

# Los Efectos Jurídicos de la cláusula de Mediación en la celebración de los Contratos

## *The Legal Effects of the Mediation Clause in the Execution of Contracts*

**Karina Alexandra Marín Zúñiga**

Universidad Tecnológica Indoamérica, Ecuador  
 karinamarinz75@hotmail.com  
<https://orcid.org/0009-0002-0941-2207>

**Karina Dayana Cárdenas Paredes**

Universidad Tecnológica Indoamérica, Ecuador  
 karinacardenas@uti.edu.ec  
<https://orcid.org/0000-0001-7517-6623>

### Resumen

El contrato como expresión de la libertad del ser humano se explica como fenómeno legal y social que se construye sobre la base de la voluntad de dos o más personas orientada a crear, modificar o extinguir obligaciones, de manera que, cobra especial importancia en la dinámica de la sociedad como herramienta que hace efectiva la práctica de las actividades propias de la interacción social; es por ello por lo que, se torna indispensable su estudio constante a efectos de identificar las nuevas tendencias y particularidades a las que está expuesto ello con la finalidad de adecuar su estructura, uso y eficacia a los tiempos actuales. El objetivo del presente artículo fue analizar los efectos jurídicos de la cláusula de mediación en la celebración del contrato como instrumento dinámico que requiere de una constante adaptación a las exigencias sociales



**Imaginario Social**  
 Entidad editora  
 REDICME (reg-red-18-0061)

e-ISSN: 2737-6362  
 julio-diciembre 2023 Vol. 6-3-2023  
<http://revista-imaginariosocial.com/index.php/es/index>

Recepción: 20 de mayo 2023  
 Aceptación: 12 de junio 2023

30-52

Atribución/Reconocimiento-NoComercial- CompartirIgual 4.0 Licencia Pública Internacional — CC  
**BY-NC-SA 4.0**  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode.es>

sociales de acuerdo con la evolución de la sociedad, lo que implica la necesidad de estudiar su estructura, modelo y contenido para ajustar su utilidad práctica, logrando fortalecer una cultura de paz en el abordaje, tratamiento y solución de los conflictos derivados de las relaciones contractuales. Para el efecto, se propone como métodos de investigación al deductivo que va de lo general a lo específico, así como , el histórico y analítico, que aborde el estudio de la institución jurídica del contrato, sus elementos, su estructura básica, para llegar al estudio específico y pormenorizado de la cláusula de mediación como componente estratégico en la construcción de una cultura de paz mediante la aplicación del mecanismo alternativo a la solución del conflicto en el marco de un consentimiento debidamente informado lo que permite destacar la buena fe y compromiso de las partes por apreciar al conflicto desde una perspectiva integral como una oportunidad para su tratamiento en un entorno que favorezca una experiencia positiva y no traumática para los ciudadanos, bajo un enfoque cualitativo.

**Palabras Clave:** Contrato, conflicto, cláusula, mediación, mecanismo alternativo.

### **Abstract**

The contract as an expression of the freedom of the human being is explained as a legal and social phenomenon that is built on the basis of the will of two or more persons oriented to create, modify or extinguish obligations, so that, it becomes especially important in the dynamics of society as a tool that makes effective the practice of the activities of social interaction; that is why, it becomes indispensable its constant study in order to identify new trends and particularities to which it is exposed in order to adapt its structure, use and effectiveness to the present times. The purpose of this article is to analyze the legal effects of the mediation clause in the conclusion of the contract as a dynamic instrument that requires constant adaptation to the social demands according to the evolution of society, which implies the need to study its structure, model and content in order to adjust its practical utility, achieving the strengthening of a culture of peace in the approach, treatment and solution of conflicts arising from contractual relations. For this purpose, we propose as research methods the deductive method that goes from the general to the specific, as well as the historical and analytical, which addresses the study of the legal institution of the contract, its elements, its basic structure, to reach the specific and detailed study of the mediation

clause as a strategic component in the construction of a culture of peace through the application of the alternative mechanism to the solution of the conflict within the framework of a duly informed consent, which allows highlighting the good faith and commitment of the parties to appreciate the conflict from an integral perspective as an opportunity for its treatment in an environment that favors a positive and non-traumatic experience for the citizens, under a qualitative approach.

Key words: Contract, conflict, clause, mediation, alternative mechanism

### **Introducción**

El contrato como expresión de voluntad mantiene intactos los elementos que, teóricamente lo estructuran como son, la capacidad, el consentimiento, el objeto, la causa y la licitud, estos elementos tradicionales se ven influenciados por las nuevas prácticas comerciales y sociales, así como, por la frenética dinámica social y económica a la que están expuestas las relaciones humanas, es por esta razón que, resulta necesario actualizar conceptos y enfrentarlos a las nuevas tendencias sin alterar la estructura de tan importante institución histórica del derecho y de la sociedad en general.

Debido a los factores mencionados, esto es las nuevas tendencias sociales, comerciales, mercantiles y económicas en general es que, el conflicto como riesgo inherente a la interacción humana se ve expuesto a mayor incidencia e intensidad. Por tal motivo, el contrato como expresión de voluntad se constituye en el instrumento idóneo para un abordaje y procesamiento oportuno que permita una adecuada administración y solución pacífica, lo que, abona al fortalecimiento de una sociedad donde impere una verdadera cultura de paz.

