

LA MEDIACION COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACION PÚBLICA

Dra. Ximena Borja Coronel

LAMINA DOS: Los métodos alternativos de resolución de conflictos se encuentran reconocidos en la Constitución del Ecuador desde 1998, añadiéndose en la Constitución del año 2008 que estos métodos deben aplicarse en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. Dentro de los métodos de solución de conflictos se tiene a los llamados métodos autocompositivos, los cuales se caracterizan porque las partes son las que encuentran y adoptan la solución, entre ellos está la mediación.

La mediación es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral e imparcial asiste a las partes para que logren un acuerdo. Con la aplicación de la mediación, se amplían las puertas de acceso al sistema de administración de justicia, por cuanto permite acudir a los Centros de Mediación de manera voluntaria para llevar a cabo un proceso de diálogo, que es ágil, rápido y legal, con la finalidad de encontrar una solución de acuerdo a las normas jurídicas con la ayuda de un mediador.

Este mecanismo, puede ser utilizado tanto por particulares así como también por las entidades públicas, se analizará la mediación para solucionar los conflictos en materia de contratación pública. Al intervenir una persona jurídica del sector público se debe observar el principio de legalidad, en este sentido se debe identificar **qué** pueden transigir las instituciones públicas, **cuál** es el procedimiento que se aplica, y **las ventajas** que implicaría la solución por medio de este método.

El método indicado puede emplearse para solucionar controversias que surjan de la actividad administrativa de las entidades del sector público, y particularmente, como por ejemplo los contratos públicos, por esa razón se abordará la aplicación de esta institución en materia de contratación pública: en la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría.

Una vez identificadas cuáles son las particularidades de la aplicación de la mediación en materia de contratación pública, se establece sus ventajas, entre las cuales se tienen dos principales: 1) es un proceso ágil en relación con el proceso judicial; y, 2) evita perjuicios económicos para las partes, y permite mantener el equilibrio económico de las partes contractuales.

El interés público puede resultar afectado cuando el contratista no cumple a cabalidad con las especificaciones técnicas o el cronograma de trabajo, razones por la cual la entidad pública a fin de garantizar la satisfacción efectiva de las

LA MEDIACION COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACION PÚBLICA

necesidades públicas adopta decisiones que generan perjuicios al interés particular del contratista.

Por otro lado, la ejecución del contrato puede también resultar afectado por acción de la propia administración pública como por ejemplo cuando no cumple con la entrega de anticipos, con los pagos periódicos, entrega de insumos necesarios para que el contratista realice la obra o preste el servicio, en estas condiciones se genera perjuicios tanto para el interés público como para el interés particular.

En este contexto el origen del conflicto en materia de contratación pública surge de la interacción entre el contratista (público o privado) y el contratante (institución pública), y se presenta cuando el interés particular del sujeto privado es incompatible con el interés público que representa la entidad estatal.

Qué hacer cuando existe un conflicto, la respuesta es solucionarlo por medio de un método de resolución de conflictos, que tenga como característica la finalización de un conflicto preexistente mediante la constitución de un acuerdo o la imposición asumida por las partes de dicha solución, de tal modo que el proceso sea diseñado o implementado con el objetivo de la consecución de un acuerdo o la adjudicación de una solución aceptada por las partes, sobre los parámetros bajo los que se realiza el ejercicio de las potestades públicas, supeditado al debido proceso, a los principios rectores de la administración pública como lo son los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Existen dos criterios para clasificar estos métodos: Si hay o no intervención de un tercero en el proceso de resolución; y, el rol que ocupa el tercero respecto de la identificación de una solución para el conflicto. Qué se entiende por tercero? Es aquel que no tiene interés específico en el conflicto y tiene la capacidad para condicionar el resultado del mismo, ejemplo el juez, el árbitro o el mediador. En atención al criterio que considera la capacidad del tercero para condicionar la solución, se distinguen por el grado de incidencia del tercero en el proceso y la solución. Teniendo en un extremo el proceso judicial o el arbitraje y en el otro el proceso de facilitación. En el proceso judicial o arbitraje prevalece la decisión del tercero respecto al conflicto, a los cuales también se les denomina como procesos por adjudicación. En la facilitación el tercero no tiene control del proceso y no puede adoptar decisión alguna, su facultad se limita a facilitar la comunicación entre las partes.

