecho (Valdivia)*, 29(1), 91-118.
- Mensías, F. (2005). La voluntad. <https://derechoecuador.com/la-voluntad/>
- Milán Morales, N., Ordelin Font, J. L., & Vega Cardona, R. J. (2015). La intervención notarial en la mediación. Consideraciones de 'lege ferenda' en la prevención/resolución de conflictos en el ordenamiento jurídico cubano. *Revista de derecho Privado*, (28), 403-433.
- Ortiz, A. P. (2020). El derecho de autonomía de voluntad y el principio de formalidad en los actos que generan consecuencias jurídicas a partir de la sucesión intestada. (Trabajo de titulación). Universidad Técnica de Ambato.
- Palma, I. (2021). *Alternativa en la mediación notarial para la solución de conflictos*. (Tesis de Maestría). Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Pérez, G., & Cobas, M. (2013). Mediación y jurisdicción voluntaria en el marco de la modernización de la justicia: Una aproximación a la legislación española. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(137), 647-677.
- Piedra, M., & Polo, E. (2022). El principio de voluntariedad y la tenencia en mediación. *Polo del Conocimiento*, 7(9), 770-793.
- Tarud, C. (2013). El principio de voluntariedad en la mediación familiar, en Chile. *Opinión Jurídica*. <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n23/v12n23a08.pdf>