Por tal razón, desde el modelo contractual como manifestación de voluntad expresada a través de un consentimiento, y que este se oriente a crear, modificar o extinguir obligaciones se explica y justifica la denominada cláusula de sometimiento a la mediación, la cual, se constituye en el medio que orienta y viabiliza el acceso práctico y eficiente al mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado mediación (Bitbol et al., 1979).

Por tal motivo, se propone que la referida voluntad que explica la naturaleza del contrato se construya desde el origen sobre la base de una apreciación integral de la

realidad social, política y económica a la que están abocadas las partes intervinientes, lo que, conlleva a que, el conflicto sea considerado como riesgo inherente en toda interacción contractual, permitiendo apreciar al mismo, como una oportunidad y un desafío y no como, una situación anómala o negativa para la interrelación humana.

La dinámica comercial que experimenta la sociedad actual obliga a trabajar los modelos contractuales, no solamente desde la perspectiva del negocio y la maximización de las ganancias o beneficios para los contratantes, sino, desde la óptica del riesgo del conflicto que generan las relaciones comerciales, en función de concientizar a los ciudadanos sobre la necesidad de abordar los efectos no deseados desde una óptica técnica y jurídica en el origen mismo de las relaciones, lo cual, predispone a las partes a la posibilidad de contingencias, conflictos derivados de las tratativas comerciales y de los acuerdos contractuales, todo ello conlleva a que, en los modelos de contratos se incorpore la cláusula compromisoria o de sometimiento a mecanismos alternativos de solución de conflictos, que aseguren a las partes el conocimiento de las consecuencias propias de la relación comercial.

De igual manera, se logra la disminución de la incidencia en el uso de la justicia ordinaria, con la desventaja en tiempo y recursos económicos que ello implica, por lo que, se propone la necesidad de diseñar nuevos modelos de contratación que incorporen a sus textos las referidas cláusulas y desmotivar de esta manera, el uso de formatos caducos que privilegian únicamente los réditos y minimizan la seguridad jurídica, así como el entendimiento cabal y la prevención del conflicto.

Es práctica común en la dinámica comercial, civil y mercantil ecuatoriana el uso de modelos preestablecidos de contratos elaborados para comercialización y uso en papelería y bazar lo que, permite apreciar la natural improvisación que caracteriza a las relaciones comerciales e incluso mercantiles, lo que conlleva a la banalización de las estructuras contractuales, las cuales se limitan a una breve narración de antecedentes sin mayor relevancia. La descripción poco precisa del objeto contractual, la breve referencia a precios, formas de pago las cuales incluso no reflejan la realidad económica de la relación jurídica contractual, a lo cual, se suma la nula mención o referencia a la contingencia de un conflicto eventual, permitiendo apreciar que la cultura contractual se basa en la improvisación, la carencia de habilidades en la

redacción de los documentos que contienen los compromisos, la informalidad en las relaciones contractuales relevantes, lo cual, deriva en conflictividad.

De lo mencionado se colige la necesidad de emprender en un proceso de real conciliación en la ciudadanía a efectos de generar una verdadera cultura contractual acorde a la Constitución de la República del Ecuador (2008), artículo 3, Registro Oficial 449, entre los deberes primordiales del Estado se encuentra el garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, lo cual implica un adecuado modelo de contratación que, sin generar exceso en formalismos que dificulten las actividades comerciales o mercantiles, permita a la ciudadanía una real dimensión del negocio jurídico, de sus componentes esenciales, de su estructura fundamental, de los efectos o consecuencias jurídicas del acto o manifestación de voluntad, situación que resulta compatible con los presupuestos previstos por nuestra legislación respecto de los requisitos de existencia y validez de los actos y manifestaciones de voluntad establecidos en el Código Civil (2022 ), libro IV esto es:

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. (art.1461).

En base a lo expuesto, se debe verificar y constatar, que se cumplan con dichos presupuestos en cada caso por parte de los intervinientes, sin que, estos elementos resulten como simples postulados sin mayor aplicación y observancia en un acto o declaración de voluntad.

## **Desarrollo**

### **El Contrato**

El contrato se desarrolla y regula de manera exhaustiva como una de las fuentes de las obligaciones, la cual, encuentra su explicación en la voluntad de la persona humana, se genera en virtud de su capacidad para actuar, obligarse a sí misma y obligar a otro, por lo que, este vínculo jurídico entre dos sujetos genera un propósito o finalidad.

De esta manera Parraguez (2021) acerca del contrato se pronuncia lo siguiente:

Contrato o convención como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa, de esta manera se concluye que el contrato es una especie de convención esto es, la especie de convención que tiene por objeto formar un compromiso (p.65).

En consecuencia, el contrato como expresión de voluntad se constituye en un instrumento de carácter jurídico que hace efectivo el principio de libertad para crear obligaciones en su contexto del negocio, en el que, interviene la capacidad, el objeto, causa, licitud y cuando la ley así lo exige. Por lo tanto, las formalidades permiten dinamizar las actuaciones interpersonales para hacer efectivo el tráfico de bienes y servicios.