En la mediación, participa un tercero el cual controla el proceso pero no induce la solución al conflicto, ya que la misma proviene de las partes, de tal modo que dentro de las clasificaciones indicadas se podría clasificar como un método en

LA MEDIACION COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACION PÚBLICA

donde el grado de intervención del tercero se reduce a dirigir con flexibilidad el proceso, ya que la solución se origina de manera directa en las partes interesadas.

LAMINA CUATRO: Por la situación de crisis de la función judicial, se vio la necesidad de encontrar otras opciones mediante las cuales los ciudadanos resuelvan sus controversias, y no vean como la única opción el proceso judicial, en este sentido los Estados propugnaron por la implementación en el ordenamiento jurídico de los métodos alternativos para la solución de conflictos. Se denominan alternativos porque se presentan como opción al proceso judicial, es decir son procedimientos extrajudiciales de resolución de las controversias.

El objetivo de los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) será el acceder, con el menor costo, a un procedimiento efectivo de la tutela de los derechos; para conseguirlo se debe diversificar las formas de resolución de los conflictos y desjudicializar la administración de justicia, para ello es necesario implementar jurídicamente las normas que lo hagan posible.

Características de los MACS:

- a) **Rapidez:** Permiten el ahorro de tiempo frente a un proceso judicial.
- b) **Reducción de costos:** Si bien el acceso a la justicia es gratuita, sin embargo el contar con un abogado patrocinador, el tiempo en el que se dilata la ejecución de un derecho genera mayores gastos que el acudir a los medios alternativos, que en algunos casos es gratuito, en otros casos los gastos pueden ser asumidos por las partes.
- c) **Confidencialidad:** Lo expuesto por las partes en las audiencias es totalmente reservado, no hay un desgaste de los sujetos participantes
- d) **Flexibilidad:** En razón de que son las partes, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, quienes deciden optar por los métodos alternativos de solución de conflictos, si bien existen determinadas pautas que se debe observar, no se debe observar un procedimiento formal y rígido, sino que las partes de acuerdo a sus necesidades van a ir creando pasos que les lleven al final a obtener una solución amigable.
- e) **Especialidad:** Las personas que dirigen los distintos métodos son especialistas en la materia de la cual trata el conflicto.
- f) **Modernidad:** La ventaja de los MASC es su adaptabilidad a las nuevas circunstancias y necesidades de la sociedad actual, al empleo de nuevas tecnologías, de los avances de la comunicación, incluso de llegar a la solución de controversias por medios electrónico.
- g) **Humano:** Permite que las partes se encuentren cara a cara, permitiendo una interacción personal.

LA MEDIACION COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACION PÚBLICA

LAMINA CINCO: El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define a la mediación como: Acción y efecto de mediar. Actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con el fin de evitar o finalizar un litigio.

Franco Sánchez Hidalgo define: La mediación se define como una negociación asistida, en la que un tercero imparcial ayuda a que dos partes encuentren una solución final a un conflicto o controversia. Para lograrlo, las partes colaboran entre sí, para exponer propuestas que de ser posible llegarán a un acuerdo.

Gustavo Jalkh señala: La mediación se define como un proceso alternativo por el cual un tercero neutral intenta, a través de la organización de intercambios entre las partes de un conflicto, permitirles a estas confrontar sus puntos de vista y buscar con su ayuda una solución al conflicto que les opone. En la mediación el tercero neutro es un facilitador que estimula a las partes que logren un acuerdo y que no tiene ni autoridad, ni poder sobre ellas puesto que él no está ahí sino por voluntad de las partes. Este tercero no es ni juez ni negociador si un planificador creativo.

Gladys Stella Álvarez considera que la mediación es un proceso no adversarial, estructurado por etapas, 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.

LAMINA SEIS: Las definiciones nos permiten identificar varios elementos que caracterizan a la mediación. **En primer lugar** se tiene que es un método alternativo de solución de conflictos, alternativo al proceso judicial. **En segundo lugar**, en él las partes dialogan, negocian, no se ven como adversarios, de tal modo que no es adversarial como sucede en los procesos judiciales. **En tercer lugar** se afirma que es una negociación asistida porque la audiencia de mediación debe observar una planificación y un método, con la participación de un tercero que ayuda a las partes a negociar. **Un cuarto elemento** es el tercero imparcial, denominado mediador, quien no tiene interés en el objeto de la controversia, su único objetivo es que las partes por sí mismas logren un consenso, este tercero va a colaborar con las partes en controversia con el objetivo de que ellas, en uso de su autonomía de la voluntad, propongan fórmulas de arreglo. **Y finalmente**, la solución que va a ser adoptada de mutuo acuerdo de las partes. El acuerdo debe ser voluntario y sobre todo debe referirse a materia transigible, es decir debe versar sobre derechos cuya transacción no esté prohibida.