El Código Civil (2022), libro IV establece que “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas” (Art. 1454). De lo cual, se infiere un acuerdo de voluntades entre dos o más personas produciendo obligaciones para las partes contratantes. Asimismo, se lo debe considerar como acto jurídico, es decir, desde su estructura normativa debe contener requisitos o elementos de existencia y validez, de tal manera que, al ser el contrato un acto, este debe ser consecuencia de voluntad, del consentimiento libre de vicios.

Según Cabanellas de Torres (1979) “el contrato se define como, el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones” (p.99).

De igual manera, al contrato se lo debe entender no sólo como acto o manifestación de voluntad desde su estructura teórica y jurídica, sino como, un instrumento a través del cual se generan obligaciones para desarrollar actividades económicas, comerciales, productivas y multidimensionales en la sociedad, es decir, como instrumento articulador de relaciones jurídicas entre los integrantes de una sociedad en las distintas áreas relevantes de interacción. De esta manera se pronuncia Pérez, A. (2008):

...el contrato es fuente de obligaciones. Las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades de dos o más personas. Se entiende entonces el contrato como un acuerdo de voluntades con la fuerza suficiente para crear normas jurídicas particulares y

concretas. Se trata de una voluntad creadora de reglas de derecho. Es una concepción voluntarista del contrato que reposa en dos fundamentos: la igualdad y la libertad (p. 4).

De lo manifestado, se colige que, como consecuencia jurídica del contrato, esto es la producción de obligaciones, estas a su vez se constituyen en el vínculo jurídico, por el cual, una parte se compromete a dar, hacer o no hacer una determinada prestación en beneficio de la otra, lo que a su vez puede derivar en eventualidades de incumplimiento. Por lo que, la legislación se ha preocupado en el estudio de la responsabilidad contractual por efectos del incumplimiento en la denominada teoría de la responsabilidad.

Por lo tanto, en todo contrato se han de distinguir o diferenciar los elementos que corresponden a su esencia, a su naturaleza y los meramente accidentales conforme lo establece el Código Civil (2022), libro IV:

Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales (art.1460).

Se concluye que, el contrato es una institución y acto jurídico que contempla la existencia de dos o más partes y que tiene como finalidad producir obligaciones, este debe cumplir los presupuestos legales de existencia de los actos o declaraciones de voluntad.

Requisitos de existencia y validez

Entre los denominados requisitos de existencia y validez de los actos y contratos se considera a la capacidad, consentimiento, objeto, causa, licitud y en los casos presitos por la ley las formalidades contractuales, por esto, corresponde analizar cada uno de estos requisitos.

Al referirnos a la capacidad, la ley prevé que toda persona es legalmente capaz como regla general, sin embargo, existen las excepciones normativas a las que la ley refiere

como incapaces según el Código Civil (2022) “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.” (Art. 1462), es así que, la legislación comprende a todo ser humano como legalmente capaz siendo en consecuencia la incapacidad legal la excepción a la regla, ante lo cual, se debe distinguir a la incapacidad como la situación jurídica a la que una persona se encuentra expuesta, por la cual, adolece de capacidad legal, esta situación jurídica puede ser de dos tipos o categorías esto es, incapacidad absoluta cuando la persona carece de toda posibilidad de actuación legal con eficacia jurídica por lo que, sus actos no tienen validez y tal carencia es insubsanable, en tanto que, la incapacidad relativa es la situación jurídica a la que una persona está expuesta. El Código Civil (2022), libro IV señala lo siguiente: 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. 1463.)

Al respecto, las denominadas categorías de incapacidad legal se encuentran reguladas de manera específica por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, de manera que, ante los supuestos de incapacidad absoluta se entiende que, ésta responde a situaciones que anulan por completo la facultad legal para formar una voluntad y expresar un consentimiento, motivo por el cual, las actuaciones de las personas absolutamente incapaces no producen obligaciones de ningún tipo y tampoco son susceptibles de convalidación o ratificación por tercero.

A su vez los supuestos de incapacidad relativa se encuentran regulados por la legislación ecuatoriana, de manera que, se refieren a personas que por situaciones específicas y coyunturales se encuentran en estado de disminución de facultad legal, por tanto, en determinadas situaciones pueden formar una voluntad y expresar un consentimiento bajo ciertas circunstancias y sus actos pueden ser convalidados o ratificados por terceros.

El Consentimiento es requisito de validez, donde toda persona legalmente capaz es libre para expresar o manifestar su consentimiento, el cual, se interpreta como la manifestación de la voluntad conforme, la expresión visible, tangible y comprensible para crear o producir una obligación. En este sentido, el tratadista Robert Pothier (1872) señala: “No existe pacto, convención o tratado carente del requisito sine qua non del consentimiento, o sea el acuerdo de voluntades sobre un efecto jurídico determinado” (tomo II, p. 597).

Es este requisito de existencia del acto jurídico al que se lo debe analizar a la luz de la excepción de vicios, esta expresión libre y espontánea que explica la naturaleza del consentimiento ha de estar libre los vicios como son el error, la fuerza y el dolo.

Por otro lado, se tiene al objeto, donde el Código Civil expedido por la Asamblea Nacional del Ecuador (2022) libro IV señala: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración “(Art.1476). De tal manera, se entiende al objeto como la finalidad que persigue alcanzar el sujeto a través de la expresión de voluntad la cual necesariamente ha de ser la de crear, modificar o extinguir una obligación. El Código Civil, libro IV señala:

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 comerciables, 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 (art. 1477).

En base a lo expuesto, se entiende como objeto a la dirección o el propósito que impulsa el acto de voluntad, al señalar que toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer, de aquí que el contrato se explica desde la expresión de voluntad orientada crear obligaciones.

No obstante, al contrato como se ha dicho se lo ha de entender también como instrumento a través del cual se materializa la voluntad y se generan los efectos o consecuencias jurídicas esperadas esto es la creación de obligaciones y como tal se

distinguen en su estructura las partes de la esencia, de la naturaleza y las meramente accidentales.

#### Partes del contrato

El contrato como manifestación de voluntad y expresión de consentimiento se estructura de manera orgánica y sistémica de tal manera que no se constituye en un concepto etéreo y sin forma, al contrario, es un instrumento organizado en el que se distinguen de manera precisa tres partes principales a decir las partes de su esencia, de su naturaleza y las meramente accidentales.

Son de Esencia de los contratos conforme el Código Civil (2022), libro IV “aquellas cosas sin las cuales o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente”, (art. 1460). Por lo que, se diferencian elementos comunes y especiales en atención a la consecuencia sea esta, el no producir efecto o el degenerar en otro contrato; entre los primeros se deben considerar los presupuestos antes mencionados como son capacidad, consentimiento, objeto, causa y licitud, en tanto que, entre los segundos se han de diferenciar las cláusulas propias en atención al contrato como son por ejemplo el precio en la compra venta o la gratuidad en el comodato, sin los cuales, los contratos deben generar un contrato tipo gratuito o tipo oneroso, lo que, conlleva a una alteración esencial de los contratos.

Son de Naturaleza de los contratos conforme la misma norma legal referida, las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial, así, el saneamiento ante los vicios redhibitorios en la compraventa, la transferencia de dominio en el depósito, el pago de honorarios en el mandato remunerado, entre otros. Sin embargo, este presupuesto debe merecer la mayor atención por parte de los intervinientes dado que, suele ser la fuente de serios conflictos derivados del desconocimiento de las partes y de ahí la necesidad de que el desarrollo técnico y estilo utilizado en el diseño del instrumento contractual sea exhaustivo a efectos de expresar un consentimiento debidamente informado como mecanismo de prevención del conflicto.

Son meramente accidentales aquellas cosas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen y que, se agregan por medio de las denominadas cláusulas especiales tales como modalidades, condiciones, circunstancias, compromisos especiales, cláusulas penales, entre otras.

La importancia de estos elementos radica en que, a través de una adecuada utilización se pueden equilibrar relaciones entre las partes, prevenir conflictos posteriores en cuanto a cumplimiento de obligaciones, formas de pago, plazos de gracia o a su vez se puede realizar un abordaje temprano de las contingencias de conflicto en el marco de su procesamiento técnico y proactivo.

Mediante el uso de cláusulas especiales que forman parte de la estructura accidental del contrato se propende a garantizar el derecho a una cultura de paz, dado que, se canaliza la discusión, en términos de anticipación al conflicto frente a posibles contingencias derivadas del contrato y de sus efectos en el futuro.

De las opciones de resolución que resulten más viables y convenientes para las partes en atención a tiempo, efectividad y recursos, ante lo cual, siempre serán las más convenientes los denominados mecanismos alternativos de solución de conflictos, no solamente por el efecto inter partes, sino por las proyecciones políticas, sociales y económicas que generan en función de un nuevo paradigma en el que los mecanismos autocompositivos se imponen como instrumentos social, económica y jurídicamente válidos.

No obstante y como se ha manifestado en líneas anteriores la voluntad explica desde un modelo de formación que nace en el interior del individuo y que se estructura mediante procesos en los que los anhelos, las interpretaciones de la realidad, las expectativas juegan un rol fundamental y que concluye con la expresión de la voluntad o consentimiento donde radica la esencia del contrato, por esta razón, es necesario entender al contrato como un ejercicio de la voluntad dinámico, progresivo y no estático.

Es así como, el contrato como producto final de la voluntad expresada es la consecuencia de un proceso de formación o como ha señalado la doctrina, Arrubala (2014) dice: "la sistemática contractual integrada en el proceso del iter contractus". El autor manifiesta la connotación actual de entender al contrato, no como una expresión instantánea y perfecta, sino como, un modelo sistemático y progresivo de construcción donde se identifican dos momentos plenamente diferenciados, la fase precontractual o de formación y la fase contractual o de expresión.

Dada la naturaleza jurídica del contrato antes referida, esto es el contrato como acto por el cual una parte se obliga para con otra, así se debe diferenciar la existencia y

conurrencia de voluntades individuales donde cada una representa un universo independiente en el que confluyen factores de carácter interno propios y diferenciados, todo se orienta generar o producir obligaciones esto es dar, hacer o no hacer.