LA MEDIACION COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACION PÚBLICA

Principios de la mediación:

- a) **Voluntariedad:** La voluntariedad en el proceso de mediación es esencial, las partes son libres, en primer lugar para decidir someterse a esta forma de solución de conflictos, desistir en cualquier momento; y, de adoptar la solución que ellos consideren mejor. La voluntariedad se mantiene una vez iniciada la mediación, ya que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, conservan la facultad de desistir, de formular y adoptar la solución que consideren conveniente. La Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 104, determina como una alternativa el uso de la mediación, para la solución de las controversias contractuales, respetando siempre la línea de la legalidad. En virtud de esta disposición una cláusula obligatoria en los contratos administrativos es la de solución de controversias en la que se determina el uso de los MASC para resolver conflictos.

Esto no implica una contradicción al principio, si bien la entidad pública determina de forma obligatoria el acudir a la mediación, se respeta el principio indicado ya que el contratista en primer lugar al decidir participar en un proceso de contratación pública tiene pleno conocimiento de dicha disposición contractual, y en segundo lugar una vez iniciado la mediación **cualquiera de las partes** puede oponerse a solucionar el conflicto por medio del diálogo y acuerdo amistoso que implica el proceso, o incluso puede no asistir.

- b) **Imparcialidad:** El mediador no debe mostrar favoritismo por ninguna de las partes, esta afirmación se basa en el principio de imparcialidad.
- c) **Neutralidad:** El mediador debe tratar objetivamente, dejando al máximo el subjetivismo, al analizar el objeto del conflicto para identificar los intereses y necesidades de los implicados. La neutralidad hace referencia a que en el proceso de mediación el mediador debe llevar a cabo su tarea prescindiendo de sus propios valores y principios, sin orientar a las partes intervinientes hacia soluciones presididas por tales principios, sino respetando estrictamente los valores de cada una de ellas.
- d) **Confidencialidad:** La información proporcionada durante las sesiones de la mediación no debe ser divulgada, es totalmente privada. Por lo que el mediador no puede revelar ningún dato proveído por las partes, salvo que exista su consentimiento. Esto se aplica también a las actas resultan del proceso de mediación.
- e) **Principio de buena fe:** Es un principio general del derecho, según el cual las partes deben demostrar honestidad y lealtad en sus actuaciones; su actuar debe ir encaminado a la tutela del derecho, y en el caso de la mediación debe estar orientado a encontrar una solución que satisfaga los

LA MEDIACION COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACION PÚBLICA

intereses de las dos partes. También las partes deben actuar de manera correcta y honesta al momento de cumplir lo acordado, sin crear obstáculos o dilatar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el acuerdo.

- f) **Principio de autodeterminación:** Se refiere a la capacidad de cada una de las partes de decidir por sí mismo en los temas que le concierne, tomar las decisiones propias referentes a su futuro no solo como un tema de libertad sino más bien de responsabilidad.
- g) **Principio de colaboración:** Este principio es fundamental por cuanto es el medio por el cual se llegará a establecer acuerdos. Las partes deben colaborar para obtener soluciones que pongan fin al problema.

La Constitución del Ecuador en el artículo 190 reconoce a la mediación como un método alternativo para la solución de conflictos, sin embargo hay que señalar que la Carta Constitucional de 1998 ya reconocía estos métodos y autorizaba su aplicación para la resolución de controversias. En este sentido, por mandato constitucional, todo conflicto que verse sobre materia transigible puede ser solucionado por mediación, así también lo ha expresado la Corte Constitucional.

La LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN en el Art. 43 establece que 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.

Se ha indicado los elementos esenciales de este método de solución de conflictos, los mismos que se encuentran reflejados en la definición: negociación asistida, intervención de un tercero neutral, un acuerdo voluntario solo respecto a materia transigible.

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

De tal modo que las personas jurídicas de derecho público pueden hacer uso de la mediación para solucionar los conflictos que se susciten con otras entidades públicas o con particulares, así lo dispone el tercer inciso del artículo 44 de la ley: El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva.