Por esta razón, se debe considerar que la voluntad se conforma en el ejercicio de las libertades propias del individuo, de sus anhelos, experiencias e intereses, los cuales se forman en la fase precontractual mediante un ejercicio de creación de la necesidad, negociación, oferta, aceptación, lo cual permite llegar al momento o fase contractual en la que se ha de manifestar una aceptación a la cual se la denomina consentimiento con lo que se perfecciona el contrato como manifestación de voluntad expresada de manera tangible, comprensible y categórica que produce obligaciones entre las partes. Así, el abordaje del conflicto se lo debe realizar desde la fase precontractual a efectos de que la expresión de voluntad manifestada en una aceptación o consentimiento sea lo más cercana al entendimiento cabal del negocio y todas sus circunstancias, con lo que, el consentimiento que explica la naturaleza jurídica del contrato será libre de vicios y espontáneo; no obstante, al tratarse de una contingencia accidental que tiene su origen en el modelo contractual y que por su propia naturaleza puede obedecer a factores contingentes no esenciales del negocio producidos o generados en la fase de ejecución contractual, o a su vez a factores inherentes a la naturaleza del contrato con lo que se retrotraen al modelo de formación de voluntad, es decir que, el conflicto será una situación de carácter contingente y fáctico con su propia naturaleza y que responde a su propia realidad, por lo que su tratamiento desde el inicio de la formación de la voluntad contractual será independiente y su regulación contractual tendrá su propia estructura.

#### La Mediación como método alternativo de solución de conflictos

La actividad económica y la dinámica comercial se han expandido de manera exponencial por lo que, las modalidades de transacción comercial se tornan cada vez más eficientes lo que, genera una mayor circulación de bienes y servicios. Ello a su vez, obliga a que los modelos o modalidades contractuales sean más prácticos. No obstante, esta realidad ha incrementado la conflictividad derivada de las relaciones generadas por los contratos ya sea, en lo que se refiere a los aspectos esenciales de los mismos, o la fase de ejecución.

Este incremento en la conflictividad obliga a que, todo modelo contractual aborde la contingencia del conflicto desde su origen y establezca las bases para su adecuada gestión, de aquí que, la doctrina actual sostiene Márquez Algara y De Villa Cortés (2016) en su obra: *La cláusula de Mediación como Método Alternativo de Resolución de conflictos comerciales* a decir que:

Con el aumento de las relaciones comerciales, también aumentan los conflictos, que no solo necesitan una respuesta ágil y adecuada al problema, sino que también las partes han optado por participar de forma directa en la solución de los conflictos, a través de métodos autocompositivos, por ello, incluir en las negociaciones de contratos mercantiles una cláusula de sometimiento de controversias a la Mediación, es hoy en día lo más pertinente (p.11).

De esta manera se infiere, la necesidad de incluir en los modelos de negociación de los contratos del compromiso de participación directa de las partes en la solución lo que, implica la aplicación de modelos autocompositivos y ello se materializa mediante la introducción en el diseño contractual de la denominada cláusula de Mediación.

Es conocido que los denominados Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos, pueden obedecer a dos grandes modelos los denominados autocompositivos y los hetero compositivos; la característica de los primeros orienta a la participación activa de los sujetos del conflicto y su involucramiento en la búsqueda de la solución a través de un acuerdo que se plasma en un documento denominado acta de Mediación, la cual recoge el proceso ejecutado por las partes en su afán de solucionar el conflicto con la elaboración de un tercero neutral que es el Mediador, quien con su participación facilita el avenimiento del acuerdo y con ello viabiliza el método alternativo que en síntesis es el producto del trabajo mancomunado de las partes.

La mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos se encuentra debidamente fundamentada en la Constitución del Ecuador (2008), el cual reconoce a la misma en los siguientes términos:

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 (art. 190).

Esto es, de acuerdo con la Constitución de la República del Ecuador (2008), los medios alternativos permiten acceder a la Justicia con pleno reconocimiento, validez y efectos, así, la Ley de Arbitraje y Mediación (2018) manifiesta: “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” (art. 43).

De lo expresado, se entiende que la mediación se constituye en un medio alternativo de solución de conflictos; procedimiento de tipo autocompositivo dada la estructura y composición del mismo, en el que, son las partes del conflicto asistidas por un tercero neutral las que procuran el acuerdo que ponga fin al mismo y no un tercero quien resuelva, este procedimiento implica la incorporación del acuerdo a un documento de carácter legal que se denomina Acta de Mediación la Ley de Arbitraje y Mediación (2018) manifiesta “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” (art.47). De tal manera que, el ordenamiento jurídico, lo regula en cuanto a su procedimiento, efectos jurídicos y por ende es una alternativa válida para la solución de conflictos.

Cabe mencionar que, esta alternativa válida para la solución de los conflictos se rige por principios y reglas establecidos por el propio ordenamiento jurídico, es así que, del texto constitucional que es la base fundamental del procedimiento se pueden extraer los siguientes principios: a) Tiene base o se estructura desde la Constitución de la República. b) Es un procedimiento alternativo a la administración de justicia ordinaria. c) Se desarrollan o ejecutan de conformidad con la ley. d) Es aplicable en materias transigibles.

Los referidos principios se ven reforzados por la remisión constitucional al modelo de regulación legal de la Constitución de la República del Ecuador (2008) del artículo 190, lo que, conlleva a que el legislador actual con plena capacidad de configuración que de acuerdo con (Casado, 2021) en la doctrina política contemporánea desarrolle los contenidos normativos que regulen una situación jurídica determinada mediante norma con categoría de Ley, situación que no puede equipararse a una mera capacidad

discrecional administrativa, sino, a una auténtica libertad política de realización de contenidos normativos motivo por el cual corresponde referirse a los principios rectores de la Mediación desde la categoría legal referida por la Constitución a la Ley de Arbitraje y Mediación; así, los artículos 43 y siguientes de la Ley de Arbitraje y Mediación (2018) desarrollan los principios de voluntariedad, confidencialidad, acto a petición de parte y no es de oficio, es inclusiva y no restrictiva.

Carrasco (2009) manifiesta que se pueden diferenciar en atención a la organización de la Mediación o los relativos al proceso y que se manifiestan como obligaciones del mediador y establece:

Así, distingue entre los vinculados a la organización de la Mediación en los que se hace hincapié en la voluntariedad de la mediación y en la capacitación de los mediadores, y los relativos al proceso que se presentan, en buena medida, como obligaciones del mediador (imparcialidad, neutralidad y falta de toma de decisión por el mediador). Así, podemos citar: la voluntariedad, la imparcialidad, la neutralidad, la confidencialidad, la igualdad de las partes y la buena fe (pag.171)

De tal manera que, la legislación se alinea con los principios universales de la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos de aquí que conforme lo manifestado en el presente artículo, al ser alternativo se construye en una opción válida con base constitucional y legal para la solución de conflictos a la cual las partes no están obligadas a acceder y aplicar en el caso particular, sino que, necesariamente se expresara como una verdadera manifestación de voluntad de aquí su naturaleza contractual, razón por la cual debemos diferenciar a la voluntad contractual inherente al acto o contrato principal al que refiere el negocio jurídico de la manifestación de voluntad accidental a la que se refiere la cláusula de sometimiento o cláusula de Mediación como una cláusula particular.

Los principios sobre los cuales se estructura la Mediación y que hacen relación estrictamente y como lo señala Carrasco (2009) antes citada, al proceso de Mediación, resultan inherentes a la labor que desempeña el mediador como tercero neutral que asiste a las partes y que permiten el desarrollo de su actividad como elemento de la esencia del mecanismo, de aquí que no se explica a la mediación sin el mediador todo lo cual destaca la Ley de Arbitraje y Mediación (2018) al establecer: “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” (art.43).

De cuyo texto se aprecia la dimensión normativa que alcanza el mediador en el procedimiento al desarrollarse los componentes tercero neutral y asistencia, de aquí que, el mediador sea un profesional experto, con bastos conocimientos en la ciencia del conflicto y la gestión, que desarrolla una actividad de asistencia, la cual, implica el despliegue de técnicas y procedimientos que acerquen a las partes y las conduzcan al acuerdo voluntario que ponga fin al conflicto, es así que, el mediador no es un convidado de piedra o pieza decorativa en el procedimiento de Mediación, al contrario es actor principal del procedimiento, sujeto legal del mismo y gestor de la asistencia técnica, la cual ha de desarrollar dentro del modelo de la neutralidad.

Por tal razón, esta categoría está estrechamente relacionada con la imparcialidad pero tiene un alcance mayor en relación no solamente a las partes y ante la posibilidad de una situación de conflicto de intereses que ponga en entredicho la imparcialidad, sino que, tiene relación con el resultado del procedimiento ya que este será el producto final del mismo, su objeto y debe orientarse no a la imposición del tercero, sino al avenimiento del acuerdo que ponga fin al conflicto, está en consecuencia es la esencia del procedimiento autocompositivo donde el tercero no impone una solución sino que facilita mediante una adecuada asistencia técnica a las partes.

Por lo dicho y justamente como expresión de este carácter neutral del mediador en el que se conjugan imparcialidad y actitud ante el conflicto sin que intervenga el interés en la causa o la toma de parte en el mismo, el mediador debe orientar su accionar hacia la potenciación de la capacidad de las partes para alcanzar sus propias alternativas de solución y encontrar la más conveniente a sus propios intereses de manera sustentada e informada.

#### La cláusula de sometimiento en base a la mediación

El procedimiento alternativo de solución de conflictos llamado mediación, se constituye en consecuencia en la excepción a la regla general que implica la justicia ordinaria y que opera ante el acuerdo de las partes para su aplicación; este acuerdo se

construye sobre la base de la voluntad individual de los sujetos involucrados en la forma y modo analizado en líneas anteriores para la voluntad contractual, es por esta razón que, opera bajo los mismo supuestos de capacidad, consentimiento, objeto, causa, licitud y formalidad y se materializa a través de la denominada cláusula de sometimiento que nuestra legislación describe como el convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a Mediación.