LA MEDIACION COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACION PÚBLICA

LAMINA SIETE y OCHO: En el caso específico de los GADs, tenemos las disposiciones establecidas en el COOTAD. De acuerdo con este Código, el Concejo Municipal es el órgano de legislación y fiscalización del GAD Municipal. El art. 57 Atribuciones del concejo municipal.- Al concejo municipal le corresponde: d) Expedir acuerdos o resoluciones, en el ámbito de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal, para regular temas institucionales específicos o reconocer derechos particulares (...) t) Conocer y resolver los asuntos que le sean sometidos a su conocimiento por parte del alcalde o alcaldesa. Por otro lado, en el Art. 60 Atribuciones del alcalde o alcaldesa.- Le corresponde al alcalde o alcaldesa.- (...) n) Suscribir contratos, convenios e instrumentos que comprometan al gobierno autónomo descentralizado municipal, de acuerdo con la ley. Los convenios de crédito o aquellos que comprometan el patrimonio institucional requerirán autorización del Concejo, en los montos y casos previstos en las ordenanzas cantonales que se dicten en la materia. Y en el art. 331 Prohibiciones a los ejecutivos de los GAD: (...) j) Absolver posiciones, deferir el juramento decisorio, allanarse a la demanda o desistir de una planteada y aceptar conciliaciones conformes a la ley sin previa autorización del órgano de legislación; De estas disposiciones se establece que pueden concurrir a un procedimiento de mediación, pero para transigir, mediar, necesitan de la autorización del Concejo.

LAMINA DIEZ: Se determinan 3 formas de expresar la voluntad de someterse al procedimiento de mediación:

- a) Por medio de un convenio escrito entre las partes;
- b) Por solicitud de las partes o una de ellas; y,
- c) Por disposición del juez ordinario, de oficio a petición de parte, dentro de un proceso judicial

Finalmente, conforme el artículo 47 de la LAM, el proceso de mediación concluye con un acta en la cual se expresará el acuerdo total o parcial, o la imposibilidad de lograrlo. Esta acta tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada.

LAMINA ONCE: La disposición constitucional contenida en el artículo 190, que permite la solución de conflictos mediante los procedimientos alternativos al proceso judicial, no establece que existe restricción alguna respecto a los sujetos que pueden someterse a mediación.

LAMINA ONCE: El Estado tiene entre sus deberes primordiales el garantizar el bien común para su población, así se desprende de lo determinado en el

LA MEDIACION COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACION PÚBLICA

artículo 3 de la Constitución, para ello es necesario que cuente con una estructura orgánica que ejerza la actividad necesaria para el cumplimiento de estos propósitos. Este conjunto de órganos estatales conforman la administración pública, conocida comúnmente como sector público. El artículo 225 de la constitución determina que el sector público se encuentra integrado por: (texto del art. en lámina)

LAMINA DOCE: La administración pública es una persona jurídica, por tanto, es un sujeto de derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc. De ninguna manera afecta a la personalidad jurídica de la administración pública que dentro de ella existan distintos órganos, por cuanto las actuaciones que dichos órganos realizan son imputables a ésta.

La actividad de la Administración pública, de acuerdo al derecho administrativo, debe observar un principio básico que es el **de la legalidad**. Este principio postula que el poder estatal debe siempre estar subordinado a la ley, la misma que determina límites a su actuación. En el actual constitucionalismo se debe tener en cuenta el principio de constitucionalidad que establece que todas las actuaciones del sector público deben estar enmarcadas y no contravenir las disposiciones constitucionales, lo que implica no una eliminación del principio de legalidad, sino que la ley debe ser aplicada en concordancia con la Constitución. En efecto las potestades de la administración pública proceden directamente del ordenamiento jurídico, y en virtud de estas potestades esta realiza sus actividades. En este sentido las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables, por cuanto son producto de las normas jurídicas. Las potestades de la administración pública deben ejercerse con la finalidad de conseguir el bien común de la población que forma parte del Estado.

En virtud de las relaciones jurídico administrativas y de las formas de expresión de voluntad de la administración pública pueden suscitarse controversias entre las entidades que forman parte del sector público y los administrados (personas naturales o jurídicas). Estos conflictos generalmente son solucionados por medio de la vía judicial, es decir por intermedio de un juicio contencioso administrativo.

A fin de que estos conflictos en los que una de las partes son las instituciones públicas sean resueltos por otra vía que la judicial, el tercer inciso del artículo 44 de la Ley de Mediación y Arbitraje estableció la posibilidad de solucionarlos por medio de la mediación.