Es por esta razón que, la cláusula de sometimiento a la mediación como mecanismo alternativo se constituye en una expresión de voluntad específica y especial que compromete a la administración de justicia y que modifica la estructura del modelo genérico que aplica a la administración de justicia ordinaria como regla general, lo que, a su vez, se constituye en una manifestación de consentimiento y voluntad contractual que se inserta en la estructura del contrato principal, entendiendo como tal, aquella concurrencia de voluntades que contiene el conjunto de deberes, derechos y obligaciones que las partes asumen y deben cumplir de buena fe ya como cláusula específica o a su vez como un nuevo contrato de naturaleza aleatoria contenido en un nuevo acuerdo relacionado con el acuerdo del cual derivan las cargas y obligaciones (Rae, 2012).

No obstante, conforme lo manifestado, el acuerdo por el cual, las partes contratantes modifican el régimen del conflicto hacia el modelo alternativo por sus connotaciones en el derecho público que es el que rige el sistema procesal y la resolución del conflicto, debe asumir el valor o estatus de principal y no accesorio o residual, más aún cuando el acuerdo que contiene el sometimiento de la resolución del conflicto al régimen alternativo subsiste y trasciende los acuerdos a los que este refiere es decir a los que configuran el contrato del que deriva el conflicto.

## **Discusión y Resultados**

Se ha manifestado que el modelo teórico que explica la naturaleza jurídica del contrato en la legislación ecuatoriana, parte de la voluntad como piedra angular, la cual se configura en virtud de una serie de componentes que deben concurrir para que

la misma se constituya en el elemento sobre el cual se estructura al contrato, siendo, la capacidad, el consentimiento, el objeto, la causa y la licitud, por lo que, la voluntad se constituye en una estructura compleja que garantiza el que, el contrato sea la más eficiente de las fuentes de las obligaciones.

Por lo manifestado, se colige que la voluntad de sujeto se configura en relación a sus anhelos, aspiraciones e intereses de aquí que configurada la voluntad del sujeto esta debe expresarse o manifestarse de la manera más idónea e incontrovertible esto es a través del denominado consentimiento, por esta razón se distinguen la voluntad como factor formal y la expresión de la voluntad o consentimiento como factor material, tangible y reconocible, susceptible de generar efectos jurídicos en el mundo real y en las relaciones sociales.

Esta declaración de voluntad material o consentimiento es la que constituye el contrato, por lo que, se define como la manifestación de voluntad de las personas orientada a crear, modificar o extinguir obligaciones, de tal manera que, el contrato sea la más prolífica y eficiente fuente de las obligaciones en la sociedad.

Esta expresión material o consentimiento no deviene o aparece de manera espontánea completa y perfecta, al contrario, como se ha manifestado obedece a un proceso de formación que ha de agotar ciertas fases o momentos así se distinguen la propuesta, la oferta, la obligatoriedad de la oferta, la aceptación y el acuerdo, todo lo cual debe superar estándares mínimos de conocimiento, por lo que, he manifestado que el consentimiento debe ser debidamente informado a efectos de ser tal y por ende susceptible de generar efectos jurídicos.

Al ser el contrato la fuente más fértil de las obligaciones en la sociedad y que este se constituye en la manifestación de voluntad, se ha dicho que a esta expresión debe discernir a efectos de identificar en ella ciertos elemento o componentes estructurales de manifestación o expresión debidamente organizados y lógicamente estructurados, así se deben distinguir en los contratos las partes que son de su esencia, de su naturaleza y las meramente accidentales.

De las relaciones generadas a través del contrato se deriva el modelo de responsabilidad contractual es decir el vínculo jurídico por el cual una persona se encuentra en la necesidad jurídica de irrogar una prestación determinada en favor de otra la cual puede consistir en dar, hacer o no hacer algo ante la posibilidad real de

incumplimiento contractual, donde se pueden producir tres supuestos incumplimiento contractual genérico, el juicio de responsabilidad y las consecuencias del incumplimiento.

El diseño de un contrato obedece a una estructura legal en la que se deben respetar sus componentes o partes cuales son de la naturaleza, de la esencia y al meramente accidentales.

Para efectos del diseño de un contrato se debe utilizar una metodología y sistematización que permita adecuarlo a las necesidades propias del negocio jurídico al que las partes se refieran de manera que coincida con la manifestación de consentimiento y voluntad.

La metodología sugerida es la de ordenación de cláusulas en la que cada una desarrolle una parte del modelo de voluntad lo que comprende una identificación de los comparecientes, un señalamiento de lugar día y hora de la celebración, una cláusula de antecedentes en la que se desarrolle una breve reseña del proceso de formación de voluntad, una cláusula de objeto contractual es decir la descripción del negocio jurídico en el que se identifique la cosa u objeto material sobre el que recae la voluntad, una cláusula de declaraciones de las partes en la que se desarrollen aquellos aspectos que hacen relación a los componentes que explican el objeto del contrato, una cláusula de precio o contraprestación de las partes si el contrato es oneroso, en fin cada una de las cláusulas debe referirse al negocio en cada uno de sus componentes.

El diseño contractual es consecuencia de un proceso de formación de voluntad que llega a la expresión del consentimiento positivo que formaliza el acuerdo de voluntades, en este proceso, debe alcanzar un valor fundamental el abordaje y tratamiento oportuno y anticipado del conflicto como riesgo inherente al negocio jurídico y a la interacción humana en general.