LA MEDIACION COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACION PÚBLICA

Uno de los actos jurídicos por medio de los cuales la administración pública exterioriza su voluntad son los contratos, estos no son una manifestación unilateral, sino un acto bilateral en el que interviene un particular (o también otra entidad del sector público) en virtud del cual se generan obligaciones. Su regulación se realiza por medio del derecho administrativo mediante las normas que reglan la denominada Contratación Pública.

LAMINA TRECE: En un contrato celebrado entre particulares, formalmente, se presume que acuden en igualdad de condiciones, mientras que en un contrato administrativo no se presenta esta igualdad, en primer lugar por los intereses que representa cada una, por un lado el sector público representa el interés público y por otro el contratista representa intereses particulares.

La administración pública en los contratos administrativos mantiene cláusulas exorbitantes, lo que evidencia claramente que no existe igualdad, sino que tiene privilegios, que no se determinan en los contratos de derecho privado. Las cláusulas exorbitantes son aquellas demostrativas del carácter del poder público con que interviene la administración en los contratos administrativos, colocándose en una posición de superioridad jurídica, o invistiendo frente a su contratante o frente a terceros, de atribuciones que son propias del poder público. Entre esas cláusulas exorbitantes se tiene la prerrogativa de decisión unilateral y ejecutoria que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato, sin perjuicio de su impugnación en sede administrativa o contencioso administrativa.

En ejercicio de esta prerrogativa la administración puede decidir sobre la validez de un contrato, interpretar su contenido, establecer las condiciones de cumplimiento, determinar cuando existe incumplimiento de las obligaciones contractuales y en este caso establecer las sanciones que correspondan, liquidar el contrato, etc. Estas facultades no resultan exclusivamente del contrato sino de la posición jurídica general de la administración pública, de modo que en sí es extracontractual, ya que estas potestades surgen de la propia ley.

Así en la ley se establecen entre otras prerrogativas las siguientes: la máxima autoridad de la entidad contratante puede declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato cuando este haya sido celebrado en contra de norma expresa; la supervisión y fiscalización del contrato por lo que puede adoptar las medidas necesarias para la adecuada ejecución del contrato: multas por incumplimiento de las obligaciones contractuales; celebrar contratos modificatorios; ejecutar las garantías de fiel cumplimiento, de anticipo, técnicas o disponer la devolución de las mismas: realizar la

LA MEDIACION COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACION PÚBLICA

recepción provisional y definitiva de los servicios y obras para ello tiene la facultad de determinar si los mismos se encuentran de acuerdo a las estipulaciones contractuales.

LAMINA CATORCE: Estas prerrogativas no significan que la administración pública puede realizarlas de forma arbitraria, pues a fin de no vulnerar derechos de los contratistas, debe observar el debido proceso en cada uno de los trámites que efectúe para ejercer estas potestades extraordinarias. Por otro lado, sobre las cláusulas exorbitantes, existen principios que rigen su aplicación y que permiten reconocerles el carácter de transigibles, como lo son: el principio de razonabilidad y el de proporcionalidad.

La Constitución faculta el empleo de la mediación para la solución de controversias. El artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado prescribe que las personas jurídicas del sector público pueden someterse al procedimiento de mediación; y, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que la mediación es un método válido para la solución de las controversias que surjan de los contratos.

Con base a la Ley de Mediación, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento, así como los pliegos de cumplimiento obligatorio elaborados por el Servicio Nacional de Contratación Pública, órgano rector en materia de contratación pública, se va a determinar quienes, cómo y qué se puede TRANSIGIR.

La ley de mediación en el artículo 44 establece entre las personas que pueden someterse al procedimiento de mediación a las personas jurídicas públicas, para ello determina que el estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva, la máxima autoridad de la institución pública, en el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados se rigen por el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial (COOTAD) y los estatutos de organización de cada uno de los GADs. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder.

En cuanto a la persona natural o jurídica contratista pueden expresar su consentimiento de someterse al mecanismo de mediación, el representante legal o un procurador judicial designado por medio de un poder, en el cual debe existir cláusula especial para transigir.

En materia de contratación pública ni la LOSNCP ni su reglamento establecen la forma de someterse al procedimiento de mediación, sin embargo, en los

LA MEDIACION COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACION PÚBLICA

modelos de contratos determinados en los pliegos precontractuales elaborados por las entidades contratantes, se encuentra establecida una cláusula de solución de controversias, en el que siempre debe constar expresamente la voluntad de someterse al procedimiento de mediación. En caso de no existir una cláusula contractual en la que se determine la mediación como un medio de solución de controversias que surjan en torno al contrato administrativo, no es impedimento para hacerlo. A falta de dicha cláusula cualquiera de las partes (contratante o contratista) puede acudir al Centro de Mediación y presentar la solicitud.

LAMINA QUINCE: Por medio del procedimiento de mediación únicamente se puede someter controversias que versen sobre materia transigible. El Código Civil en el libro IV, título 38 regula la institución de la transacción, de la cual se desprenden las siguientes reglas sobre materia transigible:

1. No es transacción el acto que solo implique la renuncia de un derecho
2. Solo puede transigir la persona que es titular de los derechos que son objeto de la controversia que se somete a mediación
3. Puede ser objeto de transacción la acción civil que nace de un delito
4. No procede la transacción sobre el estado civil de las personas
5. No se puede transigir sobre derechos que no existen

Una vez identificadas las reglas generales sobre materia transigible, las mismas que son aplicables al derecho privado, es necesario establecer qué puede ser objeto de transacción en el derecho público, específicamente en materia de contratación pública.

La controversia surge del contrato administrativo, es decir en la etapa contractual que se identifica por el período de tiempo durante el cual los contratantes deben ejecutar las prestaciones estipuladas, y comprende desde el perfeccionamiento hasta su finalización, independientemente del motivo determinante de ésta.

Por cuanto uno de los sujetos parte de la controversia es la administración pública, el tema de la transigibilidad en derecho público no debe recibir el mismo tratamiento que en derecho privado, por cuanto las autoridades públicas actúan con base a las potestades legales y constitucionales y no pueden hacer caso omiso al ordenamiento jurídico.

Las instituciones públicas en su actuar deben respetar la siguiente máxima: en derecho público solo se puede hacer lo que la ley permite, de tal modo la

LA MEDIACION COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACION PÚBLICA

administración pública dentro de su ámbito de acción únicamente puede ejercer las potestades que la ley le otorga, es decir debe observar el principio de legalidad. En ese sentido en materia de contratación pública **las potestades** de dictar la terminación unilateral del contrato, el poder de dirección, fiscalización y control y el poder sancionatorio de la administración no son objeto de la mediación, pero sí se puede conversar, aclarar y llegar a establecer **la pertinencia** de la decisión tomada.

Dentro de las potestades de control y sanción esta la terminación unilateral del contrato, determinada en el artículo 94 de la LOSNCP; en este contexto la terminación unilateral es una prerrogativa de la administración pública, una cláusula exorbitante en los contratos públicos, que se puede dictar **siempre y cuando** se cumpla uno de los presupuestos que constan en la norma citada, y de ser así el caso no puede ser objeto transigible esta potestad, pero sí puede ser revisable, en mediación se puede establecer la pertinencia de la terminación unilateral, la causa que motivo la terminación unilateral y sus consecuencias.

LAMINA DIECISEIS: Las atribuciones de dirección, fiscalización y control no serían de utilidad sin el poder de sancionar en caso de incumplimientos contractuales, esto es la potestad sancionatoria que tiene como fin la necesidad de asegurar el cumplimiento del contrato. El contratista al suscribir el contrato entra a una sujeción especial en relación con la entidad contratante, por lo cual la administración adquiere la capacidad de imponer sanciones de carácter disciplinario. Las sanciones que puede adoptar la entidad contratante son: multas y la declaración de la terminación unilateral por el incumplimiento contractual, conforme lo determinan los artículos 71 inciso segundo y 94 de la LOSNCP.

LAMINA DIECISIETE: El artículo 71 determina que en todo contrato administrativo se debe determinar una cláusula obligatoria de multas. Las multas serán consecuencia del incumplimiento del cronograma de actividades determinado en el contrato, así como también por incumplimiento de toda obligación contractual. Las multas impuestas pueden ser objeto de impugnación en sedes administrativa y judicial.

En la mediación en ningún momento se discute la facultad sancionatoria de la entidad pública, sino si las causas que generaron la multa son las correctas y si la cuantía de la multa está correctamente determinada. En este sentido en una controversia que surja con relación a las multas, el objeto materia de discusión y sobre el cual podrá acordar será las causas de la sanción y la revisión de que éstas estén bien aplicadas.