## **Conclusiones**

El contrato se construye sobre un modelo teórico en el que la voluntad, la cual se conforma de acuerdo con la lógica evolutiva que parte de la ideación contractual,

deliberación, resolución contractual y expresión final del consentimiento externo mediante la manifestación de voluntad contractual.

Cada una de las fases de formación del consentimiento desempeña un rol que se entiende como necesario para darle contenido a la siguiente, es por ello que, el contrato ahora se explica, ya no solo como expresión de consentimiento, sino como construcción teórica y metódica, en la que el conocimiento informado y suficiente alcanza un valor trascendental para el perfeccionamiento del contrato como institución jurídica destinada a viabilizar y dinamizar las relaciones más importantes de la interacción humana.

El contrato como instrumento jurídico se conforma también de elementos que la doctrina ha estudiado desde su origen como son la voluntad, el consentimiento, el objeto, la causa, la licitud y las formalidades legales en los casos en los que la norma jurídica exige este requisito. Sin embargo, cada uno de estos elementos actualmente ha sido estudiado desde la concepción moderna en la que, no puede existir consentimiento como expresión final de voluntad sin que previamente se haya agotado el proceso de formación en el que la libertad y el conocimiento son un pilar fundamental.

El diseño contractual como fase posterior a la formación de la voluntad permite la expresión libre y espontánea del consentimiento de las partes, el cual debe contener el dispositivo legal que abra la puerta al mecanismo alternativo de solución de conflictos y de esta manera se administre el riesgo del conflicto de manera directa o autocompositiva, lo que implica que el conflicto no se trasladara a la administración de justicia por delegación o entrega a la justicia ordinario o hetero compositivas.

La justicia ordinaria no ofrece las garantías propias de un mecanismo autocompositivo en el que las partes administran el conflicto en función de una verdadera justicia restaurativa en la que las partes en conflicto no solamente alcancen un acuerdo, sino que ese acuerdo será la consecuencia de su expresión de voluntad, consentimiento e interés.

La cláusula de mediación se constituye en dispositivo legal y contractual de carácter voluntario que forma parte independiente del contrato toda vez que se refiere de manera exclusiva al tratamiento, abordaje, administración y resolución del conflicto entendido como un riesgo inherente a las relaciones derivadas de un contrato.

La naturaleza técnica, jurídica e independiente de la cláusula de sometimiento permite entender su importancia dados los efectos jurídicos que genera como son el cierre de la compuerta a la justicia ordinaria como regla general heterocompositiva y la apertura de la compuerta al mecanismo alternativo de solución de conflictos focalizados los que se generan dentro del contrato al que se refiere la cláusula.

En definitiva, la cláusula de sometimiento se constituye en la manifestación sensible de una voluntad integradora de los efectos y consecuencias jurídicas derivadas de la relación contractual que tiene una naturaleza autónoma e independiente del contrato al que se incorpora, pero cuya existencia y validez no depende del sino de la expresión independiente de la voluntad de las partes por abordar, administrar y resolver el conflicto derivado del contrato.

## Referencias

Arrubala, J. (2014). Mediación Familiar Obligatoria previo a un Litigio: Propuesta Judicial. Centro Investigación y Docencia AC.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2022). *Código Civil* [Electrónico]. Quito: Registro Oficial.

<https://biblioteca.defensoria.gob.ec/handle/37000/3410#:~:text=%C3%9Altima%20Reforma%20del%20C%C3%B3digo%20Civil,de%20marzo%20de%202022.> .

Bitbol, A., Obal, C., & Lerner, B. (1979). Enciclopedia jurídica Omeba. En *Enciclopedia jurídica Omeba*.

Cabanellas De Torres, G. C. (1979). *Diccionario Juridico Elemental*. Heliasta S.R.L.

Casado, I. H. (2021). Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. En *Universidad Libre Sede Principal eBooks*.

<https://doi.org/10.18041/978-958-5578-65-4>

Carrasco, M. B. (2009). *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos : una visión jurídica*.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=616939>

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley de Arbitraje y Mediación. Codificación Registro Oficial 250, 13 de Abril 2006. Reforma 22 de mayo 2018.

Márquez Algara, M. G. M., & De Villa Cortés, J. C. (2016). Mediación y participación ciudadana en México. *Ius Humani: Revista de Derecho*, 5, 45-68.

<https://doi.org/10.31207/ih.v5i0.77>

Parraguez, L. (2021). *Régimen jurídico del contrato* (1.<sup>a</sup> ed., Vol. 1). Cevallos editora jurídica.

---

Pérez, A. D. (2008). *Una revisión del concepto clásico de contrato.*

*Aproximación al contrato de consumo.* Redalyc.org.

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151412826007>

Pothier, R. J. (1872). *Tratado de las obligaciones.* Librería Extranjera y Nacional, Científica y Literaria.

Rae, R. A. E.-. (2012). *Administración de Justicia.* En *Diccionario panhispánico del español jurídico - Real Academia Española.* Recuperado 3 de mayo de 2023, de <https://dpej.rae.es/lema/administraci%C3%B3n-de-justicia>