LA MEDIACION COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACION PÚBLICA

El interés de la institución u organismo estatal debe estar sujeto al interés público, por lo que, si la terminación anticipada y unilateral lo contraviene, puede estar sujeta a discusión dentro del proceso de mediación, debido a que, de este acto administrativo se deriva como uno de los efectos más recurrentes, la declaración de contratista incumplido o adjudicatario fallido.

En consecuencia estas potestades públicas derivadas de la ley y establecidas en el contrato no son renunciables por lo tanto no se puede hablar de su transigibilidad, pero sí podrá ser objeto de acuerdo las causas y los efectos derivados del ejercicio de sus atribuciones legales. La materia conciliable no es la legalidad del acto, sino la correcta aplicación de éste. Cuando la administración se convence de la ilegalidad de un acto, dentro de la etapa conciliatoria, y concilió, no está negociando su legalidad, sino sus consecuencias.

En materia de contratación pública las potestades de terminación unilateral del contrato, el poder de dirección, fiscalización y control y el poder sancionatorio de la administración no son negociables ni transigibles. Sí puede ser objeto de diálogo y de un examen ante un mediador las causas que motivaron a la institución pública para adoptar dichas decisiones y los efectos que ellas generan, lo que no implica una renuncia de las potestades públicas.

Es decir una vez que la administración adopta una resolución en ejercicio de las potestades atribuidas por la ley y el contratista está en desacuerdo respecto a la decisión, puede hacer uso de los recursos administrativos que prevé la ley para su impugnación con la finalidad de que la propia administración revise sus actuaciones, o acudir a la mediación para revisar las circunstancias por las cuales la entidad contratante adoptó su resolución, y de ser necesario reformar o revocar la resolución administrativa si esta no tiene los debidos fundamentos. Al asistir la administración pública a este procedimiento va a dialogar, examinar y llegar a un acuerdo, no sobre la potestad sancionatoria, sino con base a las circunstancias alegadas y probadas por el contratista, establecer si se encuentran correctamente determinadas, y de no ser así corregir.

LAMINA DIECIOCHO: Se debe tener en cuenta que la Administración Pública representa no un interés particular sino el interés público, que es el de los ciudadanos, por lo cual para determinar en cada caso en concreto qué puede ser transigible en el ámbito de contratación pública, se debe tener razones demostrables que hagan aconsejable la transacción.

LA MEDIACION COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACION PÚBLICA

Una vez identificado qué puede ser objeto de dialogo y discusión en el procedimiento de mediación en materia de contratación pública es necesario indicar que para contraer obligaciones las instituciones públicas deben contar con la respectiva certificación presupuestaria en la que conste la existencia de los recursos, Art. 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, por cuanto una vez que se suscriba el acta de mediación dichos recursos quedan comprometidos y no podrán ser destinados para otro fin, Art. 116 COPFP. En este sentido el artículo 178 COPFP determina taxativamente la prohibición de comprometer recursos públicos sin contar con la respectiva certificación presupuestaria.

LAMINA DIECINUEVE Y VEINTE: EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.-

En el procedimiento se pueden identificar las siguientes etapas:

1. **Solicitud:** Si existe un convenio escrito de aceptación de la mediación, cualquiera de las partes realiza la petición al Centro de Mediación a fin de que se inicie el procedimiento respectivo; en caso de no existir acuerdo escrito, la solicitud puede ser suscrita por las dos partes (contratista y contratante); o, cualquiera de las partes puede presentarla. El Art. 21 del reglamento CM PGE determina el contenido de la solicitud
2. **Admisión y designación del mediador:** El Director del centro debe realizar un examen del objeto de la controversia; en el caso de contratación pública, para identificar que no se trate de ninguna de las potestades públicas que posee la administración pública en relación al contrato. Determinado que versa sobre materia transigible admitirá a trámite y procederá a designar al mediador.
3. **Convocatoria:** Una vez que el mediador ha aceptado su designación, debe señalar día y hora en la que se llevará a cabo la audiencia. Es necesario además convocar al Procurador General del Estado quien designará un delegado para que asista a las audiencias que se efectúen en este procedimiento. En el caso que una o las partes no comparezcan a la convocatoria por dos ocasiones, es evidente la ausencia de voluntad de solucionar por este mecanismo, art. 51 de la LAM, el mediador expedirá la constancia de imposibilidad.
4. **Audiencia de mediación:** Pueden asistir las partes por sus propios derechos o por medio de apoderados. Las partes se reúnen con el mediador para exponer los hechos del conflicto, antecedentes, causas, motivos, con la finalidad de identificar el punto central de la controversia, y cuáles son los intereses de las partes. Cada una expondrá las posibles soluciones a la controversia que satisfagan los intereses de ambas partes.

LA MEDIACION COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACION PÚBLICA

5. **Elaboración del acta final:** La mediación finaliza con la firma del acta que es el documento en el cual se deja constancia de las actuaciones realizadas y los acuerdos a los que han llegado las partes.

LAMINA VEINTE Y UNO: ACTAS DE MEDIACIÓN.-

Las actas pueden ser:

Acta de acuerdo total

Acta de acuerdo parcial

Acta de Imposibilidad de mediación

Constancia de no asistencia o de falta de legitimación

Razón

LAMINA VEINTE Y DOS: En caso de intervenir una institución pública, y llegar a un acta de acuerdo total o parcial, en el acta se debe hacer constar, Art. 31 del reglamento del centro de mediación de la PGE:

El informe técnico, de fiscalización o del administrador del contrato;

Informe económico-financiero, de ser el caso;

Informe jurídico fundamentado, pronunciándose favorablemente sobre la conveniencia y legalidad de los acuerdos arribados en la mediación, y si se requiere o no de la autorización del Procurador;

Certificación presupuestaria, cuando los acuerdos impliquen erogación de recursos públicos; y,

La autorización del Concejo, en el caso de los GADs.

Los acuerdos deberán contener la solución a la cual han llegado de mutuo consenso, determinando de forma clara las obligaciones a cargo de cada una de las partes, la forma y el plazo en que deberán ser cumplidas, para que en caso de incumplimiento poder demandar su ejecución.

Las partes y el mediador suscribirán el acta de mediación; la Ley de Mediación determina que por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas.

La ley dispone que el acta de mediación, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, art. 47 LAM. El art. 101 del COGEP establece que la sentencia ejecutoriada tiene efectos irrevocables respecto de las partes que intervinieron, en consecuencia no se puede demandar por la misma causa razón o derecho. En este contexto la controversia resuelta en el proceso de mediación no puede ser materia de un nuevo proceso (administrativo, judicial, de mediación, o

LA MEDIACION COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACION PÚBLICA

arbitraje) lo cual conlleva que de ningún modo el acuerdo que consta en el acta de mediación puede ser revisado por una autoridad administrativa o judicial, caso contrario vulneraría el derecho a la seguridad jurídica consagrado en la Constitución.

El artículo 363 del COGEP determina que el acta de mediación constituye título de ejecución, por lo cual para hacer cumplir las obligaciones asumidas por las partes se debe seguir el proceso de ejecución. El objetivo del proceso de ejecución es únicamente hacer cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo de la mediación, en ningún momento tiene como fin el declarar nuevos derechos y obligaciones.

LAMINA VEINTE Y CUATRO: VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.-

1. **Genera descongestión en los tribunales:** Al emplearla para solucionar los conflictos y lograr una solución efectiva, se evita que dichos casos trasciendan al ámbito judicial, aumentando la carga procesal de los tribunales.
2. **Ahorro de tiempo:** La mediación frente al proceso judicial, es mucho más ágil.
3. **Todos ganan:** Al encontrar la solución por sí mismos, realizan concesiones mutuas a fin de encontrar una solución amigable, manteniendo así una buena relación entre los intervinientes.
4. **Aumenta la creatividad:** Utiliza distintos modelos de intervención en el conflicto así como técnicas para lograr un diálogo y finalmente un acuerdo.
5. **Aumento del protagonismo de las partes:** La colaboración de las partes es la esencia de la mediación, van a encontrar la solución, siendo ellos los protagonistas.
6. **Evita perjuicios económicos tanto para el contratista como para la entidad contratante:** toda controversia que surge en torno a la ejecución del contrato puede generar perjuicios económicos de distinta dimensión a las partes, consiguientemente el quebrantamiento del equilibrio económico, situación que se va agravando mientras más tiempo se demore encontrar la solución al problema.
7. **Se logra mantener el balance entre los sujetos contractuales:** de esta forma la entidad pública logra cumplir con sus deberes en beneficio del interés público, y el contratante no se ve perjudicado en sus intereses patrimoniales, de este modo, hace posible mantener la armonía y fomentar una cultura de paz social.